

Parte I[^]

<i>Il danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico italiano</i>	9
--	----------

§ § § § §

Parte II[^]

<i>Il risarcimento del danno (patrimoniale) per il mancato godimento di un bene nell'ordinamento giuridico tedesco</i>	235
--	------------

§ § § § §

Parte III[^]

<i>Conclusioni</i>	385
--------------------	------------

§ § § § §

<i>Bibliografia</i>	399
---------------------	------------

Parte I[^]

Il danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico italiano

<u>1.1)</u>	Riflessioni introduttive sull'ipotesi di risarcibilità della lesione al diritto di proprietà a titolo di danno non patrimoniale	11
<u>§ § § § §</u>		
<u>2.1)</u>	Il danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano: (non solo) l'art. 2059 c.c.	14
<u>2.2)</u>	Gli anni '80 ed il riconoscimento della risarcibilità del danno alla salute	16
<u>2.3)</u>	La spinta evolutiva portata a cavallo del nuovo millennio dall'esigenza di riconoscere tutela risarcitoria alla lesione dei valori inerenti la persona	20
<u>2.4)</u>	La emersione del c.d. "danno esistenziale" quale <i>tertium genus</i> tra danno morale soggettivo e danno biologico	23
<u>2.5)</u>	Il serrato confronto tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti	28
<u>2.6)</u>	I contrasti giurisprudenziali all'interno della Suprema Corte ed il tentativo delle Sezioni unite di rimuovere le incertezze	32
<u>2.7)</u>	Le persistenti incertezze dopo l'ennesimo intervento delle Sezioni unite del 2008	39
<u>§ § § § §</u>		
<u>3.1)</u>	Il diritto di proprietà: diritto inviolabile o non?	52
<u>3.2)</u>	I Principi CEDU quali norme interposte	54
<u>3.3)</u>	La sentenza della Corte cost. n. 348/2007	57
<u>3.4)</u>	Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale in generale	59
<u>3.5)</u>	Rapporti tra – il diritto comunitario come interpretato dal - la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e l'ordinamento nazionale	62
<u>3.6)</u>	La teoria dei c.d. «controlimiti»	73
<u>3.7)</u>	I diritti fondamentali, i diritti inviolabili e i rapporti dell'ordinamento interno con la CEDU.	82
<u>3.8)</u>	La ratifica del Trattato di Lisbona ed i nuovi possibili orizzonti per la CEDU	97
<u>3.9)</u>	Il ruolo svolto della Carta dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza)	100
<u>3.10)</u>	I rapporti tra la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo. Cenni storici.	107
<u>3.11)</u>	La diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con i principi CEDU prima e dopo la "comunitarizzazione" ad opera del Trattato di Lisbona	115
<u>3.12)</u>	L'improbabile insorgenza di un contrasto insanabile tra principi CEDU "comunitarizzati" e principi costituzionali	119

§ § § § §

<u>4.1)</u>	La giurisprudenza della Sezioni unite e la negata risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione al diritto di proprietà	126
<u>4.2)</u>	Dal diritto di proprietà tradizionale al “nuovo” diritto di proprietà secondo i principi della CEDU	128
<u>4.3)</u>	segue - Il “nuovo” diritto di proprietà secondo i principi della Carta di Nizza	134
<u>4.4)</u>	segue - Il “nuovo” diritto di proprietà “comunitario”	137
<u>4.5)</u>	Il danno morale secondo l’art. 41 CEDU	144
<u>4.6)</u>	Il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo e l’efficacia orizzontale “indiretta” dei principi CEDU	145
<u>4.7)</u>	Il necessario, indifferibile adeguamento ai principi della Corte europea	148

§ § § § §

<u>5.1)</u>	L’indifferenza delle Sezioni unite rispetto ai nuovi interessi emergenti	155
<u>5.2)</u>	Le immissioni eccedenti la soglia di tollerabilità - Generalità	157
<u>5.3)</u>	Il danno da immissioni eccedenti la soglia di tollerabilità in generale	163
<u>5.4)</u>	Il diritto all’abitazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani	167
<u>5.5)</u>	Il risarcimento del danno da immissioni: le contrastanti opinioni in seno alla Suprema Corte	170
<u>5.6)</u>	Sugli effetti delle immissioni rumorose in particolare	174
<u>5.7)</u>	La piena risarcibilità della lesione non patrimoniale derivante dalle immissioni nella giurisprudenza successiva alla Sezioni unite n. 26795/2008	177
<u>5.8)</u>	Le fattispecie penali in materia di immissioni: gli art. 659 e 674 c.p.	179
<u>5.9)</u>	La astratta individuazione di una fattispecie di reato e la possibilità di giungere comunque per questa via all’integrale risarcimento non patrimoniale	184
<u>5.10)</u>	Immissioni elettromagnetiche, giudizio di normale tollerabilità <i>ex art.</i> 844 c.c. e risarcibilità del danno non patrimoniale. Approfondimenti	185
<u>5.11)</u>	La lesione del diritto al pieno godimento dell’abitazione derivante da altre turbative diverse dalle immissioni	188

§ § § § §

<u>6.1)</u>	Il danno non patrimoniale da mancato godimento di beni diversi dalla casa di abitazione. Generalità	193
<u>6.2)</u>	Il c.d. (danno da) “fermo tecnico” di un’autoveicolo	195
<u>6.3)</u>	Il fermo tecnico e “ <i>il danno da vacanza rovinata atipico</i> ”	202
<u>6.4)</u>	Il fermo tecnico di un veicolo provocato da vizio di fabbricazione	208
<u>6.5)</u>	La risarcibilità del danno da vacanza rovinata “atipico” provocato dal mancato godimento di altri beni	214
<u>6.6)</u>	Il mancato godimento di beni provocato da un inadempimento: il “valore di organizzazione”	215

§ § § § §

<u>7.1)</u>	Il danno non patrimoniale da lesione al diritto di proprietà: il valore di affezione per le cose in generale	222
<u>7.2)</u>	Il danno da affezione - Il valore degli animali da compagnia	225
<u>7.3)</u>	Conclusioni	234

§ § § § §

Parte II[^]

Il risarcimento del danno (patrimoniale) per il mancato godimento di un bene nell'ordinamento giuridico tedesco

<u>8.1)</u>	Su alcuni tratti caratteristici del sistema tedesco della responsabilità civile	237
<u>8.2)</u>	Il § 249 BGB: il principio della riparazione integrale del danno e il divieto di arricchimento del danneggiato	238
<u>8.3)</u>	La preferenza accordata alla <i>Naturalrestitution</i>	239
<u>8.4)</u>	L'attenuazione del rigore della <i>Differenztheorie</i> e la tutela dell' <i>Integritätsinteresse</i> del danneggiato	244
<u>8.5)</u>	Il lucro cessante e il mancato guadagno: il § 252 BGB	249

§ § § § §

<u>9.1)</u>	Il danno non patrimoniale: il risarcimento dello <i>Schmerzensgeld</i>	251
<u>9.2)</u>	Le funzioni dello <i>Schmerzensgeld</i>	255
<u>9.3)</u>	Fattispecie di risarcibilità del danno non patrimoniale previste dal diritto positivo e dall'interpretazione giurisprudenziale - Generalità	261
<u>9.4)</u>	La (ir)risarcibilità di pregiudizi immateriali non contemplati dal diritto positivo	264
<u>9.5)</u>	Alcune considerazioni sul danno da vacanza rovinata secondo il § 651 f BGB e il valore del tempo libero vanamente perduto (<i>Nutzlos vertane Freizeit</i>)	266
<u>9.6)</u>	La limitazione alla risarcibilità del danno bagatellare	272

§ § § § §

<u>10.1)</u>	Il risarcimento dei pregiudizi derivanti dal mancato godimento di beni: il c.d. <i>Nutzungsausfallsentschädigung</i>	274
<u>10.2)</u>	La storica svolta del <i>Grosses Senat</i> nel 1986: ammissione del <i>Nutzungsausfallsentschädigung</i> anche per i beni diversi dai veicoli	279
<u>10.3)</u>	La risarcibilità del <i>Nutzungsausfall</i> anche in conseguenza della	283

	violazione di obblighi contrattuali	
<u>10.4)</u>	In particolare: la risarcibilità del <i>Nutzungsausfall</i> a seguito dell'esercizio del diritto di recesso	287
<u>10.5)</u>	L'esclusione dell'obbligo di restituzione del <i>Nutzungswert</i> nei contratti di acquisto dei consumatori a seguito di sostituzione (<i>Nachlieferung</i>) del bene difettoso	294
<u>10.6)</u>	La risarcibilità del <i>Nutzungsausfall</i> anche per i beni difettosi consegnati prima della scadenza del termine contrattuale	301

§ § § § §

<u>11.1)</u>	Il particolare settore del risarcimento del danno agli autoveicoli e la "patrimonializzazione" del valore d'uso. Generalità	304
<u>11.2)</u>	Il valore attribuito all' <i>Integritätsinteresse</i> ai fini della determinazione della soglia massima di risarcibilità dei danni materiali	309
<u>11.3)</u>	Il risarcimento delle "disutilità" derivanti dal mancato uso del veicolo incidentato: il noleggio di un'auto sostitutiva	318
<u>11.4)</u>	segue: Il risarcimento del <i>Nutzungsausfall</i> (o danno da fermo tecnico)	324
<u>11.5)</u>	In particolare: <i>Totalschaden</i> e <i>Nutzungsausfallschadensersatz</i> per le <i>Oldtimers</i> (auto e moto d'epoca)	336

§ § § § §

<u>12.1)</u>	Il risarcimento per il <i>Nutzungsausfall</i> di beni diversi dai veicoli: osservazioni generali	339
<u>12.2)</u>	Il risarcimento per il <i>Nutzungsausfall</i> per gli immobili	340
<u>12.3)</u>	Il risarcimento per il <i>Nutzungsausfall</i> di beni immobili derivante da inadempimento contrattuale	345
<u>12.4)</u>	Il risarcimento per il <i>Nutzungsausfall</i> di beni mobili diversi dai veicoli	348
<u>12.5)</u>	Gli oggetti da collezione e i beni impiegati in attività commerciale	354
<u>12.6)</u>	Riflessioni conclusive	356

§ § § § §

<u>13.1)</u>	Il risarcimento del danno per la cura di animali.	358
---------------------	---	------------

§ § § § §

<u>14.1)</u>	La disciplina delle immissioni nell'ordinamento tedesco. Generalità	363
<u>14.2)</u>	L'adeguata compensazione per il rilevante pregiudizio provocato da immissioni <i>ex</i> § 906, co.II°, per.II° BGB	368
<u>14.3)</u>	La tutela derivante dal coordinamento fra il § 906 e i §§ 823 e 1004 BGB	372
<u>14.4)</u>	La mitigazione della rigidità del sistema: la compensazione per il <i>faktischen Duldungszwang</i>	374
<u>14.5)</u>	Il risarcimento del pregiudizio derivante da immissioni prodotte da attività soggette ad autorizzazione pubblica	376
<u>14.6)</u>	Le ragioni del diverso trattamento risarcitorio previsto dal § 906 BGB	379

	e dal § 14 BImSchG	
<u>14.7)</u>	La tutela risarcitoria per le immissioni prodotte da attività di pubblico interesse. “ <i>Enteignender Eingriff</i> ” e “ <i>enteignungsgleicher Eingriff</i> ”	381
<u>14.8)</u>	Quadro di sintesi del sistema delle tutele dalle immissioni	382

§ § § § §

Parte III[^]

Conclusioni

<u>15.1)</u>	La negazione della tutela non patrimoniale della lesione del diritto di godimento della proprietà quale conseguenza dell’inadeguata opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni unite	387
<u>15.2)</u>	Considerazioni comparatistiche: il <i>Nutzungsausfall</i>	392
<u>15.3)</u>	Segue: la struttura dell’ <i>Integritätsinteresse</i>	393
<u>15.4)</u>	Segue: i tempi di una “giustizia giusta” la miglior prevenzione contro le derive del sistema della responsabilità civile	395
<u>15.5)</u>	Riflessioni conclusive	396

Parte I[^]

**Il danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà
nell'ordinamento giuridico italiano**

1.1) Riflessioni introduttive sull'ipotesi di risarcibilità della lesione al diritto di proprietà a titolo di danno non patrimoniale.

La risarcibilità di un qualunque danno «materiale» arrecato ad una proprietà, o ad un bene di proprietà, di un danno che sia dunque suscettibile di una quantificazione «patrimoniale», non pone particolari problemi quanto all'*an*, discutendosi infatti in genere nella prassi della sola valutazione del *quantum*.

La questione si complica di parecchio se si sposta invece il piano della riflessione sulla possibilità di immaginare che la lesione al diritto di proprietà, a prescindere dalla sussistenza di un danno patrimoniale in senso stretto, sia astrattamente idonea a determinare anche l'insorgenza di una lesione "non patrimoniale" risarcibile. Più in concreto ci si deve chiedere se, oltre agli eventuali danni materiali arrecati ad una proprietà, possa essere riconosciuta alla parte offesa anche una posta risarcitoria a titolo di ristoro dei disagi – materiali e morali - che in ipotesi siano derivati dal mancato godimento, temporaneo o definitivo, di un bene, mobile o immobile.

E ci si dovrebbe poi chiedere, ancora, se sia possibile tradurre in un valore oggettivamente - e dunque economicamente - apprezzabile la lesione al c.d. «valore di affezione», ossia la perdita di quel valore aggiunto di natura meramente soggettiva che può essere attribuita ad un bene dal proprietario, bene che potrebbe anche essere privo di un oggettivo valore commerciale.

Si tratta di questioni in buona sostanza irrisolte. Per un verso la giurisprudenza non ha, quantomeno sino ad oggi, saputo dare convincenti spiegazioni. Più precisamente va detto che le parziali aperture operate dai giudici di merito, che si sono generalmente dimostrati solleciti nel riconoscere poste risarcitorie non patrimoniali derivanti dalla lesione al diritto di proprietà, non hanno incontrato il favore della giurisprudenza di legittimità. Anzi.

La lettura delle pronunce della Corte di Cassazione evidenzia infatti come i Supremi Giudici si siano sino ad oggi preoccupati esclusivamente di arginare, per quanto è loro stato possibile, i confini del danno risarcibile. E ciò hanno fatto senza però tenere in minima cura l'esigenza di dare ascolto a legittime istanze sociali alle quali il legislatore, a causa della cronica incapacità di adeguare con tempestività il diritto positivo al mutato sentire comune, non ha, a sua volta, saputo prestare attenzione.

Una filosofia conservatrice, quindi, che rischia però di rivelarsi malaccorta, soprattutto perché le barriere dogmatiche opposte alla risarcibilità di nuove ipotesi di

danno immateriale, che erano già di per sé non consistenti e proprio per questo poco convincenti, si trovano ora a dover tener testa anche all'imponente onda d'urto proveniente dal diritto sovranazionale, soprattutto quello della giurisprudenza delle Corti che quel diritto sono chiamate ad applicare.

Già oggi, per l'effetto combinato dei descritti fattori, la tenuta della impostazione tradizionale mostra i primi evidenti segni di logoramento. E proprio da questi sintomi di cedimento si partirà per esaminare il ruolo che verosimilmente potrebbe essere destinato a svolgere nel futuro prossimo il danno non patrimoniale per lesione al diritto di proprietà.

La disamina della questione dovrà poi prendere in considerazione una variabile tutt'altro che secondaria. Storicamente le proposte che vanno nel senso di ampliare le frontiere del danno risarcibile sono sempre state guardate con scetticismo e diffidenza, se non addirittura tacciate di provocatoria velleità. Una diffidenza che si acuisce quando si abbia a che fare con ipotesi di danno non patrimoniale. L'ancora oggi più che mai acceso dibattito in ordine al "danno esistenziale" offre una vivida testimonianza di quanto detto.

Ma è anche vero che oggi occorre guardare ai diritti fondamentali, e di conseguenza alla loro tutela, come diritti in movimento. In questi termini può essere sintetizzato l'autorevole pensiero che si evince da alcune recenti pronunce della Corte costituzionale, che evidenziano come il diritto moderno vada inesorabilmente spostandosi da una prospettiva statica ad una dinamica, nella quale cioè il diritto in azione è in continuo divenire anche grazie all'opera vivificatrice di chi è chiamato a dare peso, consistenza e significato agli evolutisi valori fondamentali.

Se è quindi vero, come pure confermano i *dicta* della Consulta, che l'evoluzione sociale porta con sé in dote diritti di nuova generazione, ovvero impone una interpretazione dei preesistenti diritti che sia adeguata al nuovo corso storico, non è peregrino immaginare che siano maturi i tempi per verificare se, e se sì in che termini, possa essere attualizzata anche la lettura del diritto di proprietà.

E se, quindi, per quanto qui più interessa, dal mancato godimento di un bene possa derivare il riconoscimento di un danno - non patrimoniale - risarcibile.

Si ripercorrerà quindi il cammino sino ad oggi compiuto dal danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano, per poi prendere in considerazione in che termini il diritto

sovranazionale, soprattutto quello di derivazione giurisprudenziale, sia in grado di “contaminare” i consolidati schemi ermeneutici di riferimento.

A compimento di questa prima fase si cercherà di strutturare una credibile costruzione giuridica sui cui presupposti poter fondare pretese risarcitorie per i pregiudizi, talvolta materiali, talvolta meramente affettivi, derivanti dalla lesione del diritto di proprietà in alcune delle ipotesi tipiche più ricorrenti nella quotidianità.

Infine, in un’ottica comparatistica, si volgerà lo sguardo all’ordinamento tedesco, al quale verrà dedicato un ampio approfondimento. In Germania, infatti, diversamente da quanto accade nel nostro sistema, il Legislatore ha percepito l’esigenza di allineare in modo organico il diritto positivo alle insorgenti esigenze sociali che reclamavano una maggiore sensibilità. Il che, si badi, non significa che si sia con ciò dato accesso incondizionato al risarcimento di disutilità non patrimoniali. È vero semmai che la rigidità del diritto positivo ha di fatto rappresentato un ostacolo all’estensione delle ipotesi di risarcibilità. Rispetto ai vincoli normativi la scienza giuridica tedesca - e in particolare la giurisprudenza - ha saputo però strutturare peculiari istituti risarcitori grazie ai quali è oggi possibile ristorare il disagio derivante dalla privazione di determinati beni.

Si cercherà quindi, a conclusione del presente studio, di dare una risposta alle seguenti domande: il diritto di proprietà è un diritto dalla cui lesione può derivare un danno non patrimoniale risarcibile? Tale risarcimento può essere fondato sull’impalcatura dell’art. 2059 c.c.? Esistono nell’ordinamento italiano altri percorsi giuridici che consentono di giungere comunque alla risarcibilità in parola? Ed in ogni caso: è possibile rinvenire nel sistema della responsabilità civile tedesca soluzioni utili a riconoscere da un canto la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà, ed al contempo ad evitare pericolose derive risarcitorie?

Ed infine: quali sono i possibili scenari che potrebbero in qualche modo imporre una revisione dei tradizionali canoni ermeneutici a fronte della crescente importanza assunta dal diritto europeo in genere?

2.1) Il danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano: (non solo) l'art. 2059

c.c.

Allo stato attuale dell'evoluzione del pensiero giuridico in materia di responsabilità civile, la possibilità che le ripercussioni non patrimoniali riferibili al mancato godimento o al valore di affezione di un bene siano anche giuridicamente rilevanti e, quindi, concretamente risarcibili, è oggetto di un animato dibattito.

La posizione prevalente è sostanzialmente contraria ad ampliare le ipotesi di danno in grado di far scattare meccanismi di tutela.

Ciò è dovuto essenzialmente alle difficoltà che si incontrano nel momento in cui si ragiona di danni non patrimoniali, ossia della lesione di interessi non economici «*che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica*»¹, e quindi, in ultima analisi, di utilità e di vantaggi per i quali risulta assai problematico operare una stima oggettiva misurabile secondo i tradizionali parametri del valore di mercato².

Un tema, quello della risarcibilità del danno non patrimoniale, sul quale - complice anche una giurisprudenza malferma, i cui interventi hanno acuito le insidie di un tessuto normativo di riferimento che già di per sé si prestava ad essere equivocado – soprattutto negli ultimi anni si è accesa una dialettica di rara intensità.

Il sistema aquiliano disegnato dal Legislatore del 1942 prevede infatti una norma di portata generale, l'art. 2043 c.c., che contiene i parametri attraverso cui valutare l'ingiustizia del danno. Alla quale è “affiancata” una disposizione speciale, l'art. 2059 c.c., in virtù della quale il risarcimento del danno non patrimoniale è sì ammesso, ma nei soli «*casi previsti dalla legge*». Con la conseguenza che vi possono essere sofferenze, dolori e patemi d'animo che per l'ordinamento giuridico non sono produttivi di conseguenze.

Ed è proprio sull'incerta collocazione del confine della risarcibilità del danno non patrimoniale che si è sviluppato l'ancor oggi irrisolto contrasto tra gli interpreti³.

¹ V. BIANCA, *La responsabilità*, MILANO, 1994, 166.

² Secondo BONILINI, voce *Danno morale*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989, 88, è stata proprio la difficoltà a provare la sussistenza di un pregiudizio non patrimoniale e di quantificarne l'entità che ha contribuito ad ammantare di disfavore la riparazione del danno non patrimoniale.

³ Incertezza che, come segnala BONILINI, voce *Danno morale*, cit., 85, è acuita dal fatto che «la scelta codicistica del 1942 è infelice: sia riguardo al nucleo precettivo – limitazione dei casi in cui riconoscere la riparazione – sia per l'impropria formulazione della norma. Tra l'altro, il danno non patrimoniale è reso oggetto di “risarcimento”, il che appare tecnicamente impossibile; vi è concordia

La tesi più risalente, che fino a pochi anni addietro è stata prevalente e che ancora recentemente ha trovato convinto sostegno, qualifica l'art. 2059 c.c. come norma a fattispecie incompleta che prevede solo la sanzione ad un precetto che va ritrovato altrove⁴. Mentre così non accadrebbe per l'art. 2043 c.c., il quale contiene la clausola generale dell'ingiustizia del danno. Quest'ultimo ben può fungere da norma secondaria, ma la sua essenza di clausola generale starebbe nel consentire al giudice di valutare la meritevolezza degli interessi lesi anche a prescindere da una tipizzazione in una norma imperativa. Ciò induce a ritenere che la responsabilità derivante dal compimento di un danno patrimoniale è "atipica", mentre la responsabilità derivante dalla causazione di un danno non patrimoniale è "tipica"⁵.

In definitiva, come autorevolmente proposto, i termini della questione possono essere così riassunti: ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale occorre il rinvio ad una norma che espressamente preveda il risarcimento di questo tipo di danno, oppure è sufficiente il rinvio ad una norma che, tutelando un diritto, un bene, un interesse primario, menzioni soltanto un generico obbligo risarcitorio⁶?

In origine dominava incontrastata una lettura restrittiva che intendeva la formula del rinvio ai «*casi determinati dalla legge*» con rigorosa tipicità⁷. L'unica norma che soddisfaceva tali restrittivi parametri era l'art. 185 del c.p., a mente del quale (comma 2^o) «*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*».

Pertanto, secondo quella *communis opinio*, essendo il reato fonte, ma al contempo anche limite del risarcimento del danno non patrimoniale⁸, il danno non patrimoniale risarcibile era solo ed esclusivamente quel danno civile da reato che va sotto il nome

di opinioni sull'opportunità di fare impiego, anche lessicalmente, della più neutra espressione "riparazione"»

⁴ Cfr. FRANZONI, *Il Danno morale*, in *Contr. impr.*, 1990, 307 ss., 315.

⁵ Cfr. FRANZONI, *Danno morale*, cit., 317. Secondo SALVI, voce *Danno*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989, 65 «La scelta di tutelare determinati interessi mediante il rimedio risarcitorio, pur in assenza di una perdita patrimoniale, ha in effetti un carattere in larga misura "politico" [...] Di conseguenza, il principio di tipicità assume – per il danno non patrimoniale indipendentemente dalla regola dell'art. 2059 c.c. – una pregnanza estranea all'altro modello di danno».

⁶ Così FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 483.

⁷ Cfr. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea alla Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 962 ss., 965.

⁸ Cfr. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, 865 ss., 866.

di «danno morale soggettivo»⁹ dovuto alla vittima a titolo di compensazione della sofferenza contingente, del turbamento transeunte dell'animo, dei patemi, disagi, ansie e dolori¹⁰ ed in generale delle sensazioni afflittive provate a seguito della lesione di beni di particolare valore affettivo o personale¹¹. In altri termini il danno non patrimoniale coincideva con – e si esauriva nel – danno morale soggettivo da reato¹², equiparazione ben espressa dalla formula del c.d. *pretium doloris*¹³.

Si riteneva, altresì, che l'art. 2059 c.c. conferisse alla risarcibilità un carattere sanzionatorio¹⁴, reso tra l'altro espressamente manifesto dalla stessa relazione al Codice civile, secondo la quale «*soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una energica repressione con carattere anche preventivo*»¹⁵. Il che costituiva un ulteriore solido argomento per confinare la risarcibilità del danno non patrimoniale entro le anguste mura erette dalla coeva tendenza¹⁶.

2.2) Gli anni '80 ed il riconoscimento della risarcibilità del danno alla salute

Le cose cambiano significativamente sul finire degli anni '70, con la progressiva affermazione nella giurisprudenza di merito di un orientamento che sottolinea l'iniquità di regole che commisurano le conseguenze della lesione del danno alla salute alla capacità di produrre reddito della vittima¹⁷, e che a quel tempo era l'unico criterio di valutazione dei danni fisici e psichici derivanti da illecito. Il patrimonio e la proprietà, che sino ad allora erano la chiave di lettura interpretativa del sistema del Codice civile e delle leggi ad esso collegate, perdono la loro centralità a beneficio

⁹ Cfr. FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 308; SALVI, voce *Danno*, cit., 66. È singolare, come evidenzia BONILINI, voce *Danno morale*, cit., 84, che «l'espressione “danno morale” sempre viva nei contributi degli interpreti, non ha mai trovato, e non trova oggi, riscontro nel dato normativo italiano».

¹⁰ Cfr. FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 316, e *Il danno risarcibile*, MILANO, 2004, 483; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, MILANO, 2007, 834.

¹¹ In questi termini SALVI, voce *Danno*, cit., 66.

¹² Cfr. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico sistematici dell'art. 2059 c.c.*, cit., 866; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 834.

¹³ Cfr. SALVI, voce *Danno*, cit., 73; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 834; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 489.

¹⁴ V. FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 317, secondo cui «il danno non patrimoniale è un effetto ulteriore dell'illecito civile, pur collegabile al medesimo fatto, talché assume carattere strettamente complementare della sanzione penale. Ciò comporta che il risarcimento del danno morale persegue scopi di più intensa repressione e prevenzione, di per sé estranei al risarcimento del danno patrimoniale».

¹⁵ In questi termini Corte cost, 11.7.2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939 ss.

¹⁶ Cfr. ancora FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 312.

¹⁷ Così SALVI, voce *Danno*, cit., 66

della persona e dei suoi diritti¹⁸. Ed in conseguenza di ciò comincia a mostrare segni di cedimento la tenuta della teoria tradizionale sul danno non patrimoniale.

Per effetto della crisi della «*concezione paneconomica del diritto privato*»¹⁹ si avvia quindi una fase caratterizzata da un lento, ma altrettanto inesorabile, avanzamento della frontiera del danno non patrimoniale verso la conquista dei territori fino ad allora inesplorati dei diritti della persona²⁰.

In effetti la rigorosa aderenza al principio di tipicità nell'interpretazione dell'art. 2059 c.c. rendeva l'ordinamento giuridico insensibile rispetto a tutte le sofferenze ed ai disagi (non patrimoniali) provocati da eventi diversi dai reati²¹. Un vuoto di tutela che, soprattutto qualora fossero in discussione diritti e beni costituzionalmente garantiti, appariva intollerabile²².

In particolare il dibattito si è inizialmente concentrato sulla tutela del diritto alla salute. Alla stregua dei vincoli posti dalla lettera dell'art. 2059 c.c. il danno alla salute era infatti considerato risarcibile solo qualora i pregiudizi derivassero da un illecito penale.

Nel 1979 viene investita per la prima volta della questione la Corte costituzionale²³, chiamata da due diverse ordinanze di rimessione a pronunciarsi, con altrettante due distinte sentenze, sulla legittimità costituzionale dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale. I giudici rimettenti avevano evidenziato che la situazione di chi subisca un danno non patrimoniale - quale appunto quello alla salute - a seguito di reato non sarebbe diversa da quella in cui lo stesso pregiudizio derivasse da un illecito soltanto civile, e che pertanto tale limitazione dava origine ad una

¹⁸ Cfr. ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp.civ.prev.*, 2004, 1299 ss., 1318; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 167. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 ss., 269, definisce questo fenomeno come «la c.d. depatrimonializzazione del diritto privato; e, cioè, dell'evoluzione che ha trasformato il diritto privato da tecnica di regolamentazione dei soli interessi riconducibili ad una logica di mercato a regola di disciplina di interessi che non si lasciano, invece, inscrivere in un circuito di valutazione immediatamente pecuniario».

¹⁹ BIANCA, *La responsabilità*, cit., 167.

²⁰ In giurisprudenza questo nuovo corso viene inaugurato dalla sentenza Corte Cost, 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, 2053 ss., di cui ci si occuperà poco oltre, da cui è tratto il seguente significativo inciso: «Va dato atto ad una parte autorevole della dottrina d'aver intuito che, anche se l'art. 32 Cost. non contempla espressamente il risarcimento, in ogni caso, del danno biologico, è dallo stesso articolo che può desumersi, in considerazione dell'importanza dell'enunciazione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale del privato, la difesa giuridica che tuteli nella forma risarcitoria il bene della salute personale.» .

²¹ Cfr. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico sistematici dell'art. 2059 c.c.*, cit., 866; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 482.

²² Cfr. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico sistematici dell'art. 2059 c.c.*, cit., 866.

²³ Si tratta di Corte cost., 26.7.1979, nn. 87 e 88, in *Foro it.*, 1979, 2542 ss.

irragionevole e ingiustificata diversità di trattamento di situazioni omogenee in violazione dell'art. 3 Cost., posto che rispetto al danneggiato la configurabilità come reato del fatto illecito causativo del danno costituisce un elemento che nulla aggiunge all'esistenza del danno non patrimoniale²⁴.

La Consulta non ha però ritenuto condivisibile la tesi sostenuta dai giudici *a quo*, ed ha concluso che la questione di legittimità sollevata non fosse fondata in quanto, posta la sostanziale diversità, per presupposti e gravità, delle due situazioni, rientrava nella discrezionalità del legislatore l'adozione di un trattamento differenziato²⁵. Ma, a dispetto dell'apparente netta chiusura, è proprio con queste pronunce che sono state gettate le fondamenta su cui sarebbe stato costruito il nuovo modello della responsabilità civile.

La sentenza n. 88 del 1979, pur confermando la legittimità costituzionale dei limiti posti dall'art. 2059 c.c., ha infatti chiarito che l'espressione «*danno non patrimoniale*» adottata dal legislatore è da intendere in senso ampio e generale, ed è dunque tale da ricomprendere qualsiasi danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute. Si è quindi ammesso che, a seguito di un illecito penale, oltre al danno morale soggettivo, fino ad allora considerato come l'unica posta risarcitoria non patrimoniale, l'ambito di applicazione del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. si dovesse estendere fino a ricomprendere il ristoro di ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quindi anche quello derivante dalla eventuale lesione del diritto alla salute.

Il successivo passo verso il pieno riconoscimento del diritto – al risarcimento del danno - alla salute si compie pochi anni dopo, e precisamente nel 1986²⁶, allorquando, in mancanza di risposte precise provenienti dal diritto positivo, aderendo ai suggerimenti della dottrina e della giurisprudenza, la Corte costituzionale ha infine deciso di imporsi alla legge²⁷. Di talché il danno alla salute, che veniva

²⁴ La sintesi delle ordinanze è riferita nel testo delle sentenze della Consulta citate alla nota che precede.

²⁵ Cfr. Corte cost., 26.7.1979, n. 87, cit.

²⁶ V. Corte Cost., 14.7.1986, n. 184, cit.

²⁷ Cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir.priv.*, 2003, 123 ss., 128.

definito dal diritto vivente come «danno biologico», è stato ascritto come fattispecie e come effetti, all'art. 2043 c.c.²⁸.

A tale conclusione la Corte costituzionale perviene partendo dalla premessa che l'art. 2043 c.c. va considerato come una sorta di “norma in bianco”, e cioè come una disposizione che non individua i beni giuridici la cui lesione è vietata, bensì solo la conseguenza della lesione di tali diritti in termini risarcitori. A sua volta, essendo il diritto alla salute - giusta l'art. 32 Cost. - una delle posizioni soggettive protette dalla Carta fondamentale, doveva a buon diritto essere considerato quale bene giuridico da tutelare, con conseguente obbligo di riparazione in caso di violazione.

E dunque, secondo la Consulta, la risarcibilità del danno biologico doveva essere fatta discendere direttamente dal collegamento tra gli art. 32 Cost. e 2043 c.c.. In questo modo il diritto vivente ha prevalso sul dato legislativo²⁹, prediligendo una soluzione diversa rispetto a quelle che una concezione tradizionale dell'ordinamento avrebbe potuto suggerire³⁰.

La scorciatoia della «*patrimonializzazione fittizia*»³¹ ha, in effetti, permesso di aggirare il limite della riserva di legge penale posto a presidio della risarcibilità del danno non patrimoniale³². Ma, così facendo, si è, al contempo, asseverata la tradizionale restrittiva lettura dell'art. 2059 c.c. L'aver, ancora una volta, escluso dalla tutela della norma da ultimo citata tutti i danni non patrimoniali diversi dal danno morale soggettivo ha reso poco convincente la consistenza dogmatica dell'impianto della sentenza³³.

²⁸ In realtà, come ricorda MONATERI, voce *Danno alla persona*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989, 76, già da tempo la giurisprudenza di merito e la Corte di Cassazione avevano avviato il processo di “patrimonializzazione” del danno biologico, o se si preferisce la qualificazione del medesimo a *species* del danno ingiusto previsto dall'art. 2043 c.c.. V. a tal riguardo il *leading case* di Cass., 6.6.1981, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, 190, cui hanno fatto seguito *ex multis* Cass., 14.4.1984, n. 2422, in *Rep. foro it.*, 1984 voce *Danni civili*, n. 54 e Cass., 20.8.1984, n. 4661, in *Rep. foro it.*, 1984, voce *Danni civili*, nn. 55, 101.

²⁹ Sono numerosi i passaggi della sentenza in cui la Consulta svolge espressi richiami al «diritto vivente», ed in particolare alle riflessioni della dottrina, a supporto della portata rivoluzionaria delle proprie conclusioni.

³⁰ Cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., 129 ss.

³¹ Così la definisce IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppipezza*, in *Danno e resp.*, 1999, 601 ss. (parte I) e 717 ss., (parte II), 719.

³² Cfr. SALVI, voce *Danno*, cit., 69.

³³ Nella vibrante critica coeva mossa a tale pronuncia da BONILINI, voce *Danno morale*, cit., 86, si segnala come tale «monolitico orientamento giurisprudenziale» escluda, tra l'altro, la possibilità riparatoria in casi in cui, risultando violati beni quali il nome o l'immagine, l'atto lesivo non integri al contempo un reato. Dovendosi negare – attraverso una serie di segni logico sistematici – che l'art. 2059 c.c. sia operativo soltanto riguardo alle fattispecie le cui norme esplicitamente richiamano, fra le conseguenze ammissibili, la riparazione del danno non patrimoniale, si osserva in dottrina come

Ed in effetti a distanza di pochi anni due diverse ordinanze di rimessione si fanno interpreti presso la Consulta delle perplessità nutrite dai giudici comuni e dagli interpreti in generale. A tali istanze il Giudice delle Leggi risponderà con due rispettive pronunce nel 1994 e nel 1996³⁴, riaffermando, invero non senza difficoltà e con scarsa chiarezza argomentativa³⁵, la validità dei tradizionali paradigmi interpretativi.

2.3) La spinta evolutiva portata a cavallo del nuovo millennio dall'esigenza di riconoscere tutela risarcitoria alla lesione dei valori inerenti la persona

Alle soglie del nuovo millennio era però oramai evidente che tale risalente indirizzo, già entrato in crisi – anche ma non solo - per effetto dei mutamenti intervenuti in seguito alla nascita del danno biologico, era destinato ad essere rimeditato³⁶.

Il principale punto di caduta del sistema aquiliano così concepito era da individuare nella qualificazione in “positivo” delle categorie dei danni risarcibili: il danno patrimoniale, ovvero il danno per eccellenza, era identificabile attraverso le nozioni di patrimonio della persona, di bene economico, oppure di interesse patrimoniale in senso lato; la tutela del danno biologico era somministrata in virtù del collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost.; mentre, infine, ai sensi dell'art. 2059 c.c. il risarcimento a titolo di danno morale soggettivo era ammesso solo in presenza di un fatto illecito qualificabile come reato³⁷.

Tale struttura “tripartita” si reggeva quindi sulla rigorosa definizione dei limiti entro cui ciascuna delle categorie di danno risarcibile era chiamata ad operare. Erano

codesta riparazione debba già oggi essere riconosciuta nel caso di violazione di beni tutelati dagli art. 7, 9, 10 e 2600 c.c. Anche il danno non patrimoniale conseguente alla lesione del diritto morale d'autore, ed alla cosiddetta lite temeraria, dovrebbe trovare riparazione indipendentemente dalla circostanza che l'illecito configuri altresì un reato». Con riguardo alle coeve proposte dottrinali in tema di diritto alla riservatezza e diritto all'identità personale si rinvia alla sintesi di BUSNELLI, voce *Illecito Civile*, in *Enc. dir.*, 1991, 13 ss.

³⁴ Si tratta di Corte cost., 27.10.1994, n. 372, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976 ss., ivi commentata da SCALFI, *L'uomo, la morte, la famiglia*, 982 ss., e da GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*, 990 ss. e di Corte Cost., 22.7.1996, n. 293 (ord.), in *Resp. civ. prev.*, 1996, 909 ss.

³⁵ Si rinvia al riguardo al commento critico di GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*, cit., 994: «Chi dalla Corte attendeva una risposta chiarificatrice e risolutiva non può che sentirsi deluso: la risposta non solo non ha apportato l'auspicato chiarimento concettuale, ma ha scompigliato lo schema risarcitorio che la sentenza n. 184/1986 della stessa Corte aveva con tanta cura delineato [...] In definitiva, quella contrassegnata con il nr. 372/94 è una sentenza da dimenticare».

³⁶ V. ZIVIZ, *Danno alla vita di relazione, il tramonto di una categoria*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 914 ss..

³⁷ Cfr. per questa schematizzazione FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 486.

pertanto numerosi i valori inerenti la persona che, non rientrando nello schema del danno non patrimoniale, rimanevano fuori dalla portata della tutela risarcitoria.

La giurisprudenza della Corte costituzionale aveva insomma edificato una solida fortificazione, alla periferia della quale si andavano però popolando interi quartieri abitati dai nuovi diritti della persona che reclamavano cittadinanza nell'ordinamento. Una pressione a fronte della quale la cittadella dell'art. 2059 c.c. faticava sempre di più a reggere³⁸. L'esigenza di intendere il danno non patrimoniale come categoria ampia e comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona era del resto particolarmente avvertita³⁹.

Per un verso, infatti, proprio a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, con quella che è stata anche definita come «una vera e propria strategia di aggiramento esterno dell'art. 2059 c.c.»⁴⁰, il legislatore aveva significativamente ampliato i casi di espresso riconoscimento di risarcimento del danno non patrimoniale⁴¹ - anche al di fuori di ipotesi di reato - per violazione di valori personali (per l'ingiusta detenzione, l'irragionevole durata del processo, l'illecito trattamento dei dati personali, il danno da vacanza rovinata, la sofferta discriminazione per ragioni politiche, sessuali, razziali ecc.)⁴². Ipotesi rispetto alle quali era del tutto inconferente qualsiasi

³⁸ Cfr. PONZANELLI, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di cassazione*, cit., 963.

³⁹ Cfr. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 19 ss., 37, che osserva come dopo il pieno riconoscimento del danno biologico «l'elenco rimane largamente incompleto e sono ben altre le potenzialità delle norme e dei principi costituzionali, nella conformazione e nella nuova sistemazione del diritto civile».

⁴⁰ V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 147 ss., 149.

⁴¹ Tra i casi espressamente previsti dal legislatore va annoverato anche, come fa opportunamente FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 506 ss. (e prima in *Il danno morale*, cit., 324 ss.) l'art. 89 c.p.c., che attribuisce - tra l'altro - al giudice civile il potere di condannare al risarcimento del danno anche non patrimoniale la parte processuale responsabile di aver fatto uso di espressioni sconvenienti ed offensive in discorsi e scritti difensivi. Per il vero secondo il citato autore l'art. 89 c.p.c. sarebbe stata l'unica norma "civilistica" a prevedere un risarcimento del danno non patrimoniale, rectius, del danno morale *strictu sensu*, in applicazione di una norma diversa dall'art. 185 c.p..

⁴² La stagione della espressa previsione normativa di riferimenti espressi al risarcimento non patrimoniale al di fuori dell'ambito penalistico è stata inaugurata con la L. 13 aprile 1988, n. 117, rubricata «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità dei magistrati», il cui art. 2, comma 1, così dispone: «Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino dalla privazione della libertà personale». Sono poi state previste ulteriori ipotesi di risarcimento non patrimoniale: dall'art. 29, comma 9, L. 675/1996 sulla «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali», legge poi abrogata a far data dal 1.1.2004, ed integralmente sostituita dal «Codice in materia di protezione dei dati personali» di cui al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che all'art. 15, nel richiamare sostanzialmente il contenuto della previgente disciplina, così dispone: «1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in

riferimento ad esigenze di carattere preventivo / repressivo⁴³ che, come si è dianzi visto, costituivano invece il presupposto fondante della risarcibilità del danno non patrimoniale secondo la tradizionale esegesi dell'art. 2059 c.c.⁴⁴

Parimenti significativa era stata l'evoluzione della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che in più circostanze si era fatta interprete dell'esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito ancorché estraneo alla sfera patrimoniale in senso stretto⁴⁵. E' in questo periodo che si va infatti consolidando la

caso di violazione all'art. 11», norma quest'ultima che stabilisce le modalità di trattamento dei dati; dal D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), che all'art. 44, comma 7, che in caso di comportamenti discriminatori (previsti e puniti dall'art. 42 della L. 6 marzo 1998, n. 40) prevede la possibilità che il convenuto sia condannato anche al risarcimento del danno non patrimoniale; dall'art. 2 della L. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile), secondo cui «Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della L. 4.8.1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione ha diritto ad una equa riparazione»; Dall'art. 4, comma 5, del D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in tema di divieto di discriminazione per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro sia nel pubblico che nel privato; inoltre, secondo alcuni – v. tra i vari CASSANO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2°, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2008, 271 ss., 280 – vi sarebbe la tendenza giurisprudenziale a considerare la previsione dell'art. 709 ter c.p.c. (introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54 e per la quale «In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente, [...] 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro [...]») quale ulteriore ipotesi di un potenziale risarcimento del danno esistenziale, che sarebbe tipizzato nella norma de quo dal legislatore. Vanno, ancora, menzionati: il risarcimento non patrimoniale introdotto dal Regolamento CE 11 febbraio 2004, n. 261 in tema di compensazione ed assistenza ai passeggeri di voli aerei in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato; l'art. 125 del D. lgs. 10.2.2005, n. 30, sostituito dal D. lgs. 16.3.2006, n. 140, ossia il c.d. codice della proprietà industriale, rubricato «Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione», che al comma 1 prevede, tra l'altro, il ristoro del «danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione»; l'art. 158 della L. 22.4.1941, n. 633, come modificato dall'art. 5 del D. lgs. 16.3.2006, n. 140, che in tema di tutela del diritto d'autore, al comma 3 espressamente prevede siano «dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 del c.c.»; ed infine il nuovo art. 96, co. 3, c.p.c., introdotto dalla L. 18.6.2009, n. 69, a mente del quale «In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il Giudice, anche d'Ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

⁴³ Tale tendenza del legislatore di introdurre ipotesi normative di risarcimento non patrimoniale ha indotto IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in *Danno e resp.*, 1999, 601 ss. (parte I) e 717 ss., (parte II), 718, a proporre una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., così anticipando con lungimiranza l'arresto cui giungerà di lì a breve la giurisprudenza.

⁴⁴ Contro la quale, invero, da tempo si erano levate autorevoli voci dissenzienti, quale quella di BIANCA, *La responsabilità*, cit., 172, secondo cui «Questa opinione non può essere condivisa poiché il riferimento normativo al “risarcimento” sta a significare che il rimedio è estraneo al tema delle punizioni, riservato al diritto penale».

⁴⁵ Cfr. ad es. Cass., 23.4.1998, n. 4186, in *Danno e resp.*, 1998, 686, con nota di DE MARZO, *Riconosciuta la risarcibilità dei danni morali ai congiunti del leso*, ed in *Resp.civ.prev.*, 1998, 1409 ss., con nota di PELLECCIA, *La Corte di cassazione e il risarcimento del danno morale ai*

elaborazione del c.d. “danno alla vita da relazione”⁴⁶, utilizzata dagli interpreti per ovviare alla percezione di iniquità nascente dal sistema⁴⁷, e che, inoltre, per la prima volta, le Sezioni unite ammettono la tutela risarcitoria degli interessi legittimi⁴⁸ che fino ad allora erano stati relegati in una sorta di «*confino coatto*»⁴⁹.

2.4) La emersione del c.d. “danno esistenziale” quale *tertium genus* tra danno morale soggettivo e danno biologico

Si aggiunga che a partire dalla seconda metà degli anni novanta era iniziato il cammino di una nuova categoria di danno, il c.d. «danno esistenziale», contenitore ideale proposto come *tertium genus* da inserire tra il danno morale soggettivo ed il danno biologico, all’interno del quale racchiudere tutti i pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla lesione di valori inerenti la persona⁵⁰.

La lunga marcia del danno non patrimoniale verso una più consistente e diffusa risarcibilità giunge a – momentaneo - compimento nel 2003⁵¹. Se per quanto detto era prevedibile attendersi un *revirement*, meno scontato era che il sistema venisse completamente ridisegnato.

Con un primo gruppo di pronunce⁵² viene innanzitutto stabilito il principio che vuole il danno morale soggettivo sia risarcito anche nel caso in cui non sia stata accertata la

congiunti in caso di sopravvivenza della vittima: qualcosa, al fin, si muove. Si trattava di una sentenza con la quale è stato riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dai terzi congiunti del soggetto leso, il c.d. “danno riflesso”, anche nell’ipotesi di sopravvivenza della vittima principale delle lesioni.

⁴⁶ Secondo la definizione di BIANCA, *La responsabilità*, cit., 185, il danno alla vita di relazione è quello «che il soggetto subisce in conseguenza di una lesione della sua integrità psicofisica o della salute e che consiste nella diminuzione della possibilità del soggetto di esplicare normalmente la sua personalità nell’ambiente sociale».

⁴⁷ Cfr. DE GIORGI, voce *Danno*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, 4;

⁴⁸ Cass., S.U., 22.7.1999, n. 500, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1221 ss.; *I contratti*, 1999, 869 ss.; *Corr. giur.*, 1999, 1367; *Giust. civ.*, 1999, I, 2261.

⁴⁹ V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 29 ss., 36.

⁵⁰ Un primo abbozzo di quello che poco più tardi assumerà la più stabile definizione di “danno esistenziale”, su cui si approfondirà a breve *infra*, compare in Cass., 7.6.2000, n. 7713, in *Corr. giur.*, 2000, 873, con nota di DE MARZO, *La cassazione e il danno esistenziale*, ed in *Danno e resp.*, 2000, 835, con nota di MONATERI (836 ss.), «*Alle soglie*»: *la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di PONZANELLI (841 ss.), *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; v. anche Cass., S.u., 21.2.2002, n. 2515, in *Corr. giur.*, 2002, 461 ss., con nota di DE MARZO, *Il danno morale nel caso Seveso: l’intervento delle Sezioni unite*.

⁵¹ In questi termini BUSNELLI, *Chiaroscuri d’estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826.

⁵² Si tratta di Cass., 12.5.2003, nn. 7281, 7282 e 7283, di fatto omologhe quanto al contenuto di principio riassumibile nel seguente passaggio: «*Alla risarcibilità del danno non patrimoniale ex artt. 2059 c.c. e 185 c.p. non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell’autore del danno se essa, come nel caso di cui all’art. 2054 c.c., debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di*

colpa dell'autore del danno, e quindi anche in caso di colpa presunta, con ciò assestando un duro colpo alla funzione sanzionatoria sino ad allora attribuita all'art. 2059 c.c.⁵³

A distanza di pochi giorni verranno poi pubblicate due ulteriori sentenze della Suprema Corte⁵⁴, per il cui tramite verrà definitivamente superato il dogma dell'illecito penale che aveva fino ad allora caratterizzato l'ambito di operatività dell'art. 2059 c.c., e verrà altresì ammessa la astratta risarcibilità di tutta una serie di situazioni che da tempo chiedevano un ombrello riparatorio⁵⁵.

Secondo il nuovo corso inaugurato dalla giurisprudenza di legittimità nel 2003, il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale operato dall'art. 2059 c.c. si doveva intendere, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, come riferito «*anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale*»⁵⁶.

In pari tempo, con un *obiter dictum* particolarmente significativo, i Giudici della Corte di cassazione hanno segnalato l'opportunità, se non proprio la necessità, di

legge o se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato». Tali pronunce sono state pubblicate in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675 ss., ed ivi annotate da CENDON, *anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.*, 8828/2003, 685 ss.; BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, 691 ss., e di ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, ivi, 703 ss; in *Danno e resp.*, 2003, 713.

⁵³ Sottolinea ZIVIZ, voce *Danno esistenziale*, in *Enc. dir.*, 2003, 1, l'essere stato questo un risultato «coerente con le finalità dell'art. 2059 c.c., che come sottolinea la Suprema Corte, non mira a punire il responsabile, bensì a consentire la salvaguardia del danneggiato anche a fronte della lesione di interessi non economici».

⁵⁴ Cass., 31.5.2003, nn. 8827 e 8828, pubblicate in numerosissime riviste, e tra le varie in: *Danno e resp.*, 2003, 816 ss., ivi commentate da BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, 826; PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, 829 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, 831 ss.; ed in *Corr. Giur.*, 2003, 1017 ss. commentata da FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*; *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss., con commento di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675, ivi annotata da: CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.*, 8828/2003, 685; BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, cit., e di ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, cit. Essendo la parte motiva delle due pronunce sostanzialmente identica, ove non diversamente precisato il riferimento ad una di esse dovrà essere inteso come esteso anche all'altra.

⁵⁵ In questi termini PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 ss., 10.

⁵⁶ V. Cass., 31.5.2003, n. 8828, cit..

trasferire anche il danno biologico sotto il presidio dell'art. 2059 c.c.⁵⁷, che nella prospettiva immaginata dal Supremo Collegio avrebbe dovuto diventare la casa comune sotto il cui tetto riunire per coerenza di sistema tutti i membri della famiglia del danno non patrimoniale⁵⁸. Una dimora nella quale, secondo il progetto di ristrutturazione della Suprema Corte, doveva essere collocato anche il “danno morale civilistico”, ossia il danno provocato dalla lesione all'interesse all'integrità morale determinato da una ingiusta sofferenza contingente che trova diretta protezione nell'art. 2 Cost., e che dunque è destinato ad essere risarcibile anche laddove il fatto illecito non sia configurabile come reato⁵⁹.

Le indicazioni ermeneutiche portate dalle cinque sentenze della Corte di Cassazione sono state fatte proprie da una storica sentenza della Corte costituzionale pubblicata a distanza di poche settimane⁶⁰, con la quale verranno definitivamente dischiuse le

⁵⁷ V. Cass., 31.5.2003, n. 8828, cit.: «Non ignora il Collegio che la tutela risarcitoria del cosiddetto danno biologico viene somministrata in virtù del collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 cost., e non già in ragione della collocazione del danno biologico nell'ambito dell'art. 2059 c.c., quale danno non patrimoniale, e che tale costruzione trova le sue radici (v. Corte cost., sent. 184/86) nella esigenza di sottrarre il risarcimento del danno biologico (danno non patrimoniale) dal limite posto dall'art. 2059 c.c. [...] Ma anche tale orientamento, non appena ne sarà fornita l'occasione, merita di essere rimeditato». Secondo FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 488, «Tutto ciò è coerente e logico con la premessa iniziale che vede ridisegnati i rapporti fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Poiché il secondo ha ampliato la sua area, e poiché il danno alla salute non riguarda le conseguenze economiche e reddituali del patrimonio della persona, è inevitabile concludere che tutto il danno alla salute debba essere risarcito in applicazione dell'art. 2059 e non già dell'art. 2043 c.c.». Conf. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 180, secondo cui «Non vi sono argomentazioni che valgano a contrastare il dato della non patrimonialità del bene - persona, trattandosi di un bene sicuramente insuscettibile di un prezzo economico, come sicuramente insuscettibili di valutazioni patrimoniali sono le menomazioni della persona in sé considerate».

⁵⁸ V., ancora, i seguenti emblematici passaggi di Cass., 31.5.2003, n. 8828, cit.: «Una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. [...] D'altra parte, il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale».

⁵⁹ Tali considerazioni sono svolte da BONA, *il danno esistenziale bussola alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il “nuovo” art. 2059 c.c.)*, 941 ss., 955.

⁶⁰ Si tratta di Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939 ss., ivi commentata da: BONA, *il danno esistenziale bussola alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il “nuovo” art. 2059 c.c.)*, 941 ss.; CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, 957 ss.; PONZANELLI, *La corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, 962 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, 964 ss.; TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, 970 ss.; in *Foro it.*, 2003, I, 2201 ss., con nota di NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036, annotata da ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, 1041 ss.

porte all'applicazione della nuova e rivoluzionaria lettura dell'art. 2059 c.c. (quella, appunto, della sua costituzionalizzazione)⁶¹.

La Consulta, spaziando nell'intero contesto del danno non patrimoniale, ha innanzitutto confermato che l'applicazione dell'art. 2059 c.c. «*non postula più, come si riteneva per il passato, la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato*», con ciò ratificando l'arresto cui erano pervenute le prime tre sentenze della Corte di cassazione⁶².

Inoltre, diversamente da quanto avevano fatto i giudici di legittimità – i quali esplicitamente escludevano l'opportunità di addivenire all'individuazione di specifiche figure di danno nell'ambito dell'universo non patrimoniale - la Corte costituzionale traccia una tassonomia ben precisa, ripartendo i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica in tre diverse sottocategorie positivamente individuate⁶³, tutte riferibili all'ambito di operatività dell'art. 2059 c.c., nel quale «*deve intendersi ricompreso ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona conseguente ad un accertamento medico, sia infine il danno (spesso definito dalla dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona*»⁶⁴.

L'art. 2059 c.c. passa dunque da norma che consente il risarcimento del - solo - danno morale soggettivo nei - soli - casi di reato, a norma che non soltanto consente il risarcimento del danno morale soggettivo al di fuori dei casi di reato, ma, al di là di

⁶¹ Così BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, cit., 944. Rileva GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 303 ss., 312, che «una delle spinte principali che hanno condotto all'abbandono dell'uso dell'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 32 Cost. era l'impossibilità di garantire ai congiunti del defunto il risarcimento del danno <morale soggettivo>, ossia le c.d. <sofferenze interiori> (risarcimento garantito appunto solo in caso di reato, ex art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 185 c.p.)».

⁶² Conf. Cass., 1.6.2004, n. 10482, in *Danno e resp.*, 2004, 953 ss., con nota di BITETTO, *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione «punitiva»* e Cass., 27.10.2004, n. 20814, in *Danno e resp.*, 2005, 713 ss., con nota di BONACCORSI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità oggettiva*; Cass., 3.12.2007, n. 25187, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1077 ss., con nota di AZZARRI, *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*.

⁶³ Così ZIVIZ, voce *Danno esistenziale*, cit., 2.

⁶⁴ V. Corte cost., 11.07.2003, n. 233, cit.

quei casi, consente altresì il risarcimento di danni non patrimoniali diversi purchè siano conseguenza dell'aggressione ad un interesse della persona di rango costituzionale⁶⁵.

Con il che si vivacizza il dibattito in ordine alla risarcibilità sia dei diritti ed interessi della persona già da tempo individuati dal diritto positivo⁶⁶, sia pure di quelli che, ancorché legislativamente "innominati"⁶⁷, avevano cominciato ad interessare una parte significativa della dottrina e della giurisprudenza, alle cui sollecitazioni si deve il formale riconoscimento da parte della Consulta del c.d. «*danno (spesso definito come) esistenziale*», che era stato il vero protagonista del dibattito degli ultimi anni sui limiti risarcitori del danno non patrimoniale⁶⁸.

Il sintagma «danno esistenziale» era infatti stato elaborato dalla dottrina⁶⁹ come ideale categoria funzionale per fare emergere dall'indistinto magma dell'indifferenza giuridica tutte le situazioni altrimenti relegate nella zona che la copertura assicurata dalle due grandi categorie del danno biologico e del danno morale soggettivo derivante da reato aveva lasciato in ombra. In pratica mentre con il danno morale si identificava la reazione emotiva immediata che cagiona l'illecito quale misto di dolore, angoscia e fastidio, quello cioè che si è detto essere il c.d. *pretium doloris*, con il danno esistenziale, in via di prima approssimazione, si prendevano in

⁶⁵ Così CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, cit., 957.

⁶⁶ Si tratta di fattispecie normative in ordine alla risarcibilità non patrimoniale su cui da tempo gli interpreti dibattevano, quali l'art. 96 c.p.c., la c.d. lite temeraria; del combinato disposto degli artt. 2599 e 2600 c.c. in tema di concorrenza sleale; degli artt. 7, 9 e 10 del c.c., chiamati alla tutela rispettivamente del diritto al nome, dello pseudonimo e dell'immagine; dall'art. 81 c.c., in tema di conseguenze della violazione della promessa di matrimonio; ed ancora al risarcimento del danno in caso di diffamazione a mezzo stampa, come regolato dall'art. 12 della dalla previgente L. 8 febbraio 1948, n. 47, ed alla violazione del diritto d'autore, originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 158 e 168 della L. 22 aprile 1941, n. 633. Per un esaustivo approfondimento sulla questione si rinvia a FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 326 ss., ed al più recente aggiornamento del medesimo autore contenuto ne *Il danno risarcibile*, cit., 507 ss..

⁶⁷ Un discorso a parte va fatto per il c.d. danno da «vacanza rovinata», assimilato dalla prassi corrente della giurisprudenza a seguito della decisione della Corte giust. CE, 12.3.2002, n. C-168/00, in *Danno e resp.*, 2002, 1097 ss., che ha individuato la fonte del diritto a tale ristoro nell'art. 5 della direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990, recepita dal D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, disciplina ora integralmente (abrogata e) trasposta negli artt. 82 – 100 del D. L.vo 6 settembre 2005, n. 206 meglio noto come Codice del Consumo.

⁶⁸ V. ancora, BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, cit., 949.

⁶⁹ La paternità della teoria esistenzialista viene pacificamente ascritta a Paolo CENDON (tra i primi contributi del quale si segnalano *ex plurimis*: *Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 257; *Esistere o non esistere*, in *Resp.civ. e prev.*, 2000, 1251 ss.) ed alla c.d. "Scuola Triestina" che al predetto fa riferimento, ed in particolare a Patrizia ZIVIZ, per i riferimenti alla cui opera si rinvia alle numerose citazioni già segnalate ed a quelle delle pagine a seguire.

considerazione ai fini risarcitori le compromissioni delle attività realizzatrici della persona, ossia le proiezioni dannose dell'illecito sull'esistenza futura della vittima⁷⁰.

2.5) Il serrato confronto tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti

Ora che era stata spianata la strada al collegamento tra i diritti fondamentali della persona garantiti a livello costituzionale ed il diritto civile, di talchè «secondo il principio c.d. teoria della “Drittwirkung”, le norme costituzionali che attengono a valori inviolabili della persona umana non solo hanno efficacia precettiva nei confronti dello Stato, ma sono anche immediatamente efficaci nei rapporti privatistici»⁷¹, si presentava però un duplice ordine di problemi.

Infatti, una volta stabilito che «ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguono pregiudizi non suscettivi di valutazione economica»⁷², era necessario definire in primo luogo quale dovesse essere il catalogo dei diritti meritevoli di tutela⁷³; e, secondariamente, se per far scattare il meccanismo risarcitorio la lesione di tali diritti dovesse o meno superare una determinata soglia.

La diversa opzione in ordine alla modulazione di tali parametri sarà, come del resto era prevedibile, il terreno di scontro sul quale si sono confrontati esistenzialisti ed antiesistenzialisti⁷⁴.

Secondo quello che è stato definito l'“approccio negazionista”⁷⁵, che pure condivide l'esigenza di risarcire i danni derivanti dalla lesione di un diritto costituzionalmente garantito⁷⁶, la categoria del danno esistenziale sarebbe sostanzialmente inutile⁷⁷, se non addirittura fuorviante, in quanto risulterebbe impossibile tratteggiare una distinta area di pregiudizi non patrimoniali diversi dal già collaudato sistema fondato sul

⁷⁰ Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali*, MILANO, 2004, 50.

⁷¹ Così sintetizza Cass., 9.11.2006, n. 23918, in *Danno e resp.*, 2007, 310 ss.

⁷² V. Cass., 31.5.2003, n. 8828, cit.

⁷³ Cfr. ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, cit., 1300; NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 18.

⁷⁴ In merito, per la puntualità dei riferimenti e l'esautista sintesi si rinvia a BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il “nuovo” art. 2059 c.c.)*, cit., 950 ss., nonché a Cass., 12.2.2008, n. 3284, in *Danno e resp.*, 2008, 445 ss.

⁷⁵ Cfr. ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, cit., 1302.

⁷⁶ Cfr. PONZANELLI, *Ci vuole un diritto fondamentale per la concessione del danno non patrimoniale*, nota a commento di Cass., 12.2.2008, n. 3284, in *Danno e resp.*, 2008, 445 ss., 447.

⁷⁷ Di espressa inutilità parla PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059: significati e problemi*, in *N.g.c.c.*, 2007, II, 247 ss., 253, al cui tema dedica uno specifico paragrafo emblematicamente intitolato «L'Inutilità della categoria del danno esistenziale».

pregiudizio all'integrità fisio - psichica e sul *pretium doloris*. In altri termini il danno esistenziale altro non sarebbe che una componente meramente descrittiva del danno biologico, e dotarlo di una propria autonoma connotazione giuridica comporterebbe l'inevitabile insorgenza di pericolose duplicazioni risarcitorie⁷⁸.

Ma, al di là delle petizioni di principio, l'intera discussione si svolge intorno al confronto serrato da chi propone una teoria che limita la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali alla lesione dei – soli - diritti fondamentali della persona, a quella che, invece, accede ad una più ampia prospettiva secondo la quale sarebbe risarcibile la violazione di ogni interesse di rilevanza costituzionale.

Secondo la prima lettura, sarebbero pertanto risarcibili solo le lesioni ai diritti inferibili dall'esegesi dell'art. 2 Cost., che attribuendo ad alcuni diritti il carattere dell'invulnerabilità ne presuppone l'esigenza della massima tutela estesa anche al profilo risarcitorio non patrimoniale⁷⁹. Un sistema di individuazione dell'illecito risarcibile che i suoi stessi interpreti definiscono caratterizzato da "tipicità evolutiva", in quanto il sistema dei diritti inviolabili deve essere inteso in senso necessariamente dinamico, poiché mutevoli sono le incessanti aggressioni all'uomo che richiedono uno spazio di tutela intangibile, e che si realizza attraverso il collegamento tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 2 Cost.⁸⁰.

L'opposto schieramento eccepisce innanzitutto che il voler fondare un sistema "tipico" di rimedi all'illecito su una clausola generale – l'art. 2 Cost. – per sua natura "aperta", che cioè garantisce in modo "atipico" i diritti della persona, si risolve in un evidente sincretismo⁸¹. Una più appropriata interpretazione porta a leggere nell'art. 2059 c.c. non già una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale

⁷⁸ Cfr. ult. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059: significati e problemi*, cit., 253 ss.; v. anche TUCCI, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, in *Danno e resp.*, 2004, 701 ss., 705, il quale assegna alla funzione descrittiva delle singole categorie di danno il ruolo residuale di contribuire ad una più corretta quantificazione del danno non patrimoniale.

⁷⁹ Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 16, secondo cui (12) alla stessa stregua anche il danno morale patito al di fuori di una sottostante fattispecie di reato potrà essere risarcito solo nella misura in cui sia conseguenza della lesione di un diritto fondamentale; PONZANELLI, *Ci vuole un diritto fondamentale per la concessione del danno non patrimoniale*, cit., 447 ss.; IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, cit., 724.

⁸⁰ Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 10; conf. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, cit., 724, che nello stesso senso sostiene l'esigenza di dare alle istanze di tutela «risposte flessibili», e TUCCI, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, cit., 706.

⁸¹ Cfr. FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2007, 841 ss., 850; conf. DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2005, 46, 16 ss., 18.

tipizzato dal collegamento con l'art. 2 Cost., ma, all'opposto, una norma chiamata a svolgere una funzione complementare ed accessoria a quella della clausola generale⁸². Insomma, l'art. 2059 c.c. interverrebbe solo una volta che sia stata riscontrata la sussistenza degli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile alla stregua dell'art. 2043 c.c. per selezionare se quella concreta fattispecie rientri tra quei «*casi determinati dalla legge*» per i quali è prevista la riparazione – anche o solo – dei danni non patrimoniali⁸³.

E poiché, infine, il danno non patrimoniale appare in tutti i suoi molteplici aspetti espressione della lesione di valori inerenti alla persona, per questi ultimi sarà possibile riconoscere sempre e comunque una rilevanza costituzionale⁸⁴ e, quindi, un risarcimento, dovendosi dunque intendere in senso ampio il rinvio alla legge operato dall'art. 2059 c.c.⁸⁵. Diversamente facendo si escluderebbe dall'area della risarcibilità una vasta area di danni alla persona, e cioè tutti quelli che non possono beneficiare della condizione di tipicità legale e/o costituzionale⁸⁶.

Il conflitto tra le diverse opzioni, i cui echi svolgeranno una rilevante influenza sul formante giurisprudenziale degli anni a venire, è poi proseguito in parallelo anche in relazione alla possibilità di individuare una soglia minima per la rilevanza della lesione ai fini risarcitori,.

L'indirizzo che sostiene una operatività dell'art. 2059 c.c. limitata al catalogo dei diritti portati dall'art. 2 Cost, ritiene che sia altrettanto necessario considerare non già la generica tutela dei diritti inviolabili, ma che, rispetto alla potenziale notevole

⁸² Si osserva che tale conclusione è, del resto, conforme alla interpretazione cui accede proprio Cass., 31.5.2003, n. 8828, cit, nel seguente passaggio testuale: «L'art. 2059 c.c. non delinea una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile, consente, nei casi determinati dalla legge, anche la riparazione dei danni non patrimoniali».

⁸³ Cfr. ancora ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, cit., 1315; in senso conf. v. anche FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 435 ss., 454.

⁸⁴ Cfr. ZIVIZ, voce *Danno esistenziale*, cit., 3.

⁸⁵ Cfr. ult. ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, cit., 1315, che a sostegno della propria lettura osservano come (1306) «Una tassonomia scandita nelle distinte poste del danno morale, del danno biologico e del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi costituzionalmente protetti diversi dalla salute, trascura la considerazione, quantomeno sul piano concettuale e terminologico – dei pregiudizi non patrimoniali (distinti dalle sofferenze) che discendono dalla violazione di interessi privi di garanzia costituzionale». Conf. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit. 158, secondo cui «è sufficiente, non diversamente da quanto avviene per l'interesse patrimoniale e la corrispondente voce di danno, che siffatto interesse risulti meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, alla stregua dei principi del sistema normativo interno ed europeo come pure delle diverse Corti dei diritti dell'uomo vigenti in ambito internazionale».

⁸⁶ Cfr. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit. 152.

latitudine contenutistica che tali diritti sono in grado di esprimere, sia necessario ricorrere al criterio dell'intangibilità del contenuto essenziale del diritto⁸⁷. In ossequio al principio di sistema de *minima non curat praetor* vanno quindi escluse le pretese "capricciose" e/o quelle che, sebbene urtino la sensibilità individuale, per la natura bagatellare che le contraddistingue non riescono a superare il limite imposto dal dovere di tolleranza che ciascuno deve accettare quale necessario presupposto per la pacifica coesistenza di una pluralità di soggetti e di interessi⁸⁸.

Tale costruzione viene criticata dall'opposto fronte esistenzialista perché infirmata da almeno due evidenti ed insuperabili limiti argomentativi. Viene fatto osservare, infatti, che se si parte dalla premessa che la lesione di un diritto costituzionale inviolabile è intollerabile, tanto da meritare tutela al massimo livello (ivi compreso quello non patrimoniale), si cade poi in una stridente contraddizione nel momento in cui se ne preclude il ristoro per lesioni che non superino un dato livello di intensità; e tale conclusione risulta poi, in secondo luogo, ancor meno accettabile se si pensa che, invece, nessuna limitazione di sorta si prevede quanto ai danni di natura patrimoniale per i quali, per il solo fatto di poter essere oggetto di misurazione, viene ammesso il ristoro di qualunque pregiudizio arrecato ad interessi giuridicamente protetti⁸⁹.

In altri termini secondo gli esistenzialisti il corretto processo logico da seguire sarebbe speculare: l'ingiustizia del danno, e non già l'entità della lesione, dovrebbe essere il parametro principale di riferimento a cui attenersi⁹⁰. L'entità del pregiudizio, ancorché minimale, non esclude infatti l'esistenza del danno e la sua efficacia

⁸⁷ Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit, 28 ss.. poiché in caso contrario si rischia di «postulare diritti inviolabili – a non vedere turbate le proprie abitudini di vita o a non soffrire – di tale e indefinita latitudine che, ove esistessero, renderebbero incostituzionale il sistema giuridico, poiché non vi è norma che non incida sul nostro agire quotidiano e talvolta anche sul nostro umore». V. anche NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 865 ss.

⁸⁸ Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit, 28 ss..

⁸⁹ Cfr. ZIVIZ, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1336 ss., 1341 e *Lo spettro dei danni bagatellari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 517 ss., 521; conf. FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, cit., 452 e SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., 152, che così commenta: «Come dire che tra il patrimonio e la persona, l'aver e l'essere, la tutela aquiliana riserverebbe ancora una volta al patrimonio una corsia preferenziale e un trattamento di privilegio. Il che a me sembra non possa in nessun caso giustificarsi né tanto meno condividersi»;

⁹⁰ Cfr. FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit., 849:«L'ingiustizia del danno assurge ad unico possibile criterio di selezione degli interessi <giuridicamente rilevanti>, meritevoli di protezione secondo l'ordinamento civil-costituzionale, delineando un sistema unitario ispirato all'atipicità dei fatti produttivi di danni risarcibili, sia nel campo del danno patrimoniale, sia in quello del danno non patrimoniale»

giuridica⁹¹. E non per questo viene a mancare il filtro di meritevolezza contro pretese bagatellari⁹², poiché infatti alla parte asseritamente offesa non basterà addurre e dimostrare la lesione di un diritto in astratto risarcibile, ma dovrà anche essere dimostrato che da tale lesione sono scaturite conseguenze non patrimoniali⁹³. A tacere poi del fatto che comunque, la lieve entità del danno patito, la cui liquidazione resta in ogni caso incerta, risulterebbe di per sé un deterrente ad agire in un giudizio che richiede un investimento di risorse - patrimoniali e personali - di per sé sufficiente a disincentivare una indiscriminata rincorsa al contenzioso⁹⁴.

2.6) I contrasti giurisprudenziali all'interno della Suprema Corte ed il tentativo delle Sezioni unite di rimuovere le incertezze

Ad alimentare le incertezze degli interpreti ha contribuito anche il coevo tentativo del legislatore di tenere il passo con la giurisprudenza⁹⁵. Con l'art. art. 138, comma 2° del Codice delle Assicurazioni⁹⁶ si è previsto che «*per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico - fisica della persona suscettibile di accertamento medico - legale che esplica una incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico - relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente dalla sua capacità di produrre reddito*». Nel che, mentre gli antiesistenzialisti hanno inferito la conferma legislativa della inutilità di affiancare

⁹¹ Cfr. in questi termini già concludeva DE GIORGI, v. *Danno, 1) Teoria generale*, cit., 5.

⁹² Secondo la proposta di ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, in *Giur. it.*, 2007, 1112 ss., 1115, «Il filtro dei valori costituzionalmente protetti diventa, perciò, il mezzo attraverso il quale sarà possibile escludere il ristoro dei danni non particolarmente significativi secondo una valutazione sociale tipica; si tratta, in buona sostanza, di constatare come turbamenti interni minimi o insignificanti modificazioni dell'agire quotidiano non siano tali da agire sull'integrità morale dell'individuo o sulla libera esplicazione della persona, quali valori costituzionalmente riconosciuti, e non possano perciò accedere alla riparazione»

⁹³ Cfr. ZIVIZ, *Lo spettro dei danni bagatellari*, cit., 523; conf. MONATERI, *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 787 ss., 792, e DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, cit., 19.

⁹⁴ Cfr. ZIVIZ, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, cit., 1341.

⁹⁵ Cfr. in questi termini BUSNELLI, *Il danno alla persona, un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.*, 2008, 609 ss., 610.

⁹⁶ Si tratta del D. L.vo 7.9.2005, n. 209, entrato in vigore il 1.1.2006. Va invero chiarito che la norma citata stabilisce i criteri in base ai quali dovrà essere redatta la tabella unica nazionale che parametrerà l'entità dei risarcimenti da attribuire in funzione della percentuale di invalidità fisio psichiche subite dal danneggiato nel caso di lesioni di grave entità. In tale contesto si prevede la definizione del danno biologico debba valere «agli effetti della tabella». Quanto poi alle lesioni di lieve entità - le c.d. lesioni micro permanenti contenute nel limite del 9% di invalidità - il successivo art. 139 si limita a prevedere che il danno biologico così definito possa essere aumentato dal giudice con equo e motivato apprezzamento in misura non superiore ad un quinto rispetto al parametro portato dalla tabella base.

alle preesistenti collaudate figure dell'universo non patrimoniale - ossia il danno morale soggettivo ed il danno biologico - anche il danno esistenziale⁹⁷, altri osservatori hanno però ritenuto che a tale stregua non solo si attuerebbe una generalizzazione della regola al di là dei rapporti assicurativi, ma che pure si escluderebbero aprioristicamente le innumerevoli ipotesi nelle quali il danno esistenziale non è conseguenza di una lesione dell'integrità psico fisica accertabile⁹⁸. La giurisprudenza della Suprema Corte, che avrebbe dovuto fare sintesi e dare concreta attuazione al programma disegnato dal complesso *revirement* del 2003, e che soprattutto avrebbe dovuto chiarire i numerosi quesiti che gli autori avevano al riguardo sollevato, ha invece oscillato – si potrebbe anche dire barcollato – cedendo alternativamente alle sollecitazioni provenienti dai diversi fronti⁹⁹, e per di più con motivazioni dal punto di vista logico - giuridico decisamente discutibili¹⁰⁰, risultando essere oggetto di condivisione la sola lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., in forza della quale «*non potendo il legislatore ordinario, per il principio*

⁹⁷ Cfr. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 310 ss., 318. Invero Cass., 2.2.2007, n. 2311, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 788 ss., con nota di ZIVIZ, *Le relazioni pericolose: i rapporti tra danno biologico e danno esistenziale*, chiarisce che l'art. 138 Cod. ass. attiene sì alle conseguenze del danno biologico, ma laddove l'illecito abbia provocato anche una lesione a diritti umani inviolabili questi non restano assorbiti nella globalità e complessità del danno biologico, e costituiranno quindi una autonoma voce risarcitoria.

⁹⁸ Cfr. FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit., 844, secondo cui, addirittura, il testo normativo «potrebbe legittimare la scomposizione del danno alla salute nelle distinte voci del della menomazione psicofisica in sé e dei suoi (eventuali e conseguenti) aspetti dinamici e relazionali»

⁹⁹ Cfr. ad esempio Cass., 25.7.2005, n. 15022, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 115ss., con nota di CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*, ivi, 122 ss., ed in *Corr. Giur.*, 2006, 525 ss., con nota di AMENDOLAGINE, *Danno esistenziale sì, danno esistenziale no: la fine di un mito o l'inizio di un nuovo corso?*; Cass., 19.8.2003, n. 12124, in *Resp.civ.prev.*, 2003, 1329 ss., rispettivamente schierate l'una pro e l'altra contro la teoria esistenzialista. V. anche Cass. pen., Sez. IV, 22.1.2004, n. 2050, di chiaro stampo esistenzialista, in *Danno e resp.*, 2004, 966 ss., con nota di PONZANELLI, *Gli esistenzialisti dopo la svolta del 2003 e la sentenza della cassazione penale sul caso Barilla*, di cui si riporta la significativa massima «In tema di riparazione dell'errore giudiziario, sono risarcibili anche i danni non patrimoniali, tra cui il danno esistenziale, il cui fondamento è rintracciabile nell'art. 2059 c.c., consistente nel pregiudizio derivante dalla sottoposizione a processo, con una detenzione e una condanna ad una pena da spiare poi rivelatesi ingiuste, da cui conseguono la privazione della libertà personale, l'interruzione delle attività lavorative e di quelle ricreative, l'interruzione dei rapporti affettivi e di quelli interpersonali, il mutamento radicale peggiorativo e non voluto delle abitudini di vita».

¹⁰⁰ È questo il caso di Cass., 25.7.2005, n. 15022, cit., che come osservato nella nota a commento da CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*, cit., risulta evidentemente contraddittoria, poiché a parole esclude la sussistenza della categoria del danno esistenziale, salvo poi riconoscere alla parte danneggiata il risarcimento per il pregiudizio esistenziale risentito dall'uccisione del congiunto. E per di più riconosce che si tratta di «profili di pregiudizio non limitato al mero dolore», e dunque distinti dal danno morale, nonché di limitazioni alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia». Per una ferma critica a questa sentenza v. anche DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, cit., 16 ss.

della gerarchia delle fonti, porre limiti alla risarcibilità dei valori della persona umana, nella misura e nei casi in cui sono considerati inviolabili dalla Costituzione, anche a detti valori va riconosciuta la tutela minima, e cioè quella risarcitoria»¹⁰¹.

Una volta «superata la ancestrale equiparazione tra danno non patrimoniale e danno morale soggettivo»¹⁰², è però sul come questa tutela minima risarcitoria doveva essere assicurata che le posizioni tra le Sezioni semplici della Corte di cassazione si ponevano ricorrentemente su piani divergenti se non addirittura antitetici.

È stata questa la molla che ha spinto le Sezioni unite, consapevoli dell'esigenza di rimettere ordine e rimuovere i contrasti giurisprudenziali, ad intervenire con la sentenza n. 6572/2006¹⁰³, allora forse troppo ottimisticamente definita quale «vero e proprio spartiacque»¹⁰⁴, che pareva aver definitivamente accolto la costruzione dottrinale degli esistenzialisti.

In tale pronuncia il danno esistenziale viene infatti non solo espressamente - e ripetutamente – nominato, cosa che del resto già aveva fatto la Corte costituzionale nel 2003, ma di esso viene anche data per la prima volta una definizione perentoria¹⁰⁵ - che risulterà poi essere una massima sostanzialmente ricorrente – secondo la quale «Il danno esistenziale va inteso come ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare areddituale del soggetto, che ne alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno».

La Suprema Corte si spinge però anche a rimarcare con determinazione la ontologica peculiarità dei caratteri del danno esistenziale, stabilendo di conseguenza i parametri attraverso i quali individuare i diversi pregiudizi che ricadono sotto ciascuna delle tre diverse voci – morale, biologico ed esistenziale - di danno non patrimoniale. E, non meno importante, afferma che il risarcimento non patrimoniale può derivare anche

¹⁰¹ Cfr. Cass., 19.8.2003, n. 12124, cit., e Cass., 25.7.2005, n. 15022, cit.

¹⁰² V. Cass., 19.8.2003, n. 12124, cit.

¹⁰³ Cass., S.u., 24.3.2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1222 ss., con nota di BERTONCINI, *Demansionamento ed onere della prova dei danni conseguenti*, 1230 ss., e di BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, 1235 ss;

¹⁰⁴ V. BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, cit., 1235.

¹⁰⁵ Cfr. BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, cit., 1241.

dalla violazione di doveri contrattuali¹⁰⁶, a prescindere dalla dimostrazione dell'ingiustizia e dalla colorazione costituzionale dell'interesse inciso, ed è risarcibile sulla base delle regole della responsabilità contrattuale¹⁰⁷.

In ordine ai diversi tratti caratteristici, e quindi alla formale distinzione, tra le tre diverse figure di danno non patrimoniale viene poi chiarito che:

1) quanto al danno biologico, esso «*si configura tutte le volte in cui è riscontrabile una lesione dell'integrità psico fisica medicalmente accertabile*» e «*non può quindi prescindere dall'accertamento medico legale*», mentre il danno esistenziale, «*essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare – al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico, stante la uniformità dei criteri medico legali applicabili in relazione alla lesione dell'indennità psico fisica – necessita imprescindibilmente di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita*»;

2) mentre il danno morale si fonda «*sulla natura meramente emotiva ed interiore*» – diremmo: sul turbamento dell'animo transeunte, sui dolori e sulle sofferenze interiori – del pregiudizio, il danno esistenziale si fonda sui «*concreti cambiamenti che l'illecito ha apportato, in senso peggiorativo, nella qualità della vita del danneggiato*», ovvero sulle «*scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso*».

¹⁰⁶ Le Sezioni unite sono infatti intervenute per l'esigenza di chiarire la fino ad allora controversa natura della responsabilità che *ex art. 2087 c.c.* - norma che tutela l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore - grava in capo al datore di lavoro. Ed hanno così stabilito trattarsi di una responsabilità di natura contrattuale, così riconoscendo che obblighi risarcitori non patrimoniali possono insorgere anche a seguito di inadempimento. Tale riconoscimento, osserva BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, cit., 1244, non viene però dal nulla, in quanto il tema della risarcibilità non patrimoniale da inadempimento era già da anni al centro del dibattito teorico e giurisprudenziale spaziando da «ipotesi minimali come la mancata attivazione della scheda telefonica o il ritardo nel trasporto aereo, a fattispecie molto più insidiose sotto il profilo dell'aggressione all'esistenza del creditore: pensiamo alla responsabilità medica, oppure al rapporto di pubblico impiego, o alla vacanza rovinata». Da altro canto in un coevo contributo SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., 153, osservava come «Dopo l'intervento della Corte di Giustizia dell'U.E., che con la nota sentenza del 12 marzo 2002 ha sancito la responsabilità *tout court* del danno morale da vacanza rovinata, nessuno può più oggi fondatamente mettere in dubbio che anche il danno non patrimoniale contrattuale è definitivamente entrato a far parte [...] delle categorie risarcibili *ex art. 1223 c.c.*, per effetto del combinato disposto con l'*art. 1174 c.c.*, in quanto tale da riparare senza limitazioni di sorta e senza alcuna condizione che non sia quella del suo concreto riscontro e della sua eziologica derivazione dalla in attuazione di una obbligazione di fonte contrattuale». Su tale questione si avrà comunque modo di tornare più oltre.

¹⁰⁷ Cfr. FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit., 855.

Sembrava insomma che con questo arresto si fosse davvero finalmente giunti ad una fase di stabilizzazione che consentisse per un verso di consolidare l'assetto del sistema aquiliano, e per l'altro di tracciare le linee guida del futuro della responsabilità civile¹⁰⁸. Tra l'altro è il caso di osservare come, in adesione alle indicazioni della dottrina sostenitrice del danno esistenziale, con la ferma indicazione della necessità di provare la sussistenza del danno derivante dal pregiudizio subito¹⁰⁹, le Sezioni unite avevano anche implicitamente posto le condizioni per evitare che una eccessiva dilatazione della posta risarcitoria esistenziale potesse scadere nella temuta deriva bagatellare.

Stanti i presupposti era quindi più che giustificato ritenere che il «*treno della salvaguardia risarcitoria non è più fermo alle vecchie stazioni*»¹¹⁰, e che tale sentenza segnasse, dopo anni di combattuta dialettica, «*la definitiva consacrazione del danno esistenziale da parte delle Sezioni unite*»¹¹¹.

In linea di principio tale convinzione trovava solidi riscontri anche nella giurisprudenza delle Corti di merito, che del resto avevano per prime raccolto le sollecitazioni della dottrina esistenzialista, interpretando con "elasticità" il paradigma della lesione dei diritti della personalità predicato dalla Suprema Corte come limite alla risarcibilità. Non sono però, purtroppo, mancati casi di eccesso nello slancio interpretativo¹¹² che hanno portato alla artificiosa costruzione di «*fantasiose, ed a*

¹⁰⁸ Secondo BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, cit., 1250, in forza di tale sentenza «La nascita del diritto alla realizzazione personale – occorre sottolineare – è soltanto il primo e non certo unico effetto dell'ingresso nel sistema del danno esistenziale».

¹⁰⁹ Cfr. Cass., S.u., 24.3.2006, n. 6572, cit.: «Mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale [...] va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento...»

¹¹⁰ V. CENDON, *Danno esistenziale, segreti e bugie*, cit., 126.

¹¹¹ È questo il titolo di un paragrafo con cui uno studioso non certo sprovveduto e facile ad abbandonarsi agli entusiasmi come MONATERI, *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, cit., 791, commenta la sentenza in questione.

¹¹² Quale esempio di eccessivo ampliamento delle ipotesi di risarcibilità, le più ricorrenti citazioni nei contributi dei vari interpreti sono riferite alle sentenze: G. di P. Bari, 22.12.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 880 ss., caso in cui è stato risarcito il danno da disappunto per illegittimo intasamento della cassetta postale con volantini pubblicitari; G. di P. Napoli, 26.2.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 433 ss., con nota di DI BONA DE SARZANA, *Sciopero dei farmacisti e responsabilità*, in cui è stato risarcito il danno per la sofferenza da stress causata dalla minaccia di sospensione del servizio farmaceutico; G. di P. di Casoria, 13.7.2005, n. 2781, in *Danno e resp.*, 2006, 54 ss., con nota di PONZANELLI, *Le pericolose frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da black out elettrico*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 155 ss., con nota di CARBONARO, *Il danno da black out: il punto sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento*, ed in *Dir. e giust.*, 2005, n. 38, 76 ss., con nota di DI MARZIO, *Danni, quell'esistenzialismo a tutti i costi. Risarcimenti: si alla soglia in stile tedesco*, ivi, 56 ss., sentenza che ha risarcito l'inedito danno da shock provocato da black out elettrico; G. di P. Napoli, 27.3.2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1923, commentata da GRECO, *Quando il calcio vale una vita*, sentenza che ha risarcito un tifoso del Napoli per il mancato godimento del più pregevole

volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone»¹¹³, e che hanno finito per rinvigorire le perplessità di quanti, da sempre poco propensi ad allargare le maglie del sistema aquiliano, cercavano utili strumenti per forzare la cassaforte nella quale nel 2006 le Sezioni unite avevano custodito il tesoro conquistato in anni di laborioso impegno.

Tali tensioni vengono così ad emergere in capo a pochi mesi con la sentenza n. 23918/2006 della terza Sezione della Corte di cassazione¹¹⁴, con la quale viene ricondotto al danno biologico sia il danno alla salute tradizionalmente inteso, che ogni pregiudizio afferente la lesione della personalità e dei diritti della medesima, che altro non sarebbero se non una delle possibili voci di cui il danno alla salute si compone. E se è vero che «di ciascuna di queste componenti il giudice deve tener conto nella liquidazione del danno alla salute complessivamente considerato al fine di assicurare il corretto ed integrale risarcimento dell'effettivo pregiudizio subito dalla vittima», è altrettanto vero – conclude la sentenza - che non è possibile una duplicazione liquidatoria delle stesse voci di danno che faccia «riferimento ad una generica categoria di “danno esistenziale” (dagli incerti e non definiti confini), poiché in questo modo si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità».

Ma la terza Sezione va oltre, e spiega che in realtà nemmeno le Sezioni unite avevano dato accesso ad un espresso riconoscimento del danno esistenziale quale categoria generica «bonne à tout faire»¹¹⁵, in quanto in quel caso concreto era stata presa in considerazione la specifica ipotesi di responsabilità contrattuale propria del datore di lavoro prevista dall'art. 2087 c.c.¹¹⁶. E quindi ogni riferimento al danno esistenziale operato dalle Sezioni unite doveva essere inteso come limitato all'ambito giuslavoristico e non poteva essere valido in altri contesti.

spettacolo cui avrebbe potuto godere se la propria squadra del cuore avesse militato nella categoria superiore.

¹¹³ Così in Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26792, in ordine alla quale è dedicato l'intero § 2.7), al quale si rinvia per citazioni ed approfondimenti.

¹¹⁴ Si tratta di Cass., 9.11.2006, n. 23918, in *Danno e resp.*, 2007, 310 ss.; in *Giust. civ.*, 2007, 369 ss., con note di ROSSI, *Una voce dissonante sul danno esistenziale*, 373 ss., e di PACE, *il danno esistenziale: battuta d'arresto*, 380 ss.; in *Giur. it.*, 2007, 1110, commentata da ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, ivi, 1113 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2007, 276, commentata da CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, ivi, 284 ss.

¹¹⁵ Così testuale in Cass., 9.11.2006, n. 23918, cit.

¹¹⁶ Condivide questa interpretazione BUSNELLI, *Il danno alla persona, un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, cit., 611.

L'evidente ed in qualche modo previsto tentativo di affossare il danno esistenziale¹¹⁷, accolto manco a dirlo con sentimenti contrastanti, ora di gelida critica¹¹⁸, ora di malcelato gaudio¹¹⁹, nella sostanza rimette in discussione per l'ennesima volta i punti salienti del sistema risarcitorio non patrimoniale, mantenendo viva «*la guerra che da tempo infuria(va) attorno al danno esistenziale*»¹²⁰. Da questo momento in poi uno stillicidio di alternanti decisioni comincia ad erodere anche quei pochi punti saldi che parevano essere patrimonio acquisito dalla giurisprudenza¹²¹.

I contenuti dogmatico - definitivi sostenuti dalle contrastanti pronunce della Suprema Corte in realtà malcelavano la vera natura della disputa sul tema del danno non patrimoniale. Come in effetti si è detto, la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha posto la nostra letteratura giuridica a dover risolvere non tanto il problema di qualificare un danno ora come esistenziale, ora come morale, quanto quello di individuare limiti ragionevoli alla risarcibilità dei danni c.d. micro-esistenziali¹²², ossia, in altri termini, dei danni bagatellari.

¹¹⁷ Pochi mesi prima della pubblicazione della sentenza in argomento così scriveva DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, cit., 16: «...sicché non dubita che nuovi arresti antiesistenzialisti seguiranno prima o poi, almeno per qualche tempo, presumibilmente dalla Terza Sezione della Suprema Corte...»

¹¹⁸ Il commento di CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, cit., 285, è, al riguardo, lapidario: «Né sembra avviato a grande successo – sul piano delle consonanze giurisprudenziali – il tentativo, cui indulge l'estensore della 23918/06 (difficile non chiedersi quale opinione intorno al quoziente di intelligenza dei lettori sorregga un passaggio simile!) di prospettare la sentenza stessa come niente più che un corollario della Sez. Un. 6572/06: in particolare sotto il profilo del rifiuto che, da ambedue le motivazioni, si effonderebbe in merito alla figura del danno esistenziale». V. anche il non meno vibrante contributo di ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, cit., 1112 ss.

¹¹⁹ Non a caso, a fronte del malcelato gioioso commento di PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, cit., corrispondono altrettanto critici rilievi di CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, cit., e di ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, cit.

¹²⁰ Così si esprime ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, cit., 1112.

¹²¹ In senso favorevole al danno esistenziale si segnalano Cass., 30.10.2007, n. 22884, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 80 ss., con nota di ZIVIZ, *Danno esistenziale: solo il tuo nome è mio nemico*; Cass., 6.2.2007, n. 2546, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1279 ss., con nota di CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*; Cass., 12.6.2006, n. 13546, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1439 ss., con nota di ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*; in *Danno e Resp.*, 2006, 843, con nota di PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*; Cass., 4.10.2005, n. 19354, in *Dir e giust.*, 2005, 46, 21 ss., con nota di DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*. Contrarie: Cass., 20.4.2007, n. 9510, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1553, con nota di CENDON, *Ma il biologico saprà fare la sua parte?*, 1558 ss., e Cass., 12.7.2006, n. 15760, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2057 ss., con nota di CHINDEMI, *Danno morale tanatologico: estensione del risarcimento ai "nuovi parenti" e riconoscimento del diritto alla vita*, 2062 ss.; Cass., 15.7.2005, n. 15022, cit.

¹²² Così FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit., 846.

2.7) Le persistenti incertezze dopo l'ennesimo intervento delle Sezioni unite del 2008

Sarà un'ordinanza di rimessione della – e non è evidentemente un caso – terza Sezione della Corte di cassazione che nel febbraio del 2008¹²³, con una corposa ed articolata serie di ben otto specifici quesiti, chiama per l'ennesima volta le Sezioni unite a stabilire se, e se sì in che termini, al danno esistenziale possa riconoscersi identità propria accanto al danno biologico ed a quello morale subiettivo, che pure, dopo il maggio del 2003, avevano subito un processo di repentina metamorfosi non ancora stabilizzata dopo il maggio del 2003¹²⁴.

Il compito affidato alle Sezioni unite era sicuramente impegnativo e tale da richiedere un doveroso periodo di riflessione. Gli interpreti, ma soprattutto la giurisprudenza di merito, si attendevano che questo sforzo producesse almeno un qualche risultato utile in termini di chiarezza.

Le quattro sentenze emesse nel novembre del 2008¹²⁵, diverse quanto a fattispecie, ma identiche nella risposta ai quesiti formulati in sede di rimessione, con le quali le

¹²³ Si tratta di Cass., ord. 25.2.2008, n. 4712, in *Resp. civ.*, 2008, 502 ss., con nota di PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*.

¹²⁴ Così sintetizza PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 502.

¹²⁵ Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26792, 26793, 26794 e 26795, tutte in *La resp. civ.*, 2009, 4 ss., con note a commento di BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, 45 ss.; FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, 52 ss.; FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, 75 ss.; FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.*, 20 ss.; PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, 68 ss.; ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, 28 ss.; e, sia consentito il rinvio, FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, 58 ss.; Pubblicate ancora in *N.g.c.c.*, 2009, I, 102 ss., ed ivi annotate da BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni unite*, 117 ss.; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, 122 ss.; in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con note di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, 32 ss.; LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze delle SS.UU.*, 26972, 26973, 26974, 26975/2008, 45 ss.; SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, 50 ss.. Si segnalano inoltre gli ulteriori commenti di CASSANO, *La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno non patrimoniale ed esistenziale dal 2006 alle Sezioni unite 26972/2008*, in *Vita not.*, 2009, 17 ss.; CENDON, *L'urlo e la furia*, in *N.g.c.c.*, 2009, II, 71 ss.; DE FRANCESCO, *Il danno non patrimoniale: principi applicativi e primi riscontri dopo le sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1180 ss.; DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S.U. del 2008*, in *La resp. civ.*, 2009, 651 ss.; FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *La resp. civ.*, 2009, 581 ss., e *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1 ss.; GRISI, *Il danno (di*

Sezioni unite si sono pronunciate, secondo l'opinione di molti commentatori, ai quali si associa chi scrive, si sono rivelate particolarmente deludenti¹²⁶.

Vero è che le Sezioni unite sono partite da una condivisibile preoccupazione, ossia quella di evitare che discutibili pronunce dei Giudici di Pace potessero, come non di rado era accaduto fino ad allora, accordare pregio a richieste di risarcimento fantasiose, se non addirittura assurde, fondate su asseriti pregiudizi esistenziali¹²⁷. Ed a tal fine hanno scelto quale stella polare per compiere questa navigazione nel *mare magnum* del danno non patrimoniale la volontà di fermare ad ogni costo la «proliferazione delle c.d. liti bagatellari»¹²⁸, azionate per ipotesi di danno «futile o irrisorio, ovvero» quello che «pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto»¹²⁹.

tipo) esistenziale e la nomofiliachia creativa delle Sezioni unite, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 379 ss.; LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, *Danno e resp.*, 2009, 363 ss.; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 589 ss.; MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 54 ss.; NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *N.g.c.c.*, 81 ss.; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 63 ss.; PERLINGIERI, *L'onnipotente art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 520 ss.; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 76 ss.; RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contr. impr.*, 2009, 277; SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, cit.; SCOTTI, *Le Sezioni Unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, II, 72 ss.; SIMONE, *La riscrittura del danno non patrimoniale: il declino del danno esistenziale e l'ascesa del danno morale?*, in *Speciale Danno e resp.*, 2009, 9 ss.; TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, in *Rass.dir.civ.*, 2009, 530 ss.; VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, *Obbl. e contr.*, 2009, 103 ss.; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 95 ss. Poiché il testo base è il medesimo, a meno che non vengano in considerazione peculiari tratti relativi ai diversi presupposti di fatto, il riferimento in citazione verrà fatto esclusivamente e per praticità alla sola sentenza n. 26792.

¹²⁶ Nella trattazione che segue non ci si occuperà di una tra le più criticate affermazioni contenenti nelle sentenze qui in disamina, e precisamente quella per la quale nei casi di lesione all'integrità psicofisica la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale si risolverebbe in una duplicazione risarcitoria, come tale non praticabile. Si tratta, come si può osservare, di un profilo che non interessa direttamente il tema oggetto della presente ricerca, per l'approfondimento della quale si segnala, in particolare, il pregevole contributo di BONA, *Il danno morale distinto dal danno biologico*, in *Speciale Danno e resp.*, 2009, 21 ss., interamente dedicato all'argomento.

¹²⁷ Cfr. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, cit., 49.

¹²⁸ Così Cass., S.u., 26972/08, cit.. Secondo CENDON, *Cass. S.u. 26972/2008: non con l'accetta per favore*, in *www.personaedanno.it*, in questa sentenza i danni bagatellari sono la vera "ossessione" della Cassazione, la "bestia nera" cui si è data la caccia; conf. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.u. del 2008*, cit., 49.

¹²⁹ Tale inciso testuale di Cass., S.u., 26972/2008, cit., è preceduto dalla seguente eloquente presa di posizione contro la giurisprudenza "creativa" delle corti di merito: «Al danno esistenziale era dato

Pericolo per scansare il quale le Sezioni unite chiariscono che non può essere concesso risarcimento non patrimoniale al di fuori dei casi tipici individuati da specifiche previsioni normative, ovvero dalla interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c.. Ma è proprio a questo punto che il proposito di rigore del Supremo Collegio si smarrisce in una fragile e contraddittoria conclusione.

Infatti, secondo le Sezioni Unite «*Il catalogo dei diritti in tal modo determinati non costituisce numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*»¹³⁰.

Dire infatti che la lesione deve essere “tipica” è inconciliabile con la indicazione ermeneutica dell' «*apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo*», posto che così facendo si giunge per l'appunto all'esatta negazione della tipicità¹³¹.

ampio spazio dai giudici di pace, in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di giudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale d'affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black out* elettrico». Come si dirà più oltre, tale passaggio ha il grave torto di mescolare in un unico calderone ipotesi di insorgenza di danni non patrimoniali palesemente esorbitanti con situazioni che, invece, avrebbero meritato un diverso approccio valutativo, quale ad esempio la perdita dell'animale d'affezione.

¹³⁰ È appena il caso di ricordare che diversamente si concluderebbe in presenza di un reato, giacché in tal caso, per effetto del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.p., sarebbe risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili, ma anche tutti quelli conseguenti alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti.

¹³¹ V. sul punto le osservazioni critiche di DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 126: «Si tratta ancora una volta del *floodgate argument*: alla diga da frapporre al dilagare delle pretese risarcitorie. Ma è una diga costruita sulla sabbia. È fatica sprecata tentare di conservare il carattere della tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale accoppiando l'art. 2059 c.c. alla Carta, che il carattere della tipicità non ha»; e di MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 615: «La difficoltà di prospettare un sistema tipico fondato sui diritti inviolabili costituzionalmente protetti è indirettamente riconosciuta da chi ne predica la natura elastica, poiché si è inevitabilmente costretti a convenire sul fatto che il catalogo dei casi non costituisce numero chiuso, sul presupposto, generalmente riconosciuto, che l'art. 2 sia norma aperta». Secondo FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, cit., 7, «Il fatto che l'art. 2059 c.c. limiti il risarcimento del danno non patrimoniale ai casi previsti dalla legge e fra questi quelli indicati da una norma costituzionale, ad es. l'art. 2 Cost., non significa che il danno non patrimoniale sia tipico, ma che non tutte le conseguenze di carattere non patrimoniale sono rilevanti per il diritto. Significa, invece, che in aggiunta alle comuni regole della causalità, chiamate ad operare su un terreno diverso da quello che

E, soprattutto, stabilire che non sono risarcibili «i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale» che devono essere sopportati «in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza» non basta certo a chiarire né quali disutilità meritino di essere risarcite, né oltre quale soglia tali disutilità diventino azionabili¹³².

Se, poi, oltre al criterio selettivo della minima tolleranza, si giunge ad affermare anche che «La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili», allora si apre una voragine di incoerenza sistematica davvero difficile da colmare¹³³.

In primo luogo perché - fatti salvi ovviamente i correttivi approntati dagli artt. 1227 e 2056 c.c. nel caso in cui vi sia un concorso del fatto del creditore o del danneggiato - nel nostro ordinamento non solo non è previsto che non si risarciscano i danni minimi, o bagatellari che dir si voglia, ma è semmai vero che esiste il principio della integrale risarcibilità del danno¹³⁴.

l'hanno vista nascere, va considerato l'ulteriore criterio selettivo rappresentato dalla legge». Cfr. anche PERLINGIERI, *L'onnipotente art. 2059 c.c.*, cit., 523 e 524; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, cit., 37.

¹³²BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, cit., 50. Al riguardo osserva SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, cit., 272, «che il parametro normativo dei diritti della persona inviolabili costituzionalmente garantiti non sempre è in grado di condurre a risultati applicativi inequivoci: si apre, dunque, un ampio spazio alla concretizzazione valutativa da parte del giudice della norma fondamentale di formalizzazione della rilevanza normativa del valore della persona, racchiusa nell'art. 2 Cost. Analogamente, e come si è già in parte anticipato, lo scrutinio circa la tollerabilità o meno, alla stregua del dovere di solidarietà, di determinati pregiudizi, rimanda ad un giudizio da compiersi alla stregua di ciò che è considerato tollerabile o intollerabile dalla coscienza sociale in un determinato momento storico, così come il parametro della rilevante gravità della lesione implica, a sua volta, un giudizio sintetico sulla base di indicazioni non direttamente poste dalla norma». Cfr. anche DE FRANCESCO, *Il danno non patrimoniale: principi applicativi e primi riscontri dopo le sezioni unite*, cit., 1191.

¹³³V. sul punto il troncante commento di GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofiliachia «creativa» delle Sezioni unite*, cit., 441: «Le vie del "diritto vivente" – come l'esperienza attuale insegna – sono infinite e possono condurre assai lontano, ma l'approdo qui configurato sembra, francamente, irraggiungibile: solo lavorando di fantasia si può giungere ad immaginare, ad opera della S.C., un intervento in grado di alterare, così nel profondo ed alle fondamenta, il sistema dell'illecito aquiliano».

¹³⁴In questi termini GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofiliachia «creativa» delle Sezioni unite*, cit., 426, che poi così approfondisce (432): «Il ricorso al metodo tabellare di liquidazione – per citarne uno – rivela che anche il danno non patrimoniale è divenuto misurabile in denaro, in modo oggettivo ed uniforme con una certa precisione [...] e, anche per effetto di ciò, scema la vis attrattiva all'idea che sia estraneo all'ambito del danno non patrimoniale il principio della riparazione integrale». Cfr. anche DE FRANCESCO, *Il danno non patrimoniale: principi applicativi e primi*

E ciò è tanto più vero con riferimento ai danni alla persona, come invero riconoscono le medesime Sezioni unite in un espresso passaggio testuale¹³⁵, salvo poi giungere con inspiegabile disinvoltura a conclusioni che con il declamato principio sono in aperta contraddizione.

Ma, secondariamente, in quanto, portando sino alle estreme conseguenze questo ragionamento, si giungerebbe ad ammettere che mentre il danno patrimoniale è sempre risarcibile ancorché il pregiudizio sia bagatellare e non attenga a diritti costituzionalmente rilevanti, il risarcimento del danno non patrimoniale, ancorché sia in questione la lesione di un diritto inviolabile, che dunque dovrebbe essere meritevole della più avanzata tutela, è invece «*dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile*».

Il che - essendo in stridente contrasto con la logica costituzionale di primazia della persona sul patrimonio¹³⁶ - suscita seri interrogativi di compatibilità con i principi della Carta fondamentale¹³⁷ e dà vita ad un evidente paradosso che introduce aporie difficilmente risolvibili¹³⁸.

riscontri dopo le sezioni unite, cit., 1179 ss. Principio del resto già affermato da Corte cost., 18.12.1991, n. 485, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 794, ed in *Giust.civ.*, 1992, I, 583, ben chiarito dalla Consulta nel seguente passaggio testuale: «Nella recente sentenza n. 356 del 1991, questa Corte, richiamando la sequenza concettuale delineata dalla propria giurisprudenza sul tema della tutela risarcitoria del diritto alla salute, ha ribadito che il principio costituzionale della integrale e non limitabile tutela risarcitoria del diritto alla salute riguarda prioritariamente e indefettibilmente il danno biologico in se considerato, che sussiste a prescindere dalla eventuale perdita o riduzione di reddito e che va riferito alla integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte “le attività realizzatrici della persona umana”».

¹³⁵ V. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit., *sub* § 4.8 della parte motiva: «Il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre».

¹³⁶ Cfr. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, cit., 110. Contrasto che, tra l'altro, si riscontra, come fa notare GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofiliachia «creativa» delle Sezioni unite*, cit., 435, anche rispetto al «principio di effettività della tutela consacrato nell'art. 24 Cost., giacché non sarebbe in armonia con detta disposizione né una tutela che si esprimesse in un risarcimento impari rispetto al danno cagionato, né - a maggior ragione - la negazione dell'accesso alla tutela».

¹³⁷ Cfr. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 127.

¹³⁸ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, cit., 271; BUCCI, *Il pregiudizio conseguente alla lesione del diritto alla tranquillità è mero disappunto?*, nota a commento di Cass., 9.4.2009, n. 8703, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 1007, 1011; PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, cit., 132; PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c.*, cit., 527; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, cit., 137; SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, cit., 53; SIMONE, *La riscrittura del danno non*

Ma i profili di perplessità ingenerati dall'arresto in narrativa non finiscono qui, posto che ancor meno condivisibile è la diversa conclusione cui si perviene in tema di danno non patrimoniale da inadempimento (contrattuale).

La sentenza premette infatti che, diversamente da quella che era l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, «*L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali*» ogni qualvolta venga in considerazione «*la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore*», così come peraltro risulta «*confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*»¹³⁹.

L'impianto così congegnato dà luogo a molteplici, rilevanti profili di perplessità. Non convince, innanzitutto, la limitazione della tutela non patrimoniale da inadempimento alla lesione dei soli diritti inviolabili operata per il tramite di una rilettura costituzionalmente orientata degli artt. 1218 e 1223 c.c., in quanto l'esigenza di selezione che la giurisprudenza di legittimità affida all'art. 2059 c.c. in ambito extracontrattuale non è affatto prospettabile in ambito negoziale¹⁴⁰. Infatti il meccanismo di responsabilità contrattuale viene attivato sempre con riferimento a rischi specifici, e sono individuati *ex ante* sia il responsabile eventuale, sia il contenuto dell'obbligo risarcitorio, a differenza della responsabilità aquiliana che deve trovare altrove il proprio fondamento¹⁴¹.

E del resto non può essere senza significato il fatto che mentre l'art. 2056 c.c. rende applicabili alla responsabilità extracontrattuale le regole della responsabilità contrattuale, non v'è una simmetrica disposizione che renda applicabile l'art. 2059 c.c. alla disciplina contrattuale¹⁴². Diverso sarebbe stato se il Legislatore avesse collocato l'art. 2059 c.c. a chiusura del capo terzo del libro quarto, dedicato

patrimoniale: il declino del danno esistenziale e l'ascesa del danno morale?, cit., 15; VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., 109.

¹³⁹ Tutti gli incisi virgolettati sono presi da Cass., S.U., 26972/2008, cit.

¹⁴⁰ Cfr. AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni unite di San Martino*, nota a commento di G. di P. Piacenza, 30.12.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 771 ss., 776.

¹⁴¹ In questi termini SCOTTI, *Le Sezioni Unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, cit., 104.

¹⁴² Cfr. COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2009, 649 ss., 661.

all'inadempimento delle obbligazioni, ovvero dopo l'art. 1229 c.c., invece che a chiusura del Libro quarto nel Titolo IX° dedicato ai «*Fatti illeciti*».

In altri termini – la lettura costituzionale del - l'art. 2059 c.c. è, per ragioni logico - sistematiche, incompatibile con le regole dell'autonomia privata¹⁴³. L'attenzione va quindi posta sulla disciplina specifica in tema di inadempimento, ed in particolare sull'art. 1218 c.c., a mente del quale non è dato individuare alcuna limitazione in ordine al tipo di danno risarcibile¹⁴⁴. Così pure l'art. 1223 c.c., nel prevedere la risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante si preoccupa esclusivamente di limitare il risarcimento ai soli danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, ma non prevede alcuna restrizione o esclusione in ordine alla natura del danno risarcibile¹⁴⁵.

E dunque, se le parti a tenore dell'art. 1322 c.c. sono libere di determinare il contenuto del contratto, purché gli interessi in esso dedotti siano «*meritevoli di tutela*

¹⁴³ Cfr. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2009, 1027 ss., 1028; CENDON, *L'urlo e la furia*, cit., 75; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 124; SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, cit., 271; TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, cit., 532. Secondo COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., 662, nella responsabilità aquiliana sussiste l'esigenza di operare «una ponderata selezione degli interessi risarcibili che, in assenza di un vincolo preesistente, non può che avvenire successivamente all'evento lesivo: ciò spiega e giustifica, nella responsabilità *ex delicto*, l'esistenza (quali criteri legali di selezione *ex post* degli interessi ammessi a tutela) della clausola generale dell'ingiustizia (art. 2043 c.c.) e, per i danni non patrimoniali, del canone tipizzante dell'art. 2059 c.c. Nella responsabilità debitoria, per converso, l'esistenza di un vincolo (legale o convenzionale) preordinato alla realizzazione di determinate aspettative ed utilità (economiche e non), risolve *ex ante* il problema della selezione degli interessi risarcibili rendendo in tal modo superfluo ogni riferimento a canoni (aquiliani) dell'*iniuria* e dell'art. 2059 c.c.». Anche NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, cit., 70, una delle voci che si sono schierate a sostegno dell'arresto delle Sezioni unite, non ha potuto evitare di riconoscere che «Va, chiaramente, aggiunto che nel campo della responsabilità contrattuale resta ferma comunque anche la rilevanza della fonte volontaria e, dunque, la possibilità che dall'assetto degli interessi concordato tra le parti emerga con assoluta chiarezza l'intento di dare copertura al risarcimento dei danni non patrimoniali».

¹⁴⁴ V. in merito la puntuale riflessione di MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 620: «Il Supremo collegio recepisce, dunque, le indicazioni offerte dal dibattito dottrinale degli ultimi decenni, ma le colloca in una cornice fuorviante per due ordini di ragioni: a) perché nessun conforto in ordine all'ampiezza del danno risarcibile ex art. 1218 c.c. si può trarre dal distinto campo della responsabilità aquiliana; b) perché così si trascura che il contratto dà vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *ius positum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti né dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria».

¹⁴⁵ Cfr. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, cit., 1028; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 125; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 625.

secondo l'ordinamento giuridico»¹⁴⁶, e, quindi, giusta l'art. 1174 c.c., di conferire rilevanza a qualsivoglia interesse non economico che sia confacente al presidio della meritevolezza, non può poi loro essere preclusa la possibilità di poter azionare il corrispettivo risarcimento qualora tali interessi non siano riferibili ad un diritto inviolabile della persona¹⁴⁷. Perché ciò vorrebbe dire, tra l'altro, che il debitore, in ogni contratto volto a soddisfare interessi non inviolabili, potrebbe unilateralmente sciogliersi dall'obbligo negoziale senza pagare alcun costo ulteriore rispetto alla mancata percezione dell'eventuale corrispettivo¹⁴⁸. In altri termini si prospetterebbe il rischio di un obbligo privo di sanzione, e, quindi, l'obiettivo dequotazione del *vinculum iuris*¹⁴⁹.

Il risarcimento, tra l'altro, non dovrà essere limitato agli interessi – patrimoniali o non, afferenti a diritti inviolabili o meno - espressamente menzionati nel regolamento negoziale, ma dovrà comprendere anche quegli interessi che, per quanto non

¹⁴⁶ Sulla irragionevole restrizione della libertà negoziale cui si perverrebbe in applicazione dei principi delle Sezioni unite v. la riflessione di DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 124: «La Costituzione, fin troppo stratonata a fini interpretativi di qua e di là – tanto che l'interpretazione c.d. costituzionalmente orientata sembra talora debordare verso esiti di vera e propria produzione normativa – viene presentata oggi dalle sez. un., parrebbe per la prima volta, nelle scomode vesti dello strumento di contenimento della volontà dei contraenti, volontà che lo stesso legislatore fascista giudicava invece libera di dispiegarsi, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., sia pure entro i limiti della meritevolezza».

¹⁴⁷ Cfr. PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, cit., 134: «In campo contrattuale i limiti sono scanditi dagli artt. 1322 e 1325 c.c.. Qualunque interesse meritevole di tutela può trovare cittadinanza (qui la regola del *contra ius* se la costruiscono le parti, *sub specie* d'inadempimento imputabile). [...] Anche se non c'è lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, la frustrazione del contratto può trovare risposta a livello risarcitorio, tant'è che la Corte ci ricorda come l'art. 1174 c.c. preveda la possibilità che l'interesse del creditore può essere di natura non patrimoniale». Cfr. anche D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «Diritto privato europeo»: le scelte dei Principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 573 ss., 602; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, cit., 39; SCOTTI, *Le Sezioni Unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, cit., 105; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, cit., 118.

¹⁴⁸ Cfr. Trib. Roma, 13.7.2009, in *La resp. civ.*, 2010, 21 ss., annotata da PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento e l'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno*, ed in (solo massima) *Giur. merito*, 2009, 2764, che afferma tale principio prendendo espressamente posizione contro l'impostazione adottata dalle Sezioni unite qui più volte citate. Ovvero, per dirla con TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, cit., 533, a seguire questa logica «viene legittimata nella sostanza l'immunità del debitore inadempiente tutte le volte in cui l'interesse non patrimoniale, - in ipotesi - espressamente dedotto nel contratto, non goda di un nobile aggancio costituzionale».

¹⁴⁹ Cfr. COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., 657; D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «Diritto privato europeo»: le scelte dei Principi acquis*, cit., 604.

espressamente dedotti in contratto, le parti avevano, o dovevano avere, ben presenti all'atto del consolidamento del regolamento negoziale¹⁵⁰.

Sono infatti le stesse Sezioni unite a spiegare che «L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale»¹⁵¹. Se questo è il criterio di selezione, per quanto si è sin qui detto sussistono ragioni testuali e sistematiche per le quali si può concludere che il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento dovrà essere risarcito ex artt. 1218 ss. c.c. ogni qualvolta gli interessi non patrimoniali assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni - sia chiaro: contrattuali o non contrattuali che siano¹⁵² - o perché la singola obbligazione è specificamente preordinata al loro soddisfacimento,

¹⁵⁰ Condivide questa impostazione VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto, V, Rimedi - 2*, MILANO, 2006, 976: «In casi in cui il contratto è tipicamente destinato a realizzare interessi estranei alla sfera economica, è da condividere l'idea che l'art. 1174 possa giustificare direttamente il risarcimento del danno provocato dalla loro mancata soddisfazione; né sarebbe d'ostacolo il limite della prevedibilità del danno, se si considera che la tipica destinazione del contratto alla realizzazione di quel genere di interessi rende il pregiudizio non patrimoniale di per sé prevedibile. Il problema sarà piuttosto quello di pervenire a quantificazioni che non traducano l'inevitabile ricorso alla valutazione equitativa in un mezzo per dare ingresso a determinazioni arbitrarie ed incontrollabili». Nei medesimi termini v. anche DI MARZIO, *I contrasti su ... danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Giur. merito*, 2009, 2764 ss., 2773: «Insomma, se nel campo della responsabilità aquiliana la nuova lettura dell'art. 2059 c.c., secondo cui il risarcimento del danno non patrimoniale è dato in caso di lesione di diritti inviolabili, può trovare una giustificazione pratica nell'esigenza – discutibile, ma non irragionevole – di selezionare e circoscrivere il numero degli interessi meritevoli di tutela, nel campo della responsabilità contrattuale una analoga esigenza non sembra affatto presentarsi, giacché, nel contratto, sono le parti stesse ad individuare gli interessi che intendono soddisfare». Tale tesi è stata condivisa anche dalla recente Trib. Roma, 13.7.2009, cit., oggetto della quale era l'istanza di risarcimento non patrimoniale per la disastrosa organizzazione di un pranzo di nozze. Il Giudice ha osservato infatti che «la risposta al quesito su quali siano i danni prevedibili va ricercata innanzitutto nell'oggetto del contratto e nell'interesse che questo mira a soddisfare: se il contratto ha ad oggetto prestazioni volte a soddisfare anche interessi di natura non patrimoniale, come appunto nel caso in questione, debbono ritenersi prevedibili e debbono dunque essere risarciti i danni ricadenti nella sfera non patrimoniale, e, dunque, tanto il danno morale soggettivo quanto il pregiudizio esistenziale».

¹⁵¹ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit.

¹⁵² Cfr. PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, cit., 70, che con riferimento alle determinazioni delle Sezioni unite n. 26972/2008, così commenta: «S'intende che, nel prossimo futuro, potrà esservi applicazione dell'art. 1218 c.c., come interpretato dalle pronunce in commento, pur in mancanza d'un vero contratto. Solo in omaggio ad una risalente tradizione è impiegata la espressione "responsabilità contrattuale", laddove dovrebbe più correttamente discorrersi, secondo il sistema delle fonti delineato dall'art. 1173 c.c., di responsabilità per inadempimento di una obbligazione che potrebbe non nascere da un contratto». Cfr. le conformi considerazioni svolte da ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, cit., 36.

o perché tali interessi sono in ogni caso implicitamente ricompresi tra quelli che il contratto è destinato a perseguire in concreto¹⁵³. Un'indagine per compiere la quale si può fare ricorso ai criteri di interpretazione forniti dagli artt. 1362 – 1371 c.c., che consentono di risalire agli interessi che il contratto intendeva realizzare¹⁵⁴, ovvero con l'interpretazione secondo buona fede che porti «*alla luce* “un taciuto” *che è oggettivamente auto evidente*»¹⁵⁵.

E, contrariamente a quanto erroneamente vorrebbe il *dictum* nomofilattico delle Sezioni unite, non potendo in *subiecta materia* trovare applicazione il limite della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., sarà risarcibile qualsiasi interesse meritevole di tutela ancorché non presidiato da disposizioni costituzionali che le parti avessero inteso includere, anche implicitamente, nel programma negoziale¹⁵⁶.

Dall'affermazione che il danno non patrimoniale da inadempimento va riconosciuto e risarcito sul “solo” presupposto della sussistenza di una lesione ad un interesse inviolabile non patrimoniale del creditore derivano ulteriori gravi incongruenze.

Ciò vuol dire, in primo luogo, che diversamente da quanto invece avviene per il danno non patrimoniale da illecito extracontrattuale, non si richiede quella soglia minima di necessaria sopportazione che viene predicata come necessario filtro di valutazione per i disagi della quotidianità patiti senza che vittima ed offensore siano

¹⁵³ Cfr. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, cit., 1028; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 621. Secondo COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, «Decisiva diviene allora una corretta ermeneutica della fonte del rapporto che consenta di enucleare gli interessi rilevanti (anche in relazione al disposto dell'art. 1174 c.c.) e, conseguentemente, di delimitare l'area delle pretese indennizzabili».

¹⁵⁴ Cfr. AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni unite di San Martino*, cit., 776; PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, cit., 72.

¹⁵⁵ Cfr. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, cit., 70, in nota n. 42; conf. v. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, cit., 86: «E non vi è dubbio che la buona fede costituisca strumento idoneo a cogliere il più compiuto senso dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti». Cfr. anche SCOTTI, *Le Sezioni Unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, cit., 106.

¹⁵⁶ Cfr. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, cit., 1031: «Ebbene, una volta che si è correttamente riconosciuto negli artt. 1218 ss. c.c. l'autonomo fondamento normativo per il danno non patrimoniale da inadempimento e che si è valorizzata l'autonomia negoziale delle parti anche attraverso il richiamo alla causa concreta, non si vede per quale ragione, in sede di risarcimento, debba essere attribuito rilievo ai soli interessi costituzionalmente protetti. Peraltro l'ossessivo richiamo ai diritti fondamentali nel campo della responsabilità contrattuale non solo – come detto – non ha ragione di esservi, ma può talvolta apparire anche del tutto inadeguato ad offrire un'effettiva tutela al contraente danneggiato». Conf. AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni unite di San Martino*, cit., 776.

legati da vincoli sinallagmatici¹⁵⁷. Si realizza così una disparità di trattamento che inopinatamente pone su un piano di minor rilievo la tutela degli interessi della persona che, semmai, proprio in virtù della lente costituzionale con cui si deve oggi leggere il sistema della responsabilità civile nel suo complesso, dovrebbe risultare privilegiata¹⁵⁸.

La sentenza in argomento risulta essere invero criticabile anche per la disparità di trattamento che, secondo le proposte enunciazioni, si realizza nel senso inverso. Si riconosce, è vero, piena cittadinanza al danno non patrimoniale da inadempimento. Ma, al contempo, si stabilisce che *«la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di responsabilità»*¹⁵⁹. E quindi, secondo l'enunciato principio, a fronte di un danno sofferto, anche se non patrimoniale, la presenza di un rapporto obbligatorio inadempito precluderebbe, da oggi in poi, la possibilità di agire sul piano extracontrattuale¹⁶⁰. E tutto ciò nel momento in cui, poco dopo, premesso che *«Nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato»*, si conclude che *«la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dall'inadempimento delle obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui all'art. 1225 c.c. (non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta»*¹⁶¹.

Orbene, come acutamente osservato, per questa via si escluderebbe la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento che, *ex art. 1225 c.c.*, non erano

¹⁵⁷ V. il seguente passaggio di Cass., S.u., 26972/2008, cit.: «La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione al risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile».

¹⁵⁸ Cfr. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, cit., 282; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 145 ss., 155.

¹⁵⁹ V. Cass., S.u., 26972/2008, cit.

¹⁶⁰ In questi termini ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28 ss., 30.

¹⁶¹ V. Cass., S.u., 26972/2008, cit.

prevedibili nel momento in cui è sorta l'obbligazione – almeno quando non vi sia un dolo imputabile al debitore - senza però spiegare per quale ragione in sede contrattuale non si potrebbe ottenere un risarcimento pieno dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona protetto a livello costituzionale, limite che invece non si porrebbe nel caso in cui trovasse applicazione la disciplina extracontrattuale¹⁶². Siamo quindi di fronte ad un – ulteriore - profilo di discriminazione che, stando alla interpretazione delle Sezioni unite, pone seri dubbi di costituzionalità dell'art. 1225 c.c.¹⁶³

L'attuale ermeneutica della giurisprudenza di legittimità in tema di danno non patrimoniale risulta quindi per più ragioni dogmaticamente insoddisfacente¹⁶⁴ sia per quanto concerne la disciplina del risarcimento del danno extracontrattuale, sia per quel che attiene le conseguenze che discendono dall'inadempimento contrattuale, e per giunta, date le incertezze con le quali si troveranno a confrontarsi gli interpreti, non solo non pare destinata a limitare la fantasia di alcuni estroversi giudici, ma pure trascura di considerare situazioni per le quali una responsabilità per danni oggi non riconosciuta, o riconosciuta per difetto (la c.d. *undercompensation*) meriterebbe di essere oggetto di una più attenta rilettura¹⁶⁵.

Uno dei convitati di pietra rimasto senza un posto a tavola a questo magro – in termini di contenuto e di chiarezza – banchetto imbandito dalle Sezioni unite è il danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà, che ricorre nelle ipotesi di mancato godimento, temporaneo o definitivo, di un bene, mobile o immobile, e che per l'appunto costituisce l'oggetto del presente studio, che a torto viene ritenuto un parente povero del danno esistenziale, e come tale non degno di particolari attenzioni. Infatti, stando alle quattro sentenze del novembre 2008 con il quale, da ultimo, ci si deve confrontare¹⁶⁶, non sarebbe in alcun modo risarcibile. Conclusione

¹⁶² Cfr. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, cit., 31.

¹⁶³ Cfr. ancora ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, cit., 31.

¹⁶⁴ Per dirla con le parole di CENDON, *L'urlo e la furia*, cit., 71, «È l'intera strutturazione letteraria e dogmatica del testo che lascia, per usare un termine caldo, "interdetti". [...] Ciò che non va è l'impalcatura complessiva della decisione, lo stato d'animo con cui la si è redatta, lo strumentario applicativo che viene offerto a chi legge». Cfr. anche ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, cit., 96.

¹⁶⁵ Cfr. CENDON, *Il cattivo linguaggio di Cass. S.U. 26972/08*, in www.personaedanno.it (18.4.2009).

¹⁶⁶ Il rif. è ovviamente a Cass., S.u. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008, qui più volte citate. Invero i medesimi principi sono stati ribaditi dalla successiva Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, in *Guida al dir.*, 2009, 37, 24 ss.; in *La resp. civ.*, 2009, 984 ss., con nota di VANTAGGIATO, *Il danno non*

questa che, per quanto si avrà a dire, si ritiene ampiamente, e fondatamente, criticabile.

patrimoniale e le c.d. liti bagatellari; in *Resp.civ.prev.*, 2009, 2459 ss., con nota di ZIVIZ, *La sfuggente identità dei danni bagatellari*.

3.1) Il diritto di proprietà: diritto inviolabile o non?

L'aver insistito sui più significativi passaggi dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di danno non patrimoniale è stato funzionale a rilevare la progressiva tendenza all'allargamento delle frontiere del danno risarcibile in forza di un sistematico processo di adeguamento alle esigenze sociali.

In questa prospettiva la lesione del diritto di proprietà può senz'altro essere presa in considerazione. Vi rientrano ad esempio pregiudizi oggettivamente riscontrabili, quali ad esempio quelli derivanti dalle immissioni nella casa di abitazione di rumori, fumi, campi magnetici, o l'esigenza di sopportare lunghi lavori di ristrutturazione a seguito di danneggiamenti provocati da proprietà contermini, ed ancora la mancata disponibilità dell'auto per il periodo necessario alle riparazioni a seguito di incidente stradale o di difetto imputabile ad un vizio di produzione. E poi vi sono lesioni al diritto di proprietà che, a prescindere dal valore del bene attinto, dal punto di vista soggettivo sono astrattamente idonee a provocare un patimento, una sofferenza, un peggioramento della qualità della vita che possono incidere negativamente sulla sfera «interiore» del soggetto. Si può pensare al dolore per la perdita di un animale da affezione, come pure dei ricordi dei propri cari.

Non è, in altri termini, revocabile in dubbio che si abbia a che fare con effetti pregiudizievoli. Altro è capire se tali disutilità possano essere anche riconosciute come un danno risarcibile, e per farlo alla questione si dedicherà *infra* uno specifico ampio approfondimento.

Dal suo canto la giurisprudenza di legittimità, come riaffermato anche dal recente approdo del novembre 2008¹⁶⁷, diffusamente trattato nel precedente capitolo, ritiene che la risarcibilità del danno non patrimoniale possa essere disposta solo a fronte della lesione di interessi “*non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*”¹⁶⁸.

E questo quando, pur potendosi registrare tra gli interpreti qualche voce dissonante¹⁶⁹, secondo l'opinione comune, il diritto di proprietà non rientrerebbe nel

¹⁶⁷ V. Cass., S.u., n. 26792/2008, cit.

¹⁶⁸ È appena il caso di ricordare che diversamente si concluderebbe in presenza di un reato, giacché in tal caso, per effetto del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.p., sarebbe risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili, ma anche tutti quelli conseguenti alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti.

¹⁶⁹ V. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella costituzione*, MILANO, 1986, in particolare 24 ss.; più di recente cfr. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., 155.

novero dei “*diritti inviolabili*”¹⁷⁰. Con la conseguenza che, secondo i giudici della S.C., la lesione al diritto di proprietà non potrebbe sfociare nella tutela risarcitoria dei connessi interessi non patrimoniali.

In effetti le argomentazioni storico sistematiche addotte a fondamento della qualificazione del diritto di proprietà come diritto “secondario” sono di per sé abbastanza convincenti.

Viene in primo luogo osservato che, nel passaggio dallo stato liberale al moderno stato costituzionale, l’importanza del diritto dominicale è considerevolmente diminuita¹⁷¹, soprattutto a causa dell’esigenza di assicurare un sufficiente livello di sicurezza sociale¹⁷².

Nello stato proto – liberale prima, e liberale poi, il binomio proprietà - libertà rappresentava il puntello fondamentale per l’affermazione dell’individuo nei confronti dello Stato¹⁷³. Il crescente divario tra grandi e piccoli proprietari, il conseguente rilevante squilibrio anche sul piano della dignità umana, oltre che su quello dell’integrazione sociale, che ha acceso la miccia di instabilità economiche e politiche, ha poi segnato la crisi di questo modello¹⁷⁴. Si è così attenuata la richiesta sociale di garanzie della proprietà e si è gradualmente dissolto il limite assoluto all’intervento pubblico¹⁷⁵.

Da questo momento in poi la proprietà privata non è stata più posta dalle costituzioni in relazione necessaria con la libertà individuale e la tutela della persona, ma è stata protetta soltanto entro limiti e in forme non contrastanti con gli interessi generali della società¹⁷⁶. La proprietà è divenuta un diritto tutelato non solo in vista

¹⁷⁰ Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l’Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 409 ss., 412: «Il principio costituzionale della funzione sociale è sempre stato inteso come incompatibile con l’inquadramento della proprietà (e degli altri diritti patrimoniali) nella categoria dei diritti umani fondamentali, parametrata sui diritti di libertà (di cui all’art. 2 e negli artt. 13 ss.)».

¹⁷¹ Cfr. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465 ss., 467. *Contra* MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, cit., secondo cui, benché nell’art. 29 dello Statuto Albertino vi fosse una solenne affermazione dell’invulnerabilità della proprietà, all’atto pratico, trattandosi di una costituzione flessibile, il diritto di proprietà ha conosciuto, per opera del legislatore, penetranti limitazioni.

¹⁷² Così MARINI, *Il «Privato» e la Costituzione*, MILANO, 2000, 3; cfr. anche COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 ss., 191.

¹⁷³ Cfr. BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, in *Enc. Giur.*, 4, che spiega come in tale contesto la proprietà privata si identificava con la libertà individuale, in quanto di essa rappresenta la manifestazione per eccellenza, il presupposto necessario per lo sviluppo della libertà, ed in quanto tale il diritto dominicale era considerato come “sacro ed inviolabile”.

¹⁷⁴ Cfr. BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, cit., 5.

¹⁷⁵ Cfr. MARINI, *Il «Privato» e la Costituzione*, cit., 3.

¹⁷⁶ In questi termini BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, cit., 5.

dell'appagamento di egoistiche esigenze individuali, ma anche in vista della soddisfazione di scopi sociali¹⁷⁷. In questo quadro si colloca, nel nostro ordinamento, l'art. 42 Cost., in cui si parla della “*funzione sociale*” della proprietà¹⁷⁸. E, sempre nel nostro ordinamento, la definitiva scissione dell'endiadi proprietà – libertà, la netta presa di distanza dai modelli delle carte liberali¹⁷⁹, risulterebbe ulteriormente certificata anche dalla collocazione della proprietà privata in un titolo diverso da quello dedicato ai «*Diritti e doveri del cittadino*»¹⁸⁰.

Quindi, in somma sintesi, secondo le nostre disposizioni costituzionali, ogni manifestazione degna di tutela della personalità umana postula il riconoscimento di diritti inviolabili, mentre il riconoscimento e la garanzia della proprietà privata non postulano esigenze di protezione assoluta¹⁸¹.

Resta allora da capire se la risalente e tuttora prevalente posizione ostile a riconoscere una attribuzione risarcitoria - non patrimoniale - ai casi di lesione del diritto di proprietà, e cioè di quelle ipotesi sussumibili nelle astratte categorie del “mancato godimento di un bene” e del “valore di affezione”, abbia oggi margini per poter essere rimeditata.

3.2) I Principi CEDU quali norme interposte

L'autorevolissima dottrina che colloca il diritto dominicale in posizione servente rispetto ai diritti personali ha, per quanto si è detto, solide fondamenta. Non è però

¹⁷⁷ Cfr. MARINI, *Il «Privato» e la Costituzione*, cit., 14.

¹⁷⁸ Cfr. BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, cit., 7; v. anche MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379 ss., 386: «Con la funzione sociale, la proprietà privata non viene negata, ma inserita in una visione comunitaria (non collettivista) dell'ordinamento giuridico, in cui diritti e doveri si integrano a vicenda».

¹⁷⁹ V. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 191: «Così, mentre le Costituzioni europee più antiche, come quella francese e quella irlandese, continuano a presentare la proprietà come diritto naturale, le Costituzioni più recenti (come quella tedesca) considerano la proprietà come diritto civile fondamentale o, addirittura, inseriscono la proprietà non più nei diritti fondamentali, ma nei rapporti economici, come avviene nella Costituzione italiana e, successivamente, nella Costituzione spagnola».

¹⁸⁰ Cfr. BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, cit., 7, che sulla scorta di tali premesse conclude poi (12) qualificando il diritto di proprietà come socialmente e costituzionalmente funzionale alla garanzia di alcuni valori fondamentali. Secondo SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., 467, «Diversamente da quanto è stato fatto per altre libertà ed altri diritti (artt. 13, 14, 15, 24), la proprietà non viene definita dalla Costituzione italiana come diritto inviolabile. Inoltre essa non rientra tra quei diritti dell'uomo che globalmente la Costituzione definisce, nell'art. 2, inviolabili». V. anche SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 413.

¹⁸¹ Così COSTANTINO, voce *Proprietà – II) Profili generali – Dir. Civ.*, in *Enc. Giur.*, 2. Negli stessi termini v. anche MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 388.

condivisibile che di tale interpretazione ci si serva per rigettare istanze risarcitorie che provengono da una diffusa e ben radicata coscienza sociale, e che di certo non possono essere sbrigativamente liquidate - come invece hanno fatto da ultimo le Sezioni unite del novembre 2008 - come «*palesamente non meritevoli di tutela*» per «*difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata*»¹⁸².

Esistono invero consistenti argomentazioni che possono indurre a ritenere la negazione della risarcibilità del danno non patrimoniale per la lesione al diritto di proprietà per un verso inopportuna, e, per l'altro, addirittura in contrasto con il diritto sovranazionale.

Si tratta di un convincimento che nasce dalla considerazione dei principi enunciati nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁸³ e, più precisamente, dal combinato disposto del preambolo della Convenzione e dell'art. 1, I° co., del Primo Protocollo addizionale¹⁸⁴, che così dispongono: «*I Governi firmatari, membri del Consiglio Europeo, risolti ad adottare misure idonee ad assicurare la garanzia collettiva di certi diritti e libertà oltre a quelli che figurano nel Titolo I della CEDU, hanno convenuto quanto segue: Art. 1 "Protezione della proprietà". Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*»¹⁸⁵.

Per esigenza di carattere sistematico, al modo in cui il diritto di proprietà viene considerato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è riservata una ampia trattazione nel seguito della presente ricerca. Rinviando quindi alle pagine dedicate allo sviluppo della tematica in narrativa, basti per ora qui anticipare che, secondo la Corte dei diritti umani, il diritto di proprietà è da considerare, ad ogni effetto, quale diritto fondamentale. E che, inoltre, qualora sia accertata la lamentata violazione del

¹⁸² Cass., S.u., 26792/2008, cit.

¹⁸³ La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, più nota con l'acronimo C.E.D.U., è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950, e ad essa si è data esecuzione con L. 4.8.1955, n. 848.

¹⁸⁴ Il primo protocollo allegato è stato firmato a Parigi il 20.3.1952 e, secondo il preambolo, deve essere inteso ad ogni effetto come parte integrante della medesima convenzione. Il fatto che il diritto di proprietà non sia stato incluso nel testo originario della Convenzione è dipeso, come ricorda CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, MILANO, 2005, 5, dalla scelta di procedere all'approvazione di una iniziale intesa contenente l'enunciazione dei "diritti classici", ai quali poi sarebbero stati affiancati i "nuovi diritti", quelli su cui c'erano cioè maggiori difficoltà di giungere a momenti di condivisione, attraverso la successiva sottoscrizione di protocolli allegati, come per l'appunto è avvenuto con il diritto di proprietà.

¹⁸⁵ Per una sintesi sulla consolidata interpretazione da parte dei Giudici di Strasburgo della norma in questione si segnala BOVA, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla C.E.D.U.*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 542 ss., 544.

diritto di proprietà, alla parte ricorrente può essere – come in effetti non di rado avviene – riconosciuto un risarcimento a titolo di danno morale.

Si tratta ora di capire in che termini questo assetto normativo sovranazionale sia in grado di condizionare il nostro diritto interno. E per farlo è necessario soffermarsi in primo luogo sull'importantissima evoluzione che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Si tratta di Corte cost., 24.10.2007, nn. 348 e 349, in *Giur. Cost.*, 2008, rispettivamente 3475 ss. e 3535 ss., che salve alcune sfumature possono essere considerate sostanzialmente identiche, ragione per la quale nel prosieguo si prenderà in considerazione la sola sentenza n. 348, riferimento che, salvo quando non diversamente precisato, dovrà essere inteso come implicitamente operato anche alla n. 349. Le stesse sono commentate in *Giur. Cost.*, 2008, da: PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, 3518 ss.; MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valori di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, 3525 ss.; CARTABIA, *Le sentenze <gemelle>: diritti fondamentali, fonti, giudici*, 3564 ss.; GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117 comma 1 cost.*, 3574 ss.; SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, 3579 ss.. Si segnalano, inoltre, i commenti di: ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 487 ss.; BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 511 ss.; BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, 1288 ss.; CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, 573 ss.; CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 311 ss.; CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 321 ss.; CISOTTA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, primo comma Cost.*, in *Giust. amm.va*, 2008, II, 127 ss.; CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 301 ss.; CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 581 ss.; CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 205 ss.; DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 49; FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, 651 ss.; LO VASCO, *«Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 721 ss.; LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss.; NAPOLI, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le corti*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 137 ss.; PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tr obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir.um. e dir. int.le*, 2008, 349 ss.; SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 747 ss.; TEGA, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte <sub costituzionale> del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 133 ss.

3.3) La sentenza della Corte cost. n. 348/2007¹⁸⁷

La Consulta, che era stata chiamata a decidere in ordine alla legittimità costituzionale della norma che determinava i criteri di calcolo dell'indennizzo a seguito di espropriazione in relazione alla supposta violazione dei principi della CEDU, ha preliminarmente ricordato come in passato fossero emersi rilevanti margini di incertezza quanto alla individuazione del rango da attribuire, nella gerarchia delle fonti, alle norme CEDU, «*che da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi della Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario*»¹⁸⁸.

Quest'ultima qualificazione è stata quindi superata dalla Corte costituzionale in considerazione della sopravvenuta modifica dell'art. 117, 1° co., Cost., la cui attuale stesura, per come risultante a seguito della novellazione del 2001, «*condiziona la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*»¹⁸⁹. Tale mutato contesto ha indotto la Consulta ad attribuire ai principi CEDU la qualifica di «*norme interposte*».

Ciò vuol dire che, secondo i nuovi paradigmi della giurisprudenza costituzionale¹⁹⁰, nel sistema delle fonti del diritto la CEDU risulta collocata su un gradino che si trova immediatamente al di sotto delle norme costituzionali e delle norme comunitarie in senso stretto, poiché, a differenza di queste ultime, «*la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente*

¹⁸⁷ Come segnalato nella nota precedente, le sentenze sono pressoché identiche. V. però il rilievo critico di CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 301, il quale evidenzia come nonostante si tratti di due sentenze emesse nello stesso giorno e che trattano il medesimo tema, la Consulta ha scelto inspiegabilmente di non riunirle, affidandone tra l'altro la redazione a diverse mani, così incorrendo in «*discrepanze [...] che ci sono e saltano agli occhi*». Su di esse, e sulle conseguenti implicazioni, ci si soffermerà nel prosieguo.

¹⁸⁸ V. Corte cost., n. 348/2007 cit., sub § 4.3.

¹⁸⁹ V. Corte cost., n. 348/2007 cit., sub § 4.2.

¹⁹⁰ Interpretazione confermata anche dalle successive pronunce Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, in *Guida al dir.*, 50, 80 ss., ivi commentata da PONTE, *La Consulta detta un decalogo sull'utilizzo della Cedu come vaglio di costituzionalità delle norme interne* e in *Corr. giur.*, 2010, 619 ss., ivi commentata da CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, e Corte cost., 30.11 – 4.12.2009, n. 317, in www.giurcost.org. Per un commento alle due sentenze v. anche NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2010, 194 ss.

*applicabili negli stati contraenti»*¹⁹¹, ma che si trova anche al di sopra delle norme ordinarie.

Di talché «*In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a costituzione di entrambe, e precisamente la compatibilità della norma interposta con la costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta»*¹⁹². Fermo restando altresì che «*le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte Europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata»*¹⁹³.

Con la conseguenza, conclude la Corte costituzionale, che il giudice non può procedere egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la Convenzione, bensì deve sottoporre la valutazione circa l'esistenza del supposto contrasto alla Consulta medesima¹⁹⁴.

O, per meglio dire, lo strumento giuridico nelle mani dei giudici per fronteggiare una eventuale situazione di attrito tra una norma interna (o un sistema di norme interne) ed un diritto fondamentale assicurato dalla Convenzione e delineato entro certi confini dalla giurisprudenza CEDU, sarà innanzitutto il tentativo di una «*interpretazione della norma interna in modo conforme»*¹⁹⁵, ed eventualmente la facoltà di sollevare la questione di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 117, 1° co., Cost. la cui reale portata è stata in questa occasione direttamente affrontata per la prima volta¹⁹⁶.

Discende da tutto ciò che, lì dove la norma CEDU risulti poi conforme al dettato costituzionale, la norma interna che con essa contrasti sarà da considerare, per ciò

¹⁹¹ V. Corte cost., n. 348/2007 *cit.*, sub § 3.3.

¹⁹² V. Corte cost., n. 348/2007 *cit.*, sub § 4.7.

¹⁹³ V. Corte cost., n. 348/2007 *cit.*, sub § 4.7.

¹⁹⁴ Cfr. Corte cost., n. 348/2007 *cit.*, sub § 3.3 e 4.3.

¹⁹⁵ La possibilità di una previa interpretazione conforme prodromica alla proposizione del giudizio di legittimità costituzionale, è in realtà una ipotesi che viene considerata solamente da Corte cost., n. 349/2007, *cit.*, sub § 6.2. Questione su cui si approfondirà *infra*.

¹⁹⁶ Cfr. LO VASCO, «*Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis, cit., 729; PADELLETTI, L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali, cit., 351; TESAURO, Costituzione e norme esterne, in *Dir. unione eur.*, 2009, 197 ss., 220.*

solo, come costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, 1° co., Cost¹⁹⁷. E, infatti, il Giudice delle Leggi, una volta rilevato che nel caso di specie la norma interna sul calcolo dell'indennità contrastava con i principi della CEDU, ne ha senz'altro dichiarato l'illegittimità costituzionale.

Valga però sin da ora ricordare che, con l'entrata in vigore delle modifiche apportate ai Trattati comunitari dal Trattato di Lisbona, ai sensi del nuovo art. 6 del Trattato istitutivo si prevede non solo l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, ma pure che «*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*».

È dunque probabile che, per quanto si avrà a dire più oltre, per effetto della sua “comunitarizzazione” la Convenzione dei diritti umani sia destinata a svolgere in futuro un ruolo ben diverso da quello che le è stato affidato dalla Consulta.

3.4) Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale in generale

Da quanto si è sin qui detto si può comprendere che, nel momento in cui si ragiona di diritti fondamentali e di tutela dei medesimi, risulta di fondamentale importanza studiare le dinamiche attraverso cui le diverse Corti e, prima ancora, i diversi ordinamenti, interagiscono, realizzando quella che viene in gergo definita come «*tutela multilivello*»¹⁹⁸ dei diritti.

¹⁹⁷ Cfr. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, cit., 3521.

¹⁹⁸ L'origine della formula “tutela multilivello”, sintagma oggi entrato a far parte del lessico giuridico ed utilizzato per descrivere la coesistenza in ambito europeo di più Corti chiamate a presidiare la tutela dei diritti (umani) fondamentali, viene attribuita da ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., 488, nota n. 5, «alla fortunata teoria del costituzionalismo multilivello che si deve a I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitutionalism making revisited*, in *Common market law rev.*, 1999, 703 ss.». Secondo TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA, 2007, 69, «Con l'espressione *tutela multilivello* dei diritti si vuole indicare un fenomeno giuridico decisamente nuovo e che si estende dunque oltre i confini nazionali. L'espressione allude ad una sorta di *sistema integrato* di protezione dei diritti fondamentali che in Europa coinvolge: il livello internazionale (rappresentato dalla Cedu); Il livello sovranazionale (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte di giustizia); a questi due livelli, considerati congiuntamente, ci si riferisce anche come livello di protezione europeo: e il livello nazionale, facendo riferimento *in primis* al dettato costituzionale di ciascun paese». Sulla tutela multilivello v., ancora, HUBER, *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, 1 ss., 2; ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre*

Si tratta di un contesto giuridico rispetto al quale ben pochi avrebbero immaginato di trovarsi di fronte negli anni '50 all'origine dell'esperienza comunitaria¹⁹⁹, e che peraltro, per effetto dei reciproci condizionamenti tra diritto nazionale e sovranazionale, è per sua natura caratterizzato da un «*processo di continuo spostamento e ridefinizione dei confini fra gli ordinamenti in integrazione*»²⁰⁰.

Del resto proprio le pronunce della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 con le quali si è inaugurato il nuovo corso ermeneutico dell'art. 117, 1° co., Cost., dimostrano come basti davvero poco per rivoluzionare quello che sembrava essere un consolidato sistema di rapporti. Ed ulteriori assestamenti sono ipotizzabili se si considera quale potrebbe essere l'impatto provocato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che porta in dote al diritto comunitario quelle novità di cui si è fatto cenno in chiusura del precedente paragrafo.

Molteplici sono le sfaccettature che questo processo di integrazione pone. La prevalenza delle fonti sovranazionali - come tali da intendere non solo come quelle comunitarie in senso stretto, considerato che anche alla CEDU, come si è dianzi visto, svolge una funzione che certo non è marginale - è un profilo che, per quanto sicuramente in via di perfezionamento, costituisce da tempo un concetto sostanzialmente assimilato dalla (co)scienza giuridica. Sono semmai le implicazioni che da ciò derivano a non essere state oggetto di adeguata riflessione, soprattutto da parte della prevalente giurisprudenza che continua a fare ricorso a schemi concettuali ed a parametri di riferimento essenzialmente autarchici.

Infatti necessario corollario dell'affermazione della prevalenza di una fonte sovranazionale è la prevalenza del sistema normativo da essa contemplato. In altre parole, se si "cede" sovranità ad un ordinamento esterno, si "cedono" anche

concetti, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, I, 34 ss., 50, che così riassume il senso della formula: «Per supplire alla carenza della teoria dell'ordinamento giuridico, i giuristi riprendono dalla scienza politica e dalla teoria dell'organizzazione il concetto di *governance* multilivello: una struttura autonoma in cui operano istituzioni autonome fra cui non intercorrono relazioni gerarchiche; una *governance* che si distingue dal governo dello Stato nazionale perché priva di un'istanza sovrana». In argomento cfr. anche DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, in *Giust. amm.va*, 2009, 120 ss., 121.

¹⁹⁹ Cfr. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, NAPOLI, 2006, 208, che osserva con malcelata ironia come «né i governi né l'opinione pubblica di allora si resero ben conto di che cosa comportasse il sistema comunitario. Forse è stato un bene, perché se si fosse avuta l'esatta percezione, di che cosa avrebbe comportato la Comunità Europea, probabilmente l'Italia non vi sarebbe mai entrata».

²⁰⁰ Così ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 2, 267 ss., 285.

competenze²⁰¹, e con esse quindi anche il potere di interpretare la scala dei valori di riferimento ed il rapporto tra di essi all'interno di questo nuovo organismo giuridico costituito²⁰².

E siccome un ordinamento si caratterizza in fondo per l'equilibrio che è chiamato a realizzare tra le tensioni esistenti tra i vari diritti fondamentali, ben può accadere, come in effetti è accaduto, che l'equilibrio scelto a livello comunitario fosse diverso dalla prospettiva dell'ordinamento nazionale.

La conclusione di tale ragionamento parrebbe a rime obbligate: una volta che si sia riconosciuta la supremazia di un ordinamento esterno, anche solo con una cessione parziale della sovranità, i parametri interpretativi elaborati in questo ordinamento saranno destinati a prevalere ogni qualvolta essi garantiscano ai diritti fondamentali tutele superiori a quelle previste dall'ordinamento nazionale²⁰³.

Per quanto qui più interessa, se in questo sistema "sovraordinato" e "prevalente" il diritto di proprietà, diversamente che nel diritto interno, viene qualificato e tutelato come un diritto fondamentale²⁰⁴, con il conseguente ridimensionamento del rilievo

²⁰¹ V. al riguardo la riflessione proposta da BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quad. cost.*, a. XXIX, 2009, n. 3, 569 ss., 576: «l'adesione all'Unione europea non comporta per gli Stati membri, e dunque anche per l'Italia, soltanto una limitazione di sovranità, come vorrebbe l'art. 11 della nostra Costituzione. Siamo, invece, in presenza di un vero e proprio trasferimento di poteri sovrani, come più apertamente ammettono le Costituzioni di alcuni Stati membri dell'Unione. Il che comporta per l'Italia l'inserimento in un ordinamento più vasto con una conseguente distribuzione del potere in qualche modo comparabile a quella tipica del federalismo, anche se non necessariamente con esso identificabile e, forse, collocabile a metà strada fra organizzazioni internazionali e Stati federali nella prospettiva – come è stato detto – di una moderna confederazione».

²⁰² V., ancora BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, cit., 578: «L'istanza universalistica che guida l'attuale salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali ha profili necessariamente sovranazionali e non consente più di far dipendere l'affermazione e l'attuazione di quella salvaguardia dalle sole decisioni sovrane di un popolo identificato come una nazione, con conseguente restrizione delle tutele ai soli componenti di questa».

²⁰³ Merita di essere qui richiamato un eloquente passaggio tratto da Corte cost., 30.11 – 4.12/2009, n. 317, cit.: «L'accertamento dell'eventuale *deficit* di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost. È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.[...] Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

²⁰⁴ Per l'approfondimento sugli elementi che portano a tale conclusione si rinvia ai §§ 4.2) ss., espressamente dedicati alla collocazione del diritto di proprietà nel sistema CEDU.

della “funzione sociale” che nel nostro ordinamento lo contiene e lo comprime, è necessario che siano corrispondentemente adeguati anche i tradizionali paradigmi interpretativi sino ad ora utilizzati.

Questa conclusione, per quanto segua una sua coerenza logica e sia condivisa da un significativo numero di interpreti, si scontra però contro le barriere dogmatiche opposte dalla giurisprudenza e da alcuni autori. Invero, nello scorrere le pagine delle sempre più numerose pronunce che prendono in considerazione i rapporti tra i diversi “sistemi”, soprattutto quelle della Corte costituzionale, si coglie in filigrana come la vera preoccupazione sia non tanto quella di impedire una eccessiva penetrazione del diritto sovranazionale, quanto piuttosto quella di gradualizzare il processo di adattamento ad esso.

È quindi opportuno, prima di considerare quale sia l’approdo al quale oggi si è giunti, esaminare i fondamentali passaggi di questo lungo e travagliato percorso. Il che consentirà anche di ipotizzare quali potrebbero essere le proiezioni di tendenza di questo corso evolutivo.

3.5) Rapporti tra – il diritto comunitario come interpretato dal - la Corte di giustizia delle Comunità Europee e l’ordinamento nazionale

Lo spunto di questa analisi non può che prendere le mosse dai rapporti tra ordinamento italiano ed ordinamento comunitario, ed in particolare dagli interventi della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo e della Corte Costituzionale.

Originariamente l’esperienza comunitaria fu valutata dai governi italiani con estrema superficialità, di talché per un verso il percorso di adesione al sistema comunitario – diversamente da quanto hanno fatto quasi tutti gli altri Paesi membri, che hanno introdotto puntuali adattamenti alle rispettive Carte fondamentali - è risultato privo di una esplicita copertura costituzionale²⁰⁵, e per l’altro la dottrina non si è preoccupata

²⁰⁵ Cfr. ROSSI, voce *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, in *Digesto disc. pubbl.*, TORINO, 1997, vol. XII, 372 ss., a cui si rinvia per i riferimenti comparatistici. E, per vero, come osserva CATALDI, voce *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto disc. pubbl.*, 1997, TORINO, vol. XII, 397, più in generale non esiste alcuna norma costituzionale che si occupa dell’adattamento giuridico italiano rispetto al diritto internazionale convenzionale. In ragione di ciò «Nella prassi si è affermata la regola per cui a provvedere a dare esecuzione al trattato è, contestualmente, la stessa legge che, ai sensi dell’art. 80 Cost., autorizza la ratifica del trattato stesso da parte del Capo dello Stato».

di elaborare schemi di riferimento che tenessero conto degli effetti che avrebbe di lì a breve provocato il fenomeno comunitario nel suo complesso²⁰⁶.

Con lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee, (d'ora in avanti Corte di giustizia), che già dagli esordi del processo di integrazione comunitaria ha reclamato il primato del diritto comunitario sui diritti interni dei vari paesi membri²⁰⁷, sono cominciati ad emergere i primi seri problemi, alcuni dei quali si sono trascinati, senza essere definitivamente dipanati, sino ai giorni nostri²⁰⁸.

La nostra Corte costituzionale, trovatasi sostanzialmente impreparata ad affrontare la specificità apportata dall'inedita esperienza del diritto comunitario, e per di più priva di adeguati strumenti normativi attraverso i quali potersi orientare, non ha potuto far altro che replicare l'impostazione dei tradizionali rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, e per tale tramite si è opposta con fermezza all'idea che norme – e sentenze – prodotte in un ordinamento esterno a quello nazionale potessero risultare prevalenti²⁰⁹.

La Consulta partiva dal presupposto che le norme del Trattato istitutivo della – allora denominata – Comunità Economica Europea (e di quelle dei trattati CECA ed EURATOM), al pari di altri trattati internazionali erano state recepite nel nostro ordinamento in forza dell'art. 80 Cost. con una legge ordinaria²¹⁰. Di conseguenza

²⁰⁶ Cfr. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 208 ss.

²⁰⁷ Cfr. CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, MILANO, 2007, 106 ss., in cui vengono riportati ampi stralci di quello che viene segnalato come il primo dei *grand arrests* (Corte di giustizia 5.2.1963, C 26-62) della giurisprudenza comunitaria, in cui si chiarisce la peculiarità dell'ordinamento comunitario rispetto a qualsiasi altro trattato internazionale e si rivendica la necessaria prevalenza del diritto comunitario su quello dei paesi aderenti alla comunità.

²⁰⁸ La pretesa supremazia del diritto comunitario vantata dalla Corte di giustizia viene comunemente definita come concezione “monista”, mentre si indica come “dualista” la contrapposta prospettiva con la quale la Corte costituzionale, in adesione alla classica visione dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, si era originariamente rifiutata di accettare la prevalenza di una fonte esterna. Contrasto, invero, che come si dirà a breve, si è appianato nel corso degli anni, sino a giungere ad una sostanziale armonia tra le Corti che ha consentito di proseguire nel cammino verso la realizzazione del processo di integrazione comunitaria. Sul punto si rinvia, tra i tanti, a DI PLINIO, *Corso di diritto comunitario*, PADOVA, 2009, 73 ss.

²⁰⁹ Cfr. ancora FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 209.

²¹⁰ Cfr. Corte Cost., 7.3.1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, 465, con nota di CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*. Si tratta del noto caso Costa contro ENEL, rispetto al quale si assistette ad una vibrante reazione della Corte di Giustizia che, come commenta FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 202, con «Una tremenda requisitoria dell'avvocato generale Lagrange sottolineò la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, presente, passato, futuro o ipotetico, e quindi l'inconsistenza della tesi della Corte costituzionale», uno scontro istituzionale in piena regola per effetto del quale «Ci sono voluti [...] venti anni per compattare la giurisprudenza della Corte costituzionale e la giurisprudenza della Corte comunitaria».

tutti gli atti promananti dalle fonti comunitarie dovevano essere considerati come norme ordinarie, in quanto tali abrogabili da una legge interna ordinaria posteriore.

In seguito, per quanto con un lento itinerario evolutivo accompagnato nelle varie fasi da un dialogo a distanza con la Corte di giustizia, la Consulta ha modificato radicalmente il proprio orientamento, giungendo infine a riconoscere la subordinazione del diritto interno al diritto di fonte comunitaria, così allineandosi alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo²¹¹.

E tanto ha fatto individuando quale fondamento normativo di riferimento il «*fragile appiglio*»²¹² dell'art. 11 Cost., originariamente introdotto in vista dell'adesione alle Nazioni Unite²¹³, secondo cui «*L'Italia [...] consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*». Un'interpretazione, questa, che secondo taluni sarebbe addirittura conforme alle risultanze del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente²¹⁴, mentre una diversa opinione, pur condividendone

²¹¹ Vale qui la pena ricordare alcune tra le sentenze che hanno segnato le più importanti tappe di questo percorso: una prima significativa apertura viene operata da Corte cost., 27.12.1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss., con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, 2406 ss., sentenza che ha sancito il principio della diretta ed immediata efficacia nell'ordinamento italiano dei regolamenti comunitari senza necessità di un procedimento di recepimento; Corte cost. 8.6.1984 n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062 ss., con nota di TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo...*, che ha ammesso la possibilità che il contrasto tra norma interna e norma comunitaria possa essere risolto con la diretta disapplicazione della norma interna in contrasto operata dal giudice ordinario, senza quindi che sia necessario, come era stato sino ad allora richiesto, il giudizio di legittimità costituzionale; Corte cost. 23.4.1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, 1600 ss.; in *Giust. civ.*, 1984, II, 765; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1521 ss., che ha stabilito che debbono essere disapplicate le norme interne configgenti con le sentenze interpretative della Corte di giustizia europea, e successivamente Corte cost. 18.4.1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, 660; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1652 ss., che ha esteso alle direttive c.d. *self executing*, ovvero dotate di effetto diretto, il medesimo riconoscimento attribuito ai regolamenti comunitari ed alle pronunce interpretative della Corte di giustizia. Per una ampia ed esaustiva sintesi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra il diritto interno ed il diritto comunitario si rinvia a CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 112 ss.; cfr. anche ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, MILANO, 2006, 102 ss.; PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2009, 2, 211 ss.; ROSSI, voce *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, cit., 374 ss.; TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 204 ss..

²¹² Così CELOTTO, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, 1473.

²¹³ Cfr. ROSSI, voce *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, cit., 372; CISOTTA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, primo comma Cost.*, cit., 129.

²¹⁴ Cfr. ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, cit., 101, ed in particolare la nota nr. 14, nella quale l'A. ricorda «che, quando la Costituente pose mano alla redazione dell'art. 11 della Cost., il riferimento era alla partecipazione dell'Italia all'Organizzazione delle Nazioni Unite, giacché in quel momento soltanto l'Onu costituiva il punto di riferimento esistente nella realtà internazionale ed il processo di realizzazione di organizzazioni europee non era neppure avviato. Ciò nonostante non

l'approdo conclusivo – ossia la prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello domestico - svolge giudizi critici quanto al percorso giuridico compiuto per giungervi²¹⁵.

L'aver ratificato l'esistenza di un ordinamento giuridico sovranazionale, per l'appunto quello comunitario, che nelle materie di propria competenza prevale sugli ordinamenti dei singoli stati membri è stato certo un primo importante traguardo²¹⁶.

Di recente, peraltro, nei rapporti tra diritto italiano e diritto comunitario sono stati compiuti ulteriori importanti passi per raggiungere quella che è stata anche definita «una armonia tra diversi»²¹⁷. Per perseguire in concreto la quale l'art. 234 del Trattato C.E. – ora integralmente trasposto nell'art. 267 del nuovo testo del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFUE) consolidato con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona - è risultato sicuramente lo strumento al quale più spesso si è fatto ricorso, e che per questo può essere a buona ragione definito come una disposizione chiave dell'ordinamento comunitario²¹⁸.

si può accogliere la tesi che considera come esclusivo riferimento dell'art. 11 soltanto l'Onu. In proposito basta avere a mente la discussione avuta in sede di Assemblea Costituente per rendersi conto che eventuali organizzazioni europee non solo non erano escluse, ma furono espressamente considerate in alcuni interventi di esponenti autorevoli di quell'Assemblea (Moro, Calamandrei, De Gasperi), che consideravano gli importanti riferimenti alla realtà internazionale sia come una reazione al nazionalismo imperante del precedente regime, sia come espressione del rinnovamento della società italiana, che non poteva non pensare anche ad una solidale ed unitaria prospettiva europea. Se non si addivenne ad un preciso riferimento alla prospettiva europea fu perché la soluzione europea era considerata implicita nella prospettiva internazionale». In questo senso sembra concludere anche LACCHÈ, *La tradizione costituzionale italiana e il dibattito sulla "Costituzione europea"*, in *Quaderni di storia cost.le*, n. 16, 2008, 71 ss., 74, il quale ritiene che «In questo articolo avvertiamo l'eco dell'istanza pacifista, ma anche la ricordata aspirazione federalista».

²¹⁵ Cfr., FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 218, osserva che l'aver ricondotto all'art. 11 Cost. il fenomeno comunitario è, dal punto di vista dell'interpretazione della Cost., «un errore rilevante e che rende fragile la tenuta di tale tesi, non solo perché fondata su una consuetudine giurisprudenziale teoricamente reversibile, ma perché non sviluppata per venire incontro a tutte le implicazioni dei trattati europei. ... L'Italia fece male, ha fatto male e continuerebbe a far male in una nuova fase costituente a non rivedere questo punto della costituzione e a non rendere, quindi, più fluido il rapporto con la Comunità europea. Va osservato che la critica dell'A., condivisibile in linea di principio nella prospettiva cronologica in cui è stata formulata, viene oggi nella sostanza a perdere la sua ragion d'essere in virtù dell'interpretazione del nuovo art. 117 Cost. fatta dalla Corte Cost. con le più volte *supra* citate sentenze nn. 348 e 349 del 2007, che nella sostanza realizza proprio la modifica costituzionale di cui ai proposti auspici.

²¹⁶ Cfr. ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, cit., 100; ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato"*. *Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 269.

²¹⁷ Tale definizione si rinviene nel titolo di un saggio di ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, III, 549 ss.; definizione che, come ricorda ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato"*. *Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 267, è stata fatta propria anche dalla sentenza Cons. Stato, 8.8.2005, n. 4207.

²¹⁸ Cfr. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 192. A conferma dell'importanza assunta da tale disposizione nel sistema comunitario, L'A. ricorda che «su una media di circa 500 sentenze all'anno

Come noto a tenore dell'*ex art.* 234 del Trattato comunitario, ora art. 267 TFUE, si prevede – tra l'altro - che quando nel corso di un processo che si tiene davanti ad una qualsiasi giurisdizione di uno stato membro sorga un problema di interpretazione di una norma del Trattato medesimo, di un atto comunitario o della validità di un atto comunitario, dalla quale dipende la decisione della causa, il giudice, anche a prescindere dall'iniziativa delle parti²¹⁹, possa rinviare la questione alla Corte di Giustizia, che si pronuncerà sulla questione.

Tale rinvio c.d. "pregiudiziale", che è facoltativo per un giudice non di ultima istanza, è invece un atto dovuto quando la questione interpretativa sorga davanti ad un giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa essere proposto un ricorso giurisdizionale di diritto interno²²⁰.

che produce la Corte di Lussemburgo, un po' più del 50% sono sentenze rese ai sensi dell'art. 234. Da sola la competenza *ex art.* 234 supera quindi la metà del carico giudiziario complessivo della Corte Comunitaria» (v. anche 226 ss.). Per una panoramica delle sentenze rese *ex art.* 234 TUE su ricorso dei giudici italiani si rinvia a DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario, ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Dir. com. scambi intl.li*, 2008, 447 ss., di cui si segnala l'interessante rilievo secondo il quale (449) fino a tutto il 2006 «i giudici italiani sono i secondi in assoluto per numero di rinvii pregiudiziali: 896. Soltanto i giudici tedeschi hanno fatto meglio con 1542 rinvii», ed a OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integr.*, 2009, II, 451 ss.; v. inoltre CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 104 ss., secondo cui per l'affermazione del primato del diritto comunitario una rilevante importanza va riconosciuta al principio di leale cooperazione positivizzato nell'art. 10 del Trattato, in forza del quale, come costantemente ripetuto dalla giurisprudenza comunitaria, agli stati membri si impone il dovere di garantire sul piano del diritto interno, e con ogni utile strumento a disposizione, l'effettività e l'immediatezza delle situazioni giuridiche create dal diritto comunitario. Il che a ben vedere costituisce in effetti il precedente logico del rispetto e dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Giustizia e, quindi, il primato del diritto comunitario sul diritto interno. V. ancora TIZZANO, *Ruolo e prospettive del giudice comunitario dopo Lisbona*, in BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, PADOVA, 2008, 3 ss., 6; BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, NAPOLI, 2009, 137.

²¹⁹ Cfr. OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., 458, che precisa come la deroga al principio dispositivo è finalizzata alla corretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario, esigenza che rischierebbe diversamente di essere frustrata qualora il giudice fosse tenuto a rimanere entro i limiti della controversia siccome circoscritta dalle parti.

²²⁰ Spiega al riguardo FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit. 195, che «Si coglie qui la logica del sistema dell'articolo 234. Più alto è il giudice, più è irrimediabile la pronuncia dello stesso, più c'è l'obbligo di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo dato che lo scopo dell'art. 234 è di assicurare l'uniformità di applicazione del diritto comunitario in tutta l'area della Comunità Europea. Che si tratti di un giudice spagnolo, francese, greco, italiano, quello che è importante è che convergano le applicazioni del diritto comunitario. Il sistema dell'art. 234 è stato inventato proprio a tal fine». Precisa tuttavia CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41 ss., 53, che il rinvio pregiudiziale non è da considerare come un automatismo. Infatti già a partire dal noto caso *Cilfit* (Sent. 6.10.1982, causa C-283/81) la Corte di giustizia ha chiarito che «non è sufficiente che venga sollevata in giudizio una questione di interpretazione per fondare l'obbligo di rimessione alla Corte. Infatti, a parte la questione della rilevanza, il rinvio non è necessario nelle ipotesi c.d. di *acte clair* e di *acte éclairé*: nel primo caso, il giudice interno è chiamato

Ebbene, nonostante la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale avesse da tempo riconosciuto la supremazia del diritto comunitario, si era sempre fermamente opposta all'idea di essere qualificata come una "giurisdizione nazionale" che, ai sensi dell'art. 234 T.C.E. (267 TFUE), avrebbe dovuto, essendo giudice di ultima istanza, rivolgersi alla Corte di Giustizia con un rinvio interpretativo pregiudiziale qualora se ne fosse presentata l'occasione²²¹.

A sostegno della propria autonomia²²², in forza della quale essa aveva talvolta inteso direttamente provvedere all'interpretazione del diritto comunitario, la Consulta aveva enfatizzato la differenza qualitativa tra le peculiari funzioni (di custode e garante della Costituzione) ad essa affidate, in forza delle quali non poteva quindi essere omologata agli altri giudici, ordinari o speciali²²³; il che non consentiva di ravvisare gli estremi della «giurisdizione nazionale» predicati dall'art. 234 TCE (267 TFUE),

a verificare se la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga <con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata>; nel secondo caso, che particolarmente interessa ai nostri fini, l'obbligo non sussiste sia quando <la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in analogo fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale>, sia quando esiste una <giurisprudenza costante della Corte che [...] risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere>».

²²¹ Sulla evoluzione dell'approccio della Consulta rispetto al possibile ricorso al rinvio pregiudiziale v. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 139 ss. Va per il vero ricordato che con la decisione Corte cost. 18.4.1991, n. 168, in *Giur. cost.*, 1991, 1409; *Foro it.*, 1992, I, 660; *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1652, la Consulta aveva affermato che all'occorrenza avrebbe potuto sfruttare la facoltà di sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione, così mostrando una certa propensione all'apertura verso i giudici europei, ma al contempo tuttavia ribadendo che pur essendo giudice di ultima istanza, non si riteneva soggetta ad un obbligo di rinvio, ma semmai meramente titolare della facoltà di ricorrere allo strumento processuale in questione.

²²² Come osserva ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti*, cit., 551, la resistenza della Consulta ad operare il rinvio ex art. 234 TCE si spiega se si pensa che «In tal modo, però, la Corte costituzionale avrebbe finito per operare come semplice tramite, nell'ordinamento nazionale, di interpretazioni e decisioni adottate dalla Corte di giustizia».

²²³ Altresì la Consulta ha, anche di recente, ulteriormente rimarcato la propria differente funzione rispetto ai giudici comuni, di merito e di legittimità, allorché si tratti di questioni di diritto comunitario. Nel caso trattato da Corte cost., 13.7.2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2007, 2780, con nota di GUAZZAROTTI, *Competizione tra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia*, il giudice rimettente si era confrontato con le contrastanti indicazioni fornite dalla Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione in relazione alla disciplina sulle autorizzazioni per l'esercizio delle scommesse. Aveva quindi rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità della norma interna, siccome interpretata dalla Suprema Corte, per contrasto alla diversa interpretazione data dalla Corte comunitaria. La Consulta ha dichiarato inammissibile la proposta questione in quanto nel caso in cui «i giudici nazionali chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri. Vale appena ribadire che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione».

in difetto dei quali era quindi da escludersi che la Corte costituzionale potesse (e/o dovesse) sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo²²⁴.

Senonché, dopo anni di riflessioni, attese e preparativi, con la recente Ord. n. 103/2008²²⁵ la Corte costituzionale ha compiuto lo storico passo di rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 TCE (267 TFUE)²²⁶, ed ha tra l'altro chiarito, definitivamente rimuovendo ogni residuo margine di equivoco, che «*La Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato C.E., e in particolare una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell'art. 137, co. 3, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione)*»²²⁷.

Preso dunque atto che l'Ord. n. 103/2008 rappresenta una netta inversione di tendenza rispetto alle chiusure del passato²²⁸, è però opportuno osservare che in ogni

²²⁴ Cfr. Corte cost., Ord., 18.12.1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, 784; in *Giust. Civ.*, 1996, I, 647 ed in *Giur.cost.*, 1995, 4306. Per una complessiva disamina della funzione dell'art. 234 T.C.E., v. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 191 ss.

²²⁵ Corte cost., Ord., 15.4.2008, n. 103, in *Giust. cost.*, 2008, 1292 ss., ivi annotata (1312 ss.) da CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*; v. anche i commenti di CELOTTO, *Sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia*, in *Giust. amm.va*, 2009, II, 160 ss.; CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 961 ss.; COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, in *Studium iuris*, 2009, 627 ss.; DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 2009, 3551 ss. DI SERI, *Un'ulteriore tappa nel "cammino comunitario": la Corte costituzionale rinvia una questione di "comunitarietà" alla Corte di giustizia*, in *Giust. amm.va*, 2009, II, 164 ss.; GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, 1315 ss.; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, TORINO, 2009, 98 ss.

²²⁶ Cfr. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, cit., 1312. L'A. ricorda che tale apertura si è giunti a seguito di numerosi incontri di studio sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, nonché soprattutto grazie alle sollecitazioni degli studiosi che auspicavano l'abbattimento del diaframma che impediva il dialogo diretto tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia.

²²⁷ Per completezza va segnalato che sulla questione pregiudiziale in narrativa si è pronunciata con sentenza la Corte giust., Gr. Sez., 17.11.2009, causa C – 169/08, *Pres. Consiglio Italia c. Regione Sardegna*, massimata in *Guida al dir.*, 2009, 50, 92, con nota di LUCHENA, *Ambiente e salute non legittimano un aiuto di Stato che danneggia gli armatori residenti fuori dall'isola*, accertando che in effetti l'istituzione da parte della Regione Sardegna di un'imposta sullo scalo turistico di aeromobili e di unità da diporto adibiti al trasporto privato di persone, in quanto fatta gravare unicamente su operatori aventi domicilio fiscale fuori dal territorio regionale integra, come supposto dall'ordinanza di rimessione della Consulta, violazione al Trattato comunitario in quanto realizza un vantaggio economico a favore delle imprese locali idonea a falsare la concorrenza.

²²⁸ Si potrebbe anche ritenere che a tale svolta la Consulta si sia determinata anche in considerazione dell'indirizzo della Corte di giustizia – su cui si approfondirà *infra*, sub § 3.6) – che, con sempre maggiore determinazione, ha sanzionato il mancato rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima

caso di una svolta prudente - o parziale che dir si voglia - si è trattato, posto infatti che la potenziale attivazione della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 234 TCE (267 TFUE) è stata affermata solo per i giudizi di legittimità costituzionale in via principale, permanendo invece la preclusione per quanto attiene ai giudizi azionati in via incidentale, rispetto ai quali ultimi l'ordinanza ribadisce più volte l'onere per i giudici comuni di avvalersi, all'occorrenza, del rinvio pregiudiziale per chiarire l'interpretazione delle normative comunitarie²²⁹.

Tale differente trattamento secondo la Consulta si spiega in quanto nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, «a differenza di quelli promossi in via incidentale, la Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia», e che «ove nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 T.C.E., risulterebbe lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia».

I commentatori sono concordi nel ritenere che la pronuncia in esame rappresenti una ulteriore tappa nel “cammino comunitario” della Consulta²³⁰. Tuttavia, per quanto vi sia chi ritiene che essa costituisca un punto di non ritorno destinato a cambiare gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale²³¹, non è però per niente chiaro se, e semmai come, tale percorso proseguirà²³².

In effetti l'ordinanza in questione si presta a più possibili interpretazioni. Per quanto si possa essere portati a considerarla *prima facie* come un segnale di svolta, si potrebbe anche pensare che la Consulta abbia affidato ad essa il compito di

istanza quale illecito extracontrattuale dello Stato membro per violazione manifesta del diritto comunitario. In questi termini v. CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, cit., 964; COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, cit., 633. Sull'ipotetica responsabilità dello Stato per l'ipotesi di omesso rinvio pregiudiziale da parte della Consulta cfr. anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 108.

²²⁹ Per tale ragione CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, cit., 962, definisce l'ordinanza “timida”, posto che «gran parte delle questioni di carattere europeo sono sollevate nei giudizi in via incidentale, sui quali anche la Corte costituzionale potrebbe incidere positivamente nella definizione della “pregiudiziale comunitaria”».

²³⁰ Cfr. DI SERI, *Un'ulteriore tappa nel “cammino comunitario”: la Corte costituzionale rinvia una questione di “comunitarietà” alla Corte di giustizia*, cit., un titolo di per sé sufficientemente evocativo; DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, cit., 3563; SCODITTI, *Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv.dir.priv.*, 2010, 123 ss., 142.

²³¹ Cfr. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, cit., 1313.

²³² SCODITTI, *Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, cit., 142.

riaffermare i principi della consolidata giurisprudenza costituzionale. L'aver infatti riconosciuto di essere giudice di ultima istanza, e come tale tenuto al rinvio pregiudiziale, è stata una apertura che la Corte costituzionale ha immediatamente contenuto nei ben determinati limiti dei giudizi in cui essa è adita in via principale, ossia quelli in cui non è in questione una fattispecie concreta, ma una norma appena introdotta nell'ordinamento che si ritiene lesiva delle competenze costituzionalmente garantite rispettivamente allo Stato o alle Regioni, e per i quali nessun altro giudice sarebbe competente.

Si tratta quindi di ipotesi in cui, come chiarisce l'ordinanza in menzione, la Corte costituzionale non è giudice di "ultima", quanto semmai di "unica" istanza, ed in tal caso il mancato rinvio pregiudiziale si potrebbe potenzialmente tradurre in una violazione – *rectius*, in una non uniforme applicazione - del diritto comunitario.

Poiché, invece, in tutte le altre ipotesi in cui si ha a che fare con una concreta fattispecie, e della questione è stato necessariamente già investito un diverso giudice, resta confermato dal provvedimento in commento il tradizionale orientamento della c.d. "doppia pregiudizialità"²³³, secondo cui il giudice *a quo*, anche se non di ultima istanza e quindi non obbligato a farlo a mente dell'art. 234 TCE (267 TFUE), ove ritenga necessario procedere alla verifica del rispetto dei parametri comunitari, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, dovrà necessariamente operare il rinvio alla Corte di giustizia per verificare l'eventuale non conformità della norma interna all'ordinamento comunitario al fine di procedere all'eventuale disapplicazione – o più correttamente, alla non applicazione - della norma medesima²³⁴.

Di talché, in buona sostanza, per quanto concerne i giudizi in via incidentale, la Corte costituzionale, nel riaffermare il pregresso orientamento, parrebbe quasi voler chiarire di essere giunta ad un punto di approdo definitivo senza che siano prefigurabili ulteriori margini di apertura oltre a quelli già concessi²³⁵.

²³³ Cfr. COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, cit., 630.

²³⁴ Cfr. PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 100.

²³⁵ Cfr. CELOTTO, *Sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia*, cit., 162. Secondo GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, 1325, si tratterebbe però di una autolimitazione alquanto criticabile, essendo «chiaro, del resto, che il modo in cui l'art. 234 "chiama" i giudici nazionali di ultima istanza a collaborare con la Corte di giustizia non è certo quello di imporre ai "giudici inferiori" di effettuare il rinvio

Vi sono tuttavia valide argomentazioni autorevolmente sostenute che inducono a supporre che tale ordinanza costituisca il preludio di nuovi scenari²³⁶, e quindi, in buona sostanza, l'apertura al rinvio pregiudiziale anche in presenza di ricorsi incidentali²³⁷.

A tale convincimento si giungerebbe partendo dalla considerazione che la nostra Corte costituzionale non è solita abbandonarsi all'enfasi dell'*overruling*, ma preferisce governare il cambiamento con toni lievi, sia gradualizzando le svolte, sia pure presentando i nuovi orientamenti come una sorta di continuità con i propri precedenti, ovvero evitando di evidenziare la discontinuità con i pregressi arresti, una filosofia quindi ispirata all'insegna del motto "innovare conservando"²³⁸.

L'aver riconosciuto di essere a tutti gli effetti una "giurisdizione nazionale" - e peraltro di ultima istanza - ai sensi e per gli effetti dell'art. 234 TCE (267 TFUE), avviando così per la prima volta un dialogo diretto dalle potenzialità imprevedibili con la Corte di giustizia²³⁹, realizza un presupposto destinato a fungere da catalizzatore per nuovi spunti evolutivi, non potendosi quindi escludere che presto o tardi, quando i tempi saranno maturi, la Consulta si dichiari competente anche per quanto concerne i ricorsi azionati in via incidentale²⁴⁰.

pregiudiziale, ma di effettuarlo essi stessi [...] ne consegue che il solo ostacolo che al Corte dovrebbe superare per avvalersi del rinvio pregiudiziale nei giudizi interni risiederebbe nella propria stessa giurisprudenza...».

²³⁶ Cfr. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 351 ss., 366, che a riguardo di tale decisione parla di addirittura di «premesse per un ulteriore assestamento dei rapporti fra diritto europeo e diritto costituzionale fino a prefigurare possibili esiti monistici di taglio parafederale».

²³⁷ Cfr. CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, cit., 963; GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, cit., 1318; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 106; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 173.

²³⁸ Cfr. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia, atto primo*, cit., 1314 - 1315.

²³⁹ Così COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, cit., 634.

²⁴⁰ Secondo CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia, atto primo*, cit., 1315, si può immaginare una «estensione della legittimazione della Corte costituzionale quanto meno ai giudizi per conflitti di attribuzione, tra organi e tra enti, ai giudizi sugli statuti regionali, ai giudizi sull'ammissibilità dei referendum abrogativi, ed eventualmente ai giudizi sulle accuse al Presidente della Repubblica. In tutti questi tipi di giudizio non esiste altro giudice del giudizio che non sia la Corte costituzionale, la quale, esattamente come nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, opera come "unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia"». Ma, continua l'A., (1316) «Quanto ai giudizi in via incidentale tutto l'andamento dell'ordinanza sembra portare alla conclusione che la Corte non intende fare uso del rinvio pregiudiziale in tale ambito, considerato che il compito di rivolgersi alla Corte di giustizia spetta in prima battuta ai giudici *a quibus*. Tuttavia, a rigore, la Corte costituzionale non ha escluso esplicitamente la propria legittimazione nemmeno per tali tipi di giudizi» e così agendo «sembra aver fatto leva su questo argomento più per superare i

Il che, come si vedrà, potrebbe dar luogo a scenari di particolare importanza anche ai fini che la presente ricerca si propone, soprattutto in considerazione del fatto che anche – una controversia azionata da – un privato può stimolare l’attivazione di un ricorso pregiudiziale²⁴¹ e, quindi, in ultima analisi, un giudizio di legittimità comunitaria del diritto interno²⁴².

precedenti contrari e aprire finalmente il dialogo con la Corte di giustizia nei giudizi in via principale, che per chiudere definitivamente la medesima possibilità nell’ambito dei giudizi incidentali». Qualora comunque la auspicata progressiva apertura avesse a realizzarsi, occorrerà, come sottolinea CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, cit., 965, necessariamente metter mano ad accorgimenti organizzativi, in quanto «il giudizio di costituzionalità promosso in vi incidentale rappresenta già oggi una pausa media di non meno di diciotto mesi nel giudizio principale; cui, a seguito del rinvio al giudice del Lussemburgo, si aggiungerebbe un’ulteriore pausa che, allo stato, ha la stessa durata media. Con effetti prevedibilmente disastrosi per alcune delle parti processuali e, più in generale, per la buona amministrazione della giustizia». Cfr. anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 106.

²⁴¹ Uno dei casi che meglio si presta a spiegare come il ricorso al rinvio pregiudiziale possa essere uno strumento per aggirare i limiti posti dall’ordinamento interno alla tutela dei diritti è quello trattato da Corte giust., 11.7.2002, causa C – 60/00, sentenza *Carpenter*. In tale vicenda una donna straniera non comunitaria aveva sposato un cittadino inglese. Ma, nonostante il valido matrimonio, siccome nel momento in cui era stato contratto la donna si trovava sul territorio inglese priva di autorizzazione, l’autorità amministrativa ne aveva decretato l’espulsione. Il marito, che era un uomo d’affari che forniva servizi a imprese operanti in altri Stati membri, nel ricorso al giudice nazionale ha invocato la violazione della direttiva sulle facilitazioni dell’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi da parte dei cittadini degli stati membri, facilitazioni estese ai loro familiari, ancorché cittadini non comunitari. La Corte di giustizia, investita della questione per il tramite del rinvio pregiudiziale, ha concluso che il provvedimento di espulsione contrastava con il diritto al rispetto della vita familiare del sig. Carpenter ai sensi dell’art. 8 CEDU, richiamando al riguardo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in argomento. Nel commento alla sentenza ACIERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell’ordinamento comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 653 ss., 663, spiega che «l’insufficienza della protezione dei diritti fondamentali nell’ordinamento britannico, in particolare prima dell’entrata in vigore dello *Human rights act* del 1998, ed il controllo ristretto degli atti amministrativi “legavano le mani” al giudice inglese che si trovava nell’impossibilità di proteggere, entro i confini del suo ordinamento, dei beni giuridici intuitivamente ritenuti degni di tutela. Il diritto comunitario, attraverso il rinvio in interpretazione, appariva, dunque, come un modo per liberarsi dai limiti imposti dal suo ordinamento nazionale». Il che dimostra per un verso quali siano le potenzialità che offre al singolo cittadino il meccanismo del rinvio pregiudiziale, e per l’altro il livello di influenza svolto sulla giurisprudenza comunitaria dai principi C.E.D.U.. Per una sintesi della sentenza cfr. anche BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell’uomo in Europa*, TORINO, 2004, 55.

²⁴² In effetti, come osserva FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 200, «L’articolo 234 non dice che la corte è competente a sindacare il diritto interno, non lo dice affatto. Dichiara: la Corte interpreta il diritto comunitario. Ma è chiaro che se la corte dà una certa interpretazione non si può dubitare della contrarietà della norma interna e allora si mette in mora il legislatore, il Governo, per modificare la legge interna [...] Un individuo, un privato, una società, non può ricorrere alla Corte contro uno Stato e pretendere il cambiamento di una sua norma. Viceversa può ricorrere, ai sensi dell’art.230 (ma con limitazioni), contro un atto del Consiglio e della Commissione, per i tre vizi famosi, incompetenza, eccesso di potere e violazione del Trattato. Attraverso il meccanismo dell’art. 234, l’individuo recupera quello che non ha in base all’art. 226, perché ottiene lo stesso risultato di determinare una situazione di sofferenza della legge nazionale per incompatibilità con il diritto comunitario e quindi di sollevare il caso in sede di politica nazionale nei confronti dell’integrazione comunitaria. E questo è un aspetto che gli studi legali cominciano a considerare con molta attenzione al punto da determinare, dopo tanti anni di esperienza in tutta Europa, una diffusa conoscenza di come avvalersi di queste norme per provocare delle sentenze». Insomma, si prefigurano interessanti esiti

3.6) La teoria dei c.d. «controlimiti»

Se è quindi vero che, grazie ad una paziente tessitura, lo scontro tra il “pianeta Comunitario” ed il satellite Italia è stato schivato con la faticosa esplorazione della strada per giungere ad un migliore equilibrio²⁴³, e che ciò è avvenuto per lo più attraverso un dialogo pluridecennale tra Corte del Lussemburgo e Corte costituzionale che ha riassorbito l’iniziale contrasto, è altrettanto vero che l’integrazione tra i sistemi ordinamentali non si è – ancora - integralmente compiuta. Tanto in Italia, quanto negli altri Stati membri è stato posto un argine all’accesso del diritto comunitario attraverso la controversa dottrina nota come «teoria dei controlimiti»²⁴⁴, originata da alcune prese di posizione delle Corti costituzionali italiane e tedesca²⁴⁵, e poi consolidatasi anche in altri ordinamenti talvolta per effetto di elaborazione giurisprudenziale, altrove invece positivizzata dal legislatore nella modifica costituzionale adottata al fine di autorizzare e disciplinare l’adesione alla

pratici in tema di rispetto dei diritti fondamentali. Ma di ciò, come si è detto nel testo qui annotato, si riparerà *infra*. Conf. FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell’elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell’uomo*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2003, 1355 ss., 1382: «Per questo non sembra del tutto azzardato asserire che non ci sono più validi presupposti (se non quelli di un non ben definito dato normativo e di una prassi giurisprudenziale arrendevole) per negare al singolo la possibilità di fare affidamento tanto sul meccanismo del rinvio pregiudiziale (*ex art. 234*), quanto sullo strumento della procedura d’infrazione (*art. 226*), non solo per il caso di violazione di norme comunitarie scritte come finora è accaduto, ma anche per le ipotesi di trasgressione di principi generali collegati a diritti fondamentali dell’uomo». V. anche SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell’Unione europea*, cit., 171.

²⁴³ Cfr. per tale metafora FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, cit., 2006, 217.

²⁴⁴ Per una approfondita disamina della nascita ed evoluzione di tale teoria v. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 97 ss.; TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, NAPOLI, 2004, 59 ss.; per una posizione critica rispetto a tale teoria cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv.it. dir. pub. com.*, 2008, 651 ss., 656, che la definisce «vecchia e (contestabile)»; CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA, 2007, 22 ss.

²⁴⁵ È opinione comune tra gli Autori che la Corte costituzionale italiana e quella tedesca siano state quelle che si sono con maggiore fermezza alla incondizionata supremazia del diritto comunitario pretesa dalla Corte di giustizia, alla quale si sono da sempre opposte con fermezza sostenendo l’esigenza di giungere ad una piena tutela dei diritti dell’uomo anche sul piano comunitario, così dunque dando il maggiore contributo alla elaborazione ed al consolidamento della teoria dei controlimiti. Cfr. *ex plurimis* CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, cit., 22; TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, cit., 54 ss. e 77 ss.; STROZZI, *Diritto dell’Unione europea – Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, TORINO, 2009, 285; DI PLINIO, *Corso di diritto comunitario*, cit., 72; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit. 113.

Comunità europea²⁴⁶, e che si fonda sul presupposto che la cessione di sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale non può essere assoluta ed incondizionata²⁴⁷.

La nostra Corte costituzionale, in particolare, sin dalle prime risalenti pronunce ha fatto ricorso alla teoria dei controlimiti sostenendo che la cessione di sovranità operata a favore dell'ordinamento comunitario²⁴⁸ ai sensi dell'art. 11 Cost. non può ritenersi operante per quel che concerne i diritti inviolabili della persona ed i principi fondamentali dell'ordinamento²⁴⁹.

In realtà, dopo l'iniziale accesa dialettica, il richiamo ai controlimiti è divenuto una mera clausola di stile²⁵⁰, funzionale al malcelato proposito di giustificare la legittimità delle cessioni di sovranità operate a favore dell'ordinamento comunitario, rendendole dunque costituzionalmente tollerabili²⁵¹. In altri termini si può dire che l'aver stabilito un "controlimite" oltre il quale non si poteva andare rendeva legittimo tutto ciò che stava a monte di esso²⁵².

²⁴⁶ Per un esaustivo approfondimento sull'applicazione dei controlimiti nella giurisprudenza costituzionale tedesca si rinvia a BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, NAPOLI, 2009, 62 ss. Per l'applicazione dei controlimiti in altri paesi Paesi membri si segnala invece CELOTTO e GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2004, 1309 ss. Mancano in tale studio, per il resto davvero completo, i riferimenti ai Paesi membri che hanno aderito all'Unione dopo la sua pubblicazione.

²⁴⁷ Cfr. IZTCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 271.

²⁴⁸ Il riferimento ai controlimiti vale, ovviamente, per il diritto comunitario in senso ampio, e quindi anche per le sentenze della Corte di giustizia. Sul punto cfr. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, 341 ss., 345.

²⁴⁹ Cfr. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti*, cit., 550. Tale orientamento è stato inaugurato dalla sentenza Corte cost., 27.12.1973, n. 183, cit.. In tale pronuncia, come già si è detto *supra*, la Consulta per la prima volta "apre" al diritto comunitario, ma lo fa con la riserva dei controlimiti ben espressa da questo passaggio testuale: «È appena il caso di aggiungere che, in base all'art. 11 della Cost., sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate, e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini, possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

²⁵⁰ Cfr. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 887 ss., 898. Più sprezzante POLLICINO, *Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 819 ss., 834, che parla della «la minaccia del ricorso all'arma dei c.d. controlimiti» come una sorta di «pallottola spuntata».

²⁵¹ Cfr. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, cit., 773. Conf. RUGGERI, *Cinque paradossi (...apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, 552;

²⁵² Cfr. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., 509.

E non è certo senza rilievo il fatto che, proprio nella sentenza in cui per la prima volta è stata enunciata la teoria dei controlimiti, la Corte costituzionale abbia sentito il bisogno di chiarire che sarebbe in ogni caso stata aberrante l'ipotesi di un regolamento comunitario che violasse i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, ovvero i diritti inalienabili della persona umana²⁵³.

Si sottolinea, d'altro canto, che la mancata applicazione della teoria dei controlimiti sia dovuta anche al fatto che la Corte di giustizia ha in qualche modo attenuato la sua originaria fermezza nell'affermare la supremazia del diritto comunitario²⁵⁴, e ciò ha fatto procedendo ad una progressiva accettazione dei limiti derivanti dal riconoscimento dei diritti fondamentali desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, individuandoli essenzialmente nei principi della CEDU²⁵⁵, e, qualificandoli come principi generali del diritto comunitario, li ha posti al fine al di sopra delle libertà economiche poste a fondamento dell'ordinamento comunitario²⁵⁶, rivendicando tuttavia per sé il ruolo di vigilanza sugli stessi²⁵⁷.

²⁵³ In questi termini si esprime Corte cost., 27.12.1973, n. 183, cit.

²⁵⁴ Cfr. DI SERI, *Un tentativo di applicazione dei controlimiti*, cit., 3411; FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 1370; STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integr. eur.*, 2009, 23 ss., 24; POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir.un.eur.*, 2009, 2.

²⁵⁵ Cfr. *ex plurimis* Corte giust., 11.7.2002, causa C-60/00, caso *Carpenter*, cit.

²⁵⁶ Oltre al caso *Carpenter* citato alla nota che precede, può qui essere segnalata come emblematica vicenda in cui i diritti fondamentali sono stati considerati prevalenti sulle libertà economiche Corte giust., 14.10.2004, C – 36/02, caso *Omega*, in *Corr. giur.*, 2005, 486 ss., con nota di CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*. In tale sentenza, invero, viene ricordato in un preambolo della motivazione (sub § 33) «che, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riveste, a questo proposito, un particolare significato». Invero nel caso di specie viene attribuito valore rilevante al diritto al rispetto della dignità umana tutelato dall'art. 1 della Costituzione della Germania. In altri termini, come commenta PELLECCIA, *Il caso Omega: La dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche fondamentali nel diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 181 ss., 193, «La Corte di giustizia, superando il proprio iniziale orientamento restrittivo circa la insufficienza della previsione della costituzione di un singolo Stato membro ad integrare il concetto di patrimonio costituzionale comune, - ha applicato in prospettiva sovranazionale il rapporto tra regole e principi e, considerando l'art. 1 della Costituzione tedesca come regola (nazionale) rivelatrice di un principio (comunitario) generale, ne ha dedotto una regola (comunitaria) – giustificazione della limitazione della libera circolazione dei servizi e delle merci ove in contrasto con la dignità – che in ragione della più volte ricordata superiorità dell'ordinamento comunitario è idonea ad imporsi a tutti gli Stati membri in quanto prevalente rispetto alle libertà economiche». Per riflessioni su tale pronuncia v. anche le riflessioni svolte da MONATERI, *Internazionalizzazione delle Corti e salvaguardia dell'ordine Costituzionale*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di ALPA e IUDICA, NAPOLI, 2006, 211 ss.. Nei medesimi termini del caso *Omega* si pone, secondo POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 30, al

Non da ultimo, l'ipotesi che possa sorgere un contrasto tra giurisprudenza comunitaria – e più in generale, tra atti delle istituzioni comunitarie – e diritti fondamentali, è da ritenersi ancora più remota se solo si pone mente al rilievo che già prima dell'approvazione del Trattato di Lisbona era riconosciuto ai principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la c.d. Carta di Nizza²⁵⁸, ed a quelli della CEDU, principi ai quali oggi il nuovo Trattato sull'Unione Europea assegna un ruolo di primo piano nell'ambito del diritto comunitario²⁵⁹.

Insomma, per quanto si è detto, nonostante le apparentemente inconciliabili premesse teoriche da cui muovono le due Corti, i conflitti, che sembrerebbero un'eventualità possibile se non addirittura probabile, restano per lo più una mera eventualità non realizzata nella pratica²⁶⁰. Ed anzi, si deve semmai ritenere che i controlimiti, in

quale si rinvia per ulteriori considerazioni sul tema, anche Corte giust., 14.2.2008, causa C – 244/06, caso *Dynamic Medien*, relativa alla vendita in Germania di cartoni animati giapponesi importati da una società britannica, e la cui vendita nel Regno Unito era stata vietata ai minori di 15 anni. In tale vicenda è stata espressamente richiamata la causa *Omega*, e di essa sono stati fedelmente replicati i principi. V. anche CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 44 ss., che quale esempio di affermata prevalenza di una libertà fondamentale sulle libertà economiche protette dal Trattato segnala, oltre al caso *Omega*, anche la sentenza Corte giust., 12.6.2003, C-112/2000, caso *Schmidberger*, vicenda nella quale una grossa azienda di trasporti tedesca, la Schmidberger appunto, ha contestato all'Austria di aver consentito una manifestazione pubblica che ha bloccato il transito al Passo del Brennero per circa 30 ore, così violando la libertà di circolazione delle merci. La Corte di giustizia ha concluso, contrariamente alla tesi dell'impresa di trasporti, che nel caso di specie l'Austria aveva operato un giusto bilanciamento tra l'interesse a manifestare e quello alla libera circolazione delle merci, sia perché aveva preannunciato per tempo quella manifestazione, segnalando al contempo itinerari alternativi eventuali, sia perché un eventuale diniego avrebbe potuto degenerare in incontrollate reazioni dei manifestanti. Cfr. per tale ultima pronuncia anche BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 61 e BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, NAPOLI, 2009, 23 ss.

²⁵⁷ Cfr. ROSSI, voce *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, cit., 383; . STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, cit., 30. Va detto che proprio la sentenza *Omega*, Corte giust., causa C – 36/02, citata alla nota che precede, offre un esempio di tale atteggiamento assunto dalla giurisprudenza comunitaria. La Corte del Lussemburgo infatti decide il caso «dichiarando che il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana». Ossia, appunto, la prevalenza di un diritto fondamentale sul Trattato U.E..

²⁵⁸ Cfr. DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, cit., 3412, e CELOTTO e GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, cit., 1380, secondo cui la Carta di Nizza «costituisce un fattore di crisi per la teoria dei controlimiti».

²⁵⁹ A tale tematica, ossia alla nuovo assetto che alla Carta di Nizza ed alla CEDU viene riconosciuto dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, si dedicheranno *infra* specifici approfondimenti.

²⁶⁰ V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti*, cit., 549. Contrasti che invece vi sono tra Corte di giustizia e la restante giurisprudenza domestica in genere. Un esempio di ciò è rappresentato dalla sentenza Corte giust., 18.7.2007, C – 119/05, caso *Lucchini*, una fattispecie invero assolutamente peculiare, in cui oggetto del contendere erano aiuti di Stato erogati in contrasto al diritto U.E.. La Corte di giustizia per affermare la prevalenza del diritto comunitario ha stabilito che «Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui

origine concepiti come rigido “muro di confine”, siano destinati a divenire, per quanto sin qui premesso, una “cerniera” nei rapporti tra Unione e Stati membri²⁶¹.

Se a ciò si aggiunge che alla Corte costituzionale sono evidentemente chiare le implicazioni a cui porterebbe un eventuale ipotetico “scontro” in questi termini con la consorella del Lussemburgo²⁶², non stupisce che sino ad ora alla Consulta sia “mancata” l’occasione di fare ricorso alla teoria dei controlimiti per contrastare il diritto comunitario²⁶³, e che si sia limitata a richiamarla più per mera clausola di stile che per convinta adesione²⁶⁴.

incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della commissione delle Comunità europee divenuta definitiva». In altri termini è stato messo in discussione il principio della cosa giudicata. Si vedrà poco più avanti, sempre in questo paragrafo, che in generale la Corte di giustizia individua altri strumenti per rimuovere non già il giudicato, che resta integro, quanto gli effetti contrastanti con il diritto comunitario che il giudicato medesimo ha prodotto. Per un commento alla sentenza, nonché per i relativi riferimenti storico comparatistici ed i precedenti in argomento si rinvia ai contributi di: GAVA, *Giudicato nazionale e diritto comunitario: (quale) nuova chiave di lettura del rapporto tra gli ordinamenti?*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 293 ss.; PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., 346 ss.; NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18..2007, in Causa C – 119/05)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 1217 ss. In linea di continuità ideale con la sentenza *Lucchini v. anche Corte giust.*, 3.9.2009, C – 2/08, caso *Fallimento Olimpiaclub*, massimata in *Giur. it.*, 2010, 369 ss., con nota di POGGIO, *Dopo Lucchini, il caso Fallimento Olimpiaclub: il ridimensionamento dell’efficacia del giudicato esterno anticomunitario*”.

²⁶¹ Cfr. CELOTTO e GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, cit., 1383.

²⁶² Implicazioni così sintetizzate da FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell’elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell’uomo*, cit., 1380: «Permettere agli Stati di contravvenire ad una di queste fonti normative (esterne, ma di fatto di rango costituzionale), tanto nell’espletamento della propria attività legislativa quanto nello svolgimento di quella giurisdizionale, vorrebbe dire, in prima battuta, consentire loro di contraddire se stessi e la loro scelta di partecipare alla Comunità europea, svilendo gli ideali posti a base dei propri ordinamenti giuridici interni. [...] In ultima analisi equivarrebbe poi a consentire loro di perpetrare un *vulnus grave* al *legittimo affidamento* dei cittadini europei, che hanno a buon diritto riposto le proprie aspettative sull’*effetto utile e paritaire* del diritto comunitario, globalmente considerato, in tutto il territorio dell’Unione europea». Sostanzialmente conf. v. anche STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, cit., 25.

²⁶³ Cfr. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, cit., 573. Secondo PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., 377, il fatto che la Corte costituzionale si sia sempre ben guardata dall’eccepire i controlimiti, come pure avrebbe potuto ove lo avesse voluto, si deve in qualche modo alla «ponderazione politica operata dalla Corte, conscia del rischio del venir meno della partecipazione dell’Italia all’Unione europea».

²⁶⁴ Cfr. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, cit., 24. Secondo BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004, 92, la teoria dei controlimiti sarebbe sì «poco più di una risorsa simbolica, un’arma atomica destinata a non essere usata», sufficiente però a rimarcare «la residua grandeur di una Corte costituzionale».

Ha invece colto di sorpresa gli interpreti la sentenza n. 4207/2005 con la quale il Consiglio di Stato ha, per la prima volta, eccepito la violazione dei controlimiti²⁶⁵. Sorpresa dalle molteplici sfaccettature: sia perché per l'appunto mai prima – né mai dopo - di allora ai controlimiti si era fatto ricorso; sia perché si riteneva pacifico che il sindacato sui controlimiti, per l'ontologica caratterizzazione degli interessi in discussione, dovesse essere di esclusiva competenza della Corte costituzionale, e non quindi lasciato alla discrezionale valutazione del giudice ordinario²⁶⁶; sia perché, ancora e non da ultimo, il Consiglio di Stato si è rifiutato di rivolgere alla Corte di giustizia la questione di pregiudizialità, autonomamente decidendo la causa²⁶⁷.

Argomento di questa intricata vicenda giudiziaria era la illegittimità della legge di riordino del settore farmaceutico, nel punto in cui non prevedeva il divieto per le società di gestione delle farmacie di svolgere anche l'attività di produzione e commercializzazione dei farmaci all'ingrosso, divieto che invece valeva per le società di farmacisti. Illegittimità che era stata riconosciuta dalla Corte costituzionale, adita dal Tar milanese con specifico quesito di legittimità.

Il giudizio di primo grado si era dunque concluso con l'adeguamento alla pronuncia della Consulta. La difesa delle parti soccombenti in prime cure, tuttavia, nonostante il giudizio della Corte costituzionale, nel ricorso proposto al Consiglio di Stato ha sostenuto che la disciplina risultante per effetto della sentenza della Corte costituzionale era in palese contrasto con le disposizioni del Trattato comunitario, ed in particolare di quelle in tema di concorrenza, ed ha per questo richiesto in via

²⁶⁵ Cons. stato, 8.8.2005, n. 4207, in *Giur cost.*, 2005, 3391 ss., con note di MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria*, 3404 ss., e di DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, 3408. Alla sentenza dedica un ampio approfondimento anche PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, cit., 222 ss.

²⁶⁶ Cfr. ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 275,

²⁶⁷ Cfr. ancora ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 276. Il ricorso pregiudiziale sarebbe stato opportuno anche in relazione ad altre considerazioni. Infatti, per affermare la prevalenza del diritto comunitario la Corte di Giustizia è giunta addirittura a mettere in discussione la intangibilità del principio di cosa giudicata, e quindi uno dei principi fondamentali degli ordinamenti processuali nazionali, nel caso in cui la sentenza passata in giudicato risulti non aver tenuto in debita considerazione, ovvero ignorato, il diritto comunitario, che ove fosse stato applicato avrebbe condotto a diversi esiti. Si tratta, è ben vero, di casi isolati, uno dei quali, la sentenza Corte giust., 18.7.2007, causa C-119/05, il c.d. caso *Lucchini*, riguarda per l'appunto l'Italia. Ma ciò, in ogni caso, dimostra come il ricorso alla procedura del rinvio pregiudiziale sia non solo opportuna, bensì addirittura necessaria, ogni qualvolta si pongano questioni dubbie in materia comunitaria. Per un commento alla sentenza *Lucchini*, e per una disamina approfondita sui i rapporti tra diritto comunitario e diritto processuale degli Stati membri si rinvia a CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 447 ss.

alternativa: o la disapplicazione della legge italiana con il riconoscimento della prevalenza della disciplina europea; ovvero, quantomeno, che il Consiglio di Stato sollevasse la questione di pregiudizialità ai sensi dell'art. 234 TCE (267 TFUE) al fine di ottenere una pronuncia della Corte di giustizia in materia.

Nelle more della decisione del Consiglio di Stato la Commissione U.E. ha aperto un procedimento propedeutico alla procedura di infrazione *ex artt.* 226 ss. del – l'allora - TCE (ora art. 258 del TFUE) a carico dell'Italia²⁶⁸.

Il Consiglio di Stato, premesso che *«la norma, della quale sarebbe dubbia la compatibilità con alcuni principi del Trattato CE, non scaturisce dalla attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale»*, il che le conferisce una *«matrice costituzionale»*, e che, peraltro, siccome oggetto della tutela di tale norma è il diritto alla salute, ossia uno dei *«diritti fondamentali alla cui tutela la Corte costituzionale non ha mai inteso rinunciare neppure a fronte delle limitazioni di sovranità decise dallo Stato con la ratifica del Trattato in applicazione dell'art. 11 Cost.»*, ha ritenuto *«non consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata»*.

In altri termini è stata affermata la prevalenza della legge risultante dal giudicato della Corte costituzionale, in quanto tale legge, nel prevedere l'incompatibilità tra la figura del gestore di farmacie e quella di chi commercia o produce farmaci, salvaguardava il diritto alla salute, e quindi uno dei diritti fondamentali in grado di attivare la tutela dei controlimiti.

Una conclusione questa fortemente criticata, e per più motivi. In primo luogo perché è quantomeno dubbio che il giudice non costituzionale possa applicare un controlimite, che si ritiene invece sia semmai di esclusiva disponibilità della Consulta, anche perché riconoscere ai singoli giudici nazionali tale possibilità significherebbe esporre l'ordinamento comunitario ad un grave rischio di

²⁶⁸ Cfr. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria*, cit., 3404.

disgregazione²⁶⁹. Ma anche e soprattutto per l'erroneo presupposto di partenza secondo il quale la norma risultante dalla interpretazione della Corte costituzionale acquisirebbe, a sua volta, un rango costituzionale, essendo invece vero l'esatto contrario, come dimostra il fatto che tali norme sono sovente oggetto di modifiche e/o abrogazione per il tramite di legge ordinaria²⁷⁰. Il che è stato reso evidente nel momento in cui, pochi mesi dopo la sentenza del Consiglio di Stato, un decreto legge ha abrogato l'incompatibilità fra distribuzione all'ingrosso dei farmaci e gestione delle farmacie, ovvero lo stesso effetto che ci sarebbe stato se si fosse adeguata la disciplina interna al diritto comunitario²⁷¹.

Si è poi osservato che, tra l'altro, con il Trattato di Amsterdam, la politica relativa alla sanità pubblica, giusta l'art. 152 TCE (ora art. 168 TFUE), è divenuta uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione, e che in quanto tale la sua protezione deve quantomeno essere oggetto di un bilanciamento tra i diversi obiettivi dell'azione comunitaria, compito questo riservato in via esclusiva alla Corte di giustizia, alla quale dunque, anche in tale ordine di considerazioni, avrebbe dovuto semmai rivolgersi il Consiglio di Stato in via pregiudiziale²⁷².

Tale opzione risultava ancor più opportuna alla luce dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui il rifiuto di un giudice nazionale di sollevare la questione di pregiudizialità nei casi in cui era obbligato a farlo avrebbe comportato la responsabilità dello Stato membro, che avrebbe quindi dovuto tener luogo del danno eventualmente arrecato²⁷³. Indirizzo ribadito proprio in occasione di una sentenza

²⁶⁹ Cfr. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria*, cit., 3405; DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, cit., 3417.

²⁷⁰ Cfr. ancora MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria*, cit., 3405.

²⁷¹ Si tratta del D.L. 4.7.2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani), convertito con L. 4.8.2006, n. 248.

²⁷² Cfr. DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, cit., 3416; BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 156.

²⁷³ Si tratta della pronuncia Corte giust., 30.9.2003, in causa n. C-224/01, massimata in *Dir. comm. Scambi int.li*, 2004, 55, meglio nota come sentenza *Köbler*, per un commento alla quale si rinvia a CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, cit., 66 ss.. Per una rassegna della giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità dello Stato derivante da mancata applicazione del diritto comunitario v. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., 358 ss., il quale spiega che la responsabilità dello Stato viene individuato dalla Corte di giustizia quale mezzo per riparare agli errori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario posti in essere dai giudici nazionali nel caso in cui, non avendo questi utilizzato correttamente il meccanismo del rinvio pregiudiziale, hanno determinato un giudicato non più rimovibile. In tal modo, conclude l'A., «Rimane, quindi, fermo il presupposto della intangibilità del giudicato, di cui appunto la Corte, nella citata giurisprudenza, si è guardata bene dall'escludere. Ed invero, solo se si mantiene questa premessa si comprende il fondamento della responsabilità dello Stato. Proprio perché quest'ultimo non ha alcuno strumento giuridico per far fronte alla violazione del diritto dell'Unione europea, e quindi si trova

con la quale la Corte del Lussemburgo ha, tra l'altro, giudicato la disciplina italiana sulla responsabilità civile dei magistrati troppo restrittiva, e pertanto incompatibile con i diritti comunitari sulla responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario causate dai giudici²⁷⁴.

Restava ancora in sospenso la procedura di infrazione azionata dalla Commissione, che riteneva la normativa italiana sul settore farmaceutico in contrasto con il diritto comunitario. Esisteva quindi la possibilità che la sentenza del Consiglio di Stato, che aveva rifiutato di ricorrere alla rinvio pregiudiziale, fosse in antitesi con le conclusioni alle quali la Corte di giustizia poteva in ipotesi pervenire. Il che avrebbe dato luogo a problematiche non facilmente risolvibili.

Ed invece la Corte di giustizia, quasi facendo proprio l'insegnamento del "Conte zio" di manzoniana memoria, che ammonendo sul rischio che «*quest'urti, queste picche, principiano talvolta da una bagattella, e vanno avanti, vanno avanti...*» invitava a «*troncare e sopire, [...] sopire e troncane*»²⁷⁵, con la recente sentenza del maggio

nell'impossibilità giuridica di tornare sulle proprie decisioni, è ipotizzabile una sua responsabilità». V. anche STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 881 ss., e in particolare 892, ove, riflettendo sulla giurisprudenza comunitaria, offre la seguente sintesi: «La Corte [...] afferma che, pur vertendosi su una materia di competenza concorrente, la violazione delle norme comunitarie pertinenti da parte di una decisione giurisdizionale definitiva comporta la non applicazione di una disposizione interna – quale l'art. 2909 c.c. italiano che sancisce l'autorità della cosa giudicata – i cui effetti non possono nel caso di specie essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto, in quanto comporterebbe un serio ostacolo all'applicazione delle norme comunitarie in materia, in palese contrasto con il principio di effettività. Nel bilanciamento tra i due principi prevale dunque l'esigenza di assicurare il primato del diritto comunitario».

²⁷⁴ Si tratta, come ricorda DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario, ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, cit., 449 ss. della sentenza Corte giust. 13.6.2006 in causa n. C-173/03, massimata in *Dir. comm. Scambi int.li*, 2006, 741, meglio nota come sentenza *Traghetti del mediterraneo*, e che spiega come tale pronuncia (457) «smantella letteralmente la legge 13 aprile 1988 n. 177 sul risarcimento dei danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, rendendola inapplicabile, nei suoi elementi più restrittivi, alle ipotesi di azione di responsabilità per errore giudiziario commesso da un organo di ultimo grado qualora l'errore comporti una violazione del diritto comunitario». Più in concreto, come osserva STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, cit., 893, «Trattandosi di illecito comunitario la responsabilità dello Stato originata dal comportamento di un suo organo deve essere valutata alla luce e alle condizioni fissate dal diritto comunitario, non dal diritto interno: in particolare non rilevano le limitazioni che questo pone al sorgere della responsabilità dell'organo agente (giudice) in relazione alla funzione esercitata poiché non è questo che rileva sul piano comunitario, ma solo lo Stato cui viene imputata la condotta illecita». Sul punto v. anche CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, cit., 68 ss.; ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 276.

²⁷⁵ Così MANZONI, *I promessi Sposi*, cap. IX.

del 2009²⁷⁶ ha dato torto alla Commissione, ritenendo non sussistessero i lamentati profili di violazione del diritto comunitario.

Si tratta di una pronuncia che dimostra, ove mai ancora ce ne fosse il bisogno, la capacità della Corte di giustizia di farsi garante del c.d. “costituzionalismo multilivello”, che essa, nel superiore interesse di dar vita ad un ordinamento giuridico integrato, garantisce facendo venir meno l’esclusività di ciascun ordinamento, ma non l’unità dell’ordinamento europeo²⁷⁷.

Il che, tra l’altro, ci si augura, oltre ad acquietare gli animi dei giuristi più euroscettici²⁷⁸, indurrà a più ponderate considerazioni i Collegi di ultima istanza, che, in futuro, trovandosi di fronte ad una ipotesi di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, siano semmai tentati di eccepire la sussistenza dei controlimiti omettendo di fare ricorso al rinvio pregiudiziale.

3.7) I diritti fondamentali, i diritti inviolabili e i rapporti dell’ordinamento interno con la CEDU

La questione, quindi, è sul modo in cui i diritti inviolabili debbono essere intesi nel momento in cui l’integrazione comunitaria tra i diversi ordinamenti in uno spazio giuridico comune si viene a realizzare attraverso la tutela multilivello dei diritti. Vale a dire che occorre rivedere il concetto stesso di “diritto inviolabile” siccome lo inquadra la teoria dei controlimiti, e che quindi ai diritti fondamentali non si dovrebbe guardare come ad un fattore di chiusura che delimita i confini entro cui l’esercizio di un potere è legittimo, ma semmai un orizzonte verso il quale deve tendere ogni potere in cerca di legittimazione²⁷⁹.

²⁷⁶ Corte giust., 29.5.2009, causa C-531/06, Commissione c. Italia, in *Notariato*, 2009, 368 ss. con nota di LICINI, *Corte di giustizia CE sui farmacisti italiani: paradigma delle professioni fra mercato e interesse pubblico comunitari*.

²⁷⁷ La presente riflessione prende spunto da SERRA, *Il problema dello Stato. Scienza giuridica e rapporto tra ordinamenti (Analisi critica di due modelli di relazione)*, in *Democrazia e dir.*, 2008, II, 29 ss., al quale si rinvia (in particolare 38) per un approfondimento sul concetto di «costituzionalismo multilivello».

²⁷⁸ Cfr. TIZZANO, *Ruolo e prospettive del giudice comunitario dopo Lisbona*, cit., 11, il quale ritiene che una delle maggiori difficoltà che incontra l’assestamento nei rapporti tra Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali sia imputabile al fatto che «domina in una certa parte della dottrina, che definirei catastrofista, la preoccupazione per rischi, giudicati quasi inevitabili, di conflitti».

²⁷⁹ Cfr. ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come “libertà dello stato”*. *Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, cit., 287.

E questo è tanto più vero nel momento in cui è stata fatta la scelta di aderire ad un sistema integrato di tutela dei diritti quale quello della CEDU²⁸⁰, che è munita di un organo giurisdizionale, la Corte di Strasburgo, al quale, giusta l'art. 34²⁸¹ della Convenzione, è ammesso tanto il ricorso individuale quanto quello collettivo contro «una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli»²⁸². Un diritto, questo, il cui esercizio effettivo (art. 34, co. 2) «Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura», che è stata la vera chiave di volta che ha consentito il successo del sistema della tutela dei diritti umani²⁸³.

Per quanto il presupposto per la ricevibilità del ricorso sia, a mente dell'art. 35 CEDU, l'avvenuto esperimento di tutte le vie giurisdizionali interne²⁸⁴, per quel che

²⁸⁰ Come infatti ricorda ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, (1) «Inizialmente le competenze comunitarie erano orientate essenzialmente verso il campo di interesse economico, mentre il Consiglio d'Europa è stato istituito per promuovere e diffondere in Europa la democrazia ed il rispetto dei diritti fondamentali».

²⁸¹ V. art. 34 CEDU: «*Ricorsi individuali*. La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione e nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

²⁸² Tale diritto è stato reso pienamente effettivo solo con l'approvazione del Protocollo n. 11, sottoscritto l'11.6.1994 e definitivamente entrato in vigore l'11.11.1998, mentre prima di allora il ricorso individuale era soggetto a limitazioni e vagli preliminari di accoglibilità che ne limitavano in modo rilevante la concreta esperibilità. Sull'evoluzione e sulla portata dell'istituto in argomento si segnala l'esautiva trattazione di CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 9 ss.. Cfr. anche ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, 1, 29 ss.; Cfr. anche RAIMONDI, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001, 559 ss., e BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 56 ss.

²⁸³ Cfr. RAIMONDI, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 559, che sottolinea come senza la previsione del ricorso individuale (560) «gli organi di Strasburgo, costretti ad intervenire nei soli limitatissimi casi di ricorso tra Stato e Stato, sarebbero stati senz'altro collocati in un angolo della realtà istituzionale europea e così condannati all'asfissia»; v. anche BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 60, secondo cui tale previsione è tanto più importante in considerazione del fatto che «in alcuni stati – parte, tra cui l'Italia stessa, non è prevista la possibilità di azione diretta davanti agli organi di giustizia costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali».

²⁸⁴ E ciò, come spiega GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA 2007, 93, «al fine di lasciare comunque allo Stato il ruolo principale di garante dei diritti dei singoli, almeno fino a quando l'ordinamento nazionale non abbia rivelato la propria insufficienza e la propria incapacità nell'espletamento di questo suo compito essenziale». Come precisa però CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 67, che l'art. 13 della Convenzione prevede che ogni persona abbia diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una giurisdizione nazionale per il caso in cui uno dei diritti della Convenzione sia stato violato. E dunque,

riguarda l'ordinamento italiano, che non contempla il ricorso diretto individuale alla Corte costituzionale, tale diritto assume i contorni di una «*giurisdizione sussidiaria delle libertà*»²⁸⁵.

La Corte di Strasburgo invero è competente non solo per tutto ciò che concerne l'interpretazione e l'applicazione della CEDU²⁸⁶, ma ha altresì il compito, attraverso le sue sentenze, di «*assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli*»²⁸⁷.

Orbene, tradizionalmente alle sentenze della Corte di Strasburgo, alle quali, ai sensi dell'art. 46 CEDU²⁸⁸ «*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi*», si è attribuita natura di mero accertamento, e tanto perché, una volta dichiarata la violazione, la sentenza lascia agli stati la valutazione in ordine al modo in cui adempiere alle obbligazioni conseguenti al portato della decisione²⁸⁹.

Tuttavia, negli ultimi anni, preso atto del crescente numero di sentenze alle quali gli Stati membri non si conformavano, gli organi della Convenzione hanno cercato di individuare nuovi percorsi che meglio garantissero l'esecuzione dei *dicta* della Corte

nei casi in cui tale ricorso non sia esperibile perché questi ricorsi interni sono o inesistenti, o insoddisfacenti allo scopo, la Corte di Strasburgo si trova ad operare di fatto come giudice unico. Più in concreto «in entrambe le ipotesi la conseguenza è quindi identica, ed è quella che il ricorrente potrà adire l'istanza internazionale, avendo rispettato la condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni, inesistenti nell'un caso, ridotti ad una vana formalità nel secondo».

²⁸⁵ In questi termini TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, cit., 71. Quanto all'importanza che il ricorso individuale è in grado di svolgere cfr. anche ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004, 110, il quale sottolinea come «il rapporto fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di Strasburgo non può non condurre ad un processo di avvicinamento e di omogeneizzazione, pur operando le due Corti su terreni diversi, in quanto la Corte costituzionale non conosce il ricorso individuale per violazione dei diritti, che è invece lo strumento principe per attivare la Corte europea».

²⁸⁶ Cfr. art. 32 CEDU: «Competenze della Corte. 1. La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34 e 47. 2. In caso di contestazione sulla competenza della Corte, è la Corte che decide».

²⁸⁷ Così l'art. 19 CEDU.

²⁸⁸ Cfr. Art. 46. «*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*. 1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parte. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione».

²⁸⁹ Cfr. CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 102; PERRINI, *La Legge n.12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2009, 339 ss., 341. Una eccezione, come precisa ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 32, è rappresentata dalle sentenze che riconoscono alla parte ricorrente, ai sensi dell'art. 41, un'equa riparazione (di solito in denaro) nel caso in cui «il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette di riparare, se non in modo incompleto le conseguenze di tale violazione». In tali casi lo Stato condannato non ha alcuna alternativa rispetto al pagamento della somma liquidata.

dei diritti umani²⁹⁰. In questa direzione vanno sia il Protocollo n. 14, adottato nella seduta del Comitato dei Ministri del 12 – 13 maggio 2004²⁹¹, sia la Risoluzione n. 3 del 2004 del Comitato dei Ministri, con la quale, in particolare, la Corte EDU è stata invitata a precisare nelle proprie sentenze quali fossero le misure che lo Stato membro condannato dovesse prendere per eseguire la sentenza ed eliminare la violazione, soprattutto là dove la violazione avesse carattere strutturale²⁹².

La Corte di Strasburgo ha immediatamente raccolto questa sollecitazione²⁹³ e – nonostante il Protocollo 14 sia entrato in vigore solo nel giugno 2010, già - da allora in poi le sue sentenze hanno cominciato ad assumere una portata che va ben oltre i limiti tracciati dall'art. 46 della Convenzione. Di talché ora lo Stato contraente che

²⁹⁰ Cfr. SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, in *Dir. pol. un. eur.*, 2008, 145ss., 153. Conf. v. anche TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 323 ss., 336.

²⁹¹ Sul contenuto del Prot. n. 14, entrato definitivamente in vigore il 1° giugno 2010, cfr. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2010, 319 ss. Tra le novità di maggior rilievo si segnala l'introduzione di un giudice unico al quale l'art. 27 CEDU affida il compito di dichiarare irricevibili o di radiare dal ruolo i ricorsi individuali nel caso in cui siano manifestamente infondati. Cfr. anche CIAMPI, *Quali ragioni e quale procedura per la ratifica italiana del Protocollo n. 14 bis alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Riv.dir.int.*, 2009, 791 ss. in merito alle problematiche che hanno ritardato l'entrata in vigore del Protocollo per la mancata ratifica di alcuni stati contraenti, e sulla temporanea adozione di un Protocollo 14 bis operata nella riunione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa di Madrid del 12.5.2009 al fine di snellire il contenzioso. Cfr. anche CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 34 ss.; DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 2009, 2191 ss., 2194; ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo 14 bis*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2009, 469 ss. Occorre infine segnalare che in data 6 febbraio 2008, e dunque precedentemente all'adozione del Prot. 14 bis, il Consiglio dei ministri aveva emesso una ulteriore Raccomandazione, la n. CM/Rec(2008)2, reperibile nella traduzione in lingua italiana in *Dir.com.scambi int.li*, 2009, 335 ss., diretta agli Stati membri, con la quale, richiamato il testo del Protocollo 14, è stata ulteriormente sollecitata l'adozione di misure interne idonee alla più celere esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

²⁹² Per i riferimenti ed approfondimenti si rinvia a SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 153 ss., e ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowsky*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, II, 5 ss.; v. anche TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, cit., 336, che evidenzia come il Comitato dei Ministri « si è pronunciato con risoluzioni e raccomandazioni importanti per spronare gli Stati all'adozione di misure individuali e generali condizionando anche la modalità delle stesure delle sentenze della Corte relativa ai rimedi».

²⁹³ Cfr. SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 154: «L'occasione non è stata persa dalla Corte EDU che, pochi giorni dopo l'adozione della Risoluzione, ha pronunciato la prima sentenza in cui ha indicato direttamente in motivazione le modalità attraverso cui lo Stato condannato doveva provvedere ad eliminare sia le conseguenze dannose derivanti dall'accertata violazione della Convenzione e subite dal ricorrente, sia quali misure di carattere generale lo Stato membro avrebbe dovuto introdurre per prevenire tali violazioni». Si tratta, come precisa CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 1116, del caso *Broniowsky*, in ordine alla quale cfr. anche ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowsky*, cit..

abbia violato la CEDU viene condannato sia all'esecuzione del giudicato²⁹⁴, sia pure all'eventuale adeguamento del proprio ordinamento interno – sotto il controllo del Comitato dei Ministri²⁹⁵ - per evitare che tali violazioni abbiano a ripetersi²⁹⁶.

Dal che si ritiene di poter dire che gli effetti delle sentenze di Strasburgo vanno ben oltre la natura meramente dichiarativa²⁹⁷, e si spingono fino ad affermare un primato rispetto agli ordinamenti nazionali del tutto simile a quello che caratterizza le decisioni della “consorella” del Lussemburgo²⁹⁸.

Gli effetti che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è in grado di produrre sull'ordinamento dello Stato membro sono, del resto, ben noti all'Italia.

²⁹⁴Cfr. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., 490: «In questo risiede proprio il carattere essenziale della giurisdizione di Strasburgo, quel carattere che ne assicura una maggiore incisività sul piano internazionale rispetto ad altri sistemi di tutela, nei quali la previsione del diritto di ricorso individuale e interstatale non è accompagnata da indicazioni analoghe circa il valore delle pronunce rese dai competenti organi di garanzia».

²⁹⁵ Cfr. SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 154; TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, cit., 336.

²⁹⁶ Cfr. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 42 ss.; BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 700 ss., 711; v. anche POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. 2, il quale soggiunge (7) che il ruolo della Corte europea «si è andato trasformando anche sotto un profilo ulteriore, che ha prodotto altresì un maggiore attivismo dei giudici di Strasburgo. Questi ultimi, infatti, trovandosi spesso di fronte a procedure giurisdizionali formalmente istituite nei nuovi Stati membri, ma in realtà del tutto inadeguate a garantire in concreto un effettivo diritto di difesa dei ricorrenti, hanno iniziato a dichiarare ricevibili ricorsi rispetto ai quali non erano stati esauriti tutti i rimedi giurisdizionali interni».

²⁹⁷ Sostiene al riguardo CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 102 e 118 che «seguire, quindi, anche ora, a parlare della natura meramente declaratoria di tali sentenze, se è esatto dal punto di vista formale, in quanto esse continuano a non provocare alcun effetto diretto nell'ordinamento dello Stato stesso, lo è meno badando alla sostanza delle cose e ricordando altresì che sono stati contestualmente rafforzati i meccanismi per indurre ad adempiere anche lo stato più recalcitrante». V. pure ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 53, che sottolinea come a fronte di questo nuovo corso giurisprudenziale «Gli Stati mantengono un margine di apprezzamento nell'adozione delle misure necessarie per conformarsi alla sentenza, ma questo margine di riduce progressivamente, ed a volte può anche annullarsi, in funzione delle indicazioni rivolte allo Stato dalla Corte». Cfr. anche PERRINI, *La Legge n.12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, cit., 341.

²⁹⁸ Cfr. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. 18; v. anche TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, cit., 341, e soprattutto 345, dove si segnala che seppure «la Corte europea ha sempre ribadito che le sue decisioni si limitano a vincolare gli Stati chiamati in giudizio, ciò in ossequio all'art. 46 della CEDU che richiama espressamente solo le Parti contraenti ad impegnarsi a conformarsi alle sentenze nelle quali sono coinvolte [...] si assiste a volte ad una sorte di adeguamento spontaneo ai principi espressi da Strasburgo anche da parte di Stati non coinvolti direttamente nel giudizio principale, per la valenza interpretativa che le sentenze europee assumono». Un riconoscimento “politico” che non può che essere letto come un evidente allineamento ideale con la giurisprudenza comunitaria.

Le condanne in tema di espropriazione ed appropriazione acquisitiva, di violazione dei termini di ragionevole durata dei processi e, più di recente, in tema di lesione dei diritti della persona del fallito derivante dalla previgente legislazione sul fallimento²⁹⁹ - esempi che pure non esauriscono il quadro complessivo³⁰⁰ - hanno per un verso “costretto” la Corte costituzionale a riconoscere ai principi CEDU come interpretati dalla Corte della Convenzione la peculiare valenza di norme interposte, e per l’altro hanno talvolta reso necessario l’intervento del Legislatore³⁰¹, in ottemperanza, per l’appunto, agli obblighi derivanti dalle condanne³⁰².

A ciò si aggiunga che, sempre al fine di porre un argine alle condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo (sulla falsariga di quanto era stato fatto per garantire una più solerte ed organica procedura di adattamento al diritto comunitario con la legge

²⁹⁹ Vedi al riguardo la recente Corte Cost., 25.2.2008, n. 39, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2009, 145 ss., con commento di PERSANO, *Il contrasto fra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e legge interna ad essa precedente alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008*, nella quale, preso atto delle reiterate sentenze di condanna emesse dalla Corte di Strasburgo per la violazione dell’art. 8 della CEDU, è stata “dichiarata l’illegittimità costituzionale degli artt. 50 e 142 della legge fallimentare di cui al R.D. n. 267 del 1942, nel testo vigente prima della riforma di cui al D. Lgs., n. 5 del 2006, in quanto stabiliscono che le incapacità personali del fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurando oltre la chiusura della procedura concorsuale». Sentenza questa in cui viene tra l’altro confermato l’indirizzo inaugurato con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 in ordine ai rapporti tra norme interne e principi C.E.D.U..

³⁰⁰ V. in proposito BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, TORINO, 2002, 86: «Ed il processo performativo dell’ordinamento italiano ad opera della giurisprudenza di Strasburgo ha lasciato, nel tempo, diverse tracce. Dalla istituzione del Tribunale della libertà, alla disciplina dell’espulsione dello straniero, alla riforma del giusto processo; da alcune delle norme in materia di ordinamento penitenziario [...] sono numerosissimi i casi di modifiche legislative prodotte dalla necessità di uniformare il sistema giuridico interno alle prescrizioni elaborate, sulla base delle norme della Convenzione, dalle istituzioni europee». Cfr. anche TEGA, *La Cedu e l’ordinamento italiano*, cit., 79.

³⁰¹ Quanto agli obblighi che gravano sullo Stato aderente a seguito di condanna della Corte di Strasburgo cfr. LO VASCO, «*Serio ristoro*» e «*ragionevole rapporto con il valore venale del bene*»: *l’illegittimità costituzionale dell’indennità di espropriazione ex art. 5 bis, cit.*, 730, il quale ricorda come il sistema della Convenzione prevede che l’adeguamento da parte degli stati debba concretizzarsi non già in atti e provvedimenti fissi e predeterminati, essendo solo necessario che le misure prese dal singolo Stato, in adempimento degli obblighi ex artt. 41 e 46 CEDU, siano coerenti con le indicazioni contenute nella sentenza che ha accertato definitivamente la violazione. Ma tali misure devono, infine, essere giudicate idonee dal Comitato dei Ministri nell’esercizio del suo potere di vigilanza. Cfr. anche POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 14 ss.

³⁰² È bene chiarire che quanto alla irragionevole durata dei processi, più che aver introdotto strumenti normativi finalizzati ad abbreviare i tempi del sistema giudiziario, il legislatore è intervenuto con la L. 24.3.2001, n. 89, la c.d. Legge Pinto, che stabilisce i termini oltre i quali la durata del processo deve essere considerata come eccessiva, ed il diritto per l’interessato ad ottenere un conseguente indennizzo. Per quel che invece riguarda le ripetute condanne in tema di indennità per espropriazione, che come abbiamo visto hanno portato alla pronuncia di illegittimità costituzionale della previgente disciplina per contrasto con la CEDU, sono stati introdotti opportuni correttivi con la L. 27.12.2007, n. 422 (Legge finanziaria per il 2008), il cui art. 2, co. 89, modifica l’art. 37, co. 1 e 2, del D.p.r. 8.6.2001, n. 327 (c.d. Testo unico espropri).

9.3.1989, n. 86, la c.d. legge “La Pergola”, ora sostituita dalla legge 4.2.2005, n. 11 e successive modifiche), è stata emanata la L. 9.1.2006, n. 12 (c.d. Legge Azzolini), significativamente rubricata «*Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo*», che prevede, tra l’altro, la presentazione al Parlamento di una relazione annuale sullo stato di esecuzione delle sentenze in questione³⁰³.

È quindi quantomeno pacifico, e la prassi giurisprudenziale di cui si è dianzi dato contezza lo dimostra, che una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo deve essere recepita dallo Stato membro, talvolta con l’attuazione delle misure di carattere individuale che soddisfano la tutela dei diritti umani del caso concreto, talaltra, a fronte di violazioni sistematiche della Convenzione, con l’intervento legislativo che rimuova la fonte del contrasto³⁰⁴.

Tuttavia, nonostante le premesse indurrebbero di per sé ad una diversa conclusione, sappiamo invece che, secondo l’attuale schema stabilito dalla Consulta, la capacità delle norme della Convenzione di integrare il parametro di Costituzionalità non le porta però al livello delle norme costituzionali, poiché si teme che se ciò accadesse esse risulterebbero immunizzate dallo scrutinio di legittimità che la Corte

³⁰³ Per un approfondito commento alla quale si rinvia a PERRINI, *La Legge n.12/2006 e l’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, cit. Non sembra tuttavia che la legge sia in grado di offrire validi strumenti operativi per diminuire il peso del contenzioso con Strasburgo. Come osserva infatti CASTELLANETA, *Un giudice unico alla Corte dei diritti dell’uomo per far fronte anche alla valanga di ricorsi italiani*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 21, 11 ss., 13, questa legge appare «più finalizzata ad assicurare un costante monitoraggio che ad avviare un sistema di riapertura o di revisione dei processi penali o civili a seguito di una sentenza di condanna di Strasburgo». Le relazioni fino ad ora presentate dal Governo al Parlamento, relative agli anni 2007 e 2008, sono reperibili sul sito ufficiale della presidenza del Consiglio dei Ministri al link www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pronunce_corte_europea/prefazione.html.

³⁰⁴ Cfr. PERRINI, *La Legge n.12/2006 e l’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, cit., 347: «L’articolata procedura di controllo ed il fatto che il Comitato dei Ministri, come è dimostrato dalla prassi, svolge un ruolo rilevante nella valutazione delle misure adottate, verificando la loro idoneità ad evitare in futuro violazioni analoghe, mette in evidenza come le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo, pur avendo formalmente carattere dichiarativo, possano incidere nell’ordinamento interno di uno Stato, al fine di permettere l’adeguamento al sistema di tutela dei diritti umani delineato dalla Convenzione europea. [...] (349) dal momento che la prescrizione di cui all’art. 117 1° co., Cost. si riferisce anche all’art. 46 della Convenzione europea, lo Stato italiano ha l’obbligo costituzionale di rispettare l’impegno convenzionalmente assunto di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea». Cfr. anche POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 16 ss.; TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, cit., 342. ZAGREBELSKY, *Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, cit., 7.

costituzionale ha inteso riservare a sé medesima³⁰⁵. Dal che consegue l'impossibilità del giudice territoriale di disapplicare la norma nazionale in contrasto con i principi della Convenzione e con l'interpretazione che di essi ne ha svolto la Corte di Strasburgo³⁰⁶.

La sensazione che si ricava è che la Corte costituzionale abbia in realtà cercato ancora una volta di mitigare gli effetti dell'apertura concessa per la preoccupazione di preservare la sua autonomia³⁰⁷, anche perché l'interpretazione dei principi della CEDU ad opera della Corte di Strasburgo è potenzialmente in grado di incidere sulla portata di una rilevante serie di diritti rispetto ai quali l'ordinamento italiano ha, ancor oggi, posizioni - soprattutto di matrice culturale - di netta chiusura³⁰⁸.

È chiaro che nel momento in cui si fosse concessa ai giudici territoriali la facoltà di diretta disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con i principi convenzionali, si sarebbe corso il rischio di un cedimento incontrollato di questi argini³⁰⁹.

³⁰⁵ Cfr. LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis, cit., 733.

³⁰⁶ Si veda al riguardo il lapidario passaggio di Corte cost., n. 348/2007, cit., sub § 4.3:«... si deve aggiungere che il nuovo testo dell'art. 117, co. 1°, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione di leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1°, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». In termini sostanzialmente conformi cfr. anche Corte cost., 12.3.2010, n. 93, in *Foro it.*, 2010, 2008.

³⁰⁷ Cfr. CALVANO, *La corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, cit., 578; CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, in *Corr. giur.*, 2010, 624 ss., 631.

³⁰⁸ Cfr. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, cit., 580.

³⁰⁹ Una preoccupazione che ben illustra LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, cit., 371, «Insomma, quando è operato dai giudici comuni e non dalla Corte costituzionale, il bilanciamento giudiziale tra diritti costituzionali scaturente dalla enucleazione in via giurisprudenziale di un nuovo diritto anticipa e in definitiva si sostituisce al bilanciamento legislativo, rischiando molto spesso di risolversi in un'inammissibile usurpazione di scelte che spetterebbero alla discrezionalità del Legislatore. Ed è per questo motivo che è auspicabile che esso avvenga in casi eccezionali e nel rispetto di limiti particolarmente rigorosi». Costituisce un lampante esempio di questa considerazione l'ordinanza Trib. Venezia, 3.4.2009, in *Giur. mer.*, 2009, 1839 ss., ivi commentata da FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, 1848 ss.; in *Resp.civ.prev.*, 2009, 1898 ss.; in *N.g.c.c.*, 2009, I, 911 ss.; in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1045 ss. La questione rimessa alla Corte Costituzionale riguardava la legittimità costituzionale di svariati articoli del Codice civile nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. La causa è stata originata da un ricorso contro il rifiuto di effettuare le pubblicazioni di un matrimonio omosessuale da parte dell'Ufficiale dello Stato civile del Comune di Venezia. L'ipotesi di illegittimità costituzionale formulata dal giudice lagunare si fondava in parte su una interpretazione evolutiva di parametri meramente interni,

Non è dunque improbabile che la scelta operata dal Giudice delle Leggi sia stata, per un verso, pesantemente influenzata dal dibattito politico italiano in tema di quelli che possono essere definiti come “nuovi diritti”³¹⁰, e per l’altro dal timore di vedersi sottrarre dalla Corte di Strasburgo ambiti decisionali nel dibattito intorno ai diritti fondamentali³¹¹, atteggiamento di chiusura «sovranista e difensivo»³¹² che rispecchia quello assunto alcuni decenni addietro con riguardo al diritto comunitario³¹³.

Vero è in effetti che l’aver ancorato la possibilità di accesso dei principi della Convenzione ad un giudizio di legittimità costituzionale garantisce sia un più rigido controllo delle spinte evolutive³¹⁴, sia pure una certa qual uniformità interpretativa che diversamente è difficile pensare si sarebbe potuta ottenere. Riflessioni, queste, di politica del diritto che possono anche risultare in parte condivisibili.

Si tratta però di un ragionamento che ha numerosi punti di caduta, il più importante tra i quali è la già ricordata possibilità del singolo cittadino di fare ricorso diretto alla

ma a sostegno del complessivo impianto del rinvio si insisteva soprattutto sulla ipotesi di contrarietà sia con i paradigmi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia pure di quelli più strettamente comunitari portati dalla Carta di Nizza. La Corte costituzionale, con sentenza 15.4.2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361 ss. ha ritenuto infondata tale questione, ritenendo che non sussistesse alcun contrasto con le richiamate fonti sovranazionali, che in materia di disciplina del diritto al matrimonio rinviano alla legislazione nazionale. È più che probabile che se il giudice territoriale avesse avuto “mano libera”, non avrebbe esitato a pronunciarsi per l’illegittimità del rifiuto di pubblicazione, così demolendo quello che, per il nostro ordinamento, rappresenta un secolare muro culturale. Negli stessi termini, in un caso di diniego di pubblicazione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso contratto in uno stato estero, v. anche l’ordinanza di rimessione di Trib. FERRARA, ord. 14.12.2009, in *www.personaedanno.it*. Forse però la pronuncia più eclatante, che meglio di altri esempi si presta a rendere il senso di quanto qui si afferma, è quella relativa all’esposizione del simbolo religioso della cristianità, il crocifisso, nelle aule scolastiche trattata da Corte E.D.U., Sez. II, 3.11.2009, *Lautsi c. Italia* (ric. 30814/2006), in *N.g.c.c.*, 2009, I, 1246. Nel caso in questione la Corte di Strasburgo si è pronunciata con nettezza per l’illegittimità della normativa italiana che lo prevede. E lo strepito che da tale sentenza è derivato non è che un assaggio di quel che potrebbe avvenire estendendo alla Corte di Strasburgo la generalizzata competenza in tema di diritti umani in materie quali, ad esempio, la bioetica, in ordine alle quali in Italia è in corso un vero e proprio scontro culturale. Per un commento alla sentenza v. CONTE, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sull’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Corr. giur.*, 2010, 263 ss.

³¹⁰ Cfr. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2008, 291 ss., 296. Secondo l’A. si può ipotizzare che alla base della preoccupazioni della Corte Costituzionale vi fossero questioni rilevanti quali il riconoscimento delle coppie omosessuali e la fecondazione assistita, rispetto alle quali dalla giurisprudenza della CEDU possono derivare indicazioni dirimenti.

³¹¹ Cfr. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, cit., 752.

³¹² Così CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, cit., 576.

³¹³ Cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 657 – 658; CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 210;

³¹⁴ Cfr. in questo senso PADELLETTI, *L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 360.

Corte di Strasburgo³¹⁵, e di ottenere così una sentenza con la quale, ancorché per il tramite del più articolato percorso di cui dianzi si è detto, i principi CEDU si impongono al nostro ordinamento³¹⁶, ed impongono altresì al nostro Legislatore i conseguenti adattamenti³¹⁷.

È stata forse questa la riflessione che ha indotto l'estensore della sentenza n. 349/2007 a concedere un piccolo margine di discrezionalità al giudice comune, al quale si riconosce spetti «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme», e solo «Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli deve investire questa corte della relativa questione di illegittimità costituzionale»³¹⁸.

³¹⁵ Come spiega POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 8, di tale possibilità viene fatto uso con sempre maggiore consapevolezza, come dimostra il fatto che «dal 1993 al 2000 i ricorsi individuali sono accresciuti del 500%». Una tendenza che non accenna a rallentare, e che – cfr. ZAGREBELSKY, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2010, 309 ss. - nel 2009 ha visto l'introduzione di 57.100 nuovi ricorsi, con una crescita del 15% rispetto all'anno precedente. Per ulteriori riferimenti statistici cfr. anche CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 27.

³¹⁶ Ordinamento che, tuttavia, a giudicare dai rilievi statistici non ha sufficiente capacità di adattamento alle pronunce di Strasburgo, se è vero, come risulta dai dati citati da CASTELLANETA, *Un giudice unico alla Corte dei diritti dell'uomo per far fronte anche alla valanga dei ricorsi italiani*, cit., 12, che il nostro Paese vanta in non certo invidiabile record assoluto dei casi pendenti, posto che secondo il rapporto annuale presentato il 22 aprile 2009 dal Comitato dei Ministri, organo di vigilanza della applicazione delle sentenze della Corte della Convenzione, sarebbero a quella data ben 2428 i casi di sentenze non ancora eseguite dall'Italia, pari al 37% del totale complessivo.

³¹⁷ Si veda, in proposito, la puntuale riflessione di BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 83: «Dal punto di vista del diritto interno credo allora che possa considerarsi superfluo analizzare il problema del rango delle norme della Convenzione nel sistema delle fonti [...] Nell'ottica di una valutazione circa la loro effettività a che giova, infatti, sapere se tali norme abbiano o meno accesso al rango costituzionale, se possano o meno resistere all'abrogazione ad opera di leggi successive, se possano assumere il ruolo di fonte di integrazione del parametro nei giudizi di costituzionalità se quel che conta è che una loro violazione da parte delle autorità statali – più genericamente, di tutte le autorità pubbliche – è comunque vietata in virtù dell'adesione dell'Italia al sistema di garanzie di Strasburgo? [...] A prescindere dal rango delle norme che ammettano una pratica in contrasto con la disciplina delle libertà in Europa, infatti, la Corte europea condannerebbe comunque lo Stato che non vi si uniformasse...». In senso sostanzialmente conforme v., anche TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, cit., 87.

³¹⁸ V. Corte cost., 349/2007, cit., *sub* § 6.2. Tali indicazioni ermeneutiche, che sono state poi riaffermate da Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, cit. e da Corte cost., 12.3.2010, n. 93, cit., hanno indotto CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, cit., 315, a «chiedersi se, nella definizione del ruolo dei giudici comuni, non manchi un tassello. Affermare che questi ultimi devono sollevare la questione di legittimità costituzionale dopo aver tentato l'interpretazione conforme della norma interna rispetto alla norma internazionale pattizia, potrebbe comportare il rischio di consentire, ove tale tentativo dia esito positivo, il permanere nel nostro ordinamento di una norma conforme ad altra norma (quella internazionale) di possibile dubbia costituzionalità». Cfr. invece CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata per Strasburgo*, cit., 216, il quale vede in tali passaggi un importante fattore di apertura alla diretta applicazione delle

Questa affermazione è poco più che un sussurro, un qualcosa di detto e non detto, quasi con la paura che qualcuno se ne accorgesse, e che peraltro lascia ampi margini di ambiguità quanto alla linea di demarcazione tra i poteri del giudice comune e la necessità che invece sul contrasto intervenga la Consulta³¹⁹.

Ambiguità che si accresce in quanto la sentenza n. 348/2007 non fa alcun riferimento al previo vaglio interpretativo del giudice comune³²⁰.

Sono state queste piccole, ma altrettanto importanti dal punto di vista sostanziale, differenze, ad indurre l'impressione che, sul modello di quanto accaduto nei vari passaggi giurisprudenziali che hanno segnato la storia dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, le sentenze nn. 348 e 349/2007, più che costituire un punto di arrivo, abbiano rappresentato una stazione di sosta nel mezzo di un lungo cammino ancora da compiere³²¹. Il che parrebbe trovare espressa conferma anche nei

norme CEDU, «che impone al giudice nazionale - di merito e di legittimità - quale giudice naturale dei diritti e delle libertà dei cittadini, il dovere di improntare il proprio operato ai principi cardine della CEDU nell'esegesi che la corte dei diritti dell'uomo va offrendo».

³¹⁹ Cfr. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, cit., 582. Una ferma critica rispetto a questa equivoca laconicità è espressa da PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 357, secondo cui «Nelle decisioni in esame manca [...] una valorizzazione dei criteri interpretativi che possono consentire al giudice interno di risolvere sul piano interpretativo eventuali problemi di compatibilità con norme interne successive». Cfr. anche la critica e le perplessità per gli esiti cui tale ambigua formulazione può condurre espresse da SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, cit., 765 ss.. Sulle problematiche insorgenti in ordine all'interpretazione ed all'applicazione del diritto sovranazionale si rinvia all'esauritivo contributo di BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss..

³²⁰ Cfr. per questa considerazione comparativa tra le due diverse pronunce CONDORELLI, *La corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 304, che condivide l'apertura della sentenza n. 349/2007 soprattutto perché (305) «Un uso adeguato di tale approccio interpretativo appare in effetti essenziale per evitare inutili sovraccarichi per la Corte costituzionale». Parla di «riferimento isolato alla presunzione di conformità effettuato nella sentenza n. 349» anche PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 357. Cfr. però anche CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, cit., 583, secondo cui invece anche nella sentenza 348/2007, e precisamente nel § 5 della parte motiva, sarebbe contenuta analoga previsione. Conclusione questa che non si ritiene di condividere. Il § 5 della sentenza spiega infatti quale debba essere il percorso seguito dalla Corte Costituzionale per procedere all'esame del sollevato quesito di legittimità costituzionale, ed in questo contesto si prevede che debba essere verificato se sussista o meno un «contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norme censurata e le norme della CEDU». Il che, quindi, non ha nulla a che vedere con la possibilità del giudice comune di procedere ad un previo vaglio interpretativo, che solo la sentenza 349/2007 prevede ed ammette espressamente.

³²¹ Cfr. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., 488. Più avanti (510) l'A. così conclude: «Allo stato attuale quel che sembra certo è la configurazione di scenari che hanno bisogno di ulteriori sviluppi e che mettono in evidenza come la Corte costituzionale non abbia ancora scritto l'ultima parola sui rapporti fra CEDU e ordinamento italiano».

successivi interventi della Consulta, ed in particolare nelle sentenze nn. 311 e 317 del 2009³²².

Al lento e graduale percorso evolutivo della Corte costituzionale, che da tempo ricorre ai principi CEDU nella sua attività di interpretazione delle libertà interne in forza di una supposta omogeneità della Convenzione stessa con la Costituzione³²³, ha fatto invece riscontro negli ultimi anni una brusca accelerazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione³²⁴. Infatti, già prima del *revirement* del 2007, con prese di posizione tutt'altro che estemporanee la Suprema Corte aveva aperto la porta alla parificazione, sul piano degli effetti interni, tra norme convenzionali e norme di diritto comunitario, attribuendo carattere immediatamente precettivo alle norme CEDU³²⁵. E nonostante le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 abbiano cercato di stabilire punti fermi quanto alla riserva di competenza della Consulta per effettuare il controllo di conformità costituzionale delle norme della Convenzione³²⁶, la Suprema Corte, o quantomeno una parte di essa, a giudicare da alcune recenti pronunce non sembra per nulla intenzionata a rinunciare agli spazi di autonomia interpretativa delle norme CEDU che già aveva in precedenza rivendicato.

La sentenza n. 42741/2008 della Sez. III Penale della Suprema Corte³²⁷ rappresenta un caso emblematico di quanto si va dicendo. La vicenda all'esame del Supremo

³²² Cfr. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, cit., 624; NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 198.

³²³ Cfr. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 115.

³²⁴ Cfr. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, cit., 312; SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, cit., 751.

³²⁵ Cfr. *ex plurimis* Cass., 8.7.1998, n. 6672, in *Giust. civ.*, 1999, I, 498; in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1998, 1380, ed in *Riv. dir. int.le*, 1999, 225; Cass., 19.7.2002, n. 10542, in *Corr. giur.*, 2003, 772 ss., con nota di CONTI, *La Cassazione, il diritto di proprietà e le norme della CEDU. Una sentenza da non dimenticare*, ed in *Foro it.*, 2002, I, 2606 ss.; Cass., 11.6.2004, n. 11096, in *Corr. giur.*, 2004, 1467 ss.; in *Foro it.*, 2005, I, 466; Cass., S.u., 23.12.2005, n. 28507, in *Corr. giur.*, 2006, 833 ss., con nota di CONTI, *Le Sezioni unite ancora sulla Legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU*, ed in *Giur.it.*, 2005, 1902 ss., con nota di FURFARO, *Diritti umani e processo penale: le decisioni della Corte europea quali parametri d'interpretazione per le norme interne*. Per una sintesi contenutistica delle citate sentenze v. anche LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: *l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis*, cit., 735 ss, nonché a CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., 337 ss. V., ancora, Cass. pen., Sez. I, 25.1.2007, n. 2800, in *Riv. dir. int.le*, 2007, 601 ss., caso in cui addirittura è stata rimossa una sentenza penale passata in giudicato per essere stata accertata dalla Corte di Strasburgo la violazione dell'art. 6 CEDU, e quindi il pieno diritto del ricorrente ad ottenere una rinnovazione del giudizio.

³²⁶ Principi peraltro integralmente riaffermati dalla successiva Corte cost., 28.2.2008, n. 39, cit., e poi ribaditi da Corte cost., 24.7.2009, n. 239, in *Riv. dir. int.*, 2009, 1187 ss.

³²⁷ Si tratta di Cass. pen., Sez. III, 24.10 – 17.11.2008, n. 42741, in *Cass. pen.* 2009, 2553.

Collegio riguardava la confisca di un compendio immobiliare di notevoli proporzioni edificato in una nota località turistica che, secondo la destinazione d'uso prevista dagli strumenti urbanistici, avrebbe dovuto essere adibito a complesso turistico alberghiero, e che invece, per effetto della vendita frazionata delle singole unità immobiliari, aveva integrato gli estremi del reato di lottizzazione abusiva. Il Tribunale del Riesame aveva ritenuto «*che la confisca obbligatoria ex art. 44, 2° co., del D.P.R. n. 380/2001, può essere eseguita anche nei confronti dei soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in possesso in buona fede dell'immobile*»³²⁸.

In altri termini, in applicazione dell'indicata norma, era stata ritenuta legittima la confisca anche delle unità immobiliari acquistate da privati, rispetto ai quali non era emerso alcun indizio di reità. Di contrario avviso è stata invece la Suprema Corte, secondo la quale, «*Non appare dubbio che la norma, per la sua formulazione generica, disancorata da qualsiasi riferimento al tipo di procedimento penale attraverso il quale viene accertata l'esistenza della lottizzazione abusiva ed alla individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale, presenta rilevanti problemi interpretativi e suscita dubbi di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata*».

Interessante segnalare che tale ipotizzato contrasto costituzionale è stato individuato (anche) «*ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU (a mente del quale) la compressione del diritto di proprietà deve essere caratterizzata, secondo l'interpretazione data alla norma dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal rispetto del principio di proporzionalità; principio da ritenersi violato, nell'ipotesi di misure ablatorie della proprietà per ragioni di pubblico interesse cui non corrisponda alcuna forma di indennizzo. L'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44, co. 2°, D.P.R. n. 380/2001 induce, pertanto, necessariamente ad escludere dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede*»³²⁹. Conclusione questa che, tra l'altro, è un vero e proprio *revirement* rispetto al contrario consolidato orientamento fino ad allora tenuto in tema di confisca urbanistica³³⁰.

³²⁸ V. Cass. pen., Sez. III, 24.10 – 17.11.2008, n. 42741, cit.

³²⁹ V. Cass. pen., Sez. III, 24.10 – 17.11.2008, n. 42741, cit.

³³⁰ Cfr. PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 243 ss., 264. V. tuttavia TUCCI, *Confisca urbanistica e circolazione dei beni dopo la*

L'illegittimità della norma interna per contrasto con la CEDU e, di conseguenza, per contrasto con l'art. 117, co. 1°, Cost., è stata pertanto fatta valere con la diretta disapplicazione operata dalla Corte di Cassazione, che si è quindi discostata dalle indicazioni di Corte cost. 348/2007, o che, se vogliamo, ha interpretato in senso estensivo i limiti di intervento concessi - con il passaggio testuale poco sopra segnalato - da Corte cost. 349/2007.

La sentenza della Cassazione, non a caso, faceva espresso riferimento alla pendenza di un ricorso presentato alla Corte di Strasburgo, e da questa giudicato accoglibile con ordinanza interlocutoria, proprio in ordine alla compatibilità della confisca *ex art. 44, co. 2, D.P.R. 380/2001*, ricorso in cui era stata lamentata la violazione dell'art. 7 CEDU. Un elemento, questo, che la Suprema Corte ha utilizzato quale ulteriore motivo a sostegno della propria decisione³³¹. Vale la pena di segnalare che quel ricorso, afferente la nota vicenda della confisca e distruzione del complesso edilizio di *Punta Perotti* a Bari, è stato poi accolto dalla Corte europea con sentenza del 20 gennaio 2009³³², che ha dichiarato la violazione degli artt. 1, Prot. 1° Allegato, e 7

Sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 15 ss., 18, che precisa (21) come in realtà si tratti di un *revirement* quantomeno instabile visto che con Cass. pen., 29.4.2009, n. 17865, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 133 ss., la Suprema Corte ha fatto ritorno al vecchio orientamento, peraltro con una motivazione condivisibilmente criticata dal qui citato A. Sulla questione si è pronunciata anche Corte cost., 24.7.2009, n. 239, cit. La Consulta era stata chiamata in causa dall'ordinanza di rimessione di App. Bari, Sez. 1 pen., ord. 9.4.2008, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 121 ss., che aveva sottoposto a giudizio di legittimità costituzionale proprio l'art. 44, co. 2, del D.P.R. 6.6.2001, n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità nei confronti di persone estranee ai fatti. La Corte costituzionale ha però giudicato inammissibile il proposto ricorso sul presupposto che il Giudice territoriale avrebbe dovuto innanzitutto provvedere autonomamente a risolvere il problema in via interpretativa, concludendo che «Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge». Premesso che l'ordinanza di rimessione appariva ben più solidamente fondata di quanto invece sostiene la decisione della Consulta, è appena il caso di osservare che per effetto della mancata determinazione permane uno stato di incertezza ingenerato dalla contrastata giurisprudenza di legittimità, e tutto ciò a fronte di una chiara presa di posizione, a più riprese riaffermata, da parte della Corte di Strasburgo.

³³¹ Il medesimo riferimento si rinviene invero anche in App. Bari, ord. 9.4.2008, cit.. É però evidente che, a differenza di Cass., 42741/08 cit., il Collegio barese abbia scelto non già la via della diretta disapplicazione della norma interna configgente con giurisprudenza CEDU, ma si sia invece attenuta alle indicazioni date dalla Consulta, ad essa rinviando per il vaglio di costituzionalità.

³³² Tale sentenza, Corte E.D.U., 20.1.2009, Causa Sud Fondi e altre 2 c. Italia, è reperibile in www.dirittiuomo.it/Corte%20Europea/Italia/2009/sudfondi-perotti-italiano.pdf. Per un commento alla sentenza v. DE STEFANO, *La confisca delle lottizzazioni abusive in Italia all'esame della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Il caso Punta Perotti)*, in www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2009/confiscaperottiBIS.pdf; BALSAMO e PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, 3180 ss.; DI PERNA, *Il caso di "Punta Perotti" di fronte alla Corte europea dei diritti umani*,

della CEDU, e lo Stato Italiano è stato condannato a risarcire la somma di euro 30.000 complessivi a titolo di danno morale (quantificazione relativamente contenuta stante la pendenza di procedure risarcitorie pendenti presso le giurisdizioni nazionali³³³) nonché di euro 90.000 complessive per le spese legali sostenute dai ricorrenti, con riserva di pronuncia in ordine al *quantum* del risarcimento “materiale” qualora le parti non riescano a trovare un’intesa.

Ancora maggiore convinzione nel contrastare le indicazioni della Consulta rivela la decisione n. 11 del 2008 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³³⁴, e dunque la massima espressione della superiore giurisdizione amministrativa, secondo la cui interpretazione «*il principio per il quale il giudice, per essere «imparziale», deve trattare le parti «in condizioni di parità» [...] è espressamente affermato dall’art. 111, secondo comma, della Costituzione, nonché dall’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo (direttamente applicabile nell’ordinamento nazionale, poiché per l’art. 6 (F) del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam, l’Unione Europea annovera - tra i «principi generali del diritto comunitario» - «i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali»*).

Il fatto che tale prestigioso consesso abbia concluso per la diretta applicabilità nell’ordinamento dei principi CEDU, sebbene partendo da un angolo prospettico – la inclusione di essi tra i principi fondamentali dell’Unione europea – leggermente discostato da quello preso a riferimento dalla Suprema Corte, per un verso conferma che la tendenza alla progressiva sensibilizzazione dei giudici al diritto sovranazionale

in *Dir. umani e dir. int.le*, 2009, 436 ss.; PETRUSO, *L’affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit.; SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per una confisca da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir., int.*, 2009, 487 ss.; TUCCI, *Confisca urbanistica e circolazione dei beni dopo la Sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell’uomo*, cit., 19 ss.

³³³ Cfr. PETRUSO, *L’affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 272; SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per una confisca da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 491.

³³⁴ V. Cons. St., Ad. Plen., 10.11.2008, n. 11, in *Foro it.*, 2009, III, 1; in *Urb. e app.*, 2009, 41 ss., con nota di TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*; v. anche il commento di VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 552 ss.

pervade l'intero sistema giurisprudenziale³³⁵, e per l'altro dimostra quanto poca autorevolezza venga riconosciuta al contrario arresto della Corte costituzionale.

3.8) La ratifica del Trattato di Lisbona ed i nuovi possibili orizzonti per la CEDU

Vi è però un diverso percorso logico a seguire il quale le residue resistenze opposte dalla Corte costituzionale alla piena equiparazione tra principi CEDU e diritto comunitario potrebbero presto essere superate.

Come noto, a seguito della avvenuta ratifica di tutti gli Stati membri, a decorrere dal 1° dicembre 2009 è definitivamente entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che ha apportato significative modifiche al testo del Trattato dell'Unione europea, il cui novellato art. 6³³⁶ autorizza l'Unione europea ad aderire alla CEDU³³⁷ - così superando il contrario parere espresso al riguardo in passato dalla Corte di giustizia³³⁸ - ed afferma, altresì, che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri³³⁹ vanno considerati ad ogni effetto come principi generali del diritto dell'Unione.

³³⁵ Cfr. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, cit., 555.

³³⁶ V. Art. 6 del nuovo TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

³³⁷ Sulle cautele e sulle problematiche derivanti dall'adesione dell'Unione europea alla CEDU si rinvia a GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il trattato di Lisbona*, cit., 678 ss. e a TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, PADOVA, 2008, 149.

³³⁸ La possibilità che la allora Comunità europea aderisse direttamente alla CEDU in assenza di una modifica al Trattato era stata esclusa dalla Corte di giustizia con il criticato parere n. 2 del 1994. Sulle ragioni poste a fondamento delle critiche si rinvia a GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 107 ss.. Sul contrastato dibattito in ordine all'opportunità di aderire alla CEDU che ha preceduto il varo del Trattato di Lisbona cfr. anche LANG, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004, 58 ss.

³³⁹ Come evidenzia BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 136, il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, che compare anche nell'art. 52, § 4 della Carta di Nizza, consentirà al giudice comunitario una certa discrezionalità

Per quanto come segnalato da alcuni osservatori il cammino della procedura di adesione si presenti particolarmente ostico³⁴⁰, si può comunque sostenere che già oggi, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, si è di fatto compiuta la integrale incorporazione del sistema della CEDU nel Trattato U.E., e dunque è ragionevole immaginare che le norme della CEDU possano essere considerate alla stessa stregua delle fonti promananti dall'Unione Europea³⁴¹.

Che questa sia la chiave interpretativa corretta lo conferma in modo inequivoco la relazione sull'«Esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano» relativa all'anno 2007, presentata dal Governo al Parlamento in esecuzione della *supra* menzionata L. n. 12/2006. Nel capitolo II che tratta il rapporto fra la CEDU ed il diritto comunitario, al 1° paragrafo, rubricato significativamente «*La cosiddetta comunitarizzazione dei principi CEDU*», con riferimento all'arresto della Consulta portato dalle sentenze del 2007, si legge: «*La posizione della Corte costituzionale non sembra perfettamente compatibile con il nuovo assetto dell'Unione europea delineato dal recente Trattato di Lisbona, ove è stata completata la c.d. comunitarizzazione dei principi CEDU, con il loro inserimento fra quelli dell'Unione europea validi e cogenti erga omnes, laddove con il Trattato di Maastricht quei principi erano stati richiamati con mero valore programmatico nei confronti degli Stati membri*».

Un processo, questo, dalla cui sintesi emergeranno “diritti nuovi” rispetto a quelli con i quali si era soliti confrontarsi³⁴². Stante infatti la prevalenza del diritto comunitario su quello degli stati membri, è facile infatti prevedere i rilevanti effetti che sono destinati a prodursi nella gerarchia delle fonti del diritto e, quindi, in ultima analisi, per quanto qui maggiormente interessa, nella interpretazione e nella tutela dei diritti fondamentali. Lo afferma, ancora una volta, con tono perentorio, la Relazione

creativa. Pertanto «la tradizione costituzionale può così continuare a permettere un'elaborazione europea dei diritti soggettivi che abbia nella costituzione nazionale solo una fonte di interpretazione». Da ciò discende che tali tradizioni (165) sono destinate a subire «un processo di rimodellamento, al fine di pervenire a un contenuto della libertà rispondente alle finalità comunitarie».

³⁴⁰ Per approfondimenti sulla questione si rinvia al contributo di GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 678 ss.

³⁴¹ Conf. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 432, secondo cui con la ratifica Trattato di Lisbona, “la Convenzione, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, diventerà acquis comunitario con efficacia diretta nel nostro ordinamento interno e non più norma di rinvio mobile di un parametro interposto previsto in costituzione”. Perplexità al riguardo esprime invece DI SERI, *Trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato: interpretazione autentica “conforme” a Cedu*, in *Giur. it.*, 2010, 2011 ss, 2014.

³⁴² Cfr. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La comunità intl.le*, 2009, 43 ss., 47.

al parlamento dianzi citata: «*Se il Trattato di Lisbona entrasse in vigore, il disposto dell'art. 6 testé riprodotto comporterebbe che tutte le norme della Convenzione diverrebbero direttamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con il grado e la forza delle norme comunitarie e, cioè, ai sensi dell'art. 11 della Costituzione (come interpretato proprio dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, passate in rassegna nel capitolo I) e non più quali norme sub costituzionali ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, con l'ulteriore, ragionevole conseguenza che la conformità alla Convenzione della legislazione nazionale potrebbe essere vigilata dalla Corte di Giustizia CE (anzi, dalla Corte europea come si dirà appresso) e non dalla Corte costituzionale*»³⁴³.

Orbene, premesso che il Governo della Repubblica, in quanto organo che ha materialmente sottoscritto il Trattato di Lisbona, è sicuramente una fonte di autorevole interpretazione autentica del significato delle relative norme, ora che si è passati dal “se” le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona entreranno definitivamente in vigore, al “siccome” i principi CEDU con la definitiva entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono divenuti ad ogni effetto fonte comunitaria, la loro immediata cogenza nell'ordinamento interno non dovrebbe più essere revocabile in dubbio³⁴⁴.

³⁴³ V. *Relazione al parlamento sull'esecuzione delle pronunce della CEDU nei confronti dello Stato italiano*, cit., 21 e 22.

³⁴⁴ A dire il vero secondo SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 2009, 855 ss., 886, sostiene che l'adesione alla CEDU non implicherebbe anche l'adesione ai protocolli della stessa, e tanto in quanto non tutti gli stati membri dell'Unione avrebbero aderito a tutti gli adeguamenti protocollari. Il che potrebbe far sorgere dubbi quanto alla possibile esclusione del diritto di proprietà, portato appunto dall'art. 1 del Prot. 1, dal processo di comunitarizzazione. Una ipotesi esegetica che si avvarrebbe anche del sostegno offerto dall'art. 2 del Prot. n. 8 al Trattato di Lisbona. In realtà, a parere di chi scrive, il senso da attribuire a tale ultima norma sarebbe ben più circoscritto. L'art. 2 Prot. 8, con riferimento all'accordo di adesione alla CEDU, prevede che si «Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della Convenzione europea e, in particolare, dei suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla Convenzione europea ai sensi del suo art. 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della Convenzione europea ai sensi del suo art. 57». È evidente che si tratta di una norma i salvaguardia finalizzata ad evitare che gli Stati membri dell'Unione europea che non avevano aderito a taluni protocolli della Convenzione si trovino loro malgrado a dovervi sottostare per effetto della modifica al Trattato dell'Unione, così rendendo vane le eventuali riserve a suo tempo fatte valere a norma dell'art. 57 della Convenzione. A ben vedere si tratta dello stesso procedimento di deroga - la più evidente quella dell'adozione della moneta unica - che ha consentito la progressione dell'integrazione europea senza la proposizione di veti vincolanti. Se ne deve concludere quindi che l'art. 2 Prot. 8 limita l'adesione ai protocolli della CEDU solo nei limiti in cui uno Stato membro abbia formulato riserve in sede di ratifica dei protocolli medesimi, dovendo invece considerarsi come pienamente operante il processo di adesione dei rimanenti Paesi membri.

Ciò vuol dire che dovrà – o quantomeno dovrebbe - essere rivista anche la riduttiva qualificazione di “norme interposte” che è stata sino ad oggi attribuita ai principi CEDU. In altri termini, i giudici ordinari, nel caso in cui una norma interna dovesse essere in contrasto con una norma – comunitarizzata – della CEDU, potranno procedere alla diretta sua disapplicazione ovvero al rinvio pregiudiziale³⁴⁵. Resterà da capire semmai a quale, tra la Corte del Lussemburgo e quella di Strasburgo, dovrà essere demandato il rinvio in questione. Poiché però presso la Corte dei diritti umani non esiste, quantomeno non sino ad ora, un procedimento pregiudiziale omologo a quello istituito a livello comunitario³⁴⁶, è verosimile immaginare che, nelle more dell’eventuale attivazione di un simile percorso, sarà la Corte di giustizia ad occuparsi degli eventuali quesiti.

Una prospettiva, quest’ultima, sulla quale si approfondirà a breve.

3.9) Il ruolo svolto della Carta dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza)

Quanto precede trova invero una conferma nel momento in cui si prenda in considerazione il ruolo svolto nel panorama giuridico europeo dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, meglio nota e citata come Carta di Nizza, che - come proclama il preambolo della medesima compilazione normativa - contiene una

³⁴⁵ Cfr. DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, cit., 131. In giurisprudenza la diretta applicazione nel sistema nazionale dei principi CEDU quale effetto dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata espressamente affermata da Cons. Stato, 2.3.2010, n. 1220, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e da Tar Lazio, Sez. II Bis, 18.5.2010, n. 11984, in *Riv. amministrativa*, 2010, 319 ss., con nota di FELEPPA, *L’interpretazione conforme alla CEDU da parte del giudice nazionale ed il tramonto dell’occupazione acquisitiva*. Cfr. però Cons. Stato, 15.6.2010, n. 3760, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che pur senza una esplicita presa di distanza dalle conclusioni della sentenza 1220/2010 torna ad attribuire ai principi CEDU la più limitata valenza di norme interposte.

³⁴⁶ Un vuoto che, come avverte anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 131, è probabile verrà colmato a seguito della formale adesione dell’unione europea alla CEDU con «l’introduzione di meccanismi di coordinamento, quali, ad esempio, la previsione di una sorta di competenza “pregiudiziale” della Corte di Strasburgo in ordine all’interpretazione da parte dei giudici europei delle norme della Convenzione stessa». Al riguardo v. CONTI, *Il “dialogo” fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull’istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2009, 1486 ss., 1489, il quale spiega che, per quanto la proposta di recepire il meccanismo del rinvio pregiudiziale in ambito CEDU sia già stata oggetto dell’attenzione della Commissione dei Grandi Saggi nominata dai capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d’Europa, si tratta di una soluzione che «tuttavia, è stata prospettata in termini problematici, ritenendola non automaticamente esportabile nell’ambito dei rapporti fra autorità giudiziarie nazionali e Corte di Strasburgo, proprio considerando la diversa filosofia sottesa al sistema di tutela voluto dalla Convenzione che, come è noto, presuppone l’esaurimento delle vie di ricorso interno prima di prevedere l’intervento della Corte europea e non si fonda, dunque, su un intervento preventivo del giudice sovranazionale. In tale prospettiva, l’introduzione tout court del sistema del rinvio pregiudiziale potrebbe, secondo i saggi, creare problemi di coordinamento che richiedono ulteriori approfondimenti».

sorta di catalogo ricognitivo dei principi e delle libertà fondamentali ricavati dalle varie carte internazionali dei diritti dell'uomo, con prevalente riferimento alla CEDU, dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dalle disposizioni interne ai trattati comunitari, nonché dalla elaborazione di detti principi operata dalle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo³⁴⁷.

Invero, al di là delle petizioni di principio del preambolo, la Carta non si limita ad una meccanica trascrizione dell'esistente, ma dà voce ad una serie di nuovi diritti che non hanno specifica corrispondenza nelle costituzioni nazionali e nella CEDU³⁴⁸.

Ciò detto, poiché nel nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) si prevede anche che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», gli interpreti ritengono che la Carta di Nizza, definitivamente entrata a far parte del diritto comunitario con l'approvazione del Trattato di Lisbona, non soltanto abbia lo stesso valore dei trattati, ma sia essa stessa un trattato, e quindi una fonte comunitaria primaria³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 31; SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del trattato sull'Unione europea*, cit., 862; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea – Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, cit., 303.

³⁴⁸ Cfr. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, cit., 148. V. anche CARTABIA, *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., 33; PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 653 ss., 663 e 664; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 157, 158.

³⁴⁹ Cfr. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di decostituzionalizzazione*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2008, 205 ss., 215; BARUFFI, *Il trattato di Lisbona tra vecchio e nuovo*, in (a cura di) BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, PADOVA, 2008, 3 ss., 29; CATANOSSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 713 ss.; PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 669; PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., 376; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 116; SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del trattato sull'Unione europea*, cit., 907. Esprime invece perplessità sull'equiparazione al diritto comunitario primario *tout court* SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, cit., 46, e tanto in quanto la previsione del diritto al c.d. *opting out* concesso a Polonia e Regno Unito prevista dal protocollo n. 7 allegato al Trattato di Lisbona è un elemento che contrasta con la volontà di porre la Carta di Nizza in una posizione apicale nel sistema delle fonti comunitarie.

Di talché, mentre con la futura adesione alla CEDU - che il novellato art. 6 del TUE prevede in termini precettivi³⁵⁰ - il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea verrà assoggettata ad un controllo "esterno"³⁵¹, con l'elevazione della Carta di Nizza al rango di Trattato la Corte di Giustizia potrà esercitare un controllo "interno" del rispetto dei diritti fondamentali da parte delle Istituzioni comunitarie e degli Stati membri³⁵².

Peraltro, essendo la Carta partecipe della medesima natura dei trattati, la violazione dei principi da essa portati potrà essere oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia azionabile dai giudici nazionali³⁵³.

Più in particolare, nonostante l'interpretazione letterale dell'art. 51, § 1³⁵⁴, a tenore del quale si prevede che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali si applichino anche «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», dai documenti esplicativi della Carta medesima si inferisce che l'efficacia operativa debba essere estesa a tutti i settori aventi collegamento anche indiretto con il diritto europeo; dal che discende che gli Stati membri sono obbligati a rispettare i diritti fondamentali "comunitari" anche rispetto a situazioni che sono prive di collegamento diretto con l'ordinamento europeo³⁵⁵. Del resto è nota la

³⁵⁰ Cfr. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, cit., 684: «l'art. 6, par. 2 del TUE come risultante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona non si limita a permettere l'adesione, ma pone un obbligo in tal senso. L'obbligo è formulato in termini generali per l'Unione. Esso si traduce, quindi, in un obbligo per le istituzioni, ivi incluso il Consiglio, che conserva anche secondo le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione un ruolo centrale nella procedura di conclusione degli accordi dell'Unione».

³⁵¹ Cfr. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, cit., 701: «conseguenza diretta dell'adesione sarà il controllo sussidiario della Corte EDU sul rispetto dei diritti garantiti dal sistema convenzionale nell'ambito dell'Unione. Tale controllo riguarderà non solo, come in una certa misura avviene già adesso, gli atti statali di attuazione del diritto dell'Unione, ma anche quelli di mera esecuzione nonché gli stessi atti posti in essere dalle istituzioni».

³⁵² Cfr. CARTABIA, LAMARQUE e TEGA, *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 531 ss., 535.

³⁵³ Cfr. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, cit., 150.

³⁵⁴ Art. 51, § 1: «Ambito di applicazione. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze».

³⁵⁵ Cfr. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 236. Al riguardo v. la puntuale riflessione di SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, cit., 148, secondo cui tutto l'impianto della Carta «dimostra la sua attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte,

capacità “espansiva” della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali, un processo che, come già si è visto, è stata una delle condizioni che ha consentito il rafforzamento dell’autorevolezza della Corte del Lussemburgo³⁵⁶.

Invero un saggio delle potenzialità che i principi della Carta di Nizza sono in grado di svolgere nel futuro scenario giurisprudenziale lo offrono alcune sentenze che ad essi hanno fatto riferimento nonostante ancora non fossero entrate in vigore le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona³⁵⁷.

Quali esempi di tale orientamento possono essere qui segnalati i noti casi *Carpenter*, *Schmidberger*, *Omega* e *Dynamic Medien*³⁵⁸, nei quali i diritti fondamentali sono stati considerati prevalenti sulle libertà economiche³⁵⁹. Pronunce che comunque non esauriscono la nutrita casistica recentemente confrontata con i diritti fondamentali, segnale inequivocabile dell’influenza svolta sulla giurisprudenza comunitaria dalla Carta di Nizza prima che ad essa fosse conferito il nuovo ruolo di Trattato³⁶⁰.

il divieto della tortura ecc. non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell’Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri [...] onde la Carta si presenta come una sintesi di valori costituzionali comuni cui l’Unione fa riferimento anche al di là delle sue competenze».

³⁵⁶ Cfr. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell’Unione europea*, cit., 166: «la Corte comunitaria ritiene di avere ormai, dopo Nizza, libero accesso alla tutela dei diritti fondamentali, anche in settori non strettamente coperti, e comunque a prescindere, dal processo di integrazione comunitaria, e lancia quella che, a mio avviso, rappresenta la vera svolta del giudice comunitario nella sua costante tensione verso un sempre più accentuato potenziamento dei diritti fondamentali, ossia l’elevazione della persona umana e dei suoi diritti a valori sovraordinati e di vertice dell’intero ordinamento comunitario».

³⁵⁷ V. al riguardo TRIMARCHI, *La proprietà nella Costituzione europea*, in IUDICA e ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, NAPOLI, 2006, 261: «non si può fare a meno di richiamare alcuni dati, anche recenti, che depongono quantomeno per l’esistenza di un processo di giuridicizzazione della Carta: oltre a numerose pronunce della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee che richiamano disposizioni in essa contenute, in particolare per quanto riguarda l’art. 17 il riferimento è da ultimo al suo utilizzo nelle conclusioni dell’Avvocato generale della Corte di Giustizia oppure alla sua citazione nell’ambito della motivazione di recenti sentenze della Corte di Cassazione, o ancora alla sua ricorrenza nei considerando delle direttive comunitarie». Cfr. anche BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 55; PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 665 ss.; POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. 32; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 116; TUCCI, *Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato*, in *Riv.dir.priv.*, 2010, 101 ss., 118.

³⁵⁸ Per i rispettivi riferimenti si rinvia al § 3.5), *sub nota n. 241* quanto alla sent. *Carpenter*, ed al § 3.6) *sub nota 256*, quanto alle altre pronunce citate.

³⁵⁹ Cfr. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell’Unione europea*, cit., 166: «Giustamente si è titolata siffatta operazione “diritti fondamentali versus libertà (economiche) fondamentali”».

³⁶⁰ V. al riguardo CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, cit., 54: «Indiscutibilmente oggi si leggono molte decisioni dei giudici comunitari in cui i diritti fondamentali sono presi molto sul serio. Certamente la visibilità dei diritti ora raccolti nella carta, invita di più gli avvocati e i giudici nazionali a prospettare davanti alla Corte di giustizia questioni che coinvolgono i

Non mancano, peraltro, elementi che inducono a sostenere che la Carta dei diritti fondamentali sia stata comunque uno stabile punto di riferimento per la stessa Corte di Strasburgo ogni qualvolta si sia reso necessario operare una (ri)lettura dei principi della CEDU più adeguata ai tempi correnti³⁶¹.

Gli effetti ermeneutici della Carta dei diritti fondamentali si sono colti anche nella giurisprudenza “interna”. Ad essa infatti già guardava con particolare interesse una giurisprudenza consolidatasi quando ancora la Carta di Nizza non era stata “incorporata”.

Tra le varie³⁶², merita una particolare menzione la sentenza Cass., Sez. 3 Civ., n. 29191/2008³⁶³, al cui vaglio era una vicenda in cui la parte ricorrente aveva lamentato la illegittima sottostima del danno morale poiché liquidato dai giudici di merito come pro quota del danno biologico.

Il Supremo Collegio, premesso che «*La autonomia ontologica del danno morale deve essere considerata in relazione alla diversità del bene protetto, che attiene alla sfera della dignità morale della persona, escludendo meccanismi semplificativi di tipo automatico*» ha accolto la proposta eccezione di *error in iudicando*, disponendo che il giudice del rinvio si adeguasse al seguente principio: «*nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto della salute, la valutazione di tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale: art. 2 della Cost. in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2.8.2008, n. 190, collocando la Dignità umana come la massima espressione della sua integrità morale e biologica) deve tenere conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa*

diritti fondamentali e da parte sua la Corte non le lascia cadere. Le occasioni di pronunciarsi in termini di diritti fondamentali vengono colte e ricercate. Le argomentazioni in materia di diritti fondamentali si dilatano e occasionalmente si arriva persino a pronunciare l'annullamento di misure normative irrispettose dei diritti individuali. I diritti, che in passato spesso apparivano invocati come mero orpello retorico, incominciano ad incidere sui rapporti giuridici portati all'esame della Corte di giustizia. In questo sviluppo non si può non cogliere l'effetto benefico della Carta dei diritti fondamentali». V. anche SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, cit., 149,

³⁶¹ Cfr. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 124, che segnala come emblematica di questa tendenza la sentenza Corte EDU, 11.7.2002, Christine Goodwin contro Regno Unito.

³⁶² Cfr. anche Corte cost., 24.4.2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, 1062 ss., la quale fa espresso richiamo alla Carta di Nizza, «– ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei».

³⁶³ V. Cass., 12.12.2008, n. 29191, in *Guida al diritto*, 2009, 3, 56.

considerarsi il valore dell'integrità morale una quota minore del danno alla salute»³⁶⁴.

Come si può notare tale pronuncia della Suprema Corte (pur caratterizzata da taluni “svarioni” lessicali che la rendono carente sotto il profilo della scorrevolezza) ha dato per scontato che, in forza dell'avvenuta ratifica parlamentare del Trattato di Lisbona, le modifiche in esso contenute dovessero essere ritenute di fatto già come pienamente operanti nell'ordinamento interno.

E negli stessi termini si è posta l'ordinanza n. 23934/2008³⁶⁵ della Sezione I della medesima Suprema Corte, chiamata a conoscere di un ricorso in materia di attribuzione del cognome ad un figlio legittimo. Nel caso di specie una coppia regolarmente sposata aveva chiesto che al proprio neonato figlio venisse attribuito il cognome della madre. Il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile era stato ritenuto legittimo sia dal giudice di prime cure che in sede di appello, ed era così stata confermata la tradizionale interpretazione secondo la quale nel nostro ordinamento ai figli legittimi può essere assegnato il solo cognome paterno.

La Sezione I, invece, ha ritenuto che tale orientamento dovesse essere riconsiderato *«alla luce della mutata situazione della giurisprudenza costituzionale, e del probabile mutamento delle norme comunitarie»*, ovvero quella delle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in forza delle quali, come già si è ampiamente illustrato, alla norme ed ai principi della CEDU era stata riconosciuta la valenza di norme interposte. Ma l'ordinanza in questione è andata oltre, e, conformemente alla sentenza n. 29191/2008 su cui ci si è poco *supra* soffermati, ha concluso che siccome il Trattato di Lisbona è già stato ratificato in Italia con la L. 130/2008, ne consegue che *“si dovrebbe quindi aprire la strada all'applicazione diretta delle norme del trattato stesso e di quelle alle quali il trattato fa rinvio”³⁶⁶.*

³⁶⁴ V. Cass., 12.12.2008, n. 29191, cit.

³⁶⁵ V. Cass., Ord. 22.9.2008, n. 23934, in *Pers. fam. succ.*, 2008, 881 ss., con nota di FANTETTI, *La prevalenza del patronimico ed il valore costituzionale dell'uguaglianza tra generi*. Sia permesso rinviare anche a FILIPPI, *Il cognome della madre al figlio legittimo: siamo alla svolta?*, in *Pers.fam.succ.*, 2009, 428 ss., in cui vengono più diffusamente trattate le implicazioni delle ipotesi formulate con la qui citata ordinanza.

³⁶⁶ Negli stessi termini, in dottrina, cfr. CARETTI, *Le norme della convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, cit., 318, il quale, dopo essersi retoricamente chiesto se con il Trattato di Lisbona non sia possibile una diversa qualificazione dei principi CEDU, così conclude: «Anche tenendo ferme le distinzioni che in termini generali la Corte sottolinea tra i due sistemi (quello CEDU e quello comunitario) penso che si possa dare una risposta positiva a questo interrogativo».

Nel dubbio la Sezione I ha scelto però di non operare una diretta applicazione dei principi sovranazionali, ed ha così preferito chiamare in causa con l'ordinanza *de quo* il Primo Presidente della Corte di cassazione, il quale dovrà valutare se rimettere la questione alle Sezioni unite, affinché queste ultime possano valutare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di sistema che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli legittimi, ovvero, ove tale soluzione sia ritenuta esorbitare dai limiti dell'attività interpretativa, se la questione debba essere rimessa alla Corte costituzionale.

Se, come pare dovrebbe essere, il Primo Presidente prenderà atto della novità intercorsa nelle more della presentazione dell'ordinanza della Sezione I, ossia della comunitarizzazione tanto dei principi CEDU quanto della Carta di Nizza, la soluzione non potrà che essere quella di demandare alle Sezioni unite la ratifica dell'incompatibilità della norma interna con la disciplina sovranazionale o, nella peggiore delle ipotesi, di operare il rinvio alla Corte di giustizia per la definizione in via pregiudiziale dell'interpretazione da attribuire alle norme in questione.

Gli esempi qui segnalati danno in ogni caso l'idea di come la combinazione tra i principi CEDU, quelli della Carta di Nizza ed i principi costituzionali comuni agli Stati membri si presti a realizzare una nuova base giuridica di riferimento in grado di condizionare, se non addirittura di rivoluzionare, i tradizionali paradigmi con i quali sino ad oggi si era soliti confrontarsi³⁶⁷. Anche quelli - come meglio si vedrà *infra* nel capitolo IV - del diritto di proprietà.

Le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona non hanno fatto altro che rendere maggiormente autorevole la vocazione di principi attualmente già efficaci³⁶⁸,

³⁶⁷ Cfr. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, cit., 707. V. anche la conforme riflessione di VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Dir. comunit. scambi int.li*, 2009, 801 ss., 808, secondo cui «essendo ormai divenuta a tutti gli effetti vincolante la Carta di Nizza, inizierà a formarsi una giurisprudenza sovranazionale (in ipotesi, anche discordante con quella delle Corti nazionali) attorno ai diritti proclamati nel documento in questione (e, magari, anche alla tutela non patrimoniale da apprestare ai privati): a quel punto la "cedevolezza" dell'ordinamento italiano, così come correttamente ribadita dai giudici supremi, potrebbe condurre all'obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di disapplicare (o, eventualmente, di interpretare conformemente al diritto europeo) l'art. 2059 del codice civile, al fine di garantire l'*effet utile du droit européen*».

³⁶⁸ In buona sostanza, come sintetizza TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 165, «poiché i diritti sanciti dalla Carta rivestiranno lo stesso rango dei trattati istitutivi, sarà necessario interpretare questi ultimi in conformità con le esigenze di tutela dei primi. Ne risulterà rafforzata l'esigenza, già riconosciuta dalla Corte di giustizia, di contemperare le realizzazioni delle libertà fondamentali - ad

collocando esplicitamente i - “nuovi” - diritti fondamentali tra le fonti primarie del diritto comunitario, nell’evidente intento di favorire il passaggio da un’Europa dei mercanti ad un’Europa - fondata su presupposti legittimanti di tipo socio politico – dei diritti³⁶⁹.

3.10) I rapporti tra la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo. Cenni storici.

Dunque, a mente dell’art. 6 TUE i principi CEDU ed i principi della Carta di Nizza sono da considerare come afferenti all’«*acquis comunitario ad ogni effetto con efficacia diretta nel nostro ordinamento, e non più norma di rinvio mobile di un parametro interposto previsto in Costituzione*»³⁷⁰. Il dato testuale non dovrebbe lasciare spazio ad equivoci³⁷¹.

La giurisprudenza che si è presa in considerazione nel precedente paragrafo spiega con eloquenza a quali orizzonti ermeneutici si possa giungere nel momento in cui si consente al giudice di prossimità di avvalersi direttamente dei principi sintetizzati dal sistema costituzionale multilivello europeo. Non è eccessivo immaginare che l’adeguamento alla disciplina sovranazionale inciderà profondamente su numerosi settori del diritto civile, non escluso l’istituto proprietario.

Occorre capire però come, sul piano pratico, sia possibile dare applicazione alla cosiddetta “tutela multilivello”. Sino ad oggi, infatti, si era abituati a ragionare in termini di rapporti tra giustizia comunitaria e corti nazionali, regolati per lo più per il tramite dell’art. 234 TCE (art. 267 nuovo TFUE) e bilanciati dalla teoria dei controlimiti. L’equiparazione dei diritti CEDU alle fonti comunitarie e la contemporanea elevazione a dignità di Trattato della Carta di Nizza, che per quanto ampiamente sovrapponibile alla Convenzione dei diritti umani da cui trae ispirazione

esempio le libertà di circolazione – e delle politiche dell’Unione con il rispetto dei diritti della persona».

³⁶⁹ Cfr. CATANOSSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, cit., 714.

³⁷⁰ Così MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto di proprietà*, cit., 432.

³⁷¹ Cfr. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all’orizzonte?*, cit., 631, il quale, partendo dal presupposto che la Carta di Nizza «prende le mosse dalla CEDU, all’interno della quale viene individuato un catalogo dei diritti che trae appunto origine, in larga misura dalla Convenzione europea del 1950», ritiene sia possibile l’«opzione ermeneutica favorevole, per un verso, a ritenere che i diritti – e forse anche i principi indicati nella Carta godono delle stesse prerogative proprie del diritto comunitario e, come tali, rendono possibile il meccanismo della non applicazione della norma interna con essa contrastante secondo il noto principio della disapplicazione e, per altro verso, che la Carta di Nizza - e con essa i diritti corrispondenti alla CEDU - possano ritenersi dotti di valore costituzionale».

presenta pur sempre tratti propri di originalità, pone però gli interpreti di fronte ad una serie di problemi³⁷².

In primo luogo occorre capire come coordinare una pluralità di principi di diritto ai quali è oggi conferita pari valenza. Secondariamente si tratta di capire in che termini potrà essere gestita l'insorgenza di eventuali conflitti interpretativi tra le due Corti sovranazionali, posto che, quantomeno in linea di principio, con l'adesione alla CEDU la Corte di Giustizia andrebbe a collocarsi nella medesima posizione in cui si trovano, rispetto alla Corte dei diritti umani, le giurisdizioni costituzionali nazionali³⁷³.

In realtà tale questione pare destinata a rimanere su un piano meramente teorico. Tra la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo esiste infatti una pluridecennale esperienza di intelligente dialogo interistituzionale³⁷⁴, al punto tale che, ancor prima che con il Trattato di Lisbona si provvedesse alla comunitarizzazione delle norme convenzionali, parte della dottrina riteneva che si fosse venuta a creare una sostanziale equivalenza tra i principi della C.E.D.U. e le norme comunitarie³⁷⁵.

Si è fatto osservare che, dopo l'iniziale posizione di generale reticenza in materia di diritti umani assunta dalla Corte di giustizia³⁷⁶, già a partire dagli anni '70 la Corte di

³⁷² In primo luogo, come osserva SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 169, «È però da chiedersi adesso se, alla luce della intervenuta evoluzione dei diritti fondamentali anche nell'Europa comunitaria, quella dottrina abbia ancora una ragione di essere. Si è osservato che in fondo si è trattato di una “tigre di carta” e che di fatto la stessa non ha mai trovato applicazione». Secondariamente, come segnala SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 145 ss., si dovrà riflettere sul fatto che «L'attuale sistema non prevede raccordi di tipo giudiziario tra gli ordinamenti in considerazione, riversando sugli organi giurisdizionali interni la responsabilità di risolvere le eventuali antinomie tra le norme dei diversi ordinamenti».

³⁷³ In questi termini PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 672. Conf. anche VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115 ss., 117.

³⁷⁴ Cfr. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 659.

³⁷⁵ Cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 660; CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 209; BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1298; VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, cit., 571; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 142 ss.

³⁷⁶ Cfr. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004, 36. V. però BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 2004, 16, il quale ritiene che l'opinione della iniziale riluttanza della Corte di giustizia ad occuparsi dei diritti

Strasburgo, naturale giurisdizione specializzata in diritti dell'uomo, con la sua giurisprudenza ha avuto una rilevante influenza sulla giurisprudenza comunitaria³⁷⁷.

Da allora la Corte del Lussemburgo ha riconosciuto un ruolo sempre più rilevante alla CEDU³⁷⁸, ai cui principi ha fatto riferimento ogni volta in cui doveva essere assicurata protezione ai diritti fondamentali in ambito comunitario³⁷⁹.

Nel periodo più recente, soprattutto grazie al progressivo formale riconoscimento del ruolo della Convenzione dei diritti dell'uomo operato con il Trattato di Maastricht prima, con quello di Amsterdam poi – che a tenore del previgente art. 6, § 2 TUE vedeva l'Unione, e quindi tutte le sue istituzioni, vincolate al rispetto dei diritti CEDU³⁸⁰ – la Corte di giustizia ha di fatto accettato di occupare in *subiecta materia*

umani, per quanto diffusa, alla luce della approfondita disamina della giurisprudenza comunitaria dei primi anni '60, debba essere in qualche modo ridimensionata.

³⁷⁷ Cfr. TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 154: «Mentre in un primo tempo la Corte di giustizia ha fatto riferimento alle sole norme della CEDU, rivendicando la propria autonomia a interpretarle anche in modo difforme rispetto alla Corte di Strasburgo, più recentemente ha mostrato particolare attenzione verso l'attività interpretativa dei colleghi di Strasburgo. Sempre più spesso il richiamo della Corte di giustizia alla CEDU si accompagna al riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con una sostanziale convergenza tra gli *standards* di tutela dei diritti fondamentali adottati dalle due Corti, tranne che rispetto ad alcune, specifiche fattispecie». Per una retrospettiva sull'origine e sull'evoluzione dei rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella di Strasburgo v. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 18 ss.

³⁷⁸ Come ricorda TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, cit., 21, è con la sentenza *Stauder* del 1969, e con la successiva sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, che la Corte di giustizia, per la prima volta, afferma che i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario e che essa ne è la garante dell'osservanza. Ma (26 ss.) sarà poi solo con la sentenza *Rutili* del 1975 che, per la prima volta, la Corte di giustizia fa diretto riferimento alla speciale rilevanza dei principi C.E.D.U.. Conf. v. anche BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 17; BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 7 ss., 10; FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 1365 ss.

³⁷⁹ Cfr. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., 488; D'ALTERIO, *Esercizi di dialogo: i rapporti tra Corti europee nel conflitto tra ordinamenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 943 ss., 946; SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 145 ss.; PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., 344; GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 95. Secondo BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 30, «Due sono le ragioni che inducono la Corte di giustizia ad accogliere la CEDU tra le fonti di interpretazione del processo pretorio di elaborazione dei diritti fondamentali. In primo luogo, la Convenzione assume importanza in quanto, a differenza dei trattati comunitari, contiene il riconoscimento delle libertà classiche di estrazione liberale. In secondo luogo, la CEDU rappresenta un nucleo minimo essenziale di tutela europea dei diritti civili, che unifica le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

³⁸⁰ Il testo consolidato del vigente Trattato U.E. risultante dalle modifiche apportate dai Trattati di Maastricht (1992) ed Amsterdam (1997) prevede non solo, ex art. 6, che «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli stati membri. 2. L'unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

una posizione subordinata³⁸¹, al punto che ai diritti fondamentali portati dalla Convenzione è stata riconosciuta addirittura la capacità di elidere la portata obbligatoria delle libertà comunitarie, anche se scolpite nei Trattati istitutivi³⁸².

Si è così creata una sinergia che, attraverso l'indiretta sottoposizione del diritto comunitario ai precetti della Convenzione dei diritti dell'uomo³⁸³, aveva consentito una convivenza armonica tra la Corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo³⁸⁴.

fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario», ma che pure, ex art. 7 seguente, gli Stati membri che si siano resi responsabili delle violazioni dei medesimi diritti e principi possono incorrere in procedure di infrazione ed in conseguenti sanzioni. Cfr. in proposito FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 1366: «Una volta esplicitato in questi atti apicali l'impegno degli Stati e delle istituzioni al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, l'organo giurisdizionale comunitario risulta, non più solo legittimato *ex iure non scripto*, ma anche obbligato *de iure condito* a garantire il raggiungimento di tale obiettivo nel contesto sovranazionale». Ritiene invece CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, cit., 48, che «Secondo altra, e preferibile lettura, la norma intende, in sostanza, imporre all'Unione il rispetto delle norme della Convenzione e di quelle che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni, nella misura in cui costituiscono principi generali di diritto comunitario, con la conseguenza che la qualificazione in termini di principi generali è, anche oggi, un'opera di selezione e creazione del diritto affidata, innanzitutto, al giudice comunitario». V. anche BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 41; CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in BILANCIA e D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, MILANO, 2009, 234; CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 21; DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, cit., 3412; TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, cit., 48 ss. e, in particolare, 51; POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 7. Va ricordato, inoltre, che proprio facendo riferimento alle modifiche apportate al Trattato istitutivo dal Trattato di Maastricht l'importante precedente di Cons. St., Ad. Plen. 10.11.2008, n. 11, cit., attribuisce efficacia diretta nel nostro ordinamento ai principi C.E.D.U..

³⁸¹ Cfr. PRADUROUX, *Il diritto di proprietà nel diritto comunitario: principi fondamentali e <self restraint> della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 283 ss., 306: «Ove si voglia abbracciare l'idea della formazione di uno *ius commune europeo dei diritti fondamentali*, pare naturale attribuirne il ruolo di guida, in questo percorso, alla Corte di Strasburgo, non solo perché è la giurisdizione <specializzata> in diritti dell'uomo, ma anche perché la Corte di Giustizia ha accettato di occupare, in detta materia, una posizione subordinata». In senso conf. v. anche TIZZANO, *Ruolo e prospettive del giudice comunitario dopo Lisbona*, cit., 10 e SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 165; ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 3.

³⁸² Così CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 211. Spiega, inoltre, TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 156, che «Poiché il rispetto dei diritti fondamentali è condizione di legalità dell'operato delle istituzioni dell'Unione, gli atti di queste ultime possono essere sindacati dinanzi alla Corte di Giustizia, nelle forme previste dai trattati istitutivi, sotto il profilo del rispetto dei diritti stessi».

³⁸³ In questi termini FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 659. Cfr. anche BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella morsa delle Corti sovranazionali*, cit., 600. Cfr. anche HUBER, *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari*, cit., 8: «come di solito accade, la Corte di giustizia europea sposa la giurisprudenza di

L'aver assicurato la garanzia dei diritti menzionati nel sistema CEDU³⁸⁵ è stata la via che ha consentito alla Corte di giustizia di farsi garante e promotrice del processo di integrazione comunitaria³⁸⁶. È stata così, passo dopo passo, colmata l'originaria grave lacuna derivante dalla mancanza nelle fonti comunitarie, ed in particolare nei Trattati istitutivi, di un catalogo di diritti fondamentali e di adeguate forme di tutela dei diritti medesimi³⁸⁷. Di talché, per il tramite dell'implicita incorporazione pretoria della CEDU nel diritto comunitario e di una indiretta sottoposizione di quest'ultimo ai precetti contenuti nella Convenzione medesima³⁸⁸, si è realizzata quella che è stata

Strasburgo e la impone – rinforzandola con il carattere del primato – anche nei confronti degli Stati membri».

³⁸⁴ Cfr. TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 164: «al momento attuale, il rapporto tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo è basato sul dialogo e sulla reciproca deferenza. Le Corti si citano a vicenda sempre più frequentemente e la giurisprudenza mostra una sostanziale convergenza, salvo che su specifiche problematiche. La Corte di giustizia è in particolare incline a recepire ed applicare la giurisprudenza di Strasburgo e tale sforzo sembra essere stato apprezzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo». Buoni rapporti collaborativi che, come ricorda anche la *Relazione al Parlamento per l'anno 2008 su L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, presentata dal Governo italiano in esecuzione della L. 9.1.2006, n. 12, sono regolarmente menzionati dai (p. 16): «Il Presidente della Corte di Strasburgo, ad ogni modo, non ha mancato di sottolineare anche nel suo discorso di apertura dell'anno giudiziario 2009 “*the very important role in the field of fundamental rights played by a Court with which we have excellent relations, the Court of Justice of European Communities*”».

³⁸⁵ Cfr. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 695 ss., 709: «La previsione dei diritti umani contenuti nella Convenzione ha rappresentato il modello al quale si è ispirato il Diritto comunitario, in armonia con la già ricordata finalità che si è proposta la Convenzione, di avviare l'unificazione degli Stati europei; ma gli interventi comunitari hanno rappresentato un momento fondamentale di quella unificazione, per l'esigenza irrinunciabile della Comunità, di fissare formalmente le categorie dei diritti umani alla cui osservanza si dovevano impegnare gli Stati membri». V. anche ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 4; TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 153.

³⁸⁶ Cfr. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 101; BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 18;

³⁸⁷ Cfr. HUBER, *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari*, cit., 3; SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 145 ss.; assenza che, secondo FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 1356, ben si spiega se si considera che il progetto comunitario originario era stato concepito con finalità puramente mercantilistiche, per la realizzazione delle quali «l'uomo è preso in considerazione unicamente nella veste di agente economico», e dunque, un inserimento dei diritti fondamentali nei Trattati «appariva una superfetazione normativa e avrebbe comportato solo dei ritardi nella conclusione delle trattative e degli ulteriori problemi di consenso all'interno di un contesto politico già sufficientemente instabile». Conf. v. anche TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, cit., 17 ss.; CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 16; GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 97.

³⁸⁸ In questi termini VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 813.

definita come una “tolleranza costituzionale” identificata come la chiave di volta della costruzione comunitaria³⁸⁹.

L’istituzione dell’Agenzia europea per i diritti fondamentali³⁹⁰, resa operativa dal 1° marzo 2007 e con sede a Vienna, chiamata a svolgere nei confronti delle Istituzioni comunitarie e degli Stati membri un ruolo di assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali nell’attuazione del diritto comunitario, è in qualche modo da considerare come l’ideale prosecuzione di questa tendenza³⁹¹, anche se il limitato ruolo attribuito a tale organismo non pare destinato a dare luogo a risultati significativi³⁹².

Ulteriore concreta attestazione del ruolo preminente, o se si preferisce, di fonte di interpretazione privilegiata, riconosciuta dal diritto comunitario alla giurisprudenza ed ai principi CEDU si rinviene negli artt. 52, 3° co. della Carta di Nizza a tenore del quale «*Laddove la presente carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa*»³⁹³, e dal successivo art. 53, secondo cui

³⁸⁹ Cfr. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit., 27. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, cit., 146, ritiene che la giurisprudenza comunitaria «precede ed accompagna l’evoluzione delle istituzioni comunitarie verso l’attuale modello di Unione europea».

³⁹⁰ L’Agenzia è stata istituita con il Regolamento CE n. 168 del 15.2.2007.

³⁹¹ Cfr. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell’Unione europea*, cit., 168.

³⁹² Come osservato da DEL GUERCIO, *L’Agenzia europea per i diritti fondamentali: un’occasione perduta?*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 136 ss., 138, la scelta di limitare la competenza dell’Agenzia ad un mero ruolo consultivo, per quanto sia un segnale della crescente attenzione delle Istituzioni comunitarie sulla tematica dei diritti fondamentali, è stata oggetto di forte critica da parte di organizzazioni non governative, soprattutto per il fatto che (140) tale organo risulta privo di procedure efficaci che possano far cessare eventuali violazioni dei diritti dei soggetti interessati, essendole peraltro preclusa la possibilità di attivare indagini indipendenti relativamente ad abusi eventualmente compiuti dagli Stati membri. Perplessità al riguardo sono espresse anche da CARTABIA, LAMARQUE e TEGA, *L’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Uno sguardo all’origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, cit.

³⁹³ V. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo*, cit., 54, il quale così commenta: «La disposizione della Carta realizza, per la prima volta, una formale equiparazione della tutela dei diritti fondamentali assicurata nei due sistemi, “agganciando” il sistema di protezione dell’Unione a quello del Consiglio d’Europa e, quindi, anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che diviene così vincolante per le istituzioni dell’Unione». Non vanno però trascurate anche le preoccupazioni di chi, come SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del trattato sull’Unione europea*, cit., in più punti del suo contributo segnala come punti critici di tale previsione, soprattutto in riferimento alle difficoltà di coordinamento che l’A. presume si possano verificare soprattutto nel primo periodo di convivenza delle due distinte fonti normative, solo apparentemente equivalenti.

«Nessuna disposizione della presente carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Si aggiunga che *ex art.* 34 del regolamento del Parlamento europeo, in sede di esame di una proposta legislativa il Parlamento deve verificare la conformità dell'atto legislativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, ossia alla Carta di Nizza, e dunque, di riflesso, anche ai principi della CEDU.

Non si può poi certo trascurare il fatto che la Carta - *ex art.* 52 - si premura di chiarire che ai principi CEDU occorre fare riferimento ogni qualvolta sia in questione un diritto trattato anche dalla Convenzione³⁹⁴. Ed in pari tempo non si può fare a meno di considerare che, oltre alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche il diritto positivo comunitario rinvia espressamente ai principi CEDU quale paradigma di riscontro del rispetto dei diritti fondamentali, con la sola possibilità di poter, semmai - *ex art.* 52, 3° co., ultimo periodo della Carta dei diritti fondamentali – apprestare un livello di protezione superiore rispetto a quello da essi garantito³⁹⁵.

³⁹⁴ E del resto tale ossequio non deve stupire, posto che, come osserva ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, cit., 180, nel testo e nella conformazione della Carta di Nizza riecheggiano con forza sia i principi contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, sia quelli contenuti nella CEDU. Ritiene però STROZZI, *Diritto dell'Unione europea – Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, cit., 306, che tale rinvio costituirà fonte di complessi e delicati problemi, soprattutto perché la corrispondenza tra i principi della CEDU e quelli enunciati della Carta di Nizza si rivela, in più contesti, meramente apparente.

³⁹⁵ Cfr. sul punto TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 167: «Il livello di protezione dei diritti fondamentali apprestato dalla CEDU costituisce uno standard di tutela inderogabile a opera della Carta. In relazione ai diritti della Carta “corrispondenti” a quelli garantiti dalla CEDU – elencati nelle spiegazioni relative alla Carta – la convenzione costituisce non solo uno *standard* minimo, ma lo *standard* cui fare riferimento per determinare il significato e la portata degli articoli della Carta, salva la possibilità per il “diritto dell'Unione”, e quindi anche per la Carta in quanto parte di esso, di offrire un livello di protezione più elevato». Conf. v. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, cit., 54 e BULTRINI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, cit., 708, per il quale scopo di tali disposizioni di coordinamento materiale tra Carta di Nizza e CEDU è in pratica «quello di assicurare sempre la prevalenza della forma di tutela più elevata concretamente disponibile in quel dato momento storico, che essa derivi dal sistema convenzionale oppure da altro ordinamento». Va dato però conto delle perplessità avanzate da ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 6, secondo cui, per quanto al problema della diversità

Dire in definitiva che in tema di diritti umani la Corte del Lussemburgo si è sino ad ora avvalsa dell'interpretazione della Corte della Convenzione, equivale a dire che in tema di tutela dei diritti umani il diritto comunitario e quello convenzionale sono sostanzialmente coincidenti³⁹⁶.

A sua volta la giurisprudenza CEDU è connotata da convergenze sempre più esplicite verso i criteri applicativi della Corte di giustizia nell'ambito del sistema comunitario³⁹⁷, una prassi di spontanea armonizzazione interpretativa che ha posto le basi di un "sistema europeo integrato di protezione dei diritti fondamentali"³⁹⁸.

In questo senso la comunitarizzazione della CEDU ad opera del Trattato di Lisbona non avrebbe fatto altro che sancire formalmente un risultato già in parte raggiunto dall'elaborazione giurisprudenziale delle due Corti³⁹⁹, e pertanto, per quanto non sia da escludere a livello ipotetico, uno scontro dialettico tra di esse non pare essere allo stato ipotizzabile⁴⁰⁰.

dei testi della Carta e della Convenzione si sia cercato di ovviare con gli artt. 52 e 53 della Carta medesima, «restano diversi punti oscuri o almeno non risolti ed è dubbio che l'obiettivo di semplificare e rendere facilmente leggibile l'elenco dei diritti fondamentali sia stato raggiunto. È vero che due liste di diritti comuni ai due testi sono state allegate al Rapporto esplicativo della Carta, preparato dal *Presidium* della Convenzione che redasse la Carta, ma si tratta di una indicazione di incerta valenza e comunque aperta ai possibili sviluppi della Convenzione e quindi non esaustiva».

³⁹⁶ Cfr. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 400, secondo cui «Invero si potrebbe teoricamente distinguere tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello della CEDU, ma sembra opportuna una trattazione unitaria, ove si consideri che la giurisprudenza della Corte di giustizia annovera tra i principi generali quelli enunciati dalla CEDU, considerati come principi comuni degli Stati membri, come ora esplicitamente affermato dall'art. 6 del TUE». Conf. v. anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 146. Secondo invece la più moderata, ma non per questo diversa nella sostanza, opinione di ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2, «le interferenze esistenti tra le responsabilità degli Stati rispetto alla Convenzione e quelle derivanti dall'appartenenza all'Unione, portano a dire che già ora vi sono difficili, ma importanti elementi di integrazione tra il sistema comunitario e quello della Convenzione».

³⁹⁷ Cfr. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 31.

³⁹⁸ In questi termini D'ALTERIO, *Esercizi di dialogo: i rapporti tra Corti europee nel conflitto tra ordinamenti*, cit., 947, secondo cui in tale processo relazionale «è possibile riconoscere un meccanismo di *cross fertilization* volto alla migliore tutela dei diritti fondamentali».

³⁹⁹ In questi termini DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, cit., 2222.

⁴⁰⁰ Cfr. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 141: «L'analisi dell'evoluzione subita dai rapporti fra Cedu e Unione europea ha messo in luce un'evidente tendenza verso un progressivo riavvicinamento tra i rispettivi sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, che ormai ben difficilmente possono ancora considerarsi separati e distinti fra di loro e reciprocamente impermeabili: sempre più le specificità dell'uno finiscono per divenire parte integrante del patrimonio dell'altro, così da produrre un intreccio dove i singoli apporti, e delle autorità di Strasburgo e di quelle del Lussemburgo, spesso si fondono per produrre un risultato unitario».

3.11) La diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con i principi CEDU prima e dopo la “comunitarizzazione” ad opera del Trattato di Lisbona

Chiarito quindi che in tema di diritti umani, ben prima che le modifiche del Trattato di Lisbona entrassero in vigore, i principi della Convenzione sono stati la fonte di ispirazione del diritto comunitario grazie alla saggia opera di collaborazione tra le due diverse Corti di riferimento⁴⁰¹, occorre ora capire attraverso quale itinerario giuridico i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo possano essere trasposti nel nostro ordinamento. In altre parole si tratta di capire se, anche rispetto alla giurisprudenza convenzionale, le nostre giurisdizioni superiori possano fare ricorso ai “controlimiti” per sbarrare l’accesso ai principi ed alla giurisprudenza della convenzione ed in che termini detti principi possano – se non addirittura debbano – essere assunti dai giudici di prossimità quali parametri di giudizio.

A tale riguardo è opportuno riflettere preliminarmente sulle dinamiche nei rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento convenzionale sviluppatesi nelle more della “comunitarizzazione” della CEDU. Sino ad oggi, infatti, a partire dal noto approdo della giurisprudenza costituzionale del 2007⁴⁰², le norme della Convenzione sono state relegate al ruolo di “norme interposte”, così impedendo al giudice comune, diversamente da quanto accade per il diritto comunitario, di provvedere alla diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme convenzionali⁴⁰³.

Ciò in quanto secondo la Consulta, mentre per quel che riguarda l’ordinamento comunitario *«Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell’art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni»*, altrettanto non può dirsi con riferimento alle norme CEDU, le quali, *«pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono*

⁴⁰¹ Cfr. VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell’uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 813.

⁴⁰² Vale la pena qui ricordare che i principi delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, seppure con qualche sfumatura, sono stati nella sostanza riaffermati con Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, cit. e dalla coeva Corte cost., 30.11 – 4.12/2009, n. 317, in www.giurcost.org.

⁴⁰³ Cfr. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 209.

effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto»⁴⁰⁴.

Una conclusione, questa, che è stata oggetto di ferme critiche, fondate in primo luogo sulla osservazione che, per quanto si è visto nel precedente paragrafo, esiste una diffusa compenetrazione tra il sistema comunitario e quello convenzionale che li porta di fatto a confondersi l'uno nell'altro⁴⁰⁵, di talché insistere nel voler considerare i due sistemi come formalmente distinti ignora il dato di realtà e si rivela una forzatura concettuale⁴⁰⁶. Se quindi, si sosteneva, i principi CEDU vengono di fatto a coincidere con il diritto comunitario, non si vede per quale ragione non possano considerarsi direttamente applicabili – e le norme interne con essi in conflitto, di conseguenza, direttamente disapplicabili – nel diritto interno⁴⁰⁷.

Peraltro, anche da un diverso punto di vista, si è osservato che la scelta di aderire alla CEDU è stata dettata da una volontà politica destinata ad influire profondamente e

⁴⁰⁴ V. Corte cost., 24.10.2007, n. 348, *sub* § 3.3.

⁴⁰⁵ Cfr. VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 814.

⁴⁰⁶ Cfr. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 207. Si rivela poi emblematica la riflessione di PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 364, che pur condividendo la non assimilazione tra norme comunitarie e principi CEDU, finisce poi per riconoscere come «può apparire certo paradossale che il diritto comunitario sia vincolato al rispetto dei soli principi fondamentali della Costituzione, mentre alla Convenzione europea, che ha ad oggetto proprio la tutela di diritti che di quei principi fanno parte, sia riconosciuto un rango inferiore». Non di meno anche LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, cit., 204, ritiene «doveroso chiedersi: in che misura regge ancora l'affermazione che sistema CEDU e sistema UE sarebbero diversi, in quanto diversamente fondati sull'art. 11 Cost.?». V. ancora FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 1381: «Si concorda perciò in pieno con chi sostiene che, una volta recepito nell'ordinamento comunitario quale principio generale, ogni diritto fondamentale deve ritenersi vincolante non solo per gli atti delle istituzioni comunitarie, ma anche per i provvedimenti degli organi nazionali, i quali non possono non rispettarlo, o violerebbero sostanzialmente il diritto comunitario, pur in assenza di una formale violazione di una specifica norma (scritta) comunitaria» e, in senso sostanzialmente conforme.

⁴⁰⁷ Cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 665. Del resto, come osserva ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, *Dir. unione eur.*, 2008, 617 ss., 627, uno dei «criteri che assume rilevanza ai fini dell'interpretazione delle norme comunitarie dei giudici nazionali è costituito dal rispetto dei principi generali del diritto comunitario tra i quali la Corte comprende anche i diritti fondamentali. [...] ciò comporta, in sostanza, che ove non sia possibile un'interpretazione che consenta il rispetto dei principi generali, il giudice nazionale dovrà proporre una questione di pregiudiziale di validità». È quindi evidente che anche il giudice comune nazionale è chiamato a svolgere un concreto ruolo in ordine all'applicazione dei principi di diritto elaborati dalla Corte di Strasburgo e fatti propri dalla Corte di Giustizia, e tanto nella stessa misura in cui è chiamato ad interpretare ed applicare più in generale i principi di diritto comunitario.

permanentemente sulla interpretazione dei principi costituzionali basilari degli stati membri⁴⁰⁸, essendo quindi logico che detti principi debbano essere fatti oggetto di scrupoloso rispetto, per quanto in armonia con i valori interni⁴⁰⁹.

La più grossa critica si è però concentrata sulla non riferibilità della CEDU all'art. 11 Cost. È infatti incontestabile che l'Assemblea costituente ha concepito l'art. 11 Cost. con l'occhio rivolto alla partecipazione dell'Italia alle Nazioni Unite⁴¹⁰. Ed è altrettanto evidente che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è debitrice, sia quanto a criteri ispiratori, che quanto a contenuti, proprio alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁴¹¹, che viene richiamata espressamente proprio nel preambolo alla Convenzione medesima⁴¹².

Data quindi per pacifica la comune *ratio* dei testi a confronto, viene poi ricordato che, diversamente che dalla dichiarazione ONU, la CEDU è pure dotata di uno strumento, la Corte di Strasburgo, ai cui *dicta* gli Stati membri sono tenuti ad adeguarsi⁴¹³, conseguenze rispetto alla quali l'Italia ha, come si è visto, purtroppo, una certa qual familiarità.

⁴⁰⁸ Come infatti ricorda CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 4, la CEDU è stato «un patto voluto anche e soprattutto da quegli stessi Stati che si erano fino a poco prima combattuti ed in cui i diritti riconosciuti ad ogni uomo – sottratti alla competenza riservata di questi come lo erano stati fino ad allora – divenissero il primo nucleo di un diritto pubblico europeo, e fossero muniti di uno scudo protettivo internazionale, così da impedire la ricomparsa dei fenomeni della dittatura e del razzismo, che l'esperienza aveva dimostrato annidarsi nel cuore di qualsiasi ordinamento. Non era bastato – come l'amara lezione della storia dimostrava – ad esorcizzare questi mostri un impianto statale democratico». In altre parole, il senso ultimo della CEDU era quello di imporre la prevalenza dei suoi principi a quelli degli Stati membri, e sarebbe in stridente contrasto la volontà dei medesimi Stati di sottrarsi alla supremazia dei principi della Convenzione ed al giudicato della Corte di Strasburgo.

⁴⁰⁹ Cfr. CONDORELLI, *La corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 305.

⁴¹⁰ Si rinvia in proposito a quanto detto *supra*, sub 3.5) Di ciò, tra l'altro, viene fatta espressa menzione anche nella sentenza Corte cost., 183/1973, cit.

⁴¹¹ Sul collegamento ideale e funzionale tra CEDU e Dichiarazione universale cfr. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 696, che attribuisce tra l'altro alla CEDU «un ruolo di mediazione tra la superiore generalità dei principi universali posti nella Dichiarazione del 1948 e la inferiore generalità dei principi nazionali fissati – ad un livello di supremazia interna – nei diritti degli Stati. [...] Di qui l'influenza della Dichiarazione universale sulla interpretazione della Convenzione e delle norme relative ai diritti fondamentali degli Stati membri e l'influenza delle norme convenzionali concernenti i diritti dell'uomo, unitamente ai principi fondamentali, sulla interpretazione delle corrispondenti norme nazionali».

⁴¹² Cfr. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 211; CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 3.

⁴¹³ PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 143. Secondo CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 3, il fatto che la CEDU contenga una elencazione di diritti garantiti più concreta e dettagliata, e che sia munita di una Corte in grado di assicurarne la loro tutela, realizza un modello che di fatto è superiore a quello della Dichiarazione ONU.

Negare la diretta efficacia delle norme CEDU nel nostro ordinamento, concludevano i commentatori delle sentenze gemelle del 2007 della Consulta, è un approdo davvero singolare, perché al risultato che viene negato in via diretta si perviene in ogni caso in seguito ad una condanna della Corte dei diritti umani⁴¹⁴.

Dubbia essendo la logica, e prima ancora la convenienza, di un simile ragionamento, si riteneva insostenibile e per nulla convincente la esclusione della CEDU dal novero di quelle «*organizzazioni internazionali*» alle quali, *ex art. 11 Cost.*, possono essere cedute quote di sovranità, ai medesimi sensi e per i medesimi effetti di quanto accade per le norme comunitarie⁴¹⁵, posto che, semmai, la CEDU pareva rispondere alla ragion d'essere dell'art. 11 Cost. molto più del diritto comunitario⁴¹⁶.

Un riscontro indiretto di ciò lo si rinveniva volgendo lo sguardo a altri Stati aderenti - quali ad esempio Svizzera, Regno Unito, Francia, Germania - nei quali la disapplicazione della legge interna in contrasto con i principi della CEDU, ovvero la diretta applicazione delle norme della Convenzione medesima, viene da tempo praticata dalle Corti o con specifiche previsioni costituzionali, o per il tramite di interpretazione giurisprudenziale⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Cfr. tra i molti DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, cit., 2218, secondo cui l'elevazione delle disposizioni CEDU al rango di norma interposta rende «non più eludibile il rispetto degli obblighi che essa impone allo Stato italiano, ivi compreso quello di conformarsi alle sentenze della Corte».

⁴¹⁵ Si veda al riguardo la riflessione di CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, cit., 575 ss.: «L'importanza degli effetti che dunque, come si è detto, soprattutto negli ultimi anni derivano dalle sentenze della Corte europea, e in particolare in quelle che, nella prassi invalsa da ultimo, stigmatizzano con particolare severità le violazioni strutturali della CEDU, fa sorgere quanto meno il quesito se l'impostazione e l'accettazione degli obblighi che conseguono da tali pronunce non possa comunque ascrivere a quella particolare forza che tradisce una limitazione della sovranità degli Stati. [...] In altre parole la "disapplicazione" non è l'unico modo in cui si possa venire a manifestare l'avvenuta limitazione di sovranità a carico del nostro ordinamento. L'obbligo degli organi nazionali di conformarsi alle sentenze di condanna dando loro il seguito richiesto, in mancanza del quale l'intero sistema CEDU non avrebbe senso (e lo ha dimostrato peraltro l'adozione della c.d. Legge Pinto, imposta dall'esigenza di sottrarsi alla grave emergenza del caso italiano a Strasburgo) pare dimostrare proprio quanto il sistema cui si è aderito sia fortemente legato alla limitazione della sovranità statale».

⁴¹⁶ Cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 672; conf. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione esposta all'incontro di studio su *La giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, organizzato al Cons. Sup. della Magistratura, Roma, 28 febbraio - 2 marzo 2007, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14032.pdf>, 13, e PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 148.

⁴¹⁷ Cfr. CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., 132; v. anche CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., 328 e 338 in particolare alla nota n. 46, in cui l'A. ricorda come la Corte cost. tedesca - sent.14.10.2004 (2 BvR 1481/04) - in un ordinamento che risulta affine a quello italiano in

Argomento che induceva ulteriori perplessità in ordine alla posizione di chiusura adottata sino ad ora dalla nostra Corte costituzionale.

3.12) L'improbabile insorgenza di un contrasto insanabile tra i principi CEDU "comunitarizzati" e principi costituzionali

Orbene, se nelle more dell'entrata in vigore delle modifiche del Trattato di Lisbona, una volta riconosciuta ai principi CEDU la attribuzione di "norme interposte", la Consulta ha stabilito che «A questa Corte [...] spetta [...] verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione»⁴¹⁸, si dubita ora che, all'indomani della piena comunitarizzazione delle norme della Convenzione, un tale differente trattamento rispetto alle fonti comunitarie, già oggetto delle summenzionate vibranti critiche della dottrina, possa ancora essere perpetuato⁴¹⁹.

Avendosi dunque a che fare con la medesima cessione di sovranità a suo tempo operata a favore dell'ordinamento comunitario, e dovendosi di conseguenza fare riferimento ai medesimi paradigmi di riferimento, la Corte costituzionale potrebbe essere al più chiamata a fare applicazione in via residuale - della teoria - dei controlimiti nel caso in cui riscontrasse una violazione dei diritti inviolabili della persona ed i principi fondamentali dell'ordinamento.

Occorre allora verificare in che termini, stante la loro nuova collocazione nell'*acquis* comunitario, i principi della CEDU possano integrarsi nel nostro ordinamento e, in pari tempo, attraverso quali meccanismi possano essere gestite le eventuali tensioni tra i due diversi sistemi normativi, ovvero, più nello specifico, tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale.

quanto prevede un giudizio di costituzionalità accentrato, ha senza indugio stabilito la competenza dei giudici comuni in ordine alla diretta applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo. Per una più ampia panoramica a livello europeo vedi PERFUMI, *Riflessioni per una chiave di lettura del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto privato in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 631 ss., ed in particolare 666 ss.

⁴¹⁸ V. Corte cost., n. 349/2007, sub § 6.2.

⁴¹⁹ RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 861 ss., 886: «Infatti, ora che il sistema di principi e norme predisposto dalla Cedu ha finito per risultare integralmente incorporato nel Trattato UE, le relative disposizioni dovrebbero essere collocate sullo stesso piano delle fonti promanati dall'UE, con ogni conseguenza da ciò derivante, ivi compresa la possibilità di una diretta disapplicazione da parte del giudice nazionale delle norme contrarie con i principi scaturenti dalla Cedu (e la conseguente fine della dottrina delle c.d. "norme interposte")».

Va al riguardo in primo luogo preso in considerazione l'art. 53 CEDU, secondo cui «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte»⁴²⁰.

Non si potrebbe quindi mai porre alcun ipotetico conflitto qualora il livello di tutela assicurato dall'ordinamento italiano sia superiore a quello della Convenzione⁴²¹, e quindi, quantomeno nel limitato ambito in considerazione, una difformità tra principi CEDU e norme interne costituzionali, quand'anche sussistesse, non avrebbe alcun rilievo pratico⁴²². Potrebbe invero accadere che, nel caso in cui la tutela offerta dalla Costituzione sia inferiore a quella offerta dai principi CEDU, il valore protetto dalla Convenzione si venga a porre in contrasto con un diverso valore protetto a livello costituzionale, che verrebbe quindi compresso o limitato laddove si desse applicazione piena alla tutela apprestata dalla Convenzione⁴²³.

Il che, a ben vedere, è una ipotesi che può porsi anche al di fuori della prospettiva interordinamentale, ossia quando si abbia di fronte a sé una questione di tutela di due

⁴²⁰ Cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., 330, il quale così commenta: «Quindi, se il livello di garanzia offerto ad uno dei diritti di cui alla Convenzione è maggiore in applicazione della norma costituzionale, nessun contrasto è ipotizzabile, dal momento che il sistema CEDU già prevede, anzi favorisce, la prevalenza della tutela offerta direttamente dall'ordinamento interno». Conf. v. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 362.

⁴²¹ Cfr. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'intergr. eur.*, 2008, I, 7 ss., 14. Cfr. anche BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost., n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2010, 1816 ss., 1820, che con riferimento all'applicazione concreta dell'art. 53 CEDU così propone: La soluzione è nel *bilanciare i bilanciamenti*: cioè nel porre una gerarchia finale nella quale a prevalere sia quello *standard* di garanzia che non sia peggiorativo delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale così come indicate rispettivamente dalla CEDU e dalla Costituzione. Ciascun ordinamento può mantenere i propri *standard* di tutela a patto che non siano inferiori alle garanzie contemplate da quei sistemi giuridici con i quali instaura una relazione...».

⁴²² Cfr. CARETTI, *Le norme della convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, cit., 317; BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, cit., 580. È interessante osservare che la stessa Consulta compie questa valutazione nella successiva sentenza Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, cit., allorché precisa che «Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte [...] anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53».

⁴²³ Cfr. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 214. Cfr. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit., 14.

diritti interni alla Costituzione stessa⁴²⁴. Non si dovrà dunque far altro che affrontare questa interferenza alla stessa stregua in cui si affrontano le frequenti antinomie esistenti tra i valori costituzionali⁴²⁵, problema risolto con il ricorso alla tecnica del bilanciamento tra i valori collidenti⁴²⁶, ovvero del giudizio di ragionevolezza, così adottando la soluzione più coerente con l'effettiva dinamica dei rapporti sociali⁴²⁷. Con l'unica variante che, trattandosi di una interferenza realizzata tra due diversi livelli di tutela, la via per risolverla sarà quella di un necessario contemperamento operato in via giurisprudenziale mediante un coordinamento tra i rispettivi paradigmi valoriali di riferimento⁴²⁸.

⁴²⁴ Cfr. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, cit., 31: «Del resto è ben conosciuto anche nell'ordinamento interno il fenomeno del bilanciamento tra diritti fondamentali in contrasto, tanto da parlare di una loro relatività (o "defondamentalizzazione") che porti al temperamento reciproco delle contrapposte istanze. Non si comprende perché tale bilanciamento non possa e non debba avvenire anche tra principi di origine diversa ma ugualmente vigenti in un unico ordinamento integrato».

⁴²⁵ Cfr. BOBBIO, *L'età dei diritti*, TORINO, 1997, 39: «Nella maggior parte delle situazioni, in cui viene in questione un diritto dell'uomo, accade invece che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente l'uno senza rendere inoperante l'altro. [...] In questi casi, che sono la maggior parte, si deve parlare di diritti fondamentali non assoluti ma relativi, nel senso che la loro tutela incontra a un certo punto un limite insuperabile nella tutela di un diritto anch'esso fondamentale ma concorrente. E poiché quale sia il punto in cui comincia l'uno e finisce l'altro è difficile da stabilire ed è sempre materia opinabile, la delimitazione dell'ambito di un diritto fondamentale dell'uomo è estremamente variabile e non può essere una volta per sempre stabilita».

⁴²⁶ Cfr. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 149: «Anche i diritti fondamentali della persona pongono poi difficili problemi di concorso e conflitto, di interferenze e tensioni non solo tra gli stessi ma anche con altri diritti, sicché, in mancanza di un preconstituito ordine gerarchico, l'interprete assai spesso è altresì chiamato a trovare il necessario contemperamento e bilanciamento sulla base di criteri, che anche quando normativamente statuiti, pongono sempre un problema di ricerca dell'indispensabile punto di equilibrio e soprattutto della salvaguardia del livello di protezione assolutamente inderogabile costituito dal contenuto essenziale di tali diritti». Cfr. anche SCODITTI, *Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, cit., 149.

⁴²⁷ Cfr. PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 44. V. anche ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, cit., 108, secondo cui «Possono esservi naturalmente conflitti di giurisprudenza, nel senso che una Corte segua una strada ed una ne segua un'altra. [...] Ma non si tratta di dissensi diversi, nella sostanza, da quelli che quotidianamente si verificano nell'ambito dell'attività di una stessa Corte, e che si esprimono nelle opinioni dissenzienti, dove sono previste, o comunque nella dialettica interna ad ogni Corte». Si osservi che, sorprendentemente, in Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, cit., la Consulta non prende nemmeno in considerazione l'ipotesi del giudizio di bilanciamento, e - laddove la tutela apprestata dalla CEDU sia superiore a quella garantita dalla Costituzione - afferma in modo lapidario che «In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'invocata norma della CEDU».

⁴²⁸ Questo criterio viene proposto, ancorché con riferimento ai rapporti tra diritto interno e comunitario, da STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, cit., 26. Conf. v. anche RUGGERI, *Cinque paradossi (...apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 559. Va osservato, del resto, che la Corte di giustizia ha già fatto proprio questo modello operativo, come attestano i casi *Omega* e *Dynamic Medien*, cit. *sub* nota 256.

Insomma, a conferma di quanto si è dianzi detto in premessa, non si vedono differenze rispetto alla soluzione adottata per regolare i rapporti con il diritto comunitario. Vale a dire che, per quanto si è visto, se i controlimiti per la tutela dei diritti fondamentali, sebbene enunciati in via teorica, non sono mai stati applicati dalla Corte costituzionale in relazione al diritto comunitario grazie all'intelligente dialogo con la Corte di giustizia, non si vede per quale ragione lo stesso percorso non possa essere seguito anche in relazione ai rapporti con la Corte della Convenzione⁴²⁹. Ad onor del vero la giurisprudenza costituzionale, nel nutrito numero di precedenti in materia di rapporti tra norme convenzionali e norme costituzionali, piuttosto che andare alla ricerca di ipotetici momenti di frizione si è sempre – e solo - preoccupata di rimarcare le assonanze tra Costituzione e CEDU⁴³⁰. Più di recente, al fine di chiarire i termini del rapporto tra le due giurisdizioni all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo art. 117 Cost., la Consulta ha avuto modo di chiarire che «*Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la*

Ma, come appresso si dirà, esiste una evidente analogia che induce a replicarlo anche nei rapporti tra ordinamento interno e CEDU.

⁴²⁹ Del resto, come dice ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, cit., 108, « in materia di diritti vi è, mi pare, e vi sarà sempre più, una tendenza alla omogeneizzazione delle diverse giurisprudenze, per il carattere stesso dei diritti fondamentali, che è tendenzialmente universale, al di là delle varietà di formulazioni».

⁴³⁰ Emblematica al riguardo la sintesi offerta da Corte cost., n. 349/2007, cit., *sub* § 6.1.1, che nell'affrontare la questione rapporti tra CEDU ed ordinamento italiano, ricorda che i propri precedenti in materia «hanno anche escluso che, nei casi esaminati, la disposizione interna fosse difforme dalle norme convenzionali (sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990), sottolineando la < sostanziale coincidenza > tra i principi dalle stesse stabiliti ed i principi costituzionali (sentenze nn. 388 del 1999, n. 120 del 1967, n. 7 del 1967), ciò che rendeva < superfluo prendere in esame il problema [...] del rango > delle disposizioni convenzionali (sentenza n. 123 del 1970). In altri casi detta questione non è stata espressamente affrontata, ma, emblematicamente, è stata rimarcata la < significativa assonanza > della disciplina esaminata con quella stabilita dall'ordinamento internazionale (sentenza n. 342 del 1999; si vedano anche le sentenze n. 445 del 2002 e 376 del 2000). È stato talora osservato che le norme interne assicuravano < garanzie ancora più ampie > di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché < i diritti umani garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione > (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). [...] In linea generale è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le < indicazioni normative, anche di natura sovranazionale > (sentenza n. 231 del 2004). Inoltre, in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i < valori espressi > dalla Convenzione, < secondo l'interpretazione datane dalla corte di Strasburgo > (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998)».

sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione, ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza [...] È bene chiarire in proposito che un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali»⁴³¹.

Si può quindi dire che, anche in virtù delle aperture della giurisprudenza costituzionale, a meno di una deriva eversiva dei valori fondanti della Costituzione repubblicana da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il che è francamente improbabile, non pare sussistano plausibili argomentazioni sulle quali fondare un contrasto per il quale la Consulta possa giudicare costituzionalmente illegittimo uno dei principi della CEDU (siccome interpretati dalla Corte dei diritti umani)⁴³².

E comunque, anche a volerla ipotizzare in astratto, una eventuale pronuncia della Consulta che rilevi il contrasto con la Costituzione dei principi risultanti dalla interpretazione della Corte di Strasburgo produrrebbe conseguenze di eccezionale gravità sul piano politico, e finirebbe poi per contraddire lo scopo ultimo perseguito con la sottoscrizione dei trattati sui diritti dell'uomo, che è, per l'appunto, proprio quello di riconoscere una espansione delle tutele dei diritti medesimi⁴³³.

⁴³¹ Così in Corte cost., 30.11 – 4.12.2009, n. 317, cit.

⁴³² Cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., 330; PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 361. Conf. v. anche CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 221, secondo cui «Le minacce che la Corte costituzionale sembra rivolgere alla CEDU ed al suo diritto vivente e, con essi, lo spettro di una teoria dei controlimiti ancora più rigida di quella sperimentata nei rapporti fra ordinamento interno e diritto comunitario sembrano essere più di sistema che reali».

⁴³³ Osserva al riguardo PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 362, «È a prima vista evidente la gravità delle conseguenze che potrebbero derivare da una pronuncia della Corte costituzionale che rilevi il contrasto con la Costituzione della legge di esecuzione della Convenzione europea, anche se limitata ad una norma determinata, risultante dall'interpretazione della Corte di

Se poi si considera che con il Trattato di Lisbona si è immaginato il rafforzamento dell'ordinamento comunitario – anche - attraverso il pieno riconoscimento dei diritti e dei principi portati dalla Convenzione sui diritti umani, questo non può certo essere un elemento da leggere in un'ottica riduttiva della forza che a tali principi deve essere riconosciuta⁴³⁴. È semmai vero che tali diritti sono destinati a svolgere per il futuro un ruolo sempre più rilevante nella nuova fase del «neocostituzionalismo», del quale sono ineludibili corollari il ridimensionamento della sovranità dello Stato e la sfiducia verso ogni tentativo di autosufficienza degli ordinamenti⁴³⁵.

Bene farebbe quindi la Corte costituzionale a dare ascolto alle autorevoli voci che la sollecitano a guardare alla Corte europea dei diritti dell'uomo come ad una risorsa alla quale attingere, e non già come un avversario da contrastare⁴³⁶, giacché un dialogo fra le due corti è, a questo punto, non solo inevitabile, ma pure infine assai utile⁴³⁷.

Del resto arroccarsi insistentemente su posizioni di estremo difensivismo dimostrerebbe scarsa aderenza alla realtà ridisegnata dall'espansione del diritto comunitario e dalla corrispondente evoluzione della giurisprudenza delle Corti europee, fattori che hanno seriamente messo in discussione la linearità sistemica del

Strasburgo. Una pronuncia in tal senso, in quanto [...] determini per ciò un inadempimento della Convenzione europea cui non potrebbe essere posto rimedio, se non con una revisione costituzionale, è suscettibile di condurre a violazioni sistematiche della convenzione». Cfr. anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 150.

⁴³⁴ Cfr. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, cit., 57: «Grazie al pluralismo dei principi, l'integrazione europea può essere pensata come un processo preordinato all'attuazione di principi fondamentali e messo in ordine dal bilanciamento fra principi, dal dialogo fra i giudici. Le decisioni sui conflitti fra ordinamenti che sono strutturalmente "in cerca di legittimazione", sempre esposte al rischio della propria inefficacia per alcuni degli ordinamenti in conflitto, per essere accettate si propongono come funzionali all'attuazione dei principi di una comune civiltà giuridica; poiché il contenuto delle decisioni sui conflitti può coincidere o divergere, gli ordinamenti devono quantomeno assumere un *linguaggio comune*, un comune punto di riferimento, nella protezione dei diritti fondamentali».

⁴³⁵ Cfr. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, cit., 375; cfr. anche DE MARCO, *La tutela "multilivello" dei diritti tra enunciazioni normative e garanzie giurisdizionali*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004, 130.

⁴³⁶ BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit., 94.

⁴³⁷ Cfr. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, cit., 110. Sostiene al riguardo RUGGERI, *Cinque paradossi (...apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 558, che «Le risorse offerte ai diritti dalle fonti aventi origine esterna, laddove accertamente (e, però, fino in fondo) sfruttate in sede interpretativo – applicativa, non solo non intaccano la "costituzionalità" della ... Costituzione ma, all'inverso, possono viepiù rimarcare la natura ed esaltarne la forza». Cfr. anche PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 283 e SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 172.

quadro costituzionale⁴³⁸, tanto da dover essere posto in dubbio che si possa ancora parlare di “sistema” nei termini in cui sino ad ora si è tradizionalmente ragionato⁴³⁹. Un processo, questo, funzionale all’evanescenza della distinzione fra “esterno” ed “interno”, che ha consentito di realizzare l’«*integrazione europea nella prospettiva del diritto*»⁴⁴⁰. È allora in tale differente prospettiva ermeneutica che tali principi dovranno necessariamente essere presi in considerazione dalla giurisprudenza domestica, ed *in primis* dalla Corte costituzionale⁴⁴¹.

⁴³⁸ Cfr. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2010, I, 3 ss., 18, «Quel che è certo [...] è che i diritti fondamentali non costituiscono oggetto di regolazione in regime di monopolio delle Costituzioni: è pacifico che altri documenti normativi, quali le Carte internazionali, essi pure *materialmente* (ancorché non *formalmente*) costituzionali, possono ospitare dichiarazioni relative ai diritti».

⁴³⁹ Cfr. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, cit., 366; RUGGERI, *Cinque paradossi apparenti in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 535.

⁴⁴⁰ Cfr. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti*, cit., 34. Al riguardo CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all’orizzonte*, cit., 633, così conclude: «Quel che in conclusione può dirsi è che la Costituzione, la Carta di Nizza e la CEDU, senza differenza alcuna, offrono al giudice nazionale strumenti di straordinaria forza ed efficacia che si intersecano sempre di più, a dimostrazione del duplice processo di *costituzionalizzazione* del diritto internazionale e di *internazionalizzazione* dei diritti costituzionali [...] A dimostrazione, dunque, che non ha più tanto senso discutere di sistema delle fonti, quanto piuttosto ha senso concentrarsi su “valori” per come essi si declinano in un sistema multilivello».

⁴⁴¹ Si veda, al riguardo, la riflessione di FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell’elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell’uomo*, cit., 1387: Partendo dal presupposto secondo il quale il rispetto dei diritti fondamentali è ormai uno dei principi generali del diritto comunitario, e considerando proprio quanto previsto dall’art. 5 CE, può concludersi che in nessun ambito del diritto comunitario, come in quello relativo ai diritti fondamentali dell’uomo, l’intervento che meglio può garantire il sicuro e uniforme raggiungimento dell’obiettivo in questione è quello sovranazionale. [...] (1388) Alla luce di tutte queste considerazioni, si può concludere che il controllo ultimo e supremo a tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, da accentrarsi in un unico organo giurisdizionale posto in posizione di superiorità e indipendenza anche rispetto alle stesse Corti costituzionali, andrebbe necessariamente affidato ormai alla Corte di giustizia, e perfino in tutte quelle ipotesi in cui le norme interne sembrano non avere alcuna attinenza con il diritto comunitario».

4.1) La giurisprudenza della Sezioni unite e la negata risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione al diritto di proprietà

Quando nel novembre 2008 le Sezioni unite - alle quali ancora oggi, in assenza di novità giurisprudenziali di altrettanto rilievo, si deve fare riferimento - hanno dettato le nuove regole in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale, hanno anche avuto occasione di affermare che tale tutela risarcitoria non può essere apprestata «*ai diritti predicati dalla CEDU*» ai quali «*non spetta il rango di diritti costituzionali*» poiché la CEDU non «*può essere parificata all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte cost.348/2007)*»⁴⁴².

Questa pronuncia è cronologicamente anteriore all'entrata in vigore del nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea, e dunque in tale contesto non era ancora stato compiuto il processo di “comunitarizzazione” della CEDU e - fattore certo non meno importante - della Carta di Nizza. Si potrebbe quindi essere indotti in prima approssimazione a ritenere che la qualificazione attribuita alla Convenzione dei diritti umani dalle Sezioni unite era in linea con il coevo quadro giuridico di riferimento. Ma così non è.

Era infatti già stato chiarito - un anno prima - dalla Corte costituzionale che le norme della CEDU erano da considerare come «*norme interposte*». Riconoscimento da cui discendeva, come si è a suo tempo ampiamente spiegato⁴⁴³, che una norma interna che fosse con esse in contrasto doveva essere considerata solo per questo costituzionalmente illegittima. Con la precisazione ulteriore che la verifica di costituzionalità doveva essere svolta non già con riguardo alla norma convenzionale in sé, quanto piuttosto con riferimento al prodotto dell'interpretazione di detto principio operato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

E, altresì, era già da parecchio tempo che gli effetti dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo avevano lasciato l'indelebile segno della loro capacità di penetrazione nell'ordinamento interno.

È pertanto abbastanza chiaro che, nella migliore delle ipotesi, la lettura della sentenza della Corte costituzionale è stata compiuta in modo quantomeno affrettato dai giudici della Corte di cassazione, i quali hanno infatti preso (solo) un frammento della pronuncia della Corte Costituzionale, e a ben vedere nemmeno il più

⁴⁴² V. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit., *sub* § 2.11.

⁴⁴³ Si rinvia in proposito al superiore § 3.3).

importante, piegandolo (inconsapevolmente?) ad un ragionamento, il loro, che andava esattamente nel senso opposto ai risultati cui è pervenuta la Consulta con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007⁴⁴⁴.

Diceva Voltaire: «*datemi una frase da un discorso di una persona, ed io ve la farò impiccare*». Non è dato sapere se le Sezioni unite abbiano scientemente addomesticato le conclusioni della Corte costituzionale. Quello che è certo è che, in questo modo, sul “patibolo” è comunque finita la risarcibilità del danno morale conseguente alla lesione del diritto di proprietà.

Perché infatti la inopinata derubricazione della Convenzione dei diritti umani ha di riflesso impedito che potesse essere affermata la prevalenza dei canoni interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale, per quanto qui più interessa, il diritto di proprietà – come appresso si chiarirà - è da qualificare ad ogni effetto come “diritto inviolabile”. E questo quando, secondo il corrente formante giurisprudenziale della Suprema Corte, «*In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona*»⁴⁴⁵.

Per riassumere: secondo la Suprema Corte la ratifica dell’adesione dell’Italia alla CEDU non rientra nel catalogo dei casi determinati dalla legge in cui si prevede «*la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili*»⁴⁴⁶; in pari tempo, siccome la CEDU non è assimilabile al diritto comunitario, non sarebbe possibile attribuirle un rango peculiare nelle fonti del diritto; quindi, per concludere, nessun rilievo assumerebbe la circostanza che nella CEDU il diritto di proprietà è considerato quale diritto fondamentale, né che la Corte di Strasburgo, diversamente dalle Sezioni unite, riconosce la astratta possibilità di ammettere il risarcimento del

⁴⁴⁴ Un atteggiamento che induce GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell’uomo*, in *Contr. impr.*, 2009, 883 ss., 893, a parlare, soprattutto con riferimento alle Sezioni unite, di «euroscetticismo della nostra giurisprudenza», che «si appellano alla Costituzione, ma ignorano, a otto anni dalla sua introduzione, l’art. 117, co. 1° Cost.». V. anche VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell’uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 814: Se molte critiche aveva già sollevato, dunque, la scelta di collocare la CEDU, al pari di tutti gli altri trattati, “in una zona mediana tra il piano costituzionale e quello primario”, ancor meno condivisibile appare oggi la decisione di accordare alle norme della Convenzione (fonte sostanzialmente prevalente rispetto allo stesso diritto dell’Unione europea) un valore addirittura inferiore rispetto a quello riservato ai diritti inviolabili contenuti nella Costituzione o ai diritti soggettivi comunque tutelati all’interno di leggi ordinarie».

⁴⁴⁵ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit., sub § 3.4.2.

⁴⁴⁶ V. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit., sub § 2.11.

danno morale conseguente alla lesione di ciascuno dei diritti in essa contemplati, tra i quali figura appunto anche il diritto di proprietà.

Tale concezione delle norme della Convenzione dei diritti umani, sulla cui base le criticatissime Sezioni unite si sono orientate, ora che è stata formalizzata la piena equiparazione tra diritto comunitario e diritto CEDU non potrà che essere fatta oggetto di una radicale revisione.

La giurisprudenza, quella di legittimità in particolare, dovrà insomma prendere coscienza del fatto che, con il mutamento delle fonti comunitarie, il catalogo dei diritti dalla cui lesione possono derivare conseguenze risarcitorie non patrimoniali non è più limitato a quelli espressamente enumerati nel testo della Costituzione, ma risulta arricchito della categoria dei “nuovi diritti inviolabili” portati in dote all’Unione europea - e dunque, di rimando, all’ordinamento domestico - sia dalla CEDU che – fattore non meno importante - dalla Carta di Nizza⁴⁴⁷.

O, forse, più che parlare – solo – di nuovi diritti inviolabili, sarebbe più corretto dire che occorrerà operare una rilettura dei tradizionali diritti attraverso la lente ermeneutica del costituzionalismo multilivello⁴⁴⁸. Un nuovo corso interpretativo in esito al quale, per quanto appresso meglio si avrà modo di spiegare, il diritto di proprietà è destinato ad entrare nella “nomenclatura” dei diritti inviolabili della persona.

4.2) Dal diritto di proprietà tradizionale al “nuovo” diritto di proprietà secondo i principi della CEDU

Si è già avuto modo di riscontrare come il Costituente abbia scelto di collocare il diritto di proprietà in una posizione più “sfumata” rispetto ad altri diritti. Una scelta,

⁴⁴⁷ Cfr. CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009, 276: «Se, come si è già accennato, il sistema di tutela del diritto di proprietà si muove, ormai, su tre diversi livelli normativi [...] il parziale depotenziamento della giurisprudenza costituzionale – e con essa della giurisprudenza di legittimità che per lunghi anni si è allineata alle linee guida dalla stessa fissate in tema di occupazione acquisitiva e di indennizzo – è quasi un effetto necessitato prodotto dal più profondo grado di tutela offerto dal *diritto vivente* espresso dalla Corte CEDU. [...] Situazioni di vera e propria *rottura* che continuano a verificarsi nei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale [...] dimostrano indiscutibilmente la necessità di coordinare *i diritti e le Corti*».

⁴⁴⁸ Cfr. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, cit., 120, ritiene che con il Trattato di Lisbona si è di fatto introdotto un catalogo codificato di diritti che «muta l’attività del giudice rispetto al passato e pone in luce un potere che assicura tutela e si obbliga a promuoverli in senso positivo, in base ad una <policy europea dei diritti fondamentali> potenziata dal collante giurisprudenziale delle Corti Superiori che hanno iniziato a dialogare anche attraverso il rinvio pregiudiziale».

si è visto, che è stata condizionata da un contesto storico - sociale in cui il Paese stava cercando di risollevarsi dall'abisso, morale ed economico, lasciato in eredità dalla grande guerra. Ma anche e soprattutto dall'esigenza di realizzare una sintesi di compromesso tra le istanze liberali e collettivistiche⁴⁴⁹.

La saggezza dei Padri costituenti aveva però fatto in modo di consentire all'impianto della Carta fondamentale di adeguarsi ai mutati corsi storici. Ed ora che l'attuazione del programma costituzionale ha accompagnato l'evoluzione della società, anche l'accesso alla tutela dei diritti, vecchi e nuovi, è un fenomeno che deve essere trattato dai giuristi secondo una prospettiva ideale coerente con i tempi correnti⁴⁵⁰.

Oggi, dunque, se ci si limita a dire che la proprietà non è da considerare un diritto fondamentale perché l'art. 42 della Costituzione la assoggetta al limite della «funzione sociale», si trascura di considerare tra l'altro che – e non si riesce a spiegare perché – tale conformazione è finalizzata a «renderla accessibile a tutti»⁴⁵¹.

È semmai evidente che l'accesso alla proprietà a tutti i consociati è stato inteso dal Costituente come un obiettivo prioritario da realizzare ed un essenziale punto di riferimento, e tanto basta a mettere in discussione la marginalizzazione di tale diritto.

Una volta, poi, che lo scopo originario di garantire l'accesso alla proprietà diffusa si può oggi considerare in massima parte come realizzato, il problema con il quale ci si deve confrontare è quello della tutela della proprietà, alla quale deve quindi essere riconvertita la chiave di sistema della funzione sociale⁴⁵². Non avrebbe alcun senso il

⁴⁴⁹ Cfr. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 194; MARINI, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 14.

⁴⁵⁰ Concetto che PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 95, così riassume: «La storia ha, del resto, dimostrato a sufficienza la contingenza e la relatività dei valori fondamentali, mutando essi a seconda dei luoghi e delle epoche». V. anche RUGGERI, *Cinque paradossi apparenti in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 535, secondo cui: «Occorre, insomma, guardarsi da ogni forma esasperata di “sacralizzazione” del testo costituzionale, persino nei suoi principi, quasi che il prodotto consegnatoci dal Costituente, a chiusura di una travagliata (ma anche esaltante) vicenda, sia, per forma e sostanza, in sé perfetto, espressivo di “verità” indiscutibili. All'inverso, è fin troppo facile dimostrare che, per effetto del mutamento del contesto, talune novità appaiono non solo lecite, ma – di più – sommamente opportune ed urgenti. [...] proprio l'integrazione sovranazionale e la tutela dei diritti fondamentali potrebbero consigliare talune aggiunte di non secondario rilievo agli enunciati costituzionali, volte a renderne ancora più puntuale ed aggiornato il dettato».

⁴⁵¹ Cfr. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 153.

⁴⁵² Concetto che BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 157, così sintetizza: «Tanto maggiore è la diffusione dei beni in proprietà tanto più forte dovrà essere la tutela ad essa prestata dall'ordinamento, perché proprio in tale protezione andrà allora individuata, in questi casi, la funzione sociale».

poter accedere ad una proprietà di cui non si può poi fruire per mancanza di adeguata tutela.

Alla luce di queste riflessioni occorre quindi rivedere la tradizionale lettura del diritto di proprietà, soprattutto perché il contesto socio - culturale di riferimento è radicalmente mutato⁴⁵³, e l'interpretazione dei diritti fondamentali, nonché l'accesso dei nuovi diritti nel sistema, risulta significativamente influenzata e rimodulata dalle tendenze dominanti in Europa⁴⁵⁴.

E non è un caso che sia stata proprio la dimensione sovranazionale, svincolata dai tradizionali schemi delle Costituzioni nazionali, quella che per prima ha colto questa esigenza di mutamento della prospettiva. È stata infatti la Corte di Strasburgo che, avvalendosi degli strumenti offerti dalla CEDU, ha, in questo contesto, svolto il ruolo di controbilanciare la pulsione mercantile del sistema comunitario⁴⁵⁵.

Si è così venuto a creare quel sistema di "tutela multilivello" definito come una delle conseguenze più appariscenti della crisi della centralità dello Stato⁴⁵⁶, in forza del quale l'asse dell'ermeneutica dei diritti si è gradualmente assestato su un piano che sfugge al dominio degli schemi nazionali con i quali si era soliti confrontarsi⁴⁵⁷.

⁴⁵³ L'esigenza di adeguamento della proprietà al mutato corso storico viene descritta molto bene da RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., 862, secondo cui «La vicenda della proprietà, infatti, non si è mai esaurita in un mero problema tecnico di disciplina, ma è sempre stata strettamente legata al sistema dei rapporti economici e sociali caratteristici di ciascuna epoca ed alle sue connessioni con il sistema politico. Uno spazio costantemente aperto alla ridefinizione, con valenze pubblicistiche e distributive, in cui, come detto, trova inesorabilmente riflesso l'assetto economico, sociale e politico, di una civiltà».

⁴⁵⁴ Cfr. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 63. V. anche PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 97, che ritiene «non sembrano esserci più dubbi sulla circostanza che il sistema giuridico italiano, analogamente, del resto, a quello degli altri Stati appartenenti all'Unione europea, non sia più costituito esclusivamente dall'ordinamento interno, ma da questo "più quello comunitario, o, meglio, quello interno in quanto compatibile con quello comunitario". Come da tempo indicato da chi, in riferimento al sistema giuridico italiano, ha coniato l'espressione di ordinamento italo - comunitario». In senso conf. RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., 863: «Il panorama è colorato da una metamorfosi del significato stesso della parola "diritto", determinata da una moltiplicazione dei suoi canali di produzione e dal distacco dalla mera dimensione territoriale e statutale».

⁴⁵⁵ Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit., 890: «Alla globalizzazione dei mercati fa a questo modo riscontro un'altra, nobile, forma di globalizzazione, di sapore giusnaturalistico, che ben possiamo definire come la globalizzazione dei diritti dell'uomo».

⁴⁵⁶ Così DE MARCO, *La tutela "multilivello" dei diritti tra enunciazioni normative e garanzie giurisdizionali*, cit., 127.

⁴⁵⁷ Un sistema che, secondo PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 133, si presenta come policentrico, tendenzialmente instabile, ma che, in quanto intrinsecamente aperto e dinamico, risulta estremamente utile, consentendo alle molteplici e differenziate identità sociali e culturali dei Paesi europei di esprimersi liberamente, costringendo ad un confronto continuo sulla "tutela europea dei diritti", che non può, alla lunga, che condurre alla ad un

La CEDU, in particolare, nasce e si evolve nell'interpretazione della Corte di Strasburgo per contrapporre un parametro minimo di garanzia e libertà ai diritti dell'uomo rispetto al rischio che essi possano essere eccessivamente compressi dall'azione democraticamente legittimata delle autorità nazionali⁴⁵⁸. Del diritto di proprietà, la Convenzione di occupa nell'art. 1 del Prot. All. 1⁴⁵⁹.

Secondo l'interpretazione della Corte dei diritti umani ognuno dei tre periodi che compongono la norma sul diritto di proprietà costituisce una distinta regola, ciascuna delle quali prende in considerazione la garanzia del rispetto dei beni della persona da un diverso punto di vista, ossia: 1) la prima, espressa nella prima frase del primo comma, riveste un carattere generale ed enuncia il principio del rispetto della proprietà; 2) nel secondo periodo del primo comma sono previste le condizioni in presenza delle quali si può procedere alla legittima espropriazione dei beni per pubblica utilità; 3) infine, nel secondo comma, si prevede il riconoscimento della potestà delle autorità dello stato di disciplinare il contenuto del diritto di proprietà⁴⁶⁰. Con la precisazione che l'esegesi del caso concreto va condotta interpretando gli ultimi due principi alla luce del principio generale espresso nel primo⁴⁶¹.

risultato convergente. Cfr. anche PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 272.

⁴⁵⁸ Cfr. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 97.

⁴⁵⁹ Come ricostruisce PADELLETTI nel suo commento all'art. 1 Prot. 1, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001, 801, «La formulazione della norma, nonché la sua collocazione nel primo protocollo aggiuntivo, costituiscono il risultato del compromesso raggiunto, durante i lavori preparatori della Convenzione, tra i sostenitori di ideologie diverse in merito alla considerazione della proprietà privata quale diritto fondamentale dell'individuo». Per GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, in *Giust. amm.va*, 2009, 67 ss., 69, tale distinta collocazione sarebbe anche stata funzionale a consentire l'adesione dei paesi dell'ex blocco sovietico, che diversamente avrebbero potuto rifiutare in blocco la Convenzione.

⁴⁶⁰ Cfr. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 95; CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009, 223 ss., 224; GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, cit., 71, 72; PADELLETTI, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 802; PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 269; TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1021 ss., 1029; ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione europea*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, PADOVA, 1989, 13; FASINO, *Il diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Corte e della Commissione: 1986 – 1988*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 62.

⁴⁶¹ Cfr. CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 225; PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 270.

La Corte di Strasburgo, vuoi forse anche perché l'art. 1, Prot. All. 1, è l'unica norma della Convenzione che reca espressa menzione della tutela di un diritto patrimoniale⁴⁶², ha progressivamente esteso l'ambito di applicazione della norma in esame ad ipotesi che in genere non sono ricondotte allo schema del diritto di proprietà, e così oltre ai classici diritti reali, vi ha ricompreso anche i diritti di credito ed ulteriori altri diritti e/o utilità suscettibili di entrare a far parte del patrimonio di un soggetto che faticano ad essere inquadrati nel classico schema bipolare⁴⁶³.

Una portata, quindi, del tutto originale ed assai più ampia rispetto a quella tradizionalmente considerata nel nostro sistema⁴⁶⁴, che in qualche modo si avvicina al concetto di diritto di proprietà elaborato dalla tradizione anglosassone⁴⁶⁵.

Si ritiene inoltre che la proprietà "convenzionale" sia caratterizzata da una filosofia sostanzialmente "liberale", posto che la prospettiva di riferimento inquadrata dal

⁴⁶² Cfr. PADELLETTI, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 801.

⁴⁶³ Cfr. FASINO, *Il diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Corte e della Commissione: 1986 – 1988*, cit., 62; GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, cit., 78; CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 227. Osserva al riguardo MANGANARO, *La C.E.D.U. e il diritto di proprietà*, cit., 390, che «La giurisprudenza della Corte si sofferma perciò più sulla nozione di bene che su quella di diritto» ed in conseguenza di ciò (397) «la Corte matura una sua idea di proprietà privata, ampliandone la tutela rispetto ai singoli ordinamenti nazionali»; v. anche PADELLETTI, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 804, secondo cui «Nell'opera interpretativa degli organi di controllo della Convenzione, tale concetto supera ormai ampiamente la nozione di proprietà ed anche, in generale, di diritto reale. Il criterio determinante sembra costituito piuttosto dall'esistenza di un diritto, od interesse, avente un valore patrimoniale»; quanto alle categorie di beni tutelati v. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, MILANO, 2005, 62: «La nozione di bene, inoltre, ha ricevuto un'ampia interpretazione da parte degli organi della Convenzione, al punto che i beni designati dall'art. 1 possono essere molto vari: si va dai beni mobili ed immobili, ai beni corporali ed incorporali, passando per i diritti reali, quelli di credito suscettibili di valutazione economica, al brevetto, sino a giungere all'avviamento commerciale o alla clientela di uno studio professionale»; conf. anche BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 93.

⁴⁶⁴ Cfr. PADELLETTI, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 803; CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 227; PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, cit., 3522; RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325 ss., 329.

⁴⁶⁵ Più precisamente si tratterebbe, secondo COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche di origine europea*, in *Contr. impr. eur.*, 2009, 750 ss., 771, di una nozione di proprietà «molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *common law* relativamente alla nozione di *law of property*. [...] Quest'ultimo comprende, infatti, anche situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni. [...] Appartengono alla nozione di *propriety*, il brevetto (*patent*), nonché situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano origine nei rapporti contrattuali quali, come detto, crediti liquidi, avviamento commerciale, *know-how*, ma anche contratti che possono essere ceduti. È palese, quindi, come il campo di applicazione dell'articolo citato sia veramente esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica il cui contenuto sia patrimoniale».

testo normativo è decisamente spostata su un piano individualistico⁴⁶⁶ e, per quanto più interessa, non contempla clausole limitative quale quella della funzionalizzazione sociale⁴⁶⁷, che rappresenta invece il tipico portato delle costituzioni degli stati aderenti, e della nostra in particolare⁴⁶⁸. Più precisamente, il 2° co. dell'art. 1, Prot. 1, lascia alla discrezionalità delle autorità statali la potestà di emanare leggi che disciplinino l'uso dei beni secondo l'interesse generale, ma in pari tempo la Convenzione assicura un livello minimo di garanzia che non può essere sacrificato⁴⁶⁹. La formulazione testuale dell'art. 1 Prot. 1 si disinteressa insomma della dimensione ultraindividuale e si preoccupa (solo) di tutelare il proprietario dalle interferenze esterne⁴⁷⁰.

Il che risponde alla medesima logica con la quale la CEDU e la Corte di Strasburgo presidiano la tutela di tutti gli altri diritti umani. Ruolo delle costituzioni è infatti quello di stabilire valori positivi da perseguire, nell'ottica della cui attuazione sono chiamati ad agire gli organi democraticamente eletti. Ruolo della CEDU è, invece, quello di assicurare che l'esercizio dei poteri non pregiudichi il mantenimento un livello minimo di garanzia di libertà nei diritti umani da essi presi in considerazione⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Cfr. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 95: «Garantire in concreto l'uso dei beni viene considerato elemento qualificante, nella sostanza, della portata della disposizione in esame, la cui violazione può essere integrata, quindi, non solo da una diretta interferenza materiale, da parte delle pubbliche autorità, nell'esercizio delle facoltà connesse al libero godimento del bene, ma anche in tutte le ipotesi in cui non siano garantite, dai poteri pubblici, le condizioni per tale esercizio, sì da impedirne di fatto l'uso».

⁴⁶⁷ Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 421.

⁴⁶⁸ Cfr. LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: *l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis*, cit., 761; CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 231 e 247.

⁴⁶⁹ Cfr. CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 250: «Non pare dunque doversi dubitare che il potere discrezionale che i singoli stati mantengono nel delineare le limitazioni del diritto fondamentale trova comunque un limite invalicabile nella tutela effettiva del diritto per come disegnato nella CEDU. [...] In tale prospettiva, il contenuto non perfettamente circoscritto della *funzione sociale* contenuto nella Costituzione italiana troverebbe un suo limite *esterno* nella norma sovranazionale che ammette (*rectius* impone) un sindacato del giudice di Strasburgo – e con esso del giudice nazionale – sulla congruità di tali interessi, sulle modalità con le quali l'ordinamento interno li persegue e sul rispetto dei canoni previsti dall'art. 1 Prot. 1 alla CEDU».

⁴⁷⁰ Cfr. LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: *l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis*, cit., 733. Secondo CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 246, dal sommario esame della giurisprudenza C.E.D.U. consente di evidenziare «una particolare attenzione della Corte europea nel garantire al proprietario una tutela effettiva delle ragioni proprietarie che non ammette alcun paternalismo in favore dello Stato, soprattutto quando le ingerenze assumono il crisma dell'arbitrio o della palese sproporzione rispetto all'interesse dominicale».

⁴⁷¹ Cfr. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 96, 97; CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei*

Non vi è quindi, da questo punto di vista, una differenziazione tra i vari diritti, e su tali presupposti si fonda l'opinione pressoché pacifica che il diritto di proprietà siccome delineato dalla CEDU sia da qualificare ad ogni effetto – agli effetti cioè dell'ottica interpretativa della Corte di Strasburgo – quale diritto “fondamentale”⁴⁷².

Con il risultato che, così come più estesa è la nozione di “proprietà” cui accede la Corte dei diritti umani, anche la tutela del diritto di proprietà risulta superiore a quella garantita dagli ordinamenti nazionali in generale, da quello italiano in particolare⁴⁷³.

4.3) segue - Il “nuovo” diritto di proprietà secondo i principi della Carta di Nizza

Anche la Carta di Nizza si occupa del diritto di proprietà, dedicando ad esso l'art. 17⁴⁷⁴. Orbene, ricordato che detta Carta è la risultante di una sintesi tra i principi di

diritti dell'uomo, cit., 44. Ritiene RAIMONDI, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 562, che «gli obblighi sottoscritti dagli Stati contraenti nella Convenzione hanno essenzialmente un carattere obiettivo, in quanto essi hanno lo scopo di proteggere i diritti fondamentali degli individui contro gli sconfinamenti degli Stati contraenti». Anche secondo PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 158, «il problema dei diritti inviolabili della persona non è certamente quello relativo al loro fondamento, ma esclusivamente quello di assicurarne la loro tutela».

⁴⁷² Cfr. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 2, per il quale «In sostanza si può ammettere che il diritto di proprietà ha trovato a livello europeo un posto essenziale come diritto dell'uomo e che sovente la sua tutela funge da stimolo per la modifica di talune legislazioni a livello nazionale». V. anche CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 249: «In effetti il sostrato del diritto di proprietà avuto presente dai *conditores* del Protocollo n. 1 alla CEDU sembra a tratti assai vicino ad una concezione giusnaturalistica che intravede nella proprietà non un mezzo per raggiungere determinati fini, ma piuttosto un diritto soggettivo “*pre statuale*”: una sorta di diritto naturale innato che costituisce elemento essenziale della dignità umana e che, come tale, rappresenta un valore fondamentale della persona». Cfr. altresì: DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contratto e impr. – Europa*, 2010, 724 ss., 735; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 115 ss., 121; RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., 877 e 881; SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 423; SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009, 681 ss., 699; TRIMARCHI, *La proprietà nella costituzione europea*, cit., 275.

⁴⁷³ Cfr. GERIN, *Introduzione*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, PADOVA, 1989, 8. V. anche CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e resp*, 2006, 236 ss., 241; DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, cit., 124.

⁴⁷⁴ Cfr. art. 17 Carta di Nizza: «1. Ogni individuo ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta.»

diritto comuni agli Stati membri e l'interpretazione ad essi data dall'ermeneutica giurisprudenziale delle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo, e che quindi si può ad ogni effetto considerare come una sorta di catalogo aggiornato dei principi di diritto nell'*acquis* comunitario, non può certo essere considerato casuale che mentre l'art. 1, Prot. 1 della CEDU si "limita" ad affermare che «*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*», l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali preveda invece che «*Ogni individuo ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*».

Vale a dire che il diritto di proprietà della Carta di Nizza, per quanto sia evidente il debito di ispirazione nei confronti della CEDU⁴⁷⁵, da essa si staglia visibilmente nel momento in cui ricorre all'impiego del termine «*individuo*»⁴⁷⁶ seguito dalla "terna" verbale «*godere, utilizzare e disporre*», fattore che non può essere inteso se non come un indicatore della netta presa di distanza dagli schemi proprietari tradizionali con i quali si era soliti ragionare⁴⁷⁷.

L'impressione che con la Carta di Nizza si sia voluto attribuire maggiore ampiezza al contenuto del diritto di proprietà è poi ulteriormente consolidata dalla – ritenuta – non casuale collocazione della norma in argomento nel capitolo delle «*Libertà*», assieme agli altri diritti fondamentali⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ V. PRADUROUX, *Il diritto di proprietà nel diritto comunitario: principi fondamentali e <self restraint> della Corte di giustizia*, cit., 300, che ricorda come già all'atto dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali, avvenuta a Nizza il 7.12.2000, il diritto di proprietà è stato inserito all'art. 17, "nel capo consacrato alle libertà. E tale evocativa collocazione si deve al fatto che "L'insegnamento, più volte ripetuto dalla Corte di giustizia, secondo cui la CEDU deve esser considerata come lo strumento principale di riferimento in materia di diritti fondamentali, era ben presente ai membri della Convenzione incaricata della compilazione della Carta al momento della redazione dell'articolo in questione; infatti il testo dell'articolo corrisponde in sostanza a quello dell'art. 1, prot. 1, della C.E.D.U."; cfr. anche CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, cit., 261.

⁴⁷⁶ Cfr. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 10 ss., 12: «L'espressione <Ogni individuo> evidenzia una chiara formulazione individualistica, mentre, in genere, le Costituzioni più recenti degli Stati europei presentano la norma sulla proprietà con riferimento non già al profilo soggettivo, quanto a quello oggettivo del diritto, del suo contenuto, dei suoi limiti e della possibilità dell'espropriazione». Per le medesime riflessioni v. anche COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 193.

⁴⁷⁷ Cfr. CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, cit., 261, secondo cui, per l'appunto, tale dato testuale dimostrerebbe come la Carta di Nizza caratterizzi il diritto di proprietà «ulteriormente accentuando un processo che sembrava già essere stato messo in moto dal "giusnaturalistico" art. 1 Prot. 1 alla CEDU». Conf. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 217.

⁴⁷⁸ Cfr. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, cit., 11, che così conclude: «L'impostazione generale dell'art. 17 della Carta appare dunque riflettere più la concezione individualistica ed assoluta delle concezioni ottocentesche sul tema della proprietà che non quella sociale e funzionalizzata delle costituzioni più recenti»; v. anche RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., 888; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 160.

In effetti – oltre che nella CEDU, anche - nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non viene operata la tradizionale distinzione tra diritti civili, politici, sociali ed economici, cosicché tutti i diritti fondamentali vengono posti sullo stesso livello⁴⁷⁹. Da ciò consegue che non sarà più possibile attingere da questo nuovo testo para - costituzionale europeo i riferimenti sulla cui scorta porre in essere la tradizionale tecnica del “bilanciamento dei valori” per risolvere i conflitti tra i diritti costituzionalmente protetti⁴⁸⁰, dovendosi quindi immaginare una nuova stagione ermeneutica fondata su di un “bilanciamento libero”⁴⁸¹, in forza del quale si possa quindi giungere anche alla momentanea prevalenza di un valore sull'altro in relazione al caso concreto preso in considerazione, rifuggendo quindi da indebite ordinazioni gerarchiche fatte a beneficio di questo o quel principio fondamentale⁴⁸².

E comunque, in ogni caso, a fugare i residui dubbi in ordine alla portata del diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario basti volgere lo sguardo a quanto viene precisato nella sezione dedicata alla Carta di Nizza del sito ufficiale del Parlamento Europeo, in cui si chiarisce che l'art. 17 “*corrisponde all'art. 1, prot. 1, della CEDU [...] Si tratta di un diritto fondamentale comune a tutte le costituzioni nazionali. È stato sancito a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ... La stesura è stata attualizzata ma, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato*

⁴⁷⁹ Cfr. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 663; BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 54, 55; DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, 124; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 158.

⁴⁸⁰ Tecnica che BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, cit., 372, così sintetizza: «La giurisprudenza costituzionale ha utilizzato sempre più penetranti tecniche di bilanciamento fra diritti contrapposti o fra diritti e valori costituzionali meritevoli di tutela ma ponendo tre punti fermi: che il bilanciamento riguardi conflitti tra diritti o principi o valori aventi il medesimo rango costituzionale; che esso debba essere tale che il sacrificio subito da un diritto o da un valore sia ragionevole e proporzionato; che esso sia comunque tale da preservare il <contenuto essenziale> del diritto sacrificato».

⁴⁸¹ CATANOSSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, cit., 720.

⁴⁸² Cfr. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, cit., 7; TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, in *Contr. impr.*, 2009, 895 ss., 904. Secondo CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 35, «sotto una parvenza codificatoria, la Carta non va esente da scelte di contenuto e di valore che incideranno sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tra queste spiccano certamente la tendenza ad espandere la categoria dei diritti fondamentali e la concezione individualistica, che traspare dietro le scelte linguistiche dei redattori della Carta. Inevitabilmente, dunque, tanto più assumerà importanza il testo della Carta, tanto più evidente sarà l'affrancamento della tutela dei diritti fondamentali comunitari dalla matrice delle Costituzioni nazionali che l'hanno inizialmente ispirata».

e portata identici al diritto garantito dalla CEDU e le limitazioni non possono andare oltre quelle previste da quest'ultima"⁴⁸³.

In altri termini dalla lettura combinata delle fonti comunitarie risulta una tendenza all'accentuazione dei poteri e delle facoltà dell'"individuo" proprietario, senza alcun riferimento al condizionamento della funzione sociale, che è invece ricorrente nelle più moderne costituzioni europee⁴⁸⁴, e che di fatto riconduce l'istituto della proprietà comunitaria al modello costituzionale ottocentesco⁴⁸⁵, ossia alla concezione liberale che individua una relazione di coesistenzialità tra proprietà e libertà⁴⁸⁶.

4.4) segue - Il "nuovo" diritto di proprietà "comunitario"

Alla luce di quanto precede si deve (ri)leggere con estrema cautela la conclusione cui giunge Corte cost. n. 348/2007, secondo cui «Non emergono ... profili di incompatibilità tra l'art. 1 del Primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, e l'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento all'art. 42 Cost.»⁴⁸⁷, posto che, per l'appunto, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente denunciato il deficit di tutela dei diritti umani nella disciplina della proprietà privata in Italia⁴⁸⁸, e la Consulta, dal suo canto - invero con una brusca

⁴⁸³ V. www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_it.pdf.

⁴⁸⁴ Cfr. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, cit., 12; RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., 888.

⁴⁸⁵ Cfr. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 219; COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 193; Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 425.

⁴⁸⁶ Cfr. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 217.

⁴⁸⁷ Così afferma Corte cost., n. 348/2007, cit., sub. § 5.6.

⁴⁸⁸ Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 417. V. anche COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 195 – 196, secondo cui «Come appare evidente, la nozione della proprietà nell'ordinamento europeo e quella della proprietà nell'ordinamento italiano appaiono tanto diverse nella loro configurazione ideologica e giuridica e nella loro conseguente disciplina normativa da dover essere ritenute in rotta di collisione ed in conflitto tra loro. Ne sono dimostrazione gli orientamenti giurisprudenziali profondamente diversi che si sono formati nella Corte di giustizia europea e nella Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto a quelli della Corte costituzionale e della Corte di cassazione italiana su due temi di grande importanza teorica e pratica, l'uno relativo al principio della legalità dei modi di acquisto del diritto di proprietà, e l'altro relativo al principio del giusto indennizzo a seguito della espropriazione legittima di beni di proprietà privata per cause di pubblica utilità...», e le conformi considerazioni di PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 245. Tra le condanne della Corte di Strasburgo aventi ad oggetto la inadeguatezza dell'indennità di espropriazione si vedano *ex plurimis*: Corte EDU, 29.7.2004, causa *Scordino* (1) c. *Italia*, pubblicata come tutte le sentenze CEDU su www.echr.coe.int, nonché in *Riv. giur. ed.*, 2005, 3 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 29.3.2006, *Scordino* (2) c. *Italia*, in *Corr. giur.*, 2006, 929 ss., con nota di CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale "multilivello alla ricerca dell'arca*; Corte EDU, 11.12.2003,

virata rispetto al proprio precedente consolidato orientamento –, ritenutasi vincolata alla giurisprudenza della Corte dei diritti umani, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma interna in tema di quantificazione dell'indennizzo a seguito di esproprio⁴⁸⁹.

Né, d'altro canto, viene ritenuta condivisibile l'affermazione, contenuta in Corte cost. n. 349/2007, che pretenderebbe di escludere la disciplina statale della proprietà dal diritto comunitario, così riservando al diritto domestico ogni determinazione al riguardo⁴⁹⁰.

Vero è che le fonti comunitarie, in *primis* il Trattato istitutivo, fino alla compiuta ratifica del Trattato di Lisbona non si occupavano del diritto di proprietà⁴⁹¹. Ma già si è ampiamente spiegato che la mancata menzione dei diritti fondamentali costituisce una lacuna originaria del diritto positivo comunitario, alla quale la Corte di giustizia ha ovviato avvalendosi, ogni qualvolta sia in questione uno di tali diritti, dei parametri interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo⁴⁹².

Il diritto di proprietà non ha fatto eccezione⁴⁹³, e già a partire dalla nota sentenza *Hauer* del 1979⁴⁹⁴ la Corte del Lussemburgo ha attinto a piene mani dalla

Carbonara e Ventura c. Italia; Corte EDU, 30.10.2003, *Belvedere Alberghiera c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2004, 731 ss. Per un commento esplicativo di sintesi dei casi citati e degli altri in cui l'Italia è stata convenuta avanti alla Corte di Strasburgo si rinvia a MANGANARO, *La CEDU e il diritto di proprietà*, cit., 404 ss.

⁴⁸⁹ Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 419; v. anche CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 297: «È assolutamente evidente, scorrendo le ordinanze di rimessione sollevate dalla Corte di Cassazione all'indomani della sentenza *Scordino* del marzo 2006, la diretta riconducibilità di Corte cost. n. 348/2007 agli effetti dirompenti prodotti dalla giurisprudenza di Strasburgo». Ancora più marcato il commento di GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, cit., 115, il quale ritiene che «in tema di diritto di proprietà, o, meglio ancora, in tema di garanzia costituzionale del diritto di proprietà privata, l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) sul sistema giuridico italiano sia stata maiuscola, tanto da indurre la nostra Corte costituzionale ad un *revirement* di giurisprudenza attuato con le sentenze n. 348 e 349 del 2007».

⁴⁹⁰ Cfr. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, cit., 662, che in questi termini commenta il riferito passaggio reso da Corte cost., n. 349/2007, cit., *sub* § 6.1.

⁴⁹¹ L'art. 295 TCE, ora art. 345 del TFUE, prevede in effetti che «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Ma, come si è visto poc'anzi, con la definitiva entrata in vigore delle modifiche portate dal Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha assunto nelle fonti comunitarie un ruolo del tutto omologabile a quello degli altri Trattati. E siccome nella Carta di Nizza l'art. 17 si occupa espressamente di diritto di proprietà, conferendo ad esso un valore addirittura superiore a quello che gli riconosce la CEDU, ne discende che non è più possibile affermare che le fonti comunitarie si disinteressano al diritto di proprietà.

⁴⁹² Cfr. CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009, 253.

⁴⁹³ Cfr. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., 411.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁴⁹⁵ e dai valori derivanti dalla tradizione costituzionale degli Stati membri⁴⁹⁶, inaugurando una giurisprudenza con la quale, con massima sostanzialmente ricorrente, viene regolarmente chiarito che «*il diritto di proprietà fa parte dei principi generali del diritto comunitario. [...] Per stabilire la portata del diritto fondamentale al rispetto della proprietà, principio generale del diritto comunitario, occorre tener conto, segnatamente, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, che sancisce tale diritto*»⁴⁹⁷.

In buona sostanza si può dire che - anche - quanto al diritto di proprietà le due Corti hanno raggiunto una concorde sintesi ermeneutica⁴⁹⁸, alla quale si è di fatto, per quanto con gradualità, adeguata anche la Corte costituzionale⁴⁹⁹.

Peraltro non è senza rilievo la considerazione che tanto le sentenze della Corte di Strasburgo, quanto la Corte costituzionale, hanno avuto quale punto focale di

⁴⁹⁴ Si tratta di Corte giust., 13.9.1979, causa 44/79, n *Raccolta*, 1979, I, 3727.

⁴⁹⁵ Proprio perché anticipano con notevole lucidità gli sviluppi che sarebbero nati da questa collaborazione tra le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo in ordine alla tutela comunitaria del diritto di proprietà risultano particolarmente interessanti le riflessioni sulla sentenza *Hauer* svolte da ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione europea*, cit., 22 ss.

⁴⁹⁶ Cfr. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 13 ss.

⁴⁹⁷ Così in Corte giust., Gr. Sez., 3.9.2008, cause riunite nn. 402/05 P e 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea*, sub §§ nn. 355 e 356, in *Giur. cost.*, 2009, 1253 ss., con nota di SCHILLACI, *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti sentenze del giudica comunitario*; in *Foro it.*, 2008, IV, 465. Tra le più recenti, nei medesimi termini (per quanto in *obiter*) si esprime anche Corte giust., Gr. Sez., 29.1.2008, causa 275/06, sub § 62, in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, 331 ss. ed in *Dir. informatica*, 2008, 182 ss., nella quale si ricorda che «il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore (v., in tal senso, sentenza 12 settembre 2006, causa C-479/04, *Laserdisken*, Racc. pag. I-8089, punto 65), e il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva costituiscono principi generali del diritto comunitario». Per una più ampia rassegna della giurisprudenza comunitaria in tema di diritto di proprietà si rinvia a STROZZI, *Diritto dell'Unione europea - Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, cit., 289.

⁴⁹⁸ Al riguardo MANGANARO, *La CEDU e il diritto di proprietà*, cit., 400 così si esprime: «Alcuni criteri interpretativi del diritto di proprietà vengono rinvenuti dalla Corte dei diritti nell'ambito della normativa e della giurisprudenza comunitaria, così come poi, viceversa, la Corte di Giustizia acquisirà al diritto comunitario l'interpretazione del diritto di proprietà data dalla Corte di Strasburgo. Invero si potrebbe teoricamente distinguere tra l'ordinamento dell'Unione Europea e quello della CEDU, ma sembra opportuna una trattazione unitaria, ove si consideri che la giurisprudenza della Corte di Giustizia annovera tra i principi generali quelli enunciati dalla CEDU, considerati come principi comuni degli stati membri». Cfr. anche BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 76.

⁴⁹⁹ Cfr. TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, cit., 904, secondo cui «È noto, infatti, come proprio alla luce di orientamenti giurisprudenziali che si sono andati formando nell'ultimo decennio a livello europeo, sia ad opera della CEDU, sia ad opera della CGCE, la Corte costituzionale, al di là delle sue petizioni di principio tese a far confluire il nuovo in una linea di continuità con i precedenti orientamenti, abbia sostanzialmente proceduto ad una interpretazione dell'art. 42 che si potrebbe definire europeisticamente orientata». Altrove, e precisamente in *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., 1057, lo stesso autore esprime la altrettanto suggestiva «convincione che si stia andando delineando, o che si sia probabilmente già delineato il sistema italo - europeo della proprietà».

riferimento non già il diritto di proprietà in generale, quanto piuttosto la commisurazione dell'indennizzo da corrispondere in caso di esproprio o di occupazione acquisitiva. E siccome a tale stregua la Consulta ha stabilito che l'indennità spettante al proprietario di un singolo esproprio dovrà essere superiore a quella di un proprietario colpito da un esproprio finalizzato a complessivi interventi di riforma economica⁵⁰⁰, è evidente che a tale stregua il canone della funzione sociale è stato reso confacente ai parametri impiegati dalla giurisprudenza di Strasburgo⁵⁰¹.

Ed è, ulteriormente, interessante osservare che a sua volta il Legislatore, per adeguarsi alle linee guida tracciate dalla giurisprudenza – di Strasburgo prima, della Consulta poi - ha adottato un nuovo modello di calcolo secondo il quale, nel caso di espropriazioni di aree edificabili, la corrispondente indennità può essere ridotta del 25% rispetto al valore venale del bene solo nel caso di espropriazioni finalizzate ad attuare interventi di riforma economico sociale, prevedendo poi, addirittura, che in caso di accordo con l'espropriando il valore così calcolato possa essere aumentato del 10%⁵⁰². Mentre invece nessuna riduzione rispetto al valore venale della proprietà si prevede laddove si dia luogo ad espropri singoli, ovvero non generalizzati⁵⁰³.

In altre parole il parametro della “funzione sociale” può operare quale limite del diritto di proprietà “solo” in ben circostanziate ipotesi, ossia quelle in cui sia interessata la generalità - o in ogni caso una significativa parte - dei consociati⁵⁰⁴, e

⁵⁰⁰ Questa, in estrema sintesi, la conclusione cui perviene Corte cost., 24.10.2007, n. 349, cit., *sub* § 8, per l'espressa esigenza di adattare l'ordinamento interno ai canoni esegetici della Corte di Strasburgo.

⁵⁰¹ Cfr. CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 297; GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, cit., 95; SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, cit., 690; TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, cit., 907.

⁵⁰² Si tratta della L. 27.12.2007, n. 422 (Legge finanziaria per il 2008), il cui art. 2, co. 89, modifica l'art. 37, co. 1 e 2, del D.p.r. 8.6.2001, n. 327 (c.d. *Testo unico espropri*).

⁵⁰³ Prendendo spunto dal commento a Cass., 14.12.2007, n. 26275, CONTI, *La prima della Cassazione sull'indennità di esproprio dopo Corte cost. 348/2007*, in *Urb. e appalti*, 2007, 437 ss., in ordine ai criteri di quantificazione ritiene «di poter dire che nella riduzione dell'indennizzo prevista dal legislatore non potranno comprendersi i casi di realizzazione di alloggi popolari; riduzione che non potrà nemmeno applicarsi ad espropri orientati a perseguire finalità collettive di una comunità più o meno ampia – sia essa orientata al risanamento ambientale, all'edilizia scolastica, alla realizzazione di interventi ad hoc. Discorso diverso potrebbe farsi rispetto alle espropriazioni finalizzate alla realizzazione di grandi opere pubbliche, salvo a valutare la concreta incidenza dell'opera rispetto agli obiettivi strategici dello Stato».

⁵⁰⁴ Si osservi che nei medesimi termini si era già espresso CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, cit., 220, il quale, in sede di commento alle sentenze Corte cost. nn. 348 e 349/2007, aveva così concluso: «Appare evidente che il canone della funzione sociale viene piegato alla giurisprudenza di Strasburgo laddove si assume che il proprietario di un *singolo* esproprio dovrà essere indennizzato *in modo superiore* a quello del proprietario colpito da un esproprio finalizzato. ... Il che val quanto dire che il bilanciamento fra proprietà privata ed interesse pubblico sotteso all'esproprio individuale non potrà che determinare un costo dell'esproprio

nella misura in cui l'interesse generale può trovare soddisfacimento esclusivamente col sacrificio dell'interesse del privato⁵⁰⁵.

Se questa è la *ratio* emergente dal quadro giurisprudenziale – normativo qui tratteggiato, si deve allora concludere che il diritto di proprietà, almeno sin dove il godimento dei beni non è in alcun caso in grado di svolgere riflessi “socialmente apprezzabili”, non solo non può essere soggetto a limitazioni di sorta, ma pure deve essere pienamente tutelato al pari di ogni altro diritto fondamentale, cosa che, appunto, la CEDU e la Carta di Nizza prevedono⁵⁰⁶.

Il che, del resto, risulta conforme anche allo statuto comunitario della proprietà siccome elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁰⁷.

E tanto perché, nel momento in cui si ha a che fare con una tutela dei diritti fondamentali le cui coordinate di riferimento sono tracciate da sistemi giuridici distinti – sintetizzata nel noto sintagma “tutela multilivello” - non è più immaginabile fare riferimento ad una monolitica ed inscalfibile gerarchia dei valori, ma occorrerà agire nel caso concreto con una prudente opera di bilanciamento degli interessi, inviolabili o meno che siano, in gioco⁵⁰⁸.

– a carico della collettività – pari al sacrificio subito dal proprietario». Una previsione, la sua, che come si è visto risulta essere stata pienamente rispettata dal Legislatore.

⁵⁰⁵ Così TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, cit., 910.

⁵⁰⁶ Per dirla con le condivisibili parole di RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, cit., 8, «Non la “logica” verticale, della sistemazione gerarchica appunto, può dare una compiuta e fedele rappresentazione dell’universo dei valori costituzionali bensì la “logica” orizzontale [...] che dispone i valori (ed i principi fondamentali che ne danno la prima e più genuina razionalizzazione positiva) sul medesimo piano ed in modo perfettamente allineato, ricercando quindi le forme della loro armonica composizione. Di qui la conclusione, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui i principi che stanno a base dell’apertura agli ordinamenti “esterni” partecipano su basi paritarie con gli altri principi fondamentali alle operazioni di “bilanciamento” sollecitate a formarsi dai casi: senza nessuna preconstituita soluzione, nessun controlimite a priori dato».

⁵⁰⁷ Cfr. al riguardo la recente Corte giust., Gr. Sez., 9.3.2010, procedimenti riuniti C – 379/08 e C – 380/08, inedita: «Quanto alla lesione del loro diritto di proprietà, lamentato dalle ricorrenti nelle cause principali, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, il diritto di proprietà fa parte dei principi generali del diritto dell’Unione. Esso tuttavia non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all’esercizio del diritto di proprietà, purché tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dall’Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito». In dottrina cfr. la sintesi di BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., 16: «È opportuno chiarire che la Corte non propende per l’espulsione della componente sociale dallo statuto proprietario comunitario, bensì statuisce la natura *eventuale* nell’ordinamento europeo della funzione sociale del diritto di proprietà. Le limitazioni sociali assumono rilevanza solo se legate a interessi generali connessi all’attuazione delle politiche comunitarie».

⁵⁰⁸ Cfr. CONTI, *La prima della Cassazione sull’indennità di esproprio dopo Corte cost. 348/2007*, cit., 446, 447.

La si guardi da una diversa prospettiva. Secondo quello che potremmo anche definire come il nuovo corso ermeneutico - della tutela - del diritto di proprietà come risultante dal fenomeno di «*policentrismo normativo-giurisdizionale, che impone all'interprete, secondo logiche del tutto nuove rispetto al passato, di ricercare la regola analizzando il rapporto tra ordinamenti concorrenti*»⁵⁰⁹, il limite costituzionale della “funzione sociale” risulta servente a regolare - solo - i rapporti tra il privato cittadino e – i provvedimenti del - la Pubblica amministrazione, e quindi l'art. 42 Cost. va individuato oggi non più come un limite al godimento della proprietà, bensì come lo strumento che consente al privato proprietario di far valere il suo diritto *erga omnes*, tranne nel caso in cui esso diritto si scontri con il limite della “funzione sociale”⁵¹⁰.

In altre parole sembra potersi evincere che la linea direttrice seguita dal “nuovo diritto di proprietà europeo” è segnata da una riconduzione agli schemi liberali di matrice ottocentesca⁵¹¹.

Per vero, nell'ordinario svolgersi della quotidianità il diritto di proprietà è semmai uno degli strumenti che garantisce alla persona umana di affermare la propria libertà, la propria autonomia, la propria scelta di vita. Ossia, in parole semplici, il diritto

⁵⁰⁹ Così TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1021 ss., 1022, secondo cui tale menzionato criterio ermeneutico si fonda sulla premessa che «Il diritto di proprietà, oggi, infatti, non è più disciplinato esclusivamente da previsioni proprie dell'ordinamento italiano, bensì, quale diritto fondamentale, anche da disposizioni provenienti da ambiti sopranazionali e soprattutto europei».

⁵¹⁰ Secondo TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, cit., 905: «Dire quindi che la proprietà e l'impresa integrano valori o diritti fondamentali non comporta che la proprietà debba essere intesa come libertà assoluta di godere e disporre o che l'iniziativa economica privata vada considerata sciolta da qualsiasi limite o vincolo. Vuole molto più semplicemente significare che ricorrono delle libertà o diritti tutelati da norme primarie europee, in quanto tali idonee a concorrere, insieme alle altre disposizioni di vertice di tutela della persona, alla definizione, in sede di bilanciamento o contemperamento di valori apicali, dei principi sui quali si fonda l'ordinamento». Ovvero, per dirla con le parole di GALGANO, *I fatti illeciti*, PADOVA, 2008, 197, «non può più dirsi, come si diceva in passato, che il perseguimento dell'interesse pubblico (nella specie, l'interesse alla realizzazione di un'opera pubblica) giustifica il sacrificio dei diritti dei privati; si deve affermare che l'interesse pubblico è perseguibile compatibilmente con il rispetto dei diritti del secondo, entro i limiti imposti dal loro rispetto». Si veda, infine, anche l'interessante riflessione proposta da COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 206: «Così, l'art. 42 Cost. potrebbe, tenuto conto di sopravvenuti ostacoli alla sua attuazione, essere allora considerato non più quale norma precettiva di diretta applicazione, ma come norma di carattere meramente programmatico e di indirizzo per l'azione del futuro legislatore, il quale potrebbe essere chiamato a regolare l'uso dei beni <nei limiti imposti dall'interesse generale>, come prevede l'art. 17 della Carta di Nizza, limitazioni che, però, non potrebbero comportare riduzioni o compressioni incisive ed importanti del contenuto del diritto di proprietà, come invece è stato possibile in precedenza attraverso il principio della funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2°, Cost.».

⁵¹¹ In questi termini DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, cit., 735.

all'affermazione della propria soggettività e, quindi, in ultima analisi, della propria dignità, ossia di quel valore inviolabile che la Carta di Nizza pone al vertice della gerarchia dei valori fondanti dell'Unione europea⁵¹².

Il testo normativo non può essere separato dal contesto della realtà che è chiamato a regolare, pena il venir meno della sua ragion d'essere⁵¹³. E se muta la realtà sociale non è per forza necessario cambiare il testo normativo, essendo generalmente sufficiente adeguare il modo di intendere le disposizioni da esso portate⁵¹⁴.

Pertanto, come è stato al riguardo condivisibilmente detto, non è determinante stabilire la collocazione della proprietà in un ambito collettivista o liberista, poiché anche che si voglia insistere sulla necessaria conformazione della proprietà alle esigenze sociali, ciò non sarebbe in ogni caso un argomento utile per rifiutare al proprietario la garanzia di potersi avvalere di mezzi di tutela efficaci e pieni allorché il suo diritto dominicale sia stato leso, rimedi tra i quali non si vede perché non possa rientrare anche il risarcimento del danno non patrimoniale⁵¹⁵.

Non risultano quindi ragioni per le quali, quando non venga in rilievo il contrapposto superiore interesse della "funzione sociale", nel caso di privazione o di limitazione del godimento della proprietà debba essere riconosciuta una tutela inferiore di quella garantita nel caso in cui sia in questione la lesione di altri diritti volti al rispetto della personalità, posto che, per l'appunto, il godimento del diritto di proprietà è uno dei profili, e nemmeno il meno importante, attraverso i quali ciascuno svolge la propria personalità⁵¹⁶.

⁵¹² Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 1: «(Dignità umana) - La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Anche secondo CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, cit., 249, il diritto di proprietà come emergente dalla CEDU costituirebbe un elemento essenziale della dignità umana.

⁵¹³ Cfr. PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit. 2009, 22: «Se, in effetti, non è dubitabile che il diritto sia un fenomeno che affonda le sue radici nella realtà sociale, è evidente che esso non possa essere compreso se non in relazione alla funzione che è chiamato a svolgere nell'ambito complessivo della società che lo esprime».

⁵¹⁴ PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, cit., 24.

⁵¹⁵ Cfr. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, cit., 240. Del resto, come già sostenuto da BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 16, «Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico. [...] (17) Non si tanto di sapere quali e quanti sono questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento, se siano diritti naturali o storici, assoluti o relativi, ma quale sia il modo più sicuro per garantirli. Per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano continuamente violati».

⁵¹⁶ Condivide queste conclusioni CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 281, secondo cui la giurisprudenza sovranazionale è pacificamente orientata a riconoscere una reintegrazione al "valore proprietà" poiché in esso diritto coglie, «in caso di lesione, i riflessi negativi prodotti sulla persona umana». Cfr. anche SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, cit., 693, secondo cui

4.5) Il danno morale secondo l'art. 41 CEDU

In effetti il risarcimento “morale” alla parte che abbia subito una lesione al diritto di proprietà è già da tempo patrimonio acquisito della giurisprudenza di Strasburgo.

Per quanto si è visto, infatti, sappiamo che una sentenza di tale Corte comporta a carico della Parte contraente condannata, a mente dell'art. 46 CEDU, l'obbligo di adeguarsi al giudicato e ad inserire nel proprio ordinamento giuridico interno misure generali per evitare che tali violazioni abbiano a ripetersi.

Ma appunto, per quanto qui maggiormente interessa, l'art. 41 CEDU⁵¹⁷ prevede anche che la parte lesa abbia il diritto, qualora la Corte ritenga di accordarlo, di ottenere una «*equa soddisfazione*»⁵¹⁸ nel caso in cui il diritto nazionale non permetta, o permetta solo in parte, di cancellare le conseguenze della riscontrata violazione⁵¹⁹.

In genere la liquidazione tiene conto sia del danno materiale subito, del quale deve però essere data dimostrazione, sia pure del danno non patrimoniale, *rectius* “morale”, per il quale, invece, si ritiene sufficiente la semplice constatazione dell'avvenuta violazione ai danni del ricorrente⁵²⁰.

È significativo che l'indennizzo non patrimoniale venga riconosciuto sul presupposto dell'angoscia, dello stress, dell'incertezza o di altri profili di perturbazione della sfera personale provocati alla parte offesa dalla violazione del proprio diritto⁵²¹. Si tratta

«il diritto di proprietà, pur avendo un contenuto economico, costituisce pur sempre un diritto alla persona, nel senso che costituisce anch'esso una situazione giuridica soggettiva che consente la piena realizzazione della persona umana».

⁵¹⁷ V. art. 41 CEDU: “*Se la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto dell'Alta Parte Contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*”.

⁵¹⁸ Al riguardo, come osserva VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 812, il combinato disposto degli artt. 41 e 46 CEDU, ha «sino ad oggi consentito, senza grandi difficoltà, alla Corte europea dei diritti dell'uomo di riconoscere a privati cittadini (anche italiani), lesi nei loro diritti fondamentali sanciti dal *Bill of Rights* del 1950, il diritto ad un equo ristoro per le perdite non economiche subite».

⁵¹⁹ Per un approfondimento sull'art. 41 CEDU si segnalano SUNDBERG, *Commento all'art. 41 CEDU*, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001, 663 ss. e PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, MILANO, 2004, 46 ss.

⁵²⁰ Cfr. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 66, 67.

⁵²¹ Cfr. SUNDBERG, *Commento all'art. 41 CEDU*, cit. 664; in senso conf. v. anche PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 66; CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 280; SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, cit., 702.

quindi delle medesime premesse su cui si fonda, in buona sostanza, la dogmatica del “nostro” danno esistenziale.

In altri termini dall’esperienza della Corte di Strasburgo si trae il convincimento che un ragionevole ristoro non patrimoniale accordato a chi abbia subito un torto non solo non destabilizza il sistema, ma serve semmai a sollecitare una maggiore sensibilità degli Stati rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

4.6) Il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo e l’efficacia orizzontale “indiretta” dei principi CEDU

Una puntuale esempio della possibilità di ottenere il risarcimento del danno “morale” per il mancato godimento di una proprietà è dato dal ricorso presentato alla Corte europea da un proprietario immobiliare, il quale lamentava la prolungata incapacità di riprendere possesso del suo appartamento perché mai era stata assicurata l’assistenza della forza pubblica, e tanto nonostante i venti tentativi di sfratto eseguiti dall’Ufficiale Giudiziario⁵²².

Chiarito che quella in argomento non è che una delle circa 300 – trecento! - analoghe vicende per le quali, in seguito alla mancata esecuzione dello sfratto, la Corte di Strasburgo ha, dal 1997 al 2004, accertato la violazione del diritto di proprietà⁵²³, nel caso in esame la Corte di Strasburgo ha condannato l’Italia a pagare al ricorrente la somma di euro 10.000,00 «*per la indubbia sofferenza provocata dalla accertata violazione dell’art. 1 prot. 1 CEDU*»⁵²⁴.

⁵²² Si tratta di Corte EDU, caso *Ghidotti c. Italia*, sent. 21 febbraio 2002, su www.echr.coe.int come le altre qui citate.

⁵²³ Cfr. CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell’uomo*, cit., 126, il quale segnala che a causa del persistere della situazione, nel 2004 la questione della mancata esecuzione degli sfratti è stata oggetto di una specifica risoluzione del Comitato dei Ministri - organo che come noto è chiamato a controllare che lo Stato abbia adottato le misure necessarie per eseguire le sentenze – con la quale, considerato che solo la metà circa dei ricorsi presentati si erano conclusi con un regolamento amichevole, ha richiamato l’Italia con una nota di pesante censura invitandola ad un fattivo impegno per rimuovere le cause della violazione strutturale della Convenzione.

⁵²⁴ Questa causa si caratterizza rispetto alle numerose altre omologhe per un particolare degno di segnalazione. Ed infatti il Giudice Raimondi, componente della Corte delegato dall’Italia, ha sì votato a favore della condanna. Ma ha anche chiesto che venisse messa a verbale la sua motivazione di voto, nella quale egli spiega che, ferma restando la appropriata somma liquidata, egli avrebbe «preferito specificare che tale somma è riconosciuta riparazione del danno morale. Tale somma, infatti, corrisponde all’ammontare che è normalmente riconosciuto in casi simili giudicati dalla Corte per i danni morali [...] Non vi era ragione perciò, secondo me, di evitare di chiamarlo danno morale. Ciò, per me, avrebbe reso la sentenza più chiara e trasparente». Che l’osservazione del Giudice Raimondi sia stata assolutamente pertinente è dimostrato dai dispositivi delle sentenze che hanno impegnato la Corte di Strasburgo sin dalle più risalenti sentenze aventi ad oggetto la medesima materia. Si veda, ad

Da quanto detto emerge incontestabilmente che, nel caso in cui l'ordinamento della parte contraente condannata non preveda adeguate forme di risarcimento del danno morale, a disporre tale risarcimento può provvedere direttamente la Corte europea⁵²⁵. E siccome la condanna impone alla parte contraente di adeguarsi al giudicato, l'effetto è quello che il danno morale - o non patrimoniale che dir si voglia - per lesione al diritto di proprietà (come pure degli altri diritti portati e protetti dai principi CEDU), ancorché negato dall'ordinamento domestico, acceda a quest'ultimo per il tramite della giurisprudenza sovranazionale⁵²⁶.

Si può osservare che il presupposto sostanziale della condanna è da individuare nel comportamento di un soggetto terzo, il quale, rifiutando di liberare l'appartamento, si è reso in prima persona responsabile della violazione di tale diritto. Non si è trattato, cioè, di una violazione della Convenzione attuata con un provvedimento "positivo" di un organo della Pubblica amministrazione, bensì di una lacuna del sistema delle tutele che dovevano essere attuate a garanzia del diritto della parte offesa, e che tale violazione ha reso comunque possibile⁵²⁷.

Alle medesime conclusioni la Corte di Strasburgo è pervenuta anche in quel particolare settore della tutela del diritto di proprietà di cui si occupa la disciplina delle immissioni intollerabili⁵²⁸. Sul presupposto che le immissioni costituiscono una

esempio, Corte EDU, 28.9.1995, caso *Scollo c. Italia* – reperibile nella traduzione in italiano in de SALVIA e ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, MILANO, 2006, II, 405 ss. – in cui, accertato che il ricorrente ha «sofferto dell'impossibilità prolungata di recuperare il suo appartamento e, durante il periodo in cui fu obbligato ad abitare con la sua famiglia presso sua madre, avrebbe vissuto in condizioni di vita molto difficili», ha riconosciuto un risarcimento a titolo di «danno morale» quantificato in ben 30 milioni di lire.

⁵²⁵ Si vedano, ancora, il noto caso Corte EDU, 11.12.2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*, cit., in cui è stato riconosciuto equo il risarcimento di 200 mila euro "poiché la violazione della Convenzione ha comportato per i ricorrenti un sicuro danno morale, risultante da un senso di impotenza e di frustrazione di fronte allo spossessamento illegale dei loro beni"; il caso Corte EDU, 30.10.2003, *Belvedere c. Italia*, cit., presenta invece la particolarità di aver visto risarcito il danno morale - pari a 25 mila euro - a favore di una persona giuridica, in quanto "La Corte non può dunque escludere, alla stregua della propria giurisprudenza, che possa esserci per una società commerciale un danno non solo materiale che esiga una riparazione pecuniaria".

⁵²⁶ V. in senso conforme CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, cit., 241, che al riguardo sostiene come «la capacità espansiva del diritto della CEDU e della sua giurisprudenza non può non irradiare il diritto interno».

⁵²⁷ Cfr. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 33. V. anche CARDONA ALBINI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno*, in *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supplemento al volume di dicembre 2008 di *Giur. merito*, 57: «Invero la Corte di Strasburgo ha da sempre affermato sul punto che la tutela dei diritti e delle libertà della persona (anche in ambito familiare) impone agli Stati non solo obblighi negativi di rispetto e non interferenza, ma anche obblighi positivi di intervento per rendere effettivi tali diritti».

⁵²⁸ Della tematica della violazione del diritto al godimento della proprietà dell'immobile provocata dalle immissioni si occupa l'intero Cap. 5), al quale dunque si rinvia per approfondimenti.

violazione «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare» presidiato dall'art. 8 CEDU, lo Stato membro è stato considerato responsabile per non aver impedito a terzi di porre in essere l'attività immissiva⁵²⁹.

Se ne inferisce allora che, quantomeno a determinate condizioni, e cioè nei casi in cui lo Stato non assicuri l'esercizio di - o comunque consenta la violazione di - un diritto preso in considerazione dalla CEDU, ai principi della convenzione viene riconosciuta - per quanto in via indiretta - "efficacia orizzontale"⁵³⁰, ossia quello che

⁵²⁹ Si veda, *ex plurimis*, la vicenda trattata da Corte EDU, 2.11.2006 (caso n. 59909/00) *Giacomelli c. Italia*, in *Foro amm.vo - C.d.s.*, 2006, 2683, ed ivi, 2929, nonché in *Cass. pen.*, 2007, 1341. Nella sentenza si afferma tra l'altro che «L'art. 8 può essere applicato in cause concernenti l'ambiente, sia che l'inquinamento sia prodotto dallo Stato, sia che la responsabilità di quest'ultimo derivi dall'assenza di regolamentazione adeguata dell'attività del settore privato. Che si consideri il caso sotto il profilo di un obbligo positivo a carico dello Stato, consistente nell'adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti che i ricorrenti derivano dal par. 1 dell'art. 8, o sotto quello di un'ingerenza di un'autorità pubblica da giustificare nel contesto del par. 2, i principi applicabili sono analoghi». Nel caso di specie alla parte offesa è stata liquidata una somma pari a dodicimila euro a titolo di danno morale per aver dovuto subire le immissioni di rumore e gas nocivi provenienti da un impianto di trattamento di rifiuti industriali. Nei medesimi termini v. anche la sentenza Corte EDU, 9.12.1994, caso *Lopez Ostra c. Spagna*, pubblicata in lingua italiana in de SALVIA e ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, MILANO, 2006, II, 322 ss., e commentata da ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo: il caso Lopez-Ostra contro Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.giur.amb.*, 1996, 745 ss. In tale vicenda si aveva a che fare con esalazioni provenienti da un impianto di depurazione di acque industriali. La Corte dei diritti umani così si è espressa: «(§ 52) Certamente, le autorità spagnole, e, in particolare, il Comune di Lorca non erano, in linea di principio, direttamente responsabili delle esalazioni in questione. Tuttavia, come ha fatto notare la Commissione, il Comune ha permesso la costruzione dell'impianto sul suo territorio e lo Stato ha elargito sovvenzioni per la sua costruzione [...] (§58) Considerato quanto precede, e malgrado il potere discrezionale riconosciuto allo Stato convenuto, la Corte ritiene che lo Stato non abbia saputo assicurare un giusto equilibrio tra l'interesse del benessere economico della città di Lorca – quello di disporre di un impianto di depurazione – e l'effettivo godimento da parte della ricorrente del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata e familiare». E su tali presupposti ha concesso un risarcimento pari a 4 milioni di pesetas per aver e l'interessata subito (§65) «un innegabile danno morale: oltre alle nocività provocate dall'emanazione di gas, fumi e odori che provenivano dall'impianto, ha patito angoscia ed ansia nel vedere la situazione perdurare e lo stato di salute della figlia aggravarsi». In senso conforme v. anche Corte EDU, 16.11.2004 (caso 4143/02), *Moreno Gomez c. Spagna*, inedita in lingua italiana, disponibile in www.echr.coe.int in lingua francese ed inglese, o in lingua tedesca nella rivista *NJW*, 2005, 3767 ss., caso in cui il governo spagnolo è stato condannato a risarcire il ricorrente la somma di 3.000,00 euro a titolo di danno non patrimoniale, per non aver impedito che i rumori provenienti da una serie di locali muniti di autorizzazione pubblica violassero il diritto al sereno godimento dell'abitazione dell'interessato. Si veda, infine, anche la recentissima Corte EDU, 9.11.2010 (caso 2345/06), *Deès c. Ungheria*, reperibile solo in lingua inglese e francese in www.echr.coe.int, che si è occupata della costruzione di una autostrada urbana adiacente all'abitazione del ricorrente, e che ha condannato il governo ungherese al risarcimento di 6.000,00 euro a titolo di danno non patrimoniale per non aver imposto misure di contenimento delle immissioni originate dal notevole incremento del traffico, e dunque per aver consentito la violazione dell'art. 8 CEDU in danno del ricorrente.

⁵³⁰ Come osserva CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 289: «La Corte europea ha così progressivamente valorizzato il principio che impone allo Stato di farsi parte diligente affinché il diritto dominicale sia protetto da ingerenze illecite altrui. Caratteristica generale dei diritti fondamentali nella dimensione della Convenzione europea è appunto quella che individua, a carico dello Stato, non solo il riconoscimento e l'affermazione dei diritti, ma anche un obbligo positivo di protezione. La tutela dominicale non è, dunque, riconosciuta in astratto al proprietario, ma impone che

in genere si esprime con il noto concetto della c.d. *Drittwirkung* elaborato dalla scienza giuridica tedesca.

In altri termini viene ammesso il ricorso anche nel caso in cui la violazione del diritto sia stata determinata, sul piano materiale, da rapporti tra i privati⁵³¹, e, una volta accertata la violazione “interindividuale” di un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU, ricorrendo i presupposti dianzi presi in esame, può essere imposto allo Stato membro soccombente di farsi carico di assicurare una tutela non inferiore a quella che sarebbe stata garantita dall’ordinamento della Convenzione⁵³². Ossia di riconoscere, tra l’altro e per quanto qui maggiormente interessa, anche il risarcimento non patrimoniale o morale che dir si voglia, per la lesione al godimento della proprietà.

4.7) Il necessario, indifferibile adeguamento ai principi della Corte europea dei diritti dell’uomo

lo Stato, in tutte le sue articolazioni, si faccia artefice della sua effettiva protezione». In senso sostanzialmente conf. v. GIANELLI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, cit., 687.

⁵³¹ Si è trattato, in realtà, di una evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo consolidatasi già da tempo. Ne dà conto il risalente contributo di ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell’ambito della Convenzione europea*, cit., 14: «L’art. (1 prot. 1) tutela la proprietà del singolo contro ogni ingiustificata privazione, effetto di qualunque provvedimento, norma o comportamento. Vi è stata poi un’ulteriore evoluzione in quanto la privazione della proprietà, che normalmente è effetto di misure espropriative cioè di misure dell’autorità pubblica, può, secondo l’interpretazione della Commissione e della Corte (di Strasburgo) riguardare anche i rapporti tra i privati». In senso conforme v. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, cit., 95, che proprio in riferimento alla tutela del diritto dominicale evidenzia come «Garantire in concreto l’uso dei beni viene considerato elemento qualificante, nella sostanza, della portata della disposizione in esame, la cui violazione può essere integrata, quindi, non solo da una diretta interferenza materiale, da parte delle pubbliche autorità, nell’esercizio delle facoltà connesse al libero godimento del bene, ma anche in tutte le ipotesi in cui non siano garantite, dai poteri pubblici, le condizioni per tale esercizio, sì da impedirne di fatto l’uso», e DE MARCO, *La tutela “multilivello” dei diritti tra enunciazioni normative e guarentigie giurisdizionali*, cit., 147, che segnala la sentenza Corte EDU, 26.3.1985, X e Y contro Paesi Bassi, quale caso emblematico di efficacia orizzontale della Convenzione. In senso contrario v. invece PADELLETTI, commento all’art. 1 Prot. 1 CEDU, cit., 827, secondo cui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo «sembra[no] indicare una tendenza restrittiva all’affermazione di una responsabilità dello Stato per attività di semplici privati, nel senso di richiedere quanto meno un nesso di causalità diretto ed immediato tra il comportamento dello Stato ed il pregiudizio sofferto dal singolo», e GENNUSA, *La Cedu e l’Unione europea*, cit., 92.

⁵³² Cfr. COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche di origine europea*, cit., 765. Conf. v. anche GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, cit., 77: «ricostruire l’art. 117, primo comma, Cost., come norma interposta implica che le norme della CEDU e dei successivi Protocolli addizionali, integrino il “diritto costituzionale privato” che regola direttamente i rapporti fra privati, in particolare nella materia proprietaria».

A conclusione della lunga analisi dei rapporti e dei reciproci condizionamenti tra fonti sovranazionali e diritto interno sin qui compiuta, si può quindi dire che, secondo quello che può essere definito come il “diritto costituzionale multilivello” vivente, il diritto dominicale, estromesso dalla “casa dei diritti inviolabili” con la Costituzione repubblicana, vi ha oggi fatto rientro attraverso la finestra aperta dalla CEDU e dalla Carta di Nizza.

Una tesi che già si reggeva saldamente sulla constatazione della elevazione dei principi espressi dalla CEDU a “*normativa interposta*”⁵³³; principi, come si diceva, che vivono nella interpretazione da essi datane dalla Corte di Strasburgo, con la conseguenza che, se era costituzionalmente illegittima una norma in contrasto con i principi CEDU, era da ritenersi non meno illegittima l’interpretazione di una norma interna che negasse la – adeguata - risarcibilità di un pregiudizio per il quale, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo avrebbe riconosciuto ristoro⁵³⁴.

Con la comunitarizzazione della CEDU il percorso logico giuridico da compiere per giungere ad affermare la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà si semplifica notevolmente. Perché infatti, dovendosi ora fare riferimento al “nuovo diritto di proprietà comunitario”, che come si è detto è ad ogni effetto un diritto inviolabile, sarà sufficiente applicare i pur restrittivi parametri nomofilattici delle Sezioni unite per giungere alla conclusione che dalla lesione di tale diritto deriva una ingiustizia costituzionalmente qualificata per la quale è data tutela risarcitoria non patrimoniale⁵³⁵.

Non vi sono quindi che due possibili strade.

O si adegua la lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., includendo anche la lesione al diritto di proprietà – in quanto lesione ad un diritto fondamentale -

⁵³³ Segnala tra l’altro PRADUROUX, *Il diritto di proprietà nel diritto comunitario: principi fondamentali e <self restraint> della Corte di Giustizia*, cit., 301, che quanto all’art. 17 - sul diritto di proprietà - della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione adottata a Nizza, «Da più parti è stata rilevata l’assenza, nel testo dell’art. 17, di ogni riferimento alla formula della funzione sociale, il cui inserimento era stato proposto nel corso dei lavori, quale strumento che avrebbe consentito al legislatore di comporre i conflitti tra interessi proprietari e interessi non proprietari».

⁵³⁴ Cfr. sul punto RICCIO, *Verso l’atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell’art. 2059 c.c.?*, cit., 284, secondo cui «Se il legislatore nazionale deve, a norma dell’art. 117 Cost., esercitare la potestà legislativa <nel rispetto di vincoli internazionali>, a maggior ragione dovrà rispettare tali vincoli, l’Autorità giudiziaria, cui non è certo dato di statuire ciò che neppure il legislatore può statuire».

⁵³⁵ Cfr. SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, cit., 705.

tra quelle idonee a fondare senz'altro la risarcibilità pure del danno non patrimoniale⁵³⁶.

O si dovrà prima o poi giungere ad una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. – per contrasto con la giurisprudenza CEDU – nella parte in cui tale norma non ammette senz'altro la risarcibilità del danno non patrimoniale per il caso di lesione al diritto di proprietà⁵³⁷.

Diversamente la fila dei ricorrenti alla Corte di Strasburgo andrà sempre più allungandosi⁵³⁸. Anche perché la Corte europea dei diritti dell'uomo, come si è detto, si è spinta al di là dei confini propri della tutela del diritto di proprietà, giungendo a riconoscere l'esistenza di un principio avente per oggetto il rispetto dei beni in generale.

Spettacolo cui si dovrà assistere fino a quando, come già è accaduto ad esempio – ma non solo - quando si è trattato di “compensare” l'irragionevole durata dei processi, il legislatore non sarà costretto ad intervenire. E nel frattempo chi non ha i mezzi e la determinazione per difendersi appropriatamente dovrebbe accettare di vedere la soccombenza di ragioni che altri si vedono riconoscere altrove⁵³⁹.

⁵³⁶ Cfr. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, cit., 243; SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, cit., 705.

⁵³⁷ Cfr. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, cit., 284: «L'art. 2059 c.c., infatti, alla luce del nuovo diritto vivente di cui alle sentenze della Sezioni unite del novembre 2008, crea illegittime ed irragionevoli limitazioni risarcitorie al danno non patrimoniale, in contrasto sia con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. sia con l'art. 117, co. 1, Cost. e 8, co.1, considerata la L. 4 agosto 1955, n. 848 di ratifica ed esecuzione della CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo». Cfr. anche VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, cit., 827, secondo cui per superare tale inadeguatezza «*De jure condendo* non sembra privo di logica affermare che è probabilmente giunto il momento di operare una incisiva riforma dell'art. 2059 c.c., al fine di inserirvi un esplicito riferimento oltre che alla Costituzione, anche alle fonti del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, senza dover attendere che siano le singole leggi speciali a dover rinviare di volta in volta alle fonti sovra-legislative, così come è già accaduto ad esempio in materia di irragionevole durata del processo».

⁵³⁸ Invero la schiera dei ricorrenti è già oggi parecchio numerosa, tanto che, come osserva SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, cit., 342, che la Corte di Strasburgo si è trasformata «nel volgere di pochi anni da giudice “di elite” conosciuto o adito da pochi a giudice “popolare” cui rivolgono la propria domanda di giustizia centinaia di migliaia di individui».

⁵³⁹ A proposito degli alti costi da sostenere per ricorrere alla Corte dei diritti umani, spiega RAIMONDI, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 560, che addirittura da più parti si propone addirittura di introdurre la possibilità per la Corte di procedere all'iniziativa d'ufficio, e tanto richiamando «l'esperienza della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, la quale può intraprendere di sua propria iniziativa missioni conoscitive quando vi sia notizia di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani».

Non pare che questa sia una conclusione accettabile, ed occorrerà che prima o poi la giurisprudenza si faccia carico di queste imbarazzanti conseguenze.

È bene infatti ricordare che, già oggi, la Corte di giustizia UE impone agli stati membri l'adozione di adeguate tutele per i diritti soggettivi scaturenti dall'ordinamento giuridico comunitario, sia che si tratti di diritti c.d. "verticali", ossia quelli vantati nei confronti dello Stato, sia che si tratti di diritti c.d. "orizzontali", ossia quelli da far valere nei confronti di ciascun altro consociato, poiché ritiene che la violazione di norme comunitarie preordinate a conferire diritti agli individui costituisca un ostacolo alla piena attuazione del diritto dell'Unione non meno rilevante di quello della inattuazione degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri⁵⁴⁰. Conseguenza di ciò è che quando non viene assicurato da uno Stato membro uno *standard* minimo di tutela necessario alla effettiva garanzia di tali diritti, interviene - tanto nei rapporti verticali che in quelli orizzontali - l'apparato di garanzia del diritto comunitario⁵⁴¹, attraverso gli strumenti della disapplicazione, della ripetizione dell'indebito, dell'interpretazione conforme e, non da ultimo, del risarcimento del danno⁵⁴².

Si deve poi osservare che, per quanto con criteri rigorosi, la Corte di giustizia ammette il ricorso individuale contro atti di portata generale che violano i diritti fondamentali⁵⁴³, giungendo talvolta a forzare i limiti di azione che le sono imposti dai Trattati istitutivi per accordare tutela a diritti "estranei" all'ordinamento comunitario, quali i diritti CEDU e quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Cfr. CALCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 557 ss., 583.

⁵⁴¹ Secondo BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, cit., 28, «Nonostante i limiti della sfera di controllo della Corte CE [...] la casistica [...] mette in luce che un largo ventaglio di situazioni possono ricadere in detta sfera. Di fatto ... l'opera giurisprudenziale della Corte CE finisce col toccare buona parte dei settori tradizionali di protezione dei diritti dell'uomo. Per certi versi, la Corte CE potrebbe essere invero assimilata ad una corte costituzionale interna».

⁵⁴² Cfr. CALCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, cit., 560.

⁵⁴³ In questi termini LANG, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, cit., 65; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., 171.

⁵⁴⁴ Cfr. DE MARCO, *La tutela "multilivello" dei diritti tra enunciazioni normative e gaurentigie giurisdizionali*, cit., 149.

Non si tratta, a ben vedere, di una attività abnorme, poiché infatti, come *supra* si è spiegato⁵⁴⁵, il ricorso individuale ben potrebbe comunque essere esercitato per l'indiretto tramite di una causa nazionale in cui, con la "complicità" del giudice, venga attivato il meccanismo del rinvio pregiudiziale⁵⁴⁶.

Non da ultimo, vale la pena ricordare che è pur sempre ammesso il ricorso individuale al Tribunale comunitario di primo grado con il ricorso per responsabilità extracontrattuale della Comunità⁵⁴⁷.

Se ora si immagina di applicare questo medesimo paradigma anche alla tutela dei diritti portati dalla CEDU è chiaro che, anche secondo questo diverso schema di principio, una volta che l'ordinamento interno non si presti ad assicurare la garanzia di tali diritti, interverrebbero, a seconda delle rispettive competenze, ossia del tipo di diritto in questione, la Corte di Strasburgo o la Corte di giustizia, che si occuperebbero di renderne effettiva la tutela⁵⁴⁸.

Va anzi precisato che l'Unione europea, una volta che, come prevede l'art. 6 del nuovo TUE, avrà aderito alla CEDU, si vedrà assoggettata agli obblighi stabiliti dalla Convenzione a carico dei Paesi membri, e dunque eventuali atti comunitari adottati in contrasto con i principi CEDU determineranno l'insorgere di responsabilità che potranno essere fatte valere davanti alla Corte di Strasburgo, alla quale, nella materia

⁵⁴⁵ Si rinvia ai superiori § 3.5) e 3.6), ed in particolare alle note nn. 241 e 256, in cui sono segnalati i casi più significativi nei quali, attraverso cause che le erano state rimesse per il tramite di rinvii pregiudiziali, la Corte di giustizia ha di fatto realizzato la tutela di diritti fondamentali estranei all'ordinamento comunitario in senso stretto, facendoli addirittura prevalere sulle libertà tutelate dai Trattati.

⁵⁴⁶ Cfr. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit., 91: «La Corte del Lussemburgo, come è noto, non potrebbe occuparsi della interpretazione o validità di una norma di diritto interno, tuttavia, sulla base del "rinvio pregiudiziale" [...] essa riesce con la attiva complicità del giudice che ha sollevato la questione a penetrare all'interno degli ordinamenti interni, invadendo un terreno del giudice costituzionale nazionale».

⁵⁴⁷ LANG, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, cit., 65

⁵⁴⁸ Cfr. TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 178: «Già allo stato attuale, i giudici di Lussemburgo mostrano la volontà di seguire la giurisprudenza di Strasburgo e riconoscono la possibilità di annullare un atto dell'Unione per contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU; è lecito ipotizzare che tale attitudine sarà tanto più pronunciata una volta che l'Unione avrà aderito alla CEDU. Se la Corte di giustizia riconoscerà la diretta applicabilità della CEDU nell'ordinamento dell'Unione, è ragionevole pensare che anche le sentenze della Corte di Strasburgo che accertino la violazione di un diritto fondamentale – quanto meno ascrivibile all'Unione – godano della diretta applicabilità nell'ordinamento dell'Unione [...] Si potrebbe tuttavia ipotizzare che il giudice nazionale sia abilitato a disapplicare *medio tempore* l'atto condannato dalla Corte di Strasburgo, in attesa della rimozione dello stesso dall'ordinamento dell'Unione, ad opera della Corte di Giustizia».

della tutela dei diritti fondamentali, sarà – o quantomeno è verosimile che dovrà essere - formalmente subordinata anche la Corte di giustizia⁵⁴⁹.

Ciò significa, in altri termini, che in caso di conflitto tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento CEDU in tema di violazione dei diritti umani, sarà quest'ultimo a dover prevalere⁵⁵⁰. Non sarà allora più possibile che un atto comunitario possa comprimere un diritto CEDU, e di tale eventuale violazione sarebbe in ogni caso chiamata a decidere – in via esclusiva – la Corte di Strasburgo⁵⁵¹.

E se è vero che l'adesione ancora non è stata perfezionata, è nondimeno altrettanto vero che, a tenore degli artt. 52, co. 3° e 53 della Carta di Nizza, trattato già oggi vigente, l'Unione è tenuta ad assicurare il rispetto dello standard minimo convenzionale in modo quanto più possibile immediato, e cioè senza attendere i successivi correttivi della Corte EDU⁵⁵². E tutto ciò a tacere del fatto che, come già si

⁵⁴⁹ Cfr. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, cit., 239; in senso sostanzialmente conforme v. LANG, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, cit., 63.

⁵⁵⁰ Cfr. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, cit., 238.

⁵⁵¹ Va chiarito che, da un punto di vista formale, la Corte di Strasburgo non ha giurisdizione quanto agli atti comunitari, e quindi i ricorsi avverso atti dell'Unione europea sarebbero oggi dichiarati inammissibili. Si tratta, come spiega GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 107, di una inammissibilità «*ratione personae*, dovuta alla natura del soggetto responsabile dell'azione lesiva dei diritti, che aveva indotto la più autorevole dottrina a ravvisare un'immunità assoluta del diritto comunitario rispetto alle violazioni della Cedu (almeno se non già rilevate dalla Corte di giustizia) in quanto l'estraneità del soggetto Comunità al soggetto Cedu finiva per comportare – secondo la ricostruzione della Commissione – l'assenza di giurisdizione degli organi di Strasburgo non solo nei confronti della stessa Comunità, ma anche nei confronti dei suoi Stati membri congiuntamente considerati quando in questione era una lesione della Cedu ad opera di un atto comunitario». Per il vero, come spiega D'ALTERIO, *Esercizi di dialogo: i rapporti tra Corti europee nel conflitto tra ordinamenti*, cit., 948 ss., a far data dagli anni '90 la Corte di Strasburgo, invertendo una tendenza che si era in passato consolidata, ha cominciato a sindacare gli atti di diritto comunitario, specificando che «il trasferimento di poteri ad organizzazioni internazionali da parte degli Stati membri non esclude necessariamente la responsabilità dello Stato nei confronti della Convenzione nell'esercizio dei poteri trasferiti. Un tale meccanismo è compatibile con la Convenzione a patto che all'interno dell'organizzazione internazionale i diritti fondamentali ricevano una "protezione equivalente". Pertanto l'assenza di una siffatta protezione rappresenta la condizione di responsabilità dello Stato membro che eseguendo gli atti dell'organizzazione internazionale, lede diritti fondamentali tutelati dalla Cedu. [...] Nella maggioranza dei casi, il criterio della protezione equivalente è usato dalla Corte con riferimento all'attuazione da parte degli Stati membri di atti esecutivi di disposizioni comunitarie». È appena il caso di osservare che, se questo era vero prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la diretta adesione alla CEDU dell'Unione europea viene meno l'ostacolo all'esercizio del controllo diretto dell'operato delle Istituzioni comunitarie e degli atti comunitari dalle stesse emanati, che saranno quindi soggetti al vaglio della Corte di Strasburgo alla stessa stregua di quanto avviene per ciascun altra Parte contraente.

⁵⁵² In questi termini BULTRINI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, cit., 710, per il quale, tra l'altro, «La garanzia di cui all'art. 52, par. 3 della Carta appare peraltro particolarmente interessante, sempre in termini di allineamento tempestivo con lo standard minimo convenzionale, proprio nell'ottica del dialogo diretto con i giudici interni da parte

è detto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - *ex art. 6, co. 3°, TUE* - «*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*».

Quindi, per venire conclusivamente al tema oggetto del presente studio, si può affermare con fondato convincimento che con la comunitarizzazione della CEDU si è attuata anche la comunitarizzazione delle tutele dei diritti in essa menzionati.

E pertanto il risarcimento non patrimoniale – o morale – che la Corte di Strasburgo riconosce – sussistendone i presupposti - in caso di violazione al diritto di proprietà, dovrà parimenti essere riconosciuto e garantito tanto dall'ordinamento dell'Unione europea, quanto da ciascuno Stato membro⁵⁵³.

Nel caso in cui ciò non dovesse avvenire, potranno intervenire i rimedi che l'ordinamento comunitario ha approntato anche per i rapporti intersoggettivi, con la variante che di essi si dovrà far carico non l'autore della violazione, bensì lo Stato membro, chiamato a rispondere in forza della responsabilità solidale per non aver impedito la – *rectius*, per aver cooperato alla - violazione del diritto⁵⁵⁴.

della Corte di giustizia grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale, attualmente previsto dall'art. 234 del Trattato CE, strumento che la Corte EDU non ha la fortuna di possedere».

⁵⁵³ Anche perché, come osserva CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, cit., 276, «un sistema integrato di tutela multilivello può difficilmente sopportare la compresenza di diversi gradi di tutela in favore dei medesimi diritti fondamentali».

⁵⁵⁴ Cfr. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, cit., 160, il quale evidenzia come la Corte di giustizia, avvalendosi dello strumento del controllo di legittimità comunitaria, «ha finito per elevare la persona umana e i suoi diritti fondamentali a diretto fondamento della validità non soltanto degli atti delle istituzioni comunitarie, ma anche – quanto meno a partire dalla seconda metà degli anni ottanta – degli atti degli stessi Stati membri, purché costituenti diretta esecuzione del diritto comunitario oppure esercizio di potere in deroga ad esigenze di libero mercato tutelate dai Trattati [...] Così legittimandone e anzi imponendone la immediata disapplicazione in caso di accertato contrasto e addirittura sanzionando gli Stati membri di responsabilità extracontrattuale in caso di violazione di diritti riconosciuti ai singoli».

5.1) L'indifferenza delle Sezioni unite rispetto ai nuovi interessi emergenti

Secondo quanto si è sin qui detto quella che pareva essere una inarrestabile avanzata della frontiera del danno non patrimoniale è stata bruscamente interrotta dalle quattro sentenze delle Sezioni unite del novembre del 2008. Orientamento di chiusura ribadito anche da un recente ulteriore intervento delle medesime Sezioni unite, che riafferma il principio secondo cui - al di fuori dai casi espressamente previsti dalla legge e delle fattispecie costituenti reato - potrà darsi risarcimento del danno non patrimoniale solo ove sussista una *«lesione di diritti costituzionali inviolabili presieduti dalla tutela minima risarcitoria, con la precisazione, in quest'ultimo caso, che la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio conseguentemente sofferto e che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone, altresì, che la lesione sia grave (e cioè superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno non sia futile (vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario)»*, e tanto al dichiarato scopo di evitare il ristoro di tutti quei *«disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione (oggetto delle cosiddette liti bagatellari) ritenuti non meritevoli di tutela risarcitoria»*⁵⁵⁵.

Invero anche la scelta - sempre dalle Sezioni unite del novembre del 2008 - di svalutare le norme ed i principi della CEDU, utilizzando a tal fine solo la confacente parte del *revirement* delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, consapevole o meno che sia stata, per quanto si è sin qui detto è risultata parimenti funzionale ad evitare di ampliare il catalogo dei danni risarcibili.

Insomma, le Sezioni unite non hanno fatto nulla per nascondere l'intenzione di negare ad ogni costo accesso a quella tipologia di danno definito nel *leading case* che ha inaugurato questo corso giurisprudenziale come *«futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto»*⁵⁵⁶, ossia il danno bagatellare.

Si può essere d'accordo sul fatto che occorreva in qualche modo arginare le grottesche derive verso le quali certi giudici di prossimità, ed in particolare taluni

⁵⁵⁵ Così Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, cit.

⁵⁵⁶ V. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit.

Giudici di pace, stavano trascinando la responsabilità civile⁵⁵⁷. Ed altrettanto condivisibile è che si richieda al giudice di utilizzare il «*parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico*»⁵⁵⁸ per operare la selezione degli interessi dalla cui lesione deriva il risarcimento del danno non patrimoniale.

Ma se poi questa affermazione rimane mera petizione di principio, e si nega tutela risarcitoria alla più parte dei bisogni sociali emergenti dalla mutata sensibilità collettiva degradandoli a meri fastidi esistenziali, in quanto tali inidonei a superare «*la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale*»⁵⁵⁹, allora vien da chiedersi quale sia la «*coscienza sociale*» presa a riferimento dal Supremo Collegio.

Quel che è certo è che è parecchio lontana dal dato di realtà, anche da quella in senso stretto “giuridica”, posto che, tra l’altro, come già si è ampiamente detto, le Sezioni unite non hanno tenuto in alcuna considerazione le conseguenze derivanti dall’avvento, o forse sarebbe più corretto dire dal consolidamento, del c.d. “costituzionalismo multilivello”.

La più autorevole giurisprudenza di legittimità, con una operazione non condivisibile, ha dunque inteso privilegiare le esigenze organizzative della giustizia, così completamente disattendendo la richiesta di tutela di quei nuovi bisogni che oggi, per la via intrapresa dalle Sezioni unite, vengono compressi nell’indistinto magma del preteso «*dovere di tolleranza*»⁵⁶⁰.

Dire che l’inflazione del contenzioso “bagatellare” dipende da avventurose azioni delle parti danneggiate è, invero, una prospettiva del tutto parziale, posto che in questo modo i danneggianti, potendosi avvalere di una franchigia che li esonera dalla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - peraltro non prevista da alcuna norma di diritto sostanziale o processuale – e dunque di una soglia al di sotto della

⁵⁵⁷ Derive tra l’altro censurate in *primis* dai più convinti sostenitori – quando non addirittura teorizzatori - del danno esistenziale. Cfr. *ex plurimis* BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, cit., 48, e CENDON, *Essere o non esistere*, cit., 1314.

⁵⁵⁸ V. ancora Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26792, cit.

⁵⁵⁹ Così Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, cit., che di fatto replica il medesimo principio espresso da Cass., S.u. 11.11.2008, n. 26792, cit.

⁵⁶⁰ Si è, cioè, come chiosa CENDON, *L’urlo e la furia*, cit., 72, guardato ai danni bagatellari non già come storture fronteggiabili attraverso le leve dell’officina aquiliana, razionalmente, ma come ossessioni totali, fantasmi stessi del male.

quale viene loro garantita a livello pretorio una oggettiva immunità, sono di fatto incentivati a tenere un comportamento tutt'altro che virtuoso⁵⁶¹.

Nei seguenti paragrafi si cercherà pertanto di dimostrare l'inadeguatezza di tale opzione prendendo in considerazione un ampio ventaglio di ipotesi tipiche, tutte sussumibili sotto il comune denominatore della lesione al diritto di proprietà, per le quali, diversamente da quanto si concluderebbe stando ai parametri indicati dal recente arresto delle Sezioni unite, sussistono i presupposti giuridici, economici e sociali in forza dei quali il risarcimento del danno non patrimoniale può, se non addirittura deve, essere riconosciuto.

5.2) Le immissioni eccedenti la soglia di tollerabilità - Generalità.

Quello delle immissioni è l'argomento che meglio si presta ad iniziare il ragionamento in ordine alla risarcibilità del danno "immateriale" da lesione del - e/o limitazione al - godimento del diritto di proprietà.

Infatti, nonostante l'art. 844 c.c., norma che presiede alla tutela delle immissioni, sia collocato all'interno della disciplina proprietaria, il formante giurisprudenziale si è avvalso di tale istituto per gettare un ponte verso il sistema della responsabilità civile⁵⁶², sul presupposto che *«nella deduzione della proprietà come interesse leso dalle immissioni [rumorose] si valorizzano i momenti soggettivi, nel senso che l'alterazione delle modalità di uso del bene, che incide sulle condizioni personali del proprietario, comporta una diminuzione del diritto dominicale: quindi, il disagio personale del titolare si considera come una oggettiva privazione della facoltà d'uso»*⁵⁶³.

Le immissioni di cui si discute sono quelle indirette o mediate, e consistono non già in una attività compiuta (direttamente) sul fondo altrui, per le quali opererebbero altri

⁵⁶¹ Cfr. BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, nota a commento di Cass., 9.4.2009, n. 8703, Cass., S.u., 15.1.2009 n. 794 e Cass., S.u., 29.8.2008, n. 21934, in *Giur. it.*, 2009, 2641 ss., 2655.

⁵⁶² Cfr. MATTEI, voce *Immissioni*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 313;

⁵⁶³ Così in Cass., S.u., 15.10.1998, n. 10186, in *Giust.civ.*, 1999, I, 2411; in *Foro it.*, 1999, I, 922; in *Danno e resp.*, 1999, 107 (solo massima); in *Riv.giur.amb.*, 1999, 500, con nota di DE CESARIS, *Immissioni: secondo le Sezioni unite della Cassazione per la tutela del diritto alla salute l'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c. da sola non basta.*

istituti civilistici di tutela petitoria o possessoria, ma nella propagazione degli effetti di detta attività su un fondo attiguo che siano materialmente percepibili⁵⁶⁴.

Si tratta peraltro di una disposizione che si preoccupa di regolare la coesistenza nel medesimo contesto territoriale di attività produttive e di insediamenti abitativi, un equilibrio reso dal contesto storico-sociale degli ultimi anni assai precario⁵⁶⁵, e di disciplinare altresì quei «*foschi scenari di annose liti condominiali*»⁵⁶⁶ che spesso finiscono per essere oggetto di altrettanto insidiose controversie giudiziarie.

La costante tensione esistente tra i contrapposti interessi, che con apprezzabile lungimiranza il Legislatore del 1942 ha saputo prevedere⁵⁶⁷, può essere oggi governata grazie alla struttura “aperta” con la quale è stato formulato l’art. 844 c.c. L’elenco delle immissioni potenzialmente lesive del godimento della proprietà contenuto nella norma è infatti da considerare non tassativo, e sarebbe quindi estensibile a tutte le ipotesi in cui le immissioni presentino le medesime caratteristiche – materialità e mediatezza – dei tipi di propagazioni contemplate nel testo dalla disposizione⁵⁶⁸. Ciò ha consentito di fare dell’art. 844 c.c. uno strumento con cui approntare adeguate tutele rispetto all’invasività delle nuove fonti inquinamenti derivanti dallo sviluppo tecnologico, e al contempo di recepire i risultati della ricerca scientifica in ordine agli effetti che le nuove e vecchie fonti di immissione - in specialmodo le radiazioni ed i campi magnetici⁵⁶⁹ - sono in grado di produrre sull’organismo⁵⁷⁰.

⁵⁶⁴ Cfr. SALVI, voce *Immissioni*, *Enc. giur. Treccani*, ROMA, 1988, 1; BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 231, 233; RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009, 541.

⁵⁶⁵ BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 230.

⁵⁶⁶ Definizione che si deve a DE GIORGI, “Die arme Spielerin” (*suono di pianoforte e tutela della salute*), in *N.g.c.c.*, 1995, I, 321 ss., 329, nota a commento di App. Torino, 23.3.1993, e di Pret. Milano, ord., 18.2.1993.

⁵⁶⁷ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 230: «Il vecchio codice - analogamente a quello francese - non menzionava il limite delle immissioni, ma il principio era già riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e i suoi precedenti risalgono al diritto romano». Cfr. anche MATTEI, voce *Immissioni*, cit., 315; DE MARTINO, *Beni in generale - Proprietà*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, Libro terzo, Della proprietà*, BOLOGNA, 1976, 199; VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, PADOVA, 2005, 532.

⁵⁶⁸ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 542; NARDI, *Immissioni intollerabili ed esigenze della produzione*, in *La resp. civ.*, 2009, 345; DE MARTINO, *Beni in generale - Proprietà*, cit., 205; SALVI, voce *Immissioni*, cit., 1.

⁵⁶⁹ Al momento un tema fortemente dibattuto è quello dei possibili effetti derivanti dalle onde elettromagnetiche, su cui è in corso un contrastato dibattito nella comunità scientifica. Tema che verrà preso in esame *infra*, sub §§ 5.9) e 5.10).

⁵⁷⁰ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 542: «Quanto al requisito della materialità esso è integrato non solo quando l’immissione abbia carattere corporeo e sia percepibile ai sensi dell’uomo, ma anche quando influisca oggettivamente sul suo organismo o su apparecchiature tecniche (ad

Esulano dall'ambito qui in considerazione le cosiddette immissioni negative, quali sottrazione di luce ed aria, che per quanto materialmente percepibili ricadono sotto il regime di disciplina delle distanze legali⁵⁷¹, nonché l'attività direttamente compiuta da un terzo su un fondo altrui, trattandosi in questo caso non già di immissioni nel senso di cui all'art. 844 c.c., quanto semmai di un *facere in alienum* che, ove non legittimato ad altro titolo, è di per sé illecito⁵⁷².

In linea di principio l'art. 844 c.c. viene applicato facendo riferimento a tre diversi parametri valutativi: la normale tollerabilità delle immissioni; il temperamento delle ragioni della proprietà con quelle della produzione; il "preuso".

Deve essere innanzitutto chiarito che la soglia massima di tollerabilità a cui fare riferimento ex art. 844 c.c. non è, per consolidato orientamento, quella stabilita dalle normative speciali contenute in leggi o nei regolamenti locali, poiché tali disposizioni afferiscono alle "emissioni" nell'atmosfera e perseguono interessi meramente pubblici, disciplinando cioè i rapporti "verticali" tra privati e pubblica amministrazione⁵⁷³. Né si richiede (come invece ai fini penali a mente dell'art. 659 c.p. su cui ci si soffermerà più oltre) che le emissioni abbiano il carattere della diffusività, vale a dire che siano percepibili da un numero indistinto di soggetti⁵⁷⁴.

La prospettiva che prende infatti in considerazione l'art. 844 c.c. è quella dei rapporti interprivati e della (in)tollerabilità⁵⁷⁵ del livello delle immissioni nell'altrui fondo⁵⁷⁶,

esempio: radiazioni e onde elettromagnetiche)». Invero secondo BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 232, andrebbe incluso tra le immissioni anche «l'assoggettamento permanente ad immagini provenienti da altrui fondo» poiché esso « può comportare l'invivibilità di un appartamento se si tratta di immagini insopportabilmente sgradevoli. Analoga soluzione dovrebbe prospettarsi quando un immobile venga adibito ad attività contrarie al buon costume esercitate in modo manifesto, assoggettando in tal modo il fondo altrui a viste invereconde, schiamazzi ecc». *Contra* invece DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, cit., 205, per il quale «L'enumerazione del codice è meramente esemplificativa, ma a base di essa sta il carattere di materialità delle immissioni: bisogna dunque ritenere che le semplici influenze immateriali, le quali costituiscono una offesa al decoro o alla morale, come quelle derivanti dall'esercizio di una casa di tolleranza, non rientrano nella previsione dell'articolo in esame».

⁵⁷¹ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 543.

⁵⁷² In questi termini RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 544.

⁵⁷³ Cfr. Cass., 3.7.2008, n. 18226, in *Guida al dir.*, 2008, 43, 50 (solo mass.), ed in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1090; Cass., 31.1.2006, n. 2166, pubblicata unitamente a Cass., 11.4.2006, n. 8420 e Cass., 10.5.2006, n. 10715, in *Giust. civ.*, 2007, I, 465 ss., tutte ivi annotate da COSTANZA, *Evoluzioni e involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni.*; Cass., 27.1.2003, n. 1151, in *Danno e resp.*, 2003, 785 (solo massima); Cass., 29.4.2002, n. 6223, in *Banca dati de jure*; Cass., 3.8.2001, n. 10735, in *N.g.c.c.*, 2002, I, 716, annotata da MORLOTTI, *Immissioni intollerabili: art. 844 c.c. e d.p.c.m. l'3.1991 a confronto*; Cass., 18.4.2001, n. 5697, in *Giur.it.*, 2001, 1818.

⁵⁷⁴ Cfr. Cass., 31.1.2006, n. 2166, cit.

⁵⁷⁵ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 234, per il quale «La normale tollerabilità è la sopportabilità delle immissioni valutata alla stregua della coscienza sociale»; conf. v. anche DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, cit., 202, secondo cui «Il criterio non deve essere desunto

e pertanto non svolge alcun rilievo il fatto che le immissioni rimangano al di sotto dei limiti fissati dalle norme di interesse generale⁵⁷⁷, essendo in tal caso sufficiente che sussista l'incompatibilità delle immissioni con l'uso normale della proprietà di chi, per la vicinanza tra i fondi⁵⁷⁸, vi si trovi esposto⁵⁷⁹.

Per quel che riguarda più nello specifico la ricorrente fattispecie delle immissioni rumorose, la giurisprudenza ricorre in genere al criterio c.d. "differenziale" in base al quale si considerano eccedenti la soglia di tollerabilità quelle immissioni che superino di un certo numero di decibel il rumore di fondo della zona circostante alla proprietà immessa⁵⁸⁰.

Nel caso in cui poi si abbia a che fare con "immissioni" la cui intensità ecceda i limiti normativi stabiliti per le "emissioni", si avrà a che fare con una fattispecie che integra al contempo sia la violazione delle norme generali a tutela della collettività,

da considerazioni astratte o teoriche, ma da categorie economico sociali; la tollerabilità deve essere quella normale in un determinato momento storico ed in un luogo determinato e deve essere sentita come tale dalla coscienza sociale.»

⁵⁷⁶ A testimonianza del fatto che si tratta di una interpretazione da tempo consolidata, tale concetto è esposto in termini estremamente chiari già in App. Torino, 23.3.1993, pubblicata unitamente alla relativa pronuncia di primo grado oggetto di impugnazione Trib. Alessandria, 7.5.1992, in *Giur. it.*, 1995, 343 ss.: «Ora, i limiti di accettabilità sono tutt'affatto diversi dai limiti di tollerabilità, nel senso che i primi ben possono esser rispettati pur non essendolo i secondi. Con la prima nozione l'ordinamento fissa limiti assoluti ed inderogabili validi su tutto il territorio nazionale, costituenti il livello massimo di rumore oltre il quale si realizza una situazione di inquinamento acustico, quindi con effetto dannoso indiscriminato per la collettività. Con la seconda, si ha riferimento, molto più limitatamente, a quelle situazioni di fatto che si trovino in particolari e specifici rapporti con la sorgente rumorosa, la quale può anche non determinare un fenomeno di inquinamento acustico, ma può nondimeno riuscire intollerabile in quelle specifiche condizioni. L'esempio che può essere fatto è quello di una sorgente di suoni a bassa frequenza, che generano un particolare stress psicofisico in chi vi sia soggetto, pur se la loro intensità praticamente mai attingerà i limiti massimi accettabili nell'ambiente o anche in luogo chiuso».

⁵⁷⁷ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit. 546: «La giurisprudenza ripete infatti che le immissioni possano essere ritenute intollerabili dal giudice anche laddove provengano da un'attività che sia stata legittimamente autorizzata dalla pubblica amministrazione».

⁵⁷⁸ Osserva BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La Proprietà*, cit., 233, che «Il riferimento alla vicinanza del fondo immettente ha perduto l'antico significato di "prossimità" dell'immobile. Gli sviluppi della tecnica industriale, infatti, espongono i fondi ad immissioni anche di remota provenienza: basti pensare agli scarichi di materiale inquinante e alle radiazioni atomiche». Conf. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 542.

⁵⁷⁹ Cfr. Cass., 17.1.2011, n. 939, in *www.altalex.it*; Cass., 3.7.2008, n. 18226, cit.; Cass., 31.1.2006, n. 2166, cit.; Cass., 3.8.2001, n. 10735, cit.

⁵⁸⁰ Cfr. SALVI, voce *Immissioni*, cit., 4; MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *N.g.c.c.*, 2010, 204 ss., 208. In giurisprudenza cfr. *ex plurimis* Cass., 17.1.2011, n. 939, in *www.altalex.it*; Cass., 8.3.2010, n. 5564, in *Danno e resp.*, 2010, 776 ss., commentata da PONZANELLI, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, in *Ngcc.*, 2010, 588 ss., commentata da SAPONE, *Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1519 ss., commentata da MAZZOLA, *Immissioni intollerabili, danno non patrimoniale e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c.*; Cass., 3.8.2001, n. 10735, cit., in cui il limite differenziale preso a riferimento è stato di tre decibel, come avviene nella più parte dei casi.

con conseguente applicabilità dei previsti correttivi sanzionatori pubblicistici, che l'interesse protetto alla stregua dell'art. 844 c.c., ossia quello del proprietario del fondo gravato dall'intrusione⁵⁸¹.

L'accertamento di fatto in ordine all'intollerabilità, rimesso al prudente apprezzamento del giudice, ove adeguatamente motivato e coerente con i criteri direttivi dettati dalla norma di cui all'art. 844 c.c., è sottratto a censura in sede di legittimità⁵⁸². Va detto che, sulla scorta di tali presupposti, solo di rado e in presenza di stridenti distonie nel percorso logico motivazionale la Suprema Corte ha censurato l'operato dei giudici di prossimità⁵⁸³.

Quanto al rispetto dei criteri da seguire nel giudizio di contemperamento, si deve preliminarmente chiarire che in giurisprudenza si è andata affermando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c., ed a tale stregua si considera quale obiettivo prioritario da perseguire la tutela del "bene salute"⁵⁸⁴. In altri termini una immissione sarà intollerabile ogni qualvolta sia idonea a costituire un pericolo per la salute del proprietario del fondo immesso⁵⁸⁵.

Di talché l'accertata sussistenza – della intollerabilità e quindi - di tale pericolo per la salute svolge nel giudizio di bilanciamento degli interessi un ruolo prevalente rispetto alle ragioni della produzione⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 547. In Cass., 18.4.2001, n. 5697, cit., si chiarisce che i limiti di legge «nelle controversie tra privati vengono considerati espressione d'un limite massimo e non d'un limite minimo, nel senso che, in difetto d'altri riscontri, accertato il loro superamento si abbia per necessariamente accertato anche quello dei limiti di tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. e non viceversa».

⁵⁸² Cfr. Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit.; Cass., 31.1.2006, n. 2166, cit.; Cass., 11.5.2005, n. 9865, cit.; Cass., 7.8.2002, n. 11915, in *Danno e resp.*, 2003, 337; Cass., 27.1.2003, n. 1151, cit.; Cass., 29.4.2002, n. 6223, cit.; Cass., 3.8.2001, n. 10735, cit.

⁵⁸³ Cfr. Cass., 31.1.2006, n. 2166, cit., caso in cui, confermata per il resto la sentenza d'appello, è stato ritenuto immotivato l'accoglimento, da parte del giudice di secondo grado, dell'appello incidentale che ha portato a ridurre a due ore giornaliere l'uso di un campo sportivo parrocchiale.

⁵⁸⁴ Cfr. Cass., 17.1.2011, n. 939, cit.; Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit.; Cass., 31.1.2008, n. 2166, cit.; Cass., 13.3.2007, n. 5844, cit.; Cass., 11.4.2006, n. 8420, cit.

⁵⁸⁵ Cfr. COSTANZA, *Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*, cit., 466: «La rilettura dell'art. 844 c.c. in chiave costituzionalista ha portato a modificare il senso della disposizione non solo per farne, talvolta, norma a presidio dei diritti quali quello alla salute, ma anche per riordinare i criteri stabiliti dal legislatore, per definire l'intollerabilità delle immissioni».

⁵⁸⁶ Cfr. Cass., 17.1.2011, n. 939, cit.; Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit.; Cass., 31.1.2006, n. 2166 e Cass., 11.4.2006, n. 8420 citt.; Il caso trattato da Cass. 31.1.2006, n. 2166 riguardava in particolare rumori provenienti da un campo sportivo parrocchiale ritenuti eccedere la soglia di tollerabilità. La Suprema Corte ha chiarito che «pur tenendosi conto delle finalità socialmente meritevoli caratterizzanti la destinazione della struttura parrocchiale (il cui uso non è stato del tutto inibito) si è tuttavia attribuito preminenza alle primarie ed insopprimibili esigenze di vita quotidiana connotanti l'uso abitativo del confinante immobile, che da un indiscriminato esercizio delle attività ricreative e sportive sarebbero state seriamente pregiudicate». Invece Cass. 11.4.2006, n. 8420, che aveva ad oggetto i nauseabondi odori provenienti da un allevamento avicolo, nella quale «si osserva che la norma codificata sulle

Quanto poi all'eventuale priorità dell'uso che dovesse venire eccepita, poiché a mente dell'844, 2° co., c.c., il giudice «può» – e non dunque “deve” – tenerne conto⁵⁸⁷, essa «costituisce, come da costante giurisprudenza, un criterio sussidiario e facoltativo, con conseguente incensurabilità del giudizio di merito che abbia ritenuto di non avvalersene, quando gli elementi di fatto acquisiti consentano di ritenere comunque superata la soglia della normale tollerabilità»⁵⁸⁸.

Tale consolidato assetto interpretativo rischia però di dover essere messo in discussione per quanto riguarda lo specifico ambito delle immissioni acustiche. Come ormai con inquietante frequenza purtroppo accade, con un estemporaneo ed altrettanto incomprensibile intervento il Legislatore ha introdotto una norma destinata a riverberarsi sia sui criteri di accertamento dell'eccedenza del rumore, che su quelli di temperamento delle ragioni delle parti in causa. L'art. 6 *ter* della L. 27.2.2009, n. 13 (che ha convertito il D. L. 30.12.2008, n. 2008), inserito in un provvedimento recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente, stabilisce infatti che «*Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso*».

Si tratta di una norma spuria dal contesto della legge, posto che non è assolutamente pertinente con la materia ambientale, la cui formulazione, carente anche da un punto

immissioni, nel prevedere la valutazione, da parte del giudice, delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, tenendo eventualmente anche conto della priorità di un determinato uso, è stata correttamente applicata alla fattispecie in esame, considerando anche la valenza della qualità della vita e della salute dei vicini dell'azienda, nella quale la produzione si è svolta senza la predisposizione di misure di cautela idonee ad evitare o limitare l'inquinamento atmosferico. Si tratta di una interpretazione estensiva della norma, costituzionalmente orientata, in relazione al fattore salute, che è ormai intrinseco nella attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato». In senso conforme cfr. anche Cass., 13.3.2007, n. 5844, in *Foro it.*, 2008, 241 ss.

⁵⁸⁷ Cfr. DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, cit., 208; RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 560; SALVI, voce *Immissioni*, cit., 5.

⁵⁸⁸ V. Cass., 11.5.2005, n. 9865, in *Giur.it.*, 2006, 243 ss., annotata da DE PAOLA, *Immissioni e priorità dell'uso*. Cfr. anche Cass., 31.1.2006, n. 2166 e Cass., 11.4.2006, n. 8420, citt., e TAR Puglia, Lecce, Ord. 27.9.2006, n. 1016, in www.giustizia-amministrativa.it, che in un caso in cui si lamentava l'invasività sonora dei rintocchi di un orologio della torre civica, ha accolto le doglianze del ricorrente ed ha imposto la limitazione del suono delle campane ritenendo che «nell'operare il consueto bilanciamento degli interessi in gioco, la tutela della salute risulta preminente rispetto alla salvaguardia delle tradizioni storiche, le quali ben possono continuare ad essere preservate per effetto di una migliore e più opportuna regolazione dei meccanismi della torre civica».

di vista di chiarezza, si presta tra l'altro a sollevare dubbi quanto alla compatibilità con più presidi costituzionali⁵⁸⁹.

Insomma, come è stato condivisibilmente affermato, si è provveduto ad inserire nell'ordinamento norme pensate in fretta e male, e scritte peggio⁵⁹⁰.

Resterà quindi da vedere se, e se sì come, tale norma sia in grado di influire sui criteri ermeneutici sin qui consolidatisi⁵⁹¹.

5.3) Il danno da immissioni eccedenti la soglia di tollerabilità in generale

Nelle more dell'atteso chiarimento non resta che proseguire il ragionamento secondo le consolidate coordinate ermeneutiche. A fronte di una notevole mole di cause giunte al vaglio dei tribunali, le fattispecie più ricorrenti nella casistica, salvo qualche ovvia variante, possono essere racchiuse in un ventaglio di una decina di ipotesi tipiche: il persistente e continuativo suono di strumenti musicali⁵⁹²; l'incessante frastuono e per le vibrazioni dell'impianto di condizionamento di una attività commerciale⁵⁹³ o di una centrale termica condominiale⁵⁹⁴; i rumori derivanti da

⁵⁸⁹ Cfr. MAZZOLA, *Quando entra il Legislatore sparisce il rumore! (Excursus dell'art. 6 ter L. 27 febbraio 2009, n. 13)*, in *www.personaedanno.it* (22.4.2009); cfr. altresì i commenti critici di DE SANTIS, *Quousque tandem, Catilina, abutere patientia nostra? Sul concetto di «normale tollerabilità» delle immissioni acustiche alla luce della L. n. 13 del 2009*, in *Giur. merito*, 2009, 2670 ss., 2673, e MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, cit., 209.

⁵⁹⁰ In questi termini MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, cit., 209. Come ben spiega l'A. la norma fa riferimento solo alle immissioni acustiche non tanto perché queste presentino caratteristiche diverse dalle altre immissioni, quanto perché, assai più banalmente, si doveva risolvere la specifica questione dell'Autodromo di Monza, espressamente citata anche nei lavori parlamentari. Alcuni residenti avevano infatti chiesto l'accertamento dell'intollerabilità delle immissioni acustiche originate dalle competizioni motoristiche, e l'unico modo per impedire che le ragioni degli attori prevalessero su quelle dell'autodromo era quello di intervenire con una modifica normativa *ad hoc*. In tal modo si è però realizzata una distonia di sistema, in quanto si è di fatto affermata la prevalenza dell'istanza produttivistica nel solo caso delle immissioni di rumore. Il che significa in buona sostanza che interessi uguali verranno trattati in modo disuguale, così dando luogo a consistenti dubbi quanto alla legittimità costituzionale di un siffatto impianto normativo.

⁵⁹¹ Ad oggi consta che di tale nuova disciplina sia stata fatta applicazione dal Trib. Genova, ord., 7.10.2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1798 (solo massima), con nota di BALLATI, *Sulle immissioni acustiche intollerabili*, e in *www.personaedanno.it*, annotata da MAZZOLA, *Il rumore è ancora "intollerabile" dopo l'art. 6 ter L. 13/09?*, in cui è stato trattato il ricorso di condomini che si dovevano delle immissioni rumorose di un impianto di condizionamento di un supermercato. Il Giudice genovese ha, in applicazione della novella della L. n. 13 del 2009, stabilito che le immissioni rispettavano il limite stabilito dalla legge quadro del 1995, mentre invece, stando i presupposti di fatto, applicando il previgente regime è verosimile ritenere che si sarebbe pervenuti all'esito opposto.

⁵⁹² Cfr. Cass., 3.8.2001, n. 10735, cit.; Pret. Milano, ord., 18.2.1993, cit.; App. Torino, 23.3.1993, cit.

⁵⁹³ Cfr. Trib. l'Aquila, 28.10.2009, in *www.personaedanno.it*; G. di P. Frosinone, 15.10.2001, in *Danno e resp.*, 2003, 206 ss., con nota di CAPUTI, *Immissioni acustiche e danno esistenziale*.

⁵⁹⁴ Cfr. Cass., 27.1.2003, n. 1151, cit.

attività manifatturiera o industriale di un capannone attiguo ad abitazioni⁵⁹⁵; il traffico autostradale⁵⁹⁶ o ferroviario⁵⁹⁷; l'incessante e pletorico rumore prodotto da campanili⁵⁹⁸ e da orologi municipali⁵⁹⁹; i rumorosi lavori di ristrutturazione di un sovrastante immobile protrattisi oltre un ragionevole termine⁶⁰⁰; il chiasso proveniente da un pubblico esercizio⁶⁰¹; gli insopportabili odori provenienti da un allevamento⁶⁰²; le immissioni acustiche ed olfattive prodotte dal continuo abbaiare di cani e dal cattivo odore dagli stessi prodotto⁶⁰³; i fumi provenienti da un'attività produttiva⁶⁰⁴; le immissioni elettromagnetiche provenienti da elettrodotti o fonti di produzione di campi magnetici in genere⁶⁰⁵.

Orbene, quella testé esposta non è che una superficiale panoramica delle pronunce reperibili nei repertori, da cui in ogni caso già si comprende come le ipotesi in considerazione siano tipiche riproposizioni della quotidianità a ciascuno nota.

Principio comune che si rinviene nelle vicende processuali richiamate è che all'accertata intollerabilità delle immissioni consegue l'automatica attivazione del sistema della responsabilità civile⁶⁰⁶. Sarà quindi possibile esperire cumulativamente

⁵⁹⁵ Cfr. Cass., S.u., 15.10.1998, n. 10186, cit.; Cass., 13.3.2007, n. 5844, cit.; Cass., 10.5.2006, n. 10715, cit.; Cass., 18.4.2001, n. 5697, cit; App., Milano, 14.2.2003, in *N.g.c.c.*, 2004, I, 327 ss., annotata da BUSI, *Il danno esistenziale: una categoria in continua evoluzione*; Trib. Montepulciano, 2.2.2006, in *Foro it.*, 2006, 2946 ss.; Trib. Milano, 31.1.2008, in *www.personaedanno.it*. V. anche Trib. Venezia, 18.5.2009, n. 1368, in *www.personaedanno.it*, che merita di essere segnalata non già per la inedita vicenda oggetto della lite, trattandosi infatti di ordinaria ipotesi di inquinamento acustico provocato da una officina, quanto per il fatto che, benché successiva al *revirement* del 2008 delle Sezioni unite ha disatteso il richiamato *dicta* nomofilattico ammettendo il risarcimento per il danno esistenziale sul presupposto che «l'accertata intollerabilità dell'immissione non può non aver comportato un danno alla *omissis* in termini di ansia, preoccupazione, con un vissuto quotidiano e casalingo disturbato da forti rumori».

⁵⁹⁶ Cfr. Trib. Venezia, sez. Dolo, 14.12.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 1124 ss., con nota di FERRARI, *Risarcimento del danno da immissioni acustiche*.

⁵⁹⁷ Trib. Venezia, sez. Dolo, Ord., 4.10.2004, in *www.personaedanno.it*.

⁵⁹⁸ Cfr. Trib. Chiavari, 9.8.2008, n. 373, in *www.vittimedelrumore.com*.

⁵⁹⁹ Cfr. TAR Puglia – Lecce, Ord. 27.9.2006, n. 1016, cit.

⁶⁰⁰ Cfr. Trib. Milano, 14.9.2007, in *Danno e resp.*, 2007, 77 ss., con nota di PONZANELLI, *Immissioni e risparmio tradito: applicazioni divergenti della lettura costituzionale del danno non patrimoniale*.

⁶⁰¹ Cfr. Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit.; Trib. Milano, 17.12.2008, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 893 ss.; Trib. Venezia, ord., 27.7.2007, in *Corr. merito*, 2008, 29, con nota di TOMARCHIO, *Immissioni intollerabili, danni da stress e tutela cautelare*.

⁶⁰² Cfr. Cass., 11.4.2006, n. 8420, cit.

⁶⁰³ Cfr. Cass., 11.5.2005, n. 9865, cit.; Cass., 26.3.2008, n. 7856, in *Giust. civ.*, 2009, 1995 ss.

⁶⁰⁴ Cfr. Cass., 31.3.2009, n. 7875, in *Danno e resp.*, 2009, 763 ss., con nota di PONZANELLI, *Conferme e incertezze della Cassazione dopo le Sezioni unite ed in N.g.c.c.*, 2009, I, 893 ss., con nota di COVUCCI, *Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili dopo le sez. un. 2008: alla ricerca del diritto inviolabile risarcibile*; Trib. Montepulciano, 26.2.2007, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, 857, con nota di MAZZOLA, *Immissioni di acido solfidrico da centrale geotermica*.

⁶⁰⁵ Al fenomeno dell'elettrosmog si dedicheranno, come già detto, i §§ 5.9) e 5.10).

⁶⁰⁶ Cfr. Trib. Milano, 14.9.2007, cit.; Trib. Venezia, sez. Dolo, 14.12.2003, cit.

l'azione *ex art.* 844 c.c. (che ha carattere inibitorio / ripristinatorio) e quella *ex art.* 2043 c.c. (connotata dalla finalità risarcitoria)⁶⁰⁷, e l'accertamento che le contestate immissioni eccedono la normale tollerabilità costituisce al contempo accertamento della violazione del diritto di proprietà e fonda la presunzione della sussistenza di una lesione del diritto alla salute genericamente inteso⁶⁰⁸.

Una lesione che talvolta si concretizza in una vera e propria patologia clinicamente riscontrabile; talaltra si manifesta con sintomatologie quali tensione psichica, malessere nervoso, situazioni di disagio psicofisico, tutti disturbi che, secondo la dominante opinione delle corti di merito, seppure non medicalmente accertabili sono comunque suscettibili di ostacolare il soddisfacimento delle normali esigenze "esistenziali"⁶⁰⁹, e più in generale sono tali da incidere sulla dimensione non patrimoniale della vita quotidiana⁶¹⁰, compromettendone, sia pure per brevi periodi, normali ritmi e abitudini di vita nell'organizzazione del proprio tempo che ciascuno si dà nel proprio usuale ambiente domestico⁶¹¹.

In altri termini si tratterebbe di un pregiudizio derivante dalla alterazione della serenità domestica⁶¹², un danno le cui ripercussioni sulla vita delle persone è, secondo una consistente parte della giurisprudenza, tale da reclamare nella comune coscienza sociale, anche nel quadro dei principi solidaristici cui si ispira la nostra Costituzione⁶¹³, una risposta anche sul piano del risarcimento che può essere

⁶⁰⁷ Cfr. Cass., S.u., 15.10.1998, n. 10186, cit.; Cass., 7.8.2002, n. 11915, cit. Sul punto cfr. anche RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 548; SALVI, voce *Immissioni*, cit., 2; VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 534.

⁶⁰⁸ Cfr. la massima di Cass., 13.3.2007., n. 5844, cit.: «Il principio secondo cui l'accertamento dell'intollerabilità delle immissioni configura l'esistenza del danno in *re ipsa* opera anche nell'ipotesi in cui il vicino che le subisce, in assenza di lesioni medicalmente accertabili, lamenti un pregiudizio di natura non patrimoniale, che va risarcito in via equitativa».

⁶⁰⁹ Cfr. Trib. l'Aquila, 28.10.2009, cit.; G. di Pace Frosinone, 15.10.2001, cit.; Trib. Alessandria, 7.5.1992, cit.

⁶¹⁰ Cfr. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, cit., 548: «In effetti il godimento veicola anche interessi alieni alla logica patrimonialistica che tipicamente contrassegna il rapporto con la *res*, ma il cui sacrificio incide sulla possibilità di utilizzarla in modo conforme alla destinazione assegnatagli».

⁶¹¹ Cfr. Trib. Milano, 14.9.2007, cit.. Osserva VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 535, che «Applicare la tecnica della responsabilità civile in materia di immissioni significa in pratica apprezzare l'ingiustizia del danno non solo in rapporto all'interesse proprietario violato, ma anche in rapporto agli interessi della persona che sono strettamente collegati a determinate proprietà...».

⁶¹² Cfr. Trib. Montepulciano, 2.2.2006, cit.

⁶¹³ Cfr. BOERI, *Il divieto di immissioni e la tutela della salute nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *N.g.c.c.*, 2001, II, 311 ss., 325: «i giudici si riferiscono sempre più di frequente al diritto alla salute inteso nell'accezione di diritto ad un ambiente salubre ove svolgere la propria vita privata. La valutazione è estesa alla concreta condizione di vita e non è limitata alla sola considerazione degli effetti sull'essere umano. Dall'illegittima compressione del diritto all'ambiente

affermata, senza operare forzature, riferendo l'area di incidenza dell'illecito al danno non patrimoniale, e riportando quel danno alla lesione di beni costituzionalmente protetti⁶¹⁴.

Secondo tale orientamento, una volta che il danneggiato abbia fornito la puntuale descrizione degli elementi di fatto che vengono posti a fondamento della richiesta risarcitoria, la stima in concreto del danno viene operata in via equitativa, anche a prescindere dalla dimostrata insorgenza di una malattia, prendendo come parametri di riferimento il livello più o meno elevato delle immissioni, la durata delle medesime, le fasce della giornata in cui la parte offesa ha dovuto subire i disturbi, l'attività professionale svolta e la possibile incidenza negativa che il mancato riposto ha riverberato sull'attività lavorativa⁶¹⁵.

La giurisprudenza che si allinea a questi criteri risarcitori⁶¹⁶ ritiene che, anche facendo leva su dati di comune esperienza e sui riscontri basati su indagini scientifiche⁶¹⁷, la disciplina delle immissioni ben si presti a selezionare, secondo una rigorosa lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., le fattispecie

salubre si fa discendere spesso l'esistenza di un danno emotivo, da stress, da irritazione e fastidio che è riportato al danno biologico».

⁶¹⁴ In questi termini Trib. Milano, 31.1.2008, cit.

⁶¹⁵ Cfr. BOERI, *Il divieto di immissioni e la tutela della salute nella recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., 326. In giurisprudenza in questi termini cfr. App. Torino, 23.3.1993, cit.; App. Milano, 14.2.2003, cit.

⁶¹⁶ Cfr. *ex plurimis* Trib. Alessandria, 7.5.1992, cit.; G. di Pace Frosinone, 15.10.2001, cit.; Trib. Venezia, sez. Dolo, 14.12.2003, cit.; Trib. Montepulciano, 2.2.2006, cit.; Trib. Montepulciano, 26.2.2007, n. 46, cit.; Trib. Chiavari, 9.8.2008, n. 373, cit.; Trib. Milano, 17.12.2008, cit.; Trib. Venezia, 18.5.2009, n. 1368, cit.; Trib. l'Aquila, 28.10.2009, cit. V., inoltre, l'emblematica motivazione di Trib. Milano, 31.1.2008, cit.: «il *vulnus* subito da chi sia soggetto ad immissioni [rumorose] eccedenti la normale tollerabilità ... può essere riportato all'offesa di una posizione soggettiva di rilevanza costituzionale che si situa al confine tra il diritto ad un ambiente salubre, riconducibile al diritto alla salute (cfr. Cass., S.u., 1979/5172: “[...] il diritto alla salute, piuttosto e oltre che come diritto [...] alla incolumità fisica, deve configurarsi come diritto all'ambiente salubre”) e il diritto di godimento all'abitazione» e di Trib. Milano, 14.9.2007, cit.: «Le conseguenze delle immissioni hanno quindi inciso su una dimensione non patrimoniale della vita quotidiana dell'attrice, compromettendone, sia pure per breve periodo, normali ritmi e abitudini di vita nell'organizzazione del proprio tempo che ciascuno si dà nel proprio usuale ambiente domestico»; *contra* Trib. Nola, 15.7.2004, in *www.personaedanno.it*.

⁶¹⁷ Cfr. Trib. Milano, 31.1.2008, cit.: «Si consideri che un ambiente abitativo nel quale vi sia inquinamento da rumore non può, secondo accreditati studi scientifici, ritenersi salubre perché quell'inquinamento, quand'anche non dia luogo a “malattie”, sviluppa tensione psichica, irritabilità e malessere: ne risulta così compromessa l'ordinaria qualità dei ritmi e delle abitudini di vita domestica e negativamente influenzato il modo in cui ogni individuo organizza le attività quotidiane all'interno della propria abitazione».

meritevoli di tutela da quelle pretestuose che si risolvono in un lieve disturbo alla sensibilità personale⁶¹⁸.

5.4) Il diritto all'abitazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani.

Una lettura, questa, che trova effettivo riscontro nelle recenti conclusioni della giurisprudenza costituzionale. Già nei più risalenti precedenti la Consulta affermava che *«indubbiamente l'abitazione costituisce, per sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge [...] Ciò va ribadito in un momento tanto delicato del mercato edilizio nazionale anche sulla scorta dell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) e dell'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (approvato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978 in seguito ad autorizzazione disposta con L. 25.10.1977, n. 881) che auspicano l'accesso di tutti gli individui all'abitazione»*⁶¹⁹.

Ma, nonostante le significative premesse, la Consulta era arrivata alla conclusione che non si può *«considerare l'abitazione come l'indispensabile presupposto dei diritti inviolabili previsti dalla I^a parte dell'art. 2 Cost., trattandosi di una costruzione giuridica del tutto estranea alla al nostro ordinamento positivo»*⁶²⁰.

Occorre però tener presente che si tratta di un indirizzo maturato nei primi anni '80, e quindi sullo sfondo di un particolare scenario sociale dominato da priorità politiche ed economiche che hanno inciso profondamente sull'assetto valoriale con il quale la giurisprudenza costituzionale si confrontava. Tra l'altro questa riduttiva interpretazione non pareva cogliere appieno le indicazioni del Costituente. Non solo, infatti, la Carta fondamentale si è preoccupata di segnalare al Legislatore - *ex art. 47,*

⁶¹⁸ Così FERRARI, *Risarcimento del danno da immissioni acustiche*, cit., sottolinea come «il limite della normale tollerabilità delle immissioni ben si presta per valutare la gravità dell'offesa subita e dunque selezionare, secondo una rigorosa lettura dell'art. 2059 c.c., le fattispecie meritevoli di tutela da quelle pretestuose, implicanti un lieve disturbo della propria sensibilità che non intacca assolutamente il nucleo intangibile ed inviolabile dell'interesse lesa». Cfr. anche Trib. Milano, 14.9.2007, cit., in cui si afferma che «la intollerabilità delle immissioni diventa misura, per così dire, degli elementi del giudizio aquiliano di responsabilità».

⁶¹⁹ Così Corte cost., 28.7.1983, n. 252, in *Foro it.*, 1983, I, 2628. Cfr. anche Corte cost., 21.11.2000, n. 520, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 545 e Corte cost., ord., 14.12.2001, n. 410, *Riv. giur. ed.*, 2002, I, 75, ed in *Foro it.*, 2002, I, 313, in cui si parla di *“interesse primario della persona alla abitazione”* e di *“esigenza primaria connessa al diritto all'abitazione”*.

⁶²⁰ V. Corte cost., 28.7.1983, n. 252, cit.

co. 2, Cost. – quale chiara priorità programmatica l’obiettivo di favorire «l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione», ma pure prevede che l’inviolabilità del domicilio debba essere un principio fondante della legittimità democratica. Era quindi probabile che una diversa lettura teleologica avrebbe in breve indotto la Consulta a rivedere la sua posizione.

Ed in effetti, a poco meno di un lustro di distanza, la Corte costituzionale, prendendo spunto dal giudizio di legittimità sulla disciplina delle locazioni di immobili urbani, affermerà l’esigenza di «condurre ad ulteriore sviluppo le considerazioni svolte nella sentenza di questa Corte n. 252 del 1983», in quanto «il dovere collettivo di “impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione” [...] connota da un canto la forma costituzionale di Stato sociale, e dall’altro riconosce un diritto sociale all’abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 della Costituzione»⁶²¹.

A partire da tale *revirement* l’inviolabilità del diritto all’abitazione diventerà un punto fermo della giurisprudenza costituzionale, che in successivi e più a noi prossimi interventi avrà occasione non solo di ribadire che il diritto all’abitazione rappresenta un «interesse primario della persona»⁶²², ma pure di rafforzare il concetto affermando che «il diritto all’abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione»⁶²³, e che esistono «livelli minimali di fabbisogno abitativo strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana»⁶²⁴.

Invero il crisma dell’inviolabilità del diritto all’abitazione risulta, prima ancora che dal formante della giurisprudenza costituzionale, da più principi della CEDU. Viene qui infatti in rilievo non tanto il diritto di proprietà, che in quanto tale potrebbe al limite non essere fatto valere dal semplice inquilino privo del titolo dominicale, ma anche il più generale «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare» e «del proprio domicilio» che, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione dei diritti dell’uomo, va riconosciuto ad «ogni persona».

⁶²¹ Così Corte cost., 7.4.1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627; in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, 506 e in *Giust. civ.*, 1988, I, 1654.

⁶²² Cfr. Corte cost., ord., 14.12.2001, n. 410, cit.

⁶²³ Così Corte cost., 21.11.2000, n. 520, cit.

⁶²⁴ V. Corte cost., 23.5.2008, n. 166, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, 716, ed in *Arch. loc. e cond.*, 2008, 4, 343.

È per l'appunto in applicazione di tale principio che la Corte di Strasburgo, nel caso *Giacomelli c. Italia*, in linea di continuità con un suo consolidato orientamento, ha affermato che «*Il rispetto del domicilio va inteso non solo come diritto ad un mero spazio fisico, ma come facoltà di godimento, in tutta tranquillità, di detto spazio. Di conseguenza le relative lesioni non si limitano a violazioni materiali o fisiche (come l'ingresso non autorizzato) ma comprendono anche violazioni immateriali, come il rumore, le emissioni, gli odori, o altre forme di interferenze allorché queste impediscono alla persona di godere del proprio domicilio*»⁶²⁵. Nel caso di specie il ricorrente lamentava le persistenti immissioni di rumore e di gas nocivi provenienti da un impianto di trattamento di rifiuti industriali realizzato in prossimità della sua dimora. La Corte di Strasburgo, accertata la violazione del diritto ai sensi dell'art. 8, pur in mancanza di altri danni dimostrati, ha riconosciuto alla parte interessata un risarcimento di 12.000 euro a titolo di danno morale⁶²⁶.

L'inviolabilità del diritto al godimento dell'abitazione è quindi riconosciuta sia dal formante della giurisprudenza costituzionale, che dal consolidato orientamento della Corte della Convenzione⁶²⁷. E siccome secondo i *dicta* della Sezioni unite i «*pregiudizi di tipo esistenziale [...] saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità*

⁶²⁵ Si tratta di Corte EDU, 2.11.2006 (caso n. 59909/00) *Giacomelli c. Italia*, cit.

⁶²⁶ Nei medesimi termini *ex multis* v. anche i casi sostanzialmente identici quanto ai presupposti trattati da: Corte EDU, 9.12.1994, caso *Lopez Ostra c. Spagna*, cit.; Corte EDU, 16.11.2004 (caso 4143/02), *Moreno Gomez c. Spagna*, cit.; Corte EDU, 9.11.2010 (caso 2345/06), *Deès c. Ungheria*, cit., Peraltro l'arresto della sentenza *Giacomelli*, e più in generale i principi affermati in *subiecta materia* dalla Corte di Strasburgo, sono stati espressamente richiamati da Trib. Montepulciano, 26.2.2007, n. 46, cit., caso oggetto della quale erano le immissioni gassose (solfidriche) provenienti da una centrale geotermica caratterizzate da un fortissimo odore che ammorbava l'aria della zona circostante. Il giudice, accertata la intollerabilità delle immissioni, ricordato che secondo l'interpretazione dell'art. 8 della CEDU resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo «L'individuo ha diritto al godimento del suo domicilio, concepito non solamente come il diritto al semplice spazio fisico, ma anche come quello al godimento, in tutta tranquillità di tale spazio», e che «in caso di immissioni in abitazione va salvaguardata quest'ultima da interferenze esterne che ne limitino il godimento finalizzato al rispetto della quiete e della tranquillità degli abitanti», accertato altresì che gli attori avevano subito per circa 15 anni «limitazioni alle loro abitudini di vita, di riposo e di abitazione», ha liquidato a ciascuno degli stessi un risarcimento a titolo di danno esistenziale pari a circa 62 mila euro.

⁶²⁷ Come osserva COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche di origine europea*, cit., 768, la Corte di Strasburgo ha esteso l'interpretazione dell'art. 8 CEDU fino a far rientrare sotto la sua tutela anche il più generale diritto alla protezione dell'ambiente, di talché «È pertanto oramai giurisprudenza costante che il diritto ad un ambiente che rispetti determinate condizioni di vita e di igiene, rientri nella nozione di vita privata ex art. 8 CEDU. Gravi pregiudizi all'ambiente possono, infatti, menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nocendo così alla sua vita privata e familiare».

psicofisica»⁶²⁸, la conclusione non potrà che essere a rime obbligate: le immissioni intollerabili sono fonte di compromissioni che devono essere assistite da tutela risarcitoria, e tanto anche a prescindere dall'insorgenza di lesioni accertate.

5.5) Il risarcimento del danno da immissioni: le contrastanti opinioni in seno alla Suprema Corte.

Nonostante le argomentazioni giuridiche svolte nel precedente paragrafo siano sorrette da una solida logica, il ragionamento non è pacificamente condiviso all'interno della Suprema Corte. Un primo orientamento, che evidentemente aderisce all'ermeneutica costituzionale e fa proprie le conclusioni della pressoché univoca giurisprudenza di merito - pur senza chiamare in causa i principi CEDU - non ha difficoltà ad ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale anche in assenza di lesioni medicalmente accertabili⁶²⁹.

Si può dire con apprezzabile approssimazione che, fatta eccezione per qualche isolato precedente in senso contrario⁶³⁰, la giurisprudenza di legittimità si è a lungo assestata su tale linea interpretativa.

Le determinazioni assunte nelle quattro pronunce gemelle delle Sezioni unite del novembre 2008⁶³¹, su cui ci si è più volte soffermati, inducono tuttavia ad immaginare una possibile inversione di tendenza⁶³².

⁶²⁸ V. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26792 – 26795, cit.

⁶²⁹ Cfr. Cass., 31.3.2009, n. 7875, cit.; Cass., 13.3.2007, n. 5844, cit.; Cass., S.u. 15.10.1998, n. 10186, cit.

⁶³⁰ Contro la liquidabilità del danno non patrimoniale in difetto di prova della lesione all'integrità cfr. Cass., 3.2.1999, n. 911, in *Giust. civ.*, 1999, 2360 ss.

⁶³¹ Cfr. Cass., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit.

⁶³² In linea con il nuovo corso interpretativo sollecitato dalle Sezioni unite cfr. Cass., 10.11.2009, n. 23807, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1796 ss., e Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit. In particolare va evidenziato che Cass. 23807/2009 ha cassato la sentenza di merito (Trib. Bologna, 11.5.2004) che aveva riconosciuto il danno morale sul presupposto che le immissioni intollerabili, pur non avendo dato origine a lesioni medicalmente accertabili, avevano in ogni caso integrato gli estremi del reato *ex art.* 674 c.p., sussistendo quindi gli estremi per procedere alla correlata liquidazione del danno morale. La Suprema Corte, invece, ha osservato che la astratta configurabilità della fattispecie penale non era stata allegata dalla parte offesa, di talché ha concluso che il Giudice, in mancanza di una specifica istanza, era incorso nel vizio di ultrapetizione, così cassando la sentenza con rinvio. Un esito, questo, tutto tranne che condivisibile. In primo luogo è quantomeno singolare che la sussistenza di una astratta fattispecie di reato debba essere oggetto di specifica allegazione nel momento in cui vengono rappresentati e provati tutti i fatti idonei ad integrare l'ipotesi penalmente sanzionabile. Ma, anche a voler accordare pregio ad una simile conclusione, restano pur sempre valide le osservazioni sin qui esposte, e cioè che in ogni caso le immissioni intollerabili turbano il godimento di un bene costituzionale inviolabile. Una corretta esegesi avrebbe dunque dovuto indurre la Corte di cassazione a concludere comunque per la risarcibilità del danno non patrimoniale, pur sempre risarcibile per effetto della lesione di un diritto inviolabile anche in mancanza di una sottesa fattispecie penale. In termini sostanzialmente omologhi, anche per quanto concerne la negazione del rilievo della

Il caso ha infatti voluto che proprio una di tali sentenze si occupasse del risarcimento dei pregiudizi derivanti da immissioni intollerabili⁶³³. Nella motivazione di tale pronuncia si chiarisce, al di là delle apparenze⁶³⁴, che la parte offesa può vantare un risarcimento non patrimoniale solo qualora le immissioni abbiano causato un danno biologico dimostrato, così escludendo che possano trovare accoglimento richieste di ristoro diverse dal danno alla salute “in senso stretto”⁶³⁵.

Pare quindi di poter concludere che secondo il richiamato *dictum* delle Sezioni unite tutto ciò che sta a monte di un certificato medico non sarebbe meritevole di essere preso in considerazione ai fini risarcitori, poiché in tal caso il pregiudizio subito consisterebbe in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione che ciascuno è tenuto a sopportare in ragione del dovere di tolleranza connaturato all’inserimento del singolo individuo in un contesto sociale⁶³⁶.

sussistenza di elementi idonei a configurare in astratto la sussistenza di una fattispecie di reato, anche la qui citata Cass., 5564/2010, nella quale si afferma tra l’altro che il diritto alla tranquillità domestica invocato dagli attori non è un diritto inviolabile della persona, e per l’effetto si riforma la pronuncia con cui la Corte d’Appello aveva riconosciuto agli attori un danno morale pari a circa trentamila euro.

⁶³³ Sui contenuti della quale si sofferma in particolare BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.u. del 2008*, cit., 48 ss.

⁶³⁴ Nella vicenda giudiziaria in questione il giudizio di prime cure si era concluso con la condanna dell’azienda responsabile delle immissioni sul presupposto che il danno subito dagli attori, in base alle regole di comune esperienza, era da considerare in *re ipsa*. Il Tribunale aveva quindi ritenuto inutile accertare lo stato di malattia delle parti offese con approfondimento istruttorio, nonostante tale richiesta fosse stata avanzata proprio dagli attori. Il giudizio di riesame ha invece riformato la sentenza di primo grado sul presupposto che gli attori non avevano fornito la prova della lesione psico-fisica determinata dall’inquinamento acustico. La Suprema Corte ha accolto il ricorso degli attori soccombenti rilevando che alla carenza di attività istruttoria la Corte d’appello avrebbe dovuto porre rimedio d’ufficio, in quanto si trattava di una carenza non addebitabile agli attori, che anzi la avevano espressamente sollecitata. Invero gli attori avevano anche richiesto la liquidazione del c.d. danno esistenziale, ma tale richiesta è stata oggetto di fermo diniego da parte della Suprema Corte. Se ne conclude che, secondo le Sezioni unite, qualora si abbia a che fare con immissioni eccedenti il normale livello di tolleranza alla parte offesa spetterà un risarcimento solo nei limiti in cui venga dimostrato, con documentazione medica o con perizia medico legale, il nesso eziologico tra l’insorgenza di uno stato di malattia e le immissioni. Nulla spetta invece nel caso in cui il livello dei disturbi arrecati non sia tale da ingenerare patologie medicalmente accertabili.

⁶³⁵ Negli stessi termini, a consolidamento di tale indirizzo, v. anche le recenti Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, cit.; Cass., 10.12.2009, n. 25280, in *Banca dati De jure*.

⁶³⁶ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit. Deve essere invero segnalato che Trib. Milano, 17.12.2008, cit., ha riconosciuto il risarcimento pur in assenza di certificazione medica, e tanto proprio facendo riferimento «all’autorevole avallo di recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione». Per giungere a tale conclusione il Giudice milanese prende spunto dal passaggio in cui le Sez. un. ammettono che ci si possa avvalere della «regola di comune esperienza secondo cui le immissioni rumorose notturne, impedendo il riposo ristoratore, sono di per sé idonee a provocare la lesione del sistema nervoso, e quindi un danno biologico temporaneo di tipo psichico». Sennonché si deve osservare che tale passaggio viene dal Tribunale meneghino erroneamente attribuito alle Sez. un. n. 26975/2008, essendo invece, come si riscontra ad un più attento esame, un brano testuale che i giudici di legittimità hanno preso dalla sentenza di primo grado proprio al fine di stigmatizzare l’errore compiuto nel giudicare sussistente un danno *in re ipsa* in mancanza di una copertura medico legale.

Una conclusione che non si ritiene condivisibile. È noto che la sentenza da ultimo richiamata si è preoccupata soprattutto di dare la caccia al danno bagatellare⁶³⁷, di impedire cioè che potesse essere accordato pregio a «*cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto*»⁶³⁸.

Ebbene, per quanto si possa concordare sul fatto che le maglie della giurisprudenza di merito si sono talvolta allargate in modo inopportuno, ammettendo risarcimenti per situazioni al limite del grottesco, una tendenza che a dire il vero è stata oggetto di severe critiche anche dei principali sostenitori del danno esistenziale⁶³⁹, si deve però, in primo luogo, osservare che la serietà del pregiudizio discende logicamente dall'accertamento dell'intollerabilità della molestia. E non è quindi possibile da un lato giudicare le immissioni intollerabili, e dall'altro sostenere che il relativo pregiudizio deve essere tollerato perché privo di oggettiva serietà.

Se poi, anche volendo ignorare per un verso la contraddittorietà del ragionamento dianzi evidenziato, e per l'altro l'opposta interpretazione cui in tema di diritto di abitazione sono giunte tanto l'ermeneutica costituzionale quanto quella della CEDU, si vuole andare alla ricerca del sostegno di quella «*coscienza sociale in un determinato momento storico*» che le Sezioni unite, in ben due distinti passaggi, richiamano quale parametro al quale il giudice deve fare riferimento per verificare la sussistenza dei presupposti per accordare tutela non patrimoniale⁶⁴⁰, basterebbe poco per rendersi conto di come sia difficile trovare altre tematiche parimenti in grado di toccare le corde del comune sentire.

Non passa giorno che non veda la nascita di un nuovo comitato di cittadini mossi dalla volontà di recuperare e/o non perdere la tranquillità della loro quotidianità abitativa. Si va dai semplici comitati di quartiere che protestano per i fumi o i rumori di un'opificio, a vere e proprie insurrezioni popolari come quelle per impedire la costruzione dell'alta velocità ferroviaria. All'evidenza della cronaca si aggiunga che i

⁶³⁷ Preoccupazione alla quale, oltre a numerosi riferimenti indiretti, Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit., dedica il seguente espresso richiamo testuale: «Il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace ed ha dato luogo alla proliferazione delle liti bagatellari».

⁶³⁸ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit.

⁶³⁹ Cfr. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.u. del 2008*, cit., 49, che definisce come «francamente assurde» talune richieste avallate dai Giudici di pace.

⁶⁴⁰ Inciso testuale tratto da Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972-26975, cit.

Tribunali, come ben dimostrano i repertori, sono chiamati a conoscere di questi contrasti sociali con elevata frequenza, segno palese dell'interesse suscitato nella collettività.

Il fatto poi che in provvedimenti normativi decisamente risalenti, e precisamente nella L. 1865/2359, il Legislatore avesse previsto un indennizzo per la diminuzione patrimoniale di un immobile per le immissioni derivanti dalla costruzione di opere pubbliche non può che essere letto come una indiretta conferma di quanto si va dicendo⁶⁴¹.

Tutte considerazioni che, nel recente passato, avevano spinto le coeve Sezioni unite a concludere che «*L'immissione [di rumore] nell'abitazione priva il proprietario (o il titolare) della possibilità di godere nel modo più pieno e pacifico della propria casa e incide sulla libertà di svolgere la vita domestica, secondo le convenienti condizioni di quiete. La tutela di questo interesse non si esaurisce con la tutela del profilo obiettivo della proprietà, in quanto il godimento delle cose implica, in fatto, il rapporto tra la persona e la cosa. Nel godimento, invero, si riscontra un momento soggettivo, rappresentato dalle condizioni del titolare, che indubbiamente è rilevante per il diritto*»⁶⁴².

Su tutto si potrà discutere. Tranne sul fatto che, a poco più di dieci anni da quella pronuncia, la «*coscienza sociale*» del valore del pieno godimento della proprietà, di quella immobiliare in particolare, risulta essere oggi decisamente accresciuta⁶⁴³.

⁶⁴¹ La giurisprudenza, anche quella recente, applica con regolarità tale previsione. Cfr. ad esempio Trib. Milano, 23.9.2008, n. 11169, in *www.personaedanno.it*, caso di un fondo misto agricolo residenziale era interessato dalle immissioni acustiche e gassose originate dallo scalo aereo di Milano Malpensa, in cui, in conformità «all'articolo 46 della L. 1865/2359 (abrogato dal DPR 8.06.01, 327, e sostituito dall'articolo 44 di quel DPR) a norma del quale "è dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano gravati di servitù, o a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto..."» è stata riconosciuto il diritto ad una significativa compensazione economica. Vicende analoghe sono trattate, tra varie altre, da Cass., 3.7.2008, n. 18226, cit., che sulla scorta della medesima disciplina ha riconosciuto ed indennizzato il deprezzamento di un immobile derivante dalla costruzione di una superstrada, e Cass., 7.8.2002, 11915, cit., che ha trattato delle immissioni di gas e fumi inquinanti provenienti da una centrale elettrica che si depositavano su un fondo misto agricolo residenziale. Cfr. anche Cass., 14.12.2007, n. 26261, in *Foro amm. – C.d.s.*, 2008, 352.

⁶⁴² V. Cass., 15.10.1998, n. 10186, cit.

⁶⁴³ Al riguardo è significativo che all'indomani della sentenza, BOERI, *Il divieto di immissioni e la tutela della salute nella recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., 322, così commentasse: «Si può far discendere dalla sentenza citata e dalle altre che più timidamente avevano affrontato l'art. 844 c.c. nel quadro di un'interpretazione più vicina alle esigenze della società odierna e della tipologia delle immissioni industriali, una nuova sensibilità, quell'attenzione ai beni di rilievo costituzionale tanto auspicata».

5.6) Sugli effetti delle immissioni rumorose in particolare

Anche dalla ricerca scientifica giungono riscontri che avvalorano la tesi che qui si sostiene. Si è infatti dimostrato che le più comuni fonti di disturbo presenti nella quotidianità, quali possono essere il rumore o le vibrazioni, rappresentano sollecitazioni che, pur non dando sempre luogo a forme patologiche clinicamente accertabili, sono comunque dannose per l'organismo che venga ad esse sottoposto.

In particolare ciò vale per quel che concerne le immissioni sonore, quelle che di fatto interessano la stragrande maggioranza dei casi. È sufficiente consultare i siti internet di numerose pubbliche istituzioni preposte alla prevenzione ed alla cura della salute per rendersi conto dell'elevato numero di studi svolti, segno tangibile dell'attenzione che alla questione dedica la medicina.

I risultati di dette ricerche dimostrano chiaramente che, oltre a vere e proprie malattie clinicamente rilevanti, esistono forme di disturbo non meno insidiose che, pur non assurgendo a lesioni diagnosticabili, rappresentano comunque un pericolo da prevenire.

In relazione alla più diffusa forma di immissione, quella da rumore, la letteratura medica qualifica questo stato che si può definire "sub patologico" come sindrome da *annoyance*, una turbativa psicofisica che può determinare preoccupanti ricadute⁶⁴⁴.

In una specifica ricerca dell'Agenzia Nazionale per la Protezione dell'Ambiente si legge che *«Il rumore viene individuato dai sondaggi come una delle più rilevanti cause del peggioramento della qualità della vita ed è ormai riconosciuto come uno dei principali problemi ambientali; pur essendo talora ritenuto meno rilevante rispetto ad altre forme di inquinamento come l'inquinamento atmosferico o delle acque, il rumore suscita sempre più reazioni negative nella popolazione esposta»*⁶⁴⁵.

Si spiega, poi, nel capitolo dedicato al meccanismo di azione del rumore sull'organismo, che *«L'azione che l'esposizione a rumore determina sull'uomo è riconducibile ad effetti di tipo specifici, in particolare uditivi, ad effetti non specifici (di tipo neuroendocrino e psicologico e di ordine psicosomatico su organi –*

⁶⁴⁴ Per i riferimenti della giurisprudenza alla figura dell'*annoyance* cfr. TAR Puglia, Lecce, ord. n. 1016, cit., che accoglie il ricorso volto ad ottenere la limitazione del rumore provocato dai battiti dell'orologio comunale sul presupposto che «sussiste il pericolo per il pregiudizio per la salute della ricorrente, apprezzabile sotto il profilo della c.d. *annoyance*, ossia dalla presenza di fattori disturbanti per la qualità della vita, specie per quel che concerne il riposo notturno».

⁶⁴⁵ V. *Rassegna sugli effetti derivanti dall'esposizione al rumore*, in www.arpa.veneto.it/agenti_fisici/docs/rumore/AGF_2000_16.pdf, 1.

bersaglio) e ad effetti psicosociali (disturbo del sonno e del riposo, interferenza nella comprensione della parola o di altri segnali acustici, interferenza sul rendimento, sull'efficienza, sull'attenzione e sull'apprendimento, annoyance)»⁶⁴⁶.

La ricerca approfondisce inoltre gli effetti di disturbo provocati dal rumore sul sonno⁶⁴⁷ e sulla comunicazione verbale⁶⁴⁸.

Ad esiti del tutto conformi conduce una ricerca pubblicata dall'Istituto superiore di sanità, nel cui *abstract* si legge: «*Se il livello di rumore supera una certa soglia è causa di disagio, di disturbo fisico e psicologico e può incidere profondamente sullo stato di salute dell'individuo, costituendo una componente negativa che inquina l'ambiente di vita. In città l'inquinamento acustico è un fenomeno in crescita, e se numerose sono le fonti di rumore all'interno delle abitazioni (attività umana, TV, radio, elettrodomestici, impianti idraulici, ecc.) è però dall'esterno che arriva il disturbo maggiore (traffico automobilistico, ferroviario, aeroportuale, insediamenti industriali, o artigianali, ecc.), se non altro perché difficilmente è possibile intervenire per controllarlo. Solo negli ultimi anni si è sviluppata la consapevolezza del pericolo che l'inquinamento acustico rappresenta per la salute umana. Il rumore infatti tende sempre più ad aumentare con l'aumento dell'attività umana e coinvolgerà anche le generazioni future con costi economico sociali, culturali ed estetici*»⁶⁴⁹.

Ulteriori riscontri nei medesimi termini sono offerti dall'Annuario dei dati ambientali dell'anno 2008, pubblicato a cura dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ V. *Rassegna sugli effetti derivanti dall'esposizione al rumore*, cit., 4.

⁶⁴⁷ V. *Rassegna sugli effetti derivanti dall'esposizione al rumore*, cit., 49, ove in particolare si evidenziano le «reazioni psicofisiologiche, in termini di effetti sul ritmo cardiaco e della respirazione [...] Per tali reazioni difficilmente si verifica una assuefazione nel corso della notte e fra le diverse notti [...] i bambini manifestano una maggiore reattività dal punto di vista psicofisiologico rispetto agli adulti», per quel che .

⁶⁴⁸ V. *Rassegna sugli effetti derivanti dall'esposizione al rumore*, cit., 64, che spiega come sia dimostrato che «In generale l'interferenza del rumore con la conversazione e con la comprensione del linguaggio parlato provoca problemi di concentrazione, irritazione, malintesi, diminuzione della capacità lavorativa, problemi nelle relazioni umane, incertezza e mancanza di fiducia in sé ed un certo numero di reazioni di stress»; e, infine, sulle prestazioni in generale, essendo emerso, pur dai pochi studi disponibili in materia, che «il rumore può influenzare negativamente lo svolgimento di alcune attività ed aumentare il numero di errori commessi, ma l'effetto risulta dipendente dalla tipologia del rumore e dell'attività stessa».

⁶⁴⁹ V. MALAGUTI ALIBERTI, *Il rumore, possibili effetti nocivi sulla salute umana*, in *Notiziario dell'Istituto superiore di sanità*, 2003, 16, (11), 3 ss.

⁶⁵⁰ Cfr. *Annuario dei dati ambientali* pubblicato dall'Ispra alla pagina web <http://annuario.apat.it/annuarioDoc.php?lang=IT&idv=6&type=ada>, ed in particolare la parte

La stessa Unione europea, consapevole della delicatezza della materia, ha dedicato alla questione la «Direttiva n. 2002/49/CE del 25.6.2002 relativa alla determinazione a alla gestione del rumore ambientale», di cui è decisamente indicativo il contenuto del primo “considerando”: «*Nell’ambito della politica comunitaria deve essere conseguito un elevato livello di tutela della salute e dell’ambiente ed uno degli obiettivi da perseguire in tale contesto è la protezione dall’inquinamento acustico. Nel libro verde sulle politiche future in materia di inquinamento acustico la Commissione definisce il rumore ambientale uno dei maggiori problemi ambientali in Europa*».

Esiste insomma, sia nella comunità scientifica che nelle istituzioni politico amministrative fino ai più alti livelli, una diffusa consapevolezza degli effetti negativi prodotti dalla esposizione alle fonti di rumore, che secondo la letteratura consultata sono classificabili in tre diverse categorie: 1) quella del “danno”, ossia delle alterazioni in tutto o in parte irreversibili; 2) quella del “disturbo”, che realizza alterazioni temporanee delle condizioni psicofisiche del soggetto chiaramente obbiettivabili, e che determinano effetti fisiopatologici ben definiti; 3) quelli che sono sussunti nella definizione di *annoyance* su cui ci si già si è detto⁶⁵¹.

In altri termini, stando alle risultanze classificatorie qui segnalate, esistono una serie di significative ricadute psicosociali derivanti da immissioni sonore, quali disturbo del sonno e del riposo, disturbi comunicativi, interferenze nell’apprendimento e nella resa professionale, che non sono percettibili dal punto di vista medico, ma che non per questo possono essere comprese nell’indistinto magma dell’irrelevanza giuridica.

dedicata al rumore a cura di BELLABARBA, CURCURUTO, LANCIOTTI, SACCHETTI, SALVAGGIO e FRIZZA, nella cui introduzione si legge: «L’inquinamento acustico in ambiente di vita risulta un fattore di pressione, causa di notevoli e differenti impatti su persone e ambiente. Un’elevata percentuale della popolazione è esposta a livelli di rumore, ritenuti significativi, dovuti prevalentemente alle infrastrutture di trasporto stradale, ferroviario e aereo, alla presenza di attività industriali e commerciali e alle stesse abitudini di vita dei cittadini. Tali livelli sono spesso causa di effetti negativi sulla qualità della vita e sulla salute, con presenza di patologie indotte. La riduzione sistematica del numero di persone esposte è il principale obiettivo delle attuali politiche comunitarie, perseguito mediante gli strumenti di prevenzione e mitigazione del rumore ambientale, insieme alla tutela delle aree caratterizzate da una buona qualità acustica».

⁶⁵¹ V. *Rassegna sugli effetti derivanti dall’esposizione al rumore*, cit., 4; conf. v. anche il documento *Inquinamento indoor: rumore*, pubblicato sul sito della Agenzia per la protezione dell’ambiente e per i servizi tecnici, organo governativo facente parte dell’Istituto superiore per la protezione e ricerca ambientale al link www.indoor.apat.gov.it/site/it/IT/AGENTI_INQUINANTI/Fisici/Rumore/1.

5.7) La piena risarcibilità della lesione non patrimoniale derivante dalle immissioni nella giurisprudenza successiva alla Sezioni unite n. 26795/2008.

La giurisprudenza da tempo aveva preso atto degli esiti della ricerca scientifica e della giurisprudenza costituzionale, così ammettendo *in subiecta materia* il risarcimento di istanze risarcitorie non patrimoniali ancorché non fondate su obiettivi riscontri clinici⁶⁵². Un orientamento che una parte della giurisprudenza di legittimità continua a sostenere nonostante il *dictum* “antiesistenzialista” delle Sezioni unite⁶⁵³.

In particolare merita di essere segnalato il recente pronunciamento della Sez. 3 della Corte di Cassazione, la quale, senza mezzi termini, afferma che «*la sentenza impugnata ha descritto le conseguenze delle lamentate immissioni sul modo di vivere la casa dei danneggiati, e questo individua ciò che può essere liquidato come danno non patrimoniale*»⁶⁵⁴.

Anche se nella motivazione non lo si cita direttamente, è abbastanza evidente il malcelato riconoscimento di quel “danno esistenziale” che, per quanti sforzi di contenimento abbiano profuso le Sezioni unite del novembre del 2008, non può essere arginato con fragili steccati dogmatici che prescindono dall’evoluzione del contesto sociale di riferimento⁶⁵⁵.

⁶⁵² Cfr. *ex plurimis* Trib. Venezia, ord., 27.7.2007, cit.: «Partendo dall’allegazione fatta dal ricorrente (fenomeni di alterazione del sonno, lieve labilità emotiva, stress, esasperazione, riduzione della capacità di concentrazione) non è possibile revocare in dubbio che pur non essendo ipotizzabile un danno alla salute attuale, la prolungata esposizione alle plurime fonti disturbanti esponga ad un pregiudizio, oltre che imminente, irreparabile [...] si può discutere se in realtà quello in esame sia un pregiudizio di tipo esistenziale [...] o se non si tratti, piuttosto, di un danno non patrimoniale originato dalla lesione di un diritto fondamentale legato all’art. 2 Cost., quale è indubbiamente l’attentato alla possibilità di coltivare normali relazioni umane all’interno della propria abitazione...». Cfr. anche App., Milano, 14.2.2003, cit.: «Trattasi di alterazioni non riconducibili direttamente ad una lesione psichica, accertabile medicalmente, ma che, tuttavia, appaiono suscettibili di tutela, provocando una alterazione del modo di essere dell’individuo che, se non assume rilievo sotto il profilo del danno psichico in senso stretto, connesso ad una vera e propria patologia, accertabile medicalmente, tuttavia lede diritti fondamentali dell’individuo, di rango costituzionale, che vanno tutelati dall’ordinamento, indipendentemente da limitazioni risarcitorie previste da singole leggi ordinarie» e Trib. Venezia (sez. Dolo), 14.12.2003, cit.: «Non può però negarsi che sussistono fattispecie non suscettibili di accertamento medico-legale, in quanto non concretantisi in una patologia quantificabile, cioè traducibile in giorni di invalidità temporanea, ovvero in punti di invalidità permanente e, pur tuttavia, rilevanti come lesione del diritto alla salute inteso in senso ampio, letto, cioè, in relazione all’art. 2 Cost., anche come diritto al benessere ed alla serenità personale».

⁶⁵³ In senso conforme alle Sezioni unite pare invero essere orientata Cass., 10.11.2009, n. 23807, cit.

⁶⁵⁴ Così Cass., 31.3.2009, n. 7875, cit.

⁶⁵⁵ Di recente la tesi dell’insorgenza di un danno esistenziale quale conseguenza delle immissioni intollerabili è stata sostenuta anche da SAPONE, *Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?*, cit., 597 ss. In giurisprudenza cfr. anche Trib. Venezia, 18.5.2009, n. 1368, cit., che in un caso di immissione di polveri e rumori da una adiacente officina non ha esitato ad affermare che «Quanto al risarcimento del danno esistenziale, va rilevato che l’accertata intollerabilità dell’immissione non può non aver comportato un danno alla *omissis* in termini di ansia,

Notti insonni, persistenti rumori provenienti da cantieri o fabbriche, odori insopportabili provenienti da allevamenti, discariche o impianti di trattamento delle acque, vibrazioni dovute al transito di treni o metropolitane, sono fattori di disturbo che solo con inaccettabili forzature possono essere compressi nell'indistinto magma dell'indifferenza giuridica⁶⁵⁶.

Se per vivere in una abitazione più confortevole lontano da fonti di immissioni moleste si è disposti a pagare molto di più, è fin troppo evidente che una differenza in termini di qualità della vita ci deve pur essere. Una differenza che non può essere sbrigativamente liquidata come insignificante in termini risarcitori.

Vanno, inoltre, rimosse anche eventuali residue perplessità derivanti dalla quantificazione del risarcimento. Fermo restando che l'insorgenza di malattie potrà semmai costituire una eventuale ulteriore componente del risarcimento, una volta che chi si assuma danneggiato abbia soddisfatto l'onere⁶⁵⁷ dimostrativo dei pregiudizi subiti, offrendo una puntuale descrizione dei fatti e degli elementi che in concreto vengono posti a fondamento della richiesta risarcitoria, resta al giudice il compito di provvedere, pur sempre secondo un adeguato percorso motivazionale, ad una stima del danno subito in ragione della valutazione in concreto di quello che può essere il pregiudizio arrecato. Può a tal fine essere preso come parametro di riferimento il livello più o meno elevato delle immissioni, la durata delle medesime, le fasce della giornata in cui la parte offesa ha dovuto subire i disturbi, l'attività professionale

preoccupazione, con un vissuto quotidiano e casalingo disturbato da forti rumori». Ed è emblematico non solo che il giudice non tenga scientemente conto delle conclusioni delle Sezioni unite del novembre 2008, ma che pure, con assoluta disinvoltura, per dare sostegno alla propria linea non esiti a richiamare il precedente di Cass., 13.3.2007, n. 5844, cit., nel quale, come si è visto, si afferma che in presenza di immissioni eccedenti il livello di tollerabilità configura in *re ipsa* la risarcibilità del danno non patrimoniale.

⁶⁵⁶ Secondo SAPONE, *Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?*, cit., 597, il pregiudizio derivante dalle immissioni intollerabili, in quanto impedirebbe il godimento del recupero psicofisico delle energie dopo la giornata lavorativa, sarebbe configurabile anche quale lesione del diritto costituzionale al riposo settimanale e alle ferie annuali, «non essendo certo ipotizzabile che il diritto al riposo meriti di essere garantito solo in crociera o nei viaggi in paesi esotici». E dunque, conclude, anche da questo punto di vista l'interpretazione giurisprudenziale che esclude la ravvisabilità di un interesse costituzionalmente protetto in presenza di immissioni intollerabili non può essere condivisa.

⁶⁵⁷ In adesione ai principi da tempo consolidati in giurisprudenza, e di recente ribaditi anche da Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit., chi chieda la risarcibilità del danno non patrimoniale, a pena di rigetto della domanda, deve specificare quali siano le compromissioni che egli ha subito per effetto della condotta che assume illecita. Nello specifico caso di immissioni eccedenti la tollerabilità cfr. Trib. Monza, 9.10.2006, in *www.personaedanno.it*, e App. Milano, 14.2.2003, cit.

svolta e la possibile incidenza negativa che il mancato riposo ha riverberato sull'attività lavorativa⁶⁵⁸.

5.8) Le fattispecie penali in materia di immissioni: gli art. 659 e 674 c.p.

Le immissioni possono talvolta raggiungere una intensità tale da integrare in astratto una fattispecie di reato. Di tali ipotesi è opportuno occuparsi, benché senza pretesa di completezza, in quanto, come si vedrà, a determinate condizioni si può immaginare di stabilire una relazione tra le immissioni penalmente rilevanti e la tutela aquiliana, in particolare quella non patrimoniale, della parte offesa.

Esistono infatti nella disciplina penale due diverse disposizioni, ciascuna delle quali si occupa di diversi fenomeni inquinanti, e che, dal punto di vista fattuale, prendono in considerazione i medesimi presupposti che ai fini civilistici attivano la tutela dell'art. 844 c.c.

Più precisamente, mentre l'art. 659, 1° co., c.p., prende in considerazione l'inquinamento acustico dal quale derivi disturbo al riposo o all'occupazione delle persone, l'art. 674 c.p. tratta delle emissioni di gas, vapori o fumo idonee a cagionare molestie alle persone.

Va innanzitutto premesso che differenti sono i criteri valutativi a cui vien fatto ricorso in relazione alle distinte ipotesi considerate dalle due norme qui in esame.

Secondo una ricorrente interpretazione, affinché sussista *«la contravvenzione prevista dal primo comma dell'art. 659 c.p. è sufficiente la dimostrazione che la condotta posta in essere dall'agente sia tale da poter disturbare il riposo e le occupazioni di un numero indeterminato di persone, anche se una sola di esse si sia in concreto lamentata»*⁶⁵⁹.

Altresì si ritiene che la valutazione circa la sussistenza del concreto pericolo di disturbo *«deve essere effettuata con criteri oggettivi riferibili alla media sensibilità delle persone che vivono nell'ambiente ove i rumori vengono percepiti, allorché il giudice, basandosi su altri elementi probatori acquisiti agli atti, si sia formato il*

⁶⁵⁸ In questi termini cfr. App. Torino, 23.3.1993, cit.; App. Milano, 14.2.2003, cit.

⁶⁵⁹ V. Cass., Sez. pen., 22.6.2006, n. 23130, in *Dir. e giust.*, 2006, 32, 94, oggetto della quali erano rumori provenienti da impianti di condizionamento; cfr. anche Cass., Sez. pen., 13.12.2007 – 7.1.2008, n. 246, in *Cass. pen.*, 2008, 198 (solo massima) ed in *Riv. pen.*, 2008, 396 (solo massima), che nella specie, in applicazione del medesimo principio, ha però escluso la sussistenza del reato in quanto l'idoneità del rumore - consistente in schiamazzi anche nelle ore destinate al riposo ad opera di bambini in ambito condominiale - a recare disturbo unicamente a coloro che abitavano nell'appartamento sottostante e non anche ad un numero indeterminato di persone.

convincimento che per le modalità di uso e di propagazione la fonte sonora emetta rumori fastidiosi di intensità tale da superare i limiti di normale tollerabilità, arrecando in tal modo disturbo alle occupazioni e al riposo di un numero indeterminato di persone»⁶⁶⁰.

Infine va chiarito che, sempre secondo consolidati canoni, l'eventuale rispetto dei limiti di legge non osta alla sussistenza del reato, poiché infatti l'agente, il quale svolge attività di per sé rumorosa, è comunque sempre obbligato non solo a rispettare le disposizioni di legge e le prescrizioni impartite dall'Autorità, ma anche a porre in essere tutte le cautele necessarie ad evitare il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone»⁶⁶¹, *«a nulla rilevando che l'attività stessa, per sua natura rumorosa, sia stata autorizzata dalla competente autorità amministrativa»⁶⁶².*

E quindi, come già si era visto in relazione all'art. 844 c.c., anche l'art. 659, 1° co., c.p. si disinteressa in linea di principio dei limiti stabiliti dalle leggi e dai regolamenti, e si preoccupa esclusivamente degli effetti negativi della rumorosità, che devono considerarsi sussistenti ogni qualvolta i rumori prodotti siano di intensità tale da superare i limiti di normale tollerabilità, generando disturbo alle occupazioni ed al riposo delle persone⁶⁶³.

Ad analoghe conclusioni si è pervenuti in relazione all'applicazione dell'art. 674 c.p., essendo anche qui costantemente affermato che *«il reato ipotizzato si configura in presenza di un evento di molestia provocato dalle emissioni di gas, fumi o vapori non solo nei casi di emissioni inquinanti in violazione dei limiti di legge, ma anche quando sia superato il limite della normale tollerabilità ex art. 844 c.c. [cfr. Cass., Sez. 1, n. 16693/2008], sicché “La contravvenzione di cui all'art. 674 c.p. è integrabile indipendentemente dal superamento dei valori limite eventualmente stabiliti dalla legge, in quanto anche un'attività produttiva di carattere industriale autorizzata può procurare molestie alle persone per la mancata attuazione di possibili accorgimenti tecnici, atteso che il reato de quo mira a tutelare la salute e*

⁶⁶⁰ V. Cass., Sez. pen., 5.7.2006, n. 23130 cit.; Trib. Venezia – Sez. Dolo, ord. 4.10.2004, in www.personaedanno.it, caso in cui è stata sospeso il transito notturno di treni merci su una linea ferroviaria adiacente alle abitazioni; in senso parzialmente difforme v. invece Cass., Sez. pen., 17.6.2005, n. 23072, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 4069, secondo la quale, essendo la gestione di un'autostrada da qualificare come professione o mestiere rumoroso, e come tale rientrante nella previsione del co. 2 dell'art. 659 c.p., occorre pur sempre che siano stati superati i limiti di legge.

⁶⁶¹ V. ancora Cass., 22.6.2006, n. 23130, cit.

⁶⁶² Così Cass., Sez. pen., 26.2 – 13.3.2008, n. 11310, in *Cass. pen.*, 2009, 1545 (solo massima).

⁶⁶³ V. ult. Cass., 22.6.2006, n. 23130, cit.; contra v. però Cass., 17.6.2005, n. 23072, cit.

l'incolumità delle persone indipendentemente dall'osservanza o meno di standard fissati per la prevenzione dell'inquinamento atmosferico" [Cass., Sez. 3, n. 38936/2005]»⁶⁶⁴.

Diversa è la prospettiva di riferimento nel caso in cui si abbia a che fare con la peculiare forma di inquinamento che deriva dall'emissione di onde elettromagnetiche (per praticità, in seguito ELM), ed in particolare di quelle definite *Extremely low frequencies* (ELF), ossia frequenze estremamente basse, prodotte in genere dai campi magnetici degli elettrodotti, ambedue riconducibili al fenomeno del c.d. "elettrosmog".

Si tratta di una materia in cui allo stato attuale sussiste una persistente incertezza circa i potenziali effetti nocivi a lungo termine, rispetto alla quale, nel dubbio, il legislatore si è trovato nella necessità di predisporre in via precauzionale misure di mitigazione del rischio, stabilendo con la L. 22 febbraio 2001, n. 36 (Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici) soglie massime di esposizione⁶⁶⁵.

Proprio perché le valutazioni eziologiche circa gli effetti sulla salute umana sono tutte da dimostrare, il principio di precauzione assume un ruolo decisivo nell'accertamento della intollerabilità delle immissioni in narrativa, sia a livello sanzionatorio penalistico, che a livello inibitorio / risarcitorio civilistico.

Nel senso che, non essendo le propagazioni elettromagnetiche (d'ora in poi ELM) percepibili a livello organolettico, ed essendo la loro una pericolosità meramente potenziale, mentre una stessa immissione acustica, odorosa, gassosa, può essere intollerabile o meno secondo il diverso contesto ambientale in cui si esplica, due immissioni ELM di uguale intensità saranno egualmente intollerabili ancorché l'esposizione ad esse avvenga in luoghi diversi⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Così in Cass., Sez. pen., 12.2 - 15.4.2009, n. 15734, in *www.personaedanno.it*, oggetto della quale erano le emissioni di vapori di benzina provenienti dalle cisterne di una stazione di servizio.

⁶⁶⁵ Sul tema si segnalano i contributi di CARMASSI, *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in *Danno e resp.*, 2008, 725 ss., che contiene una interessante ed esaustiva analisi dei rapporti attuali esistenti in *subiecta materia* tra diritto e scienza, e GELLI, *Le immissioni elettromagnetiche tra mera possibilità e ragionevole probabilità di danno alla salute*, nota a commento di Trib. Venezia, 19.2.2008, in *N.g.c.c.*, 2008, I, 1164 ss.. V. anche TOSCHI VESPASIANI, *Antenna sul tetto, panorama negato e onde elettromagnetiche: esiste tutela per il valore ridotto dell'immobile?*, in *La resp. civ.*, 2009, 826 ss.

⁶⁶⁶ Cfr. GELLI, *Le immissioni elettromagnetiche tra mera possibilità e ragionevole probabilità di danno alla salute*, cit., 1170, che così precisa il concetto: «Il *limine* tra immissioni elettromagnetiche lecite e illecite, quindi, non rappresenta più, come per le altre immissioni, una soglia variabile, in

Nonostante le incertezze scientifiche, la giurisprudenza prende in seria considerazione gli studi che individuano fattori di altamente probabile rischio per la salute, e secondo i quali il superamento di determinate soglie di sollecitazione fungerebbe da agente cancerogeno. Al valore prudenziale di tale limite viene in genere asseverata la nozione di tollerabilità.

Pertanto, anche in *subiecta materia*, esiste un limite normativo per le emissioni, che afferisce ai rapporti verticali con la pubblica amministrazione, ed un limite di tolleranza preso invece a riferimento per la valutazione dell'eccedenza delle immissioni nei rapporti interindividuali.

Dal punto di vista penale, in assenza di una norma che contempra l'ipotesi di emissioni ELM eccedenti la soglia di normale tollerabilità, solo di recente, e con non poche difficoltà argomentative, la Suprema Corte è giunta ad ammettere la possibilità di inquadrare tale fenomeno nell'ambito della fattispecie regolata dall'art. 674 c.p.⁶⁶⁷. Il che, come spiega la Corte di Cassazione, ha realizzato interferenze con la coesistente disciplina amministrativa che regola il settore⁶⁶⁸, per risolvere le quali, contrariamente a quanto avviene per le altre emissioni inquinanti, si ammette che il reato si configuri solo allorquando sia stato provato, in modo certo ed oggettivo, che oltre al superamento dei valori limite di emissione stabiliti dalle norme speciali che presidiano la materia, sia stata riscontrata anche la effettiva idoneità ad offendere o molestare le persone ad esse esposte, occorrendo dunque la verifica di un concreto pericolo oggettivo⁶⁶⁹.

ragione delle concrete circostanze di fatto attinenti alla fattispecie *sub iudice*, ma può ben essere individuato in un valore fisso e sempre uguale a sé stesso».

⁶⁶⁷ Cfr., Cass., Sez. pen., 13.5 - 26.9.2008, n. 36845, in *Cass. pen.*, 2009, 927 ss., commentata da SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto* e da GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*; in *Foro it.*, 2009, II, 262; in www.personaedanno.it, con nota di MAZZOLA, *L'onda divina (di Radio vaticana)*.

⁶⁶⁸ Per la approfondita trattazione dei rapporti tra legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico e la fattispecie penale in argomento e delle interferenze che ne conseguono si rinvia a SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, cit., 957 ss.

⁶⁶⁹ Cfr., Cass., Sez. pen., 13.5 - 26.9.2008, n. 36845, cit. Cfr. anche GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*, cit., 992: «Per la configurazione del reato di getto pericoloso di cose non basta il superamento dei limiti tabellari, ma è necessaria la sussistenza di una prova certa ed obiettiva di un'effettiva e concreta idoneità delle onde elettromagnetiche a ledere o molestare i soggetti ad essa esposti».

Si può quindi, in sintesi, dire che «*la norma contiene una sorta di presunzione di legittimità, ai fini penali, delle emissioni di fumi, vapori o gas che non superino la soglia fissata dalle norme speciali in materia. Pertanto, perché sia configurabile il reato di cui all'art. 674 c.p., non è sufficiente il rilievo che le emissioni siano astrattamente idonee ad arrecare offesa o molestia, ma è indispensabile anche la puntuale e specifica dimostrazione oggettiva che esse superino i parametri fissati dalle norme speciali. Qualora invece le emissioni, pur quando abbiano arrecato concretamente offesa o molestia alle persone, siano state tuttavia contenute nei limiti di legge, saranno eventualmente applicabili le sole norme di carattere civilistico contenute nell'art. 844 c.c.*»⁶⁷⁰.

Nel qual caso, sempre in relazione al principio di precauzione, si ammette la possibilità di accordare tutela cautelare ai soggetti passivi delle emissioni con provvedimenti inibitori limitativi⁶⁷¹, e può poi essere riconosciuto in esito al giudizio di piena cognizione anche un risarcimento non patrimoniale spesso svincolato dalla effettiva insorgenza di malattie intese nel senso tradizionale, e fondato invece sulla compromissione del diritto al pieno e sereno godimento dell'immobile derivante dai temuti effetti delle sollecitazioni elettromagnetiche⁶⁷².

Il che non costituisce certo una novità, posto che il *pretium doloris*, ossia il risarcimento del danno morale da reato, rappresenta l'ipotesi classica di danno non patrimoniale che discende dalla combinazione degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c., la cui risarcibilità nessuno si sognerebbe di mettere in discussione.

⁶⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. pen., 9.1 – 15.4.2009, n. 15707, in *Banca dati De jure*.

⁶⁷¹ Cfr. Trib. Bologna, ord. 31.7.2006, in www.personaedanno.it, che ha ordinato la limitazione di emissioni di onde elettromagnetiche in base al seguente principio: «A fronte di un quadro di evidenza scientifica così diviso e ancora *in fieri* la risposta non può essere quella di negazione o di un deficit nella tutela di un diritto così preminente nel catalogo costituzionale come quello della salute ma deve essere invece quella del riconoscimento della centralità del principio di cautela e precauzione anche nell'ambito della tutela giudiziale. L'assunzione di tale principio consente specie nella sede della cognizione sommaria propria della tutela cautelare di adottare tutte le misure necessarie a evitare il protrarsi di una situazione di pericolo per la salute lasciando alla cognizione piena l'accertamento della coesistenza di un danno attuale direttamente e univocamente riconducibile all'esposizione a carico della ricorrente».

⁶⁷² Cfr. Trib. Brescia, 7.7.2008, n. 2952, in www.personaedanno.it, che ha liquidato alle parti civili una provvisoria di 10 mila euro ciascuna poiché «in ragione delle accertate emissioni fuori limite, hanno indubbiamente subito un concreto turbamento psichico consistito in protratte e forti preoccupazioni per la propria salute (pregiudizio di ordine morale)...». Un risarcimento che, come si vede, è stato concesso non già sulla certezza degli effetti nocivi delle emissioni, ma sul presupposto della preoccupazione derivante dal timore di ipotetici danni alla salute.

5.9) La astratta individuazione di una fattispecie di reato e la possibilità di giungere comunque per questa via all'integrale risarcimento non patrimoniale

Ma il risarcimento del “danno morale” può, altrettanto pacificamente, essere riconosciuto anche laddove non sia stata accertata in concreto una penale responsabilità.

Dalla per quanto superficiale disamina degli istituti penali presi in considerazione, si evince infatti che le fonti inquinanti eccedenti la soglia di tollerabilità risultano astrattamente idonee ad integrare sia l'illecito civilistico *ex art. 844 c.c.*, sia l'offesa di beni giuridici tutelati da un punto di vista penale.

Detto con altre parole, sullo sfondo dell'accertamento civilistico della sussistenza di immissioni eccedenti la normale tollerabilità può, in astratto, configurarsi anche una delle fattispecie penali di cui si occupano gli artt. 659 o 674 c.p..

Tanto premesso, torna acconcio ricordare che secondo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 233/2003, l'applicazione dell'art. 2059 c.c. «*non postula più, come si riteneva per il passato, la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato*». Un principio, questo, che è stato riaffermato anche dalle Sezioni unite del novembre 2008, e che quindi non vi è ragione di non applicare⁶⁷³.

Di talché, per riassumere, si può dire che in presenza di immissioni intollerabili, anche non essendo riscontrabile uno stato di malattia medicalmente accertabile, il risarcimento del danno non patrimoniale potrà essere concesso anche ogni qualvolta ricorra – come in genere accade - l'astratta configurabilità di una delle corrispondenti previsioni sanzionatorie penali, con la differenza che si parlerà in tale ipotesi non già di danno non patrimoniale in senso stretto, quanto semmai di danno morale da reato.

Un percorso argomentativo che, in tema di immissioni, risulta invero già essere stato sviluppato dalla giurisprudenza⁶⁷⁴.

⁶⁷³ V. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975, cit., che definiscono il danno non patrimoniale derivante dal reato come quel danno che «nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale [...] descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerato».

⁶⁷⁴ Cfr. Trib. Milano, 31.1.2008, n. 62003, cit.; Trib. Venezia, Sez. Dolo, 14.12.2003, cit., in cui si afferma con estrema chiarezza che le immissioni hanno dato luogo ad «una grave lesione del bene salute ampiamente inteso (anche se non *sub specie* del danno biologico in senso stretto) che deve essere risarcita a norma dell'art. 2059 c.c. E ciò anche a prescindere dalla circostanza che l'attività posta in essere dalla convenuta appare integrare la fattispecie della contravvenzione prevista dall'art. 659 c.p.(disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone) il che porterebbe a ritenere risarcibile il pregiudizio subito dagli attori *ex art. 2059 c.c.* anche intendendo il danno non patrimoniale

5.10) Immissioni elettromagnetiche, giudizio di normale tollerabilità ex art. 844 c.c. e risarcibilità del danno non patrimoniale. Approfondimenti

Ferme restando le considerazioni sin qui svolte, la disciplina delle immissioni ELM merita di essere ulteriormente approfondita per altre peculiari implicazioni. Si può cominciare con il dire che, nel caso in cui non sia configurabile una – ancorché astratta - fattispecie di reato, il riconoscimento, e la conseguente liquidazione, del danno civilistico da elettrosmog si presenta tutt'altro che agevole.

La giurisprudenza ammette, è vero, che immissioni inferiori alla soglia di pericolosità presunta dalla legge possano comunque, così come avviene per le tradizionali forme di inquinamento, eccedere la soglia di tollerabilità di cui all'art. 844 c.c.. In genere il giudizio di normale tollerabilità viene commisurato ai criteri di precauzione suggeriti da autorevoli istituzioni scientifiche, che sono ampiamente al di sotto dei limiti normativi di emissione⁶⁷⁵, e su tale base di riscontro vengono emessi provvedimenti limitativi anche in via cautelare⁶⁷⁶.

Detto questo resta da capire in quali termini possa essere dimostrato e riconosciuto un danno derivante dalle immissioni ELM, e come semmai esso possa essere liquidato quando si sia in presenza di immissioni valutate come intollerabili a mente

esclusivamente come danno morale soggettivo, secondo l'interpretazione restrittiva che qui si respinge». Occorre però tenere presente che si va affermando un orientamento della Suprema Corte in contrasto con la tesi qui sostenuta. Cfr. al riguardo Cass., 8.3.2010, n. 5564, cit.; Cass., 10.11.2009, n. 23807, cit.

⁶⁷⁵ Cfr. GELLI, *Le immissioni elettromagnetiche tra mera possibilità e ragionevole probabilità di danno alla salute*, cit., 1171: «È con riferimento alle univoche acquisizioni delle consulenze tecniche di volta in volta esperite che, per consolidato orientamento condiviso anche dall'annotata sentenza, la giurisprudenza di merito tende, in tal senso, a far coincidere la soglia di intollerabilità delle immissioni elettromagnetiche nel valore prudenziale – quasi tralatziamente ripreso da tutte le pronunce in materia – di 0,4 *microtesla*». Tale limite, come osserva SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, cit., 954, nasce dallo studio con cui nel 2001 lo IARC (International Agency for Research of Cancer) «ha inserito i campi ELF (Extremely Low Frequency) nel gruppo 2B – possibile cancerogeno umano – a fronte del rischio evidente di contrarre la leucemia infantile (raddoppio dei casi normalmente attesi) in aree prossime alle linee elettriche degli elettrodotti, caratterizzate da esposizione a valori superiori a 0,3 – 0,4 *microtesla* di campo magnetico», mentre nessuna «certezza» scientifica si sarebbe ancora raggiunta quanto agli impianti ad alta frequenza (radio, televisione, telefonia mobile), e pertanto «In tale contesto, quindi, diviene più difficile valutare e criticare la liceità dell'attività di telecomunicazioni, ancorché nella sua manifestazione produttiva delle immissioni». Ed in effetti, essendo in discussione campi magnetici a bassa frequenza il Trib. Venezia, 19.2.2008, cit., facendo espresso riferimento ai parametri IARC, è giunto ad una sentenza di condanna, mentre invece, proprio per le considerazioni qui riferite, trattandosi di immissioni provenienti da un ripetitore per la telefonia mobile, Trib. Bari, 21.4.2009, in *Immobili e propr.*, 2009, 533 (solo massima), ha respinto l'istanza cautelare proposta in quanto le immissioni erano contenute nei limiti di legge.

⁶⁷⁶ Cfr. Trib. Bologna, ord., 31.7.2006, cit.

dell'art. 844 c.c., ma non tali da configurare, in astratto o in concreto, una delle fattispecie penali di riferimento, nel quale caso, come si è visto, può comunque essere riconosciuto un danno morale.

Quanto al danno biologico il “nodo gordiano” da sciogliere consiste nel ritenere o meno dimostrata la relazione causale tra l'esposizione a campi elettromagnetici ed i danni alla salute⁶⁷⁷. E questo quando, allo stato attuale della ricerca, la dimostrazione dell'esistenza di un nesso causale tra fattore inquinante ELM e danno biologico è di difficile, se non addirittura di impossibile, dimostrazione, trattandosi per l'appunto di un danno che, per quanto detto rimane ad un livello meramente ipotetico o potenziale⁶⁷⁸.

Ma, per la stessa ragione, non essendo parimenti dimostrabile un disturbo direttamente percepibile dai cinque sensi, come invece accade con le immissioni di rumori, odori, fumi e quant'altro, la sottoposizione ad un campo magnetico non si presta a concretizzare quelle disutilità, quei disturbi alla vita di relazione ed al godimento della casa di abitazione che tradizionalmente derivano dalle altre fonti inquinanti.

A stretto rigore parrebbe quindi che avendosi a che fare con immissioni ELM intollerabili, ma non penalmente rilevanti, non si possa andare al là della mera tutela inibitoria, cosa che del resto sembrerebbe essere confermata da alcune pronunce della Suprema Corte⁶⁷⁹. Ma così non è, almeno non in termini assoluti.

In primo luogo si è talvolta infatti giunti ad imputare al fattore inquinante ELM un evento dannoso sulla base di indagini empirico epidemiologiche, in esito alla quali è

⁶⁷⁷ Cfr. Trib. Venezia, 19.2.2008, cit.

⁶⁷⁸ Cfr. CARMASSI, *Emissioni elettromagnetiche, tutela della persona e principio di precauzione*, cit., 733.

⁶⁷⁹ Nel caso di Cass., 23.1.2007, n. 1391, in *Foro it.*, 2007, I, 2124, è stata confermata la sentenza di merito che aveva negato la sussistenza di immissioni ELM intollerabili in quanto dalle misurazioni effettuate era risultato ampiamente rispettato il limite di legge, e non erano state riscontrate patologie ascrivibili causalmente alle immissioni medesime. Vale la pena di riportare il seguente importante passaggio: «La corte territoriale, con ampie ed esaustive argomentazioni ha spiegato che le misurazioni effettuate in più occasioni hanno dimostrato che le emissioni elettromagnetiche degli impianti in discorso non superano mediamente il limite di cui al D.M. n. 387 del 1998, e tale limite è assistito da una presunzione di non pericolosità; ha inoltre correttamente rilevato la corte di merito che anche l'atteggiamento prudenziale che talvolta ha indotto l'autorità giudiziaria ad emettere inibitorie per il pericolo di danno alla salute, non consentirebbe però il riconoscimento di un risarcimento del danno biologico puramente ipotetico. Nella specie, inoltre, la corte ha rilevato che la stessa esistenza di un danno biologico era stata esclusa dalla perizia medico-legale e che non poteva avere rilevanza perchè priva di concreto fondamento scientifico - l'indagine epidemiologica depositata dagli attori su un campione di cittadini residenti nella zona interessata, che evidenziava una alterazione del fenotipo linfocitario di sedici volontari».

risultato provato che la quasi totalità dei soggetti residenti in prossimità di un elettrodotto erano affetti da cefalee i cui effetti venivano meno non appena gli interessati si allontanassero dal campo magnetico, e per l'effetto si è risarcito il conseguente danno biologico⁶⁸⁰.

Quanto alla lesione, ed alla conseguente risarcibilità, di altri interessi non patrimoniali in assenza di lesioni medicalmente accertabili, che è quel che in fondo più interessa verificare, una volta che si approfondisca la questione ci si accorge che quello delle immissioni ELM è forse il seminativo più fertile sul quale la giurisprudenza potrebbe coltivare la risarcibilità del danno morale⁶⁸¹.

E questo perché, pur in assenza di fastidi sensoriali derivanti dalla propagazione di immissioni, e pur in assenza di una sottesa astratta fattispecie di reato, vengono poste in risalto le implicazioni emotive prodotte dallo stato d'ansia per il timore di effetti nocivi per la salute, e quindi l'insorgenza di un turbamento psichico di tale livello da compromettere il sereno svolgersi della vita quotidiana che, come è stato detto, può essere risarcito a titolo di danno morale⁶⁸².

Occorrerà ora capire se questo orientamento giurisprudenziale, al momento isolato, troverà consenso in future pronunce. Quel che è certo è che la materia delle

⁶⁸⁰ Cfr. Cass., Sez. pen., 11.8.2008, n. 33285, in *www.personaedanno.it* (11.8.2008) con nota di MAZZOLA, *Confermato il nesso di causalità tra cefalea ed esposizione ad onde ELF*. Per quanto la causa sia stata trattata dalla giurisdizione penale, non si vede per quale ragione non si potrebbe procedere ad analogo riscontro anche in ambito civilistico.

⁶⁸¹ Cfr. Trib. Venezia, 19.2.2008, cit., che ha liquidato a ciascun attore un risarcimento per danno morale pari ad 8.000 euro sul presupposto che «l'incertezza scientifica, la lunga esposizione alle potenziali fonti di pericolo e la coscienza del possibile danno irreversibile che potrebbe essersi verificato, l'attesa di risultati di studi con maggiore evidenza e forza esplicativa hanno, con elevata probabilità, in soggetti che si sono dimostrati ordinariamente attenti alle proprie condizioni fisiche, cagionato quantomeno gli effetti di *emotional distress* descritti».

⁶⁸² Cfr. Trib. Venezia, 19.2.2008, cit. Il Giudice lagunare osserva infatti che il risarcimento del danno morale «può essere concesso anche in assenza di un danno biologico, costituendo lo stesso un diverso profilo del danno non patrimoniale. Riscontro positivo di tale assunto lo si può rinvenire in Cass., S.u., n. 2515/02, ove – nel riferimento ad una nota vicenda di compromissione della salubrità dell'ambiente a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.) e pur nel richiamo all'art. 185 c.p. – si afferma che il danno morale soggettivo lamentato dai soggetti che si trovano in una particolare situazione (in quanto abitano e/o lavorano in detto ambiente) e che provino di aver subito in concreto un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione dell'integrità psico fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale. Se questo risarcimento può essere accordato sull'accertamento di un delitto colposo di pericolo presunto, deve vieppiù ritenersi che – qualora il Giudice ritenga accertata, come nella specie, l'esistenza di una lesione del diritto dell'individuo ad un ambiente salubre in conseguenza di un serio e documentato pericolo per la salute derivante da immissioni inquinanti – il danno morale che ne deriva possa e debba essere risarcito». La sentenza fa espresso riferimento ai principi affermati da Cass., S.u., 21.2.2002, n. 2515, cit., che ha trattato la nota vicenda della nube tossica di Seveso, confermati anche dalla più recente Cass., 13.5.2009, n. 11059, in *Danno e resp.*, 2009, 766, che di fatto costituisce una appendice delle Sezioni unite medesime.

immissioni elettromagnetiche, anche per i probabili sviluppi della ricerca scientifica, appare destinata ad occupare un posto di rilievo nell'universo aquiliano.

5.11) La lesione del diritto al pieno godimento dell'abitazione derivante da altre turbative diverse dalle immissioni.

La materia delle immissioni, vuoi perché espressamente disciplinata dal Codice civile e da leggi speciali con ricadute anche in ambito penale, vuoi perché per ragioni facilmente comprensibili coinvolge la generalità dei consociati e culmina sovente in liti giudiziali, rischia di far passare in secondo piano altre forme di lesione del godimento della proprietà che, per quanto assai meno diffuse, sono nondimeno fonte di disagi tutt'altro che marginali, della cui ipotetica risarcibilità è il caso di occuparsi. Per restare al tema del godimento della casa di abitazione, merita di essere approfondita la particolare situazione in cui si viene a trovare chi, per effetto di un comportamento illecito – non necessariamente voluto - di terzi, si ritrova a dover vivere, più o meno a lungo, in un appartamento reso, in tutto o in parte, inutilizzabile. Nonostante quella immaginata sia una ipotesi tutt'altro che infrequente, e nonostante gli intuibili disagi patiti, occorre prendere atto che - almeno a giudicare dalle risultanze dei repertori – assai di rado sono state formulate istanze risarcitorie mirate a far valere, appunto, il danno non patrimoniale derivante dalla limitazione al pieno godimento dell'immobile⁶⁸³.

È probabile che ciò dipenda dal fatto che nella più parte dei casi esiste il reciproco interesse di danneggiante e danneggiato a raggiungere una rapida intesa stragiudiziale. Per il danneggiante evitare il processo significa non doversi gravare

⁶⁸³ A differenza, invece, di quel che riguarda il risarcimento del danno patrimoniale, questione su cui esiste una ricca casistica giurisprudenziale. In particolare per quel che riguarda il contratto di locazione, tale ristoro è previsto dagli artt. 1583 e 1584 c.c., in forza dei quali viene riconosciuto al locatore il risarcimento per il minore godimento dell'immobile derivante dalla necessità di urgenti lavori di riparazione. Analoga possibilità di ristoro delle utilità patrimoniali non godute può essere ottenuta in forza dell'eccezione di inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1460 c.c.. In un caso analogo a quelli in discussione trattato da Cass., 6.6.2007, n. 13242, in *N.g.c.c.*, 2007, 1340 ss., con nota di TOSCANO, *Danno da limitazione nel godimento di un bene e criteri di quantificazione*, ed in *La resp. civ.*, 2007, 974, con nota di GLIATTA, *Immobile in comproprietà e danno da utilizzo ridotto: criteri per la rivalutazione del valore locativo*, è stato ad esempio liquidato il danno patrimoniale subito dal proprietario per la mancata o ridotta utilizzazione del bene immobile, parametrando l'entità del risarcimento in funzione dell'effettivo valore locativo del bene. In senso conforme anche Cass., 9.6.2008, n. 15238, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2008, 10, 812 ed in *Riv. notariato*, 2009, 5, 1205 ss., oggetto della quale era l'impossibilità di poter far uso di un posto auto, secondo cui è un «principio pacifico [quello] secondo il quale il danno derivante da mancato godimento di un immobile (e quindi anche di un diritto reale immobiliare) è in *re ipsa*».

anche delle spese di lite che seguirebbero ad una pressoché sicura soccombenza. Mentre la parte danneggiata è per lo più interessata ad ottenere in tempi rapidi la disponibilità della – di solito consistente - somma per provvedere al quanto più solerte ripristino dell’immobile.

E quand’anche si arrivasse al vaglio giudiziale, si può ben comprendere che l’eventuale risarcimento del disagio subito, fors’anche perché si immagina che rischi di essere comunque quantificato in somme meramente simboliche, passi in secondo piano.

Si deve però osservare che la giurisprudenza, nei casi in cui una tale istanza è stata formulata, ha in genere riconosciuto senza particolari difficoltà la sussistenza di un danno non patrimoniale risarcibile, ed ha talvolta accordato specifico ristoro liquidando somme non disprezzabili⁶⁸⁴. Si tratta di pronunce nelle quali il

⁶⁸⁴ Cfr. Trib. Vicenza, 23.12.2009, n. 2128, in *www.personaedanno.it*, che ha ritenuto congruo risarcire una somma di ben 15 mila euro «a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, costituito dall’estremo disagio, non solo economico, di dovere patire condizioni di vita non confortevoli ed infine di dover traslocare e lasciare la propria abitazione»; G. di p. Venezia, 15.12.2009, in *www.personaedanno.it*, caso in cui a seguito di ripetute perdite dell’impianto idraulico che hanno provocato allagamenti nel sottostante appartamento, con conseguente pregiudizio di «valori costituzionalmente garantiti e protetti», ossia del rispetto del proprio domicilio, dell’esistenza dignitosa e della vita privata, è stato riconosciuto un risarcimento non patrimoniale – esistenziale di euro mille; di una vicenda del tutto analoga a quella trattata dalla corte veneziana si è, recentissimamente, occupato anche Trib. Firenze, 21.1.2011, n. 147, in *www.altalex.it*, che per gli oltre cinque anni di disagi subiti a causa della percolazione di acqua dal tetto ha liquidato a titolo di danno non patrimoniale un risarcimento quantificato in complessivi euro dodicimila; Trib. Brindisi, Sez. Francavilla Fontana, 17.11.2008, in *Banca dati De jure* ed in *www.personaedanno.it*, caso in cui lo sbancamento per la costruzione di un complesso immobiliare ha reso temporaneamente inagibile una serie di abitazioni adiacenti allo scavo; Trib. Milano, sez. VIII, 14.9.2006, n. 10143, in *Giustizia a Milano*, 2006, 9, 60 ed in *Banca dati De Jure*, che ha riconosciuto 2 mila euro di risarcimento non patrimoniale per l’indebito distacco dall’impianto di riscaldamento centralizzato operato da un condominio in danno di un appartamento i cui occupanti sono stati costretti a vivere al freddo per quattro inverni consecutivi; Trib. Ivrea, 22.6.2004, in *Giur. merito*, 2004, 2220, ed in *Dir. e giust.*, 2004, 46, 80, in cui a causa dei lavori di rifacimento dell’impianto del gas metano in una abitazione, resi necessari per l’originario impiego di materiali non a norma di legge, l’impresa è stata condannata a pagare 400 euro al mese per i disagi esistenziali subiti dal proprietario che non poteva disporre della cucina e di parte dell’appartamento; Trib. Roma, 10.10.2001, in *www.personaedanno.it*, con riguardo ad un caso in cui si erano verificate infiltrazioni di umidità provenienti da un immobile attiguo, ed in cui è stato riconosciuto il risarcimento del danno derivante dalla permanenza nell’immobile danneggiato di operai alle cui esigenze i proprietari dell’immobile medesimo si erano dovuti adeguare; App. L’Aquila, 27.2.2001, in *Giur. merito*, 2001, 1316, relativa ad un caso particolarissimo di contratto di mezzadria, in cui è stato riconosciuto un danno al decoro ed alla vita di relazione al mezzadro il quale è stato costretto a vivere nella casa colonica messa a disposizione in ragione del sotteso contratto che si presentava come fatiscente e priva dei presupposti di abitabilità; Trib. Milano, 15.6.2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 461, annotata da FAVILLI, *Danno non patrimoniale e «danni esistenziali»*, che, con riguardo ad un caso di mancato uso di un immobile a seguito di una esplosione, ha giudicato risarcibile la conseguente lesione del diritto alla qualità della vita. Cfr., infine, Trib. Roma, 8.6.2009, in *www.personaedanno.it*, che ha sì rigettato la domanda di risarcimento poiché chi lamentava il danno occupava l’immobile senza titolo, ma ha in *obiter* chiarito che, in presenza di un regolare contratto, stanti i lamentati disagi consistenti in infiltrazioni di umidità che hanno reso

risarcimento si fonda sostanzialmente sui presupposti dogmatici del danno esistenziale, al quale viene fatto tra l'altro espresso riferimento, e questo spiega probabilmente l'attenzione che la – sola - dottrina esistenzialista ha dedicato a questa particolare ipotesi di danno⁶⁸⁵.

Si discute infatti in genere di «*danni esistenziali (che finiscono, comunque, per incidere pur se indirettamente nella sfera patrimoniale, in senso lato, del soggetto) dovuti alla presenza, per il periodo dei lavori, degli operai in casa. Si tratta di dovere adeguare alle esigenze (talune volte difficilmente prevedibili) degli operai e dei lavori le proprie abitudini, la propria vita professionale, le proprie frequentazioni, il proprio ritmo familiare*»⁶⁸⁶, o di disutilità che determinano «*gravi ripercussioni sulle attività non reddituali dei soggetti che [a seguito dell'esplosione] hanno perso l'immobile in cui abitavano, il conseguente disagio di dover vivere provvisoriamente in altro ambiente diverso da quello usuale domestico, la necessaria compromissione delle normali abitudini di vita, costituiscono le voci da porre a fondamento del danno esistenziale, risarcito in aggiunta alle spese sostenute per reperire altro alloggio*»⁶⁸⁷.

Orbene, non consta che al vaglio della Suprema Corte sia mai giunta una istanza risarcitoria proposta nei termini in cui si discute, e quindi non si può far altro che ragionare in via meramente ipotetica. In questo ordine di idee, stante il portato delle più volte richiamate Sezioni unite n. 26792/2008, è però lecito immaginare che il formante della giurisprudenza di merito andrebbe incontro a ferme censure. Il timore che minime aperture di credito alla “coscienza sociale” possano accendere focolai bagatellari potrebbe infatti indurre la Suprema Corte ad una draconiana chiusura.

insalubre l'appartamento, sarebbe stato sicuramente riconosciuto il danno esistenziale essendo l'abitazione «un bene primario, oggetto di un diritto sociale, collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo, che deve essere adeguatamente e concretamente tutelato». Per una rassegna di alcune altre sentenze inedite si rinvia a DI MARZIO, *Beni a valenza esistenziale*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, MILANO, 2004, IV, 3171 ss., in particolare 3184 ss. Si tratta invero di pronunce per lo più risalenti, in cui viene comunque affermato con chiarezza il principio della necessaria risarcibilità derivante dal mancato o limitato godimento di una abitazione.

⁶⁸⁵ Cfr. BORDON, *Il valore di affezione: animali, abitazione, cose, ecc.*, in *I danni risarcibili nella Responsabilità civile – Il danno in generale*, TORINO, 2005, I, 481 ss., in particolare 501 ss.; DI MARZIO, *Beni a valenza esistenziale*, cit.; THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive con animali e cose*, in (a cura di) CENDON, *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, TORINO, 2005, III, 353 ss., in particolare 368 ss.. Anche in ciascuno dei qui citati contributi sono presenti alcuni inediti approfondimenti casistici in generale più risalenti di quelli qui segnalati.

⁶⁸⁶ V. Trib. Roma, 10.10.2001, cit.

⁶⁸⁷ V. Trib. Milano, 15.5.2000, cit.

E del resto è proprio in questo senso che, come si è visto, si è indirizzata la giurisprudenza della Sezioni unite in materia di immissioni⁶⁸⁸, materia che di fatto è del tutto sovrapponibile a quella in trattazione, poiché, pur essendone diversa la fonte, i pregiudizi subiti si risolvono sempre e comunque nella limitazione al pieno godimento dell'abitazione con ripercussioni sulla sfera psicosociale.

Stiamo parlando ancora una volta di pregiudizi che solo con inaccettabile superficialità possono essere qualificati come insignificanti e quindi non meritevoli di tutela. Il dover vivere per mesi tra i calcinacci; non poter godere dell'intimità domestica per la persistente necessaria presenza di artigiani; la limitazione degli spazi abitativi; non potersene stare con la famiglia attorno al tavolo a consumare un pasto caldo; l'impianto di riscaldamento o quello di climatizzazione che non può essere messo in funzione; il dover impacchettare mobili ed effetti personali ed immagazzinarli altrove se non addirittura il dover traslocare⁶⁸⁹; e si potrebbe continuare a lungo prima di esaurire la serie di ipotetiche situazioni che, per tornare ai concetti indicati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, sono percepite dalla "coscienza sociale" come una "intollerabile" ingerenza atta a turbare il fondamentale equilibrio psicosociale di ciascuno.

Limitarsi, qui come altrove, a condannare all'irrelevanza giuridica tutto ciò che non rientra nel danno biologico tradizionalmente inteso, significherebbe in primo luogo sottovalutare la sensibilità sociale che considera come una esigenza primaria la tutela della sfera domestica. Ed al contempo non terrebbe conto né del valore attribuito al diritto di abitazione dalla giurisprudenza costituzionale, né degli ampiamente dibattuti principi della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo in ordine al valore da attribuire nella gerarchia valoriale al diritto di

⁶⁸⁸ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26975, cit..

⁶⁸⁹ Hanno riconosciuto e liquidato il danno non patrimoniale per l'estremo disagio imputabile al dover traslocare e lasciare la propria abitazione Trib. Vicenza, 23.12.2009, n. 2128, cit.; Trib. Brindisi, sez. Francavilla Fontana, 17.11.2008, cit., e Trib. Roma, 23.9.2009, in *La resp. civ.*, 2010, 130 ss., con nota di PARTISANI, *Il danno morale del conduttore estromesso dall'immobile pignorato*, caso in cui il fondamento del risarcimento viene così motivato dal Giudice capitolino: «... il contratto di locazione abitativa, del quale in questo caso si discorre, è diretto a realizzare un interesse, quello – appunto – all'abitazione, sicuramente protetto dalla Costituzione entro l'alveo dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. (Corte cost. 28 luglio 1983, n. 252; Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 217; Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404; Corte cost. 14 dicembre 2001, n. 410; Corte cost. 21 novembre 2000, n. 520; Corte cost. 25 luglio 1996, n. 309). Sicché, seguendo l'impostazione patrocinata dalle Sezioni unite, ricorre senz'altro in questo caso, dall'angolo visuale del danno-evento, la lesione di un interesse inviolabile protetto dalla Costituzione».

proprietà, *genus* di cui il diritto al godimento dell'abitazione rappresenta una delle più importanti *species*⁶⁹⁰.

Non dovesse ancora bastare vale ancora la pena di ricordare *ad abundantiam* la stretta relazione che secondo gli studi di psicologia ambientale esiste tra la qualità dei luoghi in cui si svolge la quotidianità e le psicopatologie che, seppure non ricomprese nei parametri del danno biologico tradizionalmente inteso, solo un non condivisibile eccesso di approssimazione potrebbe considerare giuridicamente irrilevanti.

⁶⁹⁰ Proprio su questi presupposti si fonda il riconoscimento del danno non patrimoniale liquidato dalla recentissima Trib. Firenze, 21.01.2011, cit.

6.1) Il danno non patrimoniale da mancato godimento di beni diversi dalla casa di abitazione. Generalità

Secondo quanto si è visto - il diritto al godimento del - la casa di abitazione è da considerare ad ogni effetto come un bene la cui “valenza esistenziale” è indelebilmente scolpita nelle tavole della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Strasburgo. Un bene “inviolabile” al quale quindi, in ossequio ai principi statuiti dalla stessa giurisprudenza di legittimità, dovrebbe essere accordata la più ampia tutela aquiliana anche per quei pregiudizi non patrimoniali la cui intensità superi la soglia di sensibilità stabilita dalla attuale coscienza sociale.

Ben diversa diventa la prospettiva non appena si metta il piede fuori dal contesto del diritto all’abitazione, e si prenda così in considerazione la lesione al godimento di beni di altro tipo. Sostenere che il mancato uso di un’autovettura, di un computer, di un qualsiasi altro “bene di consumo” è in grado di creare le stesse turbative di cui sino ad ora si è discusso può forse sembrare eccessivo. Ma si peccherebbe parimenti di farisea leggerezza se ci si limitasse a considerare tali disutilità irrilevanti solo perché si ha a che fare con beni diversi dalla casa di abitazione.

Le Sezioni unite alle quali si è più volte fatto riferimento dal loro canto ci spiegano che meritano tutela solo quei «*nuovi interessi emersi nella realtà sociale [che] siano non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*»⁶⁹¹.

Prendendo le mosse da questo paradigma di riferimento occorre dunque chiedersi se dal mancato godimento di un bene possa, almeno in linea di principio, trarre origine un pregiudizio non patrimoniale risarcibile.

Pare intanto di poter dire che, considerate le implicazioni che ne deriverebbero, esistono beni ai quali non è così semplice rinunciare. Un capolavoro del neorealismo italiano ambientato nella Roma dell’immediato dopoguerra narra le vicissitudini di una famiglia di una borgata popolare romana, costretta ad impegnare le lenzuola per riscattare la bicicletta (precedentemente impegnata al monte di pietà) necessaria al marito disoccupato per poter essere assunto quale attacchino comunale⁶⁹². E sarà

⁶⁹¹ V. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26792 – 26795 citt.

⁶⁹² L’ovvio riferimento è al film di Vittorio De Sica *Ladri di biciclette*, girato nel 1948, nella cui trama la bici riscattata viene poi rubata proprio il primo giorno di lavoro, mentre l’uomo sta incollando un manifesto cinematografico. Risulterà vana sia la rincorsa del ladro, sia la affannosa ricerca nei giorni a seguire alla quale partecipa anche il figlioletto. Fino a quando, mentre i due stravolti dalla stanchezza aspettano l’autobus per tornare a casa, il padre vede una bicicletta incustodita che tenterà di rubare ma

intorno al furto di quella bicicletta che si consumerà il dramma umano di un padre e di una famiglia trascinati nel baratro della disperazione.

Oggi certo nessuno si sognerebbe di presentarsi al monte di pietà con le lenzuola, né una bicicletta è, in prima approssimazione, un bene dalla privazione del quale può dipendere il sostentamento di un nucleo familiare.

Ma nel contesto di una esistenza scandita da ritmi quasi ossessivi, in cui la “sopravvivenza” economica e professionale di ciascuno dipende dalla capacità di tenere il passo con il progresso, la differenza è fatta anche dalla disponibilità di beni che con i diritti inviolabili non hanno direttamente a che fare, ma che ciò nonostante risultano funzionali alla realizzazione degli stessi per l’affermazione dell’irripetibile individualità di ciascuno all’interno di un gruppo sociale organizzato.

Le Sezioni unite, per contrastare la tendenza dei giudici di prossimità ad allargare eccessivamente l’area del risarcibile aquiliano, concludono che «*Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere alla serenità*»⁶⁹³.

Ma siamo sicuri che si tratti di «*diritti del tutto immaginari*»? Sia permesso avanzare più di qualche dubbio. Una indistinta generalizzazione non giova né alla corretta somministrazione della giustizia, né alla autorevolezza dei pronunciamenti della Corte di cassazione.

Seguendo lo stesso ragionamento che ha usato la Suprema Corte per sradicare la malerba dei danni bagatellari si potrebbe allora giungere a vietare l’uso delle auto, poiché infatti il quotidiano bilancio dei morti e dei feriti provocati da ineluttabili incidenti stradali assume i toni di un vero e proprio bollettino di guerra.

Un più corretto approccio sarebbe stato quello di limitare il numero degli “incidenti” di percorso provocati da qualche stravagante sentenza attraverso direttive nomofilattiche che, per quanto rigorose, fossero anche ispirate ad un ragionevole discernimento. Fingere che “non esistano” esigenze “esistenziali” non farà certo sparire i “nuovi bisogni” emergenti. Si tratta semmai di stabilire quali siano, tra i tanti, i bisogni la cui privazione meriti di essere oggetto di piena tutela.

sarà subito fermato e aggredito dalla folla. Solo il pianto disperato del figliolo, che muove a pietà i presenti, eviterà il carcere al genitore. Il film si chiude sul mesto ritorno, mentre si sta facendo notte a Roma, del bimbo che stringe la mano del padre per consolarlo.

⁶⁹³ V. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26792 – 26795, citt.

Può sembrare paradossale, ma sono proprio le stesse Sezioni unite che, in contraddizione logica con gli enunciati “antiesistenzialisti”, forniscono le coordinate da seguire in questa selezione.

Come si è già visto, gli Ermellini spiegano che la tutela offerta dal sistema aquiliano «non è ristretta ai casi dei diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell’apertura dell’art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all’interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»⁶⁹⁴.

Se questa è la premessa ermeneutica di riferimento, è francamente incomprensibile negare che alla “qualità della vita” non debba essere riconosciuta valenza risarcitoria. È proprio per mantenere o migliorare il livello della “qualità della vita” che ciascuno lavora, guadagna e destina il suo reddito secondo quelle che sono le priorità individuate. Un interesse, questo, che si persegue anche attraverso il godimento di beni materiali, e che secondo la coscienza sociale dell’attuale momento storico è meritevole di una tutela che, per dirla con le parole a suo tempo usate da un importante precedente di legittimità, «non si esaurisce con la tutela del profilo obiettivo della proprietà, in quanto il godimento delle cose implica, in fatto, il rapporto tra la persona e la cosa. Nel godimento, invero, si riscontra un momento soggettivo, rappresentato dalle condizioni del titolare, che indubbiamente è rilevante per il diritto»⁶⁹⁵.

Vero è che questo passaggio testuale si riferisce ad una vicenda in cui era in discussione la tutela del diritto inviolabile al godimento dell’abitazione. Ma siccome non si vive né solo in casa, né di sola casa, non si vede per quale motivo il principio non possa essere esteso al godimento dei beni in generale.

Un ragionamento, questo, che prendendo spunto dai casi pratici della quotidianità si avrà modo di sviluppare nelle pagine seguenti.

6.2) Il c.d. (danno da) “fermo tecnico” di un’autoveicolo

⁶⁹⁴ V. Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26792 – 26795 citt.

⁶⁹⁵ V. Cass., 15.10.1998, n. 10186, cit.

Il caso forse più ricorrente di perdita – per lo più temporanea - del godimento di un bene è quello del c.d. “fermo tecnico” di un veicolo, un istituto risarcitorio di creazione sostanzialmente giurisprudenziale ed al quale sono stati dedicati rari approfondimenti dottrinali⁶⁹⁶.

Il sintagma «fermo tecnico» esprime in genere l’insieme delle disutilità - diverse dai danni materiali alla struttura del veicolo - derivanti dal mancato utilizzo di un veicolo durante il periodo necessario alle riparazioni a seguito di incidenti stradali⁶⁹⁷.

Di norma al fermo tecnico viene imputato il risarcimento del lucro cessante, che in ipotesi può derivare dal perduto reddito che sarebbe derivato dall’impiego del mezzo in attività di impresa o professionali; ovvero il danno emergente, che in genere consiste nelle spese sostenute per supplire alla indisponibilità del mezzo incidentato con un veicolo sostitutivo⁶⁹⁸.

Va, ancora, precisato che il danno da «fermo tecnico» in senso stretto, ossia quello stimato come equo per le riparazioni e che viene preso in considerazione ai fini risarcitori, è ben diverso dal danno da «fermo effettivo», che corrisponde invece all’intero periodo di tempo occorso in concreto per la riparazione o in cui in ogni caso in veicolo non era in condizione di circolare, e di cui non si tiene conto ai fini risarcitori, essendo opinione ampiamente condivisa quella secondo la quale vanno imputati al danneggiante solo i periodi strettamente necessari alla riparazione, mentre tutti gli altri periodi di sosta in eccedenza rispetto alla sosta tecnica danno luogo ad un danno non risarcibile ai sensi dell’art. 1227, co. II, c.c.⁶⁹⁹.

Per completezza va qui poi ricordata l’altra usuale distinzione, relativa alla c.d. «sosta legale», ossia il periodo in cui il veicolo viene messo a disposizione per le operazioni peritali⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Per la minuziosa ricostruzione storica e comparatistica si segnala in particolare il contributo di CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»: fondamento e limiti della sua risarcibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 79 ss.; cfr. anche FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 177 ss.; UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, in *Ventiquattrore avv.*, 2004, 2, 18 ss..

⁶⁹⁷ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 80.

⁶⁹⁸ Cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 177; UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, cit., 21.

⁶⁹⁹ Cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 179; CAVALLARO, *Il danno da fermo tecnico*, cit., 80; UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, cit., 19.

⁷⁰⁰ Cfr. Cass., 7.2.1996, n. 970, in *Resp.civ.prev.*, 1997, 158. Come precisa UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, cit., 20, in relazione alla sosta legale «l’esperienza giudiziale interviene a distinguere il caso in cui il veicolo, in attesa di perizia per la liquidazione assicurativa del danno, sia comunque in grado di circolare, da quello in cui la marcia risulti impedita fin dal momento della integrazione del danno. Nel primo caso l’area di risarcibilità

Tanto premesso, per quanto la problematica sia riferibile allo specifico ambito dell'infortunistica stradale, si possono comunque cogliere spunti utili alla riflessione sulla risarcibilità dell'autonoma figura del danno da mancato godimento di un bene⁷⁰¹.

In effetti, nonostante non sia mancato qualche momento di incertezza che nel recente passato ha scosso le fondamenta di un pluridecennale impianto⁷⁰², la giurisprudenza riconosce oggi senza particolari difficoltà che il danno subito dal proprietario del veicolo incidentato per il mancato utilizzo «*durante il tempo necessario alla sua riparazione può essere liquidato in via equitativa, indipendentemente da una prova specifica in ordine al danno subito, in quanto, anche durante la sosta, egli è tenuto a sopportare le spese di gestione del veicolo, che è, altresì, soggetto ad un naturale deprezzamento di valore*»⁷⁰³.

Tra le righe di questa che può essere considerata come una massima ricorrente⁷⁰⁴ si può cogliere la volontà di andare oltre i rigidi confini della patrimonialità, entro i

viene comunemente circoscritta alle ore in cui effettivamente il veicolo viene sottoposto a perizia, dovendosi rispondere dell'intero periodo di inutilizzabilità e disponibilità all'accertamento dei danni riportati, nella seconda ipotesi».

⁷⁰¹ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 80.

⁷⁰² Uno dei primi precedenti in materia è Cass., S.u., 3.3.1958, n. 708, in *Giust. civ.*, 1958, 401 ss., con nota a commento di VENDITTI, *Il danno per il forzato fermo dei veicoli adibiti a circolazione con scopo di lucro*. Tale vicenda, che si segnala per il fatto di essere stata trattata dalle Sezioni unite, affronta la particolare questione dei danni subiti da veicoli adibiti a pubblico trasporto. Le Sezioni unite, in revisione di un precedente orientamento emerso nelle sezioni semplici, affermano che il responsabile del sinistro è tenuto a risarcire non solo le spese vive di riparazione, ma anche il danno emergente in relazione all'ulteriore spesa costituita dalla maggior usura del veicolo di riserva e incidente sull'ammortamento del capitale all'uopo impiegato. Quel che qui interessa segnalare è l'emersione di un principio giurisprudenziale che, già in epoca risalente, ritiene che dalla mancata disponibilità di un veicolo possono derivare pregiudizi ulteriori rispetto a quelli strettamente correlati alla riparazione del veicolo. Si vedrà subito appresso quale sia stata la linea evolutiva che si è sviluppata sulla traccia marcata da questo indirizzo.

⁷⁰³ Cfr. Cass., 13.7.2004, n. 12908, in *Giust. civ. mass.*, 2004, ed in *Ventiquattrore avv.*, 2004, 2, 18 ss., a partire dalla quale la giurisprudenza della Suprema Corte, fino ad allora instabile, si consolida.

⁷⁰⁴ Nei medesimi termini cfr. Cass., 31.3.2010, n. 7781, in *Banca dati De jure*; Cass., 27.1.2010, n. 1688, in *Resp. civ.*, 2010, 841 ss., con nota di PRIMICERI, *Il danno da fermo tecnico*; Cass., 20.1.2009, n. 1349, in *Banca dati De jure*; Cass., 21.10.2008, n. 25558, in *Guida al dir.*, 2008, n. 49, 68 (solo massima); Cass., 17.1.2008, n. 877 e Cass., 7.9.2007, n. 18883 tutte in *Banca dati De jure*; Cass., 9.11.2006, n. 23916, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, 1076 (solo massima); Cass., 14.2.2002, n. 17963, in *Mass. giust. civ.*, 2002, 2202; Cass., 7.2.1996, n. 970, cit. Un'opinione discordante era invece emersa con Cass. 19.11.1999, n. 12820, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2000, 130, secondo cui invece la liquidazione del danno da fermo tecnico necessitava di «esplicita prova, che attiene tanto al profilo della inutilizzabilità del mezzo meccanico in relazione ai giorni in cui esso è stato sottratto alla disponibilità del proprietario, tanto a quello della necessità del proprietario stesso di servirsene, così che, dalla impossibilità della sua utilizzazione, ne sia derivato un danno (quale, ad esempio, quello derivante da impossibilità allo svolgimento di un'attività lavorativa, ovvero da esigenza di far ricorso a mezzi sostitutivi)». Dopo il 2004 in questi termini si era espresso l'isolato precedente di Cass., 22.5.2007, n. 11875, in *Banca dati De jure*. Ultimamente, tuttavia, vi sono segnali di reviviscenza di questo orientamento che si colgono, pur con qualche sfumatura, nelle recenti Cass., 16.4.2009, n.

quali solo sarebbe, secondo il tradizionale rigore ermeneutico, ammissibile il risarcimento del danno. Il perché è presto detto.

Il calcolo delle spese di gestione del veicolo è infatti di estrema semplicità. Una volta che si sia stabilito l'ammontare del costo annuale degli oneri fissi, quali in genere sono l'assicurazione, la tassa di proprietà, l'eventuale affitto del garage, con una semplicissima operazione matematica si può ricavare quanto di quella somma sia imputabile al periodo del mancato godimento. E di deprezzamento causato dal sinistro a ben vedere si può parlare solo dove il danno sia davvero rilevante, il che non avviene certo nella più parte dei casi in cui, grazie anche alle moderne tecniche di riparazione e verniciatura, la perdita di valore commerciale è di fatto azzerata.

A stretta logica, pertanto, il generalizzato ricorso alla liquidazione in via equitativa predicato dalla Suprema Corte è del tutto inappropriato⁷⁰⁵. Ai sensi dell'art. 1226 c.c., la valutazione equitativa è infatti ammessa solo «*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare*». E la medesima giurisprudenza di legittimità chiarisce senza possibilità di equivoco che il giudizio di equità «*è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare*», e che in ogni caso ciò non «*esonera la parte stessa dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre*»⁷⁰⁶.

Si aggiunga che, comunque, l'apprezzamento del giudice, per quanto ponderato, è per sua natura privo del requisito della obiettività in senso stretto, e rischia di risultare ora eccessivamente oneroso per il danneggiante, ora insoddisfacente per il

9016, e Cass., 25.9.2009, n. 20655, ambedue in *Banca dati De jure*. Resta ora da capire se si è prossimi all'ennesimo ribaltamento di prospettiva, o se si tratta di estemporanee prese di posizione destinate ad essere presto riassorbite da prossime conferme dell'orientamento maggioritario.

⁷⁰⁵ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 84: «Tralasciando qui di indagare sul reale significato che ad essa si è inteso di volta in volta assegnare, bisogna osservare come tale formula appaia fuorviante ed in alcuni casi foriera di non pochi equivoci qualora venga assunta in termini assoluti». V. anche ROSSETTI, *Fermo tecnico e danni virtuali*, in *Riv.giur.circ.trasp.*, 1999, 761 ss., 765, nota a commento di Trib. Napoli, 15.4.1998, n. 3286, e Trib. Napoli, 23.4.1998, n. 3572: «La prova del lucro cessante (perdita dei redditi legati all'uso del veicolo) o del danno emergente (spese di ammortamento) non può mai essere né impossibile, né difficoltosa. Il danneggiato infatti non dovrebbe incontrare soverchie difficoltà nel depositare la denuncia dei redditi, od almeno le scritture contabili (libro giornale, foglio cassa) o le altre prove documentali [...] Insomma, il danno da "fermo tecnico" costituisce un ordinario danno patrimoniale, da allegare e provare come tutti gli altri. Il giorno in cui, attraverso una interpretazione claudicante e slabbrata dell'art. 1226 c.c. lo si è reso una autonoma categoria concettuale, si è data la stura alla seria possibilità che, sotto l'insegna del risarcimento di tale voce di danno, sia in realtà fatto luogo al risarcimento di danni non solo presunti, ma addirittura virtuali.»

⁷⁰⁶ V. *ex plurimis* Cass., 7.6.2007, n. 13288, in *Giust. civ., mass.*, 2007, VI.

danneggiato. E non si capisce davvero per quale ragione nel caso di specie un simile pericolo debba essere corso.

Si può essere d'accordo sul fatto che, come è stato detto, l'istituto del risarcimento del danno da fermo tecnico è una fattispecie del tutto peculiare e di difficile inquadramento⁷⁰⁷. Ma questo non basta a spiegare una così vistosa e per più versi stridente deroga ai principi generali⁷⁰⁸.

Se una ragione per l'affermazione di questo indirizzo la si vuol trovare, occorre allora immaginare una volontà di risarcire qualcosa di diverso dai danni materiali e patrimoniali in genere. Sembra in effetti che si siano gettate le basi per andare oltre al tradizionale criterio risarcitorio differenziale al quale si sarebbe altrimenti vincolati. Secondo tale concezione, nota come *Differenztheorie*, il danno consiste nella «*differente situazione patrimoniale in cui il danneggiato si sarebbe trovato se il fatto in questione non si fosse verificato*»⁷⁰⁹, ossia in base alla differenza riscontrata nel patrimonio del danneggiato prima e dopo l'evento dannoso⁷¹⁰.

Tale teoria presenta evidenti limiti quando sia in questione un illecito lesivo dei diritti alla persona, o comunque una lesione non patrimoniale in genere⁷¹¹. Ed è probabilmente per superare tali limiti che il criterio per procedere alla quantificazione del danno da fermo tecnico ha subito un così vistoso «adattamento»⁷¹², divenendo una sorta di cavallo di Troia attraverso il quale far entrare nella tradizionale fortezza aquiliana il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione al diritto di proprietà⁷¹³.

⁷⁰⁷ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 81.

⁷⁰⁸ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 84: «non sembra che all'interno del nostro ordinamento sia affidato ad una valutazione di tipo equitativo il compito di estendere la tutela risarcitoria in mancanza dei presupposti richiesti dalla legge».

⁷⁰⁹ Cfr. Cass., 18.7.1999, n. 3352, in *Corr. giur.*, 1999, 1199.

⁷¹⁰ Cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 103; .

⁷¹¹ Cfr. COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., 654: «la c.d. teoria della differenza appare da tempo superata dalla coscienza sociale e, soprattutto, dall'evoluzione del diritto vivente che disvela una concezione del danno ben più ampia che in passato e che accoglie in sé la compromissione (non soltanto delle utilità economiche ma anche) dei valori della persona». Cfr. anche FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 104; CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 88.

⁷¹² Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 92: «In tale ottica la perdita possibilità di utilizzazione del bene rappresenta già di per sé la perdita di una posta attiva del patrimonio del soggetto leso, non rilevando ai fini della configurabilità di un danno risarcibile la sussistenza di esborsi sostenuti per supplire alla mancanza del mezzo, la cui prova può servire a semplificare tanto la quantificazione, quanto la traduzione in termini monetari della perdita subita, ma non a condizionare l'ammissibilità dello strumento risarcitorio».

⁷¹³ Cfr. al riguardo UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, cit., 22, il quale così si esprime: «Il carattere tipico dell'ordine di pronunce che può

Lo dimostrerebbe, tra l'altro, la tendenza invalsa nelle Corti di merito a liquidare il danno da fermo tecnico sulla scorta di parametri standardizzati che in generale prescindono dal riscontro dei pregiudizi in concreto subiti dai singoli danneggiati⁷¹⁴.

Si teme però che questo indirizzo interpretativo, già di suo affetto dalla stigmatizzata fragilità dogmatica, si troverà presto a dover fare i conti con la "stretta" sul danno non patrimoniale imposta dai recenti interventi delle più volte citate Sezioni unite⁷¹⁵. Ed in effetti nei più recenti arresti di legittimità già si colgono i primi sintomi di quello che potrebbe assumere i toni di un ennesimo mutamento di rotta⁷¹⁶.

In attesa di poter meglio capire quale sarà la tendenza del prossimo futuro, il merito dell'orientamento fino ad oggi consolidato in seno alla Suprema Corte, seppure affetto dalle stigmatizzate criticità, è quello di aver fatto emergere l'esigenza di riconoscere che i veicoli in genere soddisfano esigenze estremamente importanti

ricondursi alla sentenza appena citata è dunque quello di svincolarsi da una concezione del danno ingiusto risarcibile, che sia interamente imperniata sulla differenza tra la situazione patrimoniale del danneggiato, prima e dopo l'evento lesivo. In tal modo riemerge all'interno del concetto di ingiustizia del danno, la semplice lesione di un diritto soggettivo tutelato dalla legge, per effetto della responsabilità di terzi» e, poco pi avanti (24) «Si fuoriesce in altri termini dalla professionalizzazione dell'uso per ammettere la rilevanza del valore, passivo, intrinseco al semplice godimento».

⁷¹⁴ Dalla disamina della giurisprudenza di merito più recente, che in argomento è davvero copiosa, si evince la tendenza a liquidare il danno da fermo tecnico sulla base importi svincolati da concreti riferimenti ai pregiudizi patrimoniali patiti. Nelle pronunce più recenti viene infatti attribuita a titolo di fermo tecnico una somma che oscilla in genere tra i 20 ed i 50 euro al giorno anche per veicoli non commerciali o destinati a scopi professionali. Cfr. *ex plurimis* Trib. Bari, 23.2.2010, n. 650, e G. di Pace Bari, 10.9.2009, ambedue in *Banca dati De jure*; Trib. Roma, Sez. XIII, 10.7.2009; G. di pace Milano, Sez. I, 3.6.2009; G. di pace Milano, Sez. VI, 14.4.2009; Trib. Bologna, Sez. III, 6.3.2009; G. di pace Milano, Sez. VII, 24.2.2009, tutte in *banca dati Pluris (Cedam - Utet)*; G. di pace Torino, Sez. III, 28.4.2008, G. di pace Torino, 31.3.2008, Sez. III, Trib. Bari, 17.5.2007, n. 1225, tutte in *Banca dati de jure*; Trib. Camerino, 19.12.2007, in *Arch giur. circ. sin.*, 2008, 342. Ricordato ora che la voce di danno da fermo tecnico mira a risarcire il proprietario delle spese fisse sostenute per la gestione del mezzo e l'eventuale deprezzamento da questo subito per effetto del sinistro, va osservato che una somma di 20 euro al giorno su proiezione annuale significherebbe una cifra prossima agli ottomila euro, che diventano quasi ventimila quando la diaria è di 50 euro. Si fatica davvero ad immaginare per quale autovettura, anche di classe superiore, si possa arrivare a spendere simili cifre per pagare assicurazione e tassa di proprietà. È allora evidente che tra le pieghe del danno da fermo tecnico, al di là delle petizioni di principio, si mira risarcire pregiudizi che nulla hanno a che fare con la sfera patrimoniale del soggetto danneggiato. Evidenza ancora più marcata nei casi in cui il danno da fermo tecnico viene liquidato emettendo qualunque riferimento alla durata dell'indisponibilità del veicolo, come *ex plurimis* in Trib. Latina, 28.1.2010, n. 120; G. di pace Milano, Sez. VIII, 6.5.2009; G. di pace Milano, Sez. IV, 5.2.2009, G. di pace Milano, Sez. VI, 9.2.2009, e G. di pace Milano, 10.2.2009, Sez. VI, tutte in *banca dati Pluris (Cedam - Utet)*; Trib. Bologna, Sez. III, 29.1.2009, in *banca dati Pluris (Cedam - Utet)*; Trib. Larino, 20.9.2007, in *Banca dati de jure*.

⁷¹⁵ Il riferimento è, ancora una volta a Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972 – 26975, ed alla Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, citt..

⁷¹⁶ Si tratta delle già citate Cass., 25.9.2009, n. 20655, e Cass., 16.4.2009, n. 9016. La giurisprudenza di merito, invece, salvo qualche eccezione - tra cui cfr. Trib. Bari, 19.11.2009, n. 3478, in *Banca dati Juris data*; G. di pace, Torino, 11.2.2008, in *Giur. merito*, 2008, 2546; Trib. Roma, 27.3.2007, n. 46641, in *Il merito*, 2007, 5, 38 - si è sino ad ora attenuta ai parametri dell'orientamento sino ad oggi dominante in Cassazione.

sebbene non fenomenicamente rilevabili secondo asettici criteri patrimonialistici. L'auto, la moto, rappresentano sovente un indispensabile strumento di - e per il - lavoro, alla stessa stregua di quel che la bicicletta rappresentava per l'attaccino simbolo del neorealismo di De Sica, ma sono al contempo beni materiali che rendono possibile mantenere rapporti sociali e la gestione delle più disparate esigenze della quotidianità, quelle familiari *in primis*.

E se è vero che il più delle volte a tali disagi si può porre rimedio con mezzi sostitutivi, è altrettanto vero che ciò non sempre è possibile. Non si vuole cioè qui parlare della mezzora che si perde per andare dal carrozziere a ritirare l'auto riparata. Ma delle opportunità che non si realizzano a causa del fermo tecnico, e che il "comune sentire" avverte come non marginali, e che non sempre gli equivoci margini offerti dalla valutazione equitativa rimessa al giudice sono in grado di poter cogliere⁷¹⁷.

Non ci si può quindi accontentare di quella che risulta una soluzione tutto tranne che soddisfacente. In primo luogo perché, date le malferme basi dogmatiche su cui poggia, la costruzione del danno da fermo tecnico rischia di essere continuamente rimessa in discussione - ipotesi che, come dianzi si è visto, è tutt'altro che peregrina - dando così potenzialmente luogo ad inopportune incertezze e disomogeneità.

Ma soprattutto perché i paradigmi elaborati dall'odierno formante giurisprudenziale sono affetti da una insanabile rigidità che non consente una adeguata selezione dei pregiudizi meritevoli di tutela. L'abituale ricorso a diarie standardizzate è la conseguenza degli scarsi margini di agibilità a disposizione dei giudici. In questo modo si è però creato un pernicioso appiattimento, in conseguenza del quale accade regolarmente che situazioni diverse vengano trattate allo stesso modo. O che, peggio ancora, non vengano prese in considerazione conseguenze che fuoriescono dai tradizionali anelastici canoni ermeneutici, e che possono essere ascritte a pregiudizi non patrimoniali di "nuova generazione" su cui a breve ci si soffermerà.

È allora opportuno, se non addirittura necessario, ripensare integralmente la costruzione giuridica del fermo tecnico.

⁷¹⁷ Cfr. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»*, cit., 94: «A ben vedere è proprio con riferimento a suddetti parametri di quantificazione del danno che la ricostruzione tradizionale mostra i relativi limiti, in quanto tali esborsi inutilmente sostenuti non sono di per sé idonei a commisurare la perdita di godimento del bene [...] (95) Invero, se il riferimento ai suddetti parametri può assumere un valore indicativo, è certo che esso non coglie con esattezza i contorni della fattispecie in oggetto».

6.3) Il fermo tecnico e “il danno da vacanza rovinata atipico”⁷¹⁸

Per quanto a taluni pregiudizi derivanti dal fermo tecnico si era fino ad oggi riusciti a dare una seppur talvolta inadeguata risposta risarcitoria, esistono disutilità di cui, invece, gli odierni criteri liquidatori non riescono a tener conto.

Sono quelle ascrivibili al c.d. “danno da vacanza rovinata”, una categoria che come il fermo tecnico di veicolo è di creazione squisitamente giurisprudenziale. L’origine pretoria sembrerebbe essere l’unica analogia tra le due diverse ipotesi di danno, poiché poi in concreto l’uno, il danno da vacanza rovinata, trae origine dall’inadempimento contrattuale dell’organizzatore di pacchetti viaggio organizzati, mentre l’altro è una delle più ricorrenti fattispecie aquiliane.

Diversa è anche la prospettiva soggettiva, atteso che legislatore e giurisprudenza comunitaria si preoccupano di tutelare la particolare categoria di consumatori rappresentata dai turisti che acquistano pacchetti di viaggio tutto compreso.

Ma, come si spiegherà, al di là delle apparenze la distanza tra le due fattispecie non è incolmabile. Anzi. Pur senza avere la pretesa di affrontare l’argomento in modo esaustivo, ai fini del ragionamento che qui si intende svolgere è necessario dare uno sguardo superficiale ai presupposti caratterizzanti la peculiare voce risarcitoria del danno da vacanza rovinata.

La sua definitiva affermazione è avvenuta, come noto, con la pronuncia *Simone Leitner* con la quale nel 2002 la Corte di giustizia ha preso atto che nel settore dei viaggi tutto compreso «l’esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali in taluni Stati membri e la sua mancanza in altri avrebbe come conseguenza delle distorsioni di concorrenza notevoli»⁷¹⁹.

Al di là delle implicazioni di mercato, l’importanza del *leading case* della Corte del Lussemburgo è dovuta al riconoscimento che per i consumatori «nell’ambito dei viaggi turistici il risarcimento del danno per il mancato godimento della vacanza ha [per gli stessi] un’importanza particolare». Premesse in forza della quali la Corte di giustizia ha concluso che l’art. 5 della Direttiva del 13 giugno 1990 90/314/CEE

⁷¹⁸ Il sintagma virgolettato è ripreso dal titolo di un contributo di TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata “atipico”*, in *La resp. civ.*, 2007, 1019 ss., al quale si avrà occasione di fare riferimento anche nel seguito.

⁷¹⁹ Si tratta di Corte giust., 12.3.2002, n. C-168/00, in *Danno e resp.*, 2002, 1097 ss., commentata da CARRASSI, *L’interpretazione della Corte di giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera monofiliachia* e da GAZZARA, *Vacanze tutto compreso e risarcimento del danno morale*, ivi, 2003, 245 ss.; GUERINONI, *L’interpretazione della Corte di giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*, in *Resp.civ.prev.*, 2002, 363 ss..

(originariamente recepito nell'ordinamento nazionale dall'art. 16 del D. lgs.111/1995, ed ora trasposto nell'art. 95 cod.cons.) dev'essere interpretato nel senso che *«in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso»*.

Da allora, rimosse le residue perplessità, prendendo spunto dai principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria anche la giurisprudenza nazionale ha con regolarità riconosciuto la peculiare forma di tutela morale del “consumatore turista”⁷²⁰.

In effetti, anche la Suprema Corte, pur premettendo che *«il legislatore è intervenuto per garantire la corrispondenza fra aspettativa di svago, riposo, evasione apprendimento che una vacanza può fornire e offerta commerciale proveniente dal tour operator»*, afferma poi che sullo sfondo di tale scelta si avverte in realtà l'esigenza di *«tutelare il godimento di un bene (la vacanza) che riveste un particolare valore esistenziale nella vita delle persone che dedicano la maggior parte del loro tempo al lavoro»*⁷²¹.

E, così come il “bene vacanza”, si è ritenuto che debba essere tutelato più in generale anche il *«bene tempo libero fruibile in singole occasioni dell'anno per via degli impegni lavorativi, ed in ragione di tale circostanza assunto a bene particolarmente sensibile nella nostra moderna società»*⁷²².

Si riallaccia in qualche modo a questa impostazione l'ipotesi dell'apertura ad un inedito scenario su una nuova fattispecie di *«danno da tempo libero sacrificato»*⁷²³.

⁷²⁰ Tra le più recenti cfr. Cass., 24.4.2008, n. 10651, in *Danno e resp.*, 2009, 661, commentata da LAGHEZZA, *Se il mare è calmo come l'olio*; Cass., 9.11.2004, n. 21343, in *Foro it.*, rep. 2004, voce *Turismo*, n. 40. E, quanto alla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Palermo, 8.1.2009, in *I contratti*, 2009, 688 ss., commentata da GALATI, *Contratto di viaggio tutto compreso e responsabilità dell'organizzatore per danno da vacanza rovinata*; Trib. Saluzzo, 25.2.2009, in *Giur. merito*, 2009, 4, 969 ss. ed in *www.personaedanno.it*; Trib. Milano, 18.10.2007, in *Danno e resp.*, 2009, 183 ss., con nota di CARRASSI, *Il risarcimento da vacanza rovinata non sarà più sinusoidale né irrisorio (ma neppure esistenziale)*; Trib. Bologna, 7.6.2007, in *Resp.civ.prev.*, 2008, 6, 1401. Oltre ai commenti già citati si segnalano anche i recenti contributi di NARDI, *Viaggio turistico e prevedibilità del danno da vacanza rovinata*, in *La resp. civ.*, 2009, 528; GLIATTA, *La responsabilità degli operatori turistici nell'ambito del c.d. danno da vacanza rovinata*, in *La resp. civ.*, 2008, 358 ss.; VIOLA, *Contratto di vacanza, inadempimento e danno*, in *La resp. civ.*, 2009, 560 ss.; CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da tempo libero sacrificato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 630 ss.; NOCCO, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Danno e resp.*, 2007, 623 ss.; SPANGARO, *Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 719 ss.

⁷²¹ V. Cass., 24.4.2008, n. 10651, cit.

⁷²² Così in Trib. Saluzzo, 25.2.2009, cit.

⁷²³ Cfr. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da tempo libero sacrificato?*, cit., 647.

A fondamento di tale ragionamento si immagina che alla disponibilità del bene “tempo”, quello destinato al “tempo libero” in particolare, sia attribuibile uno specifico valore in considerazione dei sacrifici che ciascuno compie per poterne usufruire⁷²⁴. Si fa l’esempio del professionista, che decide di concedersi del tempo libero piuttosto che lavorare, così dovendosi dedurre che egli attribuisce al tempo libero - almeno - il valore del guadagno che conseguirebbe se lavorasse; o, alternativamente, del lavoratore dipendente che ha “speso” le sue energie lavorative per poter godere delle vacanze, che per l’appunto maturano e sono retribuite in ragione dell’attività lavorativa prestata⁷²⁵.

Una impostazione, questa, che, più o meno consapevolmente, è stata condivisa da una recente pronuncia per l’appunto in tema di danno da vacanza rovinata, in cui si osserva che, se il comune sentire attribuisce alla vacanza un valore rilevante, anche economico, giacché ciascuno è economicamente disponibile a sacrificarsi per conseguirlo, allora è anche vero che si tratta di un sentire che merita un riconoscimento risarcitorio⁷²⁶.

Pare allora si possa dire che tanto in giurisprudenza quanto in dottrina sta sempre più prendendo consistenza l’idea che occorra attribuire una autonoma rilevanza al diritto al godimento del tempo libero, il cui valore socialmente avvertito prescinde dal fatto che a monte vi sia un rapporto contrattuale tra un consumatore ed un organizzatore professionale.

Certamente il “turista consumatore”, ricorrendone i presupposti, potrà avvalersi della particolare disciplina di favore offerta dagli artt. 82 ss. cod.cons., e per tale via pretendere il risarcimento per la mancata attuazione del programma negoziale.

Ma se, ancorché in termini generalissimi, il danno da vacanza rovinata può, come si è visto, essere sintetizzato nel turbamento arrecato al sereno godimento di un programmato periodo di vacanza, da intendersi come occasione di svago e relax⁷²⁷,

⁷²⁴ Esaminando il settore dei contratti turistici e del tempo libero in genere, COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., 672, pone la seguente riflessione: «è importante osservare come, nel settore considerato, il fruitore del servizio turistico sia, di regola, disposto a *spendere di più* per sottrarsi al rischio di brutte sorprese e, quindi, per garantirsi la realizzazione delle utilità (non economiche) richieste».

⁷²⁵ Cfr. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da tempo libero sacrificato?*, cit., 646.

⁷²⁶ Cfr. G. di pace, Verona, 2.1.2009, in www.personaedanno.it.

⁷²⁷ In questi termini cfr. TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata “atipico”*, cit., 1020; NARDI, *Viaggio turistico e prevedibilità del danno da vacanza rovinata*, cit., 528.

non è allora plausibile sostenere che l'interesse al "valore vacanza" sussiste solo qualora si ricorra ai servizi di un *tour operator*.

Alla luce delle considerazioni che precedono si può ora meglio comprendere attraverso alcuni esempi pratici come, ricorrendone le condizioni, un rapporto causale tra il fatto "fermo tecnico" e l'evento "vacanza rovinata" sia tutt'altro che improponibile.

Si immagini una delle tante persone che un famoso spot pubblicitario definiva "turista fai da te", una qualunque tra le tante che si autorganizzano un periodo di vacanza da trascorrere in roulotte. Prima della partenza per la programmata vacanza l'auto accessoriata per il traino della roulotte subisce un incidente, o viene comunque danneggiata, senza che conseguano lesioni alle persone, e senza che a tale illecito sia sottesa una - astratta - fattispecie di reato⁷²⁸. "Salta" quindi la partenza per la vacanza perché non si trova un'auto sostitutiva accessoriata per il traino del rimorchio. Ma, anche ammesso che la si trovasse, siccome per la riparazione dell'auto servono meno giorni di quelli programmati per le ferie, non verrebbero comunque risarcite le spese per i giorni eccedenti il periodo di fermo tecnico stimato come necessario⁷²⁹.

Lo stesso ragionamento può essere replicato, per estensione, immaginando il caso in cui sia danneggiata o distrutta la roulotte stessa, piuttosto che un camper. Il che potrebbe succedere, ed è ipotesi tutt'altro che peregrina, nel tragitto che porta in vacanza. Si può pensare, ancora, all'indisponibilità di una moto da turismo, magari una di quelle non di serie fatte fare da artigiani specializzati con costi notevoli, con la quale un appassionato motociclista avesse programmato gite con gli amici in amene località. Caso quest'ultimo nel quale sarebbe peraltro estremamente difficile reperire un veicolo sostitutivo.

In ciascuno degli esempi proposti al proprietario viene impedito di godersi l'agognata vacanza, un fine settimana fuori porta, o in ogni caso di esplicitare, più o meno a lungo, quell'attività ludico - sociale extra lavorativa che, ce lo dice la Corte di cassazione, «riveste un particolare valore esistenziale nella vita delle persone»⁷³⁰. L'auto, la roulotte, il camper, la moto resteranno indisponibili per qualche giorno,

⁷²⁸ Una simile circostanza è posta alla base delle riflessioni di TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata "atipico"*, cit., che rispetto all'esempio qui proposto immagina il caso in cui sia danneggiato un carrello che trasporta un gommone.

⁷²⁹ Sulla differenza tra fermo tecnico e fermo effettivo, e sulla non risarcibilità dei periodi eccedenti il tempo strettamente necessario alle riparazioni si rinvia a quanto detto poco *supra*, sub § 6.2)

⁷³⁰ V. Cass., 24.4.2008, n. 10651, cit.

magari anche qualche settimana. Ma la vacanza, l'occasione di svago, andrà definitivamente perduta.

Se quindi, come si è detto, la vacanza è un bene socialmente rilevante, non si vede per quale ragione il danno da mancata vacanza o, meglio, da vacanza rovinata “atipica”, non debba essere risarcito.

Non risulta che tale tesi, salvo qualche rara riflessione, sia stata fino ad ora oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina⁷³¹. Né che la giurisprudenza abbia avuto occasione di occuparsene⁷³². Esiste però almeno un precedente del Tribunale di Milano che, benché non perfettamente sovrapponibile all'ipotesi qui immaginata, mostra di condividerne l'impianto⁷³³. Pur non prendendo in considerazione il fermo tecnico del veicolo, il Giudice meneghino ha infatti ritenuto che il danneggiato da un sinistro stradale deve essere risarcito, oltre che dei danni materiali e biologici, anche per il mancato (nel caso di specie: per il diminuito) godimento delle vacanze imputabile alle lesioni riportate nell'incidente. In altri termini, anche secondo questa sentenza il diritto al godimento di una vacanza è un diritto assoluto tutelabile anche in via aquiliana, o *erga omnes*, e non solo quando discenda dalla stipula di un contratto di viaggio.

Certo, prendendo le mosse dalle Sezioni unite n. 26972/2008 si potrebbe eccepire che, mentre nel caso di contratti di viaggio con formula omnicomprendiva la tutela risarcitoria è determinata da una puntuale previsione di legge, che per di più promana dalle fonti comunitarie, altrettanto non avviene per la “vacanza rovinata da fermo

⁷³¹ Un ragionamento In questi termini è svolto nel già citato contributo di TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata “atipico”*, e da MIGLIAVACCA, *Il danno da vacanza rovinata trova spazio nell'infortunistica stradale*, in *La resp. civ.*, 2006, 400 ss., che commenta Tribunale di Milano, 16.9.2005, n. 10090. Non risultano altri interventi nei termini qui in discussione.

⁷³² Per la verità esiste un caso, di cui si è occupato G. di P. Borgo San Lorenzo, 22.5.2007, in *Banca dati De Jure*, in cui tale posta di danno è stata fatta valere. Si trattava però di una vicenda particolare, è precisamente di un guasto al veicolo determinato da vizio di costruzione, occorso mentre l'acquirente si trovava in vacanza in Spagna. Era quindi stato chiesto il rimborso dei costi per il soggiorno forzoso e per le telefonate fatte per sollecitare la riparazione, regolarmente effettuata, oltre al risarcimento del danno da vacanza rovinata. Il giudice ha aderito solo in parte alle richieste attoree, riconoscendo il ristoro dei costi di soggiorno e telefono, ma ha però respinto la domanda relativa al danno da vacanza rovinata sul presupposto che si trattava di una ipotesi che, individuata quale specifica forma di responsabilità degli organizzatori di viaggi turistici, non poteva essere estesa anche a fattispecie quali quella in trattazione. La questione riguarda quindi non già la generica responsabilità extracontrattuale, quanto piuttosto i rimedi a disposizione del consumatore in ragione dei danni derivanti da vizi o difetti di costruzione di un bene di consumo. Per tale ragione questa sentenza verrà ripresa nel paragrafo seguente, in cui, per l'appunto, ci si occuperà specificamente dell'argomento.

⁷³³ Cfr. Tribunale di Milano, 16.9.2005, n. 10090, cit.

tecnico”, che di conseguenza non rientrerebbe nei casi in cui può venire riconosciuto il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali.

Si tratterebbe però di una argomentazione che non persuade⁷³⁴, posto che porterebbe a conseguenze che appaiono inaccettabili. In primo luogo perché, così facendo, pur essendo il medesimo l’interesse offeso, ossia il diritto al godimento delle vacanze, si giungerebbe ad esiti diametralmente opposti dal punto di vista risarcitorio, e quindi ad una ingiustificabile disparità di trattamento a fronte di identici pregiudizi patiti⁷³⁵.

E secondariamente perché, giova ricordarlo una volta ancora e non sarà nemmeno l’ultima, sono le stesse Sezioni unite testé citate ad affermare che la coscienza sociale è il parametro attraverso cui l’interprete è chiamato a valutare l’emersione dei nuovi interessi meritevoli di tutela. Se così è, non si crede di esagerare nell’affermare che i consociati guardano alle vacanze ed al tempo libero con un interesse che difficilmente si può riscontrare in altri ambiti della vita di relazione.

Non pare quindi che vi siano controindicazioni ad ammettere la tutela del diritto al godimento di una vacanza sia quale diritto di credito nascente dal contratto di viaggio, sia quale diritto assoluto da tutelare in via aquiliana.

In quest’ultima prospettiva si può dunque sostenere che il risarcimento per quello che è stato definito come “danno da vacanza rovinata atipico” o, se si preferisce, come quello che si potrebbe anche classificare come “danno da tempo libero sacrificato per causa di fermo tecnico”, va riconosciuto anche a chi sia rimasto vittima di un

⁷³⁴ Argomentazione peraltro utilizzata proprio da G. di P. di Borgo San Lorenzo, 22.5.2007, cit., unico caso in cui risulta essere stata proposta una simile istanza risarcitoria come poc’anzi spiegato.

⁷³⁵ Cfr. anche l’interessante considerazione svolta da TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata “atipico”*, cit., 1023, secondo cui tale argomentazione non sarebbe meritevole di pregio «in quanto, a tacere d’altro, l’accoglimento della medesima dovrebbe inevitabilmente portare – almeno per quanto a noi sembra - all’una o all’altra delle due conseguenze che seguono, e che appaiono entrambe inaccettabili: a quella di negare, cioè, nella sostanza, la risarcibilità del danno da vacanza rovinata, in quanto ciò che a titolo di risarcimento di questo danno verrebbe corrisposto integrerebbe, in realtà, una normale voce di danno patrimoniale risarcibile in quanto conseguente alla esecuzione inesatta di un servizio, senza che il carattere turistico del servizio medesimo venga in alcun modo in rilievo, e questo quando la costruzione della figura in esame è stata promossa e realizzata allo scopo di fornire una particolare tutela in relazione ad uno specifico settore, quello turistico, considerato particolarmente importante non solo sotto il profilo squisitamente economico, ma anche per la “qualità della vita” che esso è in grado di assicurare nella società contemporanea; oppure a quella di riconoscere sì come risarcibile il danno da vacanza rovinata propriamente inteso, ma definendo come patrimoniale ciò che patrimoniale non è, attraverso l’accoglimento di una nozione di patrimonio così dilatata da apparire non solo di dubbia consistenza sul piano teorico, ma anche, e soprattutto, incompatibile con i più recenti sviluppi della responsabilità civile in genere».

incidente stradale che lo ha costretto a rinunciare al - ovvero a limitare e/o ad interrompere il – programmato periodo di ferie⁷³⁶.

6.4) Il fermo tecnico di un veicolo provocato da vizio di fabbricazione.

Fino ad ora si è discusso della specifica ipotesi di fermo tecnico provocato da un incidente stradale. Ma l'indisponibilità dell'uso del veicolo può dipendere anche - da un malfunzionamento derivante - da un vizio di produzione.

Le case automobilistiche, attente come sono ad evitare inutili contenziosi che rischiano di provocare perdite di immagine assai più consistenti del costo della riparazione del guasto, in genere riconoscono senza particolari difficoltà la loro responsabilità per il danno cagionato, e si mostrano disponibili a tenere indenne il cliente dalle spese di ripristino del mezzo.

Tali politiche commerciali hanno fino ad ora consentito di raggiungere un equilibrio tra gli opposti interessi, circostanza che, vuoi anche perché nella più parte dei casi il tempo impiegato per la riparazione è decisamente contenuto, ha reso la clientela indifferente rispetto all'eventuale risarcibilità del fermo tecnico.

In questo ordine di considerazioni è alquanto improbabile che qualcuno si determini ad azionare in giudizio pretese per ipotesi risarcitorie che si immaginano solitamente marginali, quantomeno nei casi in cui non si ha a che fare con veicoli direttamente impiegati in attività produttive di reddito, quali furgoni o camion per il trasporto di merci. Per questi ultimi, infatti, il danno determinato dal fermo tecnico corrisponde in linea di principio al lucro d'impresa cessante, e di esso può essere agevolmente data dimostrazione⁷³⁷.

Per quel che riguarda invece il fermo tecnico di veicoli destinati alle ordinarie esigenze familiari, l'irrilevante numero di casi di cui hanno avuto occasione di occuparsi i Giudici da un lato⁷³⁸, il sostanziale disinteresse della dottrina - che non

⁷³⁶ Cfr. MIGLIAVACCA, *Il danno da vacanza rovinata trova spazio anche nell'infortunistica stradale*, cit., 404.

⁷³⁷ La questione è stata affrontata *ex professo* nel caso trattato da Cass., 17.5.2010, n. 12208, in *Banca dati Juris data*. Si aveva infatti a che fare con un guasto occorso ad un veicolo industriale in Russia, per la riparazione del quale sono serviti 13 giorni. La Cassazione ha ritenuto corretta la sentenza d'appello che aveva stimato l'ammontare del danno da fermo tecnico in ragione sia del mancato impiego dell'autista, pagato nonostante non potesse lavorare, sia nel mancato guadagno che poteva essere ritratto dall'utilizzazione del veicolo, ed ha quindi condannato il venditore al pagamento dei corrispondenti importi.

⁷³⁸ Nei repertori classici, invero, non vi è traccia di sentenze in termini. Risultano invece due recenti precedenti, Trib. Torino, 28.4.2009, e Trib. Chieti, 5.2.2009, nella *Banca dati Pluris (Utet – Cedam)*,

consta si sia mai occupata con dedizione alla tematica - dall'altro, sono in qualche modo una indiretta conferma dello scarso interesse per l'argomento qui proposto.

È però appena il caso di osservare che, a prescindere dalla causa che lo ha provocato, sempre di fermo tecnico si parla, e si faticherebbe a capire per quale ragione si dovrebbe giungere a trattarlo diversamente solo perché deriva da un vizio di fabbricazione imputabile al costruttore.

Del resto l'emersione di tale figura nell'ambito del contenzioso sui sinistri derivanti dalla circolazione stradale non è certo dovuta ad una maggiore sensibilità degli interessati. Come si può riscontrare dall'osservazione dei rari precedenti giurisprudenziali in cui il danno da fermo per guasto tecnico ha assunto rilevanza processuale, è stata l'opportunità di una causa comunque instaurata per il riconoscimento di altre e ben più consistenti pretese risarcitorie ad aver indotto l'interessato ad estendere la propria domanda anche alla posta di danno qui in discussione⁷³⁹.

Il che induce ad approfondire la questione per capire se, e se sì a quali condizioni, sia possibile immaginare una struttura giuridica in grado di supportare, e rendere al contempo conveniente, una autonoma istanza per il ristoro del danno da mancato uso del veicolo dipendente da vizi di costruzione imputabili alla casa automobilistica.

In questo senso è allora necessario volgere lo sguardo *in primis* ai rimedi offerti dall'art. 1494 c.c., ed in particolare all'azione concessa all'acquirente dal secondo comma della citata norma, che addossa al venditore la responsabilità per i danni

nel cui merito si approfondirà a breve. Va, ancora, segnalata la già menzionata G. di P. di Borgo San Lorenzo, 22.5.2007, della quale ci siamo occupati nel precedente paragrafo, pronuncia che invero non tratta espressamente del danno da fermo tecnico comunemente inteso, ma che può essere comunque presa in considerazione in questo contesto in quanto i presupposti dell'azione di risarcimento proposta sono riconducibili ad una serie di danni subiti dal proprietario del veicolo in ragione del fermo provocato da vizi di costruzione, per la riparazione dei quali è stato "bloccato" all'estero per alcuni giorni.

⁷³⁹ In effetti in Trib. Torino, 28.4.2009, cit., trascorso poco più di un anno dalla vendita, e dunque durante il periodo di garanzia, il proprietario è stato costretto a riportare in officina l'auto numerose volte in quanto il malfunzionamento si ripresentava regolarmente a cadenza di pochi giorni. L'auto veniva definitivamente riparata, ma solo dopo un intervento per il quale sono occorsi ben due mesi di fermo tecnico. In questo caso è stato liquidato un risarcimento da fermo tecnico pari ad 800 euro. In una seconda - anzi, nell'altra - pronuncia di Trib. Chieti, 5.2.2009, cit., il venditore è stato condannato a risarcire il proprietario che, per un guasto ai freni, aveva tamponato una vettura che lo precedeva. Il danno per la settimana di fermo tecnico necessario alla riparazione è stata quantificata in 100 euro, mentre il complessivo risarcimento in circa 3000 euro. In G. di P. di Borgo San Lorenzo, 22.5.2007, già si è visto che il risarcimento azionato comprendeva una serie di poste di danno, tra le quali le spese di soggiorno all'estero e il danno da vacanza rovinata. È insomma probabile che ben difficilmente una autonoma causa sarebbe stata proposta in mancanza di altre ragioni risarcitorie.

derivati dai vizi della cosa⁷⁴⁰. È appena il caso di osservare che di tale istituto, in forza dell'esplicita facoltà riconosciuta dall'art. 135 cod. cons., si può avvalere anche l'acquirente / consumatore⁷⁴¹.

Un incentivo ad intraprendere questo percorso viene anche dalla tendenza interpretativa più di recente affermatasi in giurisprudenza, che, probabilmente ispirata dalla esigenza di supplire alle segnalate carenze strutturali della speciale normativa di derivazione comunitaria, ha ampliato gli orizzonti applicativi della tradizionale responsabilità del venditore⁷⁴².

Si deve infatti in proposito osservare come, per oramai incontrovertibile opinione, in caso di inadempimento del venditore, oltre alla responsabilità contrattuale da inadempimento o da inesatto adempimento, sia configurabile anche la responsabilità extracontrattuale del venditore stesso qualora il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest'ultimo ulteriori rispetto a quelli strettamente negoziali⁷⁴³. Questo significa che per il tramite dell'art. 1494 c.c. possono essere sostenute anche pretese di natura aquiliana che consentono al danneggiato di godere di condizioni processuali di particolare vantaggio, e ciò grazie al correlato alleggerimento probatorio che la norma gli porge in dote⁷⁴⁴.

Infatti, in applicazione del ben noto principio di riferibilità, o di vicinanza alla prova che dir si voglia⁷⁴⁵, a carico dell'alienante viene posta una presunzione di -

⁷⁴⁰ Cfr. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. imp.*, 2008, 617 ss., 639.

⁷⁴¹ Sul punto, per una puntuale trattazione della questione, e per i numerosi riferimenti di dottrina e giurisprudenza si ritiene di segnalare il contributo di VENTURELLI, *Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 766 ss. Cfr. anche CAMPIONE, *Articolo 135*, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, PADOVA, 2010, 902; CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, MILANO, 2008, 621; VENTURELLI, *Commento art. 135*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, PADOVA, 2007, 1038.

⁷⁴² Cfr. MUSY e FERRERI, *I singoli contratti – 1. La Vendita*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, MILANO, 2006, 234.

⁷⁴³ Cfr. Cass., 08.5.2008, n.11410, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 5, 685.

⁷⁴⁴ Cfr. SICA e D'ANTONIO, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in STANZIONE e MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, TORINO, 2009, 595 ss., 598; GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., 147.

⁷⁴⁵ La questione della ripartizione degli oneri probatori in ipotesi di inadempimento o di inesatto adempimento è stata affrontata da Cass., S.u., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, ed in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, nella quale si chiarisce che «esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza dell'inadempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni) gravando anche in tale

conoscenza dei vizi, e dunque della - colpevolezza⁷⁴⁶; cosicché, per essere liberato, il venditore dovrà dimostrare di aver attuato un comportamento idoneo a verificare lo stato e la qualità del bene venduto al fine di individuare l'eventuale presenza di vizi⁷⁴⁷.

Se queste sono le luci che possono attrarre i danneggiati in cerca di rimborso, non mancano però ombre che possono costituire un fastidioso intralcio al cammino risarcitorio qui immaginato⁷⁴⁸.

Intanto non è da considerare inverosimile l'ipotesi che il venditore riesca a fornire la prova liberatoria⁷⁴⁹. Secondariamente occorre dar conto dell'esistenza di incertezze in ordine ai termini entro i quali la responsabilità *ex art. 1494, 2° co, c.c.*, può essere fatta valere⁷⁵⁰. Al riguardo la giurisprudenza pare essere orientata a ritenere che si tratti di una ipotesi speciale sia rispetto alla clausola generale di responsabilità civile, sia rispetto al regime speciale introdotto in attuazione della disciplina consumeristica, e che pertanto, quand'anche vi si ricorresse per avanzare pretese risarcitorie di natura

eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento». L'affermazione di tale principio ha riscritto le regole probatorie in materia di inesatto adempimento, ed è stata per questo oggetto di valutazioni critiche sia da parte dei primi commentatori *supra* citati, ossia MARICONDA e LAGHEZZA, sia da parte della successiva dottrina, tra cui cfr. VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 240 ss.. Non risulta comunque che il formante giurisprudenziale si sia discostato da questo orientamento nomofilattico.

⁷⁴⁶ V. Cass., 18.5.2009, n. 11423, cit.; conf. v. Cass., 3.6.2008, n. 14665, in *Giust.civ.mass.*, 2008, 6, 860; Cass., 5.12.2008, n. 28807, in *Giust. civ.mass.*, 2008, 12, 1740; Cass., 5.3.2008, n. 6007, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 3, 368.

⁷⁴⁷ Cfr. Cass., 5.3.2008, n. 6007, cit.; Cass., 8.5.2008, n. 11410, cit.

⁷⁴⁸ Dovero di correttezza impone di segnalare che per tale metafora si è debitori del contributo di CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 623.

⁷⁴⁹ Secondo VILLANI, *Vizi della cosa venduta: codice civile e Direttiva 85/374/CEE a confronto*, nota a commento di Cass., 18.5.2009, n. 11423, in *La resp. civ.*, 2009, 731 ss., 735, è proprio questa la ragione per la quale in passato il ricorso all'art. 1494 c.c. era ritenuto inopportuno.

⁷⁵⁰ Secondo NADDEO, *La vendita di beni di consumo*, in STANZIONE e MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, TORINO, 2009, 579, premesso che all'azione *ex art. 1494 c.c.* «dovrebbero applicarsi gli stessi termini di decadenza e prescrizione previsti in relazione alla garanzia per vizi dall'art. 1495 c.c., che l'orientamento giurisprudenziale dominante estende alla responsabilità "complementare" di cui all'art. 1494 c.c.», (580) «Se, tuttavia, si concorda sulla configurabilità, alla luce della nuova disciplina, di un vero e proprio obbligo del venditore di consegnare un bene conforme al contratto, può anche ipotizzarsi, come sostiene un secondo orientamento, il ricorso al regime comune della responsabilità per inadempimento di cui agli artt. 1218 ss. c.c. Anche in tal caso il presupposto della colpa del venditore risulterebbe indefettibile. L'azione, tuttavia, verrebbe ad essere assoggettata al ben più favorevole termine ordinario di prescrizione, a meno di non voler ritenere applicabile in via analogica, per ragioni di omogeneità rispetto ai rimedi principali, la disciplina dettata dall'art. 132 cod.cons.». Per una rassegna delle diverse opinioni che si confrontano sul tema si rinvia a CAMPIONE, *Articolo 135*, cit., 902 ss.

extracontrattuale, l'azione in questione sarebbe pur sempre soggetta ai termini di decadenza e prescrizione stabiliti dall'art. 1495, co. 3, c.c.⁷⁵¹.

Il che costituirebbe un limite non certo trascurabile, considerato che nell'ambito della vendita di autoveicoli non di rado i difetti si manifestano ben oltre l'anno dalla consegna.

Resterebbe pur sempre applicabile la tradizionale tutela extracontrattuale per quei pregiudizi ascrivibili alla lesione di diritti dell'acquirente estranei agli interessi negoziali⁷⁵² che, oltre a prevedere termini di prescrizione meno angusti⁷⁵³, presenta l'indiscutibile pregio di poter essere azionata indistintamente tanto nei confronti del venditore che del produttore⁷⁵⁴, mentre invece la responsabilità *ex art.* 1494, 2° co, c.c. potrebbe essere esperita nei soli confronti dell'alienante⁷⁵⁵.

Ma, in tal caso, applicando l'art. 2043 c.c. tornerebbero ad operare le ordinarie regole di ripartizione dell'*onus probandi*, e quindi il danneggiato sarebbe chiamato a dimostrare, oltre al nesso di causa tra vizio della cosa e pregiudizio arrecato, anche

⁷⁵¹ Cfr. Cass., 3.6.2008, n. 14665, cit., e Cass., 29.4.2005, n. 8981, in *Danno e resp.*, 2006, 261 (pubblicata unitamente a Cass., 14.6.2005, n. 12750 e Trib. Venezia, 14.2.2005), con nota di BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?* 262 ss., di cui merita di essere qui riportato un significativo brano che chiarisce il fondamento di questa tesi: «Né giova alla tesi della ricorrente società la preoccupazione di evitare che la pretesa risarcitoria possa prescindere dai termini dell'azione di garanzia (art. 1495 c.c.), e così eludere il limite temporale stabilito dal legislatore, dato che tale preoccupazione omette di considerare che i predetti termini, in quanto previsti per limitare nel tempo l'azionabilità dei diritti di garanzia scaturenti dalla vendita, sono riferiti alla pretesa contrattuale, che si avvale dei privilegi per essa previsti dalle norme del codice civile, perché è per la pretesa contrattuale che si pone una esigenza di limitazione, nel tempo, della operatività della garanzia, ma non pongono affatto una necessità di assonanza con i termini di esercizio dell'azione extracontrattuale, la quale non realizza una tutela del compratore contro l'inesatto adempimento ma si fonda su un illecito extracontrattuale che, anche quando trae occasione dalla vendita, rimane ben distinto rispetto all'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto essendo legato al generale divieto del *neminem laedere*, al quale anche il produttore è tenuto secondo un generale principio di solidarietà sociale...». Sul punto cfr. anche le riflessioni di VENTURELLI, *Commento art. 135*, cit., 1040.

⁷⁵² Cfr. CAMPIONE, *Articolo 135*, cit. 904, che osserva non solo essere «dato acquisito che il consumatore, ove ricorrano i presupposti, possa esercitare l'azione di risarcimento dei danni in via extracontrattuale», ma pure che, quale ulteriore possibile percorso risarcitorio, «in tale ipotesi, possa venire in rilievo la responsabilità del produttore per il danno cagionato dai difetti del suo prodotto *ex artt.* 114-127 c.cons.».

⁷⁵³ Cfr. Cass., 8.5.2008, n. 11410, cit., in cui si precisa che quando venga in risalto il minor valore del bene venduto o la sua distruzione o un suo intrinseco difetto di qualità, con il danno conseguente, si resta all'interno della responsabilità delineata dalle azioni contrattuali, soggette alle prescrizioni annuali, mentre invece nel caso di pregiudizio arrecato agli interessi del compratore che essendo sorti al di fuori del contratto hanno la consistenza di diritti assoluti, opererebbe l'ordinaria prescrizione quinquennale aquiliana. Cfr. anche Cass., 29.4.2005, n. 8981, cit. In dottrina cfr. VENTURELLI, *Commento art. 135*, cit., 1038.

⁷⁵⁴ Cfr. Cass., 29.4.2005, n. 8981, cit.

⁷⁵⁵ Cfr. Cass., 21.1.2000, n. 639, cit. Cfr. SICA e D'ANTONIO, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit., 598.

l'altrui colpa nella causazione dell'evento⁷⁵⁶. Il che, da un punto di vista pratico, in specialmodo quando si abbia a che fare con prodotti ad elevato tasso tecnologico, può risultare tutt'altro che semplice⁷⁵⁷.

Alla luce delle riflessioni qui svolte si può ora meglio comprendere quali siano le ragioni per le quali, pur essendo identici i pregiudizi subiti dal danneggiato, il “fermo tecnico contrattuale” non ha conosciuto lo stesso successo di quello da sinistro stradale. Le difficoltà ermeneutiche da un lato, unite alla consapevolezza delle ancor più ostiche traversie giudiziarie da affrontare dall'altro, si rivelano, a fronte dei risultati attesi, circostanze tali da dissuadere anche gli spiriti più litigiosi.

La deflazione del contenzioso in *subiecta materia* si realizza insomma in virtù non già di sermoni nomofilattici che predicano la cacciata dal tempio del danno bagatellare, ma perché il danneggiato è costretto suo malgrado ad adottare un comportamento razionale che lo dissuade dall'avventurarsi in un confronto processuale dall'esito comunque incerto, e che, a tutto voler concedere, nella generalità dei casi vedrebbe in discussione poste risarcitorie relativamente marginali. A diversa conclusione si giungerebbe probabilmente se il danno da fermo tecnico venisse fatto valere in via accessoria rispetto ai pregiudizi materiali comunque azionati. Già si è ricordato che nei pochissimi casi in cui se ne è discusso è in effetti in questi termini che la domanda è stata formulata ed accolta⁷⁵⁸.

A quel punto non sussisterebbero nemmeno preclusioni di natura giuridico - sostanziale. Si è abbondantemente spiegato come la procurata indisponibilità dell'automobile realizzi di fatto una lesione al diritto di proprietà, e come pure possano, in determinate circostanze, venire in considerazione lesioni ad altri beni primari, come quello al godimento del tempo libero. Pregiudizi che secondo una lettura costituzionale evolutiva sono meritevoli di una tutela avanzata, quindi anche di una tutela non patrimoniale che in tema di danno provocato da prodotti difettosi sta trovando sempre maggiore consenso anche nel formante giurisprudenziale, e tanto nonostante il dato normativo indurrebbe di per sé a negarla⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Cfr. Cass., 29.4.2005, n. 8981, cit.; Cfr. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 641, e SICA e D'ANTONIO, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit., 597 ed in particolare 604.

⁷⁵⁷ Cfr. VILLANI, *Vizi della cosa venduta: codice civile e Direttiva 85/374/CEE a confronto*, cit., 739; CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 631 ss.

⁷⁵⁸ Il riferimento è ancora una volta ai già citati Trib. Chieti, 5.3.2009, e Trib. Torino, 28.4.2009.

⁷⁵⁹ Cfr. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 644, anche per una rassegna della casistica in cui è stato riconosciuto il danno “non patrimoniale” da prodotto difettoso.

Non va poi dimenticato che, a sensi dell'art. 104 cod. cons., l'immissione di prodotti pericolosi sul mercato è punita con l'arresto, e dunque costituisce ad ogni effetto un reato. Questa circostanza nella pratica non è mai stata tenuta in considerazione, ma si è acutamente osservato che essa ben si presterebbe ad allargare la base del danno non patrimoniale risarcibile anche al di là dei casi di lesione di valori costituzionalmente tutelati, quantomeno laddove un prodotto difettoso *ex art. 117* cod. cons. possa anche essere considerato un prodotto pericoloso⁷⁶⁰.

Non è quindi escluso che in un prossimo futuro il danno da fermo tecnico per vizio di produzione possa, approfittando di più favorevoli circostanze di fatto e di possibili ulteriori aperture pretorie, trovare un più profondo radicamento nella prassi giurisprudenziale⁷⁶¹.

6.5) La risarcibilità del danno da vacanza rovinata “atipico” provocato dal mancato godimento di altri beni.

Non è intenzione di chi scrive negare che l'automobile rappresenti nell'immaginario collettivo un bene al quale difficilmente si potrebbe rinunciare. Anzi. Tuttavia sostenere che agli autoveicoli siano anche l'unica categoria di beni dalla cui privazione il proprietario può risentire pregiudizi di un certo rilievo sarebbe una conclusione semplicistica ed affrettata.

Se, per esempio, come si è detto, il tempo libero e la vacanza hanno un valore ideale che deve essere tutelato dall'ordinamento, sarà il loro mancato godimento a svolgere un rilievo ai fini risarcitori. Che poi questo dipenda dalla indisponibilità dell'automobile piuttosto che da quella di altri beni non è certo questione decisiva. Quel che conta è che sia individuabile un altrui inadempimento o illecito.

Per meglio chiarire i termini del ragionamento si può pensare, tra le varie ipotesi formulabili, a chi abbia acquistato una barca a vela con cui passare le vacanze. Il proprietario però non riesce a godere del natante in quanto questo viene distrutto in

⁷⁶⁰ Cfr. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 644.

⁷⁶¹ Nel caso trattato da Cass., 29.4.2005, n. 8981, cit., un proprietario di autoveicolo ha citato in giudizio la casa costruttrice per essere risarcito dai danni provocati al veicolo, completamente distrutto da un incendio per un vizio di costruzione, ed a quelli provocati dal veicolo, fatti valere ai sensi dell'art. 2043 c.c. La Suprema Corte ha ritenuto corretta la formulazione della domanda, che per quanto si è spiegato non avrebbe del resto potuto essere altrimenti proposta, ed ha liquidato i rispettivi danni. In questo caso sussistevano tutti i presupposti per poter chiedere anche il ristoro del danno da fermo tecnico, essendo evidente che l'incendio ha comportato l'indisponibilità del veicolo e con essa tutti i relativi disagi in capo al proprietario. Il fatto che di ciò non vi sia traccia negli atti processuali dimostra che mancava probabilmente la consapevolezza delle illustrate possibilità.

un incidente stradale, oppure non viene consegnato nei tempi concordati dal salone nautico presso cui era stato acquistato.

Si tratta, come si può notare, di casi che ben si possono inquadrare nei medesimi paradigmi utilizzati per la costruzione giuridica del “danno da vacanza rovinata atipico”, sia extracontrattuale che contrattuale, e che dunque, qui richiamando le riflessioni dianzi svolte, a stretta logica non vi sarebbe ragione di non riconoscere dal punto di vista risarcitorio.

6.6) Il mancato godimento di beni provocato da un inadempimento: il “valore di organizzazione”

La vacanza ed il tempo libero, per quanto ad essi sia attribuita particolare importanza dal comune sentire, non sono certo gli unici interessi per i quali l'emergente coscienza sociale invoca tutela. Si pensi, ad esempio, alle diuturne tribolazioni alle quali vanno incontro i consumatori a causa delle prevaricazioni delle imprese. Se ci si attendesse ai rigorosi canoni enunciati dalle c.d. *Sezioni unite di San Martino*⁷⁶² sarebbe improbabile poter immaginare il risarcimento delle corrispondenti disutilità e/o sofferenze⁷⁶³.

Proviamo allora ad immaginare, tra i tanti astrattamente ipotizzabili, al caso di uno studente che sta scrivendo la tesi di laurea. Gli si guasta il computer per un difetto di produzione. Per prassi lo deve spedire al centro di assistenza, e per una decina di giorni – se gli va bene - rimane senza uno strumento essenziale per la sua quotidianità. Non può andare avanti a scrivere la sua tesi, ma pure non potrà accedere ad internet per tenere i contatti con il suo relatore. Magari quel computer serviva anche, com'è nella più parte dei casi, per comunicare attraverso i moderni sistemi VoIP (*voice over internet protocol*), per ascoltare musica, per vedersi films, per le elaborazioni grafiche delle locandine della bacheca del gruppo studentesco di cui fa parte, per la lavorazione delle foto digitali che sono la sua passione. Insomma, l'uso del computer rappresenta per lui un modo di essere nel suo mondo.

⁷⁶² Tale riferimento a Cass., S.u., 11.11.2008, nn. 26972 – 26975citt., si deve ad AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento dopo le Sezioni Unite di San Martino*, cit.

⁷⁶³ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, cit., 269: «La pagina del sociologo descrive, del resto, l'esistenza dell'*homo consumens* come costellata, se non ossessivamente riempita, di bisogni che solo in parte circoscritta attengono al piano degli interessi patrimoniali e che sempre più spesso si riferiscono, invece, all'area degli interessi non patrimoniali (dai bisogni culturali, o pseudo tali, ai bisogni di svago o ricreazione) e che trovano il proprio momento di giuridificazione proprio nell'ambito dei contratti».

Ciò nonostante questo studente non può provare di aver subito un danno patrimoniale, perché il suo computer non gli serve a produrre reddito. E quindi, secondo la filosofia che ci vorrebbero comunicare le Sezioni unite, dovrebbe prendere atto che il suo disagio non è risarcibile.

Un danno, a ben vedere, ci potrebbe essere: è stato infatti leso l'interesse non patrimoniale dello studente a scrivere la tesi ed a vivere secondo le sue abitudini, ivi compreso il suo tempo libero. Ma il "diritto" questo danno non lo riesce a vedere: perché quello leso non sarebbe qualificabile come diritto inviolabile, e perché non è stata compromessa la sua integrità fisica. Quindi: non gli si può accordare tutela risarcitoria.

Insomma, le imprese, le multinazionali, in questo modo possono continuare serenamente ad immettere sul mercato prodotti qualitativamente scarsi poiché nei frequenti casi di guasti non dovranno risarcire alcunché. I costi attesi per la riparazione sono ampiamente inferiori di quelli necessari a garantire migliori standard di produzione. Né, per le stesse ragioni, si devono preoccupare di essere solerti nelle riparazioni, perché la probabilità che qualcuno faccia loro causa per qualche giorno di indisponibilità di una lavatrice, di un frigo, di una caldaia, è prossima allo zero. Si devono solo preoccupare che i consumatori non si facciano del male, l'unico caso in cui potrebbero derivare loro conseguenze, economiche e di immagine⁷⁶⁴.

Ed i consumatori, dal canto loro, hanno il dovere di tollerare, poiché, tra l'altro, oltre a non costituire il loro un diritto inviolabile, ci dicono le Sezioni unite, *“Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)”*⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Si rinvia alle concordi osservazioni di PLENTEDA, *Il Giudice di Pace ed il danno esistenziale bagattellare e transeunte*, in www.altalex.com/index.php?idnot=43040, che ritiene non sia corretto ragionare in questi casi di danno esistenziale, ma osserva altresì che «Per giungere ad affermare il diritto al risarcimento del danno nelle ipotesi qui esaminate, occorre necessariamente seguire un diverso percorso giuridico...In definitiva, l'interprete del diritto deve farsi carico delle legittime istanze di tutela provenienti dalla società, riguardanti tutti i disservizi ed in comportamenti ingiustamente molesti *vel* generatori di disagi di cui ci siamo occupati. Abbiamo intuito peraltro che lo strumento risarcitorio è, forse, quello più adatto a costruire una tutela per il cittadino danneggiato... In tutti questi casi, inoltre, togliere un po' di soldini dalla tasca profonda dei soggetti responsabili dei nostri fastidi e disagi facendoli transitare nelle tasche del cittadino danneggiato ci sembra giusta soluzione. Riconosciamo nello strumento risarcitorio un rimedio idoneo ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli di questi comportamenti scorretti».

⁷⁶⁵ Cfr. Cass., 11.11.2008, n. 26972, cit.

Ci si dovrebbe dunque inchinare al cospetto di “Sua Maestà la Doverosa Tolleranza” senza tenere in nessun conto quello che può essere definito come “valore di organizzazione” che il bene aveva acquistato in rapporto al suo inserimento nell’attività quotidiana, domestica o comunque non professionale, dell’acquirente danneggiato⁷⁶⁶, e che rientra a pieno titolo in quegli interessi non patrimoniali che, come già *supra* si è detto, sono naturalmente sottesi al programma negoziale e sono ampiamente prevedibili⁷⁶⁷.

Occorrerebbe però, a questo punto, che si trovasse il modo di spiegare la ragione per la quale, a parti invertite, non viene previsto un corrispondente dovere di tolleranza, e non si crede necessario soffermarsi a spiegare le conseguenze nelle quali si incorre se si ritarda di un giorno il pagamento di una fattura o di una tassa⁷⁶⁸.

A prescindere dalla impostazione alla quale si intenda accedere pare a chi scrive che il problema non si risolva ignorandolo⁷⁶⁹. E la tutela del consumatore, è appena il caso di ricordarlo, è un principio declamato da fior fiore di disposizioni di fonte comunitaria, e financo dal Trattato Istitutivo della stessa UE⁷⁷⁰. Tanto che il legislatore, con una iniziativa assolutamente atipica, ha sentito addirittura l’esigenza di compendiarne la disciplina all’interno di una sorta di testo unico, quale può essere considerato, con i debiti distinguo, il Codice del Consumo. In cui l’esigenza di tutelare gli interessi - tutti gli interessi! - dei consumatori viene posta quale imprescindibile punto fermo dell’intera normativa di settore⁷⁷¹.

⁷⁶⁶ In questi termini cfr. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 640, che quali esempi del valore aggiunto di organizzazione che meriterebbero di essere risarciti immagina «un elettrodomestico che consente un notevole risparmio di tempo nella gestione casalinga, o alla caldaia del riscaldamento che evita di passare l’inverno al freddo».

⁷⁶⁷ V. *sub* §§ 2.7) e 6.5).

⁷⁶⁸ Cfr. BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all’art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, cit., 2653.

⁷⁶⁹ V. CENDON, *Cass., S.U. 26972/2008: non con l’accetta per favore*, cit., secondo cui se è pur vero che «semplici fastidi, disappunti, dobbiamo sopportarli pazientemente», occorre però non trascurare quelli «arrecati con dolo o con arroganza... attenzione a non dimenticare questo punto, altrimenti si premiano i boriosi e i prepotenti, e finisce che la povera gente si fa giustizia da sé».

⁷⁷⁰ V. ad esempio l’ art. 153 TCE, inserito nello specifico Titolo XIV del Trattato sull’Unione Europea (ora art. 169, Titolo XV, TFUE), rubricato “*Protezione dei Consumatori*”, in cui sono ripetuti i concetti di sicurezza ed interessi economici dei consumatori, esigenze inerenti alla protezione dei consumatori, salvaguardia dei loro interessi.

⁷⁷¹ Si legga, a puro titolo di esempio, l’eloquente testo dell’art. 1 del D. L.vo 6.9.2005, n. 206, per l’appunto il c.d. “Codice del Consumo”: «Finalità ed oggetto. Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità Europee, nel Trattato dell’unione Europea, nella normativa comunitaria con particolare riguardo all’art. 153 del Trattato Istitutivo della C.E.E., nonché nei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti».

Peraltro, come si è *supra* diffusamente illustrato, esistono consistenti argomentazioni che inducono a ritenere che il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale sia risarcibile indipendentemente dalla sussistenza della lesione di un diritto – inviolabile - riconducibile alle previsioni della Costituzione⁷⁷².

Un'autorevole sollecitazione in tal senso, per quanto legata ad un peculiare orizzonte di riferimento, proviene anche dai Principi *Unidroit*, in cui si prevede espressamente che a seguito dell'inadempimento il danno risarcibile «può essere di natura non patrimoniale e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale»⁷⁷³, e dai *Principles of European Contract Law* (PECL), in ragione dei quali «Il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: (a) il danno non patrimoniale; (b) il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile»⁷⁷⁴, risarcimento che non è subordinato alla violazione di regole costituzionali primarie, ma che è evidentemente lasciato alla valutazione del caso concreto⁷⁷⁵.

Orbene, come si è osservato la disciplina *Unidroit* è in genere molto attenta anche alla efficienza sistematica delle regole proposte⁷⁷⁶, e parimenti le regole risarcitorie portate dai “Principi di diritto europeo della responsabilità civile” sono ispirate da

⁷⁷² Rinviando alla specifica trattazione riservata alla questione del danno non patrimoniale da inadempimento *sub* § 2.7), si crede meriti di essere qui segnalato l'eloquente pensiero di MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 621, secondo cui «non sarebbe condivisibile l'opinione che neghi la risarcibilità, ex art. 1218 ss. c.c. del danno morale se non nei limiti imposti dall'art. 2059 c.c.» poiché «la rilevanza o meno del patimento va desunta anch'essa dal piano dell'obbligazione e, se si tratta di obbligazione nascente da contratto, dalla causa negoziale, entrambi conformati dalla legge e/o dalla privata autonomia, sicché, se da tali indici si desume l'inclusione nella prestazione o negli obblighi accessori della godibilità del bene dovuto o della serenità del creditore, l'eventuale regola di responsabilità non potrà che stendere la propria ala anche sul patimento o sul disagio d'animo, come nel caso emblematico del pregiudizio per vacanza rovinata».

⁷⁷³ V. Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali, 2004, Art. 7.4.2, 2° co. Per una panoramica sull'evoluzione storica e sull'applicazione dei citati principi v. RATTI, *Il richiamo ai principi Unidroit nella giurisprudenza interna e arbitrale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 915 ss.

⁷⁷⁴ V. art. 9:501 PECL, il c.d. “Codice Lando”.

⁷⁷⁵ Cfr. per queste considerazioni BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, cit., 2653; COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., 653; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 125; FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 586 e *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, cit., 22; TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, cit., 1032.

⁷⁷⁶ Cfr. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: Dal danno esistenziale al danno da tempo libero sacrificato?*, cit., 641.

finalità preventive⁷⁷⁷. Vero è che non si tratta di norme di diritto positivo, in quanto tali soggette a limiti oggettivi quando si voglia su di esse fondare un ragionamento in termini di stretto diritto, ma per quanto le si voglia ridimensionare resta pur sempre il fatto che esprimono comunque una sintesi del comune modo di pensare di autorevoli giuristi europei e, più in generale, riflettono la chiara tendenza ad estendere il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento⁷⁷⁸.

Si aggiunga che il complesso sistema delle norme del Codice del consumo, per quanto ampiamente perfettibile, ha già consentito positivi correttivi dei disequilibri tra imprese e consumatori, ed ha, altresì, realizzato un positivo circolo virtuoso per mezzo del quale, attraverso la garanzia di un soddisfacente livello di concorrenza, si sono instaurate migliori condizioni di mercato.

In altri termini il risarcimento del danno non patrimoniale oltre a ristorare i pregiudizi che il consumatore abbia a subire, sarebbe in pari tempo funzionale a correggere le distonie nei rapporti tra consumatori ed imprese⁷⁷⁹.

Il settore della telecomunicazioni dimostra appieno quale sia la potenzialità di tale funzione di deterrenza. Il costante intervento dell'Autorità per la garanzia delle comunicazioni ha svolto un'opera di dissuasione di notevole importanza, irrogando pesantissime sanzioni nei casi di accertata violazione dei diritti dei consumatori. Nelle carte dei servizi e dei diritti che ciascuna compagnia telefonica è tenuta a pubblicare, e che costituiscono ad ogni effetto parte integrante delle condizioni contrattuali, si prevedono indennizzi per il caso di mancata o tardiva attivazione della

⁷⁷⁷ Sulla finalità preventiva del risarcimento v. anche art. 10.101 dei *Principi di diritto europeo della responsabilità civile*, per un commento del quale, e per riflessioni sulla funzione preventiva della r.c. in generale si rinvia a FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2008, 294 ss., 295. Per ulteriori utili riferimenti in *subiecta materia* cfr. CHRISTANDL, *Principles of european tort law: spunti in tema di danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2323 ss.; CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 787 ss.

⁷⁷⁸ Cfr. FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 586. Per il vero, sempre con riguardo alle compilazioni normative "dottrinali" in ambito comunitario, come ricorda D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «Diritto privato europeo»: le scelte dei Principi Acquis*, cit., 596, la riparabilità del danno non patrimoniale da inadempimento è prevista anche dall'art. 8.402 dei *Principi Acquis*.

⁷⁷⁹ In qualche modo è questa la conclusione cui giunge anche FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 397, il quale, esaminando le varie funzioni attribuite al risarcimento del danno morale, conclude che esso realizza anche lo scopo di scoraggiare comportamenti lesivi degli altrui diritti. Sulla funzione riequilibratrice della responsabilità civile v. anche SIMONE, *La riscrittura del danno non patrimoniale: il declino del danno esistenziale e l'ascesa del danno morale?*, cit., 15: «Forse, puntando più in alto, si sarebbe potuto guardare al profilo della deterrenza nella responsabilità civile [...] Occorre costruire un sistema tale da disincentivare l'inadempimento da parte del debitore. Forse la tesi che la responsabilità civile sia indifferente alla condotta del danneggiante ora appare meno persuasiva».

linea, per l'intempestiva gestione dei reclami, e talvolta anche per l'improvvisa sospensione del servizio per cause tecniche.

È vero, si parla di somme contenute nell'ordine di qualche decina di euro, ma che replicate per i milioni di utenti in carico a ciascun operatore realizzano una economia di scala di assoluto rilievo, in grado di raggiungere cifre che inducono le imprese ad una particolare attenzione. Il contenzioso viene gestito nella quasi totalità dei casi a livello stragiudiziale, ed il cliente ottiene - una seppur limitata - soddisfazione. In questo modo si è arrestato l'assalto che clienti esasperati avevano portato davanti ai Giudici di pace - invero il più delle volte con successo - per essere risarciti di danni per lo più di natura morale⁷⁸⁰.

Anche a voler lasciare in disparte i risultati conseguiti, il massiccio intervento di controllo pubblico nel settore telefonico e delle telecomunicazioni in generale, mirato a contenere il più possibile i disagi patiti dai consumatori, dimostra che nella logica delle istituzioni tali disagi sono ben diversi da quei «pregiudizi di dubbia serietà» contro i quali hanno puntato il fucile i giudici della Suprema Corte⁷⁸¹.

Limitarsi dunque all'invocazione della necessaria sussistenza di una "tipicità" - asseritamente - richiesta dall'art. 2059 c.c. è un criterio tutt'altro che convincente. In primo luogo perché, da quanto si è a suo tempo detto, è quantomeno discutibile che in ambito contrattuale i limiti dell'art. 2059 c.c. possano essere fatti valere. In secondo luogo perché, in ogni caso, la responsabilità civile va intesa come il tramite attraverso cui la giurisprudenza deve accompagnare l'emersione delle esigenze nascenti dai cambiamenti sociali laddove ancora la legge non ha potuto, o non ha voluto, tenerne conto⁷⁸².

⁷⁸⁰ È proprio in questi termini che, preso atto che la pretesa di gestire per via pretoria il conflitto tra consumatori ed imprese è sostanzialmente velleitaria, in chiusura della nota a commento delle Sez. un. n. 26972/2008, cit., PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, cit., 134, auspicano «si ricorra a forme di indennizzo automatico, come avviene ad esempio, a colpi di carte dei diritti dei consumatori, nel campo delle telecomunicazioni ovvero dei trasporti. Quanto dire che il disvalore da disappunto si gestisce seguendo altre traiettorie».

⁷⁸¹ Cfr. Cass., S.u., 11.11.2008, n. 26972, cit.

⁷⁸² È questa la sintesi dell'autorevole pensiero di CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., 125, che merita di essere qui di seguito integralmente riprodotto: «Nessuna disciplina quanto la responsabilità civile si rende visibile a occhio nudo per una esuberanza rispetto alla normativa di fonte legislativa pur quando di questa, e in particolare di quella contenuta nel codice, si faccia o si dica di fare applicazione. Questo ripropone prepotentemente il problema della legittimazione del diritto giurisprudenziale, e cioè dei limiti, che pur ci devono essere, entro i quali quest'ultimo è autorizzato a dare ascolto alle istanze sociali di cui la legge non ha potuto o non ha voluto tenere conto, anche quando, per così dire, i tempi siano cambiati. E non è detto che la risposta debba essere nel senso di una carenza di legittimazione: perché se questa, non potendo venire dalla legge, con la quale anzi nella nostra ipotesi il diritto giurisprudenziale contrasta, viene dai fatti, c'è

Quello seguito dalla recente giurisprudenza di legittimità è dunque un criterio che non soddisfa né le esigenze di chi venga privato della disponibilità del bene, né consente, d'altro canto, di favorire un efficiente sviluppo delle dinamiche commerciali⁷⁸³. L'auspicio è allora che presto o tardi la giurisprudenza di legittimità lo comprenda. Ai Giudici di Piazza Cavour le argomentazioni giuridiche per poter andare oltre alla barriera del diritto positivo vigente non mancano di certo⁷⁸⁴.

già». In termini conformi si esprime LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, cit., 365, secondo cui alla «latitanza degli organi politici rappresentativi nelle scelte dei diritti relativi alle persone» non può che corrispondere «un – direi necessario – sempre maggiore spazio di intervento degli organi giurisdizionali, i quali si trovano puntualmente chiamati a rispondere alle domande individuali che rispecchiano tutte quelle esigenze presenti nella società che non hanno trovato adeguate e pronte risposte». Cfr. anche le conformi osservazioni di VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., 109.

⁷⁸³ Magari anche, come suggerisce FRANZONI, *Il danno morale*, cit., 331, attraverso la patrimonializzazione di taluni interessi ritenuti meritevoli di tutela ancorché non apprezzabili secondo logiche di mercato. Si dovrebbe cioè “*riformulare il concetto di patrimonio, considerandolo non solo nei suoi elementi economici, non solo nei rapporti giuridici che afferiscono le persone, ma anche in quel complesso di utilità, di vantaggi, di comodità, di benessere che, pur non trovando una valutazione pecuniaria corrente secondo stime di mercato, non per questo non possono diventare passibili di una valutazione economica, secondo una certa coscienza sociale tipica del momento*”.

⁷⁸⁴ Del resto la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha svolto proprio questa funzione. Si trattava quindi solo di avere il coraggio di osare un pochino di più. E si sarebbero così potuti tutelare, come dice SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., 475, «quei valori spirituali del cui godimento ci si deve preoccupare se si vuole assicurare la funzione sociale della proprietà».

7.1) Il danno non patrimoniale da lesione al diritto di proprietà: il valore di affezione per le cose in generale

Quando si parla di “valore di affezione” si vuole porre in rilievo il fatto che il mancato godimento di un bene può anche non essere fonte soltanto di oggettive difficoltà “materiali”, quali quelle, già ricordate, della mancata disponibilità di un autoveicolo o dalla compressione del diritto al sereno godimento di una abitazione. Ma si ha piuttosto riguardo all’ipotesi che un determinato bene soddisfi, oltre che un bisogno economico, anche un’esigenza di carattere “spirituale”⁷⁸⁵.

Indipendentemente dalla componente patrimoniale in senso stretto, quel bene assume quindi per il proprietario un intrinseco “valore di affezione”. In via di primo approccio si potrebbe dunque dire che la privazione della possibilità di godere di un bene di valore affettivo si pone a cavallo tra la lesione del diritto di proprietà ed il danno esistenziale.

Invero, il concetto di “valore di affezione” ha, al di là della sua innegabile forza suggestiva, una propria radicata storia, culturale e giuridica.

Pochi anni dopo la conclusione dell’ultima guerra mondiale, memori degli orrori che essa aveva lasciato in eredità, un consistente numero di Stati addivenne alla sottoscrizione della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra. Le immagini di quanto era accaduto nei campi di concentramento erano evidentemente state uno dei fattori che più aveva contribuito a toccare le corde della sensibilità delle genti e dei governi nel periodo post bellico. Ed è significativo che in un momento in cui l’intera società internazionale ha cominciato a riorganizzarsi nel segno dei diritti dell’uomo, che di tale opera di ricostruzione sociale e morale hanno rappresentato il filo conduttore ed il fondamento⁷⁸⁶, nello stabilire le condizioni minime di tutela dei prigionieri di guerra gli Stati firmatari abbiano sentito l’esigenza di affermare che la dignità umana passa anche attraverso la tutela delle *res miseris*.

L’art. 18 della Convenzione di Ginevra stabilisce infatti che *«tutti gli effetti e gli oggetti d’uso personale [...] resteranno in possesso dei prigionieri di guerra [...] Resteranno parimenti in loro possesso gli effetti e gli oggetti che servono al loro abbigliamento e al loro nutrimento, anche se questi oggetti fanno parte del loro equipaggiamento militare ufficiale [...] Le insegne del grado e della nazionalità, le*

⁷⁸⁵ Così DE GIORGI, voce *Danno*, 1) *Teoria generale*, cit., 5.

⁷⁸⁶ Cfr. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell’uomo in Europa*, cit., 1.

decorazioni e gli oggetti aventi sopra tutto valore personale e sentimentale non potranno essere tolti ai prigionieri di guerra».

Se allora si è ritenuto che il buio della ragione provocato dal fumo dei forni crematori potesse essere rischiarato anche dalla garanzia della tutela di beni avente valore meramente affettivo, se si era posta in rilievo l'esigenza di riconoscere e tutelare il valore sentimentale delle proprietà, per quanto misere, oggi non è certo possibile negare con disinvoltura il risarcimento del danno non patrimoniale per la lesione di tale valore ricorrendo a presupposti dogmatici inadeguati al rivoluzionario percorso evolutivo compiuto dal dopoguerra ad oggi dalla società.

La tematica è stata sostenuta essenzialmente dalla scuola esistenzialista⁷⁸⁷, anche se non è mancata la convinta adesione di autorevoli interpreti che già in tempi non più a noi prossimi avevano posto l'accento sull'esigenza di tenere in considerazione anche il valore immateriale aggiunto che un oggetto può assumere per le persone⁷⁸⁸.

Decisamente sporadici sono stati invece gli interventi della giurisprudenza, segno evidente che la percezione della sofferenza per la perdita di un bene al quale si è affettivamente legati si scontra quasi sempre con la difficoltà di far valere in giudizio le proprie ragioni. Talvolta però, come già si è visto accadere in altri contesti,

⁷⁸⁷ In argomento v. i contributi di BORDON, *Il valore di affezione: animali, abitazione, cose, ecc.*, cit.; CASTIGLIONE, *La morte dell'animale d'affezione*, in CENDON e ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale – una nuova categoria della responsabilità civile*, MILANO, 2000, 267 ss.; CHINDEMI, *Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2272 ss.; FOFFA, *Il danno non patrimoniale per l'uccisione di un animale d'affezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 36 ss.; MOTTOLA, *Le cose, il buon nome, il tempo, gli ideali, il danno da perdita della propria identità*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, MILANO, 2004, 4015 ss.; THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive tra animali e cose*, cit.; VIOLA, *Il danno nelle relazioni affettive con animali e cose*, in *La resp. civ.*, 2009, 169.

⁷⁸⁸ Un esempio è il risalente, ma non per questo meno lucido, pensiero di GIUSIANA, *Il danno giuridico*, MILANO, 1944, 304: "Da questo punto di vista non si può negare che il risarcimento vada proporzionato anche al valore di affezione; questa adeguazione, sebbene praticamente difficile, non può essere negata in linea teorica; gioverà nell'applicazione concreta, come criterio determinante, la massima che il risarcimento, in ipotesi di valore d'affezione, dovrà sempre essere più alto che non in ipotesi di valore oggettivo: poiché lo squilibrio psichico ha sempre ed indubbiamente, nella prima ipotesi, data la particolare natura dello scopo di cui è stato frustrato il conseguimento, maggiore entità che non nella seconda". DE CUPIS, *Il Danno*, MILANO, 1979, 358, aveva riconosciuto che «l'interesse d'affezione può, a seconda dei casi, concorrere con un interesse patrimoniale di notevole o di infima importanza [...]; ma questi stessi beni, forniti di così scarso valore economico, sono atti a suscitare un ricordo sentimentale, che può avere grande importanza nella sfera morale (non patrimoniale) dell'individuo». Il tema è ripreso anche da DE GIORGI, voce *Danno*, 1) *Teoria generale*, cit., 7 ss., secondo cui (8) «il danno patrimoniale può anche non esserci, e può sussistere solo quello morale, quando si tratti di cose prive di valore economico ma, per loro natura, generalmente dotate di grande valore sentimentale: gli esempi sono intuitivi e lasciati alla fantasia del lettore (lettere ciocche di capelli e simili)».

approfittando dell'occasione di una causa comunque instaurata l'istanza di risarcimento del danno affettivo è stata azionata con successo⁷⁸⁹.

Vi è una particolare vicenda della quale si è di recente occupato il Tribunale di Busto Arsizio che ben spiega in che termini il valore di affezione può essere chiamato in causa per garantire una adeguata liquidazione del danno derivante dalla ingiusta sofferenza patita. Il Giudice, chiamato a conoscere della scomparsa di urne cinerarie imputabile alla società aeroportuale che le aveva prese in consegna da una compagnia aerea, ha riconosciuto ai parenti degli scomparsi la sussistenza del danno morale consistente negli ingenerati “*profondi sentimenti di dolore, sconforto, turbamento ed indignazione in animi già prostrati dall'evento luttuoso*”⁷⁹⁰.

Se stessimo ai rigidi paradigmi che oggi dettano le Sezioni unite, nella vicenda dianzi narrata, difettando in concreto la possibilità di fare riferimento “*a posizioni inviolabili della persona umana*”, a meno di non voler annaspare alla ricerca di qualche diritto inviolabile cui aggrapparsi, i parenti rimarrebbero senza alcuna tutela risarcitoria⁷⁹¹. Si sarebbe cioè di fronte ad una di quelle fattispecie fonte di “*pregiudizi di dubbia serietà*” assimilabile al tacco della scarpa che si rompe, al taglio di capelli diverso da quello richiesto, alla pubblicità indesiderata in cassetta, ossia uno di quei “*fastidi*” che si devono “*accettare virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone*”.

Ed altrettanto si concluderebbe rispetto al dolore di una vedova per la perdita dei ricordi dell'amato marito - è solo un anello quello che il compagno di una vita aveva portato al dito? - o al dispiacere di un appassionato che investe somme importanti per

⁷⁸⁹ Così Trib. Venezia, 7.4.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 79 ss., in cui un vettore che aveva perduto alcune opere d'arte trasportate è stato condannato a risarcire all'artista che le aveva realizzate anche il danno non patrimoniale sofferto, poiché «al cospetto di un artista, data l'unicità delle sue opere, la perdita in questione incide sulla più intima sfera personale, finendo per distruggere un tratto della sua esistenza».

⁷⁹⁰ V. Trib. Busto Arsizio, 31.1.2005, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1431 ss., con commento di GUSSONI, *Danno risarcibile ai congiunti per trafugazione di urne cinerarie e dispersione delle ceneri*.

⁷⁹¹ Ed infatti, in una recente sentenza del Tribunale di Pinerolo, il cui testo non è però al momento disponibile, commentata da MERLATTI, *La bara sbagliata e i guasti delle sezioni Unite*, in www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014879.aspx?abstract=true, e da DI MARZIO, *I contrasti su ... danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 2772, il Giudice era chiamato a conoscere di un caso in cui, per aderire alla espressa e ribadita richiesta della persona deceduta, i parenti avevano ordinato una bara priva di ornamento. L'impresa di pompe funebri ha invece fornito un feretro con i rituali ornamenti, che i parenti sono stati costretti ad accettare non potendo ovviamente rinviare le esequie. Salvo poi agire chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale per l'inadempimento contrattuale. Il Tribunale ha però respinto questa pretesa non ritenendo che nel caso di specie fosse in discussione la lesione di un diritto inviolabile.

avere una vettura d'epoca, ristrutturata con immensa fatica ed alla quale dedica cure maniacali, per poi vedersela danneggiata irreparabilmente da un incidente stradale. Davvero non è possibile andare oltre la patrimonialità ad ogni costo?

Certo, si tratta di circostanze marginali, ma proprio per questo, proprio perché cioè i casi in cui può venire in considerazione un simile patimento non sono poi molti e non sarebbero in ogni caso in grado di mettere a repentaglio la tenuta del sistema della responsabilità civile, non era meglio riflettere sull'opportunità di non fare di tutta un'erba un fascio bagatellare⁷⁹²?

Se c'è chi è disponibile ad affrontare un processo per far valere la sua turbata serenità affettiva, vuol proprio dire che l'offesa ai suoi sentimenti è stata grave. Il diritto, questo, non lo può ignorare⁷⁹³.

7.2) Il danno da affezione - Il valore degli animali da compagnia.

Una trattazione a parte merita la specifica ipotesi della perdita dell'animale domestico – o con il quale, comunque, si è instaurato un rapporto connotato da un peculiare legame - con cui ci si avvia a concludere la rassegna ideale di casi in cui dalla lesione del diritto di proprietà può derivare un danno non patrimoniale risarcibile.

La giurisprudenza, soprattutto quella di merito, ha, seppure con varie argomentazioni, ammesso che tra padrone ed animale si instaura un rapporto affettivo che merita di essere riconosciuto e tutelato⁷⁹⁴.

⁷⁹² Usa una metafora più colorita CASSANO, *Cassazione 2008/26972: primissime note critiche, cit.*, che così si esprime: “*Mi sembra di ricordare la storia di Erode, che visto minacciato il suo regno, invece di concentrarsi nella ricerca di Gesù Bambino, decise di uccidere tutti i bambini di due anni*”.

⁷⁹³ Cfr. VIOLA, *Il danno nelle relazioni affettive con cose e animali*, cit., 174: «Se, pertanto, si sottolinea che il rapporto tra bene e persona, ovvero tra animale e persona, talvolta, è idoneo ad esprimere se stessi, ovvero fonte di sviluppo della persona stessa, allora, a rigore, dovrebbe meritare tutela giuridica, soprattutto a fronte dell'art. 2 Cost. che, diversamente opinando, verrebbe del tutto vulnerato».

⁷⁹⁴ Cfr. Pret. Rovereto, 15.5.1994, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 133 ss., con nota di ZATTI, *Chi è il padrone del cane*; Conc. Udine, 9.3.1995, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 784, con nota di CITARELLA e ZIVIZ, *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*; Trib. Roma, 17.4.2002, in *Gius.*, 2002, 2366, che ha negato il risarcimento, ma solo in quanto la domanda era stata erroneamente formulata; G. di pace, Ortona, 8.6.2007, in *Danno e resp.*, 2008, 38 ss.; Trib. Milano, 22.1.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 909 ss., con nota di ZORZIT, *Diritto e sentimento: Il danno da perdita dell'animale da affezione*; Trib. Rovereto, 18.10.2009, in www.personaedanno.it; G. di P., Palermo, Sez. VIII, 9.2.2010, in www.personaedanno.it. In senso contrario alla risarcibilità del valore di affezione cfr. Trib. Milano, 20.7.2010, in *Danno e resp.*, 2010, 1068 ss., con nota di FOFFA, *La negazione del danno non patrimoniale per morte dell'animale d'affezione*, e Trib. Roma, 19.4.2010, n. 8534, in *Banca dati Juris data*, sentenze accomunate sia dalla fattispecie, trattandosi del decesso di un animale causato dalle cure inappropriate del veterinario, che dall'espresso richiamo ai contenuti delle Sezioni unite del

Le Sezioni unite, invece, anche su tale questione, manco a dirlo la pensano diversamente. Della questione se ne sono infatti occupate nel loro noto recente intervento in tema di danno non patrimoniale, e lo hanno fatto dedicando all'argomento poco più di un tratto di penna⁷⁹⁵, quasi a voler sbrigare un noioso ed inutile incumbente, limitandosi a ricordare un precedente specifico in cui «*non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su di un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale*»⁷⁹⁶.

E questo è bastato per affermare che la perdita dell'animale d'affezione non è un pregiudizio che merita di essere preso in considerazione dal punto di vista del risarcimento non patrimoniale. Ma, anche qui come altrove, si è trattato di un tratto di penna con qualche sbavatura di troppo.

È appena il caso di osservare che in un passo di quella sentenza menzionata dalle Sezioni unite si dice che «*la perdita del cavallo in questione, come animale da affezione, non sembra riconducibile sotto una fattispecie di danno esistenziale*». E dunque «*sembra*» che il cavallo in generale non sia un animale d'affezione e, in ogni caso, «*non sembra*» che un qualche danno esistenziale possa derivare dalla perdita di un cavallo.

Se poi si approfondisce si scopre che il rigetto delle istanze risarcitorie è dovuto al fatto che non erano state comprovate in alcun modo le implicazioni esistenziali derivanti dalla perdita del cavallo, essendosi la parte danneggiata limitata a sostenere che il danno era in *re ipsa*. Ma la cosa più importante di questa sentenza è che la Corte di Cassazione, una volta motivato il rigetto dell'istanza risarcitoria per la segnalata mancata prova del danno, aveva espressamente lasciato aperto lo spazio

11.11.2008, posti a fondamento del rigetto della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale. La Suprema Corte, a quanto consta, si è sino ad oggi occupata della questione in soli due precedenti: Cass., 27.6.2007, n. 14846, in *N.g.c.c.*, 2008, I, 211 ss., con nota di CRICENTI, *Il danno al valore di affezione. Il cavallo ed il congiunto*; in *Danno e resp.*, 2008, 36; in *Resp.civ.prev.*, 2007, 2272 ss., caso in cui, in seguito alla morte di un cavallo da corsa, ha sì negato la risarcibilità del danno d'affezione, ma, come meglio si spiegherà *infra*, solo per difetto di formulazione della domanda; e Cass., 25.2.2009, n. 4493, in *Danno e resp.*, 2009, 761 ss., ed in *La resp. civ.*, 2009, 956 ss., con nota di ZAULI, *Danno morale da morte in clinica dell'animale d'affezione*, che ha invece confermato la sentenza del Giudice di pace con la quale era stata risarcito il proprietario di un gatto deceduto per le erronee cure somministrate dalla clinica veterinaria presso cui era stato assistito.

⁷⁹⁵ V. sul punto CENDON, Cass., S.U., 26972/2008: *non con l'accetta per favore*, cit., che così commenta: «*Uccisione di un animale domestico. Nessuna tutela per il "padrone". E qui la secchezza degli ermellini lascia davvero perplessi*».

⁷⁹⁶ Si tratta di Cass., 27.6.2007, n.14846, cit.

per configurare una ipotetica risarcibilità del danno morale⁷⁹⁷! Vale a dire che tra le righe di questa pronuncia si intende che, ove fosse stata fornita una convincente prova delle sofferenze provocate dalla perdita dell'animale, il danno avrebbe potuto anche essere riconosciuto.

Del danno affettivo per la perdita dell'animale la Suprema Corte è tornata ad occuparsi di recente, confermando la pronuncia con la quale il Giudice di pace aveva riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale per il decesso di un gatto occorso a seguito di una prestazione inesatta della clinica veterinaria⁷⁹⁸. Dunque un'inversione di tendenza? Non è affatto così. Anzi, semmai è vero il contrario.

Occorre innanzitutto capire quanto possa trovare seguito in futuro l'affermazione del principio che «*il giudice di pace, nell'ambito del solo giudizio di equità, può disporre il risarcimento del danno non patrimoniale anche fuori dei casi determinati dalla legge e di quelli attinenti la lesione dei valori della persona umana costituzionalmente protetti*» su cui si fonda la sentenza. Essa si scontra infatti con l'opposto orientamento espresso dalle Sezioni unite, per le quali «*I limiti fissati dall'art. 2059 c.c. non possono essere ignorati dal Giudice di pace nelle cause di valore non superiore ad euro millecento, in cui decide secondo equità*»⁷⁹⁹.

Sullo sfondo della sentenza c'è però qualcosa di più del segnalato contrasto giurisprudenziale, ed è la indiretta negazione del danno da perdita dell'animale da affezione. Stando infatti all'enunciato principio la lesione del valore di affezione potrebbe al più essere riconosciuta solo nei giudizi di equità contenuti entro la soglia dei millecento euro, nei quali il Giudice di pace potrebbe disporre il risarcimento del

⁷⁹⁷ Si legge infatti nella sentenza che «*Inoltre, la specifica deduzione del danno esistenziale impedisce di considerare la perdita, sotto un profilo diverso del danno patrimoniale (già risarcito) o del danno morale soggettivo e transeunte*». Rispetto a tale inciso testuale osserva CHINDEMI, *Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c.*, cit., 2273, che la sentenza «*mentre sembra escludere, in linea di principio, la configurazione di tale danno areddituale sotto la voce del danno esistenziale, appare possibilista sul risarcimento del danno morale e biologico*».

⁷⁹⁸ Cfr. Cass., 25.2.2009, n. 4493, cit.

⁷⁹⁹ Così Cass., 11.11.2008, n. 26972, cit. Ed In effetti la possibilità che il Giudice di pace possa derogare all'interpretazione dell'art. 2059 c.c. secondo i parametri di tipicità costituzionale predicati dalle Sezioni unite è stata smentita già da Cass., 4.6.2009, n. 12885, in *Banca dati De jure*, caso in cui era stato liquidato un risarcimento pari ad euro cento per le reiterate intimazioni di pagamento inviate ad un privato dalla concessionaria delegata alla riscossione dei canoni della Rai. Nella fattispecie la Suprema Corte ha riaffermato – riallineandosi alle Sezioni unite - che ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale occorre sussista una rilevanza costituzionale dell'interesse leso, che deve essere tenuto in debita considerazione anche dal Giudice di pace, a prescindere dal valore della causa. Per una approfondita disamina di tali problematici contrasti si rinvia a BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, cit., 2653.

danno anche al di fuori dei casi determinati dalla legge. Ma non sarebbe comunque un presupposto idoneo ad integrare la fattispecie dell'art. 2059 c.c.

Varrebbe a dire che più è grande il danno, meno l'ordinamento lo tutela. E qui la ragione è costretta alla resa incondizionata⁸⁰⁰.

Si realizza insomma la singolare circostanza per la quale nel caso del cavallo da corsa in cui il risarcimento è stato apparentemente negato, la Suprema Corte ha lasciato aperto uno spiraglio per poter ammettere la configurabilità del danno da affezione. Mentre invece, nel caso del gatto, nello stesso momento in cui ha lo ha in concreto riconosciuto, ne ha in realtà anche celebrato in astratto la negazione. C'è di che rimanere perplessi.

Quel che è peggio è che dai giudici di legittimità viene data per presunta l'insignificanza sociale del rapporto tra uomo ed animale. Si potrebbe al limite sostenere che si tratta di un rapporto che non è presidiato da una tutela costituzionale. Ma davvero non hanno proprio alcun significato la lunga serie di norme, penali⁸⁰¹ ed amministrative, che nel corso degli ultimi anni hanno trasposto nel diritto positivo la tutela degli animali per un verso, il rapporto tra animali ed uomo dall'altro⁸⁰²? Pare a

⁸⁰⁰ Cfr. BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, cit., 2651, che dopo aver stigmatizzato l'evidente contrasto di tale impostazione con il principio sancito dall'art. 3 Cost., si concede una considerazione del tutto condivisibile: «Del resto, come si potrebbe spiegare ad un *quisque de populo* che meno effimero e limitato è il suo pregiudizio e più si troverà dinanzi a difficoltà ed obiezioni nell'accoglimento della sua pretesa risarcitoria? È evidente come per l'uomo della strada non possa avere senso alcuno un diminuzione di prospettive di tutela direttamente proporzionale al maggior rilievo del pregiudizio subito».

⁸⁰¹ Valga per tutte la recente L. 20.7.2004, n. 189, recante «Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate», la quale ha tra l'altro introdotto nel c.p. il Titolo IX *bis*, significativamente rubricato «Dei delitti contro il sentimento per gli animali», per un approfondito commento della quale si rinvia a RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, TORINO, 2005, 180 ss., di cui vale la pena qui riferire il seguente passaggio: «L'intervento normativo eleva dunque l'animale dalla condizione di *res*, mero referente di diritti altrui, e gli conferisce una nuova soggettività. L'inedita denominazione di questa tipologia di reati può forse risultare un po' macchinosa, in quanto essi vengono rubricati quali “delitti contro il sentimento per gli animali”; tale intitolazione risente ancora di una visione antropocentrica: assai più chiara sarebbe stata infatti un'intestazione esplicita: “Dei diritti degli animali”, ma la scelta effettuata è la testimonianza della volontà di non escludere comunque l'elemento del sentimento umano dalla considerazione dei delitti e dei maltrattamenti che possono essere inflitti agli animali».

⁸⁰² V. per un compendio della disciplina penale ed amministrativa, e con riferimenti comparativi, THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive tra animali e cose*, cit., 354 ss.; Per una rassegna della giurisprudenza penale in argomento si rinvia a BORDON, *Il valore di affezione: animali, abitazioni, cose, ecc.*, cit., 484 ss.; per una complessiva disamina del diritto positivo, tanto penale quanto amministrativo, in tema di tutela degli animali e dei sentimenti per gli animali si segnala RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, cit., ed in particolare il capitolo III, pagg. 161 ss., intitolato *I diritti animali nel diritto positivo*.

chi scriva che questa sarebbe una conclusione tanto superficiale, quanto inaccettabile⁸⁰³.

Soprattutto se ci si sofferma, in particolare, sull'ordinanza del 16.7.2009 del "Ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali", un provvedimento che, come recita la rubrica, contiene una serie di disposizioni finalizzate a «*garantire la tutela ed il benessere degli animali di affezione*»⁸⁰⁴. Una titolazione, lo si riconoscerà, che già ha una sua eloquente suggestività. Quando poi si scende nel dettaglio dell'articolato normativo si scopre che oggetto dell'ordinanza è in realtà la gestione da parte dei comuni dei cani randagi. Dunque anche i cani randagi, non solo gli animali d'affezione classicamente intesi, hanno diritto al benessere.

Ma non è tutto. Nei considerando iniziali dell'ordinanza viene espressamente fatto riferimento al Trattato di Lisbona «*il quale sancisce che l'Unione europea e gli stati Membri tengono conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti*»⁸⁰⁵. Poi, nel seguito del testo che si compone di soli tre articoli, il «*benessere*» degli animali viene richiamato per altre quattro volte. Si prevede infatti che: si devono garantire (art. 1, 2° co.) «*livelli essenziali di tutela e benessere*»; si devono (art. 1, 4° co., b) «*effettuare verifiche periodiche sullo stato di salute e benessere dei propri animali non meno di una volta l'anno*»; si deve dare

⁸⁰³ Sul punto si veda la riflessione di DIDONE, *Il nuovo filtro in Cassazione: esercitazione sul danno esistenziale*, in *Giur.it.*, 2009, 1989 ss., 1993: «Di recente ho visto piangere un mio familiare per le sofferenze di un cane morente per la vecchiaia. Mi chiedo: se quelle sofferenze fossero state provocate volontariamente da un terzo, colposamente o dolosamente, il terzo sarebbe andato esente da responsabilità? Qui le Sezioni unite evidenziano che il rapporto tra l'uomo e l'animale è privo di copertura costituzionale, ma non considerano che la L. 20.7.2004, n. 189, ha inserito un intero titolo nel codice penale rubricato come "Dei delitti contro il sentimento per gli animali". L'art. 544 *bis* punisce l'uccisione di animali, per crudeltà o senza necessità; l'art. 544 *ter* punisce il maltrattamento di animali, non più come contravvenzione bensì come delitto; l'art. 544 *quater* punisce chi organizza spettacoli o manifestazioni che comportino strazio o sevizie per gli animali; l'art. 544 *quinquies* punisce l'organizzazione di combattimenti tra animali. Fattispecie di reato il cui oggetto giuridico è costituito dal sentimento umano di pietà e di compassione per la sofferenza degli animali. Le ipotesi contravvenzionali previste dall'art. 727 c.p. (abbandono di animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività e detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze) completano la disciplina che ha sempre ad oggetto il sentimento umano. Si tratta, è vero, di ipotesi dolose, peraltro diverse dalla fattispecie di cui all'art. 638 c.p., diretta a tutelare l'animale quale oggetto del diritto di proprietà. Ma il sentimento umano oggetto della tutela è proprio estraneo all'art. 2 Cost.». Tra l'altro, come ricorda RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, cit., 188, l'art. 2 della L. 189 del 2004 vieta l'utilizzo di cani e gatti per il confezionamento di pellicce e capi di abbigliamento. Dal che si coglie un ulteriore elemento della volontà del Legislatore di tutelare le specie animali rispetto alle quali esiste una peculiare forma di affezione.

⁸⁰⁴ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 207 del 7.9.2009.

⁸⁰⁵ In effetti è proprio in questi termini che si esprime l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a seguito delle modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona.

comunicazione (art. 1, 4° co., c) «*dello stato di salute e benessere degli animali al Consiglio comunale*»; e che, inoltre, la Azienda sanitaria locale competente per territorio deve vigilare (art. 1, 5° co.) «*sulle condizioni igienico sanitarie e di benessere degli animali*».

E, sempre in linea con questa filosofia, deve essere letta anche la previsione dell'obbligo di soccorso che il conducente di un veicolo deve prestare agli animali eventualmente coinvolti in un incidente stradale, entrata in vigore con una recentissima modifica del codice della strada⁸⁰⁶.

Sbaglierebbe poi chi pensasse che l'interesse per il benessere degli animali⁸⁰⁷, e soprattutto per la peculiarità del rapporto uomo animale, sia maturato solo ai giorni nostri.

Già in un progetto di modifica costituzionale si era addirittura previsto di inserire tale rapporto all'interno del novellando art. 9 Cost.⁸⁰⁸, e la L. 14.8.1991, n. 281 rubricata «*Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*» così dispone (art. 1): «*Principi generali. Lo stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente*»⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Cfr. art. 189, n. 9-bis C.d.S., comma introdotto con la L. 29.7.2010, n. 120: «L'utente della strada, in caso di incidente, comunque ricollegabile al suo comportamento, da cui derivi danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti, ha l'obbligo di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso agli animali che abbiano subito il danno. Chiunque non ottemperi agli obblighi di cui al periodo precedente è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 389 a euro 1.559. Le persone coinvolte in un incidente danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti devono porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso. Chiunque non ottempera all'obbligo di cui al periodo precedente è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 78 a euro 311».

⁸⁰⁷ Sentimento che RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, cit., 9, sintetizza nel sintagma «umanesimo ecologico», i cui principali riflessi, come approfondisce l'Autore (189 ss.), si evidenziano in particolare nel contesto della disciplina sulla sperimentazione animale, ed a tal proposito (209) «è doveroso ricordare l'approvazione nel febbraio del 2005 del D. L.vo n. 50 che recepisce le Direttive 2003/15/CE e 2003/80/CE in materia di prodotti cosmetici, volte a vietare ogni tipologia di test sugli animali entro il 2013».

⁸⁰⁸ Cfr. THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive tra animali e cose*, cit., 355; In realtà come spiega RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, cit., 277, a partire dall'anno 2001 sono state presentate numerose proposte di Legge costituzionale finalizzate ad introdurre nell'art. 9 Cost. il tema della protezione dell'ambiente e degli animali. Nel 2004, poi, il Progetto di legge C-705 A, che avrebbe aggiunto all'art. 9 Cost. il seguente testo: (La Repubblica) «Tutela l'ambiente e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali», era stato addirittura votato in prima lettura alla Camera dei deputati. Progetto che poi non ha, evidentemente, avuto un seguito confermativo.

⁸⁰⁹ Merita di essere qui segnalata la recente Trib. Rovereto, 18.10.2009, cit., caso in cui un cagnolino era stato affidato da una coppia che doveva partire per un viaggio di nozze ad un canile era deceduto a

Se quindi il Legislatore, già vent'anni addietro, si è preoccupato di garantire per legge «la corretta convivenza tra uomo e animale»⁸¹⁰, è segno che nella coscienza sociale, come peraltro riconosce la giurisprudenza di merito⁸¹¹, già da tempo questo sentimento si era radicato⁸¹². Al punto tale che il Consiglio d'Europa se ne fece interprete nel 1987 con l'adozione della *Convenzione europea per la protezione degli*

causa della negligente vigilanza del custode. Il Giudice, proprio prendendo spinto dall'art. 1 della L. 189/1981, in aperta critica alla posizione di chiusura assunta dalle Sezioni unite, così conclude: «Lo Stato è, cioè, consapevole del legame che si instaura fra l'animale ed il suo padrone, rapporto che non può essere limitato al solo profilo affettivo fra proprietario e bene ed è consapevole del fatto che in detto rapporto si inserisce una di quelle attività realizzatrici della persona che la stessa carta Costituzionale, all'art. 2, tutela. Pertanto, la tutela dell'animale di affezione, ad avviso di chi scrive, deve ritenersi dotata di un valore sociale tale da elevarla al rango di diritto inviolabile, ex art. 2 Cost.».

⁸¹⁰ Sul particolare incremento degli interventi normativi in materia di animali negli anni '90 cfr. RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, cit., 169.

⁸¹¹ Tra i casi più recenti trattati dalle Corti di merito, oltre a Trib. Rovereto, 18.10.2009, cit., che in aperta dissociazione dai principi stabiliti dalle Sezioni unite, ha liquidato ad una giovane coppia la somma di tremila euro ciascuno a titolo di danno non patrimoniale, per aver gli stessi subito la perdita del loro cane che avevano affidato ad una pensione per animali, cane che era poi deceduto a causa della negligenza del custode, ed a G. di P., Palermo, 9.2.2010, che nel richiamare espressamente i principi enunciati dalla sentenza del Tribunale trentino ha liquidato duemila euro di ristoro non patrimoniale per la morte di un barboncino lasciato in custodia in una struttura specializzata, deceduto a seguito dell'aggressione di altro cane, merita di essere qui segnalato anche Trib. Milano, 22.1.2008, cit., che si era invece occupata del decesso di un furetto, parimenti affidato ad un custode. Il giudice ha riconosciuto la liquidazione di un danno non patrimoniale motivando con il seguente significativo passaggio testuale: «In merito non può dubitarsi del legame affettivo del tutto particolare che si può instaurare tra un essere umano ed un animale, qualunque esso sia, che, per effetto della stabile convivenza, diviene una presenza significativa in casa ed è in grado di suscitare sentimenti di affetto, gratitudine, partecipazione, rappresentando a volte un elemento di vero e proprio supporto alla non semplice facile gestione del menage familiare. È noto che l'interazione con gli animali migliori la qualità della vita degli esseri umani, ricambiando essi le cure ed il mantenimento ricevute con dimostrazioni concrete di dedizione e fedeltà [...] deve comunque riconoscersi che la perdita di un animale amato con le modalità con le quali si è verificata, deve aver procurato disagio e sofferenza nell'attore, che aveva consegnato l'animale a omissis, sottoponendosi ai conseguenti esborsi economici, verosimilmente proprio perché voleva che fosse ben mantenuto e curato in sua vece nel tempo in cui non era in grado di occuparsene personalmente».

⁸¹² Cfr. CRICENTI, *Il danno al valore di affezione. Il cavallo ed il congiunto*, cit., 219: «Solo l'idea che gli interessi costituzionalmente protetti afferenti alla persona sono solo quelli *espressamente* presi in considerazione da una norma della Costituzione può portare ad escludere l'interesse verso gli animali come un interesse che la Costituzione protegge. E tuttavia, la Corte di Cassazione dimostra di non seguire la tesi della tipicità rigorosa dei diritti inviolabili, ed anzi utilizza la formula ampia dell'art. 2 Cost. per ricondurvi interessi che non sono né in quella norma, né in altre della Costituzione espressamente previsti. [...] se si volesse individuare un criterio, si potrebbe dire che gli interessi ricondotti sotto l'egida dell'art. 2 Cost. sono spesso ricavati dal sentire sociale, sono interessi che risultano tali ad una valutazione sociale tipica, la cui lesione è avvertita come danno alla collettività. In questa ottica non si può negare che l'affetto verso gli animali è ritenuta una componente dello sviluppo della personalità secondo una valutazione sociale tipica». In senso contrario si esprime invece ZORZIT, *Diritto e sentimento: il danno da perdita dell'animale d'affezione*, cit., 912, che ritiene lecito «dubitare del fatto che l'uccisione dell'amata bestiola comporti una compromissione definitiva della "qualità della vita"» meritevole di tutela.

*animali da compagnia*⁸¹³, che è stata ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la recentissima L. 4.11.2010, n. 201⁸¹⁴.

Insomma, sembra proprio che la Suprema Corte sia l'unica Istituzione a non aver ancora inteso dare rilievo al comune sentimento di affezione per gli animali⁸¹⁵.

Peraltro deve essere ancora osservato che le interrelazioni tra esseri umani ed animali sono state oggetto anche di approfonditi studi etologici comportamentali che hanno dimostrato i benefici effetti che un animale da compagnia è in grado di produrre su soggetti affetti da disturbi relazionali, soprattutto bambini ed anziani⁸¹⁶. A questa nuova realtà del rapporto uomo - animale familiare e alla risposta da parte della medicina e della ricerca di base, è stato dato il nome di *pet-therapy*, ovvero utilizzo terapeutico degli animali da compagnia.

La formazione di operatori specializzati in tale impiego degli animali è una realtà che sta sempre più prendendo piede in numerosi progetti finanziati direttamente da enti pubblici⁸¹⁷, ed è interessante osservare che gli animali impiegati in questo tipo di supporto vengano qualificati come «animali sociali»⁸¹⁸.

⁸¹³ La *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* è stata adottata a Strasburgo il 13.11.1987 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, e si compone di un insieme di prescrizioni tra le quale spiccano, in particolare, quelle finalizzate a garantire la salute ed il benessere degli animali da compagnia, che l'art. 1 definisce come «ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto o come sua compagnia», ed all'art. 3 sancisce come «Principi fondamentali per il benessere degli animali: 1. È proibito causare inutilmente dolori, sofferenze o afflizioni ad un animale da compagnia, 2. È proibito abbandonare un animale da compagnia».

⁸¹⁴ La legge di ratifica prevede, tra l'altro, l'introduzione e/o l'aggravamento di sanzioni penali e/o amministrative relative a maltrattamenti di animali ed al traffico illecito di animali da compagnia.

⁸¹⁵ Cfr. CENDON, *L'urlo e la furia*, cit., 72 ss.: «Difficile non vedere – non tanto in nome della proclamazione dei diritti delle bestie, bensì alla stregua dei suggerimenti che forniscono le scienze “psi”, circa le relazioni fra uomo e animale (la coscienza sociale, sia pur antropocentrica) – come una salvaguardia non potrà non riconoscersi, entro margini di ragionevolezza nel *quantum*, [...] ogniqualvolta giunga, comunque, la prova sicura e documentata della sussistenza, rispetto all'animale, di interscambi e vissuti significativi – propizi per lo svolgimento di mini-attività realizzatrici, meritevoli in concreto per l'attore (“giustizia” quella che, dinanzi a creature del genere, a due o a quattro zampe non importa, guarda al prezzo pagato per l'acquisto e non anche si soffi della complicità e della fedeltà, dentro e fuori casa?»).

⁸¹⁶ V. in proposito l'esautivo contributo di CASTIGLIONE, *La morte dell'animale d'affezione*, cit., 272 ss., in cui l'autrice spiega che, da sondaggi eseguiti, la quasi totalità di chi possiede cani o gatti li considera ad ogni effetto come membri della famiglia e ritiene che l'animale riesca a percepire e condividere gli stati d'animo del suo compagno umano. E ciò senza contare che sempre più spesso l'animale viene affiancato ad un soggetto che soffre di disturbi psichici o motori o di altro tipo, la c.d. *pet – therapy*, alla quale sempre più di frequente si ricorre.

⁸¹⁷ Tra i vari, ad esempio, v. quello della delibera n. 962 del 18.3.2005 della Giunta regionale del Veneto in esecuzione della L. regionale n. 3 del 3.1.2005, recante Disposizioni sulle terapie complementari (terapia del sorriso e pet therapy).

⁸¹⁸ Tale definizione si rinviene nel sito internet dell'IZSV, Istituto sperimentale zoo profilattico delle Venezia, ente di riferimento individuato dalla Regione Veneto per lo sviluppo del «Progetto pilota per

Sarebbe addirittura dimostrato che tra gli anziani che possiedono un animale da compagnia il livello dei suicidi sia praticamente pari a zero⁸¹⁹.

Insomma, un animale d'affezione non è sempre e necessariamente il solo pesce rosso vinto al tiro a segno del luna park. Né si può pensare di avere in mente solo a casi limite come quello dei cani guida per non vedenti, la cui indispensabilità è di palmare evidenza. E comunque, come ben illustrano le potenzialità della *pet therapy*, non sempre è solo il valore dell'affezione che viene in rilievo, perché l'animale diviene spesso anche un presidio medico insostituibile. È cioè la salute delle persone che agli animali si accompagnano che viene in considerazione prima ancora che il diritto di proprietà degli stessi.

Parebbero quindi esistere tutti i presupposti per affermare senza timore di smentita che quello dell'affezione per gli animali domestici è sicuramente un valore emergente dalla coscienza sociale del quale non può non tenersi conto⁸²⁰.

Di fronte alle considerazioni che precedono la reiterata invocazione dei diritti inviolabili dietro al quale le Sezioni unite cercano di riparare il tesoretto dell'art. 2059 c.c. dall'assalto dei nuovi bisogni è uno schermo inconsistente⁸²¹.

L'eventuale perdita del fidato compagno animale merita certo maggiore attenzione, anche perché, se è l'inflazione del contenzioso che si teme, non sembra davvero che questo rischio si corra, e quand'anche ciò avvenisse, come è stato detto, «*Dopo tutto non sarà la perdita del cane e del gatto a far saltare il sistema della responsabilità civile; che invece, tutelando un'espressione dell'affettività umana, potrebbe incivilirsi ancora un poco*».⁸²²

l'attivazione del centro di studio e ricerca in materia di *Pet therapy*», alla pagina www.izsvenezie.it/dnn/Default.aspx?tabid=319.

⁸¹⁹ V. al riguardo ancora THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive tra animali e cose*, cit., 355.

⁸²⁰ In questi termini si pronuncia anche l'appassionato contributo di SAPONE, VORANO, *Il danno non patrimoniale da perdita dell'animale domestico*, in *Ngcc*, 2010, II, 565 ss., nel quale viene svolta una severa critica alla sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni unite che ben può essere sintetizzata dal seguente passo: «Come Ulisse ci è parso più umano grazie al quella lacrima versata per Argo, così la responsabilità civile ci sembrerà più umana quando finirà di considerare risibili e fantasiose le sofferenze dei padroni dei cani e gatti per la morte dei loro piccoli grandi amici».

Si veda econdo CRICENTI, *Il danno al valore di affezione. Il cavallo ed il congiunto*, cit., 219, «l'affetto verso gli animali è una componente della personalità umana».

⁸²¹ Cfr. CENDON, *Cass., S.U., 26972/2008. Non con l'accetta per favore*, cit., che definisce uno dei tratti più deludenti della sentenza l'insistente ripetizione della formula "diritti inviolabili della persona, su cui *“si batte e ribatte ... con una sorta di coazione a ripetere, con continui colpi di accetta, ma non si spiega quali siano questi diritti, quali sì, quali no, dove, come, quando, perché”*.

⁸²² Così ZATTI, *Chi è il padrone del cane*, cit., 139.

7.3) Conclusioni

È oramai evidente che nella filiera dell'ordinamento giuridico c'è una scollatura tra le logiche che ispirano i giudici di prossimità, molto più pronti a cogliere le sensibilità sociali emergenti, e quelle conservatrici di – invero solo una parte - delle Magistrature superiori.

Il bastione della pretesa necessaria “tipicità costituzionale” della lesione di un interesse personale inviolabile, eretto dalle Sezioni Unite quale limite alla risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., è frutto di una apodittica presa di posizione che origina irragionevoli rigidità.

Il valore affettivo di un bene non è un capriccio, è bensì un modo per andare alla ricerca di un sostegno morale, un bastone in grado di sorreggere il proprio stato d'animo in momenti di difficoltà. Ma è anche una maniera per avere dei solidi riferimenti con la propria storia personale. Il diritto di conservare le fotografie dei propri cari riconosciuto ai prigionieri di guerra dalla Convenzione di Ginevra si spiega proprio in questi termini. Gli oggetti, talvolta, ci danno la sensazione di poter ricreare le emozioni vissute. C'è qualcosa che può avere altrettanto valore morale?

In questo senso il diritto alla tutela affettiva della proprietà è un diritto ancora più inviolabile del diritto di proprietà. In ogni caso, anche a non voler dare credito a questa tesi, limitarsi a dire che la lesione di un diritto, se non classificabile come inviolabile, non può fondare il risarcimento del danno non patrimoniale, equivale ad ammettere, per converso, che quel diritto, purché non si producano danni patrimoniali, possa essere impunemente violato.

E si vorrebbe ravvisare, in questa, una moderna visione del diritto delle persone? In questa soluzione il riflesso di un ordinamento moderno? Sia permesso, con il dovuto rispetto, di dissentire da chi, a queste domande, volesse rispondere affermativamente.

Parte II[^]

Il risarcimento del danno (patrimoniale) per il mancato godimento di un bene nell'ordinamento giuridico tedesco

8.1) Su alcuni tratti caratteristici del sistema tedesco della responsabilità civile.

Nell'ordinamento tedesco, diversamente da quanto avviene nel nostro codice civile, vi è un unico e topograficamente ben delimitato perimetro normativo all'interno del quale trovano accoglienza le norme che disciplinano modi, tempi e caratteristiche delle prestazioni risarcitorie.

Mentre invece le norme che individuano l'insorgenza di un diritto al risarcimento del danno, ovvero, come più correttamente si dovrebbe dire, l'insorgenza di una obbligazione risarcitoria che ha fonte nell'attività illecita che ha provocato il danno, sono collocate in vari settori del *Bürgerliches Gesetzbuch* (il codice civile tedesco, che da ora in avanti si indicherà con l'acronimo BGB)⁸²³ e in altri testi normativi che contemplano la legislazione speciale⁸²⁴, i principi che disciplinano le modalità per le quali il danno deve poi essere risarcito sono descritti e regolati nei §§ da 249 a 255 BGB, e dunque nel Libro II° dedicato ai rapporti obbligatori in generale⁸²⁵.

I §§ 249 ss. BGB si limitano pertanto a definire il contenuto della prestazione risarcitoria e le modalità di esecuzione della medesima⁸²⁶, sia che il danno derivi da inadempimento di obblighi contrattuali, sia che abbia fonte in un'attività illecita extracontrattuale⁸²⁷, e trovano quindi indistinta applicazione per tutte le pretese

⁸²³ Il codice civile tedesco, denominato *Bürgerliches Gesetzbuch*, ed al quale da ora in poi si farà riferimento con l'acronimo BGB, è entrato in vigore nella sua originaria formulazione il 1° gennaio 1900. Si avrà occasione in seguito di fare riferimento alle modifiche medio tempore intervenute.

⁸²⁴ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, MÜNCHEN, 2008, 302, s. 622, che intitolano significativamente *Die Trennung von Grund und Inhalt der Ersatzpflicht* (ossia: La separazione tra fondamento e contenuto della prestazione risarcitoria) il cap. introduttivo alla prestazione risarcitoria; v. anche WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, HEIDELBERG, VI^e ed., 2007, 236, s. 13/1. Invero, come osservato da SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, TÜBINGEN, 2005, 124, s. 247, nulla impedisce che ulteriori obblighi risarcitori, tanto di natura contrattuale che extracontrattuale, possono essere stabiliti anche con specifiche previsioni negoziali.

⁸²⁵ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, STUTTGART, 2008, 332, s. 968; OETKER, § 249 BGB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, MÜNCHEN, 2007, 290, ss. 3 – 6. Invero, come osserva SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, in *Staudigers Kommentar Zum BGB*, BERLIN, 2005, 5, s. 1, l'importanza dei §§ 250 e 252, come peraltro si avrà modo di vedere quando se ne esamineranno i contenuti, è del tutto marginale.

⁸²⁶ Cfr. OETKER, § 249 BGB, in *Münchener Kommentar*, cit., 290, s. 1; TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, in JAUERNIG (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, MÜNCHEN, 2007, 205, s.1; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 125, s. 249.

⁸²⁷ Cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadenersatz*, III^e ed., TÜBINGEN, 2003, 1, s.1: «Die Bestimmungen des BGB über den Inhalt der Schadenersatzschuld (§§ 249 – 255) gehören zu den wichtigsten des gesamten Bürgerlichen Rechts. Sie gelten für sämtliche nach dem BGB gegründeten Schadensersatzverbindlichkeiten...», e 9, s. III.1, «Die §§ 249 – 255 bestimmen den Inhalt des durch die einzelnen Haftungsgründe gegebenen Anspruchs und dienen daher den gleichen Zielen wie diese selbst. Einen speziellen Bezug zum jeweils betroffenen Haftungsgrund stellt das Gesetz im allgemeinen nicht her, da es den Schuldinhalt für alle Schadenersatzansprüche durch gleiche Normen einheitlich

risarcitorie a vario titolo vantate⁸²⁸. Non sussistono pertanto quei problemi di coordinamento con i quali si trovano a dover fare i conti gli interpreti italiani e sui quali si è ampiamente approfondito in precedenza⁸²⁹.

8.2) Il § 249 BGB: il principio della riparazione integrale del danno e il divieto di arricchimento del danneggiato.

Una volta riscontrata l'esistenza di un danno causalmente riconducibile ad un determinato autore, la regola fondamentale per il conseguente risarcimento è il principio della *Totalreparation*, detto anche *alles oder nichts Prinzip*⁸³⁰ - ossia dell'integrale rimozione delle conseguenze del danno⁸³¹, che a tenore del § 249, I° co., BGB⁸³², obbliga chi lo ha commesso ad una prestazione risarcitoria che metta la parte offesa nelle medesime condizioni (patrimoniali) nelle quali si sarebbe - ipoteticamente trovata se l'ordinario corso degli eventi non fosse stato interrotto dall'atto illecito⁸³³.

La reintegrazione della differenza nella consistenza patrimoniale è però in linea di principio anche il limite entro cui i pregiudizi arrecati alla sfera giuridica del

festlegt». Cfr. anche MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, 2008, cit., 302, s. 623; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 332, s. 968; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit. 125, s. 248; WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB - Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit., 237, s. 13/1.

⁸²⁸ Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 - 254 BGB*, cit., 7, s. 4. Cfr. però SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit. 125, s. 248, in cui si spiega che per alcune fattispecie trova applicazione una particolare disciplina. A titolo di esempio si possono citare le ipotesi del risarcimento del danno in luogo dell'adempimento (§§ 280, 3° co, 281, 282 e 283 BGB) e quella dell'atto illecito che provochi il ferimento o la morte di una persona (§§ 842-845 BGB).

⁸²⁹ V. in particolare *sub* superiore Cap. II.

⁸³⁰ Letteralmente «principio del tutto o niente». Principio che, precisa JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 338, s. 989, subisce un temperamento nel caso della responsabilità oggettiva da attività pericolose - c.d. *Gefährdungshaftung* - nella quale viene in genere stabilito un massimale entro cui viene in ogni caso contenuto il risarcimento. Cfr. anche TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 - 254 BGB*, cit., 205, s. 2.

⁸³¹ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 303, § 624; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 334, s. 975; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit. 125, s. 248.

⁸³² Cfr. § 249, co. I°, BGB: «(Art und Umfang des Schadenersatzes) (1) Wem zur Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eintreten wäre» (Chi è obbligato al risarcimento del danno, è tenuto a ripristinare le condizioni che ci sarebbero state se la circostanza che lo obbliga al risarcimento non si fosse verificata).

⁸³³ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 338, s. 990 ss.; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, KÖLN - MÜNCHEN, 2008, 282, s. 879 e 304, s. 949; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 309, s. 635; WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB - Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit. 262, s. 14/14; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit. 128, s. 255 ss.

danneggiato possono essere ristorati, poiché diversamente si realizzerebbe una sovracompensazione – *Übercompensation* - del danno, che sarebbe in stridente contrasto con il principio del divieto di arricchimento – *Bereicherungsverbot* – del danneggiato⁸³⁴. Il che - salve le comunque significative deroghe che appresso verranno illustrate - porta ad escludere la risarcibilità di danni riconducibili a interessi ideali, o in ogni caso non patrimoniali, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Essendo dunque la riparazione totale del danno, per quanto sin qui si è detto, intesa al contempo come obiettivo e come limite⁸³⁵, il sistema tedesco esclude la possibilità di attribuire al risarcimento anche una la funzione sanzionatoria o punitiva che dir si voglia⁸³⁶.

8.3) La preferenza accordata alla *Naturalrestitution*.

Il § 249, I° co., BGB stabilisce poi l'ulteriore principio della preferenza accordata alla forma risarcitoria della *Naturalherstellung*, o *Naturalrestitution*⁸³⁷, ossia la reintegrazione in natura della situazione (ipotetica) che ci sarebbe stata se non fosse intervenuto l'evento dannoso⁸³⁸, che può essere realizzata o con la riparazione della

⁸³⁴ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 333, s. 972: «*Es soll durch einen Ersatzanspruch keine Bereicherung des Geschädigten eintreten*». V. anche *ibidem*, 360, s. 1047: «*Es gilt somit ein Bereicherungsverbot, welches auch schon aus der bereits angesprochenen Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechtes überhaupt folgt; man spricht insofern auch von dem Verbot der Überkompensation*». Cfr. anche LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 280, s. 876: «*Der Geschädigte soll durch den Schadensersatz nicht besser gestellt worden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde*»; OETKER, § 249 BGB, cit., 295, s. 20 ss.; SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 6, s. 2.

⁸³⁵ Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 6, s. 3.

⁸³⁶ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 333, s. 970 - 972; OETKER, § 249 BGB, cit., 291, s. 8. Si vedrà però più avanti, e precisamente nel capitolo 9), che, a dispetto delle premesse sistematiche qui enunciate, nella prassi giudiziaria la quantificazione del c.d. *Schmerzensgeld* - e cioè, in concreto, la componente non patrimoniale del danno - viene fatta seguendo criteri la cui natura punitiva è di palmare evidenza.

⁸³⁷ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, MÜNCHEN, 1987, 467; TEICHMANN, § 249 BGB, cit., 220, s. 1; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 334, s. 975 e 359, s. 1044 ss; LANGE, SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., 12; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 304, s. 625; MEDICUS, § 249 BGB, in (a cura di) PRUTTING, WEGEN, WEINREICH, *BGB Kommentar*, KÖLN, 2008, 386, s. 2; OETKER, § 249 BGB, cit., 381, s. 308; SCHIEMANN, § 249 BGB, cit., 64, s. 1.

⁸³⁸ Il che, come spiega OETKER, § 249 BGB, cit., 382, s. 312, non esclude affatto che la restituzione in natura possa essere anche eseguita con il pagamento di una somma di denaro. Viene infatti fatto l'esempio della cosa che doveva essere venduta se non ci fosse stato l'evento dannoso. In questo caso la reintegrazione in natura avviene con il pagamento della somma che sarebbe stata realizzata se la cosa fosse stata venduta.

cosa danneggiata, o nella consegna di una cosa dello stesso tipo e valore di quella danneggiata⁸³⁹.

Quale forma di tutela contro gli eventuali ritardi nell'esecuzione della prestazione risarcitoria il §250, I° co., BGB prevede che il (danneggiato) creditore possa assegnare all'obbligato un termine adeguato, con la precisa espressa indicazione che, decorso tale termine, egli rifiuterà il risarcimento in forma specifica⁸⁴⁰. Una volta decorso inutilmente tale termine non sarà più possibile per il debitore eseguire la prestazione risarcitoria in forma specifica, e parimenti il danneggiato creditore potrà richiedere il – solo - risarcimento in denaro (così §250, II° co., BGB)⁸⁴¹.

Per quanto la *Naturalherstellung* sia intesa quale forma preferenziale di risarcimento del danno, nella prassi le eccezioni sono particolarmente numerose, al punto che si potrebbe quasi dire che in concreto la regola effettiva sia infine quella del risarcimento in moneta⁸⁴².

In primo luogo, infatti, il §251 BGB dispone che in deroga al principio della *Naturalherstellung* la reintegrazione avvenga per equivalente pecuniario: a) nel caso in cui essa sia – naturalisticamente o giuridicamente⁸⁴³ - impossibile⁸⁴⁴; b) nel caso in cui il ripristino della preesistente situazione non sia comunque sufficiente a tenere indenne il danneggiato dai pregiudizi effettivamente subiti⁸⁴⁵(I° co.); ovvero, ancora:

⁸³⁹ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 386, s. 329.

⁸⁴⁰ Cfr. § 250 BGB: «*Schadenersatz in Geld nach Fristsetzung. (1) Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne*». (Risarcimento del danno in denaro a seguito di assegnazione di un termine. (1) Il creditore può intimare all'obbligato al risarcimento in natura di adempiere entro un termine adeguato, con la precisazione che, decorso tale termine, non accetterà più tale forma di riparazione).

⁸⁴¹ Cfr. § 250, II° periodo, BGB: «*Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen*» (Se la riparazione in natura non è stata tempestivamente eseguita, dopo lo spirare del termine il creditore può esigere il risarcimento in denaro; è escluso il diritto alla riparazione in natura).

⁸⁴² Cfr. SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 147, s. 286; HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 286, s. 297; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 474; OETKER, § 249 BGB, cit., 381, s. 308.

⁸⁴³ Cfr. SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 147, s. 288.

⁸⁴⁴ Il tipico esempio di impossibilità di ripristinare le preesistenti condizioni è, come osserva LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 304, s. 953, la completa distruzione di una cosa, fermo restando che in tal caso alla *Naturalrestitution* si potrebbe comunque provvedere procurando un bene sostitutivo equivalente quanto a funzioni e valore a quello distrutto.

⁸⁴⁵ Cfr. § 251, co I°, BGB: «*(Schadenersatz in Geld ohne Fristsetzung). Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen*». (Nella misura in cui il ripristino in natura non è possibile ovvero non risulta soddisfacente per le ragioni del creditore, l'obbligato al risarcimento deve risarcire il creditore in denaro).

c), quando la restituzione in natura sarebbe possibile solo a fronte di spese sproporzionate (co. II°, I° per.)⁸⁴⁶.

Le ipotesi contemplate al primo comma rappresentano un *favor* per il danneggiato, che viene autorizzato a richiedere un risarcimento in denaro invece della – o a integrazione della solo parzialmente possibile – restituzione in natura quando questa soluzione risulti dal suo punto di vista non soddisfacente; viceversa, la previsione di cui al secondo comma, primo periodo, è indirizzata alla tutela dell'autore del danno, che alle indicate condizioni è legittimato, a optare per il risarcimento pecuniario in luogo della irragionevolmente dispendiosa spesa necessaria per le riparazioni⁸⁴⁷.

Occorrerà poi tenere in considerazione la possibilità che il valore della cosa danneggiata, una volta avvenuta la sostituzione o la riparazione, risulti superiore a quello che aveva prima dell'evento dannoso. Il che avviene in genere quando si provvede alla sostituzione di cose usurate o che comunque già prima dell'evento dannoso erano particolarmente vetuste. Al ricorrere di tali ipotesi viene applicato il correttivo di creazione giurisprudenziale noto come «*Abzug neu für alt*» – letteralmente: deduzione nuovo per vecchio - in virtù del quale viene posto a carico del danneggiato il maggior valore acquisito dal bene, poiché diversamente la consistenza patrimoniale del danneggiato risulterebbe superiore a quella che aveva prima del fatto che ha provocato il danno⁸⁴⁸, il che costituirebbe una violazione del principio del divieto di arricchimento⁸⁴⁹. L'esempio più ricorrente è quello della riparazione dei veicoli incidentati, è più precisamente la sostituzione di parti del mezzo soggette a deperimento - quali pneumatici, batteria, ecc. - e per le quali

⁸⁴⁶ Cfr. § 251, co II°, BGB: «*Der Ersatzpflichtige kann der Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist*». (L'obbligato al risarcimento può provvedere anche a risarcire il creditore in denaro se la restituzione in natura è possibile solo con spese sproporzionate). Cfr. WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit., 257, s. 14/8; OETKER, § 249 BGB, cit., 381, s. 308. Si noti però che, ai sensi del 251, co II°, secondo periodo, «*Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen*». Vale a dire che ai fini della deroga alla *Naturalherstellung*, le spese necessarie alla cura di un animale non sono da considerare come necessariamente sproporzionate, nemmeno laddove superino in modo rilevante il valore dell'animale. La tematica verrà approfondita nel capitolo 13. Per alcuni spunti di sintesi in letteratura cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 363, s. 1056; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 308, s. 963; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 149, s. 293; HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, BERLIN, 2010, 289, s. 300.

⁸⁴⁷ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 306, s. 959; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 307, s. 632; OETKER, § 251 BGB, cit., 435, s. 2; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 148, r.n. 291.

⁸⁴⁸ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 386, s. 333.

⁸⁴⁹ Al divieto di arricchimento si dedicherà uno specifico approfondimento a breve.

sarebbe stata comunque necessaria una riparazione, ma la casistica è al riguardo estremamente ricca di altri esempi⁸⁵⁰.

Altresì, secondariamente, ferma restando la prevalenza della *Naturalrestitution*, il § 249, II° co., I° periodo, prevede che il danno relativo alla lesione di una persona o al danneggiamento di una cosa - che di fatto è l'ipotesi che nell'ambito degli atti illeciti extracontrattuali ha carattere predominante - in deroga alla regola generale⁸⁵¹ possa essere direttamente richiesto dal danneggiato anche un risarcimento per equivalente monetario⁸⁵², essendo evidentemente irragionevole immaginare che sia il danneggiante a preoccuparsi di far riparare la cosa danneggiata, o, peggio ancora, di premurarsi di trovare un dottore o di scegliere le cure per la persona ferita⁸⁵³.

Limitatamente alle ipotesi di danni alle cose - e quindi mai in caso di danni alla persona⁸⁵⁴ - il danneggiato ha poi la possibilità di ottenere la liquidazione dei "costi figurativi". Si ammette cioè che possa essere risarcito dei costi stimati per la riparazione, rimanendo poi libero di disporre a piacimento della somma ottenuta (c.d. *Dispositionsfreiheit* o *Verwendungsfreiheit*, ossia libertà di disposizione / di impiego)⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ Si può citare, ad esempio, il caso trattato da BGH, 25.10.1996, V ZR 158/95, in NJW, 1997, 520 ss., in cui la compensazione "*neu für alt*" è stata ammessa a seguito della ricostruzione di una parte di edificio smontata per lavori di scavo sul terreno confinante. Per la puntuale e esaustiva elencazione dei precedenti giurisprudenziali, tanto di quelli in cui l'istituto dell' *Abzug neu für alt* è stato applicato, quanto di quelli in cui invece non se ne è tenuto conto, si rinvia a OETKER, § 249 BGB, cit., 387, s. 334. Un approfondimento sulla specifica questione della riparazione dei veicoli incidentati verrà svolto *infra* nella parte dedicata al risarcimento del danno nell'ambito dell' infortunistica stradale.

⁸⁵¹ Regola che, come rileva LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 304, s. 952, nella prassi ben difficilmente troverà applicazione, essendo infatti la quasi totalità delle fattispecie di danno riconducibili al danneggiamento di una cosa o alla lesione di una persona.

⁸⁵² Cfr. § 249, co II°, BGB: «*Ist wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache Schadenersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen*» (Se deve essere risarcito un danno per una lesione ad una persona o per il danneggiamento di una cosa, il creditore, invece che il risarcimento in forma specifica, può richiedere l'importo in denaro al medesimo scopo necessario). Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 360, s. 1048 ss.

⁸⁵³ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 286, s. 297; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 305, s. 628; OETKER, § 249 BGB, cit., 388, s. 339; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 150, s. 295.

⁸⁵⁴ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 471; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 305, s. 957; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, in NJW, 2002, 2049 ss., 2058.

⁸⁵⁵ Indirizzo questo che, come evidenzia JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 362, s. 1054, è stabilmente adottato dalla giurisprudenza ed incontra il consenso della dottrina dominante. Conf. anche HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 286, s. 297; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 469; TEICHMANN, § 249 BGB, cit., 220, s. 5. Precisa però OETKER, § 249 BGB, cit., 394 ss., s. 354 ss., che tale libera disponibilità si deve intendere limitata ai danni materiali alle cose, mentre invece, nel caso di danni non patrimoniali derivanti da lesioni alla persona, al danneggiato si riconosce il risarcimento dei soli costi sostenuti, e cioè delle spese mediche

In tal caso però, a mente del § 249, II° co., II° per., BGH⁸⁵⁶ - norma introdotta con la riforma del 2002 - non gli verrà corrisposta la somma imputabile alle imposte di legge⁸⁵⁷. Tale disposizione prevede infatti che l' *Umsatzsteuer* – detto anche *Mehrwertsteuer*, meglio noto con l'acronimo *MWSt*, ossia la nostra IVA – che sia stato computato in sede di perizia è dovuto se, e nella misura in cui, esso venga effettivamente corrisposto dal danneggiato. E ciò si deve alla considerazione che se il danneggiato non provvede – in tutto o in parte - alla riparazione, o comunque vi provvede in proprio, la spesa relativa alle imposte di legge non viene – in tutto o in parte – sostenuta⁸⁵⁸, e se quindi il *MWSt* dovesse essere comunque risarcito si realizzerebbe una sovra compensazione - e dunque un arricchimento - del danneggiato contraria al principio del *Bereicherungsverbot*⁸⁵⁹.

Questa “correzione” viene però da taluni ritenuta non convincente, in quanto viene fatto osservare che anche a voler ammettere che il danneggiato faccia del denaro ottenuto per la riparazione un diverso uso, egli sarà comunque tenuto a corrispondere l'imposta di valore aggiunto, e pertanto “tagliare” dal risarcimento dei costi fittizi la parte imputabile alle tasse si risolverebbe in una sottocompensazione⁸⁶⁰.

Qualora poi la cosa danneggiata sia stata alienata, il danneggiato avrà sì il diritto a percepire un risarcimento pari al costo che avrebbe dovuto sostenere per procurarsi sul mercato una cosa di valore equivalente, ma da tale valore dovrà portare in

e di quelle accessorie alla cura della salute. Infatti, a differenza dei danni materiali che provocano una concreta diminuzione del patrimonio del danneggiato che viene reintegrato con la corresponsione dell'equivalente in denaro, il danno non patrimoniale è, per l'appunto, una lesione della sfera soggettiva estranea al patrimonio. Se quindi si ammettesse il risarcimento di spese “non patrimoniali” che non sono state sostenute, si realizzerebbe un incremento del patrimonio del danneggiato e, per questa via, si violerebbe il principio del divieto di arricchimento.

⁸⁵⁶ Cfr. § 249, II° co., II° per. BGH: «Bei der Beschädigung einer Sache schliesst der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist»; cfr. anche WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2057.

⁸⁵⁷ Si tratta, come segnala LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 305, s. 956, di una soluzione di compromesso introdotta con la riforma del 2002. L'A. spiega che il criterio del risarcimento fittizio, da tempo applicato dalla giurisprudenza, era ritenuto criticabile perché andava a contrastare con il divieto di arricchimento. E ciò in quanto la stima peritale del danno comprendeva anche la parte relativa all'imposta del valore aggiunto, che in mancanza della effettiva riparazione si doveva considerare come indebitamente corrisposta. Siccome però nella prassi tale soluzione si era dimostrata estremamente efficace, si è scelto di apportare i correttivi normativi che la hanno resa conforme ai principi generali. In senso conf. v. anche JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 362, s. 1055. Sull'argomento cfr. anche OETKER, § 249 BGB, cit., 410 ss, ss. 420 ss.; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2057.

⁸⁵⁸ Cfr. TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den § 249 BGB*, cit., 220, s. 5; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2057.

⁸⁵⁹ Cfr. WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit., 261, s. 14/12; SCHIEMANN, § 249 BGB, cit., 64, s. 1a.

⁸⁶⁰ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 325, s. 665.

deduzione quanto egli abbia ricavato dalla vendita della cosa danneggiata⁸⁶¹. In tal modo per un verso si salvaguarda l'interesse all'integrità del patrimonio del danneggiato, e per l'altro si rispetta il fondamentale principio del divieto di arricchimento, in quanto altrimenti il danneggiato si verrebbe a trovare in una condizione migliore di quella sussistente *ex ante*⁸⁶².

In ogni caso, qualora dovessero eventualmente essere configurabili più possibili percorsi risarcitori alternativi, il danneggiato è tenuto a scegliere quello maggiormente rispondente a criteri di ragionevolezza economica, ossia quello che avrebbe scelto un soggetto terzo che si fosse trovato al posto del danneggiato secondo un criterio ispirato al contenimento della spesa⁸⁶³. Al danneggiato, in buona sostanza, si chiede di comportarsi come se dovesse farsi carico in proprio delle conseguenze del danno in ossequio al principio del c.d. *Wirtschaftlichkeitspostulat*, noto anche come *Wirtschaftlikeitsgebot*⁸⁶⁴.

I medesimi principi trovano poi applicazione anche nel caso in cui il risarcimento debba avvenire nella forma della *Naturalherstellung*. Il danneggiato, infatti, pur avendo la possibilità di chiedere il risarcimento in denaro, potrebbe considerare più conveniente il risarcimento nella forma della restituzione in natura. In tal caso secondo la consolidata giurisprudenza esistono almeno due rimedi concorrenti a disposizione del danneggiato, ossia la riparazione ovvero la sostituzione del bene, e tra questi due egli, in virtù del principio che discende dal *Wirtschaftkeitspostulat*, è tenuto a scegliere quello che economicamente più conveniente⁸⁶⁵.

8.4) L'attenuazione del rigore della *Differenztheorie* e la tutela dell'*Integritätsinteresse* del danneggiato.

La struttura del §249 BGB risente evidentemente dell'influenza della dogmatica della c.d. *Differenztheorie* – detta anche *Differenzhypothese* o *Differenzschaden* –

⁸⁶¹ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 287, s. 298.

⁸⁶² Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 287, s. 298.

⁸⁶³ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 396, s. 362 ss.; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, Müller Verlag, Heidelberg, 2009, 169, s. 6. Per un approfondimento dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto del *Wirtschaftlichkeitspostulat* si rinvia al capitolo dedicato alla trattazione del risarcimento del danno dei veicoli incidentati, essendo nella prassi questo il settore nel quale i principi qui in discussione trovano la più diffusa applicazione.

⁸⁶⁴ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 396, s. 362.

⁸⁶⁵ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 396, s. 363. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 169, s. 6.

che fu a suo tempo elaborata da Mommsen⁸⁶⁶, che ben si adattava alla sensibilità sociale della Germania nella seconda metà del XIX° secolo, dunque nel periodo in cui era in fase di elaborazione il testo base del BGB⁸⁶⁷.

La *Differenztheorie* considerava infatti il danno risarcibile da un punto di vista puramente e rigorosamente economico, il che la rendeva del tutto coerente e compatibile con lo *Zeitgeist* di un Paese in cui il rapido progresso scientifico era considerato funzionale alla crescita e al consolidamento dello sviluppo economico - commerciale⁸⁶⁸.

L'originaria rigida impostazione del sistema risarcitorio del BGB, che come detto si fondava sull'elaborazione teorica della *Differenztheorie* ed escludeva quindi la risarcibilità di tutto ciò che fosse estraneo al danno meramente economico⁸⁶⁹, si è però trovata a dover fare i conti con i nuovi bisogni e i nuovi interessi maturati nel seno dell'evoluzione storico sociale, per i quali era particolarmente sentita l'esigenza di offrire validi strumenti di tutela⁸⁷⁰.

Una delle più significative conseguenze di questa prospettiva evolutiva ha portato alla strutturazione della teoria del c.d. *Integritätsinteresse*⁸⁷¹, in virtù della quale si ammette che il danneggiato possa ottenere non solo il mero risarcimento dalla perdita di valore subita dal suo patrimonio, ovvero il *Wertinteresse*, calcolabile attraverso i

⁸⁶⁶ Cfr. TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 205, s. 5; OETKER, § 249 BGB, cit., 295, s. 18; Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 14, s. 25.

⁸⁶⁷ Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen im englischen und deutschen Recht*, in JZ, 2010, 937 ss., 942: «In diesem Sinne spiegelte sich in der Differenzhypothese aber nicht nur ein formales Rechtsverständnis, sondern ein weitergehendes Gesellschaftsverständnis der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wider».

⁸⁶⁸ Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 942: «Deutschland war zu dieser Zeit von rasanten Fortschritten im naturwissenschaftlich – technischen Bereich und einer immer stärker aufkommenden Verkehrswirtschaft geprägt. Hiermit liess sich der Grundgedanke der Differenzhypothese sehr gut vereinbaren». Conf. v. anche HONSELL, *Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrechts*, in JuS, 1973, 69 ss., 70.

⁸⁶⁹ Come ben spiega Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 942, nei lavori preparatori del BGB emerge la espressa volontà di porre un fermo sbarramento alla risarcibilità dell' *Affektionsinteresse*, ossia di quegli interessi della parte lesa che non fossero riconducibili a perdite patrimoniali in senso stretto. E questo in quanto le difficoltà di tradurre in denaro il valore di un interesse ideale o immateriale eventualmente leso avrebbero di fatto posto il giudice in una posizione sovrana rispetto alla legge, il che, per una filosofia giuridica fondata sul criterio del primato della legge formale, avrebbe rappresentato un pericolosissimo *vulnus*.

⁸⁷⁰ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 475, che già alla fine degli anni '80, con riferimento alla coeva limitazione normativa alla risarcibilità del solo danno non patrimoniale extracontrattuale, affermava: «Der rechtspolitische Wert dieser vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung für eine weitgehende Versagung des Geldersatzes wegen immateriellen Schäden war von Anfang an umstritten; heute versucht man auf verschiedenen Wegen, die Möglichkeiten einer Geldentschädigung für solche Schäden auszuweiten».

⁸⁷¹ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 305, s. 626; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 360, s. 1045.

criteri della *Differenztheorie*, ma anche l'integrale ristoro delle ripercussioni arrecate alla sua sfera giuridica suscumbibili nell'interesse aggiunto a continuare a fare uso della cosa danneggiata e non di altre equivalenti⁸⁷².

Se, in altre parole, si prevede che - a mente del §251, co II°, BGB - il debitore danneggiante, fino al limite della ragionevolezza della spesa, sia obbligato al risarcimento del danno nella forma della *Naturalherstellung* (e cioè alla riparazione / al ripristino della cosa danneggiata), si riconosce implicitamente che l'entità di questa somma può anche essere superiore a quella di cui il danneggiante verrebbe gravato se potesse fare ricorso agli altri percorsi risarcitori⁸⁷³.

È pertanto evidente che nel momento in cui si accorda la preferenza alla *Wiederherstellung* si ammette che possa essere tutelato anche l'interesse - ideale, non patrimoniale o immateriale che dir si voglia - del danneggiato a continuare a poter disporre della -di quella - cosa danneggiata⁸⁷⁴, e tanto a prescindere dall'effettivo valore di mercato che in ipotesi ben potrebbe essere inferiore al costo necessario per la riparazione e al quale ci si dovrebbe limitare se si facesse esclusivo riferimento ai principi della *Differenztheorie*⁸⁷⁵.

Il problema è dunque quello di stabilire i criteri ai quali occorre fare riferimento per valutare nel caso concreto se una determinata spesa sia o meno da considerare proporzionata ai sensi e per gli effetti del §251, II° co., BGB, e se dunque il debitore

⁸⁷² Cfr. MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*, in *JuS*, 1969, 449 ss., 449.

⁸⁷³ Cfr. MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*, cit., 450: «Das BGB räumt regelmäßig im Rahmen des erreichbaren (§251 I) der Herstellung (Naturalrestitution) den Vorrang ein. Damit entscheidet es sich nicht nur für eine bestimmte Form der Schadensersatzleistung. Das beweist §249 S. 2: Unter den dort genannten Voraussetzung kann der Geschädigte Geld verlangen; die Art der Schadensersatzleistung gleicht hier also äußerlich ganz dem Ersatz des Vermögensschaden nach §251. Vielmehr entscheidet sich das BGB mit dem Primat der Herstellung auch für eine bestimmte Belastung des Schädigers: Sie soll so hoch sein, daß das Integritätsinteresse des Geschädigte gewahrt wird. ... Wo die Wahrung des Integritätsinteresse mehr kostet als den Betrag der Vermögensminderung, wird also dem Schädiger prinzipiell das höhere Opfer zugemutet». Cfr. anche SCHIEMANN, § 249 BGB, cit., 65, s. 3: «Die Herstellung in dieser Form kann auch kann aber auch über den vollständigen Ersatz im wirtschaftlichen Sinne hinausgehen, da ein wirtschaftlicher Ausgleich schon durch Ersatz des vollen Wertes erreicht werden kann. Naturalrestitution nach § 251 Abs 2 ader auch bei kosten über dem Wert bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit beansprucht werden darf».

⁸⁷⁴ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 469, che con riguardo alla preferenza sistematica accordata alla *Wiederherstellung* osserva: «An ihr kann der Geschädigte ein nicht nur vermögensmäßiges, sondern ebenso ein ideelles Interesse haben; man denke nur an Gesundheitsschäden, aber auch an solche Sachen, die für den Geschädigten einen ihren Markwert weit übersteigenden individuellen Gebrauchs- oder Gefühlwerts haben». In senso conforme v. anche SCHIEMANN, § 253 BGB, cit, 277 ss., s. 11.

⁸⁷⁵ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 469: «Ein solches ideelles Interesse kann durch die Wiederherstellung mitbefriedigt werden, während es im Falle eines bloßen Geldersatzes regelmäßig außer Betracht zu bleiben hat (§253)».

possa esigere il risarcimento nella forma della *Naturalherstellung* in luogo della minor somma che verrebbe quantificata se si dovesse ristorare la mera perdita patrimoniale, e non è cosa di scarso momento⁸⁷⁶.

Tuttavia, soprattutto in quei particolari ambiti in cui la abbondante casistica ha consentito alla prassi giudiziaria di consolidare stabili princìpi, tali difficoltà sono state agevolmente superate. Emblematico al riguardo il settore del risarcimento del danno ai veicoli a seguito di incidente stradale, ove il limite della proporzionalità delle spese di riparazione è stato fissato nel 130% della valutazione commerciale del veicolo danneggiato⁸⁷⁷.

Nonostante l'attenuazione del rigore della teoria differenziale non si considera invece risarcibile il c.d. *Affektionsinteresse*, ossia l'interesse meramente immateriale correlato al godimento di un determinato bene che, rilevando solo da un punto di vista soggettivo, non può essere commisurato a valori di mercato⁸⁷⁸.

Occorre invero segnalare che non sono mancate sollecitazioni dottrinali che, sempre prendendo in considerazione il ragionamento dianzi svolto in relazione al principio della prevalenza della *Naturalherstellung*, considerano l'*Affektionsinteresse* quale *species* del *genus Integritätsinteresse*⁸⁷⁹. Il che porta questi interpreti a ritenere che

⁸⁷⁶ Cfr. MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*, cit., 449: «Kann der Schädiger S statt der kostspieligen Naturalrestitution auf eine Entschädigung in Geld ausweichen? Nach §251 II soll er dazu berechtigt sein, wen die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Das bedeutet zweifelsfrei die gesetzliche Anerkennung einer Art „Opefergrenze“ für den Schädiger. Aber wann sie erreicht wird, bleibt in Rechtsprechung und Literatur meist sehr unbestimmt».

⁸⁷⁷ Fermo restando il rinvio alla specifica trattazione del risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli nei capitoli seguenti, per una panoramica di sintesi della questione cfr. WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit., 257, s. 14/8; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 305, s. 953; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 362, s. 1058; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 150, s. 294 e 151, s. 296; HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 284, s. 295; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2058.

⁸⁷⁸ Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 26, s. 47; SCHULTE, *Schadensersatz in Geld für Entbehrungen*, BERLIN, 1978, 110. Sulle problematiche correlate alla tradizionale irrisarcibilità dell'*Affektionsinteresse*, si rinvia al recente esaustivo contributo di MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., in particolare sub 944, che dedica una approfondita analisi alle sollecitazioni di quella parte della dottrina che, quantomeno per quel che riguarda l'inadempimento di doveri contrattuali, propone di superare l'impostazione classica, ammettendo la risarcibilità degli interessi – ancorchè - meramente immateriali ogni qualvolta l'adempimento del contratto sia, in tutto o in parte rilevante, finalizzato alla soddisfazione dell'*Affektionsinteresse* del creditore.

⁸⁷⁹ Cfr. OETKER, *Unverhältnismäßige Herstellungskosten und das Affektionsinteresse im Schadensersatzrecht*, in *NJW*, 1985, 345 ss., 347: «Aus §249 S. 2 BGB wird deutlich, dass der Gesetzgeber einen Vorrang der Naturalrestitution bzw des Integritätsinteresses gegenüber der Entschädigung bzw. dem Wertinteresse anerkannt hat, solange die Wiederherstellung der beschädigten Sache technisch möglich ist. Die Unabhängigkeit des Erstattungsanspruchs nach §249 S. 2 BGB von dem Verkehrswert der beschädigten Sache verdeutlicht, dass der Gesetzgeber ein

anche l'*Affektionsinteresse* sarebbe meritevole di tutela risarcitoria⁸⁸⁰. Per quanto interessante e suggestiva dal punto di vista dogmatico, nella sostanza, come del resto appare confermato dalla prassi giurisprudenziale, occorre dire che questa impostazione non è risultata convincente⁸⁸¹.

Altresì si esclude la risarcibilità delle c.d. *fehlgeschlagene Aufwendungen*, ossia quelle spese sostenute per l'acquisto di beni o servizi di cui, a causa dell'evento dannoso, non è stato possibile fruire, danni che vengono indicati anche con il sintagma *Frustrationsschäden*⁸⁸².

Un esempio che viene sovente al riguardo citato in letteratura è quello del casino di caccia preso in affitto per dieci anni, che in seguito alle lesioni riportate il danneggiato - locatore non ha potuto utilizzare per circa un anno. Il danneggiato ha richiesto il risarcimento per il mancato uso, o se si preferisce per l'inutile spesa sostenuta per l'affitto, pari a 7.000 Euro; l'istanza è stata rigettata perché si è ritenuto che non fosse possibile estendere le conseguenze del danno alla persona al mancato godimento di altri beni o utilità non direttamente correlati alle esigenze primarie⁸⁸³.

E questo in quanto, secondo l'opinione dominante, sussisterebbe altrimenti il pericolo di allargare in modo eccessivo le frontiere del danno risarcibile, e pertanto sarebbe ammissibile il ristoro delle sole spese - inutilmente - sostenute per l'acquisto di beni e/o servizi che rivestano un'importanza determinante per la qualità della vita,

subjektives Interesse des Geschädigten an der Wiederherstellung des Schadensobjekts grundsätzlich anerkannt hat. Ob diese wirtschaftlich oder durch sein Affektionsinteresse motiviert ist, bleibt nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung belanglos. Durch die Anerkennung des Integritätsinteresse hat der Gesetzgeber daher die Möglichkeit geschaffen, dass auch ein Affektionsinteresse des Geschädigten von dem Schädiger befriedigt wird».

⁸⁸⁰ Cfr. OETKER, *Unverhältnismäßige Herstellungskosten und das Affektionsinteresse im Schadensersatzrecht*, cit., 351: «Ist die Naturalrestitution unmöglich, so ist nach §251 I BGB allein der objektive Wiederbeschaffungswert zu ersetzen. Das Affektionsinteresse des Geschädigten bleibt bei der Berechnung der Entschädigungshöhe außer Betracht. Im Rahmen der bei §251 II BGB erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung kann hingegen auch das Affektionsinteresse des Geschädigten berücksichtigt werden».

⁸⁸¹ Come meglio si vedrà in seguito *sub cap.* 11) quando si avrà modo di discutere del risarcimento del danno ai veicoli incidentati, la tutela all'*Integritätsinteresse* viene ammessa attraverso la patrimonializzazione delle utilità soggettive che il danneggiato ritrae dalla cosa, rimanendo quindi esclusa la possibilità di prendere in considerazione ai fini risarcitori anche ulteriori componenti immateriali quali l'*Affektionsinteresse*.

⁸⁸² Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 328, s. 671.

⁸⁸³ Caso trattato da BGH, 15.12.1970, VI ZR 120/69, in NJW, 1971, 796 ss., decisione che può essere sintetizzata nel seguente passaggio: «Wird nicht der Gegenstand des Gebrauchs beschädigt, sondern allein der Nutzungsberechtigte körperlich verletzt und dieser deshalb an dem Gebrauch des nicht beeinträchtigten Vermögensgutes zeitweise gehindert, so steht nach Auffassung des erkennenden Senats dem Betroffenen bei einer Sachlage, wie sie hier vorliegt, kein Anspruch auf Ersatz seiner Nachteile als Vermögensschäden zu. Dem entspricht im Ergebnis die überwiegende, wenn nicht einhellige Auffassung».

mentre sarebbe da escludere qualsivoglia risarcimento nel caso in cui si abbia a che fare beni che possono essere considerati come di lusso, e quindi non necessari in senso stretto per la ordinaria conduzione della vita quotidiana⁸⁸⁴.

Secondo altri interpreti il BGH avrebbe invece limitato la risarcibilità del mancato godimento ai soli beni direttamente interessati dal danno, rimanendo così esclusi quelli di cui solo indirettamente è stata resa impossibile l'utilizzazione⁸⁸⁵.

Tuttavia i vari tentativi con i quali si è cercato di definire uno stabile e convincente criterio in grado di distinguere tra *Frustrationsschäden* risarcibili e non risarcibili sono fino ad oggi "naufregati"⁸⁸⁶.

8.5) Il lucro cessante e il mancato guadagno: il § 252 BGB.

Della modalità di quantificazione del danno, e più in particolare del lucro cessante, si occupa poi il § 252 BGB⁸⁸⁷. Essendo la questione ai fini del presente studio del tutto marginale, basti qui dire che, del tutto analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento, si deve intendere quale lucro cessante (*entgangener Gewinn*) il guadagno che secondo l'ordinario svolgersi delle cose, ovvero per le particolari circostanze del caso concreto, in specialmodo secondo gli strumenti o più in generale secondo le misure preventivamente adottate, ci si sarebbe verosimilmente potuti attendere⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 317, s. 991; JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 383, s. 1112 ss.

⁸⁸⁵ Cfr. HONSELL, *Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrechts*, cit., 75: «Es ist heute weitgehend anerkannt, dass ein entgangener Gebrauchsvorteil zu ersetzen ist. Soll man der Nutzungswert aber auch dann ersetzen, wenn nicht eine konkrete Sache beschädigt worden, sondern der Eigentümer durch Verletzung am Gebrauch gehindert worden ist? Der BGH hat das in dem unlängst entschiedenen Jagdpachterfall zu Recht verneint. Nicht die Gebrauchsverhinderung schlechthin, sondern nur die Beschädigung oder der Entzug einer bestimmten Sache begründen einen Ersatzanspruch».

⁸⁸⁶ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 328, s. 671.

⁸⁸⁷ Cfr. § 252 BGB: «(Entgangener Gewinn). Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwarten werden könnte».

⁸⁸⁸ Viene fatto osservare da SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 140, s. 276, che il criterio presuntivo di quantificazione del danno subito contenuto nel § 252 BGB di fatto determina un alleggerimento dell'onere probatorio gravante in capo al danneggiato, al quale non viene infatti richiesto di provare in concreto l'entità del pregiudizio subito, quanto di fornire indicazioni probabilistiche del guadagno che avrebbe potuto ottenere in assenza dell'evento dannoso.

L'opinione dominante non ritiene sia invece risarcibile l'eventuale mancato introito derivante da attività contrastanti con divieti previsti dalla legge o con il buon costume⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 370, R. 1080; TEICHMANN, § 252 *BGB*, cit., 224, s. 1; come si precisa però in SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 141, s. 277, il meretricio non è (più) da considerare come attività contraria al buon costume o alla legge, in quanto dal 1.1.2002 è entrata in vigore la speciale disciplina che riconosce efficacia al contratto stipulato per prestazioni di natura sessuale.

9.1) Il danno non patrimoniale: il risarcimento dello *Schmerzensgeld*.

Come si è visto il paradigma differenziale consente di prendere in considerazione tutti i danni “materiali”, quelli cioè che possono cioè essere oggetto di una stima secondo valori di mercato. Saranno quindi risarcibili anche le disutilità provocate dalla mancata disponibilità di un bene ogni qualvolta tale pregiudizio abbia determinato un danno “patrimoniale”. Il che avviene sia quando quel bene era utilizzato per produrre reddito; sia quando, a causa della mancata possibilità di farne uso, il titolare sia stato costretto a sostenere spese che non avrebbe altrimenti dovuto sopportare⁸⁹⁰; sia ancora, infine, quando il mancato godimento di un bene – quale ad esempio un veicolo - sia suscettibile di essere valutato in termini patrimoniali, così potendo essere liquidato a titolo di danno il corrispettivo del mancato uso⁸⁹¹.

La risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali o immateriali che dir si voglia è invece in linea di principio esclusa dalla disciplina codicistica tedesca⁸⁹², essendo ammessa l’attribuzione di un «*equo risarcimento in denaro*», che suole in genere essere indicato con il termine *Schmerzensgeld*⁸⁹³, solo nelle ipotesi espressamente individuate dal BGB o dagli altri testi normativi.

Prima della riforma del BGB che nel 2002 ha rivisitato l’impianto della responsabilità civile⁸⁹⁴, la disciplina generale dello *Schmerzensgeld*, o più correttamente del danno non patrimoniale, era contenuta in due norme di riferimento. L’una delle quali, il § 253 BGB, rubricata «*Danno immateriale*», era in origine composta di un unico comma, a mente del quale «*Nel caso di un danno non patrimoniale, può essere richiesto un risarcimento in denaro solamente nei casi espressamente previsti dalla legge*»⁸⁹⁵. Una formulazione testuale che, come si può osservare, è pressoché sovrapponibile a quella in seguito adottata dal nostro legislatore per l’art. 2059 c.c.

⁸⁹⁰ Cfr. SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 132, s. 264 ss., che citano ad esempio i casi: del tassista che a causa dell’indisponibilità del taxi deve noleggiare un’auto sostitutiva; dell’acquirente di un’automobile che a causa della ritardata consegna dei documenti di circolazione deve noleggiare un’auto per poter fare la programmata vacanza; dei difetti di costruzione di un palazzo attribuibili al costruttore che non hanno reso possibile affittare per un determinato periodo di tempo gli appartamenti.

⁸⁹¹ Del risarcimento del danno da mancato uso dei veicoli si tratterà approfonditamente *sub* Cap. 11.

⁸⁹² Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 374, s. 1092.

⁸⁹³ La traduzione letterale corrisponde a «denaro del / per il dolore».

⁸⁹⁴ Si tratta delle innovazioni apportate dalla «*Zweite Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*» pubblicata il 19.7.2002 e entrata in vigore il 1° agosto del 2002.

⁸⁹⁵ § 253, I° co., BGB: «*(Immaterieller Schaden). Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden*».

Solo che, rispetto al “modello italiano”, oltre alla generale previsione di una riserva di legge, il codice tedesco aveva però approntato un ulteriore presidio di tutela non patrimoniale nella parte relativa alla disciplina degli atti illeciti⁸⁹⁶: il § 847 BGB, che era rubricato per l'appunto «*Schmerzensgeld*», il cui primo comma prevedeva la astratta risarcibilità del danno immateriale derivante dalla lesione all'integrità del corpo, della salute o della libertà, mentre il secondo comma si occupava della specifica ipotesi dei danni arrecati da comportamenti lesivi del diritto all'autodeterminazione sessuale della donna.

Dalla diversa collocazione sistematica delle due disposizioni in parola discendeva che, fatta eccezione per i casi che derogavano espressamente alla riserva di legge del § 253 BGB, il risarcimento del danno immateriale non fosse in linea di principio reclamabile nel caso di inadempimento di obbligazioni, essendo infatti le previsioni del § 847 BGB da ritenersi operanti nel solo ambito extracontrattuale⁸⁹⁷.

La riforma del 2002 di cui si è detto ha cercato di adeguare il codice alla diversa rilevanza che la concezione personalistica della responsabilità civile era andata assumendo, ed ha ampliato l'ambito applicativo dello *Schmerzensgeld*⁸⁹⁸. È stato così abrogato il § 847 BGB, ed il suo contenuto - con gli opportuni adattamenti⁸⁹⁹ - è stato traslato in un secondo comma aggiunto *ex novo* al § 253 BGB, a tenore del quale «*Se in seguito alla lesione del corpo, della salute, della libertà o della autodeterminazione sessuale deve essere risarcito un danno, può essere richiesto,*

⁸⁹⁶ Gli atti illeciti, «*Unerlaubte Handlungen*», sono disciplinati dai §§ 823 ss. BGB.

⁸⁹⁷ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 475: «*Der Gesetzgeber des BGB hat der Geldentschädigung wegen eines immateriellen Schadens bewußt enge Grenzen gezogen. [...] Auch im Falle der Verletzung eines der in §847 Abs. 1 Satz 1 genannten Güter gilt die Gewährung einer Geldentschädigung für den immateriellen Schaden nur für den Anspruch aus Delikt, nicht für den Anspruch wegen der Verletzung einer Vertraglichen Schutzpflicht*».

⁸⁹⁸ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2053, secondo cui l'estensione del novero delle ipotesi astrattamente risarcibili con il risarcimento del danno immateriale è all'atto pratico una delle più evidenti e significative novità della legge di riforma. In senso conforme v. anche SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, in *JuS*, 2004, 366 ss., 367. Invero, come osserva OETKER, § 253 BGB, cit., 475, s. 4, il termine *Schmerzensgeld*, che compariva nella *rubrica legis* del §847 BGB, norma come detto abrogata con la riforma del 2002, non è poi stato riprodotto nel §253 BGB, che fa riferimento esclusivamente alla possibilità di ottenere un risarcimento per i danni non patrimoniali. E dunque, a volere seguire il dovuto rigore dogmatico, sarebbe oggi più corretto parlare di danno non patrimoniale e non già di *Schmerzensgeld*.

⁸⁹⁹ Il più evidente dei quali è la previsione della tutela non patrimoniale della lesione all'autodeterminazione sessuale a prescindere dal genere, maschile o femminile, della parte offesa. Infatti nella precedente stesura del § 847 BGB tale copertura era limitata alla sola lesione dell'autodeterminazione sessuale della donna.

anche nel caso in cui si tratti di un danno non patrimoniale, un adeguato risarcimento in denaro»⁹⁰⁰.

L'aver inserito il catalogo dei diritti dalla cui lesione può in astratto derivare un danno non patrimoniale risarcibile nella parte del codice che si occupa del rapporto obbligatorio in generale, e più in particolare nella parte relativa al contenuto della prestazione risarcitoria, consente quindi ora di poter chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale a prescindere dalla causa generatrice del danno, e dunque senza la limitazione alle sole fattispecie extracontrattuali⁹⁰¹.

In altri termini, per effetto della novella del 2002, una volta che venga in considerazione la lesione di uno dei diritti contemplati dalla norma, il danneggiato sarà legittimato a chiedere un equo risarcimento in denaro anche quando il danno sia derivato da un inadempimento⁹⁰², ovvero quando sia derivato dall'esercizio di quella che viene definita come *Gefährdungshaftung*⁹⁰³, cioè la responsabilità oggettiva derivante dall'esercizio di attività pericolose che si va affermando con sempre maggior vigore anche nell'ordinamento tedesco⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ V. § 253, co. II°, BGB: «Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden». Tale formulazione testuale è lievemente divergente da quella dell'abrogato § 847 BGB. Esso si componeva infatti di due diversi commi, ora sintetizzati in un'unica proposizione, ed inoltre prevedeva il diritto al risarcimento del danno immateriale non già nel caso di una generica lesione del diritto all'autodeterminazione sessuale, ma solo nel caso in cui la parte offesa fosse una donna che avesse subito un reato o che fosse stata vittima di un'offesa alla morale o, ancora, che fosse stata indotta con minaccia, abuso di una relazione di dipendenza o con l'inganno a soggiacere ad un rapporto sessuale extraconiugale. Per l'esigenza di adattare la norma in coerenza con i principi di parità di trattamento tra i sessi, si è approfittato della revisione del 2002 per estendere la tutela a qualsiasi forma di lesione alla libera determinazione sessuale, a prescindere dal sesso della parte offesa. Sul punto cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 481, ss. 23 – 25.

⁹⁰¹ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 310, s. 967; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 306, s. 630; OETKER, § 253 BGB, cit., 474, s. 2; TEICHMANN, § 253 BGB, cit., 224, s. 1.

⁹⁰² Cfr. MEDICUS, § 253 BGB, cit., 405, s. 1; SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 15, s. 26.

⁹⁰³ Cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 476, s. 7, e 479, s. 17 - 18; TEICHMANN, § 253 BGB, cit., 225, s. 1; CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 125 ss., 126; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2053.

⁹⁰⁴ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 334, s. 974. Come evidenzia WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2054, l'intenzione del legislatore è stata quella di adeguare gli standard della responsabilità per attività pericolosa a quelli vigenti in altri ordinamenti europei, consentendo per un verso una migliore tutela delle vittime sia dal punto di vista del risarcimento del danno, sia per la funzione di deterrenza che la previsione di risarcimenti più elevati svolge sui potenziali danneggianti, essendo gli stessi incentivati ad investire in prevenzione. Concetto che così sintetizza l'A. (2055): «Ein Delikt darf sich für den Schädiger nicht lohnen». Tuttavia va segnalato che l'obbligo di risarcimento a titolo di *Gefährdungshaftung* è sottoposto a massimali – *Haftungsobergrenzen* – oltre i quali il soggetto onerato dell'obbligo risarcitorio non è tenuto a

È però necessario che il danno, consegua esso o meno all'inadempimento, interessi comunque uno dei beni declamati dal § 253, II° co., l'elenco dei quali è da considerare come tassativo⁹⁰⁵, non essendo quindi possibile fondare – e/o accordare pregio a – una eventuale richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di altri beni e/o diritti⁹⁰⁶, nemmeno quando il contratto sia diretto alla soddisfazione di interessi non patrimoniali⁹⁰⁷.

Le parti, beninteso, restano comunque libere di concordare in sede di stipula del contratto la risarcibilità di pregiudizi non patrimoniali che in ipotesi potrebbero derivare dall'eventuale inadempimento⁹⁰⁸, e questo in quanto il §253 BGB è considerata norma di natura dispositiva e dunque derogabile dalla volontà dei contraenti⁹⁰⁹.

Oltre a quelle espressamente richiamate nel §253 BGB, esiste poi un consistente numero di ulteriori fattispecie, alcune delle quali contenute nello stesso testo codicistico - come ad esempio il §651 f, II° co., BGB, che disciplina il risarcimento

rispondere, limitazioni variabili in funzione del tipo di attività pericolosa esercitata. In tal senso cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 484, s. 36.

⁹⁰⁵ Cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 481, s. 27.

⁹⁰⁶ Secondo SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, cit., 367, nonostante la maggiorparte degli autori aderisca a tale restrittivo orientamento, non si può escludere che, come già accaduto in passato, la diretta tutela non patrimoniale, ovvero la indiretta tutela garantita per il tramite della patrimonializzazione di disutilità non patrimoniali estranee al catalogo contemplato dalla norma possa emergere attraverso l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza. Vedremo appresso più da vicino nel dettaglio quali siano stati i nuovi diritti ai quali è stata riconosciuta questa tutela pretoria.

⁹⁰⁷ Per spiegare la portata di questa rigorosa limitazione LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 310, s. 970, cita ad esempio il caso trattato da OLG Saarbrücken, 20.7.1998, in *NJW*, 1998, 2912 ss. Era successo che un gruppo musicale ingaggiato per una festa di matrimonio aveva ricevuto un'offerta più remunerativa e aveva disdetto l'impegno precedentemente assunto con gli sposi, ai quali è stato negato il risarcimento del danno non patrimoniale non essendo stato leso alcuno dei diritti menzionati dal §253, II° co., BGB. Una limitazione che secondo la proposta di alcuni autori, di cui si tratterà *infra*, nel § 10.3), è eccessiva e andrebbe riconsiderata.

⁹⁰⁸ Proprio la possibilità di prevedere sanzioni convenzionali per la lesione di interessi non economici provocati dall'inadempimento è stato, come ricorda MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 942, uno dei motivi su cui i "padri del BGB" hanno fatto leva per escludere che all'*Affektionsinteresse* potesse essere accordata dal diritto positivo una tutela diretta. In senso conforme v. anche SCHIEMANN, § 253 BGB, in *Staudigers Kommentar zum BGB*, BERLIN, 2005, 274, s. 1.

⁹⁰⁹ In questi termini si esprime già BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, in *NJW*, 1987, 50 ss., e in *ZIP*, 1986, II, 1394 ss., storica pronuncia del *Grosses Senat*, organo equivalente alle nostre Sezioni Unite, in materia di risarcibilità dei pregiudizi derivanti dal mancato uso di un bene, alla quale verrà dedicata una approfondita trattazione in seguito. Cfr. anche OETKER, § 253 BGB, cit., 477, s. 8, secondo cui la volontà delle parti in tal senso, quand'anche non espressamente dichiarata, seppure in casi eccezionali, potrebbe anche essere derivata da dichiarazioni non contestualizzate nel contratto, come pure dall'interpretazione del contratto medesimo.

per il danno da vacanza rovinata - che prevedono la risarcibilità del danno non patrimoniale⁹¹⁰.

9.2) Le funzioni dello *Schmerzensgeld*.

Per meglio comprendere i percorsi attraverso i quali la prassi giurisprudenziale ha enucleato, tra i vari pregiudizi immateriali, quelli risarcibili, nonché i possibili futuri orizzonti che possono ipotizzarsi, è opportuno approfondire la tematica delle funzioni che le diverse elaborazioni teoriche hanno, nel corso della sua evoluzione e fino agli odierni approdi, affidato allo *Schmerzensgeld*.

Il legislatore, seguendo le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza, aveva originariamente affidato al §847 BGB una funzione compensativa, la c.d. *Ausgleichsfunktion*, ritenendo cioè che la somma di denaro attribuita a titolo di *Schmerzensgeld* avrebbe consentito al danneggiato di procurarsi occasioni di piacere in grado di compensare le sofferenze ed i dolori arrecati, senza che quindi dovessero venire in considerazione profili sanzionatori a carico del responsabile del danno⁹¹¹. Un orientamento che il BGH ha condiviso nei suoi primi interventi, nei quali ha affermato che il risarcimento del danno non patrimoniale differiva da quello patrimoniale esclusivamente per la natura del bene interessato dalla lesione, e che dunque, anche per la commisurazione dello *Schmerzensgeld*, si doveva fare ricorso ai medesimi criteri utilizzati per le altre ipotesi risarcitorie⁹¹². Era dunque da escludere la possibilità di fare riferimento alle condizioni economiche del danneggiante e al grado della colpa da ascrivere allo stesso per stabilire l'entità del danno non patrimoniale risarcibile⁹¹³.

⁹¹⁰ Per l'elenco delle norme di legge che prevedono il risarcimento del danno non patrimoniale cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 474, s. 1; SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 275, s. 4.

⁹¹¹ Cfr. MEDICUS, § 253 BGB, cit., 406, s. 11; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 342, s. 699. Cfr. anche OETKER, § 253 BGB, cit., 478, s. 10; SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 284, s. 28. Come spiega HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 318, s. 328, il legislatore non avrebbe potuto introdurre meccanismi risarcitori che avessero carattere sanzionatorio punitivo, essendo da tempo stato affermato il principio della depenalizzazione del diritto civile. Per questa ragione la risarcibilità dello *Schmerzensgeld*, che avrebbe altrimenti rischiato di scontrarsi con tale preclusione, è stata dogmaticamente giustificata con l'esigenza di accordare alla parte offesa una compensazione per gli svantaggi non patrimoniali sofferti, senza alcuna riferibilità a profili sanzionatori o penalistici.

⁹¹² Cfr. BGH, 29.9.1952, III ZR 340/51, in NJW, 1953, 99 ss.

⁹¹³ Cfr. BGH, 29.9.1952, III ZR 340/51, cit.: «*Ein Strafzweck stünde dem Zweck des Schadensersatzes entgegen. Auch die Regelung des Schmerzensgeldes im Rahmen des bürgerlichen Rechts spreche gegen einen Strafcharakter der Vorschrift. [...] Statt dessen gilt es, dem Grundsatz Anerkennung zu verschaffen, daß ebenso wie beim Ausgleich des Vermögensschadens auch bei der Bemessung des*

La funzione compensativa, così com'era stata originariamente elaborata, non risultava convincente. Le voci critiche osservavano infatti che se il danneggiato fosse una persona che dispone di un patrimonio rilevante, nessuna somma - e a maggior ragione se modesta qual è quella liquidata nella più parte dei casi - sarebbe in grado di lenire i patiti dolori. E in ogni caso, quando la lesione subita fosse tale da aver irrimediabilmente pregiudicato la possibilità di vivere una vita normale, com'è ad esempio il caso di chi venga costretto su una sedia a rotelle o veda compromessa la sua capacità di avere rapporti sessuali, nessuna somma di denaro potrebbe compensare la irrimediabilmente perduta gioia di vivere⁹¹⁴.

Argomenti, questi, che mettevano in seria discussione la tenuta di una impostazione che si fosse fondata sulla sola *Ausgleichsfunktion*. Facendosi interprete delle evidenziate perplessità il BGH si è visto costretto ad intervenire a distanza di pochissimi anni, e, riformulando in modo significativo il suo precedente approdo ha stabilito che allo *Schmerzensgeld* dovesse essere attribuita, oltre - accanto - alla funzione compensativa anche una funzione satisfattiva, la c.d. *Genugtuungsfunktion*⁹¹⁵. Di talché, per poter giungere ad una quantificazione del danno nel caso concreto, oltre all'intensità del danno e alla durata dei pregiudizi sofferti, già "coperti" dalla funzione compensativa, sono da allora stati presi in considerazione anche profili soggettivi quali l'intensità della colpa del responsabile e le rispettive condizioni economiche di danneggiante e danneggiato⁹¹⁶. Con tale nuova costruzione l'evento di danno viene quindi posto a fondamento di un rapporto giuridico fittizio che si va a instaurare tra danneggiato e autore dell'atto illecito⁹¹⁷.

Schmerzensgeldes nur der Entschädigungsbetrag ausreichen kann, der zur Beseitigung des verursachten Nachteiles notwendig ist».

⁹¹⁴ Cfr. TEICHMANN, § 253 BGB, cit., 225, s. 3.

⁹¹⁵ In questi termini il parziale *revirement* di BGH, 6.7.1955, GSZ 1/55, in NJW, 1955, 1675 ss., pronunciato a soli tre anni di distanza dalla sentenza con la quale si era affermata la natura meramente compensativa dello *Schmerzensgeld*.

⁹¹⁶ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 318, s. 328; OETKER, § 253 BGB, cit., 488, ss. 48 – 52.

⁹¹⁷ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 376, s. 1102: «Denn der Schmerzensgeldanspruch habe neben der Ausgleichsfunktion im Wesentlichen eine Genugtuungsfunktion zu verfolgen, so dass es um eine Doppelfunktion des Schmerzensgeld gehe. Dies führt nach Ansicht des BGH dazu, dass bei der Bemessung des Schmerzensgeldes „alle in Betracht kommenden Umstände des Falles“ zu berücksichtigen seien, insbesondere auch der Grad des Verschuldens sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien». Cfr. anche LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 311, s. 973; MEDICUS, § 253 BGB, cit., 406, s. 12.

Anche questa integrazione dei presupposti dogmatici, per quanto realizzata per il tramite di una sentenza estremamente attenta a sostenere con puntuali argomentazioni ogni suo passaggio, è stata tuttavia fatta oggetto di critiche.

Si è eccepito in prima istanza che, per quanto sia vero che attraverso l'attribuzione dello *Schmerzensgeld* anche l'uomo ricco potrebbe trarre benefici in termini di "utilità morale", è altrettanto vero che questo servirebbe ben poco a chi non è più in grado di provare alcun tipo di piacere, né fisico, né ideale⁹¹⁸.

E tutto ciò senza contare che, sulla scorta di questi presupposti, sarebbe quantomeno difficile non adombrare il sospetto che la funzione satisfattiva possa così sconfinare nel territorio di quel danno punitivo, che, come si è detto, risulta estraneo - anche - al sistema di responsabilità civile vigente in Germania⁹¹⁹.

A difesa di questa soluzione si è sostenuto che la *Genugtuungsfunktion* sarebbe null'altro che un criterio di ponderazione accessorio da accostare alla funzione compensativa, così da garantire una più puntuale compensazione del danno⁹²⁰. Non quindi una funzione a sé stante, ma un indicatore della gravità della lesione e, dunque, della stima dell'entità del risarcimento da attribuire. Si è però per converso replicato che qualificare la funzione satisfattiva come *species* del *genus Ausgleichsfunktion* non bastava a renderla dogmaticamente compatibile con le fattispecie di responsabilità oggettiva, alle quali pure, a partire dalla riforma del 2002, è applicabile la disciplina dello *Schmerzensgeld*⁹²¹.

⁹¹⁸ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 312, ss. 975 - 976, che spiega come in origine, in caso di danni gravissimi alla persona quali quelli che determinano la sopravvivenza allo stato meramente vegetativo, la giurisprudenza fosse orientata a riconoscere uno *Schmerzensgeld* poco più che simbolico, risultando determinante la considerazione che la vittima non era in grado di percepire alcun tipo di sensazione, e quindi non era, parimenti, possibile riconoscere alcun tipo di ristoro a titolo di danno non patrimoniale fondato sui presupposti della *Ausgleichsfunktion* o della *Genugtuungsfunktion*. In seguito si è poi però affermato un diverso orientamento che, tenendo conto del fondamentale valore della personalità protetto dagli art. 1 e 2, I° co. della Carta fondamentale, non fosse accettabile che la distruzione della capacità di percepire sensazioni fosse assunta quale circostanza atta a diminuire l'entità dello *Schmerzensgeld*.

⁹¹⁹ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 318, s. 328; OETKER, § 253 *BGB*, cit., 478, s. 12; SCHIEMANN, § 253 *BGB*, cit., 284, s. 30.

⁹²⁰ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 477: «Die „Billigkeit“ der Entschädigung bedeutet ihre Angemessenheit im Konkreten Fall. Dabei wird sowohl das Ausmaß der erlittenen Einbuße, wie insoweit, als die *Genugtuungsfunktion* in Betracht kommt, die Schwere der Kränkung und daher auch der Grad des Verschuldens des Schädigers berücksichtigt. Auch die Vermögensverhältnisse beider Beteiligten können insoweit berücksichtigt werden, als andernfalls unbillige Härten entstehen würden».

⁹²¹ Cfr. OETKER, § 253 *BGB*, cit., 478, s. 12.

Né, d'altro canto, avrebbe granché senso ragionare di *Genugtuungsfunktion* nella stragrande maggioranza dei casi, ossia quelli in cui l'autore del danno è coperto da assicurazione⁹²².

Più in generale si è ritenuto che la complementarità tra le funzioni compensativa e satisfattiva non fosse soddisfacente, parecchie essendo le lesioni alla vita di relazione che non rientrano in tali schemi dogmatici, e per le quali dunque sarebbe difficile trovare convincenti argomentazioni a sostegno della risarcibilità⁹²³.

Infatti in virtù di questi parametri si giungerebbe al paradossale risultato di negare un adeguato risarcimento non patrimoniale in caso di lesioni talmente gravi che rendono il danneggiato del tutto insensibile rispetto alle sollecitazioni fisiche e morali del mondo esterno; ipotesi, queste, come ad esempio in caso di morte, nelle quali il ristoro non patrimoniale dovrebbe semmai essere assai più consistente⁹²⁴.

Non da ultimo si è osservato che con riferimento alle ipotesi risarcitorie riconducibili alla *Gefährdungshaftung*, caratterizzate da una attribuzione di responsabilità senza colpa o responsabilità oggettiva che dir si voglia, e per le quali con la riforma del 2002 si è prevista la risarcibilità dello *Schmerzensgeld*, sarebbe quantomeno dubbia la compatibilità di un sistema di calcolo a fondamento del quale viene posto il criterio del grado della colpa dell'offensore⁹²⁵. Complicazioni ulteriori ai richiamati fini deriverebbero poi nel momento in cui ci si trovasse di fronte ad una pluralità di concorrenti, ciascuno dei quali con diversi gradi di colpa e con differenti condizioni patrimoniali⁹²⁶.

Nonostante le dianzi esposte osservazioni critiche la giurisprudenza ha mantenuto sostanzialmente inalterata la struttura "bipolare" dello *Schmerzensgeld* fondato sulla complementarità delle funzioni compensativa e satisfattiva, ritenendola quella che meglio si poteva adattare alle variegate forme assunte dalla casistica in *subiecta materia*⁹²⁷.

⁹²² Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 343, s. 699.

⁹²³ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 319, s. 329.

⁹²⁴ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 320, s. 329.

⁹²⁵ SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, cit., 366: «Die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung hat die Bedenken dagegen verstärkt, den Genugtuungsgedanken in der bisherigen Weise für die Bemessung heranzuziehen».

⁹²⁶ SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 290, s. 44.

⁹²⁷ A titolo di esempio si può segnalare BGH, 10.1.2006, VI ZB 26/05 (KG), in NJW, 2006, 1068, in cui, per quanto in *obiter*, con espresso richiamo alla sentenza del 1955, si afferma che «Beim Schmerzensgeld stehen vor allem die schadensausgleichende Funktion und opferbezogene Merkmale

Una terza funzione, e precisamente la funzione preventiva o *Präventionsfunktion*, è stata, infine, elaborata per garantire la protezione all'istituto di creazione pretoria della c.d. *allegemeines Persönlichkeitsrecht*⁹²⁸, l'emersione del quale è dovuto all'esigenza di tutelare i diritti immateriali della persona, in *primis* quelli della riservatezza e della dignità, rispetto alle offese ad essi arrecate dai mezzi di comunicazione di massa⁹²⁹.

Si è cioè immaginato che attraverso la condanna a sostanziose somme di denaro sarebbe stata scoraggiata la tendenza, soprattutto da parte della stampa scandalistica, di ledere il diritto di riservatezza e l'onorabilità di personaggi noti al grande pubblico rivelando particolari veri, presunti o addirittura inventati della loro vita privata, con il deliberato intento di aumentare la tiratura⁹³⁰.

Noti esempi di applicazione del principio della prevenzione nel ristoro della lesione della personalità sono le vicende giudiziarie con cui la principessa Caterina di Monaco ha convenuto organi di stampa che avevano dato notizie false o comunque distorte su di lei e sulla sua famiglia⁹³¹. In tali casi il BGH ha ritenuto che attribuire al risarcimento una sola funzione compensativa o satisfattiva non avrebbe tutelato adeguatamente la sfera della personalità⁹³², in quanto, soprattutto nel momento in cui

wie Umfang und Dauer der Schmerzen, Entstellungen, Leiden und Eingriffe in das Leben des Opfers im Vordergrund. Zu berücksichtigen sind aber auch die Verhältnisse sowohl des Geschädigten als auch des Schädigers und dessen etwaige Absicherung durch eine Haftpflichtversicherung, der Grad des Verschuldens und die Umstände, die zum Schaden geführt haben. Der Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes entspricht es, dass das Leben des Geschädigten dadurch in gewissem Umfang erleichtert werden soll. Bei einer mehr oder weniger weitgehenden Zerstörung der Persönlichkeit soll das Schmerzensgeld über die Möglichkeit des Zuteilwerdens von Annehmlichkeiten hinaus auch deren Verlust ausgleichen». In buona sostanza la giurisprudenza continua a fare riferimento a quella che nel corso dei decenni è divenuta una vera e prossima massima tralatizia che definisce i presupposti fondativi dei criteri di calcolo dello *Schmerzensgeld*.

⁹²⁸ Si tratta di una tematica alla quale si dedicherà un approfondimento nel paragrafo seguente, al quale dunque si rinvia.

⁹²⁹ Cfr. BEATER, § 823 BGB, in SOERGEN *Kommentar zum BGB*, STUTTGART, 2005, 308, s. 5; OETKER, § 253 BGB, cit., 478, s. 14

⁹³⁰ Cfr. BEATER, § 823 BGB, cit., 376, s. 249.

⁹³¹ Cfr. BGH, 15.11.1994, VI ZR 56/94, in NJW, 1995, 861 ss.; BGH, 5.12.1995, VI ZR 332/94, in NJW, 1996, 984 ss.

⁹³² Cfr. BGH, 5.12.1995, VI ZR 332/94, cit.: «Das Ber.Ger. verfehlt indes den entscheidenden rechtlichen Ansatzpunkt, wenn es sich für die Bestimmung der Höhe dieser Geldentschädigung an den in BGHZ 18, 149 ff. für die Schmerzensgeldbemessung entwickelten Grundsätzen der Ausgleich – und Genugtuungsfunktion orientiert. ... Diese Begründung ist jedoch längst aufgegeben. Das BVerfG hat in der sog. Soraya- Entscheidung aus dem Jahre 1973 die Rechtliche Grundlage für einen solchen Geldleistungsanspruch in Art. 1 und 2 GG erblickt. In Parallele hierzu geht der BGH davon aus, dass es sich bei dem Anspruch auf Geldentschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht um ein Schmerzensgeld nach §847 BGB, sondern um ein Recht handelt, das auf den Schutzauftrag aus Art. 1, 2 I GG zurückgeht. ... Die Herleitung dieses Anspruchs aus §823 I BGB i.V. mit Art. 1 und 2 GG hat Folgen für seine Höhe. ... Bei dieser Entschädigung steht –

si aveva a che fare con personaggi famosi, poteva risultare conveniente per la stampa pagare risarcimenti inferiori al vantaggio economico – consistente nell'aumento delle vendite - ottenuto con la pubblicazione delle notizie. Occorreva pertanto, concludeva il BGH, adeguare il risarcimento affinché questo potesse fungere da concreto elemento di dissuasione⁹³³.

Il rilievo attribuito alla finalità preventiva ha portato alla liquidazione di somme notevoli, in ogni caso ampiamente superiori a quelle in genere riconosciute per le lesioni ai beni menzionati nel §253 BGB, e per i quali la risarcibilità del danno non patrimoniale è direttamente prevista dal diritto positivo. Una conseguenza, questa, di cui il BGH ha dato mostra di avere piena consapevolezza⁹³⁴, nonostante le perplessità sollevate da parte della dottrina fondate sulla considerazione che in questo modo chi ha subito violenza sessuale o più in generale gravi lesioni, finisce per essere risarcito con somme assai più modeste di quelle riconosciute per la semplice pubblicazione non autorizzata di immagini personali⁹³⁵.

Va detto che la *Präventionsfunktion* è stata assoggettata alle medesime critiche che già erano state rivolte alla funzione satisfattiva. Si è infatti anche qui osservato che in concreto nessun editore è privo di copertura assicurativa, e che dunque ricadendo l'eventuale prestazione risarcitoria in capo all'assicuratore la condanna al risarcimento non svolgerebbe alcuna concreta funzione dissuasiva⁹³⁶.

anders als beim Schmerzensgeld – regelmässig der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund. Außerdem soll sie die Prävention dienen. Dies bedeutet, dass hier der Ausgleichsgedanke, auf den sich das Ber.Ger. bei der Bemessung der Geldentschädigung maßgeblich gestützt hat, zugunsten des Präventionsgedankens in den Hintergrund treten muss».

⁹³³ Cfr. BGH, 15.11.1994, VI ZR 56/94, cit.: «Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Bekl. unter vorsätzlichem Rechtsbruch die Persönlichkeit der Kl. als Mittel zur Aufлагesteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat. Ohne eine für die Beklagte fühlbare Geldentschädigung wäre die Kl. einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert». Conf. BGH, 5.12.1995, VI ZR 332/94, cit.

⁹³⁴ Cfr. l'emblematica BGH, 10.1.2006, VI ZB 26/05 (KG), cit., nella quale, dopo aver passato in rassegna i presupposti fondativi dello *Schmerzensgeld* e le funzioni allo stesso attribuite, si afferma in tono inequivocabile che «Diese Bedeutung des Schmerzensgeldes (für das Opfer) kann nicht ohne weiteres auf Entschädigungszahlungen für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts übertragen werden. ... Auch sind die zugebilligten Beträge zur Entschädigung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Vergleich etwa zu Schmerzensgeldanprüchen bei schwersten Körperschäden oder anderen Eingriffen mit tragischen Folgen deutlich höher».

⁹³⁵ Sulla discussione tra gli interpreti in argomento cfr. BEATER, § 823 BGB, cit., 376 ss., s. 250. Cfr. anche SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 294, s. 54.

⁹³⁶ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 478: «Die gerade auf dem Gebiet des Schadensersatzrechts, vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit ausreichender Versicherung, so wünschenswerte Rechtssicherheit droht verloren zu gehen». Cfr. anche SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 285, s. 33.

Argomentazione che non terrebbe però in debito conto circostanze quali l'aumento dei premi assicurativi, le talvolta assai impegnative franchigie, e la non copertura di sinistri derivanti da dolo o colpa grave, in ragione delle quali è lecito attendersi un comportamento caratterizzato da adeguate cautele dell'assicurato.

Considerazioni che, nella sostanza, non hanno comunque indotto la giurisprudenza a rivedere i parametri ermeneutici da tempo consolidati.

9.3) Fattispecie di risarcibilità del danno non patrimoniale previste dal diritto positivo e dall'interpretazione giurisprudenziale - Generalità.

Per venire ora ad una prima panoramica sulla concreta applicazione dei paradigmi sin qui esaminati, è opportuno preliminarmente chiarire che seppure con le modifiche intervenute nel 2002 si sono in qualche modo allargate le maglie del “non patrimoniale risarcibile”, è parimenti vero che ci si è, al contempo, anche preoccupati di evitare che questa apertura potesse essere interpretata come il primo passo di un lungo cammino.

Nella sostanza, a parte le eccezioni introdotte con il nuovo § 253, 2° co., la cui formulazione consente comunque di ampliare in modo significativo l'ambito del danno non patrimoniale risarcibile⁹³⁷, il principio base della risarcibilità dei soli danni patrimoniali è rimasto inalterato⁹³⁸.

In effetti l'ordinamento tedesco, pur con la consapevolezza della necessità di adattare il diritto positivo ai nuovi valori sociali ed al progresso tecnico, si mostra tradizionalmente assai più misurato, per non dire scettico⁹³⁹, rispetto alla possibilità di ampliare l'ambito operativo del danno non patrimoniale, poiché, tra l'altro, si ritiene che quantomeno - per tacer del resto - sarebbe difficile valutare la concreta entità del danno⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Cfr. MEDICUS, § 253 BGB, cit., 405, s. 10: «Dabei ist die Formulierung für die zu entschädigenden Nachteile ganz weit; sie geht erheblich über körperliche Schmerzen hinaus. Insbes umfasst sie auch Unbehagen, Wesensänderungen, Ängste; überhaupt den Entgang von Lebensfreude durch den Verlust der Fähigkeit, eigenen Neigungen nachzugehen (zB Sport, Musik, usw) oder Den Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit (zB Erblindung)».

⁹³⁸ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 374, s. 1093; MEDICUS, § 253 BGB, cit., 405, s. 1.B.

⁹³⁹ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 310, s. 967: «Das BGB ist mit der Zubilligung von Ansprüchen auf Ersatz von immateriellen Schäden in Geld traditionell sehr zurückhaltend».

⁹⁴⁰ Preoccupazione così sintetizzata in WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, 270, s. 14/31: «Andererseits wird die verständliche Sorge geäußert, das Scadensrecht könne zu einer unerwünschten Kommerzialisierung menschlicher und

Tuttavia, già prima della novella legislativa, erano numerose le ipotesi in cui era stata ammessa la risarcibilità del danno non patrimoniale.

Per un verso, in un processo idealmente analogo a quello seguito nel nostro ordinamento, la deroga alla riserva di legge prevista *ex* § 253 BGB è stata consentita da specifiche previsioni normative con le quali si è dato riconoscimento ad alcune istanze socialmente avvertite.

Emblematico al riguardo risulta il § 651 f BGB⁹⁴¹, con il quale – già! - nel 1979 è stata prevista la risarcibilità di quello che oggi viene comunemente definito come danno da vacanza rovinata⁹⁴², argomento sul quale si avrà modo di tornare nel prosieguo. Se si pensa che solo ad oltre vent'anni di distanza, e precisamente a far data dalla nota sentenza *Leitner* della Corte di giustizia⁹⁴³, tale speciale forma di protezione verrà estesa a tutti i consumatori degli Stati membri dell'Unione europea, si può apprezzare la lungimiranza che in *subiecta materia* ha contraddistinto l'operato del legislatore tedesco.

Un parallelo con l'esperienza italiana lo si riscontra anche nel percorso compiuto dalla giurisprudenza tedesca, adoperatasi per estendere l'ambito delle tutele non patrimoniali attraverso una lettura "costituzionalizzata" della responsabilità civile che ha portato al riconoscimento della risarcibilità del danno – non patrimoniale – derivante dalla lesione all'«*allgemeines Persönlichkeitsrechts*», ossia al diritto generale alla libera esplicazione della personalità, di cui ci si è già in parte occupati nel precedente paragrafo.

Un diritto la cui risarcibilità era stata inizialmente riconosciuta dal BGH, e che è stato poi definitivamente ratificato da una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*⁹⁴⁴

höchstpersönlicher Güter und Gefühle führen. In dieser Auseinandersetzung vermischen sich Fragen der Anerkennung von Interessen als ersatzfähige Güter mit Problemen der Schadensberechnung». Conf. v. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 329, s. 672.

⁹⁴¹ V. § 651 f, co. II°, BGB: «*Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende, auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen*». (Nel caso in cui il viaggio sia stato vanificato o comunque pregiudicato in modo rilevante, il viaggiatore può chiedere un adeguato risarcimento in denaro anche per il tempo di vacanza vanamente perduto). Vale la pena di evidenziare che, diversamente da quanto avviene in genere nel nostro sistema, il legislatore tedesco è solito procedere al diretto inserimento nel corpo del BGB della novelle di fonte comunitaria.

⁹⁴² Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 320, s. 1000.

⁹⁴³ Si tratta di Corte giust., 12.3.2002, causa C – 168/00, cit., di cui si è ampiamente discusso *supra*, nella I^a Parte.

⁹⁴⁴ Si tratta di BverfG, 14.2.1973, 1 BvR 112/65, in *NJW*, 1973, 1221 ss., meglio noto in letteratura come caso *Soraya* dal nome della principessa ex moglie dello scià di Persia. Era successo che un settimanale che aveva pubblicato una intervista nella quale venivano rivelati particolari della vita privata della principessa, intervista che però l'interessata non aveva mai concesso. Il BGH aveva

- la Corte costituzionale – che lo ha dogmaticamente fondato sul combinato disposto degli artt. 1 e 2, I° co.⁹⁴⁵, del *Grundgesetz* (ovvero la Carta costituzionale)⁹⁴⁶.

Come viene diffusamente spiegato nella dianzi menzionata sentenza costituzionale, il legislatore del BGB non aveva potuto prevedere i futuri sviluppi dei mezzi di comunicazione e quindi il pericolo al quale veniva esposta la riservatezza delle persone e i diritti ad essa correlati, e per tale ragione non aveva ritenuto di dover prevedere una corrispondente forma di tutela nel diritto positivo. Peraltro il BVerfG ha ricordato anche che, per ben due volte, il legislatore aveva inutilmente tentato di introdurre una specifica disposizione al riguardo, ma in entrambe le circostanze l'iter legislativo era naufragato soprattutto per le pressioni del mondo dell'informazione, essendo evidente che ammettere la protezione risarcitoria della personalità e della riservatezza avrebbe determinato una compressione degli spazi di manovra degli organi di stampa⁹⁴⁷.

La Corte costituzionale ha così ritenuto che essendo l'*allgemeines Persönlichkeitsrecht* un diritto derivabile dalla Carta fondamentale, la mancanza di una espressa norma civilistica che ne prevedesse la tutela risarcitoria poteva essere comunque superata attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata del BGB⁹⁴⁸.

definitivamente condannato l'editore al risarcimento del danno per lesione dell'*allgemeines Persönlichkeitsrecht*, sentenza impugnata dall'editore medesimo davanti al BVerfG per la asserita violazione del diritto costituzionale alla libertà di informazione.

⁹⁴⁵ V. art. 2, co. 1° GG: «*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*». (Ciascuno ha il diritto alla libera esplicazione della propria personalità, fino al punto in cui l'esercizio di tale diritto non va ad incidere il diritto altrui e non va contro l'ordinamento costituzionale o i principi di diritto morale).

⁹⁴⁶ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 313, s. 978; SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 293, s. 51.

⁹⁴⁷ Cfr. BVerfG, 14.2.1973, 1 BvR 112/65, cit.: «*Der Gesetzentwurf wurde nicht verabschiedet. In der Öffentlichkeit war er auf lebhafteste Kritik gestoßen. Die Presse hatte ihm insbesondere vorgeworfen, er überspanne den Persönlichkeitsschutz zum Nachteil der Meinungs- und Pressefreiheit und belaste die Presse über das zülässige Maß mit Risiken, welche ihr die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe unmöglich machten*».

⁹⁴⁸ Cfr. BVerfG, 14.2.1973, 1 BvR 112/65, cit.: «*Die in den Grundrechtsnormen der Verfassung enthaltene objektive Wertordnung wirkt jedoch auch auf das Privatrecht ein. [...] Gehört das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandeten Auslegung dieser Bestimmung zu den hier angeführten Rechten, so kommt ihm nach dem Willen der Verfassung die Fähigkeit zu, das Grundrecht der Pressefreiheit, auf das sich die Beschwerdeführer berufen, einzuschränken. Diese potentielle Wirkkraft des allgemeinen Gesetzes erhält hier, wie dargelegt, eine verfassungsrechtliche Verstärkung aus dem Schutzauftrag der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG*».

Va fatto notare che, anche dopo la riforma del 2002, tale specifica ipotesi di danno non figura tra le fattispecie contemplate *sub* § 253 BGB⁹⁴⁹. Dell'opportunità di inserire la formale previsione della tutela non patrimoniale dell'*allgemeines Persönlichkeitsrecht* si è invero discusso anche in questa occasione⁹⁵⁰. Ma, alla fine, proprio partendo dalla considerazione che il riconoscimento di tale diritto non aveva avuto bisogno di una formale previsione normativa⁹⁵¹, ha prevalso l'opzione di lasciare alla giurisprudenza il compito, fino ad allora svolto in modo giudicato soddisfacente, di continuare a definire i presupposti dogmatici di una fattispecie ontologicamente destinata ad un continuo adattamento evolutivo⁹⁵².

Conclusivamente va detto che, per quanto la giurisprudenza costituzionale consideri in linea di principio risarcibili solo le lesioni alla personalità di rilevante entità⁹⁵³, non sono mancati casi nei quali questo rigido criterio di selezione è stato soggetto a vistose deroghe⁹⁵⁴.

9.4) La (ir)risarcibilità di pregiudizi immateriali non contemplati dal diritto positivo.

Le considerazioni che precedono spiegano quindi la ragione per la quale, al di fuori dei tradizionali ambiti in cui la risarcibilità del danno non patrimoniale è da tempo consolidata, la casistica è del tutto marginale. La giurisprudenza tedesca non è infatti

⁹⁴⁹ Cfr. MEDICUS, § 253 BGB, cit., 407, s. 25; HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 322, s. 332.

⁹⁵⁰ Cfr. OETKER, § 253 BGB, cit., 482, s. 27.

⁹⁵¹ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2056.

⁹⁵² Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 377, s. 1103.

⁹⁵³ Cfr. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, 26.8.2003, in *NJW* 2004, 591. In letteratura cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 322, s. 332.

⁹⁵⁴ Cfr. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, 4.3.2004, 1 BvR 2098/01, in *NJW*, 2004, 2371. Nel caso di specie, a seguito di una banale lite di vicinato, una donna di origine greca era stata oggetto di insulti e minacce telefoniche che si erano "consumate" in un unico episodio. Essendole stato negato il risarcimento del danno per la lesione al diritto alla personalità, l'interessata ha presentato ricorso alla Corte costituzionale sostenendo che i giudici di merito non avevano adeguatamente considerato l'entità della lesione subita, così non riconoscendole la richiesta tutela risarcitoria. Il BVerfG ha accolto la doglianza della ricorrente evidenziando che la corte di merito non aveva dato preso in debita considerazione il pregiudizio arrecato alla dignità umana dell'interessata. Una conclusione che appare sorprendente, soprattutto se si considera che nella medesima motivazione veniva riaffermato che il risarcimento del danno presuppone «*eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts*», che nel caso di specie francamente non pareva essere in questione, «*und die mangelnde Möglichkeit anderweitiger Genugtuung*», una riparazione soddisfacente che pure pareva esservi stata, visto che immediatamente dopo le offese erano giunte anche le scuse. Ma soprattutto perché, solo pochi mesi prima, nella sentenza del 26.8.2003 citata alla nota precedente, la Corte si era attenuta a parametri di valutazione decisamente più rigorosi. Pare quindi di poter concludere che, ferma restando l'enunciazione di restrittivi paradigmi, la tendenza sia sostanzialmente quella di allargare le maglie della tutela.

solita concedere deroghe alle rigorose linee di indirizzo tracciate dal BGH, e questo si rivela un convincente elemento di dissuasione.

Tuttavia non sono mancati casi nei quali gli interessati, sospinti da una particolare determinazione, hanno comunque portato le loro rivendicazioni al vaglio dei tribunali. Tra le varie una vicenda abbastanza interessante che merita di essere qui proposta è quello del passeggero di un ICE - un treno di categoria superiore e, dunque, particolarmente oneroso - impossibilitato a soddisfare impellenti necessità fisiologiche perché tutte le toilette del convoglio erano bloccate⁹⁵⁵.

Il tribunale ha ritenuto che il passeggero avesse subito una ingiusta lesione corporale per la quale le ferrovie tedesche erano da considerare responsabili, ed ha quindi liquidato un risarcimento complessivo pari a 300 euro⁹⁵⁶.

Ma, come detto, si tratta per l'appunto di aperture del tutto occasionali, come dimostra il caso dell'istanza di risarcimento proposta da una sposa che non aveva potuto festeggiare il matrimonio la sera della celebrazione poiché, nonostante la conferma della prenotazione, il ristorante non aveva poi riservato la richiesta sala⁹⁵⁷. La sposa aveva sorretto la sua domanda adducendo il tremendo stato di frustrazione che da questo inconveniente era derivato, con ripercussioni anche sulla sua sfera psichica. Ma il tribunale, fermamente ancorato ai paradigmi nomofilattici, ha affermato che, non essendo riscontrabile un oggettivo stato di malattia, la sofferenza della sposa in quanto tale non era risarcibile, trattandosi di un danno meramente immateriale del quale non era prevista la risarcibilità⁹⁵⁸.

Si può quindi affermare che secondo l'opinione oggi dominante la lesione di interessi contrattuali non è presidiata da forme di tutela non patrimoniale⁹⁵⁹.

⁹⁵⁵ Cfr. AG Frankfurt a. M., 25.4.2002, in *NJW*, 2002, 2253 ss.

⁹⁵⁶ Per completezza va segnalato che l'attore aveva già ricevuto in via stragiudiziale una somma con cui le Ferrovie avevano cercato di trovare una soluzione transattiva, che era stata però evidentemente rifiutata. In una diversa vicenda recentemente trattata da AG Dortmund, 25.3.2009, in *Banca dati Beck Online – NJOZ*, 2010, 157 ss., è stata liquidata la somma di 1000 euro a una anziana signora alla quale era stata strappata una ciocca di capelli, con il conseguente permanere di una chiazza di nuda pelle, a seguito di una lite condominiale. Anche in questo caso il presupposto per il risarcimento è stato individuato nella lesione corporale arrecata alla parte offesa.

⁹⁵⁷ Cfr. OLG Saarbrücken, 20.7.1998, cit.

⁹⁵⁸ Va qui segnalato per una valutazione comparatistica che nella giurisprudenza italiana, e precisamente nel caso trattato da Trib. Roma, 13.7.2009, cit., è invece stata risarcita – a titolo di danno non patrimoniale contrattuale - una coppia di sposi solo per il fatto che il loro banchetto nuziale era risultato qualitativamente pessimo.

⁹⁵⁹ Cfr. SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 276, s. 6: «Die Frustration über den Schuldner, der erst auf Mahnung zahlt, der Ärger über den Handwerker, der erst lange nicht kommt und dann fehlerhaft arbeitet, die nervenaufreibende und zeitaufwendige Auseinandersetzung mit einer Haftverpflichtversicherung über Mitverschuldensquote und „erforderlichen“ Kostenaufwand bleiben

9.5) Alcune considerazioni sul danno da vacanza rovinata secondo il § 651 f BGB e il valore del tempo libero vanamente perduto (*Nutzlos vertane Freizeit*)

A completamento della disamina della risarcibilità del danno non patrimoniale si ritiene di dover dedicare un approfondimento alla questione del valore che viene riconosciuto al tempo libero vanamente speso. E questo in quanto si tratta di un aspetto sul quale già ci siamo intrattenuti quando abbiamo discusso della tematica della risarcibilità del c.d. «danno da vacanza rovinata atipico» e del «valore di organizzazione»⁹⁶⁰, in ordine al quale possono dunque essere colti spunti di un certo interesse.

Ed anche qui, come già a suo tempo si è fatto, si crede sia opportuno occuparsi preliminarmente delle ipotesi espressamente disciplinate dal diritto positivo, e quindi in buona sostanza delle particolari tutele riconosciute al viaggiatore consumatore che, come dianzi anticipato, l'ordinamento tedesco aveva previsto con ampio margine di anticipo rispetto a quanto ha poi fatto il legislatore comunitario con la Direttiva 90/314/CEE.

Il § 651 f, II° co., BGB riconosce in effetti al viaggiatore il diritto al risarcimento del danno ogni qualvolta sia stato vanificato lo scopo della vacanza a causa dell'inadempimento dell'organizzatore del viaggio. Tale disposizione se letta in combinazione con il § 651 a, I° co., BGB⁹⁶¹ porterebbe di per sé a concludere che, così come accade nell'ordinamento italiano, la tutela del viaggiatore sia applicabile solo nel caso in cui si abbia a che fare con un contratto per l'acquisto di un pacchetto di viaggio c.d. tutto compreso.

Invero in passato la giurisprudenza aveva dato alla norma una interpretazione più ampia, e riteneva sufficiente che la prestazione dedotta in contratto fosse finalizzata alla fruizione di una vacanza, senza cioè che dovessero sussistere le condizioni

weiterhin ohne Entschädigung. Dasselbe gilt sogar bei „frivolem“ (Jhering), vorsätzlichen Vertragsbruch».

⁹⁶⁰ V. *supra*, rispettivamente sub §§ 6.4 e 6.7.

⁹⁶¹ Cfr. § 651 a, I° co., BGB: «*Durch den Reisevertrag wird der Reiseveranstalter verpflichtet, dem Reisenden eine Gesamtheit von Reiseleistungen zu erbringen*». (Con il contratto di viaggio l'organizzatore si obbliga a fornire al viaggiatore un insieme di prestazioni di viaggio (viaggi). Dunque il contratto di viaggio è da intendersi come la fornitura di una serie di prestazioni, e non si esaurisce in un'unica prestazione di carattere turistico.

richieste dalla direttiva comunitaria, ossia una pluralità di prestazioni connesse al viaggio⁹⁶².

C'è un caso trattato dal BGH⁹⁶³ che ben spiega quale fosse il parametro utilizzato dalla giurisprudenza per l'applicazione della norma in questione. Una famiglia, tramite un operatore turistico, aveva preso in affitto una casa in una località danese al fine di trascorrervi le ferie estive. Una volta giunti sul posto i turisti si erano però trovati di fronte ad un alloggio tenuto in condizioni tali da non poter essere abitato, e sono stati costretti a fare ritorno a casa senza poter quindi trascorrere il programmato periodo di vacanza.

Il BGH ha preliminarmente osservato che nel caso di specie non poteva trovare applicazione il § 651 f, I° co, in quanto era stato concluso un contratto che non aveva nulla a che fare con un contratto di viaggio. Ha però poi considerato che il bene tutelato dal § 651 f, II° co., BGB era non già il viaggio in sé, quanto semmai il godimento di un periodo di vacanza⁹⁶⁴. E pertanto, siccome l'obbiettivo che si prefigge il contraente che affitti una casa per le vacanze è, per l'appunto, la fruizione delle ferie, il BGH ha ritenuto che, sussistendo l'identità di *ratio*, nel caso di specie dovesse senz'altro trovare applicazione la speciale tutela approntata per i contratti di viaggio.

Vi è, invero, da dar conto anche di un diverso orientamento, formatosi prima che il pregiudizio del danno da vacanza rovinata venisse qualificato come danno non patrimoniale, che aveva considerato il periodo delle ferie come il frutto delle fatiche di un soggetto attivo nel mondo del lavoro, e più precisamente il precipitato dell'attività del lavoro subordinato per un dipendente, ovvero la perdita possibilità di accrescimento del reddito per un professionista, che invece di prendersi un periodo di ferie avrebbe potuto lavorare⁹⁶⁵.

⁹⁶² Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 351, s. 714.

⁹⁶³ Cfr. BGH, 17.1.1985, VII ZR 163/84, in *NJW* 1985, 906 ss.

⁹⁶⁴ Cfr. BGH, 17.1.1985, VII ZR 163/84, cit.: «Die Regelung in §651 f II BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß es sich nicht um die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung eines Vertrages handelt, dessen Zweck darauf gerichtet ist, dem Reisenden durch die versprochene Gestaltung der Urlaubszeit Urlaubsfreude zu ermöglichen. Die Zuerkennung eines derart begründeten Anspruches läßt sich nicht auf den Reisevertrag i.S. der §651 f II BGB beschränken. Der rechtfertigende Grund für einen solchen Entschädigungsanspruch ist vielmehr auch dann gegeben, wenn sich jemand - wie hier - vertraglich verpflichtet, eine für die Urlaubsgestaltung wesentliche Leistung zu erbringen. Dann ist die Zweckbestimmung des Vertrages dieselbe wie bei einem Reisevertrag i. S. des §651 f II BGB».

⁹⁶⁵ Cfr. BGH, 10.10.1974, VII ZR 231/73, in *NJW*, 1975,40 ss.: «Soweit ein Lebensgut im Verkehr in gewisser Weise „kommerzialisirt“ ist, d.h. durch entsprechende Vermögensaufwendungen erkaufte werden kann, stellt eine Einbuße an ihm einen materiellen Schaden dar. ... Ebenso ist es beim Urlaub,

Una ipotesi ricostruttiva secondo la quale sarebbe dunque esistita la possibilità di quantificare con valori di mercato del costo del lavoro il pregiudizio subito⁹⁶⁶.

Tali criteri sono divenuti inapplicabili allorché in seno al BGH, dopo un periodo caratterizzato da decisioni contrastanti⁹⁶⁷, è infine prevalso l'orientamento secondo cui il mancato godimento di beni e di altre utilità doveva essere considerato quale danno non patrimoniale, la cui liquidazione andava commisurata ai parametri stabiliti dal combinato disposto dei §§ 253 e 847 BGB, e non quindi stimata secondo criteri di mercato⁹⁶⁸. Indicazioni che invero non contribuivano a chiarire in che termini il danno doveva essere semmai commisurato. Altrettanto generiche sono state le indicazioni offerte dal legislatore, che come risulta dai lavori preparatori del § 651 f BGB, ha ritenuto di limitarsi a prevedere che ai fini della valutazione del danno dovessero essere considerate tutte le circostanze della concreta fattispecie⁹⁶⁹.

Peraltro la giurisprudenza consolidata ha anche limitato la risarcibilità di tale danno alle sole ipotesi dei contratti di viaggio tutto compreso, escludendo quindi che la specifica tutela del 651 f, co II°, BGB potesse essere applicata anche a fattispecie

der einem Arbeitnehmer in Rahmen seines Arbeitsverhältnisses gewährt wird oder den sich ein freiberuflich Tätiger auf Grund seiner Dispositionsfreiheit unter Minderung seines Vermögens nimmt. In beiden Fällen wird Freizeit gleichsam „erkauft“, um sie zu einem bestimmten Zweck zu nutzen. Der auf diese Weise erwerbbarer Urlaub ist nach der herrschenden Verkehrsauffassung ein Lebensgut mit eigenem Vermögenswert ... Entsprechendes gilt für einen freiberuflich Tätigen oder selbständigen Gewerbetreibenden, der sich seinen Urlaub zwar nach eigenem Ermessen selbst nehmen kann, dabei aber finanzielle Einbußen erleidet, weil er in seiner Abwesenheit entweder seine Einnahmen zurückgehen oder weil er eine Ersatzkraft einstellen muß. Auch er erkauft sich den Urlaub, der gewöhnlich den gleichen Zwecken dient wie der Urlaub eines in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmers». In dottrina cfr. in argomento ECKERT, §651 f BGB, in Staudigers Kommentar zum BGB, BERLIN, 2003, 348, ss. 39 – 43.

⁹⁶⁶ Cfr. BGH, 10.10.1974, VII ZR 231/73, cit. È interessante osservare che in numerosi passi della motivazione il danno derivante dal mancato godimento delle vacanze viene paragonato al danno da mancato godimento degli autoveicoli. E questo al fine di sostenere la tesi per la quale esistono beni al godimento dei quali deve essere attribuito un valore patrimoniale. Tale esigenza si spiega in quanto al tempo della sentenza la specifica disciplina di tutela del viaggiatore non era ancora entrata in vigore. Si veda, tra i vari, il seguente brano: «Ausgangspunkt für die hier gebotene Betrachtungsweise ist der Vermögensschadenbegriff, wie er insbesondere der Rechtsprechung zur Entschädigung für vorübergehenden Verlust der Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeuges zugrunde liegt. Die in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgedanken lassen sich ihrem Wesensgehalt nach auch auf die Frage übertragen, ob für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit eine Entschädigung unter dem Gesichtspunkt materiellen Schadensersatzes zugesprochen werden kann».

Sul danno da mancato godimento di veicoli in generale si tratterà ampiamente *infra* nel capitolo 11.

⁹⁶⁷ Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in argomento cfr. ECKERT, §651 f BGB, cit., 351, ss. 47 – 52.

⁹⁶⁸ Cfr. BGH, 11.1.1983, VI ZR 222/80, in NJW, 1983, 1107: «Für das Recht der unerlaubten Handlung beschränken sich die zu ersetzenden wirtschaftlichen Folgeschäden bei Verletzung einer Person im wesentlichen auf Nachteile für Erwerb und Fortkommen (§842 BGB). [...] Das ändert aber nichts daran, dass verletzungsbedingte Genußentbehrungen jeder Art nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Schmerzensgeld ihren Niederschlag finden können (§§ 847, 253 BGB). Das verbietet eine unmittelbare „merkantilisierende“ Bewertung des Urlaubs».

⁹⁶⁹ Cfr. ECKERT, §651 f BGB, cit., 350, ss. 46 - 47.

contrattuali diverse⁹⁷⁰. Tale restrittivo indirizzo si è affermato a seguito della sentenza *Leitner* della Corte di Giustizia del 2002, la quale ha chiarito che il danno da vacanza rovinata era sì da considerare ad ogni effetto come un danno non patrimoniale, limitandone però la risarcibilità alle sole ipotesi di contratti di viaggio omnicomprensivi⁹⁷¹.

Di talché, paradossalmente, l'adeguamento a tale pronuncia della giurisprudenza tedesca ha comportato la restrizione del campo di applicazione della tutela⁹⁷².

La discussione sulla generale risarcibilità della frustrazione del tempo dedicato alle vacanze ha stimolato anche la riflessione sulla possibilità di accordare una tutela extracontrattuale per il tempo libero non goduto. In questi termini vi è stato chi ha proposto di considerare la tutela del tempo libero come tutela dell'*allegemeines Persönlichkeitsrechts* che ciascuno ha diritto di reclamare come proprio diritto intangibile, essendo la libera disponibilità del tempo libero uno dei presupposti della libera esplicazione della personalità⁹⁷³.

Ma a parte queste prese di posizione rimaste tutto sommato marginali, la dottrina maggioritaria ritiene di dover aderire alla posizione della giurisprudenza che riconduce tali disutilità a meri fastidi che devono essere tollerati dal singolo⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰ Cfr. TONNER, §651 f BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2009, 2096, s. 45. Non concorda con questa interpretazione SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 277, s. 10, secondo il quale il legislatore aveva inteso salvaguardare l'interesse alla riuscita della vacanza a prescindere dal tipo di contratto concluso tra le parti, e non ci sarebbe quindi alcuna ragione di realizzare un differente trattamento risarcitorio a seconda che la lesione di tale interesse sia fondata sull'inadempimento di una serie di prestazioni omnicomprensive piuttosto che su una singola prestazione.

⁹⁷¹ Critica questa limitazione ECKERT, §651 f BGB, cit., 348, s. 61, secondo cui risulta davvero difficile spiegare per quale ragione chi si limita a prenotare una casa per le vacanze che si rivela inagibile debba essere trattato diversamente da chi, oltre alla prenotazione della casa, aveva prenotato anche il viaggio per recarvisi, essendo evidente che nella sostanza il pregiudizio subito è il medesimo.

⁹⁷² Cfr. TONNER, §651 f BGB, cit., 2096, s. 46: «*Konnte man früher davon ausgehen, dass §651 f Abs. 2 eine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist, gilt seit dem Leitner-Urteil des EuGH etwas anderes. Der EuGH erklärte, dass der Schadensbegriff des Art. 5 einen Ersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit einschließt. Abs. 2 ist damit Bestandteil der Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie geworden und muss nach den Vorgaben dieser Entscheidung ausgelegt werden*». Secondo ECKERT, §651 f BGB, cit., 348, s. 61, escludere l'applicazione analogica del §651 f, II° co., BGB a fattispecie negoziali aventi ad oggetto solo singole prestazioni finalizzate alla fruizione di viaggi e/o vacanze è un

⁹⁷³ Cfr. LIPP, *Eigene Mühewaltung bei außergerichtlicher Rechtsverfolgung – ersatzfähige Einbuße oder Nachteil im eigenverantwortlichen Pflichtenkreis des Betroffenen?*, in *NJW*, 1992, 1913 ss, 1918: «*Wird jemandem diese Dispositionsfreiheit genommen, ist nicht die Zeit oder Arbeitskraft beeinträchtigt, sondern die Handlungsfreiheit der betroffenen Person. Das bedeutet: ein Eingriff in ungestörte Freizeit verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht*».

⁹⁷⁴ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 320, s. 1002; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 351, s. 714; TONNER, §651 f BGB, cit., 2099, s. 59. In parte diversa la posizione di SCHLECHTRIEM – SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 135, s. 269, che prende in considerazione la particolare ipotesi in cui, se ad esempio il principale

In questi termini è stato infatti negato il risarcimento del danno in un caso in cui l'auto è stata resa inservibile a causa di un incidente stradale avvenuto proprio a ridosso della programmata partenza per le vacanze, così costringendo una famiglia a modificare il programma delle ferie, e a ripiegare sulla scelta di una località turistica diversa rispetto ai programmi originari raggiunta con mezzi alternativi⁹⁷⁵. E ancora, tra l'altro richiamando proprio i principi espressi in questo precedente, il BGH ha negato il risarcimento del danno anche in un caso in cui le ferite riportate in un incidente stradale avevano, secondo la rappresentazione del danneggiato, impedito la fruizione delle ferie⁹⁷⁶.

Parimenti non si ritiene risarcibile il danno subito da chi non avesse potuto godersi una giornata di gita, essendo la sua auto rimasta bloccata da un altro veicolo maldestramente parcheggiato, trattandosi di mera frustrazione dell'occupazione di tempo libero⁹⁷⁷; il tempo impiegato dal danneggiato da un sinistro stradale per portare l'auto in officina e poi riprendersela una volta eseguita la riparazione; quello necessario all'acquisto di un veicolo sostitutivo nel caso in cui quello danneggiato non sia riparabile, e tanto nemmeno se per sbrigare questi incumbenti fosse stato necessario chiedere giorni di ferie, trattandosi di ragionevoli disagi che ciascun

scopo contrattualmente convenuto di una vacanza fosse una attività sportiva, tipo torneo di tennis, laddove la vacanza tennistica venisse vanificata a causa della rottura di un braccio provocata dall'attività illecita di un terzo, non vi sarebbero problemi a risarcire tale danno alla stessa stregua per la quale lo avrebbe dovuto risarcire l'organizzatore contrattualmente obbligato qualora si fosse reso inadempiente.

⁹⁷⁵ Cfr. BGH, 22.2.1973, III ZR 22/71, in *NJW*, 1973, 747 ss.. Nel caso in questione, pur essendo vero che il diniego del risarcimento del danno da vacanza rovinata è stato fondato anche sulla mancanza di un vincolo negoziale tra le parti, nella sostanza era proprio il pregiudizio in sé che non era configurabile con evidenza. Che il viaggio all'estero fosse stato effettivamente programmato, con partenza che avrebbe dovuto aver luogo a distanza di pochi giorni dal sinistro, gli attori non hanno saputo dare alcuna concreta dimostrazione. Si sono cioè limitati a sostenere che quella era la loro intenzione, senza alcuna documentazione di riscontro. A ciò si deve poi aggiungere che, in ogni caso, le ferie le avevano poi comunque trascorse, per quanto in una località diversa da quella che era asseritamente nei loro piani. Questa vicenda quindi non offre un valido riferimento, anche perché si colloca in un periodo storico risalente, anteriore addirittura all'entrata in vigore della specifica previsione del §651 f BGB. Per un sintetico commento alla sentenza cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 351, s. 714 e TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 208, s. 14.

⁹⁷⁶ Cfr. BGH, 11.1.1983, VI ZR 222/80, cit.: «*Wird aber die Genußentbehrung (hier in Bezug auf die Urlaubszeit) nur durch die Verletzung eines anderen Rechtsgutes vermittelt (wie hier durch die Verletzung der Gesundheit, oder aber auch durch die Beschädigung einer Sache, etwa des zu Ferienreise benötigten Kraftwagens), dann muss mangels einer gesetzlichen Sonderregelung die Vorschrift des §253 BGB in ihrer Zielsetzung respektiert werden. Das entspricht nicht nur der gesetzlichen Regelungen, sondern trägt auch der unabweislichen Erwägung Rechnung, dass anders eine im deliktischen Bereich unübersehbare Ausuferung der Haftpflicht gewärtigt werden müßte, was auch die Rechtsprechung des VII. Zivilsenat nicht verkennt*».

⁹⁷⁷ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 381, s. 1116:

consociato è tenuto a sopportare⁹⁷⁸. Né, sempre nell'ambito del danno extracontrattuale, nel caso di distruzione di un esemplare particolarmente elaborato e costoso del modellino di un nave, si è considerato risarcibile il tempo libero impiegato dall'appassionato costruttore per la realizzazione⁹⁷⁹.

Qualche apertura si segnala invece nel caso in cui la perdita del tempo libero discende dall'inadempimento di specifiche previsioni contrattuali⁹⁸⁰. In particolare la giurisprudenza se ne è occupata in relazione all'organizzazione di spettacoli o intrattenimenti.

In uno dei casi reperiti si discuteva della richiesta di risarcimento proposta da una persona che aveva acquistato un biglietto di ingresso ad una grossa festa di capodanno, e che dopo aver inutilmente atteso per un paio d'ore in fila all'ingresso non era riuscito ad avere accesso al party a causa dell'*overbooking*⁹⁸¹. Nella motivazione con cui la Corte berlinese ha riconosciuto meritevolezza all'istanza risarcitoria - liquidando all'attore la somma di 100 marchi - si rinviengono alcune considerazioni particolarmente interessanti. In primo luogo si afferma che con l'acquisto del biglietto le parti hanno concordemente commercializzato il godimento del tempo libero. Tempo libero che per un lavoratore deve essere considerato avere una valenza ricreativa superiore a quella dell'ordinario periodo di ferie. Del resto, prosegue la sentenza, non si vede come si potrebbe operare una distinzione tra chi a capodanno compie un breve viaggio e chi invece decide di passarlo ad una festa nei paraggi della propria dimora.

Ciò premesso, poiché il godimento del tempo libero è stato espressamente dedotto in contratto quale oggetto della prestazione dell'organizzatore / debitore, non era revocabile in dubbio che la mancata soddisfazione delle aspettative contrattuali del creditore / avventore, che si sostanziano nell'esigenza di svago e rilassamento in una

⁹⁷⁸ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, KÖLN, 2009, 508, s. 420. V. anche TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 209, s. 16: «*Verneinend hat der BGH auch den Sonderfall entschieden, dass Freizeit für die Abwicklung eines Schadensfalles verwandt wurde (BGH 127, 351); diese Mühewaltung sei im Rahmen des Üblichen dem Pflichtenkreis des Geschädigten zuzuordnen*».

⁹⁷⁹ Cfr. BGH, 10.7.1984, VI ZR 262/82, in *JZ*, 1985, 39 ss., annotata da MEDICUS, caso noto in letteratura come *Modellbootfall*.

⁹⁸⁰ Una possibilità che, per quanto in *obiter*, già aveva previsto BGH, 11.1.1983, VI ZR 222/80, cit.: «*Demnach scheint es durchaus sachgemäß, da - aber auch insoweit - von einer Kommerzialisierung des Urlaubsgenusses auszugehen, wo dieser unmittelbar oder mittelbar zum Gegenstand einer vertraglichen Leistung gemacht worden war und diese Leistungspflicht verletzt worden ist. ... Gerade das Element der Unabsehbarkeit des Schadens fehlt aber da, wo der Urlaubsgenuß in unmittelbarem und erkennbarem Zusammenhang mit der versäumten Vertragspflicht steht*».

⁹⁸¹ Cfr. AG Berlin – Schöneberg, 11.8.1989, in *NJW*, 1989, 2824.

notte, come quella di capodanno, che assume un valore aggiunto rispetto ad altre occasioni di festeggiamento, dovevano essere adeguatamente risarcite.

In una diversa e relativamente più recente vicenda si è invece trattato il caso di alcuni spettatori di un concerto rock, che avevano pagato un sovrapprezzo per avere la garanzia di potersi sistemare su posti a sedere⁹⁸². A causa della cattiva organizzazione tutti i posti a sedere erano stati occupati prima dell'arrivo degli interessati, i quali non hanno accettato di assistere al concerto in piedi in mezzo alla folla. Il giudice, anche in questo caso, ricorrendo alle medesime motivazioni esposte nella sentenza dianzi disaminata, ha ritenuto che le ragioni di parte attrice fossero meritevoli di accoglimento, poiché il godimento del tempo libero, al quale ordinariamente deve essere attribuito un valore non patrimoniale, con l'acquisto del biglietto era stato commercializzato.

Ferme restando le interessanti premesse dogmatiche, va pur detto che il danno in concreto liquidato per il pregiudizio riferibile al tempo libero vanamente impiegato è stato di appena 20 Marchi.

La risarcibilità per la lesione di interessi non patrimoniali dedotti in contratto, e dunque fatti oggetto di commercializzazione, è stata poi ripresa da una parte minoritaria della dottrina che, anche di recente, ha richiamato tale questione nel più ampio dibattito sul risarcimento del danno da inadempimento⁹⁸³. Una interessante proposta alla quale si dedicherà in seguito un approfondimento⁹⁸⁴.

9.6) La limitazione alla risarcibilità del danno bagatellare.

È infine opportuno insistere ancora brevemente sui contenuti della riforma del 2002, ed in particolare sulla mancata formalizzazione della c.d. *Bagattellklausel*. In effetti i lavori preparatori avevano preso in considerazione la possibilità di inserire nell'ambito della disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale la previsione di un limite minimo al di sotto del quale il danno doveva essere considerato come bagatellare, e quindi, in buona sostanza, come non azionabile⁹⁸⁵.

⁹⁸² Cfr. AG Herne-Wanne, in *NJW* 1998, 3651.

⁹⁸³ Cfr. il recentissimo intervento di MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteresse bei Leistungstörungen*, cit., 937 ss.

⁹⁸⁴ Si veda al riguardo infra, *sub* Cap. 10.3).

⁹⁸⁵ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2056; SCHIEMANN, § 253 *BGB*, cit., 282, s. 23.

Si è però poi ritenuto di non dover dare seguito a tale prospettazione per la constatazione che tale limitazione, che si era immaginata con l'intento di contrastare il rischio di inflazione del contenzioso, risultava di fatto già applicata nella prassi giurisprudenziale⁹⁸⁶, e pertanto, considerato che l'opera delle Corti era da giudicare soddisfacente, si è ritenuto opportuno evitare un formale intervento normativo⁹⁸⁷.

Ci si può forse spingere ad ipotizzare che il legislatore era consapevole del rischio che l'introduzione di una franchigia di antiggiuridicità avrebbe potuto determinare, specie in quei settori nei quali la fornitura di servizi è diretta a milioni di utenti, in cui illeciti di impercettibile valore oggettivo sul singolo contratto sono in grado di produrre su scala complessiva importi rilevantissimi⁹⁸⁸.

La giurisprudenza, in ogni caso, è orientata in genere a ritenere irrilevanti, e dunque non risarcibili, quei danni che all'atto pratico porterebbero alla liquidazione di una somma inferiore ai 50 euro⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2056.

⁹⁸⁷ Cfr. OETKER, § 253 *BGB*, cit., 482, ss. 29 – 31; SCHIEMANN, § 253 *BGB*, cit, 282, s. 23.

⁹⁸⁸ Come in effetti spiega Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2056, l'inserimento di tale clausola è stato osteggiato dalla rilevante pressione esercitata dai rappresentanti degli interessi dei consumatori e degli avvocati.

⁹⁸⁹ In questi termini MEDICUS, § 253 *BGB*, cit., 406, s. 14, il quale cita quale esempi di pregiudizi considerati bagatellari il mal di testa passeggero, lievi escoriazioni o irritazioni della pelle.

10.1) Il risarcimento dei pregiudizi derivanti dal mancato godimento di beni: il c.d. *Nutzungsausfallsentschädigung*.

Secondo quanto già si è detto, per il mancato uso di beni dal quale derivi una diretta ripercussione patrimoniale non si pongono particolari problemi a riconoscere la sussistenza di un danno risarcibile che, a mente del § 252 BGB, verrebbe liquidato in ragione del lucro cessante e del mancato guadagno eventualmente subiti⁹⁹⁰.

Ma è chiaro che questi criteri sono applicabili solo per beni destinati ad attività produttive, non essendo quindi, per questa via, possibile risarcire il mancato uso di beni impiegati per scopi privati o comunque non produttivi di utilità economiche in senso stretto.

Peraltro in linea di principio la giurisprudenza da sempre nega il ristoro dei pregiudizi che si concretizzano in mere scomodità, poiché ritiene che la mercificazione di interessi meramente ideali sia estranea all'ambito di intervento del § 253 BGB⁹⁹¹.

Ma è altrettanto vero che tra i pregiudizi senz'altro qualificabili come patrimoniali, la cui risarcibilità è regolata dal § 249 ss. BGB, e quelli immateriali, per i quali trova invece applicazione la speciale previsione limitativa del § 253 BGB, esiste una zona dagli incerti confini in cui si vanno a collocare disutilità che non è agevole classificare in nessuna delle due categorie in questione⁹⁹², e per le quali si è da tempo aperto un dibattito in ordine alla possibilità di offrire una qualche forma di ristoro⁹⁹³.

In questa zona intermedia viene tra i vari in rilievo un interesse che è stato definito anche come *Interimsinteresse*, consistente nel pregiudizio derivante dalla mancanza della cosa danneggiata nel periodo compreso tra l'evento che ha provocato il danno e la riparazione dello stesso, la cui risarcibilità sarebbe da giustificare in ragione dei

⁹⁹⁰ Per dirla con le parole di un risalente saggio di GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, GEHLEN Verlag, BAD HOMBURG – BERLIN – ZÜRICH, 1968, 13: «Dass ein Vermögensschaden zu bejahen ist, wenn der Geschädigte infolge der fehlenden Nutzungsmöglichkeit einen Verdienstausschlag hat, ist selbstverständlich (§ 252) und hat mit unserem Problem nicht zu tun».

⁹⁹¹ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 315, s. 986; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 331, s. 674.

⁹⁹² Cfr. SCHIEMANN, § 253 BGB, cit., 279, s. 14: «Die Grenzen zwischen Affektionsinteresse und Vermögensschaden sind aber fließend».

⁹⁹³ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 315, s. 982. Per gli importanti spunti tematici e per gli esaustivi riferimenti storici v. anche l'interessante contributo di MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen im englischen und deutschen Recht*, cit., in particolare 943 ss.

vantaggi che dall'uso della cosa avrebbe ritratto il danneggiato se l'avesse avuta a disposizione⁹⁹⁴.

Gli echi di tali riflessioni hanno influenzato la giurisprudenza, la quale, mossa soprattutto dall'esigenza di accordare tutela a situazioni per le quali esisteva da tempo una particolare sensibilità sociale, ha infine "aggirato" l'ostacolo della riserva di legge attraverso quella che viene generalmente definita dagli interpreti come «*Kommerzialisierung*», e cioè una patrimonializzazione fittizia di talune disutilità che a stretto rigore sarebbero state da qualificare come non patrimoniali⁹⁹⁵.

Tale orientamento si è andato affermando già a partire dai primi anni 60' con la creazione dell'istituto del *Nutzungsausfallsentschädigung*, ovvero il risarcimento del danno per il mancato uso di un bene, che inizialmente veniva però riconosciuto esclusivamente nel settore dell'infortunistica stradale per la mancata disponibilità dell'autoveicolo durante il periodo necessario alle riparazioni⁹⁹⁶.

Per giungere a questa conclusione Il BGH è partito dalla considerazione che l'autovettura rappresentava per la generalità dei consociati un bene di consumo al quale, nonostante gli alti costi di acquisto e di esercizio, ben pochi erano disposti a rinunciare. E questo in quanto la possibilità di risparmiare tempo negli spostamenti per ragioni di lavoro, e più in generale per le nuove dinamiche sociali che si erano andate affermando nella realtà post bellica, era ritenuta dai più una vera e propria necessità.

⁹⁹⁴ In questi termini cfr. KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, BONN, 1972, 203: «Diese Form der Befriedigung des Interimsinteresses des Ersatzgläubigers anzuerkennen ist unabweislich, weil ihm nämlich durch eine Geldentschädigung Ersatz nur für den Verlust solcher Vermögensvorteile gewährt wird, die von dem Haben gerade der zerstörten oder geschuldeten Sache in der Zwischenzeit abhängig sind, d.h. nur für solche Vorteile, welche er nicht ebensogut mit einer anderen entsprechenden Sache hätte erwerben oder behalten können».

⁹⁹⁵ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 374, s. 1094: «Es gibt in der Tat in der Rechtsprechung und Literatur die Tendenz, den Begriff des Vermögensschadens insofern auszudehnen. Diese Ausdehnung hat ein bestimmtes Ziel: Eigentlich als Nichtvermögensschäden einzuordnende Einbussen sollen auf diese Weise dem Schadenersatz zugänglich gemacht werden», e R. 1095: «Es haben sich daher unterschiedliche Fallgruppen gebildet, die eigentlich als Nichtvermögensschaden anzusehen wären, die jedoch unter bestimmten Gesichtspunkten mittlerweile als Vermögensschäden gelten. Infolgedessen sind dann auch nach § 251 vom Schadenersatz erfasst». In senso sostanzialmente conforme v. anche SCHULZE, *Nutzungsausfallentschädigung. Zu Funktion und Grenzen des §253 BGB*, in *NJW*, 1997, 3337 ss., 3337, secondo cui con riguardo al §253 BGB la giurisprudenza del BGH ha esteso l'ambito del danno patrimoniale al punto che non è più possibile tracciare confini certi. Cfr. anche TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 207, s. 7; SCHLECHTRIEM – SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 132, s. 265; SCHIEMANN, § 253 BGB, cit, 279, s. 15.

⁹⁹⁶ Cfr. i *leading cases* di BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, in *NJW*, 1964, 542 ss., e BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, in *NJW*, 1966, 1260 ss.

Un ragionamento che il BGH, sin dalla prima sentenza in cui tale forma di risarcimento è stata riconosciuta, ha sostenuto con convinzione, affermando che la possibilità di disporre a piacimento di un veicolo parcheggiato davanti alla porta di casa o in garage era da considerare – allora come ora - quale vero e proprio vantaggio valutabile economicamente, indifferentemente dalla concreta frequenza di utilizzo. Da ciò discende che nel momento stesso in cui l’auto viene danneggiata, e in conseguenza di ciò non può essere utilizzata, il proprietario – o chi ne fa uso - subisce un danno “patrimoniale” per il quale è ammesso a chiedere il risarcimento⁹⁹⁷. Del resto - osservava ancora il BGH - se il danneggiato avesse preso un’auto a nolo avrebbe avuto diritto al risarcimento della corrispondente spesa, e dunque non sarebbe revocabile in dubbio che la mancata disponibilità di un veicolo rappresenta un danno commisurabile secondo parametri patrimoniali, e non si vedrebbe quindi per quale ragione il danneggiato che scelga di arrangiarsi in proprio senza ricorrere al noleggio dovrebbe essere trattato peggio di chi non ha inteso soggiacere a questo disagio. Una discriminazione della quale, tra l’altro, finirebbe per beneficiare ingiustificatamente il responsabile del danno⁹⁹⁸.

Si tratta di un percorso argomentativo i cui presupposti fondativi, ovviamente con gli opportuni adattamenti imposti dal corso storico (su cui ci soffermeremo più oltre nel capitolo dedicato alla specifica trattazione della materia), nonostante sia oramai trascorso mezzo secolo sono considerati, ancora oggi, uno stabile punto di riferimento della giurisprudenza.

Questa apprezzabile costruzione giuridica ha rappresentato al contempo anche lo stimolo per la riflessione in ordine alla possibilità di risarcire il *Nutzungsausfall* anche nel caso in cui la privazione del godimento riguardasse beni diversi dai veicoli⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Così in BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, cit.

⁹⁹⁸ Tra le varie si ritiene di dover segnalare la costruzione giuridica alternativa a suo tempo proposta da SCHULTE, *Schadensersatz in Geld für Entbehrungen*, cit., 101, secondo cui la riparazione del pregiudizio derivante dal mancato godimento di un bene andrebbe immaginata come quella somma che il danneggiato avrebbe chiesto al danneggiante per autorizzarlo consensualmente a privarlo del temporaneo godimento del bene.

⁹⁹⁹ In questi termini già aveva cominciato a ragionare GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 12: «Die neuere Rechtsprechung billigt dem Geschädigten hier bekanntlich einen auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch für jeden Tag zu, an dem er kein fahrbereites Fahrzeug hat. Entsprechende Probleme stellen sich bei jedem anderen Gut, das benutzt werden soll und infolge einer Beschädigung zeitweise nicht benutzt werden kann».

Un'apertura rispetto alla quale però la giurisprudenza, quella del BGH in particolare, si è inizialmente mostrata particolarmente avversa. Fino agli inizi degli anni 80' la Corte federale ha infatti generalmente negato questa possibilità con argomentazioni che tradivano il timore di allargare eccessivamente la frontiera del danno risarcibile. Tuttavia sullo sfondo si percepiva la difficoltà nel giustificare la mancata applicazione dei consolidati schemi risarcitori elaborati nel contesto del *Nutzungsausfall* per i veicoli, ai quali in effetti facevano puntuale richiamo, invocando un analogo trattamento, i ricorsi portati al vaglio del BGH¹⁰⁰⁰.

E in effetti, una volta ammessa la *Kommerzialisierung* dei vantaggi derivanti dall'impiego di un veicolo, risultava difficile riuscire spiegare per quale ragione il mancato impiego di altri beni dovesse essere trattato in modo diverso¹⁰⁰¹.

È stato proprio per dare una definitiva soluzione a questa aporia che, con procedimento e per ragioni analoghe a quelle con cui le Sezioni semplici della nostra Corte di Cassazione chiamano in causa le Sezioni unite, il V° *Zivilsenat* del BGH, con ordinanza¹⁰⁰² emessa in data 22.11.1985¹⁰⁰³, premesso il disomogeneo orientamento giurisprudenziale in materia, ha chiesto al *Grosses Zivilsenat* di dare una risposta ai due seguenti quesiti: «1. È configurabile un danno patrimoniale risarcibile qualora il proprietario di una cosa dallo stesso utilizzata, nella specifica fattispecie una casa da lui stesso abitata, a causa di una attività illecita non possa temporaneamente utilizzare la cosa medesima, senza che però l'interessato abbia dovuto per effetto di tale evento sostenere costi aggiuntivi o subire perdite reddituali? 2. Nel caso in cui un danno risarcibile per il mancato godimento della cosa fosse da risarcire: come dovrebbe essere calcolata l'entità di tale danno?»¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰ Cfr. BGH, 12.2.1975, VIII ZR 131/73, in *NJW* 1975, 733.

¹⁰⁰¹ In BGH, 12.2.1975, VIII ZR 131/73, cit., un caso sovente citato in dottrina e noto come *Pelzmantelfall*, in cui si discuteva della richiesta di risarcimento per il mancato uso di una pelliccia, la sentenza richiama i principi elaborati nel contesto del risarcimento del *Nutzungsausfall* per i veicoli incidentati al fine di negare la risarcibilità nella fattispecie in discussione, in quanto .

¹⁰⁰² Nel sistema giuridico tedesco l'atto di rinvio di una sezione del Senato, ossia di quella che sarebbe da noi una sezione semplice della Suprema Corte, al *Grosses Zivilsenat* prende il nome di *Vorlagebeschluss*. Per semplicità di esposizione nel prosieguo si farà ricorso al corrispondente termine italiano "ordinanza".

¹⁰⁰³ Cfr. BGH, 22.11.1985, V ZR 237/84, in *NJW*, 1986, 2037 ss.

¹⁰⁰⁴ Il quesito in lingua originale è formulato come segue: «1. *Stellt es einen ersatzfähigen Vermögensschaden dar, wenn der Eigentümer einer von ihm selbst genutzten Sache, insbesondere eines von ihm selbst bewohnten Hauses, infolge eines Deliktischen eingriffs in das Eigentum die Sache vorübergehend nicht benutzen kann, ohne daß ihm hierdurch zusätzliche Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen?* 2. *Falls es ein ersatzfähiger Nutzungsausfallschaden zu bejahen sein sollte: wie ist dieser Schaden der Höhe nach zu berechnen?»*

La vicenda da cui il V° Senat ha preso spunto per sollecitare la pronuncia del massimo collegio del BGH vedeva quale parte attrice la proprietaria di una abitazione monofamiliare dichiarata dalle autorità temporaneamente inabitabile, in quanto, a causa di lavori di escavazione effettuati dall'impresa convenuta nel terreno adiacente per la costruzione di villette a schiera, ne era venuta meno la stabilità con rischio di crollo.

La proprietaria e suo marito sono così stati costretti a lasciare la casa per circa 40 giorni, nel corso dei quali sono stati eseguiti i lavori di ripristino delle strutture portanti. Durante tale periodo la coppia ha soggiornato nel camper di cui disponeva, e quindi non ha dovuto sostenere spese aggiuntive quali sarebbero state necessarie per un eventuale soggiorno in un tradizionale esercizio ricettivo. Né erano altrimenti configurabili diminuzioni del reddito, o in ogni caso perdite patrimoniali, misurabili secondo i tradizionali schemi differenziali.

L'ordinanza di rimessione, una volta esposti i presupposti del *petitum* e della *causa petendi*, dedica un notevole spazio per ricostruire didascalicamente le tappe evolutive compiute dalla giurisprudenza del BGH in materia di risarcimento del danno da mancato godimento.

Illustra poi le argomentazioni sulle quali è stata fondata la risarcibilità del *Nutzungsausfall* per i veicoli incidentati e passa in rassegna i vari casi in cui era stato azionato un risarcimento del danno per il mancato godimento – *rectius*: per la perdita dei *Gebrauchsvorteile*, ossia dei vantaggi derivanti - dell'uso di beni diversi dai veicoli.

Riflessione dalla quale emerge come si dovesse prendere atto dell'affermazione di un indirizzo che, per quanto minoritario, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza ammetteva la risarcibilità del *Nutzungsausfall* anche per beni diversi dai veicoli.

Nei fatti questo aveva determinato l'insorgenza di un conflitto tra indirizzi giurisprudenziali che ad avviso del V° Senato rendeva necessaria una presa di posizione unificatrice sia in ordine all'*an*, che, una volta eventualmente ammessa la risarcibilità, in merito alla quantificazione del danno.

Il Senato rimettente manifesta invero la sua adesione alla tesi che non considera risarcibile il mancato uso di una cosa che non produca danni patrimoniali quantificabili secondo i tradizionali criteri di calcolo. Del resto, osserva ancora il Collegio proponente, non sarebbe agevole spiegare in che termini potrebbe essere

individuato un danno patrimoniale nel momento in cui non si è in grado di dimostrare la sussistenza né di un danno emergente, né di un lucro cessante, e, parimenti, nemmeno sarebbe configurabile alcun vantaggio in capo al responsabile del danno.

E pertanto, conclude l'ordinanza, perlomeno nei casi di responsabilità extracontrattuale o da attività pericolosa, secondo i principi generali del diritto, e in particolare ai sensi dei §§ 251 e 252 BGB, nel mancato godimento di una cosa, anche di una casa di abitazione, non sarebbe configurabile alcun danno patrimoniale, trattandosi bensì di un mero pregiudizio immateriale, in quanto tale non risarcibile poiché non contemplato nel tassativo elenco del §253 BGB.

10.2) La storica svolta del *Grosses Senat* nel 1986: ammissione del *Nutzungsausfallschädigung* anche per i beni diversi dai veicoli.

L'ordinanza di rimessione non era però riuscita a dare una convincente spiegazione proprio alle più significative perplessità che avevano animato il controverso dibattito tra gli interpreti, e cioè la ragione per la quale il risarcimento per il *Nutzungsausfall*, che al momento della pubblicazione dell'ordinanza già poteva vantare una tradizione ultraventennale nel limitato ambito dei veicoli incidentati, dovesse invece essere negato per la generalità degli altri beni.

E sarà proprio da questa contraddizione che il *Grosses Senat*, con la decisione del 9.7.1986¹⁰⁰⁵, prenderà spunto per dare risposta affermativa ai quesiti che gli erano stati sottoposti, così ammettendo la possibilità di estendere in astratto l'applicabilità dell'istituto del *Nutzungsausfall*.

Il fatto che la costruzione dogmatica elaborata nella circostanza dal massimo organo nomofilattico tedesco abbia attraversato quasi indenne oltre un quarto di secolo di storia giuridica per giungere fino ai giorni nostri pressoché inalterata, e che interi passaggi testuali di detta pronuncia siano puntualmente richiamati dalla generalità delle sentenze che si occupano di risarcimento per la privazione temporanea dell'uso di un bene, impone di dedicare ad essa una approfondita trattazione.

In primo luogo l'alto consesso afferma in questa storica pronuncia che, oltre a quanto già accadeva per l'uso privato di un veicolo, anche la perdita temporanea della possibilità di far uso di altri beni deve essere considerata fonte di un danno

¹⁰⁰⁵ Si tratta di BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, in *NJW*, 1987, 50 ss., e in *ZIP*, 1986, II, 1394 ss.

patrimoniale risarcibile nella misura in cui la stabile disponibilità di quel bene destinato dal proprietario ad un uso non commerciale dipenda e/o influenzi il livello – la qualità - del tenore di vita, a condizione che di tale bene il danneggiato avrebbe fatto uso se non si fosse verificato l'evento che glielo ha impedito¹⁰⁰⁶.

Una definizione nella quale dunque, osserva il BGH, può benissimo rientrare anche l'ipotesi in cui il proprietario sia privato della possibilità di godere della casa in cui "stabilmente" risiede, a prescindere dal fatto che per fare fronte a tale disagio abbia o meno sostenuto spese, o gli sia comunque derivato un mancato guadagno.

Ammettere la generalizzata risarcibilità del *Nutzungsausfall* poneva però una serie di difficoltà dogmatiche. L'Alta Corte doveva innanzitutto superare un primo ostacolo costituito dai principi della *Differenztheorie* posta a fondamento del sistema della responsabilità civile, a tenore della quale, come si è detto, il danno risarcibile doveva essere quantificato in ragione della diversa consistenza patrimoniale prima e dopo l'evento dannoso¹⁰⁰⁷. In questo senso occorreva quindi spiegare in che termini il mancato uso di un bene potesse essere considerato quale perdita patrimoniale.

Da altro punto di vista occorreva fare i conti anche con i rigorosi limiti posti dal §253 BGB, che negava la possibilità di risarcire pregiudizi immateriali – quali fino ad allora erano considerati quelli derivanti dal mancato uso di un bene – al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge¹⁰⁰⁸.

Il *Grosses Senat* non si sottrae all'esigenza di munire di solidità la propria innovativa apertura ermeneutica. Precisa così in primo luogo che i concetti di danno patrimoniale e di danno non patrimoniale non sono stati normativamente disciplinati, essendo semmai vero che il BGB affida alla dottrina e alla prassi il compito di definirne contenuti e limiti. E che, parimenti, siccome nemmeno la teoria differenziale trova fondamento e limiti interpretativi nel diritto positivo, non può certo essere opposto un ostacolo normativo che impedisca la tutela di taluni

¹⁰⁰⁶ Quello riferito è un passaggio che offre la traduzione sommaria del seguente brano estratto dalla citata pronuncia: «*Nach Auffassung des Großen Senats kann über die Fälle der Eigennutzung eines Kraftfahrzeuges hinaus jedenfalls bei sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung der Eigentümers derart angewiesen ist wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus, der zeitweise Verlust ihrer Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum bereits ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein, sofern der Eigentümer die Sache in der Zeit ihres Ausfalls entsprechend genutzt hätte*».

¹⁰⁰⁷ Proprio tale argomento, come ben illustrato da GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 22 ss., ha rappresentato il fondamento delle critiche mosse da una componente minoritaria della dottrina ostile alla linea interpretativa adottata dal BGH.

¹⁰⁰⁸ Cfr. GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 23.

pregiudizi, in specialmodo quando questi, per quanto non direttamente percepibili come danno patrimoniale in senso stretto, hanno comunque indirette ricadute sul patrimonio che possono essere economicamente apprezzabili.

Infatti, continua il BGH, un calcolo differenziale orientato alla compensazione dei pregiudizi patrimoniali non può non tenere conto che la natura e il significato del patrimonio non si esauriscono nel mero “avere” in sé, poiché va considerata come facente parte del patrimonio anche la possibilità di fare uso dei beni che lo compongono per realizzare i “traguardi di vita” che il proprietario si è prefisso¹⁰⁰⁹.

Il che vuol dire che il valore sostanziale e il valore d’uso sono dunque fondati su due diversi presupposti, ambedue patrimoniali: l’uno allude alla consistenza del bene, l’altro all’impiego che dello stesso si fa. Ed è dunque a questa destinazione funzionale che può essere attribuito un valore patrimoniale, che in quanto tale, non essendo soggetto ai limiti del §253 BGB, è tutelabile in via risarcitoria, a prescindere dal fatto che per effetto dell’evento dannoso siano derivate spese aggiuntive o vi sia comunque stato un mancato guadagno¹⁰¹⁰.

E questo perché la perdita temporanea della cosa non sarebbe compensata dalla mera riparazione o dal pagamento della somma necessaria alla rimessione in pristino, poiché i perduti vantaggi che potevano essere conseguiti con l’uso della cosa medesima, benché irrimediabilmente vanificati, rimarrebbero privi di tutela. Pertanto è necessario che il calcolo differenziale contempli anche il valore attribuibile alla perdita dell’uso.

Per tacitare le voci critiche timorose che l’apertura a nuovi fronti di risarcibilità del danno potessero comportare il pericolo di una degenerazione del contenzioso, il BGH si sofferma poi ad osservare come sia proprio l’esperienza maturata nel settore del risarcimento del danno ai veicoli a dimostrare l’insussistenza di tali rischi. La giurisprudenza del BGH, ricorda la pronuncia, ha saputo dare agli interpreti stabili

¹⁰⁰⁹ Questo importante principio è divenuto una massima ricorrente in giurisprudenza. Tra le sentenze che più di recente lo menzionano cfr. BGH, 14.4.2010, VIII ZR 145/09, in *NJW*, 2010, 2426 ss. Per un eventuale riscontro se ne riporta qui il testo originale: «*Eine auf den Ausgleich von Vermögensschaden ausgerichtete Differenzrechnung kann nicht ausser Acht lassen, dass Wesen und Bedeutung des Vermögen nicht in dessen Bestand – dem “Haben” – erschöpfen, sondern dass sie auch die im Vermögen verkörperten Möglichkeiten für den Vermögensträger umfassen, es zur Verwirklichung seiner Lebensziele zu nutzen*».

¹⁰¹⁰ Per il vero la massima ufficiale della sentenza precisa che il risarcimento può essere concesso al proprietario «*ohne dass ihm hierdurch zusätzliche Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen*». Il termine *Einnahme* può essere tradotto con incasso, guadagno, ricavato, provento, o altre forme sinonimiche. Si è quindi ritenuto di fare ricorso al sintagma “mancato guadagno” che si ritiene meglio possa esprimere il senso inteso dalla massima.

riferimenti che hanno reso autorevole e indiscussa la figura del *Nutzungsausfall*, e non si vede quindi per quale ragione questo percorso non possa essere compiuto anche per beni diversi che, in ogni caso, svolgono ruoli altrettanto importanti dei veicoli nella conduzione del tenore di vita delle persone.

Quanto poi alle eventuali difficoltà di calcolo del danno, queste, per quanto probabili, secondo il *Grosses Senat* non possono comunque costituire un valido motivo per negare la risarcibilità della perdita del godimento di beni impiegati nella quotidianità domestica. Tutela che però per esigenze sistematiche non può essere generalizzata e indistinta, ma deve essere ammessa solo limitatamente ai beni di determinante rilievo per il tenore di vita, poiché altrimenti, in mancanza di tale valvola ermeneutica, si correrebbe il pericolo di estendere la tutela del *Nutzungsaufall* oltre i confini del danno patrimoniale, così introducendo ipotesi di ristoro di disutilità meramente non patrimoniali in stridente violazione del §253 BGB, il che, tra l'altro, metterebbe una seria ipoteca sulla possibilità di soddisfare le esigenze del rispetto del principio della certezza del diritto.

Per garantire l'osservanza di questa linea di distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale il BGH ritiene che il giudice del merito debba tenere conto non già del valore attribuito al bene dal soggetto che ne subisce la privazione del godimento, quanto invece del valore che il traffico giuridico attribuisce all'uso di quel determinato bene¹⁰¹¹. E questo perché non sempre il mancato uso di un bene influisce sul tenore di vita, e in mancanza di un riscontro "economico" oggettivo del valore d'uso, quale quello che può essere offerto dal mercato, si andrebbero a ristorare pregiudizi immateriali e/o meramente ideali per i quali il legislatore attraverso la barriera del §253 BGB ha espressamente impedito la commercializzazione in un'ottica risarcitoria, e ciò sempre tenendo conto del fatto che tale limitazione vale esclusivamente per l'ambito estracontrattuale, ben potendo le parti derogarvi convenzionalmente in un contesto negoziale.

Una volta stabiliti i principi generali della risarcibilità del mancato godimento il *Grosses Senat* entra poi nel merito della vicenda trattata, e afferma che, nonostante i quesiti posti con l'ordinanza di rimessione non richiedessero una determinazione in

¹⁰¹¹ Il medesimo concetto che, invero, già due decenni prima aveva espresso GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 36: «Entscheidend ist allein, ob die Verkehrsauffassung das Gut als Geldwert ansieht. Ist dies der Fall, so stellt der Entzug der Nutzungsmöglichkeit einen Vermögensschaden dar».

concreto dell'ambito dei beni per i quali era possibile immaginare una estensione del *Nutzungsausfall*, è tuttavia pacifico che la perdita dell'uso temporaneo di una casa regolarmente abitata dal danneggiato costituisca ad ogni evidenza un'ipotesi che rientra nella sfera dei beni di determinante rilievo per la conduzione del tenore di vita, e che in quanto tale sia altrettanto evidente che la corrispondente lesione nel godimento dà diritto al ristoro dei pregiudizi che da ciò derivano. E tanto, si precisa, perché non si può ammettere, a tacer d'altro, che la privazione di un bene destinato ad un uso commerciale possa essere risarcita, e che invece l'autore del danno nulla debba nel caso in cui il medesimo bene sia destinato a un uso privato.

Ed infine, quanto poi alla concreta determinazione del danno da mancato godimento, il BGH evita consapevolmente di prendere posizione, assegnando espressamente alla giurisprudenza di merito il compito di stabilire i criteri di calcolo in funzione delle coordinate offerte dal mercato, in conformità di quanto già accadeva per i veicoli incidentati.

Viene così precisato che il risarcimento non deve essere commisurato all'ipotetico guadagno che poteva essere conseguito se quel bene fosse stato impiegato a fini commerciali, trattandosi qui di ristorare una perdita che incide esclusivamente nella disponibilità personale. E pertanto chi viene privato dell'uso di un bene senza sostenere spese aggiuntive - com'era avvenuto nella vicenda portata al vaglio del *Grosses Senat* - avrà diritto a una somma che, prendendo spunto dal valore che il traffico commerciale attribuisce all'uso di quella determinata cosa, sia ritenuta equa a compensare le ripercussioni provocate dalla privazione della disponibilità sul tenore di vita del danneggiato.

10.3) La risarcibilità del *Nutzungsausfall* anche in conseguenza della violazione di obblighi contrattuali.

Nella sentenza del *Grosses Senat* c'era però un passaggio che poteva essere considerato limitativo della risarcibilità dei pregiudizi derivanti dal mancato uso ai soli casi di illecito extracontrattuale. Si dice infatti in un brano della motivazione che

la violazione extracontrattuale del diritto di proprietà può rappresentare un danno patrimoniale¹⁰¹².

Il che poteva ingenerare dubbi quanto alla possibilità di estendere la tutela risarcitoria per il *Nutzungsausfall* anche a casi in cui l'illecito fonte del pregiudizio fosse di origine contrattuale.

Invero l'argomento era già stato affrontato e positivamente risolto da alcune precedenti pronunce del BGH, pure originate da questioni relative ad autoveicoli.

In un primo caso si era discusso del recesso da un contratto di mediazione, con il quale un proprietario aveva conferito a un rivenditore specializzato la procura speciale per la vendita della sua auto¹⁰¹³. Pochi giorni dopo il proprietario aveva cambiato idea, chiedendo la restituzione dell'auto. Il commerciante aveva inizialmente negato la pretesa restituzione, trattenendo presso di sé l'auto per circa un mese, periodo per il quale il danneggiato ha quindi richiesto il corrispondente risarcimento per il *Nutzungsausfall*. In prime cure l'istanza risarcitoria è stata rigettata in quanto si è ritenuto che tale forma di tutela non fosse estensibile alle relazioni negoziali, e che in ogni caso il ristoro per il mancato godimento di un bene presupponeva un danno materiale arrecato alla cosa dal quale era derivata l'inservibilità.

Tesi che il BGH ha recisamente censurato, affermando in primo luogo l'irrelevanza delle cause materiali che hanno determinato la privazione del godimento, e secondariamente che nemmeno poteva essere esclusa la tutela per essere il danno dipendente da un inadempimento, in quanto determinante ai fini della sussistenza dei presupposti per la risarcibilità del *Nutzungsausfall* è accertare che vi è stato un oggettivo impedimento all'uso del veicolo.

Pochi mesi più tardi tale orientamento ha trovato conferma in una vicenda in cui l'acquirente di un'auto usata, benché entrato in possesso materiale del veicolo, non era nella condizione di farne uso per la tardiva consegna dei documenti¹⁰¹⁴. Nonostante avesse formalmente costituito in mora il venditore, i documenti gli erano stati messi a disposizione solamente un paio di mesi dopo.

¹⁰¹² Cfr. BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, cit.: «Jedenfalls der zeitweise Verlust des Wohngebrauchs eines vom Eigentümer selbst bewohnten Hauses infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum, wie er hier zur Entscheidung steht, kann ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein».

¹⁰¹³ Cfr. BGH, 14.7.1982, VIII ZR 161/81, in NJW, 1982, 2304 ss.

¹⁰¹⁴ Cfr. BGH, 15.6.1983, VIII ZR 131/82, in NJW 1983, 2139 ss.

Anche in questo caso il BGH ha ritenuto non fondate le restrittive tesi formulate dai giudici di merito, e, dopo aver riaffermato che l'applicazione dell'istituto del *Nutzungsausfall* prescinde dalla norma giuridica su cui si fonda la violazione del diritto, ha dichiarato espressamente che esso può essere fatto valere anche nel caso in cui il venditore incorra, com'era nel caso di specie, in mora nella consegna del veicolo o dei documenti senza cui il veicolo non può circolare¹⁰¹⁵.

La sentenza chiarisce anche un dato che poteva essere ritenuto abbastanza scontato, e cioè che la risarcibilità del *Nutzungsausfall* derivante da inadempimento contrattuale era ammissibile non solo limitatamente ai veicoli, ma anche in tutti gli altri casi in cui il bene sottratto al godimento fosse di importanza centrale per il tenore di vita dell'interessato¹⁰¹⁶.

In effetti non tarderanno a fare la loro comparsa presso le Corti di merito istanze finalizzate ad ottenere il risarcimento di *Nutzungsausfall* derivante da tardiva consegna del bene, o da vizi che ne avevano impedito il godimento, alle quali verrà riconosciuta meritevolezza, sia per quel che riguarda il settore dei beni immobili¹⁰¹⁷, che per beni mobili riconosciuti quali indispensabili complementi per la gestione della quotidianità familiare¹⁰¹⁸, nel dettaglio delle quali ci soffermeremo in seguito.

¹⁰¹⁵ Cfr. il passaggio testuale in lingua tedesca: «*Der Verzug des Beklagtes bei der Erfüllung seiner kaufvertraglichen Pflicht zur Übergabe des Fahrzeugbriefs hat indessen den Kläger daran gehindert, das schon in seinem Eigentum befindliche Auto zu gebrauchen. Diese Vereitelung der bereits zum Vermögen des Klagers gehörenden Gebrauchsmöglichkeit weist für die hier zu entscheidende Frage keinen rechsterheblichen Unterschied zum Nutzungsausfall wegen einer Beschädigung des Fahrzeugs auf*».

¹⁰¹⁶ Si tratta di un approdo che gli interpreti da tempo non mettono più in discussione, e che per quel che riguarda la mora contrattuale ricade sotto la disciplina del combinato disposto dei §§286, 280 e 281 del BGB. Cfr. al riguardo LÖWISCH, FELDMANN, §286 BGB, in *Staudigers kommentar zum BGB*, BERLIN, 2009, 904, s. 238: «*Soweit die entzogene oder entgangene Nutzungsmöglichkeit einer Sache als ersatzfähiger Schaden anzusehen ist, gilt das auch in Rahmen des Verzugsschadensersatzes. Die §§ 249 ff. deren Interpretation entnommen wird, dass entzogene oder entgangene Nutzungsmöglichkeiten einen Vermögensschaden darstellen wenn dies die Verkehrsanschauung entspricht, gelten auch hier. Es besteht kein einleuchtender, mit dem Rechtsbegriff des Schadens zu vereinbarender Grund, zwischen deliktischen und vertraglichen Anspruchsgundlagen zu unterscheiden*».

¹⁰¹⁷ Cfr. BGH, OLG Stuttgart, 25.7.2000, in *VersR*, 2001, 1159, che ha riconosciuto il *Nutzungsausfall* per il difetto nella realizzazione dell'isolamento acustico che aveva comportato una limitazione nel godimento dell'appartamento per le consistenti immissioni acustiche provenienti dalla attigua strada; OLG Köln, 17.12.2002, in *MDR*, 2003, 618 ss., caso in cui una parte dell'appartamento è stata a lungo impraticabile per le insopportabili emissioni di odori provocate dall'uso di solventi inadeguati utilizzati per la posa dei pavimenti in legno. Di senso contrario invece LG Stuttgart, 11.1.1989, in *NJW*, 1989, 2823, che ha negato il risarcimento per la ritardata fornitura dei sanitari necessari a completare la ristrutturazione di un bagno, rimasto per tale motivo inutilizzato.

¹⁰¹⁸ Nella casistica sono state reperite per il vero solo pronunce relative al ritardo nel montaggio dell'arredamento di cucine. Più precisamente si tratta di tre precedenti: LG Osnabrück, 24.7.1998, in *NJW – RR*, 1999, 349; LG Kiel, 19.7.1995, in *NJW – RR*, 1996, 559; LG Tübingen, 5.1.1989, in *NJW*,

Di recente in dottrina si è ricominciato a ragionare anche in ordine alla risarcibilità per inadempimento di pregiudizi diversi dal *Nutzungsausfall* in senso stretto, e riconducibili alla lesione di – altri - interessi immateriali del creditore¹⁰¹⁹. Si è osservato infatti che l'integrale compensazione del danno subito dovrebbe prendere in considerazione anche ogni altra disutilità, ivi compresi i pregiudizi riconducibili al c.d. *Affektionsinteresse*, quantomeno ogni qualvolta detti interessi immateriali siano stati espressamente considerati in sede di stipula contrattuale quale obiettivo perseguito dal creditore, ovvero quando la soddisfazione di tali interessi sia comunque un risultato atteso che può essere deducibile attraverso l'interpretazione della volontà delle parti¹⁰²⁰.

Il che, si è evidenziato, rappresenterebbe un fattore di dissuasione dell'inadempimento, ed andrebbe dunque inquadrato in una logica di prevenzione¹⁰²¹ in tutti quei rapporti negoziali in cui la componente immateriale assume per il creditore una rilevante importanza¹⁰²². A ben vedere questo è quanto di fatto già

1989, 1613 ss. Va però citata anche LG Kassel, 18.10.1990, in *NJW – RR*, 1991, 790. che per il medesimo tipo di circostanza ha negato il risarcimento del *Nutzungsausfall*. Si tratta di una posizione che va in ogni caso considerata superata alla luce della intercorsa giurisprudenza del BGH, soprattutto di quella più recente della quale più oltre si parlerà.

¹⁰¹⁹ Nella seconda metà dello scorso secolo la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento era controversa, in quanto tale forma di tutela era prevista dal §847 BGB, che quindi, stante la sua collocazione, era applicabile solo alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Per tale ragione gli interpreti coevi si dedicavano allo studio di soluzioni giuridicamente sostenibili che consentissero di estendere la risarcibilità delle lesioni non patrimoniali previste dalla legge anche alla sfera contrattuale. Tra i vari contributi si veda BRASCHOS, *Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht*, KÖLN, BERLIN, BONN, MÜNCHEN, 1979. Un problema che, come detto *supra*, con la modifica del §253, II° co., BGB., è stato superato, ma solo limitatamente al rigoroso catalogo dei beni elencati dalla medesima norma. Ragione per la quale si è di recente cominciato a ragionare della tutela della lesione di interessi non patrimoniali estranei al catalogo del §253 BGB derivante da inadempimento.

¹⁰²⁰ Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 943. Come spiega STAUDIGER, *Schadensersatzrecht – Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen*, in *NJW*, 2006, 2433 ss., e un particolare 2434, l'opportunità di includere nell'ambito della responsabilità contrattuale anche la risarcibilità degli interessi immateriali è stato uno dei principali temi trattati nel corso del 66. *Deutschen Juristentages* tenutosi a Stoccarda nel 2006. In questi termini già si era invero espresso anche BRASCHOS, *Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht*, cit., 127.

¹⁰²¹ Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 943: «Darüber hinaus sei eine verstärkte Kompensation von Affektionsinteressen bei Vertragsstörungen auch geboten, um den Schuldner einen hinreichenden Anreiz für eine ordnungsgemäße Erfüllung zu geben. Damit wird zusätzlich der Preventionsgedanke in die Diskussion um die Schadensersatzrechtliche Relevanz von Affektionsinteressen eingebracht».

¹⁰²² Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 945: «Ein solcher Schutz zieht die Konsequenzen aus dem Umstand, dass Verträge für die Beteiligten oftmals nicht nur ein Mittel des Wirtschaftens bilden, sondern häufig auch die Befriedigung subjektiver Interessen dienen». V. anche le analoghe considerazioni svolte da BRASCHOS, *Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht*, cit., 131: «Ein mit dem "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" auszugleichendes immaterielles Erfüllungsinteresse kann sich daher sowohl als sog. "Integritätsinteresse" (=Interesse an der Unversehrtheit der Immateriellen Sphäre) als auch

avviene, ad esempio, con il risarcimento del danno da vacanza rovinata. Si tratta però di una proposta che, quantomeno allo stato, rimane nel panorama della letteratura in una posizione sostanzialmente marginale, e che non pare aver trovato alcun concreto riscontro giurisprudenziale¹⁰²³.

10.4) In particolare: la risarcibilità del *Nutzungsausfall* a seguito dell'esercizio del diritto di recesso.

Tra gli interpreti si registra una concorde condivisione dell'approdo giurisprudenziale - di cui ci siamo appena occupati - che riconosce il risarcimento del danno derivante dal – temporaneo – *Nutzungsausfall* quando questo sia provocato dalla mora nella consegna del bene compravenduto, sempre che, ovviamente, si tratti di uno di quei beni di centrale importanza per il tenore di vita del compratore¹⁰²⁴. Un contesto che, invero, non origina particolari problematiche applicative.

Diversa e più articolata si presenta invece la questione della risarcibilità del danno da mancato godimento conseguente all'esercizio del recesso del compratore per i vizi della cosa venduta, di cui di recente ha avuto occasione di occuparsi il BGH, e che merita un approfondimento.

Occorre preliminarmente spiegare che, con le modifiche apportate dalla *Schuldrechtreform* del 2002, secondo il testo del nuovo §325 BGB¹⁰²⁵ l'esercizio del diritto di recesso – regolato dai §§323 BGB ss. - non esclude la possibilità di agire anche per il risarcimento del danno¹⁰²⁶, e più precisamente per il risarcimento di tutti

“*entgangener Gewinn*” (=Interesse an einer immateriellen Bereicherung der Persönlichkeit darstellen».

¹⁰²³ Va invero ricordato che in alcuni casi di cui abbiamo discusso *sub* Cap. 9.5) la giurisprudenza ha ammesso che il mancato godimento del tempo libero, in generale non risarcibile, dovesse essere invece oggetto di tutela risarcitoria ogni qualvolta le parti lo avessero espressamente considerato quale risultato da conseguire con l'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

¹⁰²⁴ Cfr. LÖWISCH, FELDMANN, §286 BGB, cit., 904, ss. 238 – 239.

¹⁰²⁵ Cfr. l'attuale formulazione del §325 BGB (*Schadensersatz und Rücktritt*): «Das recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen».

¹⁰²⁶ Il progetto governativo della legge di riforma del 2002 su cui si fonda la modifica normativa non lascia dubbi al riguardo. Si precisa infatti che (v. *Regierungsentwurf*, BT Drucks, 14/6040, s.93) il creditore «auch dann, wenn er vom Verträge zurückgetreten ist, nicht nur die Ansprüche aus dem Rückabwicklungs-schuldverhältnis, sondern Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung de Vertrags geltend machen. Er kann also vom Vertrag zurücktreten und gleichzeitig die Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft oder den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen...». Sullo sviluppo del progetto e sulle ragioni che hanno portato alla revisione della disciplina qui in discussione cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, in *STAUDIGERS Kommentar zum BGB*, BERLIN, 2009, 410 ss., ss. 6 ss.

i pregiudizi subiti in conseguenza della mancata esecuzione del contratto (c.d. *Schadenersatz statt der Leistung*)¹⁰²⁷.

Mentre invece la previgente formulazione – dei §§325 e 326 BGB - imponeva al creditore insoddisfatto una rigida alternativa tra i due diversi rimedi¹⁰²⁸, e pertanto il creditore che avesse esercitato il diritto di recesso avrebbe perduto la possibilità di azionare il risarcimento del danno per l'inadempimento¹⁰²⁹.

Gli svantaggi derivanti al creditore da questa disciplina erano poi ulteriormente acuiti dall'interpretazione giurisprudenziale che, una volta effettuata la *electio* fra uno dei due rimedi disponibili, gli negava lo *jus variandi*¹⁰³⁰.

Dunque oggi sussiste una possibilità di cumulo delle tutele che restano in ogni caso azionabili autonomamente, e quindi senza vincolo di dipendenza o sussidiarietà¹⁰³¹, che ha comportato significative conseguenze nella prassi. Si è infatti osservato che per effetto di tale nuova disposizione il recedente può chiedere anche il risarcimento del c.d. "interesse positivo", ossia una somma equivalente alla – differente - condizione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se le obbligazioni dedotte in contratto fossero state correttamente adempiute¹⁰³².

¹⁰²⁷ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, in *JuS*, 2006, 203 ss., 205; ERNST, § 325 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage, MÜNCHEN, 2007, 1990, s. 1; FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, in *JZ*, 2008, 469 ss., 471.

¹⁰²⁸ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 409, s. 3, in cui si precisa come prima della riforma il rapporto tra recesso e risarcimento del danno fosse regolato da due diverse disposizioni. Mentre infatti il §325 BGB disciplinava l'ipotesi di sopravvenuta impossibilità dell'adempimento, concedendo al creditore l'alternativa tra recesso e risarcimento del danno, il §326 BGB accordava sì i medesimi rimedi alternativi, ma per la diversa ipotesi della mora del debitore. Cfr. anche ERNST, §325 BGB, cit., 1990, RN. 1; GSELL, §325 BGB, in SOERGEL, *Kommentar zum BGB*, STUTTGART, 2005, 194, s. 1; FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, cit., 471.

¹⁰²⁹ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 409, s. 3. Per una ampia trattazione in merito al sistema vigente prima della riforma cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 164 ss., ss. 171 ss.

¹⁰³⁰ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 409, s. 4.

¹⁰³¹ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 414, s. 15: «Liegen die Voraussetzungen sowohl für ein Rücktrittsrecht als auch für das Recht zum Schadenersatz statt der Leistung vor, so stehen dem Gläubiger beide Rechtsbehelfe unabhängig zu. [...] Dass die Ausübung eines Rechts keine nachteiligen Auswirkungen auf den Bestand des anderen Rechts hat, ergibt sich aus §325 BGB». V. anche ERNST, §325 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., 1991, ss. 4 e 5;

¹⁰³² Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205, e conf. anche in *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, in *JZ*, 2004, 643 ss., 644; cfr., anche ERNST, §325 BGB, cit., 1992, s. 6: «Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts wird der Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung zum Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichtausführung des Vertrages. [...] In Geld befriedigt wird damit das vereitelte „Austauschinteresse“ des Gläubigers». V. infine anche FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, cit., 471: «Auch aus den Materialien ergibt sich eindeutig, dass der Gläubiger trotz des Rücktritts den Gewinn, den er bei Vertragsdurchführung gemacht hätte, als Schadenersatz verlangen können soll. So heißt es in der Regierungsbegründung: Der Gläubiger kann „auch dann, wenn er vom Verträge zurückgetreten ist, nicht nur die Ansprüche aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis,

Applicando questo schema alla specifica ipotesi del contratto di compravendita, e più in particolare al recesso per vizi della cosa venduta, si è posto il problema della risarcibilità del danno derivante dall'eventuale mancato godimento del bene compravenduto, che secondo l'opinione dominante in dottrina sarebbe senz'altro ammissibile¹⁰³³.

Il BGH si è occupato per la prima volta della questione con una pronuncia del 2007, in cui si discuteva dell'acquisto di un veicolo usato che, diversamente da quanto aveva assicurato il venditore, in passato aveva subito un incidente stradale di significativa portata¹⁰³⁴. Di tale vizio occulto l'acquirente si era reso conto solo nel momento in cui aveva portato il veicolo in officina per riparazioni derivanti da altro incidente, e, sussistendone i presupposti legittimanti, aveva pertanto esercitato il diritto di recesso, rispetto al quale il venditore non aveva invero opposto alcuna eccezione.

Restava però da definire la questione del risarcimento per il mancato godimento dell'auto che il creditore insoddisfatto aveva cercato inutilmente di far valere in via stragiudiziale sul presupposto che il recesso era imputabile a colpa esclusiva del venditore, e che quindi, essendo venuta meno la disponibilità dell'auto, al venditore medesimo dovesse essere addebitato anche il danno derivante dal conseguente *Nutzungsausfall*.

La Suprema Corte ha pertanto approfittato dell'occasione per chiarire quanto in dottrina già era stato posto in rilievo, e cioè che il §325 BGB non limita il risarcimento a determinati pregiudizi, ma ammette che esso sia esteso anche alla perdita possibilità di fare uso della cosa oggetto del contratto, poiché all'acquirente spetta il diritto di essere posto nelle medesime condizioni patrimoniali in cui si sarebbe trovato se il venditore avesse correttamente adempiuto ai suoi obblighi, e tra

sondern Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend machen. Er kann also vom Vertrag zurücktreten und gleichzeitig die Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft oder der entgangenen Gewinn ersetzt verlangen“...».

¹⁰³³ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 179, s. 185: «Da das Rücktrittregime keine Rücksicht auf ein Verschulden der Parteien nimmt, sind die mit ihm erzielten Ergebnisse durchaus noch der Korrektur durch einen konkurrierenden Schadensersatzanspruch zugänglich. Dies betrifft beispielweise einen Nutzungsausfallschaden des Gläubigers, dessen Ersatz durch den Anspruch auf Nutzungsherausgabe nach §347 BGB nicht ausgeschlossen ist». Cfr. anche GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, cit., 645; FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, cit., 472.

¹⁰³⁴ Cfr. BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, in *NJW*, 2008, 911 ss., annotata da GSELL; in *ZIP*, 2008, 319 ss.; e, come dianzi segnalato, in *JZ*, 2008, 469 ss., annotata da FAUST.

queste posizioni patrimoniali va sicuramente contemplato anche il risarcimento per il *Nutzungsausfall*¹⁰³⁵.

La vicenda era per la verità particolarmente complessa, in quanto l'incidente era stato provocato dal marito della proprietaria recedente, e la concessionaria si era ripresa il mezzo incidentato senza alcunché pretendere per i danni di rilevante entità provocati dal sinistro. Danni che sarebbero dovuti restare a carico del responsabile dell'incidente, e che erano superiori al valore del *Nutzungsausfall*. E per tali ragioni la Suprema Corte ha ritenuto che, stanti le particolari circostanze della vicenda, il risarcimento per il *Nutzungsausfall*, pur essendo in astratto configurabile, non dovesse in concreto essere riconosciuto.

Di recente il BGH si è occupato di una fattispecie del tutto analoga a quella dianzi considerata¹⁰³⁶. Si trattava infatti, anche in questo caso, di un recesso esercitato dal compratore accortosi che, diversamente da quanto aveva assicurato il venditore, il veicolo usato che aveva acquistato aveva subito in precedenza un danno rilevante che ne minava la stabilità di marcia. Del vizio il compratore si era accorto solo dopo aver fatto uso dell'auto per un certo periodo, ed aveva comunicato al venditore il recesso, evitando precauzionalmente da quel momento di utilizzare il veicolo. Dopo oltre cinque mesi di assoluta inerzia del venditore, il compratore si è risolto a comperare una nuova autovettura. Ha però richiesto il risarcimento del *Nutzungsausfall* per l'intero periodo che andava dalla notifica del recesso all'acquisto dell'altro veicolo.

Il BGH ha senza particolari difficoltà riconosciuto la meritevolezza della pretesa attorea, ma ha limitato il risarcimento ad un periodo inferiore a quello fatto valere,

¹⁰³⁵ Cfr. BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, cit: «*Entgegen der Auffassung des BerGer. lässt der Rücktritt vom Vertrag einen Anspruch des Käufers, Ersatz eines mangelbedingten Nutzungsausfallschaden zu verlangen, nicht entfallen. §325 BGB beschränkt die Möglichkeit, neben dem Rücktritt Schadensersatz zu verlangen, nicht auf die Kompensation bestimmter Schäden, sondern umfasst auch einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Nutzungen.*».

¹⁰³⁶ Si tratta di BGH, 14.4.2010 – VIII ZR 145/09 (KG), in NJW, 2010, 2426, con annotazione di WITTSCHIER. In senso conforme all'orientamento del BGH si è espressa anche OLG Celle, 16.4.2008, in NJW - RR, 2008, 1635 ss., che si è occupata di un incendio del motore di un veicolo di 10 anni di vita acquistato da un consumatore al prezzo di € 3.000,00. Dopo due mesi dall'acquisto l'auto era stata distrutta da un incendio del vano motore, provocato, come aveva accertato la perizia, da una perdita di combustibile dal sistema di alimentazione della benzina. La Corte, premesso che l'impianto di alimentazione in genere sopravvive alla normale durata del veicolo, essendosi il difetto manifestato entro 6 mesi dalla consegna del bene, e non avendo il venditore vinto la presunzione posta a suo carico dal § 476 BGB (corrispondente all'art. 132, 3° co., cod. cons.), ha condannato quest'ultimo, oltre che alla restituzione di quanto pagato dal compratore, a risarcire anche il mancato godimento dell'auto per il periodo necessario al riacquisto di un veicolo equivalente.

ritenendo che il compratore avesse dovuto attivarsi con maggiore solerzia acquistando un veicolo sostitutivo per limitare gli effetti del danno¹⁰³⁷.

Le due sentenze qui in discussione si sono invero interessate anche di un ulteriore aspetto correlato alle conseguenze del recesso, la cui disciplina, contenuta nei §§346 e 347 BGB, prevede non solo che il compratore debba restituire al venditore il bene difettoso, e che viceversa il venditore debba restituire il prezzo pagato per l'acquisto, ma pone anche a carico del compratore l'obbligo di restituire i vantaggi conseguiti con l'uso della cosa – c.d. *Vorteilausgleichung* - e l'eventuale perdita di valore che questa avesse subito. Il §325 BGB consente infatti di cumulare le azioni, ma occorre pur sempre tenere presente che deve essere evitato un arricchimento del compratore, il che si verificherebbe se non si tenesse conto delle utilità che con la corretta esecuzione del contratto non sarebbero state conseguite¹⁰³⁸.

Si tratta di una problematica che in passato non veniva in considerazione, in quanto, come si è detto, l'esercizio del recesso impediva l'azione risarcitoria, e viceversa¹⁰³⁹. La novella del 2002 ha invece dato origine a difficoltà interpretative di non poco conto provocate dalla contemporanea applicabilità di due discipline finalizzate a perseguire obiettivi differenti¹⁰⁴⁰.

Il risarcimento del danno in luogo dell'adempimento mira infatti a soddisfare il creditore nei limiti dell'interesse positivo, mentre la disciplina restitutoria del recesso è diretta a ripristinare le condizioni patrimoniali delle parti preesistenti al contratto, e cioè nei limiti dell'interesse negativo, di talché il loro coordinamento risulta tutt'altro che semplice¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ Come meglio si vedrà *infra* quanto avremo a trattare nel dettaglio l'argomento, secondo i consolidati schemi elaborati dalla giurisprudenza, in ossequio al dovere di limitare le conseguenze del danno, il danneggiato, nel caso in cui non sia possibile riparare l'auto incidentata, è tenuto a procurarsi un nuovo veicolo con la massima sollecitudine. Nel caso in cui non si attenga a questo dovere, che discende dall'interpretazione del §254 BGB, gli viene riconosciuto il risarcimento per il solo periodo che nel caso concreto il giudice ritenga ragionevole. Principi dei quali nel caso qui in trattazione il BGH ha fatto una estensione analogica riducendo a circa un terzo – 60 giorni a fronte dei 168 richiesti – il periodo utile ai fini del risarcimento.

¹⁰³⁸ Cfr. GSELL, §325 BGB, cit., 196, RN. 5, e sempre del medesimo A, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, cit., 645; SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, cit., 369.

¹⁰³⁹ Cfr. FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, cit., 471.

¹⁰⁴⁰ Cfr. GSELL, §325 BGB, cit., 198, RN. 10, e idem, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205; FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, cit., 471.

¹⁰⁴¹ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205; FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, cit., 471; OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 422, ss. 32 - 33.

Ambedue le pronunce qui trattate sono tra le prime ad essersi confrontate con il mutato quadro normativo¹⁰⁴². Il BGH ha così avuto modo di pronunciarsi chiarendo che, a tenore dei §§346 e 347 BGB, i quali appunto disciplinano gli effetti del recesso, il creditore / compratore è comunque tenuto a compensare il venditore per i vantaggi conseguiti con l'uso della cosa – c.d. *Nutzungsentschädigung*, giacchè, conclude il BGH, ove così non fosse, il creditore verrebbe a beneficiare di un arricchimento in contrasto con i principi generali del risarcimento del danno¹⁰⁴³. Il che vuol dire che per il compratore recedente potrebbe addirittura esserci un saldo negativo delle poste, ben essendo possibile che il valore attribuibile ai vantaggi ritratti con l'uso della cosa sia superiore all'entità del danno subito¹⁰⁴⁴.

La soluzione adottata dal BGH non ha per vero tenuto in debita considerazione le critiche di una significativa parte della dottrina, che aveva già evidenziato il diseguale trattamento tra compratore e venditore, giacchè infatti mentre al compratore si impone di corrispondere alla controparte il valore equivalente ai vantaggi conseguiti, non altrettanto si prevede invece che il venditore debba a sua volta corrispondere gli interessi relativi al prezzo pagato per l'acquisto dal compratore, o più in generale i vantaggi che il venditore ha ritratto dalla prestazione eseguita dal compratore¹⁰⁴⁵.

Ma, per quel che più conta, viene fatto osservare che l'uso della cosa compravenduta è proprio una delle componenti dell'interesse positivo che deve essere riconosciuto al compratore¹⁰⁴⁶. Se cioè la cosa non fosse stata viziata, il compratore avrebbe comunque beneficiato del diritto che gli spettava di conseguire i vantaggi derivanti

¹⁰⁴² A breve si avrà modo di esaminare anche BGH, 16.9.2009, VIII ZR 243/08, in *NJW*, 2010, 148 ss., un caso che presenta numerosi momenti di collegamento con quelli qui in discussione e al cui orientamento sostanzialmente si allinea, ma che tuttavia, per le diverse questioni di diritto affrontate, si è ritenuto opportuno trattare nel § 10.5), al quale dunque si rinvia per il relativo approfondimento.

¹⁰⁴³ Cfr. BGH, 14.4.2010 – VIII ZR 145/09 (KG), cit.: «*Eine ungerechtfertigte Begünstigung des Gläubigers wird dadurch vermieden, dass der dem Gläubiger nach §347 I BGB zugeflossene Wertersatz im Wege der schadensrechtlichen Vorteilausgleichung bei der Bemessung des Nutzungsausfallschadens angerechnet wird*».

¹⁰⁴⁴ Cfr. FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, cit., 473.

¹⁰⁴⁵ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 206, sub nota 29: «*Umgekehrt ist allerdings im Wege des Vorteilausgleichs bei der Schadensberechnung ggf. Anspruchsmindernd zu berücksichtigen, dass der Verkäufer – so im Falle der Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt – nach §346 I, II Zinsen für den (zurück zu gewährenden) Kaufpreis schuldet [...]*». In argomento cfr. anche WESTERMANN, §439 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, MÜNCHEN, 2008, 219, s. 17.

¹⁰⁴⁶ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 426, s. 39.

dall'uso della stessa¹⁰⁴⁷, ragione per la quale tali vantaggi non sarebbero in alcun modo configurabili come arricchimento¹⁰⁴⁸.

Per converso è però vero che il compratore, il quale abbia invocato il risarcimento del *Nutzungsausfall*, non potrà poi, per il medesimo periodo di riferimento, chiedere anche il ristoro dei vantaggi che al venditore siano derivati dalla sua controprestazione, o, per meglio dire, tali ipotetici vantaggi dovranno semmai essere dedotti da quanto vantato a titolo di *Nutzungsausfall*, giacché non può essere contemporaneamente riconosciuto il ristoro del mancato uso del bene e il mancato godimento della prestazione che per il detto bene era stata corrisposta¹⁰⁴⁹.

Si discute, infine, in relazione alla possibilità che al venditore debba essere riconosciuta una somma corrispondente al valore perduto dal bene difettoso mentre era nella disponibilità del compratore¹⁰⁵⁰. Non tanto di quello derivante dal regolare uso della cosa che ai sensi del §346, co. II°, n. 3, II° per., BGB, deve essere sopportato dal venditore, quanto del deprezzamento rispetto all'originario valore di mercato che sarebbe occorso in ugual misura anche se fosse stato consegnato un bene privo di difetti, di talché non addebitarlo al compratore significherebbe porlo in una condizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se la prestazione dedotta in contratto fosse stata correttamente eseguita¹⁰⁵¹, il che contrasterebbe con il divieto di arricchimento¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Cfr. WOITKEWITSCH, *Nutzungersatzanspruch bei Ersatzlieferung?*, in *VuR*, 2005, 1 ss., 3; GSELL, §325 BGB, cit., 199, s. 11, che pone quale esempio quello di un'auto d'epoca che, prima che il difetto si manifesti, venga noleggiata per cerimonie varie. I proventi del noleggio sarebbero stati ottenuti anche se l'auto fosse stata priva di difetti, e dunque non sarebbe corretto imporre al compratore recedente di restituire i frutti conseguiti con l'uso della cosa. Nei medesimi termini v. anche GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, cit., 646.

¹⁰⁴⁸ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentzündigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 206: «Die Gegenläufigkeit der Rechtsfolgen ist mithin zu Gunsten des Schadenersatzrechtes aufzulösen. Weil der Gläubiger trotz rückabwicklung des Vertrages in Geld so gestellt werden soll, wie er bei korrekter Erfüllung gestanden hätte, er dann aber bei Fälligkeit in den Genuss einer einwandfreien Sache einschließlich sämtlicher Nutzungsvorteile gelangt wäre, muss der rücktrittsrechtlich in §§346, 347 angeordnete Nutzungsersatz durch Gewährung des vollen positiven Interesses in Geld schadensrechtlich überspielt und damit im Ergebnis korrigiert werden. Aus demselben Grund muss die Verweisung in §281 V dahin teleologisch reduziert werden, dass der schadensersatzberechtigte Gläubiger keinen Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache zu leisten hat.». Cfr. anche le riflessioni di WESTERMANN, §439 BGB, cit., 219, ss. 17 - 17a.

¹⁰⁴⁹ Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 426, s. 39.

¹⁰⁵⁰ Cfr. GSELL, §325 BGB, cit., 199, s. 11.

¹⁰⁵¹ Cfr. GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, cit., 646.

¹⁰⁵² Cfr. OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, cit., 423, s. 34: «Die §§ 346 ff bleiben zwar grundsätzlich anwendbar, hindern aber bzgl der dort geregelten Vermögenspositionen, insbes der Nutzungen und Verwendungen, nicht die Herstellung des schadensersatzrechtlich gebotenen Zustandes. Bei der Herstellung dieses Zustandes sind im Wege des Vorteilsausgleichs zu lasten des Gläubigers die hypothetischen Nachteile zu berücksichtigen, die er bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung

10.5) L'esclusione dell'obbligo di restituzione del *Nutzungswert* nei contratti di acquisto dei consumatori a seguito di sostituzione (*Nachlieferung*) del bene difettoso.

Un discorso a parte va però fatto in relazione alla vendita dei beni di consumo, che, come noto, è disciplinato dalla normativa comunitaria, e più precisamente con riguardo all'ipotesi della manifestazione di un vizio a seguito della quale il consumatore, esercitando il diritto previsto ai sensi dell' art. 3, co. III°, della Direttiva 1999/44/CE, chiede - e ottiene - la sostituzione del bene non conforme.

Ipotesi nella quale il legislatore tedesco, con la *Schuldrechtmodernisierung* del 2002, aveva previsto che il compratore, fosse o meno consumatore ai sensi e per gli effetti della direttiva dianzi citata, in caso di sostituzione del bene difettoso, a tenore del combinato disposto dei §§ 439, IV° co., 446 e 447 BGB, sarebbe stato tenuto a corrispondere al venditore un indennizzo per i vantaggi ritratti dal bene poi sostituito¹⁰⁵³. Una previsione che, come spiegano i lavori preparatori del progetto di legge, era stata immaginata allo scopo di evitare che per effetto della sostituzione del bene difettato il compratore potesse godere di un indebito arricchimento¹⁰⁵⁴. Dagli

erlitten haben würde». Il che può essere così sintetizzato: da un lato è vero che la disciplina del recesso non è di ostacolo alle pretese risarcitorie, che devono consentire al creditore di essere posto nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato con il corretto adempimento del contratto. Per converso è però vero che tale condizione, nell'ottica della compensazione dei vantaggi, rende necessario porre a carico del creditore / compratore anche gli svantaggi di cui avrebbe dovuto farsi carico se la prestazione fosse stata correttamente eseguita.

¹⁰⁵³ Come osservato da DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 559 ss., 562, in Italia come «nella quasi totalità dei Paesi membri tanto nell'opera di recepimento quanto in sede di commento e applicazione pratica, la problematica della restituzione degli utili percepiti dal bene sostituito non è stata fatta oggetto di specifica considerazione».

¹⁰⁵⁴ In questi termini si esprimono i lavori preparatori alla riforma dello *Schuldrechtmodernisierungsgesetz* del 2002, e il relativo passaggio testuale viene riproposto anche dalla motivazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia operato da BGH, *Vorlagebeschl.* v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, cit., passaggio che si ripropone qui a seguire: «*Ebenso wie bisher §480 I 2 i. V. mit §467 S.1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach dem Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gem. §§439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gem. §100 auch die Gebrauchsvorteile, herauszugeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. Von Bedeutung ist die Nutzungsherausgabe ohnehin nur in den Fällen, in denen der Käufer die Sache trotz der Mangelhaftigkeit noch nutzen kann. (BT – Drs 14/6040, S. 232 f.)*». Cfr. in argomento HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, in *NJW*, 2008, 2475 ss., 2475: «*Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat diese Regelung bekanntlich bewusst in das Gesetz aufgenommen, da nicht einzusehen sei, dass der Käufer die Sache im Zeitraum vor der Nachlieferung*

stessi materiali legislativi risulta che il legislatore aveva ritenuto che tale onere restitutorio non fosse in contrasto con la direttiva 1999/44/CE, la quale non si era occupata della questione della restituzione del corrispettivo dei vantaggi ritratti con l'uso della cosa sostituita, ragione per cui non si riscontravano preclusioni a che il diritto interno disciplinasse tale aspetto¹⁰⁵⁵.

Di diverso avviso era una consistente parte degli interpreti¹⁰⁵⁶, che hanno anche sollevato dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di un impianto normativo che finiva con il trattare in modo disuguale le parti contrattuali, in quanto per un verso imponeva al compratore di restituire il corrispettivo dei vantaggi ritratti dall'uso della cosa, trascurando di considerare però che anche il venditore aveva nel frattempo a sua volta potuto godere dei vantaggi derivanti dalla disponibilità della somma pagata per l'acquisto della cosa¹⁰⁵⁷.

Le perplessità della dottrina hanno infine indotto il BGH a chiamare in causa la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE* (oggi art. 267 TFUE)¹⁰⁵⁸, sottoponendo alla giurisdizione comunitaria la controversa questione della

unentgeltlich nutzen könne», e in senso conforme anche LORENZ, nota a commento di BGH, *Vorlagebeschl.* v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, in *NJW*, 2006, 3200 ss., 3202.

¹⁰⁵⁵ Cfr. il seguente ulteriore passaggio, sempre tratto dai lavori preparatori richiamati alla nota che precede, pubblicato *sub BT – Drs. 14/6040, S. 32 f.*: «*Mit der Verbrauchergüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Artikel 3 Abs. 2 ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche Herstellung“ des vertragsgemäßen Zustands [...] Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt. [...] Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezahlt werden. [...] Des weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat. [...] Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt*».

¹⁰⁵⁶ Per una esaustiva panoramica delle voci critiche cfr. SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, cit., 369.

¹⁰⁵⁷ Cfr. in merito le considerazioni di WOITKEWITSCH, *Nutzungersatzanspruch bei Ersatzlieferung?*, cit., 2: «*Zu prüfen bleibt, ob diese – vom Gesetzgeber vermutlich weder gewollte noch erkannte – Privilegierung des Sachschuldners mit dem Gleichheitssatz nach art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs 3 GG vereinbar ist. ... Zu vergleichen sind vorliegend die gesetzlichen Rechte der Parteien eines Kaufvertrags, (genus proximum) im Fall der Ersatzlieferung nach § 439 Abs. 4 BGB (tertium comparationis); nach dieser Vorschrift wird die Person des Käufers als Geldschuldner (differentia specifica) gegenüber der Person des Verkäufers als Sachschuldner ungleich behandelt, da nur letzterem ein Anspruch auf Nutzungersatz zusteht. ... Der Gesetzgeber übersieht, dass der Verkäufer in dem Zeitraum, in dem der Käufer die (mangelhafte) Sache nutzt, bereits den Kaufpreis erhalten hat und mit diesem Geld zu seinem Vorteil arbeiten kann*».

¹⁰⁵⁸ Si tratta di BGH, *Vorlagebeschl.* v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, cit.

compatibilità della disciplina tedesca qui in discussione con la Direttiva 1999/44/CE¹⁰⁵⁹.

La controversia di cui si era occupato il BGH, vicenda nota come caso *Quelle* (dal nome dell'impresa chiamata in causa), riguardava la sostituzione di un forno da cucina a causa del deperimento dello strato di smalto protettivo, difetto che era stato denunciato dal consumatore / compratore a distanza di un anno e mezzo dall'acquisto. A fronte della sostituzione il venditore ha però preteso, in applicazione dei §§ 346 e 346 BGB, il pagamento - inizialmente di 120 euro, poi ridotti fino all'importo - di 70 euro circa per i vantaggi ritratti dal compratore dall'utilizzo dell'apparecchio inizialmente fornito.

Somma che il consumatore ha sì pagato, conferendo però al contempo ad una associazione di consumatori mandato per agire contro il venditore. L'associazione ha quindi chiesto che il venditore fosse condannato in via principale alla restituzione della somma pretesa, sostenendo in punto di diritto che la sostituzione di un bene difettoso non autorizzava il venditore a pretendere alcuna somma dal consumatore per l'uso che ne fosse eventualmente stato fatto, e in via accessoria chiedendo altresì che al medesimo convenuto fosse inibito per il futuro l'utilizzo di analoghe pratiche commerciali.

Tanto il tribunale di primo¹⁰⁶⁰, che quello di secondo grado¹⁰⁶¹, hanno accolto la domanda di rimborso, ma hanno respinto l'istanza tesa ad ottenere la suddetta inibizione.

Essendo ciascuna delle parti in causa risultata parzialmente soccombente rispetto alle pretese azionate, ambedue hanno proposto ricorso al BGH che, come detto, ha fatto ricorso alla procedura *ex art. 234 TCE* per verificare la conformità alla direttiva sulla vendita dei beni di consumo della disciplina tedesca.

La Corte di giustizia ha così avuto modo di chiarire che il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore, in quanto l'obbligo incombente sul «venditore di gratuità del ripristino della conformità del bene, indipendentemente dal fatto che esso venga attuato mediante riparazione o

¹⁰⁵⁹ Si tratta più precisamente della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 44 del 25.5.1999, che nel nostro sistema è trasposta nel Codice del Consumo.

¹⁰⁶⁰ LG Nürnberg – Fürth, 22.4.2005, in *NJW*, 2005, 2558 ss.

¹⁰⁶¹ OLG Nürnberg, 23.8.2005, in *NJW*, 2005, 3000 ss.

sostituzione del bene non conforme, mira a tutelare il consumatore dal rischio di oneri finanziari che [...] potrebbe dissuadere il consumatore stesso dal far valere i propri diritti in caso di assenza di una tutela di questo tipo. Tale garanzia di gratuità voluta dal legislatore comunitario porta ad escludere la possibilità di qualsiasi rivendicazione economica da parte del venditore nell'ambito dell'esecuzione dell'obbligo a lui incombente di ripristino della conformità del bene oggetto del contratto»¹⁰⁶².

La Corte di giustizia ha poi proseguito considerando che (§ 41) «Il venditore, ove fornisca un bene non conforme, non esegue correttamente l'obbligazione che si era assunto con il contratto di vendita e deve dunque sopportare le conseguenze di tale inesatta esecuzione del contratto medesimo. Ricevendo un nuovo bene in sostituzione del bene non conforme, il consumatore, che ha invece versato il prezzo di vendita e dunque correttamente eseguito la propria obbligazione contrattuale, non beneficia di un arricchimento senza causa¹⁰⁶³. Egli non fa altro che ricevere, in ritardo, un bene conforme alle clausole del contratto, quale avrebbe dovuto ricevere sin dall'inizio». E dunque, conclude la sentenza, (§ 43) «occorre risolvere la questione sollevata dichiarando che l'art. 3 della direttiva deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale consenta al venditore, nel caso in cui abbia venduto un bene di consumo presentante un difetto di conformità, di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso di tale bene non conforme fino alla sua sostituzione con un bene nuovo»¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶² Cfr. Corte Giust., 17.4.2008, C-404/06, caso *Quelle AG*, in *NJW*, 2008, 1433 ss., di cui è qui stato testualmente riportato il contenuto dei §§ 32-35. Per un commento in lingua tedesca alla sentenza si rinvia a HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, cit. Il testo in lingua italiana è reperibile in *Banca dati De Jure*, mentre, per un esaustivo commento della nostra dottrina, si segnala DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita*, cit.

¹⁰⁶³ In senso critico rispetto a questo assunto si esprime HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, cit., 2476: «Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die ergänzende Feststellung des EuGH, dass die Neulieferung eines mangelfreien Verbrauchsgutes nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verbrauchers führe (Rdnr. 41). Denn mangels einer Regelung des Bereicherungsausgleichs in der Richtlinie ist die Beurteilung, ob der Käufer nach einer Neulieferung ungerechtfertigt bereichert ist, ausschließlicher Gegenstand mitgliederstaatlicher Regelungen und Dogmatik».

¹⁰⁶⁴ Come osservato da DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita*, cit., 587, restano comunque ancora aperte questioni non trattate dalla Corte di giustizia nel caso in argomento, tra le quali quella della particolare usura del bene provocata dall'improprio uso che ne avesse fatto il consumatore, o la possibilità che il bene da sostituire sia stato *medio tempore* oggetto di alienazione o trasformazione; nonché, non da ultima, (594) la questione se, a seguito della riparazione o della sostituzione del bene, sia possibile configurare in capo al venditore un nuovo termine biennale di responsabilità.

Il BGH¹⁰⁶⁵ si è quindi allineato all'interpretazione della Corte di giustizia¹⁰⁶⁶, ed ha conseguentemente concluso che, quantomeno con riferimento alla vendita di beni di consumo, nel caso di sostituzione di un bene affetto da vizi il venditore non può vantare nei confronti del compratore / consumatore alcuna pretesa di restituzione della somma corrispondente ai benefici derivanti dall'uso, ovvero al risarcimento del valore per l'uso della cosa difettata¹⁰⁶⁷.

A seguito della vicenda *Quelle* qui ampiamente illustrata il legislatore tedesco è immediatamente intervenuto per conformare il diritto interno alle determinazioni della Corte di giustizia – e dunque al diritto comunitario - cosicché il § 474, II° co., BGB è stato modificato e prevede ora che - solo - ai contratti di compravendita tra un consumatore e un imprenditore¹⁰⁶⁸ ricadenti sotto la disciplina della Direttiva 1999/44/CE non si applichi il § 439, IV° co., BGB¹⁰⁶⁹; mentre, per quel che riguarda i contratti di compravendita per i quali non trova applicazione la disciplina

¹⁰⁶⁵ V. BGH, 26.11.2008, VIII ZR 200/05, in *JZ*, 2009, 518 ss., annotata da GSELL.

¹⁰⁶⁶ La sentenza del BGB è stata considerata di rilevante interesse anche per quanto concerne i criteri attraverso cui avviene l'adeguamento del diritto tedesco alla disciplina comunitaria. Si tratta di un tema che esula dall'oggetto della presente trattazione, e pertanto ci si limita a segnalare per approfondimenti gli esaustivi contributi di HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, cit., 2476 e 2477; di GSELL, nota a BGH, 26.11.2008, cit. 522 ss.; di LORENZ, nota a BGH, *Vorlagebeschl.* v. 16.8.2006, cit., 3203; di PFEIFFER, *Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle - Folgeentscheidung des BGH*, in *NJW*, 2009, 412 ss.

¹⁰⁶⁷ Né, secondo GSELL, in nota a BGH, 26.11.2008, cit., 525, il venditore potrebbe pretendere che il consumatore gli corrisponda alcuna somma a titolo di "Abzug neu für alt", non avendo il legislatore tedesco previsto una simile ipotesi restitutoria. La quale, precisa in ogni caso l'A., a ben vedere, se prevista non sarebbe stata in contrasto con la direttiva. Una cosa è infatti il valore corrispondente al vantaggio derivante dall'uso della cosa. Ben altra questione è invece quella del vantaggio che consegue il consumatore nel momento in cui il bene difettoso appartiene a quelle categorie di beni di consumo soggetti a rapida perdita di valore per i rapidi progressi tecnologici o per i condizionamenti delle mode, di talché con la consegna del nuovo bene sostitutivo il consumatore consegue un rilevante beneficio economico. L'ipotesi ricorrente è quella di telefonini, computers, o altri oggetti ad elevato contenuto tecnologico, che nel giro di pochi mesi subiscono svalutazioni impressionanti a causa della continua evoluzione dei modelli nonché per il rapido deperimento del bene provocato dall'uso. In questi casi è evidente che la sostituzione crea un vantaggio economico rilevante che, tuttavia, in mancanza di un preciso riferimento normativo, non può essere addebitato al consumatore. Tali riflessioni erano state svolte anche in GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 206.

¹⁰⁶⁸ Cfr. HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, cit., 2477: «[...] die Norm behält ihren Regelungsgehalt bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern».

¹⁰⁶⁹ Il nuovo testo del 474, II° co., BGB, è entrato in vigore il 16.12.2008, così recita: «Auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge ist §439 Abs. 4 mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Die §§445 und 447 sind nicht anzuwenden».

consumeristica, continua a valere la regola generale che prevede la restituzione del valore corrispondente al *Nutzungersatz*¹⁰⁷⁰.

Il che significa che, anche per il conformato diritto positivo, il – solo - consumatore non sarà più tenuto a indennizzare il venditore per i vantaggi ritratti dall'uso del bene di consumo sostituito nelle more della manifestazione del vizio¹⁰⁷¹, ma potrà pur sempre vantare - quantomeno laddove il bene oggetto della sostituzione, come nel caso dei veicoli, sia da considerare di importanza determinante per il mantenimento del livello della qualità della vita - il risarcimento del danno per il mancato godimento per l'intero periodo decorrente dalla inservibilità provocata dal difetto sino alla consegna del bene sostitutivo¹⁰⁷².

La pronuncia della Corte di giustizia lasciava invece intendere che l'esclusione del dovere di compensare il venditore per i vantaggi conseguiti con l'uso del bene non era applicabile nel diverso caso della risoluzione del contratto - o del recesso - diversamente disciplinata dall'art. 3, n. 5 della Direttiva 1999/44/CE¹⁰⁷³, come risulterebbe dall'espressa indicazione ricavabile dal quindicesimo considerando della Direttiva medesima¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁰ Cfr. PFEIFFER, *Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes*, cit., 413: «Beim Verbrauchsgüterkauf muss der Verbraucher also keinen Nutzungersatz mehr leisten; in anderen Fällen bleibt es bei der bisherigen Praxis».

¹⁰⁷¹ Cfr. WERTENBRUCH, § 474 BGB, in SOERGEL, *Kommentar zum BGB*, STUTTGART, 2009, 143, s. 100. Osserva però GSELL, in nota a BGH, 26.11.2008, cit., 526, che la modifica legislativa del §474, II° co, BGB, ha lasciato aperta la questione di come occorrerà comportarsi in futuro per i contratti di compravendita estranei alla disciplina consumeristica.

¹⁰⁷² Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205, proprio prendendo spunto dalla vicenda del forno difettoso, si pone la domanda sulla ipotetica risarcibilità dei maggiori costi affrontati dal consumatore che, a causa dell'impossibilità di usare il forno, sia stato costretto a comperare il pane dal fornaio invece che cuocerselo a casa propria. Posto che l'esempio proposto presenta una variante rispetto alla vicenda processuale, e cioè si è immaginato che il forno non venisse sostituito, con conseguente recesso dal contratto e restituzione delle rispettive prestazioni eseguite in ossequio ai §§346 e 347 BGB, l'A. ritiene che il consumatore sarebbe stato senz'altro autorizzato a esigere il ristoro di tale danno a titolo di *Nutzungsausfall*.

¹⁰⁷³ In questi termini pare concludere anche WOITKEWITSCH, *Nutzungersatzanspruch bei Ersatzlieferung?*, cit., 5: «Der Erwägungsgrund dürfte zudem den Fall der endgültigen Vertragsauflösung und nicht die Ersatzlieferung betreffen». Cfr. anche HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, cit., 2476, nota n. 15.

¹⁰⁷⁴ Cfr. Corte giust., 17.4.2008, C-404/06, caso *Quelle AG*, cit.: (§38) «Quanto, da un lato, alla portata che occorre riconoscere al quindicesimo considerando della Direttiva, il quale accorda la possibilità di prendere in considerazione l'uso che il consumatore ha fatto del bene non conforme, è importante rilevare come la prima parte di tale “considerando” faccia riferimento ad un «rimborso» da versare al consumatore, mentre la seconda parte menziona le «[modalità di] risoluzione del contratto». [...] (§39) Questa terminologia mostra chiaramente come l'ipotesi considerata dal quindicesimo “considerando” sia limitata al caso della risoluzione del contratto, prevista dall'art. 3, n. 5, della Direttiva, caso nel quale, in applicazione del principio della mutua restituzione dei vantaggi ricevuti, il venditore deve rimborsare al consumatore il prezzo della vendita del bene».

A questa linea interpretativa ha aderito la recente pronuncia del BGH¹⁰⁷⁵ nella quale si discuteva, ancora una volta, del recesso esercitato da un consumatore per la scoperta successiva all'acquisto che, contrariamente a quanto garantito dal venditore, il veicolo aveva subito un incidente che aveva comportato consistenti riparazioni strutturali.

La Corte federale ha infatti riconosciuto il diritto del venditore a vedersi corrispondere un *Nutzungersatz* pari a 8 cent. di euro per ciascuno dei 36 mila km percorsi dal compratore nelle more della scoperta del vizio, rilevando che tale determinazione non era assolutamente da considerare in contrasto con la giurisprudenza comunitaria del caso *Quelle*. E questo in quanto, diversamente che nel caso della sostituzione del bene difettoso, il compratore recedente - sia esso o meno consumatore - ottiene la restituzione di quanto da lui prestato compresi i relativi interessi, ed è pertanto tenuto, in conformità delle previsioni della – ovvero in mancanza di una contraria previsione nella – Direttiva a restituire il corrispettivo dei benefici ritratti con l'uso della cosa difettosa¹⁰⁷⁶.

Una sentenza, dunque, che va a porsi nell'alveo della giurisprudenza del BGH secondo cui il recesso dal contratto di compravendita impone alle parti la reciproca restituzione delle prestazioni rese, ivi compresi i benefici *medio tempore* da esse prestazioni ritratti, indipendentemente dalla circostanza che l'acquirente sia o meno un consumatore¹⁰⁷⁷.

Conclusivamente occorre dar conto della possibilità di prendere in considerazione l'eventuale deducibilità del valore del c.d. "*neu für alt*". L'ipotesi che viene fatta è

¹⁰⁷⁵ Cfr. BGH, 16.9.2009, VIII ZR 243/08, cit., per la quale si veda il commento di HÖPFNER, *Nutzungersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, in *NJW*, 2010, 127 ss.

¹⁰⁷⁶ Cfr. il seguente passaggio di BGH, 16.9.2009, VIII ZR 243/08, cit., sub § 15: «Zu Recht verweist die Revisionerwiderung auf den 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/44/EG ..., der es ausdrücklich gestattet, die Benutzung der vertragswidrigen Ware im Falle der Vertragsauflösung zu berücksichtigen; hierauf nimmt auch der EuGH in seiner Entscheidung Bezug. Auch in der Literatur wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten, dass die Verbrauchgüterkaufrichtlinie entgegen ihrem eindeutigen 15. Erwägungsgrund einer Regelung des nationalen Rechts entgegensteht, die – wie § 346 I BGB – den Käufer im Fall des Rücktritts verpflichtet, gezogene Nutzungen herauszugeben oder hierfür Wertersatz gem. § 346 II BGB zu leisten».

¹⁰⁷⁷ Cfr. HÖPFNER, *Nutzungersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, cit., 128: «Hinsichtlich der Frage des Nutzungersatzes lässt der BGH mit seinen knappen Ausführungen keine Zweifel zu: Im deutschen Recht hat auch der Verbraucher im Fall des Rücktritts vom Kaufvertrag die Nutzungen der Kufsache zu ersetzen». Una conclusione che il citato A. ritiene di dover condividere, come conferma il seguente passo (sempre 128): «Anders als im Fall der Neulieferung kommt der Senat nun zum Ergebnis, dass ein Anspruch auf Nutzungersatz bestehe und mit der Verbrauchgüterkaufrichtlinie zu vereinbaren sei. Das mag auf den ersten Blick überraschen. Gleichwohl ist der Entscheidung uneingeschränkt zuzustimmen».

quella della sostituzione di un bene verso il termine del periodo di garanzia, per effetto della quale il consumatore si trova a disporre di un bene di consumo nuovo, con conseguente prolungamento dell'aspettativa di durata¹⁰⁷⁸.

Da questo ragionamento vanno sicuramente esclusi i beni di consumo di valore medio basso ad alto contenuto tecnologico, quali telefonini e computers, che sono comunque soggetti a rapida obsolescenza, e rispetto ai quali dunque l'ipotetico vantaggio risulta di fatto del tutto insignificante¹⁰⁷⁹. Altro sarebbe però se si avesse a che fare con un autoveicolo, qui venendo in discussione valori di scala di segno decisamente più significativo, soprattutto nel momento in cui il compratore rivendesse sul mercato dell'usato il veicolo¹⁰⁸⁰.

10.6) La risarcibilità del *Nutzungsausfall* anche per i beni difettosi consegnati prima della scadenza del termine contrattuale.

Va, infine, segnalata una non meno importante pronuncia nella quale, prendendo spunto da una vicenda in cui si discuteva della temporanea impossibilità di concedere in locazione un edificio privo delle autorizzazioni edilizie, la presenza della quali era stata garantita dalla parte venditrice, il BGH¹⁰⁸¹ ha approfittato per fare chiarezza su alcuni ulteriori profili che, sino ad allora, erano rimasti irrisolti.

Si riteneva infatti che, nel caso di vizi del bene venduto, l'inadempimento si configurasse solo se i vizi si fossero resi manifesti in un momento successivo alla scadenza del termine stabilito per la consegna del bene. Se quindi il venditore avesse consegnato la cosa viziata prima del termine convenuto, e avesse poi, entro detto

¹⁰⁷⁸ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205.

¹⁰⁷⁹ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 205; SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, cit., 370.

¹⁰⁸⁰ Cfr. GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, cit., 206 e HÖPFNER, *Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, cit., 129. *Contra* questa soluzione v. invece WOITKEWITSCH, *Nutzungsersatzanspruch bei Ersatzlieferung?*, cit., 6, il quale così conclude: «Zum einen ist zu bedenken, dass der überlassene Kaufpreis als Äquivalent der Sache eine unbegrenzte Gebrauchsdauer hat und theoretisch bis ans Ende aller Tage Zinsgewinn erwirtschaften kann. [...] Dass der Käufer aus der Ersatzlieferung ggf. Einen Vorteil zieht, kann auch als Kompensation für die vielfältigen Ärgernisse verstanden werden, die mit einer Schlechtleistung regelmässig verbunden sind».

¹⁰⁸¹ V. BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, in *NJW*, 2009, 2674, e in *DAR*, 2009, 643 ss., annotata da ANDREAE. La sentenza è stata commentata anche da RICHTER, *Mangelbedingter Nutzungsausfall ohne Verzug*, in *SVR*, 2009, 459 ss.

termine, posto rimedio a tale vizio, non sarebbe stato possibile configurare alcun inadempimento e, dunque, alcun danno risarcibile¹⁰⁸².

Con il citato intervento il BGH ha stabilito invece che la mora nell'esecuzione della prestazione non rappresenta un elemento pregiudiziale ai fini della risarcibilità del *Nutzungsausfall*, poiché all'atto pratico il ritardo nella consegna di una cosa, o la puntuale consegna di una cosa affetta da vizi, realizzano per il creditore i medesimi pregiudizi. Anzi, è vero semmai che mentre nel caso di ritardo nella consegna il creditore dispone di adeguati strumenti di tutela, potendo infatti costituire in mora il debitore, non altrettanto avviene nel caso in cui gli viene consegnato un bene affetto da vizi occulti, poiché di detti vizi egli si potrà accorgere solo nel momento in cui ha cominciato ad adoperare la cosa, non potendo a quel punto evitare i disagi derivanti dall'impossibilità di farne uso¹⁰⁸³.

Peraltro, osserva ancora il BGB, siccome a tenore del §433 BGB¹⁰⁸⁴ il venditore è comunque obbligato a procurare al compratore una cosa priva di vizi, la consegna di una cosa viziata, ancorché nel rispetto dei termini contrattuali, rappresenta in ogni caso un inadempimento, e non si vedrebbe quindi per quale ragione tale debitore dovrebbe essere trattato meglio di quello in mora con la consegna, medesimi essendo i pregiudizi arrecati all'acquirente.

Per quanto la pronuncia si occupasse di un caso particolare relativo a una compravendita immobiliare, si è osservato che i riflessi pratici delle conclusioni alle quali è pervenuto il BGH sono destinati ad avere significativi effetti nella prassi anche con riferimento ai beni mobili, e in specialmodo, manco a dirlo, nel settore della compravendita dei veicoli.

¹⁰⁸² Cfr. RICHTER, *Mangelbedingter Nutzungsausfall ohne Verzug*, cit., 459.

¹⁰⁸³ Cfr. il passaggio testuale di BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, cit.: «*Von der Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer regelmässig dadurch schützen, dass er ein kalendarmässig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden*». Per le medesime considerazioni cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 230, s. 469, e CANARIS, *Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht*, in ZIP, 2003, 321 ss., 322.

¹⁰⁸⁴ V. §433 BGB: «*Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen*». (Obbligazioni tipiche del contratto di vendita. Il contratto di vendita di una cosa obbliga il venditore a consegnare al compratore la cosa e a procurargliene la proprietà. Il venditore deve procurare al compratore la cosa libera da vizi materiali e di diritto).

Il caso che si è immaginato è quello del contratto di vendita di una nuova auto con la formula della presa in carico da parte del venditore del veicolo precedentemente usato dal compratore. L'auto nuova viene consegnata un mese prima del termine concordato, e quindi l'acquirente consegna a sua volta al venditore il vecchio veicolo. Subito si manifestano però vizi per i quali si rendono necessarie riparazioni, eseguite entro il termine originariamente stabilito per la consegna del bene. Tale circostanza, tuttavia, secondo le nuove linee guida dettate dal BGH sulle quali ci siamo dianzi soffermati, non svolgerebbe alcun utile effetto a fronte dell'eventuale richiesta di risarcimento del *Nutzungsausfall* che il compratore dovesse proporre, in quanto, come abbiamo visto, il ritardo nella consegna non è considerato presupposto indefettibile ai fini del riconoscimento del danno da mancato godimento¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ Cfr. RICHTER, *Mangelbedingter Nutzungsausfall ohne Verzug*, cit., 459.

11.1) Il particolare settore del risarcimento del danno agli autoveicoli e la “patrimonializzazione” del valore d’uso. Generalità.

Una volta passati in rassegna i presupposti giuridico dogmatici posti a fondamento della risarcibilità del *Nutzungsausfall*, è ora venuto il momento di procedere all’osservazione della prassi giurisprudenziale per meglio comprendere come, in concreto, abbiano trovato applicazione gli astratti principi elaborati dal BGH nel 1986 e giunti sostanzialmente inalterati fino ai giorni nostri.

Ci occuperemo innanzitutto del settore del risarcimento del mancato godimento dei veicoli incidentati che, per quanto abbiamo visto, ha di fatto rappresentato il terreno sul quale il *Nutzungsausfall* ha messo le sue prime radici.

Per rendere più scorrevole la trattazione del capitolo che ci avviamo a cominciare sarà talvolta necessario ritornare su aspetti dei quali già ci siamo occupati in precedenza. Altresì, per meglio comprendere la struttura e il funzionamento del sistema del risarcimento del danno nello specifico settore della circolazione stradale è opportuno occuparsi anche di aspetti che non hanno una diretta riferibilità al profilo del *Nutzungsausfall* (del quale comunque ci sarà modo di occuparsi con approfondite riflessioni). E ciò anche per alcune soluzioni di particolare interesse che la giurisprudenza tedesca ha adottato e che risultano originali rispetto agli schemi ai quali siamo abituati nel nostro sistema.

Esaminando i repertori ci si rende conto che nella maggior parte dei casi l’oggetto delle cause azionate riguarda la corretta quantificazione del danno “materiale” e dei pregiudizi – immateriali ma commercializzati, e dunque resi per tale via patrimoniali - derivanti dalla mancata disponibilità del veicolo per il tempo necessario alla riparazioni, mentre assai minore pare essere il volume delle controversie aventi ad oggetto il danno alla persona.

Una significativa parte di tale contenzioso giunge non di rado sino al vaglio del BGH, il quale viene chiamato a svolgere una incessante azione di adeguamento dei criteri di liquidazione, a dimostrazione del fatto che l’elaborazione di consolidati paradigmi di riferimento *in subiecta materia* è, per le ragioni che appresso vedremo, tutt’altro che agevole.

In un’ottica comparatistica si può osservare come rispetto ai nostri parametri di riferimento l’ordine delle priorità risulti sostanzialmente invertito, posto che infatti la giurisprudenza italiana è chiamata ad occuparsi in via assorbente del danno alla

persona, essendo del tutto marginale l'interesse dedicato alle altre poste risarcitorie, per le quali, una volta determinato il quoziente di colpa nella causazione dell'incidente, si procede senza particolari difficoltà.

L'interprete italiano non può quindi non cogliere la diversa visione prospettica con la quale si confrontano gli operatori del diritto tedeschi. Una differenza che si fonda sui diversi profili di risarcibilità ai quali può accedere il danneggiato nei rispettivi ordinamenti.

Per venire quindi ad occuparci dei danni materiali diretti, si può dire in prima approssimazione che secondo la giurisprudenza, salve le precisazioni che appresso vedremo, in presenza di un danno arrecato a un veicolo da un incidente, ai fini del risarcimento nella forma della *Naturalherstellung* - che sappiamo essere il percorso risarcitorio preferenziale secondo il BGB - sono in astratto configurabili due possibili rimedi alternativi, ossia la riparazione del veicolo incidentato o l'acquisto di uno di caratteristiche equivalenti, rimedi tra i quali il danneggiato è chiamato a scegliere quello che comporta la spesa minore¹⁰⁸⁶.

Si tratta del principio del c.d. *Wirtschaftlichkeitsgebot* (o *Wirtschaftlichkeitspostulat*)¹⁰⁸⁷, che come già si è avuto modo di dire obbliga il danneggiato a comportarsi allo stesso modo in cui, nella medesima situazione, si sarebbe comportato un soggetto ragionevole e economicamente avveduto¹⁰⁸⁸.

È poi interessante osservare che nel calcolo del danno subito un ruolo di particolare importanza viene svolto dal c.d. *Wertminderung*, ossia la diminuzione di valore determinata a fronte di incidenti che provocano danni di un certo rilievo. Si discute in genere di riconoscimento del *technischer Minderwert* ai fini risarcitori in relazione a quei danni che, nonostante un'accurata riparazione, non possono essere completamente rimossi, andando ad incidere sulla stabilità, sulla durata o sulla

¹⁰⁸⁶ Questo principio, affermato per la prima volta dal *leading case* BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, in *NJW*, 2003, 2085 ss., risulta oggi essere un costante paradigma applicativo ribadito in praticamente tutte le sentenze della corte federale che si occupano di risarcimento del danno da incidente stradale. Tra le più recenti cfr. BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, in *NJW*, 2009, 3022 ss.

¹⁰⁸⁷ Cfr. *ex plurimis* BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit.; BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07, in *NJW*, 2007, 3782 ss. In dottrina cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 169, s. 6.

¹⁰⁸⁸ Si tratta di una sorta di massima richiamata con continuità dalla giurisprudenza della Corte federale, la quale, soprattutto nelle sentenze in materia di risarcimento del danno da circolazione stradale, è solita ripercorrere la generalità dei principi elaborati nel corso degli anni. Sul punto in questione cfr. tra le più recenti *ex plurimis* BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit. In dottrina tra i vari cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, MÜNCHEN, 2010, 79, s. 261.

estetica del veicolo, ma che invero, stanti i progressi tecnologici costruttivi e le tecniche di riparazione, si riscontrano di rado¹⁰⁸⁹.

Maggiore importanza assume invece il *merkantiler Minderwert*, che rappresenta la svalutazione dei veicoli incidentati rispetto al valore di mercato di corrispondenti veicoli non incidentati, in quanto, come dimostra la prassi degli affari, i potenziali acquirenti temono che le conseguenze del sinistro, nonostante le riparazioni, costituiscano un fattore che incide sull'affidabilità e sulle prestazioni del veicolo. Si tratta di una posta di danno di cui si ammette in genere la risarcibilità anche qualora l'auto non venga venduta¹⁰⁹⁰.

In ogni caso, stanti i differenti presupposti fondativi, si ammette che il danneggiato possa chiedere congiuntamente il risarcimento sia del *technischer* che del *merkantiler Minderwert*¹⁰⁹¹.

Già da questa prima superficiale panoramica si ha la percezione della complessità del sistema attraverso il quale si giunge alla concreta liquidazione del danno materiale. Un sistema che risulta dunque caratterizzato da un coefficiente di astrazione che alimenta le incertezze e che, di conseguenza, incentiva il ricorso alla giustizia. E non a caso il contenzioso in *subiecta materia* occupa uno spazio di rilievo nei repertori.

Da un punto di vista processuale è interessante osservare che, per consolidata prassi, la parte che agisce in causa provvede a far stimare i danni da un esperto in infortunistica stradale¹⁰⁹². E ciò in quanto, secondo il costante orientamento del BGH, il giudice, per ragioni di economia processuale, può procedere alla quantificazione del danno anche avvalendosi della documentazione allegata dalle parti, non essendo vincolato a chiedere una consulenza tecnica d'ufficio se non nei

¹⁰⁸⁹ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 107, ss. 353 - 354; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 178, s. 35; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 317, ss. 101 ss.

¹⁰⁹⁰ Cfr. BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit.; BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, in *NJW*, 2005, 277 ss. In dottrina cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 178, s. 36; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 319, ss. 104 ss.; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, cit., 200; OETKER, § 249 *BGB*, cit., 306, ss. 52 - 56.

¹⁰⁹¹ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 178, s. 36, il quale segnala poi che di fatto si è affermato il criterio per il quale il *merkantiler Minderwert* non viene in genere riconosciuto per veicoli immatricolati da almeno 5 anni, o che abbiano comunque percorso almeno 100 mila km, nel caso in cui il danno non sia di particolare rilievo.

¹⁰⁹² Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 297, s. 18. Va però precisato - cfr. al riguardo Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 176, s. 28 - che le spese peritali non vengono risarcite qualora l'entità del danno sia considerato dal giudice del merito come bagatellare. La soglia bagatellare è un parametro variabile in funzione dei diversi tribunali che mediamente è fissata intorno ai 700 euro.

casi in cui non ritiene attendibile la documentazione prodotta in causa, o se anche la controparte abbia a sua volta prodotto una perizia che si discosta dalla prima in modo significativo¹⁰⁹³. Ai medesimi effetti può risultare soddisfacente anche la produzione in giudizio di un dettagliato preventivo di spesa¹⁰⁹⁴.

Se poi, per ragioni non previste dal perito o comunque imputabili all'officina incaricata per la riparazione (c.d. *Werkstattrisiko*), la spesa dovesse eccedere i costi originariamente stimati, questi ricadrebbero comunque sulla parte che ha causato il danno, e quindi in ultima analisi sull'assicurazione del conducente responsabile del sinistro, non potendo tale aggravio ricadere sul danneggiato, il quale altro non ha fatto che rimettersi alle valutazioni di soggetti esperti del settore, potendogli semmai essere imputati i costi aggiuntivi solo se avesse scelto un'officina inadeguata¹⁰⁹⁵.

Una ulteriore peculiarità che merita di essere segnalata è la libera disponibilità – c.d. principio della *Dispositionfreiheit* derivato dal § 249, II° co., BGB, di cui già *supra* si è detto - della somma liquidata da parte del danneggiato¹⁰⁹⁶, il quale - quantomeno nella generalità dei casi, salve le eccezioni che vedremo *infra* - non è tenuto a dimostrare che ha effettivamente provveduto alla riparazione del veicolo incidentato¹⁰⁹⁷.

Ai fini della liquidazione del danno è sufficiente che egli produca una stima peritale, o un preventivo di spesa, dalla quale risulti l'entità della spesa necessaria alla riparazione, rispetto alla quale ben difficilmente la controparte – in genere l'assicurazione – è in grado di formulare eccezioni significative¹⁰⁹⁸. Sulla scorta del

¹⁰⁹³ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 85, s. 279 e 86, s. 281.

¹⁰⁹⁴ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 85, s. 280; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 297, s. 22 ss.

¹⁰⁹⁵ Cfr. BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, MÜNCHEN, 2008, 308, s. 39.

¹⁰⁹⁶ Nello specifico ambito del risarcimento del danno negli incidenti stradali tra le sentenze più recenti cfr. *ex plurimis* BGH, 20.10.2009, VI ZR 53/09, in *NJW*, 2010, 606, e in *SVR*, 2010, 20 ss., commentata da KAPPUS, *Stundenverrechnungssätze in der fiktiven Verkehrsunfallabrechnung. Die sauren Früchte des „Porsche“- Urteils 2003 „reloaded“*, in *NJW*, 2010, 582 ss.; BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit.; BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.

¹⁰⁹⁷ Cfr. *ex plurimis* BGH, 20.10.2009, VI ZR 53/09, cit.. In dottrina cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 85, s. 279; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 169, s. 6; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 296, s. 16.

¹⁰⁹⁸ Nella recente sentenza BGH, 20.10.2009, VI ZR 53/09, cit., a integrazione della sua precedente giurisprudenza, la corte federale ha tra l'altro avuto modo di chiarire che il danneggiato è in linea di principio autorizzato a porre a fondamento del calcolo fittizio anche una stima basata sulle tariffe orarie di officine collegate alle marche automobilistiche, le quali, in genere, risultano superiori a quelle praticate da officine autonome. Secondo il BGH la controparte potrebbe solo eccepire che il danneggiato avrebbe potuto ottenere altrove una riparazione tecnicamente equivalente a costi inferiori, ma tale eccezione dovrebbe essere però sorretta non solo dalla indicazione di un'officina alla quale il

danno stimato potrà poi far riparare in tutto o in parte l'auto da un'officina, come pure potrà arrangiarsi in proprio o con l'ausilio di conoscenti, ovvero potrà anche decidere di non far fare alcuna riparazione, magari perché il danno non incide sulla efficienza dell'auto¹⁰⁹⁹.

Tale prassi non è però unanimemente condivisa dalla letteratura. Parte della dottrina ritiene infatti che così facendo si realizzi una sovracompenrazione risarcitoria la cui compatibilità con il principio del divieto di arricchimento del danneggiato è quantomeno dubbia. Le criticità più rilevanti si avverirebbero però sul piano pratico: in primo luogo perché il danneggiato sarebbe incentivato a risparmiare quanto più è possibile sulle spese di riparazione, mettendo così in circolazione un veicolo non rispondente ai richiesti parametri di idoneità, con evidente ricaduta sulla sicurezza della circolazione; in secondo luogo, non essendo necessario produrre una fattura commerciale, verrebbe ad essere incentivato il mercato delle riparazioni "in nero"¹¹⁰⁰.

In realtà si deve osservare che il risarcimento dei costi fittizi altro non è che una variante applicativa della quantificazione del danno secondo i criteri della teoria differenziale. E infatti, una volta che si sia puntata la focale sul valore del patrimonio del danneggiato, è evidente che la stima fittizia del danno misura la diminuzione di tale valore prodotta dall'evento dannoso, e la corrispondente somma erogata a titolo di risarcimento del danno va a compensare la diminuzione arrecata dal sinistro alla originaria consistenza del patrimonio¹¹⁰¹. Della somma liquidata su base di calcolo fittizio il danneggiato può quindi liberamente disporre come di qualunque altro bene

danneggiato poteva rivolgersi senza difficoltà particolari, ma pure offrendo la dimostrazione della sostenuta equivalenza tecnica. Non solo. Il BGH, considerato che le case produttrici sono solite subordinare garanzie e prestazioni accessorie di cortesia alla condizione che la manutenzione del veicolo venga curata da officine proprie o comunque da loro autorizzate, ha comunque stabilito che per i veicoli fino a tre anni di età nessun vincolo di maggior convenienza può essere imposto ai proprietari, i quali dunque restano liberi di rivolgersi all'officina collegata alla casa produttrice. E tutto ciò, è bene ricordarlo, senza che poi il danneggiato sia tenuto a effettuare la riparazione, rimanendo libero di disporre della somma liquidata. Secondo il comment critico di KAPPUS, *Stundenverrechnungssätze in der fiktiven Verkehrsunfallabrechnung*, cit., 584, sarebbe stato più coerente con le premesse che il BGH avesse stabilito per la scelta incondizionata dell'officina un termine di cinque anni.

¹⁰⁹⁹ Per approfondimenti sul tema e per le esaustive indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali si rinvia a TEICHMANN, § 249 BGB, cit., 221, r.n. 5; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 305, ss. 54 ss.; BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 306, 307, s. 37; HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, in *NJW Spezial*, 2007, Heft 7, 207 ss., 208.

¹¹⁰⁰ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2057.

¹¹⁰¹ Cfr. BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 308, s. 40.

che compone il suo patrimonio, ma se la riparazione non viene fatta dovrà però essere dedotto l'importo riferibile alle imposizioni fiscali. E questo in quanto, come già si è visto, a mente del § 249, II° co., II° per., la risarcibilità del *Mehrwertsteuer* (la nostra IVA) computato in sede di perizia è dovuto se, e nella misura in cui, esso venga effettivamente corrisposto dal danneggiato, che dovrà darne dimostrazione producendo la fattura riferibile alla riparazione, ovvero, nel caso in cui abbia provveduto in proprio alla riparazione, la fattura riferibile all'acquisto dei pezzi di ricambio¹¹⁰².

11.2) Il valore attribuito all'Integritätsinteresse ai fini della determinazione della soglia massima di risarcibilità dei danni materiali.

Esaurita la trattazione delle questioni generali, veniamo ora ad occuparci di alcuni temi specifici che presentano peculiarità degne di menzione.

È opportuno prendere le mosse da quelli che possono essere definiti come “danni materiali diretti”, e che comprendono i costi di riparazione, la diminuzione del valore del veicolo conseguente al sinistro, nonché eventuali costi accessori connessi quali ad esempio il trasporto del veicolo incidentato¹¹⁰³, e l'eventuale *Wertminderung* che, come dianzi si è detto, è il valore corrispondente alla diminuzione di valore che subisce il veicolo in seguito ai danni derivanti dal sinistro.

Già si è in qualche modo anticipato che il risarcimento in concreto liquidato può non corrispondere all'oggettiva consistenza del danno materiale. La giurisprudenza ha infatti elaborato una serie di categorie concettuali alle quali il giudice deve fare riferimento per giungere alla determinazione del danno risarcibile.

Innanzitutto è bene precisare che nessuna difficoltà di rilievo si pone nel momento in cui si abbia a che fare con danni di lieve entità, poiché in tal caso la somma necessaria alla riparazione è, quantomeno in generale, ampiamente inferiore al valore del mezzo incidentato.

Qualora invece si abbia a che fare con danni consistenti, occorrerà verificare se l'importo delle spese di riparazione sia appropriato, o per meglio dire

¹¹⁰² Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 305, ss. 56 e 57; 352, ss. 213 e 214; 389, ss. 105 ss.; cfr. anche BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 306, ss. 36 e 37; BIELA, *Kraftverkehrs Haftpflicht Schäden*, cit., 177, s. 31; OETKER, § 249 BGB, cit., 412, s. 428.

¹¹⁰³ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 85, s. 278.

economicamente ragionevole, soprattutto quando il valore di mercato del veicolo danneggiato prima del sinistro fosse stato modesto.

Al fine di compiere tali valutazioni viene preso in considerazione il parametro consistente nel c.d. *Wiederbeschaffungswert*, ossia il costo che dovrebbe essere sostenuto per l'acquisto di un veicolo dalle caratteristiche equivalenti – modello, cilindrata, età, kilometraggio – a quelle del veicolo danneggiato¹¹⁰⁴. Da esso si sottrae, il c.d. *Restwert*, ossia il valore residuo attribuibile al veicolo incidentato¹¹⁰⁵. Salvi i temperamenti che a breve verranno illustrati, l'importo risultante da tale conteggio, il c.d. *Wiederbeschaffungsaufwand*, rappresenta in prima approssimazione il limite massimo entro il quale devono essere contenuti i costi di riparazione¹¹⁰⁶. In altri termini una spesa superiore al *Wiederbeschaffungsaufwand* non sarebbe da considerare come economicamente ragionevole, e dunque risarcibile¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ Cfr. BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, in *NJW*, 2006, 2179, sentenza con la quale sono state introdotte significative innovazioni sulle quali a breve si dirà, e che proprio per questo viene sovente citata in dottrina. Per approfondimenti sulla tematica del *Wiederbeschaffungswert* si rinvia a HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 377, ss. 64 ss.; BECKER, *Der wiederbeschaffungswert bei der Unfallschadenregulierung*, in *SVR*, 2010, IV, 130 ss.

¹¹⁰⁵ La stima del *Restwert*, nonostante grazie alla ricca casistica giurisprudenziale ci sia stato modo di ribadire più volte i criteri di determinazione, continua ad essere oggetto di un considerevole contenzioso. Come evidenzia HUBER, *Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung?*, in *NJW*, 2007, 1625 ss., 1626, la conflittualità nella determinazione del valore del *Restwert* si è acuita da quando sono cadute le barriere commerciali con i paesi dell'Est Europa, di talchè, grazie ai ridotti costi di manodopera ivi praticati, la richiesta di veicoli incidentati ha avuto un considerevole incremento ed un conseguente apprezzamento commerciale di quelli che fino a qualche anno prima sarebbero stati considerate carcasse da rottamare. Tra le sentenze più recenti che riassumono i criteri che il perito deve seguire per la determinazione del valore residuo del veicolo cfr. BGH, 13.10.2009, VI ZR 318/08, in *NJW*, 2010, 605 ss.; BGH, 13.1.2009, VI ZR 205/08, in *NJW*, 2009, 1265 ss.; BGH, 6.3.2007, VI ZR 120/06, in *NJW*, 2007, 1674 ss. Siccome la questione non riveste particolare interesse ai fini del presente studio, si rinvia per una più approfondita trattazione (anche) a BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 87, § 290 ss.; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 184, ss. 48 - 52; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 381, ss. 82 ss.

¹¹⁰⁶ Un discorso a parte va fatto per i veicoli nuovi che subiscono danni ingenti. Anche in tale ambito la giurisprudenza ha elaborato criteri utili a stabilire approssimativamente quando il danneggiato, invece che riparare il veicolo, può scegliere di riacquistarne uno nuovo a prescindere dall'applicazione dei criteri generali. Si tratta del c.d. *Neuwagenbasis Abrechnung* che viene ammesso quando sussistono i seguenti presupposti: l'auto deve essere stata immatricolata meno di un mese prima dell'incidente e deve aver percorso non più di mille km (tremila in casi particolari); il danno deve essere di significativa entità, tale da aver arrecato una significativa perdita di valore commerciale. Una esaustiva sintesi dei principi e dei presupposti richiesti al fine di poter ricorrere a tale particolare forma di risarcimento è contenuta in BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit. In letteratura queste ipotesi sono definite anche come *unechte Totalschaden*, ossia "danno totale improprio". Per approfondimenti sull'argomento si segnalano HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 362, ss. 10 ss.; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 180, ss. 42 - 43; OETKER, § 251 *BGB*, cit., 443, ss. 26 ss.

¹¹⁰⁷ Cfr. HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, in *JuS*, 2009, 299 ss., 299.

Ma, come si è anticipato, si tratta di una regola generale che subisce importanti temperamenti, in virtù dei quali si ritengono ammissibili spese di riparazione ampiamente superiori non solo al *Wiederbeschaffungsaufwand*, ma anche al costo che dovrebbe essere sostenuto per l'acquisto di un veicolo equivalente (ossia al *Wiederbeschaffungswert*).

Il che potrebbe apparire come una violazione al principio del divieto di arricchimento del danneggiato, giacchè in questo modo gli viene riconosciuto un risarcimento in eccedenza rispetto a quello che sarebbe necessario alla reintegrazione della consistenza del suo patrimonio prima dell'evento dannoso.

Tale ostacolo dogmatico è stato però superato dalla costruzione giurisprudenziale dell'istituto dell'*Integritätsinteresse*, che nello specifico corrisponde essenzialmente all'interesse del danneggiato a poter continuare a far uso del proprio veicolo incidentato, anche se le spese di riparazione sono superiori al prezzo di mercato di veicoli equivalenti¹¹⁰⁸.

Le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad accordare questa forma di tutela avanzata sono molteplici, e sono individuabili in considerazioni desumibili dalla comune esperienza. È in primo luogo ritenuto notorio che l'acquisto di un'auto usata comporta rischi di un certo rilievo, non essendo facile, nemmeno per un esperto, rendersi conto di eventuali difetti occulti di un veicolo passato per altrui mani¹¹⁰⁹. A ciò si deve aggiungere che l'auto incidentata potrebbe essere stata oggetto di una particolare cura da parte del proprietario, che quindi potrebbe essere ancora più restio a sostituirla con una diversa. Infine va tenuto presente che un'auto usata è sempre e comunque un'auto di seconda mano, circostanza che ne determina una evidente immediata diminuzione di valore¹¹¹⁰.

Insomma, si riconosce che l'uso abituale di un veicolo di proprietà rappresenta per l'interessato un valore intrinseco - di affidabilità - superiore al valore meramente economico che risulterebbe dall'asettica applicazione dei principi generali del

¹¹⁰⁸ Cfr. BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit.; BGH, 22.4.2008, VI ZR 237/07, in *NJW*, 2008, 2183 ss., e in *ZFS*, 2008, 504 ss.; BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.; BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.; BGH, 15.10.1991, VI ZR 314/90, in *NJW*, 1992, 302 ss. In dottrina cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 86, s. 284; OETKER, § 251 *BGB*, cit., 447, ss. 40 e 41.

¹¹⁰⁹ Motivi questi enunciati da BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, in *NJW*, 2008, 437 ss. Cfr. in dottrina HUBER, *Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung?*, cit., 1626.

¹¹¹⁰ Cfr. ancora BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, cit. Per approfondimenti cfr. MEDICUS, § 249 *BGB*, cit., 386, s. 8; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 324, s. 663.

risarcimento del danno¹¹¹¹, e a tale stregua si ammette che le spese di riparazione stimate – tra le quali secondo la costante giurisprudenza deve essere contemplato anche l'importo corrispondente all'eventuale *Wertminderung*¹¹¹² - possano essere risarcite fino al tetto del 130% del *Wiederbeschaffungswert*, ossia del valore che aveva il veicolo immediatamente prima dell'incidente¹¹¹³.

Come si può osservare si tratta di un limite che va ampiamente oltre la spesa massima che sarebbe astrattamente risarcibile, ovvero il *Wiederbeschaffungsaufwand*.

Siccome però, per quanto si è detto, il riconoscimento dell'*Integritätsinteresse* è funzionale a garantire al danneggiato la possibilità di continuare a far uso della propria auto, tale particolare tutela non potrebbe essere accordata nel caso in cui l'auto venisse venduta immediatamente dopo la riparazione, essendo questo un comportamento in evidente contrasto con l'interesse in questione¹¹¹⁴.

Al riguardo il BGH è intervenuto per dare indicazioni concrete agli interpreti - e in paritempo per evitare l'intuibile rischio di abusi da parte degli interessati - stabilendo che la maggiorazione fino al limite del 130% può essere ammessa a condizione che il danneggiato abbia manifestato l'intenzione di continuare a far uso dell'auto, e che a

¹¹¹¹ Cfr. JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 363, s. 1058: «Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang seit langem betont, dass der Geschädigte die Reparatur verlangen kann, wenn diese di Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges übersteigt – hier ist die Rechtsprechung also recht grosszügig; die Grenze soll erst bei 130% des Wiederbeschaffungswerts des Fahrzeugen liegen. [...] Der Grund für diese Vorstellung liegt darin, dass die Rechtsprechung es schon als eigenständigen Wert ansieht, die Sache selbst zu Eigentum zu haben, dies ist mehr wert als der blosse wirtschaftliche Verkehrswert».

¹¹¹² Cfr. OETKER, § 251 BGB, cit., 447, s. 41.

¹¹¹³ Cfr. *ex plurimis* BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, cit. Invero inizialmente esistevano incertezze in ordine alla base di calcolo che doveva essere presa in considerazione ai fini del calcolo del limite del 130%, in quanto parte della giurisprudenza riteneva che dovesse essere preso a riferimento il *Wiederbeschaffungsaufwand*. Un definitivo chiarimento è giunto con la pronuncia BGH, 15.10.1991, VI ZR 314/90, cit., a partire dalla quale si è affermato l'odierno orientamento che prende come base di calcolo il valore di riacquisto. Va, ancora, osservato, che ai fini della verifica del rispetto della soglia del 130% oltre alle spese vive di riparazione, per costante giurisprudenza deve essere considerato anche l'importo corrispondente alla perdita di valore del veicolo derivante dal sinistro, il c.d. *Wertminderung*, in ordine al quale meglio si approfondirà a breve. In altre parole è la somma tra la stima delle spese di riparazione e la stima del *Wertminderung* che deve essere contenuta entro il limite del 130%. Per una esaustiva sintesi dei principi in argomento cfr. HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 299; LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH*, in *NJW Spezial*, Heft 5, 2010, 139 ss., 139.

¹¹¹⁴ Proprio perché si tratta di un interesse di natura soggettiva, come si spiega in BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 304, § 34, qualora il proprietario decidesse di cedere ad un terzo il veicolo incidentato in uno con l'azione per far valere il risarcimento del danno, il cessionario non potrebbe in alcun modo far valere l'*Integritätsinteresse*, e potrebbe quindi ottenere un risarcimento complessivo nel limite della somma risultante dalla deduzione del *Restwert* dal *Wiederbeschaffungswert*, corrispondente alla c.d. *Wiederbeschaffungsaufwand*.

tale dichiarazione abbia poi fatto seguito il mantenimento della proprietà dell'auto e l'uso effettivo della medesima almeno per i sei mesi successivi alla riparazione¹¹¹⁵, salvo che non si siano *medio tempore* verificate circostanze particolari che abbiano reso oggettivamente impossibile il rispetto del periodo di comporta¹¹¹⁶.

La cessione del veicolo prima dello scadere del termine semestrale determina la riduzione del risarcimento nel limite del *Wiederbeschaffungsaufwand* (valore di riacquisto meno valore residuo), e cioè la spesa massima che sarebbe risarcibile in difetto dell'*Integritätsinteresse*, poiché in tal caso il breve lasso di tempo trascorso dimostra che non sussisteva un concreto interesse del danneggiato a mantenere il proprio veicolo, e di conseguenza rimarrebbe priva di giustificazione la parte di risarcimento liquidata in eccedenza rispetto al valore di riacquisto¹¹¹⁷.

La maggiorazione fino al 130% del valore del veicolo è ammessa anche nel caso in cui si provveda alla riparazione in proprio¹¹¹⁸. Il fatto che i lavori di riparazione non vengono eseguiti da un'officina specializzata non fa infatti venire meno la

¹¹¹⁵ Cfr. BGH, 22.4.2008, VI ZR 237/07, cit.; (in *obiter*) BGH, 27.11.2007, VI ZR 56/07, in *NJW*, 2008, 439 ss.; BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, cit.; BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.

¹¹¹⁶ In questi termini cfr. BGH, BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, cit. Come segnala BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 96, s. 317 ss., l'aver stabilito che l'interesse si consolida decorsi sei mesi dalla riparazione origina una serie di problematiche accessorie, quali ad esempio la necessità che l'assicuratore sia informato dell'eventuale "prematura" cessione o se sia autorizzato a effettuare riscontri diretti in ordine al rispetto del termine; la possibilità per l'assicuratore di pagare la quota di risarcimento eccedente il valore del veicolo, e dunque riferibile all'interesse all'integrità patrimoniale del danneggiato, solo dopo i sei mesi dall'avvenuta riparazione, questione che pare risolta con la previsione della possibilità dell'assicuratore di ripetere eventualmente la somma eccedente qualora il termine semestrale non sia rispettato; la involontaria perdita del possesso del veicolo prima della scadenza dei sei mesi a causa di un furto o di un ulteriore sinistro; l'insorgenza di circostanze imprevedibili, come il ritiro della patente di guida o la perdita del lavoro, che possono determinare il proprietario alla vendita anticipata. Per la complessità dell'argomento, sostanzialmente estraneo rispetto al tema oggetto di studio, si rinvia, oltre che al citato A., anche a BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 171, s. 11; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 306, s. 36; LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens*, cit., 139; HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 208; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 370, § 38 e 372, s. 47; HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 300; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 306, s. 630; STAAB, *Mindestnutzungsdauer bei Reparaturkosten oberhalb des Wiederbeschaffungsaufwandes*, in *NZV*, 2007, 279, 280; HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 284, s. 295.

¹¹¹⁷ Cfr. BGH, 22.4.2008, VI ZR 237/07, cit.; BGH, 27.11.2007, VI ZR 56/07, cit.; BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, cit.; BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.

¹¹¹⁸ Cfr. *ex plurimis* BGH, 8.12.2009, VI ZR 119/09, in *NJW – RR*, 377 ss. e (solo massima) in *NJW Spezial*, 2010, 74; conf. BGH, 17.10.2006, VI ZR 249/05, in *NJW*, 2007, 67 ss.; BGH, 17.3.1992, VI ZR 226/91, in *NJW* 1992, 1618 ss. Per una rassegna di giurisprudenza e dottrina cfr. BIELA, *Kraftverkehrs Haftpflicht Schäden*, cit., 171, s. 12; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 306, s. 59.

presunzione della sussistenza dell'*Integritätsinteresse*¹¹¹⁹. Dal che consegue che non è nemmeno necessario presentare fatture o documentazione di spese per dimostrare che i costi di riparazione stimati sono stati effettivamente sostenuti¹¹²⁰.

Deve però essere data dimostrazione che i lavori di riparazione sono stati effettivamente eseguiti a regola d'arte secondo le indicazioni contenute nella relazione del perito, perché se così non fosse allora verrebbero meno le ragioni che giustificano l'eccedenza della spesa rispetto al valore di mercato per l'acquisto di un veicolo equivalente¹¹²¹, e il risarcimento verrebbe limitato all'importo corrispondente al *Wiederbeschaffungsaufwand*¹¹²².

Occorre però osservare che, nonostante la pluridecennale opera di costruzione dogmatica operata dalla giurisprudenza¹¹²³, residuano spazi di incertezza e di perplessità¹¹²⁴ in ordine ai quali viene sovente chiamato in causa il BGH¹¹²⁵.

Tra le varie, merita di essere accennata l'ipotesi in cui la stima del danno ad opera del perito ecceda il 130% del *Wiederbeschaffungswert*. In tal caso si ritiene irragionevole una eventuale riparazione¹¹²⁶, e si prevede che il calcolo del danno da liquidare debba essere operato sulla base del c.d. *wirtschaftliche Totalschaden*¹¹²⁷. Il

¹¹¹⁹ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 95, ss. 314 e 315; 100, s. 332.

¹¹²⁰ Cfr. BGH, 17.3.1992, VI ZR 226/91, cit. Per casistica e approfondimenti cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 95, s. 315; 100, s. 333.

¹¹²¹ Cfr. BGH, 8.12.2009, VI ZR 119/09, cit.; BGH, 17.10.2006, VI ZR 249/05, cit. Per approfondimenti cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 371, s. 45; cfr. anche BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 305, s. 36; HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 302.

¹¹²² Cfr. BGH, 8.12.2009, VI ZR 119/09, cit. In dottrina cfr. HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 302.

¹¹²³ Per capire l'interesse che suscita l'argomento, basti pensare che, come segnalato da LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens*, cit., 137, dall'aprile del 2003 alla fine del 2009 della specifica questione della modalità di calcolo del danno subito da autoveicoli si sono occupate ben 40 pronunce del BGH.

¹¹²⁴ Cfr. OETKER, § 251 *BGB*, in *Münchener Kommentar*, cit., 448, s. 42.

¹¹²⁵ Ad esempio, tra le varie sfaccettature emerse dalla casistica, si è posta la questione se il danneggiato, una volta che abbia optato per la liquidazione della somma corrispondente al valore del riacquisto di un veicolo equivalente e ricevuto il corrispondente importo dall'assicurazione, abbia o meno la possibilità di inoltrare una successiva istanza al fine di modificare la sua originaria scelta, richiedendo la spesa necessaria alla riparazione fino al limite del 130%. L'ipotesi è stata trattata da BGH, 17.10.2006, VI ZR 249/05, cit., e la corte federale ha chiarito che né dal diritto positivo, né dai principi giurisprudenziali, risultano vincoli giuridici in tal senso, e dunque il danneggiato è libero di poter integrare la sua originaria istanza, a meno che non sia stata dallo stesso sottoscritta una espressa liberatoria una volta scelta una opzione risarcitoria e ottenuto il conseguente risarcimento.

¹¹²⁶ Cfr. BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, in *NJW*, 2007, 2917. Cfr. anche HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 208.

¹¹²⁷ Cfr. BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, cit.; BGH, 6.3.2007, VI ZR 120/06, cit. In dottrina cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 93, s. 310; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 360, ss. 1 - 5.

che significa che la somma risarcita corrisponderà al *Wiederbeschaffungsaufwand*, ossia al conteggio che risulta una volta sottratto il valore residuo dal valore di riacquisto del veicolo¹¹²⁸.

Ciò vuol dire che l'*Integritätsinteresse* del danneggiato viene del tutto accantonato, e di conseguenza non gli si consente, tra l'altro, di poter ottenere comunque il risarcimento nel limite del 130% del valore dell'auto e di contribuire di persona per la parte eccedente¹¹²⁹. Non solo. Non avendo ancora trovato un concreto riscontro giurisprudenziale l'ipotesi in cui, a fronte di una perizia sovradimensionata eccedente la soglia del 130%, all'atto pratico il costo dei lavori di riparazione effettuati risultasse inferiore al detto limite, allo stato si deve ritenere che non sia possibile effettuare risparmi sulle riparazioni, acquistando ad esempio pezzi di ricambio usati invece che nuovi, che facciano reintrare la spesa effettiva al di sotto del 130%¹¹³⁰.

In pratica, stando all'attuale quadro giurisprudenziale di riferimento, si deve ritenere che se la perizia è anche di un solo euro superiore alla soglia marginale, a quel punto l'unica soluzione economicamente ragionevole che il danneggiato può percorrere è quella di vendere l'auto incidentata e acquistarne una equivalente – a meno che non intenda sobbarcarsi l'intera spesa eccedente al *Wiederbeschaffungsaufwand* - e per giunta senza potersi avvalere del beneficio risarcitorio correlato all'*Integritätsinteresse*, giacchè, come ha ritenuto il BGH, si offrirebbe altrimenti un incentivo a compiere riparazioni economicamente non ragionevoli¹¹³¹.

Considerato che soprattutto nel corso dell'ultimo decennio il BGH è sovente intervenuto, a volte per chiarire, a volte per rivedere il proprio orientamento nello specifico ambito qui in trattazione, stanti anche le sollecitazioni al riguardo degli interpreti è ragionevole attendersi una correzione delle asimmetrie qui accennate.

Prendendo ora in esame ipotesi diverse da quelle sin qui considerate, qualora l'entità del danno stimato sia contenuta entro il limite del *Wiederbeschaffungswert* – ma

¹¹²⁸ Cfr. BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, cit.; BGH, 6.3.2007, VI ZR 120/06, cit. Cfr. anche HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 208; LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens*, cit., 137.

¹¹²⁹ Cfr. BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, cit. Cfr. anche HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 303, 304; OETKER, § 251 BGB, cit., 447, s. 44.

¹¹³⁰ Riflessioni queste svolte sempre da HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 304, in riferimento al caso trattato da BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, cit. In senso conf. si esprimono anche LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH*, cit., 137.

¹¹³¹ In questi termini cfr. BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, cit.

superiore al *Wiederbeschaffungsaufwand* - il danneggiato ha due possibili alternative¹¹³².

Può in primo luogo optare per calcolo fittizio dei danni risarcibili e così ottenere la liquidazione della somma corrispondente alla stima peritale del danno.

Il ragionamento sotteso a tale deroga si fonda su due presupposti tra di loro legati da un vincolo di complementarità. Si osserva innanzitutto che il valore del *Restwert* è una posta meramente ipotetica alla quale si ricorre per valutare l'opportunità delle spese di riparazione, della quale però il proprietario non è in grado di disporre fino a che non vende il veicolo¹¹³³. Pertanto se il veicolo viene riparato e in seguito il danneggiato continua a farne uso il *Restwert* non dovrà essere preso in considerazione, e gli dovrà essere liquidata la somma corrispondente ai costi necessari alla riparazione stimati dal perito¹¹³⁴, senza che debba essere dimostrata né l'effettiva esecuzione delle riparazioni, né la qualità delle medesime, in quanto si ritiene sufficiente la dimostrazione che il veicolo dopo l'incidente era comunque in condizione di marciare secondo gli standard di sicurezza della circolazione¹¹³⁵. Il che consente evidentemente al danneggiato una certa libertà nel disporre della somma liquidata in base alla stima peritale, soprattutto nel caso in cui egli sia in condizione di arrangiarsi con la riparazione¹¹³⁶.

Ma proprio per quanto precede si è stabilito che il danneggiato, in analogia a quanto avviene per i casi di risarcimento fino al limite del 130% del valore di riacquisto, possa avere accesso a questa modalità di calcolo fittizio del danno a condizione che

¹¹³² Cfr. BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, in *MDR*, 2008, 795, e in *ZFS*, 2008, 503 ss.

¹¹³³ Cfr. BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, cit.; BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, cit.

¹¹³⁴ Cfr. BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, cit.; BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, cit.

¹¹³⁵ In questi termini BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, cit.; OLG Karlsruhe, 12.5.2009, 4U 173/07, in *NJW RR*, 2/2010, 96 ss. In precedenza la giurisprudenza – cfr. BGH 7.6.2005, VI ZR 192/04, cit.; BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, cit. – aveva stabilito solamente che le riparazioni non dovevano essere necessariamente eseguite a regola d'arte, ma non aveva chiarito come ci si doveva comportare nel caso in cui le riparazioni non fossero state effettivamente eseguite. In dottrina sul punto cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 309, s. 41; HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 208; STAAB, *Mindestnutzungsdauer bei Reparaturkosten oberhalb des Wiederbeschaffungsaufwandes*, cit., 279.

¹¹³⁶ Cfr. BGH, 23.5.2006, cit.; BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, cit. Nel caso trattato da OLG Karlsruhe, 12.5.2009, cit., la corte ha ritenuto sufficiente ai fini della dimostrazione dell'effettivo interesse a far uso della motocicletta incidentata, il fatto che nei dieci mesi successivi all'incidente, e prima della vendita, fossero stati percorsi circa 1500 km. In dottrina cfr. HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 208; HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 301; STAAB, *Mindestnutzungsdauer bei Reparaturkosten oberhalb des Wiederbeschaffungsaufwandes*, cit., 280.

mantenga la proprietà del veicolo riparato per almeno i sei mesi successivi¹¹³⁷. Una cessione prima del detto termine farebbe infatti venire meno i presupposti che sorreggono questo impianto con conseguente limitazione del risarcimento entro il limite del *Wiedebeschaffungsaufwand* (valore di riacquisto meno valore residuo)¹¹³⁸.

A nessuna condizione particolare è invece tenuto a soggiacere chi effettivamente provveda alla riparazione a regola d'arte del veicolo sostenendo una spesa - compresa tra il *Wiederbeschaffungsaufwand* e il *Wiederbeschaffungswert* - di cui è in grado di offrire la dimostrazione, non essendo in tal caso il risarcimento subordinato al periodo minimo di sei mesi di utilizzo del veicolo¹¹³⁹.

Ovviamente qualora il calcolo fittizio sia inferiore al *Wiederbeschaffungsaufwand*, ipotesi che a ben vedere ricorre nella maggior parte dei casi, nessun vincolo condizionale graverà sul danneggiato, il quale potrà quindi esigere il risarcimento della somma stimata dal perito come necessaria per la riparazione - ferma restando la limitata risarcibilità delle imposte di legge nei limiti in cui esse sono state effettivamente sostenute - potendo poi disporne a piacimento¹¹⁴⁰.

Dall'opposta prospettiva si prevede però che debbano essere portati in deduzione i vantaggi che il danneggiato consegue per effetto della riparazione. Si tratta dell'applicazione di un istituto di creazione giurisprudenziale noto come "*Abzug neu für alt*" che viene in considerazione quando in conseguenza degli obblighi risarcitori una cosa vecchia o una parte di essa viene sostituita con una cosa nuova, così realizzando un incremento patrimoniale del danneggiato in contrasto con il principio del divieto di arricchimento¹¹⁴¹.

Per lo specifico settore del risarcimento del danno da sinistro stradale tale deduzione si applica nel caso in cui con la riparazione siano stati sostituiti componenti soggetti

¹¹³⁷ Cfr. BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, cit.

¹¹³⁸ Cfr. BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, cit.; BGH 7.6.2005, VI ZR 192/04, in *NJW*, 2005, 2541 ss.

¹¹³⁹ Cfr. BGH, 5.12.2006, VI ZR 77/06, in *NJW*, 2007, 588 ss., caso in cui l'auto è stata venduta tre giorni dopo essere stata riparata, e per giunta alla medesima officina che tale riparazione aveva effettuato. Per una conferma, seppure in *obiter*, cfr. anche BGH, 27.11.2007, VI ZR 56/07, cit. V. anche BGH 7.6.2005, VI ZR 192/04, cit. In dottrina cfr. HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 302; LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH*, cit., 137.

¹¹⁴⁰ Cfr. HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, cit., 209; HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, cit., 301; LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH*, cit. 138.

¹¹⁴¹ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 104, § 347; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 178, s. 34; BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 279, s. 31.

ad una naturale decadenza la cui durata è inferiore a quella del veicolo, che quindi dovevano essere in ogni caso sostituiti¹¹⁴², quali copertoni, batterie, motorino d'avviamento, ammortizzatori, lampadine, ecc.¹¹⁴³. Si tratta di un adeguamento al ribasso che va valutato caso per caso, e che in genere non è però di rilevante portata. Non vengono invece in genere risarciti i danni derivanti dal mancato uso di beni accessori all'auto, nonché i costi di gestione dell'auto inutilmente sostenuti durante la riparazione. Quindi non spetta nulla per l'eventuale affitto del garage, per i costi di assicurazione, per gli interessi eventualmente pagati per il leasing o l'acquisto rateale dell'auto, poiché si ritiene che tali costi ci sarebbero stati anche se non ci fosse stato il danneggiamento dell'auto, e dunque non possono essere dedotti quali costi risarcibili¹¹⁴⁴.

11.3) Il risarcimento delle “disutilità” derivanti dal mancato uso del veicolo incidentato: il noleggio di un'auto sostitutiva.

Si è poi considerato che la possibilità di far uso a propria discrezione di un veicolo parcheggiato nel proprio garage o davanti alla porta di casa, e soprattutto l'immediata disponibilità dello stesso, al giorno d'oggi deve essere considerata ad ogni effetto come un vantaggio economicamente misurabile¹¹⁴⁵. La possibilità d'uso viene infatti conseguita con l'impiego di una somma del proprio patrimonio necessario all'acquisto dell'auto, ed è quindi plausibile che la stessa possa essere considerata un valore commercialmente stimabile¹¹⁴⁶. E del resto i costi per il noleggio rappresentano la più lineare dimostrazione del valore che può avere la disponibilità di un veicolo¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 294, s. 9, e 340, ss. 172 ss., che quale esempio di deducibilità del valore del *neu für alt* segnalano l'ipotesi della riverniciatura completa di una vecchia auto che poteva essere riparata con una verniciatura parziale senza che ciò avesse alterato l'omogeneità del colore della carrozzeria. Cfr. anche BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 303, s. 33.

¹¹⁴³ Cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 280, s. 31; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 344, s. 190.

¹¹⁴⁴ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 328, s. 671.

¹¹⁴⁵ Considerazioni queste che si rinvengono già nella risalente sentenza BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, cit. Più di recente cfr. BGH, 10.6.2008, VI ZR 246/07, in *ZFS*, 2008, 501 ss., e in *MDR* 2008, 969 ss. In letteratura sull'argomento cfr. MEDICUS, § 249 *BGB*, cit., 391, s. 35; TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 208, s. 10; SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit. 132, s. 265.

¹¹⁴⁶ Cfr. MEDICUS, § 249 *BGB*, cit., 391, s. 35.

¹¹⁴⁷ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 437, s. 100; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 330, s. 672.

In effetti da decenni la giurisprudenza del BGH riconosce al danneggiato il diritto di avvalersi di un'auto sostitutiva per il periodo di indisponibilità di quella incidentata¹¹⁴⁸, a condizione però che l'interessato dimostri sia la ragionevole esigenza di far uso dell'auto, sia che era nelle condizioni oggettive e soggettive di farne uso¹¹⁴⁹; occorre in altri termini che il disagio per il mancato impiego dell'auto sia suscettibile

¹¹⁴⁸ Tra le pronunce più recenti cfr. BGH, 2.2.2010, VI ZR 139/08, in *NJW*, 2010, 1445 ss., e in *MDR*, 2010, 567 ss. Per la trattazione dell'argomento in dottrina si rinvia a BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 288, s. 12; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 330, s. 672. Si precisa al riguardo in HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 440, s. 116, che se nonostante il sinistro l'auto è marciante e idonea alla circolazione, il periodo di indisponibilità da tenere presente ai fini dell'impiego di un'auto sostitutiva è quello strettamente correlato al tempo della riparazione. Vale a dire che non verrà computato il periodo in cui il danneggiato abbia lasciato l'auto in officina prima della riparazione, pur sapendo che il lavoro sarebbe stato fatto a distanza di giorni o per la mancanza di pezzi di ricambio, o perché l'officina doveva prima occuparsi di altre riparazioni.

¹¹⁴⁹ Dell'impossibilità oggettiva e soggettiva che avrebbe avuto il danneggiato di adoperare il veicolo se non fosse stato messo fuori uso dall'incidente la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi in relazione alla diversa questione della risarcibilità del danno da mancato uso del veicolo, ossia quello che viene riconosciuto al danneggiato che, pur avendone in astratto il diritto, rinuncia in concreto a noleggiare un veicolo sostitutivo. Tuttavia è chiaro che, stante l'evidente analogia, i principi elaborati in quel contesto sono applicabili senza particolari accorgimenti anche nel momento in cui sia in questione la valutazione dell'opportunità di noleggiare un veicolo sostitutivo. Tanto premesso, tra i motivi soggettivi può essere annoverato anche il caso in cui sia stata ritirata la patente di guida, ipotesi trattata da BGH, 31.10.1974, III ZR 85/73, in *NJW*, 1975, 347, e da BGH, 18.9.1975, III ZR 139/73, in *NJW*, 1975, 2341. In ambedue le fattispecie la patente era stata ritirata sul presupposto che il conducente fosse in stato di ebbrezza. A seguito delle controanalisi il tasso alcolemico era invece risultato contenuto nei limiti di legge. Gli interessati hanno quindi agito chiedendo il risarcimento per non aver potuto fare uso dell'auto nel periodo dell'illegittimo sequestro della patente. Ma il BGH ha osservato non era qui in questione l'inservibilità della cosa, la quale solo avrebbe potuto giustificare un risarcimento nel senso inteso, bensì l'illegittimità di un provvedimento amministrativo inerente la persona del diretto interessato, che pertanto avrebbe potuto pretendere solo il risarcimento del danno derivante dall'illecito operato della pubblica amministrazione. La sentenza precisa poi che altro sarebbe se si fosse trattato del sequestro dei documenti dell'auto. In quel caso, infatti, il pregiudizio sarebbe ricaduto direttamente sul bene del quale l'interessato avrebbe fatto uso in mancanza del provvedimento illegittimo. Ulteriore causa soggettiva che esclude il risarcimento è la mancanza delle condizioni psico-fisiche, derivante da malattia o lesioni, dipendenti o meno che siano dall'incidente. Se ne è occupato, tra le altre, anche BGH, 7.6.1968, VI ZR 40/67, in *NJW*, 1968, 1778, in cui si precisa, tra l'altro, in *obiter* che tale preclusione al risarcimento verrebbe meno nel caso in cui il veicolo incidentato fosse nella disponibilità di più persone che ne facevano un uso regolare. E infatti in BGH, 16.10.1973, VI ZR 96/72, in *NJW*, 1974, 33, è stata riconosciuta la risarcibilità del *Nutzungsfall* poiché, nonostante il proprietario non fosse in possesso della patente, dell'auto danneggiata facevano regolare uso i suoi familiari. Alle medesime conclusioni è poi pervenuto anche BGH, 28.1.1975, VI ZR 143/73, in *NJW*, 1975, 922 in cui l'auto era usata sia dal proprietario temporaneamente impossibilitato a condurla per le lesioni riportate nel sinistro, sia però anche dalla sua convivente, non essendo ai fini del riconoscimento del danno richiesta la sussistenza di legami familiari, sono dovendosi riscontrare la riferibilità del pregiudizio derivante della privazione dell'uso del veicolo. Per una panoramica dell'argomento si rinvia a HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 440 ss., ss. 119 ss., in cui si segnala tra l'altro come tra le ragioni oggettive in astratto ipotizzabili possano essere prese in considerazione le sospensioni della circolazione – tipo quelle a giorni alterni per targhe pari o dispari - imposte dall'autorità per tutela ambientale o per altre ragioni contingenti.

di essere percepito come tale dal danneggiato¹¹⁵⁰ e che il noleggio di un'auto sostitutiva risulti essere, in ragione delle circostanze della singola fattispecie, necessario¹¹⁵¹. Disagio e necessità di che di massima non si ritiene sussistano quando il danneggiato ha a disposizione una seconda autovettura di cui può far uso¹¹⁵².

Al danneggiato si richiede poi, in applicazione del principio dello *Schadensminderungspflicht* - che discende dal disposto del § 254, II° co., BGB - di limitare per quanto più gli è possibile le conseguenze del danno, comportandosi come avrebbe fatto in quella specifica situazione un soggetto ragionevole ed economicamente accorto¹¹⁵³. L'interessato dovrà pertanto in primo luogo ricorrere al noleggio di un veicolo equivalente a quello del modello incidentato¹¹⁵⁴, e sarà poi tenuto a compiere una per quanto superficiale indagine di mercato che gli consenta di individuare, tra le varie disponibili, l'offerta commerciale meno onerosa nell'ambito del proprio contesto territoriale di riferimento¹¹⁵⁵.

È bene chiarire che si tratta di una indicazione di carattere generale, richiedendosi nella sostanza un approccio di buon senso¹¹⁵⁶, e sempre fermo restando che per le particolari circostanze delle singole fattispecie, quali potrebbero essere ad esempio la necessità di avere immediatamente a disposizione l'auto sostitutiva o in ogni caso la

¹¹⁵⁰ Cfr. BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, cit.; BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, cit. Cfr. anche KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, cit., 210.

¹¹⁵¹ Cfr. *ex plurimis* BGH, 25.10.2005, VI ZR 9/05, in *NJW*, 2006, 360. In dottrina cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 465, s. 236.

¹¹⁵² Cfr. BGH, 14.10.1975, VI ZR 255/74, in *NJW*, 1976, 286, che invero afferma tale principio in *obiter*. In dottrina cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 194, s. 73; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 320, s. 58; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, cit., 210.

¹¹⁵³ Cfr. BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07, cit.; BGH, 26.6.2007, VI ZR 163/06, in *NJW*, 2007, 2916; BGH, 12.6.2007, VI ZR 161/06, in *NJW*, 2007, 2758 ss.

¹¹⁵⁴ Cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 321, s. 60.

¹¹⁵⁵ Cfr. BGH, 2.2.2010, VI ZR 139/08, cit.; BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07, cit.; BGH, 26.6.2007, VI ZR 163/06, cit.; BGH, 12.6.2007, VI ZR 161/06, cit. Per una più ampia rassegna di giurisprudenza v. RIEDMEYER, *Mitwagenkosten nach der modifizierten BGH-Rechtsprechung*, in *NJW Spezial*, 2010, Heft 7, 201 ss., 201.

¹¹⁵⁶ Come sintetizzato da HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 449, s. 181, la giurisprudenza, con massima sostanzialmente ricorrente, considera adeguata la spesa sostenuta per l'auto sostitutiva quando essa corrisponde ai costi che in un'ottica di ragionevolezza (economica) avrebbe necessariamente sostenuto chi si fosse trovato nella medesima condizione del danneggiato per compensare il disagio derivante dalla temporanea privazione dell'uso del veicolo. Non è dunque ritenuto ragionevole, quantomeno in linea di principio e salva l'indisponibilità oggettiva di modelli con caratteristiche omologhe a quelle del veicolo incidentato, il noleggio di un'auto con caratteristiche di livello superiore. Ma al contempo (450, § 185) ai fini dell'equivalenza, non svolge alcun rilievo il fatto che il veicolo incidentato fosse più o meno datato, essendo determinanti semmai i parametri della cilindrata, della comodità e delle prestazioni complessive.

non accessibilità a tariffe preferenziali¹¹⁵⁷, l'interessato potrebbe non essere nella condizione di operare una scelta ispirata al massimo risparmio¹¹⁵⁸.

Si può pensare al caso di chi si trovi nella condizione di dover proseguire con urgenza il viaggio interrotto dall'incidente, e che quindi non sia nella condizione di operare scelte oculate, o di chi avesse intrapreso, o stesse per intraprendere, un viaggio per ferie o per lavoro, ipotesi nelle quali si deve necessariamente prescindere da considerazioni di ragionevolezza economica¹¹⁵⁹.

Per quanto concerne la valutazione dell'adeguatezza della tariffa giornaliera, i giudici si avvalgono di tabelle elaborate da esperti che comparano le offerte commerciali praticate dalle varie compagnie nelle singole circoscrizioni territoriali individuate in ragione del codice di avviamento postale¹¹⁶⁰. Va osservato che comunque la giurisprudenza ammette, al ricorrere di determinate condizioni, che possano essere giustificate anche tariffe più onerose di quelle ordinarie¹¹⁶¹. In genere si considerano

¹¹⁵⁷ Per costante indirizzo – cfr. *ex plurimis* BGH 13.6.2006, VI ZR 161/05, in *NJW*, 2006, 2621 – nel caso in cui il danneggiato si rivolga ad un solo noleggiatore senza fare alcuna comparazione con altre offerte commerciali, accettando una tariffa che all'atto pratico si rivela essere sensibilmente più costosa di altre alle quali avrebbe potuto avere accesso senza particolari difficoltà, gli verrà riconosciuto un risarcimento nel limite della tariffa più conveniente, l'eccedenza rispetto alla quale verrà quindi posto a suo carico. Il danneggiato dovrà quindi dimostrare di aver contattato almeno più di un operatore commerciale, e di aver scelto, tra le varie, l'offerta più economica.

¹¹⁵⁸ Cfr. BGH, 2.2.2010, VI ZR 139/08, cit.; BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07; BGH, 26.6.2007, VI ZR 163/06, cit.; BGH, 12.6.2007, VI ZR 161/06, cit.

¹¹⁵⁹ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 191, ss. 65 e 66; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 472, ss. 262 ss.

¹¹⁶⁰ Si tratta della c.d. *Schwackeliste*, detta anche *Schwacke Mietpreisspiegel*, alla quale fanno in genere riferimento tutti gli operatori del settore, e della quale, per quel che più interessa, si avvalgono anche i giudici. Eccezioni rispetto ai dati di tali tabelle trovano difficilmente accoglimento, a meno che non siano fondate su specifiche circostanze della concreta fattispecie in esame. *Ex plurimis* cfr. BGH, 2.2.2010, VI ZR 139/08, cit.; BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07, cit.; BGH, 26.6.2007, VI ZR 163/06, cit.; BGH, 4.7.2006, VI ZR 237/05, in *NJW*, 2006, 2693; BGH 13.6.2006, VI ZR 161/05, cit. In dottrina cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 455, s. 201, e BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 322, s. 61; RIEDMEYER, *Mitwagenkosten nach der modifizierten BGH-Rechtsprechung*, cit., 201.

¹¹⁶¹ Nella prassi si verifica frequentemente che il danneggiato scelga una tariffa che le varie imprese predispongono al fine di garantire la massima copertura dai rischi connessi alla guida dell'auto presa a noleggio. Si tratta della c.d. *Unfallersatztarif* (tariffa risarcitoria per incidenti), che può anche prevedere ulteriori prestazioni accessorie, i cui costi in genere sono sensibilmente superiori a quelli delle tariffe ordinarie. La giurisprudenza riconosce questi costi aggiuntivi solo a condizione che la "struttura" della tariffa più onerosa sia giustificata dalle particolari condizioni della singola fattispecie, quale potrebbe essere ad esempio il caso di un finanziamento offerto al fine di coprire i costi di noleggio per chi non abbia disponibilità economica, o una copertura assicurativa per il rischio che l'addebito di responsabilità possa individuare un concorso di responsabilità a carico del danneggiato che ha noleggiato l'auto. Per gli approfondimenti in ordine ai menzionati parametri di valutazione cfr. *ex plurimis* BGH 12.10.2004, VI ZR 151/03, in *NJW*, 2005, 51 ss.; BGH 26.10.2004, VI ZR 300/03, in *NJW*, 2005, 135 ss. Per una sintesi riepilogativa in merito cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 122, s. 396; RIEDMEYER, *Mitwagenkosten nach der modifizierten BGH-Rechtsprechung*, cit., 201.

risarcibili anche i costi eventualmente sostenuti per la piena copertura assicurativa dai rischi di danneggiamento del veicolo noleggiato (c.d. formula Kasko)¹¹⁶².

Il secondo fattore che incide in modo determinante sul costo di noleggio è la durata dell'indisponibilità del mezzo incidentato, che dipende per lo più dai tempi necessari alla riparazione, rispetto ai quali si procede con valutazioni peritali operate sulla scorta di indagini peritali e di standard tabellari.

La giurisprudenza è però molto attenta anche al comportamento del danneggiato, al quale richiede di attivarsi per ridurre per quanto gli è possibile il periodo di indisponibilità del veicolo e, dunque, del conseguente noleggio, pena l'addebito dei costi relativi alla dilatazione dei tempi imputabili un atteggiamento non virtuoso.

Per chiarire i termini della questione si può pensare all'ipotesi di un veicolo che, nonostante il danno subito, è comunque marciante e conforme ai parametri minimi richiesti per la sicurezza stradale. In questo caso prima di consegnare il veicolo in officina il danneggiato si dovrà preoccupare di far procurare i pezzi di ricambio necessari alla riparazione ed eventualmente di far verniciare le parti di carrozzeria da sostituire¹¹⁶³.

Parimenti, se i tempi di riparazione si prevedono già *ex ante* come particolarmente dilatati, o se già prima del sinistro era stata ordinata un'auto nuova della quale si attende la consegna, il danneggiato è tenuto a valutare se, piuttosto del noleggio, non sia al limite più conveniente il ricorso all'acquisto di un'auto sostitutiva nelle more della riparazione di quella incidentata o della consegna della nuova¹¹⁶⁴.

Va però tenuto presente che seppure l'acquisto di un'auto sostitutiva fosse in astratto meno dispendioso, il tempo necessario a sceglierla e immatricolarla potrebbe non essere compatibile con le esigenze del danneggiato, che potrebbe avere l'esigenza di disporre immediatamente di un veicolo con cui spostarsi per motivi di lavoro, familiari, o altre fondate ragioni, che andrebbero allora considerate come prevalenti

¹¹⁶² Cfr. BGH, 25.10.2005, VI ZR 9/05, cit. In merito al limite di risarcibilità dei costi assicurativi accessori cfr. anche BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 197, s. 83.

¹¹⁶³ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 469, s. 253.

¹¹⁶⁴ Cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 321, s. 59. È chiaro poi che questa c.d. *Interimsfahrzeug*, ovvero auto acquistata in via provvisoria, una volta che ne sia venuta meno la necessità dovrà essere ulteriormente rivenduta, e il ricavato della vendita dovrà essere dedotto dall'importo calcolato ai fini del risarcimento. Al riguardo cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 118, s. 382; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 473, s. 269. Cfr. anche BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 195, s. 74.

sull'esigenza di rispetto del contenimento dei costi¹¹⁶⁵. Si aggiunga che l'acquisto di un'auto interinale non comporta solo le spese di acquisto, ma anche quelle di assicurazione, l'immatricolazione e la successiva cancellazione, senza contare le incertezze relative alla somma che è possibile realizzare con la rivendita del veicolo, argomenti che fanno preferire l'acquisto di un'auto interinale solo laddove sia stimabile *ex ante* una significativa differenza di spesa¹¹⁶⁶.

Se poi i danni siano tali da doversi ipotizzare spese di riparazione eccessive, ossia se potenzialmente ricorra l'ipotesi del *wirtschaftliche Totalschaden*, il danneggiato - se non è oggettivamente impedito perché, ad esempio, costretto al ricovero ospedaliero, e sempre che terze persone, quali ad esempio un familiare o un cointestatario non siano nelle condizioni di potere e/o dovere decidere in sua vece - è tenuto a contattare senza indugio un perito per la stima del danno, alla stregua della quale, con altrettanta solerzia, potrà poi decidere se effettuare la riparazione - e disporre in merito all'esecuzione del lavoro - o se acquistare un veicolo equivalente¹¹⁶⁷.

In applicazione del medesimo principio l'opinione maggioritaria - sia in dottrina che in giurisprudenza - ritiene che il danneggiato sia tenuto a valutare l'opportunità di ricorrere all'uso di taxi o altri mezzi pubblici quando per l'esigua distanza quotidianamente percorsa - indicativamente stimata tra i 20 e i 30 km al giorno in media - tale opzione potrebbe rivelarsi meno dispendiosa¹¹⁶⁸. L'opinione avversa osserva però che tale interpretazione si scontra con la logica secondo cui la disponibilità di un'auto è un valore aggiunto in sé, e che quando qualcuno si

¹¹⁶⁵ Nel caso trattato da BGH, 2.7.1985, VI ZR 86/84, in *NJW*, 1985, 2637 ss., si discuteva di un sinistro verificatosi nel corso di un viaggio intrapreso da un lavoratore immigrato che stava andando in Turchia a trascorrere un periodo di ferie. In premessa il BGH ha stabilito che non è possibile stabilire regole valide in assoluto, risultando determinanti le circostanze delle singole fattispecie. Ha poi chiarito che in linea di principio il noleggio per un simile viaggio, evidentemente dispendioso, non sarebbe giustificato qualora fosse possibile spostare senza difficoltà la data per la partenza. Ma nel caso di specie non si poteva ragionevolmente imporre al danneggiato il differimento, che nella sostanza avrebbe significato l'impossibilità di godere della vacanza, ed è stato pertanto riconosciuto il risarcimento per il costo del noleggio nonostante questo ammontasse a quasi il doppio del valore calcolato per l'acquisto di un veicolo equivalente.

¹¹⁶⁶ In questi termini cfr. OLG Celle, 24.10.2007, in *NJW*, 2008, 446.

¹¹⁶⁷ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 444, ss. 146 ss., secondo cui il danneggiato, a seconda del tipo di danno e dunque delle difficoltà incontrate dal perito, è chiamato ad effettuare una scelta in un lasso di tempo complessivamente compreso tra i tre ed i dieci giorni se opta poi per la riparazione, e fino a quattordici giorni decorrenti dalla consegna della perizia per l'acquisto di un veicolo equivalente. Eventuali indugi nella decisione che determinassero un'eccedenza rispetto al periodo considerato congruo ricadrebbero sul danneggiato, al quale - per l'esubero - non verrebbero riconosciuti i costi eventualmente sostenuti per il noleggio.

¹¹⁶⁸ Cfr. Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 194, s. 72; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 320, s. 58.

determina ad acquistare un'automobile, questo basta ed avanza a dimostrare il suo interesse ad averla a pronta disposizione, a prescindere dall'uso più o meno frequente e/o intensivo che intende farne¹¹⁶⁹. A ciò si aggiunga che non sempre il taxi è una scelta opzionabile da chi risiede in contesti extraurbani, e non sarebbe comunque semplice capire come ci si dovrebbe regolare nel caso in cui l'auto venga usata con cadenze irregolari, ad esempio per viaggi nel fine settimana di un centinaio di km., per i quali il ricorso al taxi si rivelerebbe in ogni caso estremamente dispendioso. Anche per le segnalate difficoltà applicative sul punto non sono ancora state raggiunti stabili conclusioni¹¹⁷⁰.

Se il danneggiato provvede alla riparazione in proprio, gli verranno riconosciute le spese di noleggio relative al periodo di indisponibilità stimato dal perito, ossia quelle che sarebbero state comunque necessarie se per la riparazione si fosse rivolto a un'officina¹¹⁷¹. Non è in ogni caso ammessa la risarcibilità di costi di noleggio fittizi, nel senso che la spesa sostenuta per procurarsi un'auto sostitutiva per la durata della riparazione deve essere puntualmente comprovata¹¹⁷². Diversa questione è invece quella del ristoro del pregiudizio per il venir meno della disponibilità dell'auto nel caso in cui il danneggiato rinunci all'auto sostitutiva, e per la quale si dirà a breve.

Occorre, infine, operare la deduzione dei risparmi di spesa che sono derivati al danneggiato per non aver utilizzato la propria auto nel corso del periodo del noleggio. In genere questo storno viene preso in considerazione nel caso in cui siano stati percorsi almeno mille km., poiché al di sotto di tale soglia il risparmio in termini di consumo di olio, pneumatici, ecc. sarebbe impercettibile, e comunque non concretamente misurabile¹¹⁷³. Qualora invece la percorrenza compiuta con l'auto noleggiata sia stata di un certo rilievo, dai costi del noleggio viene detratta una percentuale prossima al 15%, deduzione che non viene invece fatta se il danneggiato ha noleggiato un'auto di categoria inferiore a quella incidentata¹¹⁷⁴.

11.4) segue: Il risarcimento del *Nutzungsausfall* (o danno da fermo tecnico).

¹¹⁶⁹ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 120, s. 389; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 476, ss. 281 ss.

¹¹⁷⁰ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 120, s. 389.

¹¹⁷¹ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 195, s. 76.

¹¹⁷² Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 437, s. 100.

¹¹⁷³ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 197, s. 80.

¹¹⁷⁴ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 197, s. 82.

Quanto si è sin qui trattato può comunque essere agevolmente inquadrato in un contesto di pregiudizi stimabili – direttamente o indirettamente - secondo criteri patrimoniali.

La prospettiva diviene però più interessante – soprattutto in chiave comparatistica - nel momento in cui si prende in considerazione l'ipotesi in cui il (proprietario e/o più in generale il) danneggiato rinuncia a munirsi di un'auto sostitutiva, arrangiandosi con l'uso di mezzi pubblici, con l'uso di veicoli alternativi, quali la bicicletta, il ciclomotore e quant'altro, o financo sfruttando la cortesia di amici o parenti che gli mettono a disposizione le proprie auto o magari gli danno occasionali passaggi¹¹⁷⁵.

In tutti questi casi, se si stesse al rigore imposto dal metodo differenziale, tranne le eventuali spese dimostrabili per l'uso di mezzi pubblici, il sistema del risarcimento del danno non consentirebbe di accordare alcuna forma di ristoro per il mancato uso del veicolo, né di tipo patrimoniale, né tantomeno di tipo non patrimoniale, non rientrando l'ipotesi al nostro vaglio nel novero delle fattispecie per le quali il § 253 BGB ammette la risarcibilità dei pregiudizi immateriali.

Tale vincolo giuridico viene però superato attraverso l'abituale riconoscimento del c.d. *Nutzungsausfallsentschädigung*, ovvero il risarcimento per il danno derivante dalla privazione dei vantaggi conseguibili con la disponibilità di un autoveicolo, un istituto di creazione giurisprudenziale risalente alla metà degli anni 60' del secolo scorso, sulla cui costruzione giuridica si è ampiamente trattato in precedenza¹¹⁷⁶, e che nei suoi fondamenti ha posto le premesse per l'estensione della risarcibilità del mancato godimento anche a beni diversi dai veicoli¹¹⁷⁷.

Il ragionamento seguito dalla giurisprudenza per affermare la risarcibilità del *Nutzungsausfall* discende in buona sostanza dai medesimi presupposti sui quali si fonda il riconoscimento del diritto a noleggiare un'auto sostitutiva, e cioè dal valore intrinseco economicamente quantificabile da attribuire alla immediata disponibilità

¹¹⁷⁵ In questi termini la questione trattata da BGH, 17.3.1970, VI ZR 108/68, in *NJW* 1970, 1120, uno dei primi interventi della corte federale sulla tematica alla quale è dedicato il presente paragrafo.

¹¹⁷⁶ Cfr. BGH, 30.9.1963, III ZR 137/1962, cit.

¹¹⁷⁷ La ricorrente massima della citata BGHZ, 9.7.1986, GSZ 1/86, cit., secondo la quale la risarcibilità del *Nutzungsausfall* di deve ammettere in generale per i beni la cui stabile disponibilità e impiego sono da considerare rilevanti per il mantenimento del tenore di vita, viene regolarmente richiamato dalle sentenze che si occupano di risarcibilità del fermo tecnico dei veicoli ad essa successivi. *Ex plurimis* cfr. BGH, 10.6.2008, VI ZR 248/07, cit.

di un veicolo, per garantirsi la quale si affrontano spese impegnative quali l'acquisto, la manutenzione e la custodia¹¹⁷⁸.

Ciò premesso, il BGH, fin dalle prime pronunce *in subiecta materia*, osserva come una volta ammesso che la privazione della possibilità di far uso di un veicolo è da considerare ad ogni effetto un danno patrimoniale, sarebbe irragionevole negare la sussistenza di tale pregiudizio, e la conseguente risarcibilità del medesimo, solo perché il danneggiato ha rinunciato al noleggio al quale avrebbe avuto diritto¹¹⁷⁹.

Al riguardo, partendo dalla considerazione che per tale via il danneggiato di fatto contiene i costi del risarcimento, alcuni interpreti ritengono che il risarcimento del *Nutzungsausfall* sarebbe da riguardare come una specie di *Sparsamkeitsprämie*, ovvero premio per la parsimonia dimostrata dal danneggiato che sceglie di interiorizzare i pregiudizi derivanti dal mancato uso dell'auto¹¹⁸⁰.

E comunque è sull'evoluzione di queste premesse dogmatiche che nel corso degli anni si è consolidato l'orientamento che, almeno in linea di principio, ammette pacificamente il diritto al risarcimento del *Nutzungsausfall* per il periodo di fermo tecnico necessario alle riparazioni.

Più in generale l'istituto del *Nutzungsausfall* trova applicazione ogni qualvolta il veicolo non possa essere utilizzato per cause imputabili a terzi. Il risarcimento per il mancato godimento è stato infatti riconosciuto anche nel caso della tardiva consegna del veicolo acquistato¹¹⁸¹ o dei documenti di circolazione¹¹⁸². Deve però trattarsi di un veicolo utilizzato per scopi non commerciali¹¹⁸³.

¹¹⁷⁸ Cfr. BGH, 30.9.1963, III ZR 137/1962, cit.; conf. BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, cit.

¹¹⁷⁹ Cfr. BGH, 30.9.1963, III ZR 137/1962, cit. Tra l'altro, come evidenziato da BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, cit., negare il riconoscimento del ristoro per il *Nutzungsausfall* potrebbe indurre la parte obbligata al risarcimento a tenere comportamenti scorretti. Se infatti l'assicurazione è tenuta a pagare solo nel caso in cui sia stata effettivamente noleggiata un'auto, è chiaro che farà di tutto per evitare che il danneggiato sia messo nelle condizioni per potersi procurare un'auto sostitutiva. In concreto ciò può accadere quando la parte offesa, priva di disponibilità economiche per pagare l'anticipo del noleggio, si rivolge all'assicurazione chiedendo che tale somma venga da lei corrisposta, che a questo punto avrebbe tutto l'interesse a non aderire alla richiesta del danneggiato.

¹¹⁸⁰ Cfr. BGH, 15.4.1966 – VI ZR 271/64, cit. In dottrina cfr. OETKER, § 249 *BGB*, cit., 312, s. 71; WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2058. Secondo GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 20, il riconoscimento del ristoro per il *Nutzungsausfall* si fonda sul ragionamento che se il danneggiato rinuncia ad avvalersi di un diritto, ciò non può tornare a vantaggio del danneggiante. Un concetto che viene sintetizzato attraverso la seguente efficace metafora: «*Der Geschädigte spart in die eigene Tasche, und nicht in die des Schädigers*», che tradotta significa: il danneggiato risparmia nelle proprie tasche, e non in quelle del danneggiante.

¹¹⁸¹ Cfr. BGH, 15.6.1983, VIII ZR 131/82, cit.

¹¹⁸² Cfr. BGH, 14.7.1982, VIII ZR 161/81, cit.

¹¹⁸³ Tra le sentenze più recenti cfr. *ex plurimis* BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, cit.

La giurisprudenza, infatti, ha sviluppato la teoria del danno da mancato uso con riferimento pressoché esclusivo ai veicoli di uso privato, e ciò in considerazione del fatto che l'indisponibilità di veicoli commerciali realizza pregiudizi patrimoniali che si concretizzano nel danno emergente e nel lucro cessante, ed a tale stregua deve quindi essere calcolata l'entità della perdita risarcibile secondo quanto prevede il § 252 BGB¹¹⁸⁴.

Inoltre, poiché il veicolo potrebbe essere stato nella disponibilità di più persone - come sovente accade in un contesto familiare - ciascuna di esse avrebbe potenzialmente diritto ad un proprio risarcimento a titolo di mancato uso¹¹⁸⁵. Il che però non incide in ogni caso sull'entità complessiva del risarcimento, essendo evidente che il pregiudizio per il mancato uso sarà per ciascun danneggiato proporzionalmente ridotto in ragione della limitata disponibilità dell'auto condivisa con gli altri utilizzatori¹¹⁸⁶.

In ordine ai presupposti necessari, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, così come avviene nel caso in cui l'auto venga effettivamente noleggiata, è necessario che il danneggiato (proprietario o possessore che sia)

¹¹⁸⁴ Il risarcimento del *Nutzungsanspruch* per l'indisponibilità di veicoli commerciali è stato espressamente negato da BGH, 4.12.2007, VI ZR 241/06, in *NJW*, 2008, 913 ss., il quale ha chiarito che l'impresa danneggiata ha diritto solamente al noleggio di un veicolo sostitutivo ed al ristoro dei pregiudizi patrimoniali provocati dalla mancata disponibilità del mezzo, in ordine alla dimostrazione dei quali l'onere della prova grava comunque, secondo i principi generali, in capo al danneggiato. Si segnalano tuttavia alcuni casi particolari, come quello trattato da BGH, 17.3.1970, VI ZR 108/68, cit., in cui il ristoro del *Nutzungsanspruch* è stato ammesso sul presupposto che il veicolo era sì utilizzato per l'esercizio dell'attività di impresa, ma anche per garantire la comodità dell'imprenditore che ogni giorno percorreva centinaia di km, una comodità che gli evitava stress e affaticamento, e che quindi alla fine doveva essere considerata ad ogni effetto come un vero e proprio vantaggio soggetto a una valutazione economica per la rinuncia al quale l'interessato doveva essere compensato; e quello di OLG Naumburg, 13.3.2008, in *NJW*, 2008, 2511 ss., pronuncia invero isolata nel panorama giurisprudenziale, la quale invece ha ammesso il risarcimento del *Nutzungsanspruch* anche per un veicolo usato per scopi commerciali. Invero si trattava di un furgone di uso promiscuo, che veniva destinato ad attività di impresa solo nei fine settimana, e precisamente per il trasporto di allestimenti per feste e discoteche, mentre per il resto era utilizzato come ordinario mezzo di trasporto per scopi privati. Ciò detto è pur vero che nell motivazione il Giudicante sostiene con convinzione la tesi che fonda l'esclusione della risarcibilità del danno da mancato godimento sul presupposto della destinazione d'uso del veicolo non sia giuridicamente sostenibile, in quanto questo realizzerebbe una discriminazione di quell'imprenditore che non sia in grado, come nel caso di specie, di dare una compiuta dimostrazione del mancato guadagno conseguente alla privazione della disponibilità del veicolo. Si tratta comunque di un caso del tutto particolare nel merito, e quanto alle determinazioni di diritto non consta che vi siano altri precedenti in termini. In dottrina sull'argomento cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 493, ss. 358 ss., e in particolare sui dettagliati criteri di calcolo 506, s. 413 ss. Cfr. anche BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 291, s. 16; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, cit., 215.

¹¹⁸⁵ Ipotesi queste che, come già chiarito nel precedente paragrafo, sono state trattate da BGH, 16.10.1973, VI ZR 96/72, cit., e BGH, 28.1.1975, VI ZR 143/73, cit.

¹¹⁸⁶ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 487, ss. 332 e 333.

dimostri che dal mancato uso dell'auto è a lui derivato un pregiudizio concretamente percepibile (*fühlbare Beeinträchtigung*)¹¹⁸⁷, in quanto dell'auto egli avrebbe voluto e - soprattutto - potuto fare uso¹¹⁸⁸.

Un onere di allegazione che invero non è particolarmente impegnativo, essendo in buona sostanza sufficiente allegare la indisponibilità di altri veicoli ed il presumibile impiego che dell'auto si sarebbe fatto.

Non si considera invece risarcibile il *Nutzungsausfall* nel momento in cui sia stata scelta la via del risarcimento fittizio dei costi di riparazione, poiché in tal caso difetterebbe il presupposto della dimostrabilità dell'effettiva indisponibilità del veicolo¹¹⁸⁹.

Occorrerà, ancora, dare contezza dell'intensità della ripercussione del mancato uso, pacifico essendo che ben diverso sarà il disagio – ed il corrispondente risarcimento riconosciuto – a seconda che l'auto venga utilizzata con cadenza quotidiana o solo nei fine settimana per brevi gite di piacere¹¹⁹⁰.

Quanto alla determinazione in concreto del danno due sono i parametri determinanti: il modello dell'autoveicolo e la durata della privazione del godimento.

Il valore per ciascuna giornata di mancata disponibilità del veicolo viene infatti stabilito, anche per quel che riguarda il *Nutzungsausfall*, facendo riferimento a tabelle elaborate da specialisti del settore che inseriscono i vari modelli di veicoli in commercio in classi di pregio con le corrispondenti tariffe, pari in genere al 30 – 35% circa del costo di noleggio di un veicolo equivalente a quello danneggiato¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 130, s. 421 e 422; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 199, s. 88; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 289, s. 14.

¹¹⁸⁸ In questi termini già BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, cit., e più di recente *ex plurimis* BGH 14.4.2010, VIII ZR 145/09, cit.; BGH, 18.12.2007, VI ZR 62/07, in *NJW*, 2008, 915 ss.; BGH, 10.6.2008, VI ZR 246/07, cit. Alla stessa stregua di quanto già si è visto poc'anzi in relazione ai presupposti che giustificano il noleggio di un'auto sostitutiva, in buona sostanza si considera che l'impossibilità soggettiva del danneggiato - perché ricoverato in ospedale, perché in viaggio all'estero, perché privato della patente di guida – o circostanze come il divieto di circolazione imposte dall'autorità escludano la risarcibilità del danno da mancato uso, poiché per l'appunto l'interessato non avrebbe comunque potuto utilizzare l'auto nemmeno se l'avesse avuta a disposizione. Sul punto cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 199, s. 87; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 289, s. 14; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 488, s. 334; 489, ss. 339 ss.; SCHULTE, *Schadensersatz in Geld für Entbehrungen*, cit., 115.

¹¹⁸⁹ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 199, s. 86.

¹¹⁹⁰ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 491, s. 353.

¹¹⁹¹ Il prontuario del quale si avvale abitualmente la giurisprudenza è quello elaborato da Sanden, Dänner e Küppersbusch, pubblicato per la prima volta nel 1966, aggiornato annualmente. I veicoli sono suddivisi in 10 diverse classi con importi che, nell'edizione del 2009, andavano dai 23 ai 175

Una parte della giurisprudenza ritiene poi che anche l'età del veicolo sia un fattore da considerare ai fini della determinazione dell'entità del *Nutzunsausfallschadenersatz*. Secondo questo orientamento fino ai primi cinque anni di vita viene ordinariamente applicata la tariffa risultante dalla classe di pregio del veicolo¹¹⁹². Decorsi cinque anni dalla prima immatricolazione viene invece operata una declassazione alla tariffa inferiore, e al decorrere del decimo anno di due classi¹¹⁹³, fino quasi a giungere al totale azzeramento del danno liquidabile per veicoli superiori ai quindici anni di vita¹¹⁹⁴, per i quali si prevede tendenzialmente il ristoro dei soli costi fissi di esercizio inutilmente sostenuti (assicurazione, ecc.)¹¹⁹⁵.

Si tratta però di un criterio che gli interpreti – e una stessa parte dei tribunali - non condividono, in quanto viene osservato come al giorno d'oggi anche veicoli con una risalente immatricolazione, stanti le progredite tecniche di realizzazione, sono in grado di garantire prestazioni e confort assolutamente soddisfacenti, e dunque una riduzione del risarcimento sarebbe tutt'altro che condivisibile in considerazione del fatto che il pregiudizio che si va a ristorare è relativo alla comodità derivante dalla disponibilità di un veicolo, essendo in tale prospettiva irrilevante il tipo di prestazioni che l'auto è in grado di fornire¹¹⁹⁶. In adesione a questo ragionamento parte della giurisprudenza è orientata a prendere in considerazione un declassamento solo se già

euro al giorno. Il metodo usato dai compilatori prende a riferimento i costi medi di noleggio dei veicoli, e da essi deduce tutte le voci relative ai costi ed ai rischi di impresa. L'importo della diaria per il mancato uso del veicolo che si ottiene con questo sistema è generalmente compreso in una forbice tra il 30 ed il 40% dei costi di noleggio. Per applicazioni giurisprudenziali di tali tabelle cfr. BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, cit.; BGH 25.1.2005, cit.; BGH, 17.3.1970, VI ZR 108/68, cit. Per approfondimenti cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 500, ss. 384 ss.; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 200, s. 89; BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 290, s. 15; WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, cit., 273, s. 14/35.

¹¹⁹² Cfr. von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, in *ZfS*, 2007, 423 s., 424, al contributo del quale si rinvia per gli esaustivi approfondimenti sull'argomento e per i riferimenti giurisprudenziali.

¹¹⁹³ Cfr. OLG Hamm, 29.9.2003, in *R+S*, 2004, 168, che per un veicolo con 14 anni di vita ha applicato la riduzione di due classi.

¹¹⁹⁴ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 130, s. 429 ss.; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 200, s. 89; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 501, ss. 387 ss.; OETKER, § 249 *BGB*, cit., 314, s. 76.

¹¹⁹⁵ Cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 291, s. 15.

¹¹⁹⁶ Cfr. BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, cit.; BGH 25.1.2005, VI ZR 112/04, cit. In dottrina cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 132, s. 431 ss.; von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, cit., 424.

prima del sinistro il veicolo si presentasse in precarie condizioni generali o in un cattivo stato di manutenzione¹¹⁹⁷.

Sul punto il BGH ha assunto una posizione equivoca, avendo per un verso condiviso la posizione di chi ritiene che il risarcimento da mancato uso debba essere ridotto al crescere della vetustà del veicolo, senza però aver chiarito secondo quali criteri tale diminuzione dovesse essere operata, lasciando dunque alla giurisprudenza di merito libertà di azione in relazione alle singole fattispecie¹¹⁹⁸.

Indicazioni più concrete sono state invece date in relazione al calcolo della tariffa da applicare nel caso in cui il veicolo sia in cattive condizioni d'uso. Nel noto caso "Fiat 500" il BGH ha affermato infatti che, oltre all'anzianità del veicolo, si debba tenere conto anche dello stato di manutenzione dello stesso¹¹⁹⁹. Nella fattispecie l'auto non solo aveva 9 anni, ma presentava numerosi danni – tra cui perdita d'acqua dal tettuccio e dalle guarnizioni del parabrezza – circostanze per le quali è stato ritenuto congruo un risarcimento lievemente superiore alla stima delle sole spese di gestione ordinarie¹²⁰⁰.

La durata dell'indisponibilità viene invece stimata dai periti sulla base di tempi di lavorazione standard, anche nel caso in cui il danneggiato abbia provveduto a riparare l'auto in proprio¹²⁰¹.

Se però per le particolari circostanze della fattispecie, vuoi per difficoltà sopravvenute della riparazione, vuoi perché i pezzi di ricambio non sono facilmente reperibili, la riparazione si protrae, dovrà essere ragguagliato anche il periodo di indisponibilità utile ai fini del calcolo del risarcimento¹²⁰², a meno che non si debba

¹¹⁹⁷ Cfr. BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, cit.; BGH 25.1.2005, VI ZR 112/04, cit. In dottrina cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 200, s. 89.

¹¹⁹⁸ Cfr. BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, cit.; BGH 25.1.2005, VI ZR 112/04, cit. Cfr. von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, cit., 425, che osserva criticamente come la mancanza di una precisa linea di condotta ha determinato l'insorgenza di notevoli differenze tra le somme liquidate dai vari tribunali, con conseguenti eccessivi margini di incertezza.

¹¹⁹⁹ Cfr. BGH, 20.10.1987, X ZR 49/86 (KG), in *NJW*, 1988, 484.

¹²⁰⁰ Nel caso di specie, come anche evidenziato da von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, cit., 426, una difficoltà ulteriore era rappresentata dal fatto che la Fiat 500 non era più inserita nelle liste specializzate. Il veicolo che più si approssimava a quello in causa era la Fiat 126, già di per sé collocata tra le più basse classi di merito, la quale però aveva caratteristiche tecniche superiori a quelle della Fiat 500. Ecco per quale ragione il BGH ha ritenuto congruo il ristoro di una somma appena superiore a quella dei costi fissi di mantenimento.

¹²⁰¹ Cfr. BGH, 17.3.1992, VI ZR 226/91, cit.

¹²⁰² Cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 290, s. 15.

imputare al danneggiato la scelta di una officina inadeguata¹²⁰³. Occorre comunque che l'auto sia stata danneggiata al punto tale da non poter marciare in condizioni conformi agli standard di sicurezza stradale¹²⁰⁴.

Se sussiste un c.d. *Totalschaden*, o se comunque il danneggiato in considerazione dei rilevanti danni preferisce ricorrere all'acquisto di un diverso veicolo, il periodo che generalmente viene riconosciuto ai fini del risarcimento da mancato uso è pari a 14 giorni¹²⁰⁵.

Nel caso in cui, invece, già prima dell'incidente fosse stata ordinata una nuova auto, verrà considerato risarcibile l'intero periodo di indisponibilità fino alla definitiva consegna, a meno che, dato il prevedibilmente lungo tempo di attesa, non risultasse più conveniente acquistare - e poi rivendere - un veicolo sostitutivo¹²⁰⁶. Analogo ragionamento vale per il caso in cui, secondo un giudizio *ex ante*, siano prevedibili tempi di riparazione di particolare durata¹²⁰⁷.

Nell'uno come nell'altro caso, a prescindere dalla scelta operata, a meno che la differenza non risulti marginale, verrà in ogni caso riconosciuto il risarcimento corrispondente all'ipotesi meno onerosa¹²⁰⁸.

¹²⁰³ Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 498, s. 376.

¹²⁰⁴ Il che vuol dire, come precisato da Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 488, s. 337, che se l'auto, nonostante il danno subito, è marciante e risponde ai parametri di sicurezza, in difetto del presupposto dell'inutilizzabilità del veicolo al danneggiato non sarà riconosciuto alcun risarcimento per il mancato uso. Potrà semmai essere preso in considerazione il solo periodo durante il quale il veicolo viene trattenuto in officina per la riparazione. Cfr. anche BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 288, s. 12

¹²⁰⁵ Cfr. BGH, 10.3.2009, VI ZR 211/08, in *NJW Spezial*, 2009, 265 ss.; BGH, 18.12.2007, VI ZR 62/07, cit., Cfr. anche HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 500, s. 379. Merita di essere qui segnalata la vicenda trattata da BGH 25.1.2005, VI ZR 112/04, in *NJW*, 2005, 1044 ss., oggetto della quale era il risarcimento dei danni subiti da un'auto con quasi dieci anni di vita e una percorrenza di 160 mila km. Il danneggiato aveva tempestivamente comunicato all'assicurazione di non poter disporre del denaro necessario né all'esecuzione delle riparazioni, né all'acquisto di un'auto sostitutiva. La corte ha ritenuto che, per effetto dell'inerzia dell'assicurazione, al danneggiato dovesse essere riconosciuto l'intero periodo decorso dal sinistro fino all'effettivo pagamento del danno. Di conseguenza la somma liquidata è risultata di gran lunga superiore al valore del veicolo incidentato. È chiaro però che la deroga rispetto ai principi generali si spiega solo a fronte delle peculiari circostanze della vicenda trattata.

¹²⁰⁶ Cfr. BGH, 10.3.2009, VI ZR 211/08, cit., BGH, 18.12.2007, VI ZR 62/07, cit. Per approfondimenti in dottrina cfr. BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 290, s. 15.

¹²⁰⁷ Cfr. BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 198, s. 85.

¹²⁰⁸ Cfr. BGH, 10.3.2009, VI ZR 211/08, in *NJW*, 2009, 1663, commentata da RÜTTEN, *Kein Ersatz fiktiver Kosten eines Interimsfahrzeuges bei Geltendmachung von Nutzungsausfallentschädigung*, in *SVR*, 2009, Heft 11, 405 ss.; conf. BGH, 18.12.2007, cit. A una conclusione in parte diversa è invece pervenuto BGH, 10.3.2009, VI ZR 211/08, cit., caso in cui era stata ordinata una nuova auto prima che si verificasse il sinistro che aveva provocato la distruzione – *Totalschaden* – del veicolo della parte danneggiata. Sulla premessa che i costi per l'acquisto di un veicolo interinale sarebbero stati notevolmente inferiori a quelli stimabili a titolo di *Nutzungsaufall*, il risarcimento per il mancato uso è

Oltre ai classici autoveicoli, la risarcibilità del danno da mancato uso è ammessa anche per le motociclette¹²⁰⁹, ma è in genere subordinata alla dimostrazione che essa costituisce l'unico veicolo in grado di garantire la mobilità del danneggiato, diversamente non essendo ritenuti sussistere i presupposti per configurare un disagio meritevole di tutela¹²¹⁰. Tuttavia non sempre la eventuale disponibilità di un autoveicolo è stata ritenuta causa ostativa in senso assoluto. Il risarcimento del danno per il *Nutzungsausfall* è stato infatti ammesso anche nel caso in cui, nonostante la disponibilità di un'autovettura, il danneggiato aveva dimostrato che usava la moto tutti i giorni, compresi quelli in cui c'erano avverse condizioni meteorologiche, e che l'auto era adoperata per soddisfare altre esigenze familiari¹²¹¹.

stato riconosciuto nel limite di 14 giorni, quelli cioè che secondo la perizia sarebbero stati necessario per provvedere al riacquisto di un veicolo equivalente, mentre nulla è stato riconosciuto per il restante periodo poiché secondo il BGH «*Der Nutzungsausfall ist kein notwendiger Teil des Schadens am Kfz, sondern ein möglicher Folgeschaden. Es kommt darauf an, ob und in welchem Umfang ein solcher Schaden auch Tatsächlich eintritt. Der Klager hat keinen Ersatzwagen gekauft und wieder verkauft. Ihm ist deshalb insoweit auch kein Vermögensschaden entstanden und deshalb steht ihm auch kein Nutzungsausfall in Höhe dieser - nur fiktiven - Kosten zu*». In buona sostanza secondo il BGH al danneggiato non può essere riconosciuto un risarcimento a titolo di *Nutzungsausfall* equivalente alla spesa che avrebbe dovuto sostenere per l'acquisto di un'auto sostitutiva. Una conclusione che non pare in linea con l'impianto giuridico del *Nutzungsausfall* per come lo ha costruito la stessa giurisprudenza della corte federale. Non si vede cioè per quale ragione il mancato noleggio di un'auto viene risarcito sulla base di un danno fittiziamente stimato, mentre invece lo stesso risarcimento deve essere negato quando il danneggiato chiede di ottenere l'equivalente alla minor spesa tra *Nutzungsausfall* e costi di acquisto di un veicolo interinale. Una sentenza che dunque non convince, e che per il vero rimane, quantomeno al momento, un caso isolato nel panorama giurisprudenziale. Per una sintesi esaustiva della giurisprudenza in tale ambito cfr. anche ROLAND, *Interimsfahrzeug und Fahrzeugausfallschaden*, in SVR, 2010, Heft 2, 49 ss.

¹²⁰⁹ Cfr. OLG Düsseldorf, 10.3.2008, in *NJW Spezial*, 2008, 426 ss.; LG München, 5.12.2003, in *DAR*, 2004, 155; AG Hamm, 10.11.1992, in *VersR*, 1993, 987; AG Wiesbaden, 6.5.1991, in *ZfS*, 1991, 339.

¹²¹⁰ In applicazione di questi principi hanno negato la risarcibilità del *Nutzungsausfall* LG Wuppertal, 20.12.2007 – 9 S 415/06, in *NZV*, 2008, 206 ss.; KG, 26.11.2003, a conferma di LG Berlin, 25.2.2003, in banca dati *Beck On line*; OLG Saarbrücken, 30.3.1990, in *NZV*, 1990, 312. Si soffermano sulla questione in particolare BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 133, s. 437, e BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 200, s. 89.

¹²¹¹ Così in LG München, 5.12.2003, cit., che ha liquidato un risarcimento di 66 euro al giorno per i circa 40 giorni necessari alla riparazione. Per la peculiare conclusione cui è giunta va poi segnalata OLG Düsseldorf, 10.3.2008, cit. La Corte, in revisione della sentenza di primo grado che lo aveva negato, ha riconosciuto un consistente risarcimento (ben 3400 euro circa a fronte di 78 giorni di indisponibilità provocati dalla necessità di reperire all'estero un raro pezzo di ricambio) per il mancato uso di una lussuosa motocicletta nonostante il danneggiato avesse a disposizione anche un'auto. Secondo il giudicante non solo era stato dimostrato che la moto era il mezzo usato in via preferenziale dal danneggiato per i suoi spostamenti, ma pure si doveva considerare la circostanza che un veicolo "di lusso" per un verso soddisfa l'esigenza di mobilità, ma per l'altro offre anche una piacevolezza di guida che non può essere compensata da un veicolo ordinario. La corte ha anche avuto la premura di precisare, con l'evidente intento di precostituire una difesa rispetto alle prevedibili critiche, che questa "piacevolezza" non è da considerare una utilità immateriale, al risarcimento della quale sarebbe di ostacolo l'invalidabile baluardo del § 253 BGB. È invece da valutare ad ogni effetto come un pregiudizio patrimoniale, in quanto chi acquista un bene di lusso, o in ogni caso un veicolo di particolare pregio, lo fa proprio per assicurarsi, oltre alla mobilità, anche un valore accessorio costituito dalla piacevolezza che offre proprio quel determinato veicolo. Diversamente, conclude la

Più controverso il quadro per quel che riguarda i camper e le roulotte. Per quel che riguarda i camper, secondo il tradizionale indirizzo, a meno che il veicolo non sia impiegato quale mezzo di trasporto ordinario, il danno da mancato utilizzo non si configurerebbe¹²¹². Quanto invece alle roulotte, trattandosi di rimorchi che da soli non sono in grado di soddisfare quelle esigenze di mobilità che sono poste a fondamento della patrimonializzazione del *Nutzungsausfall*, non viene ritenuta ammissibile alcuna forma di risarcimento¹²¹³.

Tale dominante orientamento non considera infatti risarcibile il c.d. *Genussschmälerung*, ossia la diminuzione di piacere provocata dalla privazione di beni come camper e caravan destinati per lo più all'organizzazione del tempo libero, in quanto si ritiene che questo "mancato godimento" sia privo di ricadute economicamente significative sul tenore di vita¹²¹⁴.

Corte, di dovrebbe anche liquidare una somma fissa per il *Nutzungsausfall* a prescindere dal modello di veicolo incidentato. Il che non avviene, in quanto, per l'appunto, è proprio in ragione del diverso valore commerciale che i veicoli vengono catalogati in classi, con una conseguente differenziata quantificazione del danno derivante dal mancato godimento. Fermo restando che si tratta di una sentenza di merito, va detto che la motivazione introduce elementi di apprezzamento di disutilità di un certo interesse che la giurisprudenza tedesca non è solita prendere in considerazione.

¹²¹² In questi termini nega il risarcimento BGH, 10.6.2008, VI ZR 248/07, cit. Nella giurisprudenza di merito cfr. AG Sinzig, 20.7.1988, in *NZV*, 1989, 77 ss., e in *ZfS*, 1989, 125 (solo massima), caso in cui è stata giudicata irrilevante la circostanza che il danneggiato stesse per intraprendere il viaggio per le vacanze. Essendo invece il camper adoperato, in tutto o in parte, alla stregua di un ordinario veicolo per le esigenze quotidiane di movimento, ne hanno ammesso la risarcibilità: OLG Celle, 8.1.2004, in *NJW – RR*, 2004, 598, in un caso in cui il camper era stato distrutto, e il danneggiato se ne era dovuto procurare uno nuovo. Tuttavia, a fronte della richiesta di un *Nutzungsausfall* per l'intero periodo trascorso tra l'incidente e il riacquisto, pari a circa sei mesi, la Corte, sul presupposto che il camper era utilizzato quale veicolo ordinario solo per una media di tre giorni alla settimana, ha riconosciuto il risarcimento limitatamente a 59 giorni, risultanti dalla moltiplicazione delle settimane di privazione del mezzo per i tre giorni di utilizzo settimanale abituale; OLG Düsseldorf, 28.8.2000, in *VersR*, 2001, 208 ss.; OLG Hamm, 26.1.1989, in *VersR*, 1990, 864, e in *ZfS*, 1989, 266 (solo massima); AG Augsburg, 12.8.1987, in *ZfS*, 1988, 8 ss.; LG Kiel, 16.5.1986, in *NJW – RR*, 1987, 1515 ss, per il solo periodo in cui il danneggiato avrebbe utilizzato il camper per trascorrere le ferie.

¹²¹³ Cfr. BGH, 15.12.1982, VIII ZR 315/80, in *NJW*, 1983, 444 ss. Cfr. anche OLG Düsseldorf, 28.8.2000, cit., che nel riconoscere la risarcibilità del mancato godimento del camper evidenzia come tale risarcimento non sarebbe invece previsto per roulotte e caravan, appunto perché accessori che autonomamente non sono in grado di soddisfare le esigenze di mobilità garantite da un veicolo ordinario.

¹²¹⁴ Cfr. BGH, 10.6.2008, VI ZR 246/07, cit. Tale orientamento, che nella sostanza non considera il camper o la roulotte un veicolo deputato a soddisfare le quotidiane necessità, è stato fermamente criticato da MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 330, s. 673, secondo cui questo ragionamento non coglierebbe affatto il senso della dottrina della commercializzazione, in quanto è ben possibile che anche la mancata disponibilità di cose di non comune quotidiana necessità possa svolgere funzioni patrimonialmente quantificabili. Sull'argomento cfr. anche BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 133, s. 436; BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 200, s. 89; BUDEWIG, GEHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, cit., 288, s. 12. Vale la pena segnalare che il principio dell'irrisarcibilità del *Genussschmälerung* è stato affermato sin dalle più risalenti pronunce della corte federale, tra le quali si segnala BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, cit.

Viene invece generalmente ammessa la possibilità di risarcire il mancato uso di una bicicletta, veicolo che in Germania conosce fortune migliori che nel nostro paese¹²¹⁵. L'esistenza di numerosi centri che le noleggiano offre la base di calcolo per la determinazione dell'entità del danno¹²¹⁶. Occorre però che anche per le biciclette ricorrano i medesimi presupposti considerati per gli altri mezzi, e dunque la risarcibilità è subordinata alla dimostrazione che la bicicletta veniva regolarmente adoperata come mezzo di trasporto al pari di qualsiasi altro veicolo¹²¹⁷.

Il risarcimento del *Nutzungsausfall* non è però escluso a priori per il solo fatto che, come accade nella generalità dei casi, il danneggiato abbia la possibilità di avvalersi di altri veicoli, ben potendo infatti essere data la dimostrazione che grazie all'uso della bicicletta venivano soddisfatte particolari esigenze di mobilità non altrimenti surrogabili¹²¹⁸.

Qualora invece si abbia a che fare con velocipedi utilizzati solo in via estemporanea o nel tempo libero, per sport amatoriale o più genericamente per diletto, secondo alcuni il mancato uso si risolverebbe in un pregiudizio di natura meramente

¹²¹⁵ Cfr. AG Paderborn, 1.2.1999, in *ZfS*, 1999, 195; AG Lörrach, 22.6.1994, in *DAR*, 1994, 501; KG, 16.7.1993 – 18 U 1276/92, in *NJW – RR*, 1993, 1438 ss., che pur ammettendolo in linea di principio lo nega poi nel merito perché il danneggiato non avrebbe comunque potuto fare uso della bici essendo ricoverato in ospedale prima, e sottoposto a terapie riabilitative poi; AG Müllheim, 16.5.1990, in *DAR*, 1991, 462; AG Kehl, 2.4.1990, in *ZfS*, 1990, 411; AG Frankfurt, 16.2.1990, in *NJW*, 1990, 1918, in *ZfS*, 1990, 265 e in *NZV*, 1990, 237; Ha invece negato il risarcimento LG Hamburg, 24.4.1992, in *NZV*, 1993, 33, sul presupposto che in generale ai velocipedi non sarebbe possibile estendere la disciplina del *Nutzungsausfall*, e che in ogni caso, essendo la bici in uso a uno studente sedicenne, che in quanto tale non percepiva alcun reddito, non poteva essere preso in considerazione alcun danno patrimoniale derivante dal mancato uso.

¹²¹⁶ Cfr. AG Paderborn, 1.2.1999, cit., che ha riconosciuto un risarcimento giornaliero di 20 marchi; AG Lörrach, 22.6.1994 e AG Müllheim, 16.5.1990, cit.: 10 marchi al giorno; AG Frankfurt, 16.2.1990, cit.: 6,50 marchi al giorno; AG Kehl, 2.4.1990, cit.: 5 marchi al giorno. Si tratta ovviamente di tariffe che, dato il tempo trascorso, devono necessariamente essere rivalutate. Una attualizzazione che secondo BIELA, *Kraftverkehrs Haftpflicht Schäden*, cit., 200, § 89, va operata in ragione di somme comprese tra i 2,50 ed i 10 euro al giorno, sulla base del raffronto, per l'appunto, dei prezzi di noleggio.

¹²¹⁷ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 134, s. 441.

¹²¹⁸ Nel caso trattato da KG, 16.7.1993, 18 U 1276/92, cit., il danneggiato aveva effettivamente a disposizione anche un'automobile, e quindi, stando ai criteri generali sin qui presi in considerazione, avendo potuto soddisfare altrimenti le proprie esigenze di mobilità non avrebbe potuto invocare il risarcimento per i pregiudizi derivanti dal mancato uso della bicicletta. Il danneggiato ha però dimostrato che, per le sue peculiari esigenze, l'uso dell'auto e della bici non erano in alcun modo fungibili, in quanto il velocipede gli assicurava un'accessibilità a luoghi da lui abitualmente frequentati per ragioni di lavoro e di organizzazione della quotidianità – sede lavorativa in centro cittadino senza possibilità di parcheggio - che l'auto non poteva soddisfare. Tuttavia, come detto, in concreto non è stato poi riconosciuto il ristoro per il *Nutzungsausfall*, non essendo il danneggiato in condizione fisica di usare la bici. Sul rilievo assunto dalla mobilità garantita dalla bicicletta in specialmodo nei grossi centri urbani cfr. anche AG Paderborn, 1.2.1999, cit.

immateriale, che, non essendo contemplato dal § 253 BGB, non sarebbe risarcibile¹²¹⁹.

Si ritiene infine pacifica la sussistenza del danno da mancato uso anche nelle more della disponibilità di un *Interims-* o *Ersatzfahrzeug*, ossia quel veicolo che viene acquistato per sostituire temporaneamente quello danneggiato nel primo caso (perché meno oneroso di un noleggio a lungo termine), e definitivamente nella seconda ipotesi¹²²⁰.

È prassi che, quando il veicolo incidentato ha un valore di mercato sostanzialmente irrilevante, il danneggiato ricorra al noleggio di un'auto di categoria inferiore a quella incidentata. E tanto perché il rischio è che i costi sostenuti per il noleggio eccedano in modo significativo i valori parametrati da specifiche tabelle all'uopo predisposte, e che tra l'altro tengono conto per l'appunto del valore dell'auto. Siccome l'eccedenza eventuale rispetto all'importo desumibile da tali tabelle verrebbe in tal caso fatta gravare sul danneggiato, è evidente che una buona parte degli interessati preferisca evitare tale rischio o rinunciando all'auto sostitutiva, o noleggiandone una di qualità e costo inferiore a quello in astratto ipotizzabile, per poi chiedere il risarcimento fittiziamente imputato al danno derivante dalla indisponibilità dell'auto, che, come si è visto, viene generalmente riconosciuto dalla giurisprudenza, e che viene stimato approssimativamente nell'ordine del 30% dei costi di noleggio.

In definitiva, da un punto di vista di analisi economica del diritto l'introduzione dei parametri di calcolo dei costi e/o dei danni fittizi si rivela una scelta di compromesso in grado di soddisfare i danneggiati contenendo al contempo in modo significativo i costi dei sinistri.

Se infatti il danneggiato potesse ottenere il risarcimento dei soli costi dimostrabili con fatturazioni si rivolgerebbe senza esitazioni a un'officina, e in pari tempo non rinuncierebbe a noleggiare un'auto sostitutiva per il tempo necessario alla riparazione¹²²¹. Avendo invece la certezza di poter ottenere il risarcimento dei costi fittizi, che sono comunque inferiori a quelli effettivi, il danneggiato è indotto ad interiorizzare parte dei pregiudizi che diversamente verrebbero a gravare sul sistema

¹²¹⁹ Tali criteri sono di fatto i medesimi desumibili dalle pronunce aventi ad oggetto il mancato uso di motociclette. Sul punto cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 496, s. 367.

¹²²⁰ Cfr. BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 134, s. 442.

¹²²¹ Cfr. WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, cit., 2057.

assicurativo, e che quindi, alfine, si tradurrebbero in un aumento dei premi delle polizze.

In definitiva il ricorso a questi criteri risarcitori è particolarmente apprezzabile perché permette di raffreddare l'inflazione in un settore di mercato che riguarda milioni di consumatori, e che quindi assume rilevante importanza su scala macroeconomica.

11.5) In particolare: Totalschaden e Nutzungsausfallschadensersatz per le Oldtimers (auto e moto d'epoca).

Gli ordinari criteri di calcolo del valore di un veicolo che a seguito del sinistro sia stato materialmente o economicamente distrutto non si applicano quando si abbia a che fare con auto d'epoca, per le quali esiste un "mercato" che, per quanto possa essere definito "di nicchia", è un punto di riferimento oggettivo per quel che riguarda le quotazioni.

Per le *Oldtimers* non vi sono dunque difficoltà concettuali ad individuare l'ammontare dell'eventuale *Wiederbeschaffungswert*, che corrisponderà però al valore potenziale di vendita che il proprietario poteva realizzare se avesse deciso di vendere il suo pezzo pregiato¹²²².

È chiaro che, seguendo il medesimo ordine di ragionamento, nel caso in cui una riparazione sia pur sempre possibile, sarà sempre al particolare valore di "mercato" dei collezionisti delle auto d'epoca che si dovrà fare riferimento per valutare il limite della spesa risarcibile.

Per quel che riguarda invece il risarcimento del danno derivante dalla indisponibilità del veicolo i casi trattati sono davvero assai pochi. E questo in quanto per la più parte dei casi le *Oldtimers* sono la seconda, quando non addirittura la terza macchina posseduta, circostanza che, per quanto si è detto, rende inammissibile l'applicazione dell'istituto del *Nutzungsausfall*¹²²³.

¹²²² Cfr. HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 394, ss. 123 - 125.

¹²²³ Cfr. OLG Düsseldorf, 29.12.1994, in *ZfS*, 1995, 217: «Dabei ist in die Erwägung einzubeziehen, daß Fahrzeuge mit Liebhaberwert häufig als zusätzliche Fahrzeuge gehalten werden, weil die übliche, tägliche Benutzung mit einem Durchschnittsfahrzeug absolviert werden soll». (Al riguardo è da prendere in considerazione il fatto che spesso veicoli con valore amatoriale vengono adoperati come mezzo di locomozione secondario, poiché le esigenze per gli spostamenti quotidiani vengono in genere soddisfatte da un veicolo ordinario).

Si è peraltro più volte ricordata la irrilevanza ai fini risarcitori del mero piacere d'uso o del valore "amatoriale" in sé¹²²⁴, trattandosi di pregiudizi meramente immateriali che sono esclusi dal rigorosamente limitato campo di azione del §253 BGB. Se a questo si aggiunge che solo il 2,5% del parco auto immatricolato ha più di ventanni di vita, ben si comprende come la casistica sia men che sporadica¹²²⁵.

Invero i pochi precedenti disponibili hanno affermato che, a prescindere dagli anni del veicolo, se questo per il danneggiato rappresenta l'ordinario e unico mezzo di locomozione, dal punto di vista giuridico sussistono tutti i presupposti per riconoscere la risarcibilità del mancato uso del veicolo¹²²⁶. Il problema con cui si sono però trovati alle prese i Giudici è stato quello della quantificazione del danno da liquidare, soprattutto perché tali modelli non vengono ovviamente presi in considerazione dalle tabelle realizzate dagli istituti specializzati¹²²⁷.

Difficoltà che in una recente pronuncia è stata superata dapprima collocando fittiziamente il veicolo incidentato - una Porsche in ottimo stato di conservazione e perfettamente funzionante nonostante i quasi 43 anni di vita - nel medesimo gruppo in cui era inserito il veicolo meno prestigioso della medesima casa costruttrice, operando poi una successiva derubricazione di due classi¹²²⁸. Ne è così risultata una tariffa giornaliera di 69 euro.

¹²²⁴ Cfr. in questi termini ancora OLG Düsseldorf, 29.12.1994, cit.: «*Ein Liebhaberwertzuschlag im Rahmen der Berechnung des Nutzungsausfalls für einen Oldtimer ist nicht gerechtfertigt, weil es sich insoweit nicht um einen materiellen kommerzialisierten Nutzungswert handelt*». (Un valore aggiunto di affezione nel contesto del calcolo di un danno da mancato godimento di una auto d'epoca non è giustificato, in quanto non si tratta di un valore d'uso di natura commerciale). Merita poi di essere segnalata anche OLG Düsseldorf, 20.2.1992, in *NJW – RR*, 1993, 36, che esprime i medesimi principi in relazione però ad una moto d'epoca, una Harley Davidson, che era stata completamente restaurata. Il proprietario era stato privato della possibilità di fare uso del veicolo per un paio d'anni a causa di un sequestro risultato poi illegittimo. Aveva quindi chiesto il risarcimento per il *Nutzungsausfall*, che gli è però stato negato, in quanto, secondo la Corte, alla perdita del valore amatoriale, che ha quale unico effetto quello di migliorare la sensazione di piacevolezza del vivere, non poteva essere attribuito alcun valore economicamente significativo.

¹²²⁵ Dato questo rilevato da von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKV und Oldtimer*, cit., 426.

¹²²⁶ In questi termini OLG Düsseldorf, 19.1.1998, in *VersR*, 1998, 911 ss.; LG Berlin, 8.1.2007, in *ZfS*, 2007, 388.

¹²²⁷ Cfr. von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKV und Oldtimer*, cit., 426.

¹²²⁸ Cfr. LG Berlin, 8.1.2007, cit., con annotazione di DIEHL, che ha ammesso il risarcimento del *Nutzungsausfall* di una Porsche di 42 anni in quanto l'auto era in ottime condizioni di manutenzione, non aveva subito precedenti incidenti, e soprattutto era il mezzo di trasporto abitualmente adoperato dal danneggiato. Per approfondimenti sul tema delle *Oldtimers* oltre al già citato von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKV und Oldtimer*, cfr. anche BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, cit., 199, s. 88; BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, cit., 134, s. 439; HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, cit., 502, s. 394.

Sostanzialmente nei medesimi termini si era proceduto anche in un altro precedente del 1998¹²²⁹, di talché si può dire che quella qui descritta rappresenti una linea guida di riferimento¹²³⁰.

Infine, in applicazione dei medesimi principi sui quali ci siamo già soffermati in precedenza e su cui avremo modo di tornare nel momento in cui parleremo *infra* dei beni aventi valore da collezione, si esclude invece che possa essere riconosciuta la risarcibilità dell'*Affektionsinteresse*, ossia di quella perduta gratificazione consistente nel disporre di un bene di particolare valore storico – collezionistico, in quanto la lesione di detto interesse si concretizza pur sempre in un mero *Genussschmälerung* – scadimento del godimento – che non è contemplato nel tassativo novero dei beni non patrimoniali tutelabili ai sensi e per gli effetti del §253 BGB.

¹²²⁹ Si tratta del già citato caso di OLG Düsseldorf, 19.1.1998, che per il *Nutzungsausfall* di una Jaguar 340 ha riconosciuto un risarcimento in misura di 100 Marchi al giorno, somma alla quale il giudicante è pervenuto dapprima prendendo in considerazione la tariffa della classe in cui era presente il veicolo meno prestigioso della Jaguar, per poi applicare una riduzione pari circa al 20%.

¹²³⁰ Invero nel contributo di von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, cit., 426, si fa riferimento anche ad un ulteriore precedente in termini, per la precisione OLG Schleswig, 12.8.2004, di cui sono citati anche alcuni brani, ma stante la mancanza di più puntuali indicazioni non è stato possibile risalire alla eventuale pubblicazione in riviste o repertori.

12.1) Il risarcimento per il *Nutzungsausfall* di beni diversi dai veicoli: osservazioni generali.

La pronuncia del 1986 del *Grosses Senat* che ha ratificato l'applicabilità del *Nutzungsausfall* alla generalità dei beni ha cercato di definire anche i presupposti generali in presenza dei quali la tutela risarcitoria per il mancato godimento poteva essere somministrata, ma ha poi espressamente delegato ai giudici del merito il compito di provvedere all'applicazione in concreto dei detti principi. Il *Grosses Senat* del BGH ha, in altre parole, confidato nella capacità di discernimento dei giudici territoriali, e si è riservato interventi correttivi come già era avvenuto per il risarcimento del danno da fermo tecnico dei veicoli incidentati.

E le Corti di merito, in effetti, hanno dimostrato che i timori di quanti prefiguravano una *Ausuferung*¹²³¹ – letteralmente: una degenerazione, una esondazione – del contenzioso in grado di mettere in crisi l'intero sistema della responsabilità civile alla prova dei fatti si erano rivelati quantomeno eccessivi.

Dall'analisi dei repertori risulta in effetti che, a parte la nota e più volte qui già segnalata effervescenza intorno al tema principe del risarcimento del danno da fermo tecnico di veicoli, la casistica relativa ad altri beni è decisamente laconica, per non dire occasionale, e così pure si può dire per gli interventi della dottrina.

Allo stesso tempo i commentari al BGB, tradizionali compendi bibliografici che nella letteratura giuridica tedesca rivestono una rilevante importanza, affrontano il tema del *Nutzungsausfall* con quasi esclusivo riferimento al settore dell'infortunistica stradale, dedicando un'attenzione del tutto marginale alle altre ipotesi di danno. La medesima constatazione può essere fatta anche per la manualistica.

Non si tratta, a ben vedere, di un disinteresse in senso proprio, essendo semmai vero che la stabile struttura giuridica di cui il BGH ha, sin dalle origini, dotato l'istituto del *Nutzungsausfall*, ha evitato sbandamenti e derive della giurisprudenza di merito. Ciò si deve certamente anche all'autorevolezza di cui gode la Corte di legittimità in Germania. E del resto l'esperienza maturata con la risarcibilità del danno da fermo tecnico di veicoli rappresentava un indicatore in grado di dare sufficienti garanzie.

¹²³¹ Tale termine viene ripetutamente impiegato da BGH, 22.11.1985, V ZR, 237/84, cit., e cioè l'ordinanza di rimessione al *Grosses Senat* di cui si è ampiamente dato conto poco sopra, proprio per sottolineare come da sempre la giurisprudenza del BGH sia stata estremamente accorta nell'evitare che l'apertura a nuove poste risarcitorie potesse dare origine a una incontrollata inflazione del contenzioso, e come questo rischio fosse da prefigurare se si fosse ammessa l'estensione della risarcibilità del *Nutzungsausfall*.

È così stato possibile il consolidamento di stabili punti di approdo che hanno evitato l'insorgenza delle accezioni dialettiche alle quali è non di rado abituato l'interprete italiano, che deve peraltro fare i conti anche con una incerta giurisprudenza di legittimità, che è purtroppo parecchio lontana dal poter ambire, per varie ragioni sulle quali non è qui il caso di soffermarsi, a dare indicazioni nomofilattiche condivise e rispettate.

12.2) Il risarcimento per il *Nutzungsausfall* per gli immobili.

La rassegna della casistica non può che prendere le mosse dalla privazione del godimento degli immobili, e più in particolare delle case di abitazione e delle loro pertinenze. I beni immobili costituiscono in effetti l'esempio che probabilmente meglio risponde alla definizione di beni di stabile disponibilità di uso privato la cui destinazione influenza il tenore di vita delle persone, caratteristica che, come noto, secondo il BGH costituisce il presupposto fondante per la risarcibilità del *Nutzungsausfall*.

E non è certo un caso che il BGH abbia espressamente ammesso per la prima volta la risarcibilità dei pregiudizi derivanti dal mancato godimento di un bene – diverso dai veicoli - proprio con riferimento all'impossibilità di dimorare nella propria casa di abitazione¹²³².

Occorre però precisare che non è stata quella la prima volta in assoluto nella quale il BGH si era occupato di risarcibilità del *Nutzungsausfall* per la limitazione nel godimento di un appartamento. Già nel 1963, infatti, la Corte federale era stata chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento avanzata da un proprietario che era stato costretto a subire le immissioni di rumori e odori provenienti da un club adiacente alla sua abitazione¹²³³.

Nella circostanza il BGH aveva ritenuto che per effetto delle immissioni la proprietà aveva perduto valore, e che per tale diminuzione patrimoniale all'attore spettava un risarcimento in forma di rendita annuale da corrispondere fino a quando fossero durate le immissioni, calcolato in ragione del valore che si sarebbe potuto ricavare se la casa fosse stata affittata in assenza del pregiudizio arrecato dal vicino club.

¹²³² Si tratta della più volte citata BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86.

¹²³³ Cfr. BGH, 11.7.1963, III ZR 55/62, in *NJW*, 1963, 2020 ss.

Di particolare interesse è il fatto che la patrimonialità del danno è stata fondata sul presupposto del consistente capitale investito dal proprietario per assicurare alla propria famiglia la disponibilità di una dimora in una posizione pregevole e tranquilla. La subentrata turbativa dei rumori e degli odori prodotti dal club aveva dunque inciso su tale investimento riducendo il livello di godibilità del bene, a nulla rilevando la circostanza che la casa non era stata venduta, né era stata affittata, ad un prezzo ridotto rispetto al valore di mercato, perché la minore godibilità dell'immobile doveva considerarsi già come un effettivo danno che si riverberava nella sfera patrimoniale del proprietario¹²³⁴.

Anche se nel caso di specie è stata invero fatta applicazione della norma specifica in tema di immissioni, il §906, co. II°, II° per., BGB¹²³⁵, che prevede espressamente la compensazione in denaro per il proprietario del fondo costretto a subire immissioni che compromettono l'uso ordinario o le utilità che dal fondo potevano essere ritratte, è indubbio che si tratta di una sentenza che, se si considera il periodo in cui è stata emessa, non può che apparire rivoluzionaria, e che di fatto, pur non nominandolo espressamente, anticipa i presupposti sui quali si evolverà l'istituto del *Nutzungsausfall* per il fermo tecnico dei veicoli incidentati al quale solo un paio di mesi più tardi darà avvio lo stesso III° Senato del BGH¹²³⁶.

Poco dopo il BGH torna ad occuparsi della questione con una sentenza che forza ulteriormente i confini del danno risarcibile, riconoscendo il ristoro dei pregiudizi derivanti dalla temporanea indisponibilità di una abitazione, nonostante questa fosse disabitata¹²³⁷.

Passa qualche anno e si assiste ad una brusca inversione di rotta. Sarà stavolta il V. Senat a negare la risarcibilità a un proprietario che, a causa dei lavori in una vicina cava di marmo che hanno reso instabile la struttura di buona parte della propria abitazione, è stato costretto a vivere per anni in spazi ridotti, peraltro anche ricavati

¹²³⁴ Così il passaggio testuale di BGH 11.7.1963, III ZR 55/62, cit.: «Für die Annahme eines Vermögensschadens spricht ferner die Erwägung, daß der Kläger erhebliche Mittel aufgewendet hat, um sich und seiner Familie ein ruhiges Wohnen zu sichern und daß der Zweck dieser Aufwendungen durch die Einwirkungen des Clubbetriebes weitgehend hinfällig gemacht worden ist. Der vergebliche Aufwand kann als Vermögensschaden geltend gemacht werden».

¹²³⁵ V. § 906, II° co., II° per., BGB: «Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt». Dell'applicazione di tale norma e della disciplina delle immissioni in generale si tratterà approfonditamente nel 14° e ultimo capitolo.

¹²³⁶ Infatti la sentenza che inaugura tale orientamento è la BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, cit.

¹²³⁷ Cfr. BGH, 14.6.1967, VIII ZR 268/1964, in NJW, 1967, 1803.

nel seminterrato. E questo secondo il BGH perchè il pregiudizio consisteva solo nella perdita parziale dell'uso della cosa danneggiata, circostanza che giustificava una presa di distanza, o per meglio dire una diversa conclusione, rispetto ai precedenti in cui invece il *Nutzungsanspruch* era stato risarcito. Una motivazione abbastanza debole dietro la quale si celava il timore – al quale la sentenza fa peraltro espressamente cenno – di un allargamento della frontiera della risarcibilità.

Lo sdoganamento del *Nutzungsanspruch* operato dal *Grosses Senat* crea però le condizioni per un atteggiamento meno restrittivo. Sarà in questa prospettiva che verrà riconosciuto il diritto al risarcimento a un ex coniuge che, secondo gli accordi di separazione, aveva diritto di occupare una casa della controparte per trascorrervi le vacanze con i figli¹²³⁸. Avendo l'altro ex consorte reiteratamente negato l'esercizio di tale diritto, il BGH ha stabilito che il risarcimento per il *Nutzungsanspruch* dovesse essere determinato in ragione dei costi che il danneggiato avrebbe sostenuto se avesse soggiornato per il periodo annuale di vacanza presso una struttura turistica omologabile all'abitazione negata¹²³⁹.

In una coeva sentenza di merito è poi stato affermato il principio che, quand'anche per il lungo periodo di indisponibilità – nella fattispecie durato 31 mesi e provocato da allagamento – il danneggiato che prenda in affitto un diverso appartamento può comunque chiedere il risarcimento del danno da *Nutzungsanspruch* al quale avrebbe avuto diritto secondo il criterio di calcolo ipotetico, e non è vincolato alle sole spese materiali in concreto sostenute, perché diversamente si andrebbe a penalizzare chi si è accontentato di rimedi meno dispendiosi¹²⁴⁰. Il che, conclude la sentenza, corrisponde al principio - affermato dal *Grosses Senat* - secondo cui il risarcimento per il danno derivante dal mancato godimento di un bene di primaria necessità spetta a prescindere dal fatto che per in conseguenza del danno, o per rimediare ad esso, siano state sostenute spese aggiuntive o vi sia stata un mancato guadagno.

Ma la casistica dimostra che, in generale, la giurisprudenza successiva ha mantenuto un atteggiamento di cautela.

¹²³⁸ Cfr. BGH, 16.9.1987, IV ZR 27/86, in *NJW*, 1988, 251 ss.

¹²³⁹ Interessante segnalare che il periodo annuale di vacanza sulla cui scorta calcolare la presumibile entità del mancato godimento della casa di vacanza è stato determinato facendo riferimento ai periodi di ferie che la coppia aveva trascorso con i figli prima della separazione.

¹²⁴⁰ Cfr. OLG Koblenz, 7.4.1989, in *NJW*, 1989, 1808 ss., e in *ZfS*, 1989, 305.

Non è stata cioè messa in discussione la astratta risarcibilità del *Nutzungsausfall*, ma in concreto nemmeno si sono registrate aperture incontrollate¹²⁴¹.

Verrà infatti negato il risarcimento per l'indisponibilità di un appartamento / taverna causata da infiltrazioni di umidità, in quanto quei locali, secondo le risultanze istruttorie, erano saltuariamente occupati dal figlio dei proprietari o per ospitare occasionalmente dei conoscenti¹²⁴². L'uso accessorio che dei vani veniva fatto non consentiva quindi di considerare il bene reso temporaneamente indisponibile tra quelli la cui stabile disponibilità era di importanza determinante per il tenore di vita del danneggiato, e dunque non era possibile riconoscere il ristoro per il *Nutzungsausfall*.

E, per motivi in parte analoghi, verrà parimenti negato il risarcimento ai proprietari che avevano venduto la loro abitazione subito dopo che ne era stata messa a rischio la stabilità strutturale, di talché il breve periodo di temporanea indisponibilità è stato giudicato insufficiente a superare la soglia del pregiudizio percepibile¹²⁴³. Secondo tale pronuncia, infatti, il ristoro del perduto vantaggio dell'uso di un appartamento si configura nel momento in cui la privazione del godimento dura a tal punto che per il danneggiato sarebbe stato ragionevole ricorrere all'affitto di un appartamento sostitutivo. Meno convincente il diniego del risarcimento anche per l'impossibilità di fare uso del garage, che la stessa sentenza motiva affermando che un garage non rappresenta un bene di rilevante importanza ai fini del tenore di vita, e che in ogni caso si sarebbe potuto immaginare un risarcimento solo nel caso in cui il parcheggio dell'auto nell'immediatezza dell'abitazione fosse stato difficile da trovare.

È lecito presumere che quest'ultimo inciso sia stato evidenziato al fine di prendere le distanze da altro precedente in cui invece la risarcibilità del *Nutzungsausfall* di un garage era stata ammessa dal BGH – e peraltro prima che il *Grosses Senat* intervenisse sulla questione - proprio sul presupposto che nella zona in cui sorgeva quel condominio la disponibilità di aree di sosta pubbliche era estremamente limitata, e in pari tempo non sarebbe stato agevole nemmeno reperire altri garage in affitto¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ In OLG Koblenz, 7.4.1989, cit., si rinviene una incondizionata adesione ai principi del *Grosses Senat*, ma va detto che le fattispecie trattate nelle diverse vicende giudiziarie erano sostanzialmente identiche.

¹²⁴² Cfr. BGH, 21.2.1992, V ZR 268/90, in *NJW*, 1992, 1500 ss.

¹²⁴³ Cfr. BGH, 5.3.1993, V ZR 87/91, in *NJW*, 1993, 1793 ss.

¹²⁴⁴ Cfr. BGH, 10.10.1985, VII ZR 292/84, in *NJW*, 1986, 427 ss.

Sempre in relazione a pertinenze o parti accessorie dell'abitazione, il BGH ha avuto modo di affrontare la questione della risarcibilità del mancato uso di una piscina condominiale provocato da vizi di costruzione in una pronuncia del 1979, e dunque prima del *revirement* del *Grosses Senat* del 1986¹²⁴⁵. Per tale ragione gli attori hanno fondato le loro pretese sull'equivalenza tra la risarcibilità del mancato uso di un veicolo e di altri beni. La Corte giudicante ha però rigettato la pretesa in quanto ha ritenuto che l'uso di una piscina privata rappresenta una mera comodità, funzionale certo a trascorrere piacevoli momenti, ma che di certo non contribuisce in modo determinante a soddisfare bisogni della quotidianità. Secondo il BGH ai fini della risarcibilità del *Nutzungsausfall* un conto è discutere della mancata possibilità di godimento di un veicolo o di una casa di abitazione, ben altra è invece la prospettiva dalla quale occorre prendere in considerazione il mancato uso di beni come una piscina che la generalità della popolazione considera come superflui rispetto alle esigenze della quotidianità, le cui ripercussioni si avvertono quindi solo a livello di mera frustrazione di piacevolezza che, in quanto tali, costituiscono pregiudizi immateriali non risarcibili.

Giova dar conto che in precedenza, con una pronuncia resa nel 1973, un giudice di merito, diversamente argomentando, aveva affermato che siccome la costruzione di una piscina comporta una spesa rilevante (nel caso di specie 200 mila marchi), non poteva essere revocato in dubbio che il vizio di costruzione che aveva comportato l'impossibilità di farne uso - per oltre due anni - doveva essere adeguatamente risarcito¹²⁴⁶. Non essendo possibile operare una stima del danno in funzione del valore di affitto di una piscina, trattandosi di un bene per il quale non esiste un mercato di riferimento, il giudicante aveva fatto ricorso al valore annuale di ammortamento del bene e all'ammontare degli interessi che sarebbero stati pagati se il proprietario danneggiato si fosse dovuto procurare sul mercato bancario la somma necessaria alla realizzazione della struttura.

Ma anche qui, al di là delle apparenze, più che risarcire la perdita dei vantaggi derivabili dall'uso di una piscina si è in realtà compensata la perdita di utilità patrimoniali. Altro sarebbe stato se, ad esempio, la perdita possibilità d'uso fosse

¹²⁴⁵ Cfr. BGH, 28.2.1980, VII ZR 183/79, in *NJW*, 1980, 1386.

¹²⁴⁶ Cfr. OLG Köln, 13.11.1973, in *NJW*, 1974, 560 ss.

stata risarcita anche in funzione degli ipotetici costi da sostenere per recarsi altrove in piscina¹²⁴⁷.

Sul solco dei medesimi criteri enunciati dalla sentenza del BGH nel caso della piscina si muove poi una più recente pronuncia di merito che ha negato il risarcimento chiesto per l'impossibilità di usare per circa 4 anni un balcone vetrato di 7 mq circa¹²⁴⁸. Anche in questo caso infatti si è ritenuto che l'uso del balcone non fosse da considerare di rilevante importanza per il tenore di vita dell'interessato, e che dunque, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza in materia, non sussistesse un danno - patrimoniale - risarcibile.

Merita, ancora, di essere segnalata una curiosa vicenda in cui un condomino residente in un seminterrato, infastidito dalla privazione di luce provocata da una siepe di rododendri, non aveva trovato di meglio che sradicarli¹²⁴⁹. Un secondo condomino, che aveva piantato quella siepe circa trentanni prima, ha chiesto il risarcimento del danno, ivi compreso il *Nutzungsausfall*, per essere stato privato della possibilità di godimento del giardino comune secondo le sue consolidate abitudini. La Corte territoriale ha, per varie ragioni, negato meritevolezza alle pretese avanzate, e, per quel che qui più interessa, ha ritenuto che la perdita amenità nell'utilizzo del giardino provocata dal taglio della siepe non rappresentava un pregiudizio patrimoniale risarcibile, non trattandosi di un bene la cui stabile disponibilità era di importanza tale da influenzare il tenore di vita.

12.3) Il risarcimento per il *Nutzungsausfall* di beni immobili derivante da inadempimento contrattuale.

Si è fin qui fatto riferimento a una casistica che prende in considerazione ipotesi risarcitorie del danno da mancato godimento avente fonte in attività illecita extracontrattuale, poichè fino a non molto tempo addietro era consolidata l'opinione che di risarcimento del *Nutzungsausfall* non si potesse parlare nel caso in cui l'indisponibilità del bene immobile dipendesse da inadempimento di obblighi

¹²⁴⁷ La possibilità di una stima in tal senso del danno da mancato uso è stata espressamente ritenuta non percorribile da BGH, 28.2.1980, VII ZR 183/79, cit.

¹²⁴⁸ Cfr. OLG Frankfurt a.M., 22.2.2005, in *NZM*, 2006, 348 ss.

¹²⁴⁹ Cfr. OLG Düsseldorf, 3.4.1998, in *NJW – RR*, 1999, 160 ss.

contrattuali¹²⁵⁰. E questo nonostante nel settore dei veicoli si sia invece andato affermando l'opposto orientamento giurisprudenziale.

Il BGH si era infatti occupato di tale questione in due distinti precedenti della fine degli anni '70. Oggetto del primo caso era un contratto di acquisto di un immobile da costruire, consegnato con circa 8 mesi di ritardo rispetto a quanto convenuto dalle parti¹²⁵¹. La corte ha osservato in primo luogo che i principi del *Nutzungsausfall* elaborati per il settore dei veicoli, invocati dal ricorrente, erano tutt'altro che consolidati, e che quindi quantomeno occorre fare adeguate riflessioni prima di proporre l'estensione anche agli altri beni. E comunque, siccome nel periodo della mora il promissario acquirente non era né proprietario, né possessore, sussisteva un insuperabile ostacolo dogmatico a concedere un risarcimento che, andando a compensare il mancato uso di un bene, ne presupponeva quantomeno il possesso. Né si sarebbe potuto dire che in questo modo il promissario acquirente era privo di tutele, giacché a tale pericolo poteva essere posto rimedio con la previsione contrattuale di una penale per il ritardo nella consegna.

C'è da dire a onore del vero che, per quanto è dato comprendere, la spesa sostenuta per l'affitto di un appartamento sostitutivo era stata puntualmente riconosciuta.

I presupposti di fatto e l'esito dell'altra coeva pronuncia¹²⁵² si possono considerare sostanzialmente conformi alla linea interpretativa adottata dal dianzi esposto precedente.

Orientamento al quale si è allineata anche la corte di merito che era chiamata a conoscere di una vicenda in cui, per svariati mesi, non era stato possibile utilizzare un bagno a causa della tardiva consegna dei sanitari da installare al posto di quelli rimossi¹²⁵³. Anche in questo caso, infatti, si è ritenuto che trattandosi di una fattispecie di inadempimento contrattuale – la mora nella consegna dei sanitari – non fosse possibile riconoscere alcun risarcimento per il mancato godimento dei servizi.

¹²⁵⁰ A ben vedere anche il caso di BGH, 28.2.1980, VII ZR 183/79, cit., in cui si discuteva del mancato godimento di una piscina derivante da difetti di costruzione, sarebbe riconducibile ad un'ipotesi di inadempimento contrattuale. Tuttavia in quel precedente il risarcimento del danno da *Nutzungsausfall* era stato negato non già perché si trattava di una responsabilità contrattuale, quanto per il fatto che la piscina non poteva essere considerata un bene di primaria necessità. E dunque per questa ragione si è ritenuto opportuno trattare di esso nel precedente paragrafo.

¹²⁵¹ Cfr. BGH, 14.5.1976, V ZR 157/74, in *NJW*, 1976, 1630 ss.

¹²⁵² Cfr. BGH, 21.4.1978, V ZR 235/77, in *NJW*, 1978, 1805 ss.

¹²⁵³ Cfr. LG Stuttgart, 11.1.1989, cit.

Un cambiamento di tendenza si avverte solo a distanza di parecchio tempo, nel corso del quale non si riscontrano altre pronunce in termini, grazie ad alcune sentenze di merito dell'inizio dello scorso decennio.

Nella prima delle quali era in questione un difetto di costruzione dell'isolamento acustico di un appartamento, che era risultato inferiore a quello contrattualmente previsto¹²⁵⁴. Per tale ragione il proprietario aveva dovuto subire per anni il grave disagio di essere esposto alle immissioni acustiche provocate dal traffico della contigua strada, sulla quale transitavano mediamente 40 mila veicoli al giorno. Una limitazione nel godimento giudicata a tal punto rilevante da integrare gli estremi per il riconoscimento del danno da *Nutzungsausfall*.

L'altra causa si occupava della parziale indisponibilità di un appartamento, e più precisamente del soggiorno e della camera da letto, determinata dalle insopportabili emissioni di odore dei solventi usati per il parquet, durate ben oltre i tempi usualmente necessari alla neutralizzazione¹²⁵⁵. A sostegno della condanna dell'artigiano che aveva posato la pavimentazione, ritenuto responsabile di non aver utilizzato sostanze appropriate per l'esecuzione dei lavori, la motivazione precisa che le due stanze in questione erano di centrale importanza per la fruibilità dell'appartamento, e che la durata del pregiudizio era stata tale da eccedere il limite di irrilevanza.

In questa sentenza viene espressamente affermato che ai fini della risarcibilità del danno da *Nutzungsausfall* non svolge alcun rilievo la circostanza che la fonte dell'illecito sia un inadempimento contrattuale¹²⁵⁶.

La prima cosa che colpisce l'interprete di formazione italiana è il fatto che, nonostante i 25 anni trascorsi dal formale riconoscimento dell'istituto del *Nutzungsausfall*, il contenzioso, anche quello di merito, è rimasto contenuto entro limiti sostanzialmente irrilevanti. Il che può dipendere in buona misura dall'altrettanto marginale incidenza degli illeciti produttivi di tali effetti nel settore immobiliare, essendo in effetti vero che, come abbiamo visto, nell'ambito dell'infortunistica stradale la giurisprudenza viene chiamata ad un impegno assai più consistente.

¹²⁵⁴ Cfr. OLG Stuttgart, 25.7.2000, cit.

¹²⁵⁵ Cfr. OLG Köln, 17.12.2002, cit.

¹²⁵⁶ Più precisamente la sentenza afferma che la violazione del dovere di consegnare l'opera commissionata priva di vizi di fatto o di diritto ex §§ 633 ss. BGB.

Non si può però non notare come sia prevalente la tendenza ad applicare con estrema severità i criteri ermeneutici a suo tempo elaborati dal *leading case* del *Grosses Senat*. Il che, evidentemente, si rivela un fattore di dissuasione per quanti fossero tentati di azionare cause carenti di argomenti sufficientemente solidi. Insomma, diversamente da quanto accade alle nostre latitudini, è del tutto improbabile assistere a mutamenti rispetto ai consolidati indirizzi interpretativi.

Il che magari può anche risultare un fattore che rallenta l'adeguamento del diritto alle mutate esigenze sociali. Ma per converso presenta l'indubbio vantaggio di assicurare la cosiddetta certezza del diritto, alla quale poi certo contribuisce anche il fattore della celerità delle pronunce.

12.4) Il risarcimento per il *Nutzungsausfall* di beni mobili diversi dai veicoli.

Anche per quanto riguarda il mancato godimento dei beni mobili diversi dai veicoli si fa ricorso ai medesimi paradigmi su cui già ci siamo abbondantemente soffermati. In linea di principio, infatti, il *Nutzungsausfall* viene riconosciuto ogni qualvolta si abbia a che fare con un bene il cui uso svolga importanza rilevante per la qualità della vita, purché sia possibile stimare il valore del temporaneo mancato godimento secondo parametri desumibili dal traffico giuridico¹²⁵⁷ e sempre che il danneggiato fosse nella condizione di poter far uso del bene reso indisponibile dall'evento dannoso¹²⁵⁸.

All'atto pratico risulta invero difficile superare lo sbarramento imposto dai parametri stabiliti dal *Grosses Senat* nel 1986, in forza dei quali, lo ricordiamo ancora una volta, la risarcibilità del *Nutzungsausfall* è limitata a quei beni la cui stabile disponibilità per l'impiego nella quotidianità svolge, secondo la valutazione della generalità dei consociati, una determinante influenza per il mantenimento del tenore di vita.

¹²⁵⁷ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 318, s. 328; TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 206, s. 5; OETKER, § 249 *BGB*, cit., 303, s. 40; GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, cit., 37.

¹²⁵⁸ Cfr. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 326, s. 335; TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 206, r.n. 5; OETKER, § 249 *BGB*, cit., 310, s. 67. L'ipotesi alla quale si può pensare è quella di una casa per le vacanze resa inutilizzabile per un guasto agli impianti di fornitura delle utenze domestiche nel periodo in cui il proprietario non l'avrebbe comunque potuta utilizzare. Non sussistendo alcun pregiudizio apprezzabile, non potrà parimenti essere richiesto alcun risarcimento per il mancato godimento.

L'applicazione di tali criteri porta evidentemente a negare copertura risarcitoria laddove sussista un mero *Affektionsinteresse*, ossia un mero valore di affezione per un bene privo di valore di mercato¹²⁵⁹, o che comunque non è ritenuto necessario da un significativo campione sociale, e/o al quale il - solo - danneggiato attribuisce un valore aggiunto meramente legato alla sua componente emotiva¹²⁶⁰.

Pertanto, a titolo di esempio, ferma restando la risarcibilità del valore patrimoniale del bene, non sarebbe possibile per il proprietario di un antico dipinto andato distrutto ottenere il risarcimento del danno derivante dal perduto piacere di poterne disporre, trattandosi della perdita di un "vantaggio" meramente voluttuario che non ha alcun tipo di incidenza sulla qualità della vita intesa quale benessere psico - fisico¹²⁶¹.

In questi termini è stata respinta la richiesta di risarcimento nel noto caso *Motorsportboot*, regolarmente citato in letteratura, vicenda nella quale uno scafo a motore trasportato su un carrello era stato danneggiato a seguito di un incidente stradale¹²⁶². Il proprietario del natante, che aveva programmato una vacanza di due settimane durante le quali contava di godersi la navigazione, aveva chiesto il risarcimento anche del *Nutzungsausfall*, indicando come base di riferimento della sua pretesa il costo che avrebbe dovuto sostenere per il noleggio di una equivalente imbarcazione, alla stessa stregua quindi di quello che di regola avveniva per i veicoli ordinari. Il BGH ha però respinto l'istanza sul presupposto che, diversamente dalla

¹²⁵⁹ Cfr. MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen*, cit., 943, il quale osserva come nonostante l'evidenza dimostri che, in generale, le frontiere del danno risarcibile si sono spostate fino a coprire anche la tutela di interessi diversi da quelli patrimoniali in senso stretto, l'opinione prevalente in dottrina così come in giurisprudenza è rimasta ferma nel ritenere non risarcibile la lesione del mero *Affektionsinteresse* in quanto estraneo alla copertura garantita dal §253 BGB. Il che porta l'A. a concludere con una suggestiva metafora che in relazione alla negata risarcibilità dell'*Affektionsinteresse* la mommseniana *Differenzhypothese* si è asserragliata all'interno di una cittadella inespugnabile.

¹²⁶⁰ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 283, s. 882; Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 297, s. 25; TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 206, s. 5. Secondo JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 365, s. 1065: «Solche Nichtvermögensschäden können allenfalls über § 253, also auf der Grundlage eines Ersatzanspruches im Hinblick auf immaterielle Schäden ersetzt verlangt werden. Damit ist zugleich auch ausgeschlossen, dass der Geschädigte ein sog. "Affektionsinteresse" geltend macht, also einen solchen Schaden, den die beschädigte Sache gerade und ausschliesslich für den Geschädigten hat, weil sie eben nur für ihn selbst einen besonderen Wert darstellt, wie dies etwa der Fall ist bei der Tötung eines Haustieres oder bei Zertörung von Gegenständen, die einen hohen Erinnerungswert haben. [...] (369, R. 1077) Der persönliche Liebhaber – oder Erinnerungswert ist also nicht zu ersetzen. Es muss stets um eine Einbusse im Vermögen gehen! Diese Einbusse im Vermögeninteresse und dem Vermögenswert fehlt hingegen beim sog. Affektionsinteresse». Cfr. anche TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*, cit., 206, s. 5; SCHIEMANN, § 253 BGB, cit, 279, s. 14.

¹²⁶¹ Cfr. MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 306, s. 630.

¹²⁶² Cfr. BGH, 15.11.1983, VI ZR 269/81, in NJW, 1984, 724.

privazione dell'uso di autoveicoli, che rappresentava pacificamente un danno patrimonialmente rilevante, il perduto uso di una imbarcazione utilizzata per il godimento del tempo libero non era da considerare quale pregiudizio economicamente significativo, ma andava derubricata a semplice *Genussschmälerung*, ossia a una diminuzione del mero piacere ritraibile dal godimento di un bene, che in quanto tale non aveva valenza patrimoniale e non era dunque possibile risarcire, essendovi d'impedimento il dettato del §253 BGB, che ammette la risarcibilità dei danni non patrimoniali solo in limitate e tassative ipotesi. Nella sostanza simili sono le motivazioni con le quali è stata rifiutata la risarcibilità per il mancato uso di altri beni che, per quanto possano rappresentare un fattore di miglioramento della qualità della vita in senso ampio, sono di fatto catalogabili tra i beni di lusso, o non sono comunque ordinariamente destinati alla soddisfazione di esigenze primarie¹²⁶³. Per quanto sia doveroso segnalare che si tratta per la più parte di pronunce precedenti il *dictum* del *Grosses Senat* del 1986, va osservato che nei medesimi termini è stato negato anche il risarcimento per il *Nutzungsausfall* di una pelliccia¹²⁶⁴, di un aereo sportivo¹²⁶⁵ e financo di un cavallo¹²⁶⁶.

¹²⁶³ Cfr. SCHIEMANN, § 253 BGB, cit, 280, s. 18.

¹²⁶⁴ Cfr. BGH, 12.2.1975, VIII ZR 131/73, cit. Anche tale caso giudiziario, noto come affare *Pelzmantel*, viene ripetutamente citata tanto in dottrina quanto dalla stessa giurisprudenza. Oggetto del contenzioso era una pelliccia di un pellame raro e assai costoso che un facoltoso uomo d'affari aveva commissionato ad un artigiano per la moglie. La quale signora, evidentemente molto esigente, aveva preteso varie modifiche al modello. Il pellicciaio, evidentemente stufo di dar corso alle richieste della signora, ha infine opposto rifiuto a fronte dell'ennesima richiesta di modifica. La signora si è quindi avvalsa del lavoro di altro artigiano, con costi aggiuntivi. Questa serie di circostanze ha fatto sì che la pelliccia non potesse essere indossata per oltre tre anni, e per tale mancato uso il marito della signora aveva chiesto, aoltre al resto, il risarcimento anche per il *Nutzungsausfall*. Istanza recisamente negata in quanto, secondo il BGH, la pelliccia era un bene che non svolgeva un rilievo oggettivo sul tenore di vita, ma che semmai era al più idonea a dimostrare il tenore di vita di chi la indossava. Profilo questo che dimostrava la superfluità del bene rispetto ai bisogni della quotidianità, e che rendeva non proponibile estendere al caso di specie i criteri risarcitori elaborati per il risarcimento del fermo tecnico dei veicoli.

¹²⁶⁵ Cfr. OLG Oldenburg, 24.2.1993, in *NJW – RR*, 1993, 1437 ss., secondo cui essendo l'aereo utilizzato per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, andava risarcito il solo danno per il mancato guadagno commerciale. Tale sentenza ha espressamente preso le distanze da altro precedente analogo, trattato da OLG Karlsruhe, 16.4.1982, in *MDR*, 1983, 575, giudicato non conforme alle indicazioni ermeneutiche del BGH. Questa seconda pronuncia, che in effetti si colloca cronologicamente a monte della pubblicazione della sentenza guida del *Grosses Senat* e che quindi non tiene conto dei principi in essa stabiliti, una volta risarcito il danno derivante dai costi di impiego per la parte dei voli svolti per ragioni commerciali, era poi stato concesso anche il *Nutzungsausfall* in proporzione alla parte dei voli effettuati per ragioni estranee all'attività professionale. Ma, come detto, si tratta di una sentenza della quale non si può tenere più di tanto conto stante la successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità.

¹²⁶⁶ Cfr. LG München, 15.11.1978, in *NJW*, 1979, 1210, la cui massima pubblicata così recita: «*Der Entgang der Nutzungsmöglichkeit eines durch unerlaubte Handlung verletzten Reitpferdes stellt keinen ersatzpflichtigen materiellen, vielmehr einen nicht ersatzpflichtigen immateriellen Schaden*

Non miglior sorte è toccata ad un musicista amatoriale il cui strumento - una tuba - che egli aveva momentaneamente appoggiato a un sostegno al termine di un concerto del gruppo con cui egli si esibiva, e che un incauto passante aveva inavvertitamente urtato, facendolo cadere e provocando danni per la riparazione dei quali si è reso necessario un periodo di riparazione di circa sei mesi¹²⁶⁷. Per poter continuare a esercitarsi e a suonare nelle rappresentazioni che il suo gruppo musicale faceva a varie feste una media di un paio di volte al mese, il musicista ha noleggiato uno strumento sostitutivo, sostenendo costi per i quali ha chiesto il risarcimento. La corte territoriale ha evidenziato che, nonostante lo strumento fosse utilizzato anche per ritrarre compensi in occasione delle esibizioni alle varie feste, si trattava pur sempre di un reddito oltre che indimostrato, del tutto ininfluenza rispetto ai bisogni materiali per il mantenimento del tenore di vita.

E dunque, in ultima analisi, la privazione dello strumento aveva realizzato pregiudizi che si ripercuotevano esclusivamente sul godimento del tempo libero, da qualificare dunque come immateriali e in quanto tali non risarcibili.

Nella fattispecie, invero, non era stato chiesto il risarcimento per il mancato godimento, bensì il ristoro delle spese effettivamente sostenute per il noleggio sostitutivo. Eppure la corte territoriale, con una motivazione che si ritiene di poter definire eccessivamente restrittiva, applicando i medesimi criteri elaborati in tema di *Nutzungsausfall* ha ritenuto che la tuba non rappresentasse un bene di prima necessità, e ha così respinto un'istanza che, a ben vedere, era fondata su motivi più che ragionevoli.

Un caso che, una volta ancora, dimostra la tradizionale ostilità della giurisprudenza tedesca ad ampliare i confini della tutela risarcitoria.

Anche se, per converso, in alcune circostanze, talune anche abbastanza sorprendenti, il risarcimento è stato infine concesso. Così è stato, ad esempio, nel caso di un televisore a colori che, a seguito di un guasto, era stato consegnato all'assistenza tecnica¹²⁶⁸. Per una causa riconducibile al riparatore l'apparato è stato irreparabilmente danneggiato. Sicché il proprietario si è trovato nella condizione di dover acquistare un televisore usato sostitutivo, che però, in applicazione dei principi

dar». (La perdita possibilità d'uso di un cavallo da corsa il cui ferimento è stato provocato da un illecito aquiliano rappresenta un danno immateriale non risarcibile e non già un danno materiale risarcibile).

¹²⁶⁷ Cfr. LG Hildesheim, 30.3.2007, in *NJW – RR*, 2007, 1250 ss.

¹²⁶⁸ Cfr. AG Frankfurt, 16.6.1992, in *NJW*, 1993, 137 ss.

elaborati per il danno ai veicoli, doveva avere il medesimo valore – il *Wiederbeschaffungswert* - di quello rovinato.

Il tribunale ha in premessa affermato che il televisore era effettivamente da includere tra i beni tipicamente destinati a garantire il tenore di vita, e che dunque la richiesta del danneggiato di essere risarcito per il mancato godimento era da accogliere¹²⁶⁹. Nel merito della stima del danno ha poi ritenuto che, per le caratteristiche del bene e per il corrispondente mercato, il tempo necessario al riacquisto di un televisore usato dovesse essere superiore a quello necessario per un veicolo usato, e che andasse valutato in due mesi, e che come base di calcolo per la liquidazione del danno dovesse essere presa la somma necessaria al noleggio di un equivalente elettrodomestico, depurata dai costi di esercizio dell'attività di impresa¹²⁷⁰.

È evidente che la vicenda giudiziaria qui sintetizzata va necessariamente collocata in un contesto storico in cui il televisore a colori era un bene particolarmente costoso - quello oggetto della causa era stato pagato nel 1986 ben 2000 marchi – e il mercato era ben altra cosa rispetto a quello dei giorni nostri. Ed è pertanto chiaro che, riproposta ai giorni nostri, una simile causa avrebbe avuto ben altra sorte.

È però possibile individuare alcuni interessanti spunti di riflessione. Tanto il televisore quanto i veicoli sono beni di consumo di massa che, prima ancora che appartenere alla quotidianità, contribuiscono a definire i parametri dell'ordinario stile di vita. Sono cioè non solo semplici accessori, quanto piuttosto elementi costitutivi del livello della qualità della vita che nell'immaginario collettivo, fatta qualche sparuta eccezione, risultano per i più sostanzialmente irrinunciabili.

In questa prospettiva si può dire che non è quindi tanto alla tutela del livello minimo della qualità della vita in senso puramente economico che è diretto il risarcimento del *Nutzungsausfall*, quanto semmai alla tutela della abitudini ai ritmi a allo stile di vita della generalità dei consociati, che oggi più che allora faticerebbero a concepire una quotidianità senza beni quali l'automobile e la televisione.

¹²⁶⁹ Di un caso sostanzialmente identico a quello qui trattato si è occupato anche AG Darmstadt, 30.12.1988, in *ZfS*, 1989, 160. Anche in questo caso è stata ammessa il ristoro per il mancato godimento sul presupposto che il televisore rappresentava per la generalità della popolazione la principale fonte di informazione e di intrattenimento, e doveva quindi essere annoverato tra i beni di primaria importanza.

¹²⁷⁰ In concreto per l'intero periodo di mancato godimento il Giudice ha liquidato la somma complessiva di 55 Marchi. Il medesimo criterio di calcolo era stato utilizzato anche da AG Darmstadt, 30.12.1988, cit., che aveva però risarcito la somma di 50 marchi al mese.

Gli altri rari precedenti che si rinvencono nei repertori e nei commentari confermano questa linea di tendenza. Il ristoro per il mancato uso è stato infatti concesso per il ritardo di tre settimane della consegna e relativa installazione del mobilio di una cucina nella dimora di una famiglia con un bambino in età neonatale che aveva appena traslocato¹²⁷¹. Un caso di particolare interesse sia perché si ammette la risarcibilità del *Nutzungsausfall* anche quando questo ha origine in un illecito contrattuale, ma soprattutto perché, a riscontro di quanto dianzi si è detto, secondo il giudicante la cucina rappresenta per una famiglia, in specie quando ci sono bambini, un compendio essenziale per lo svolgimento della vita quotidiana, alla mancanza del quale non si potrebbe peraltro porre altrimenti rimedio nemmeno con l'ausilio di domestici o di familiari.

A nulla è valsa la difesa del mobilificio che aveva eccepito di aver concesso l'uso in comodato di un fornello e di un lavabo nelle more della consegna, poiché secondo la corte era evidente che si trattava di un surrogato inidoneo a soddisfare le esigenze di una famiglia, che nella fattispecie si era dovuta ingegnare a realizzare scaffalature con i cartoni del trasloco. In concreto il danno che è stato valutato in relazione alla perdita di tempo provocata da questa approssimativa sistemazione. Il giudice ha stimato che questa potesse essere calcolata in un'ora e mezza al giorno per una "tariffa" oraria di 15 marchi all'ora, con un danno liquidato a consuntivo di 500 euro. Del tutto simile la vicenda in cui era in questione l'installazione solo parziale del mobilio di una cucina, definitivamente installata e resa funzionale solo con tre mesi di ritardo rispetto ai termini contrattuali, in cui il Giudice ha ritenuto di attribuire all'acquirente un risarcimento pari a 5 Marchi al giorno, per un totale di 450 Marchi¹²⁷².

In parte diverso quanto ai presupposti di fatto, ma conforme quanto alle conclusioni, il caso delle masserizie di un appartamento che erano state stivate in un deposito per poter eseguire lavori di ristrutturazione dell'immobile. All'atto della restituzione il

¹²⁷¹ Cfr. LG Tübingen, 5.1.1989, cit.; conf. v. anche: LG Kiel, 19.7.1995, cit.; LG Osnabrück, 24.7.1998, cit.. In una analoga fattispecie di tardiva installazione di una cucina, caso trattato da LG Kassel, 18.10.1990, cit., in cui il Giudice critica espressamente il precedente di LG Tübingen, il risarcimento del *Nutzungsausfall* è stato invece negato sul presupposto che il bene del quale era rivendicato il mancato godimento nè era ancora stato prodotto, né era ancora entrato nel possesso dell'acquirente, e pertanto difettava il presupposto per riconoscere la sussistenza del lamentato pregiudizio. Si tratta di una interpretazione che però, come si è visto, oltre che essere stata fatta propria da una parte marginale della giurisprudenza, è stata espressamente giudicata non corretta dai successivi interventi del BGH.

¹²⁷² Cfr. LG Osnabrück, 24.7.1998, cit.

mobilio era risultato gravemente danneggiato per la grave negligenza addebitabile al custode, e così pure i capi di abbigliamento. Sono così stati necessari svariati mesi per le riparazioni dei danni, durante i quali l'interessato è stato costretto a vivere in una casa priva di arredamento, dovendosi peraltro procurare anche dei nuovi vestiti. Il Tribunale ha condannato quindi il depositario al risarcimento anche del *Nutzungsausfall* nella misura di circa 7.500 Marchi (60 Marchi al giorno per 145 gg. di ritardo)¹²⁷³.

Un occhio di riguardo è stato poi condivisibilmente tenuto nei confronti di soggetti affetti da disabilità. È stato così risarcito il paraplegico che, a seguito di un incidente ha subito, oltre che lesioni, anche la privazione della sedia a rotelle motorizzata, che era andata distrutta¹²⁷⁴. Il giudice ha ritenuto che quella sedia motorizzata fosse indubbiamente da considerare quale accessorio funzionale a soddisfare una necessità primaria, superiore anche a quella rappresentata da un ordinario veicolo per persone non affette da simili lesioni, ragione che giustificava quindi il risarcimento per il mancato uso in misura superiore a quella di un'utilitaria per l'intero periodo decorso fino alla consegna della nuova carrozzella¹²⁷⁵.

Per le stesse ragioni è stato risarcito il non vedente privato della possibilità di avvalersi del suo cane guida per dieci giorni, necessari alle cure e al ristabilimento dell'animale che era stato aggredito e ferito da un rotweiler sfuggito al controllo del suo padrone¹²⁷⁶.

12.5) Gli oggetti da collezione e i beni impiegati in attività commerciale.

Alcune riflessioni conclusive vanno dedicate agli oggetti da collezione e ai beni impiegati in attività commerciali.

Quanto agli oggetti da collezione, o quelli per i quali comunque l'ampio numero di soggetti che ad essi si interessano ha sviluppato un mercato che consente di apprezzarne la rilevanza economica e, quindi, il valore astrattamente attribuibile alla

¹²⁷³ Cfr. LG Kiel, 19.7.1995, cit.

¹²⁷⁴ Cfr. LG Hildesheim, 29.6.1990, in *NJW – RR*, 1991, 798 ss.

¹²⁷⁵ Interessante osservare che il convenuto aveva eccepito di aver già corrisposto un risarcimento a titolo di *Schmerzensgeld*, e che dunque nulla più era dovuto per il mancato godimento della sedia a rotelle. Il Giudice ha ritenuto infondata tale eccezione osservando che lo *Schmerzensgeld* andava a risarcire il danno non patrimoniale del danneggiato per le ferite riportate, mentre invece il *Nutzungsausfall* rappresentava un pregiudizio di natura patrimoniale che andava pertanto risarcito quale autonoma posta di danno.

¹²⁷⁶ Cfr. AG Marburg, 3.3.1989, in *NJW – RR*, 1989, 931, e in *ZfS*, 1989, 160. Nel caso di specie è stato riconosciuto un risarcimento di 50 Marchi al giorno, pari a complessivi 500 Marchi.

loro eventuale perdita o al danneggiamento¹²⁷⁷, è evidente che si discute non già di un danno non patrimoniale convertito attraverso la *Kommerzialisierung*, bensì di un danno che, per quanto possa anche avere una componente affettiva, è comunque soggetto a una oggettiva stima economica desumibile dalle regole del mercato. Mentre, come si è già detto, non viene in alcun modo preso in considerazione l'eventuale valore affettivo, né può essere invocato il risarcimento del *Nutzungsausfall*, potendosi semmai al più far valere l'eventuale mancato guadagno derivante dal mancato impiego, quale può essere ad esempio il mancato introito per esposizioni di un'opera d'arte.

Un particolare criterio di valutazione del danno è stato seguito nel noto caso *Modellbootfall* di cui si è occupato il BGH¹²⁷⁸. Un appassionato amatore aveva realizzato un bellissimo modello in scala di un sommergibile da guerra, con tanto di strumentazione elettornica che ne consentiva la navigazione telecomandata. Un esemplare di notevole valore "artistico", grazie al quale erano stati vinti numerosi premi nelle competizioni di settore. A causa della maldestria di un estraneo il modellino è caduto dal piedistallo su cui era esposto ed è andato distrutto. Il BGH ha rigettato l'istanza di risarcimento come formulata dal danneggiato, il quale aveva richiesto che oltre al costo vivo del materiale impiegato per la costruzione gli venisse riconosciuto un indennizzo anche per le tantissime ore del proprio tempo libero dedicate alla realizzazione del modello. Il BGH ha affermato che non era possibile risarcire ad alcun titolo il tempo libero, trattandosi di un bene immateriale estraneo alla tutela garantita dal §253 BGB. Ha però stabilito che il risarcimento non potesse essere limitato al mero valore materiale dei componenti utilizzati per la costruzione, poiché quel modellino di particolare pregevole fattura aveva un valore evidentemente superiore a quello delle sue singole parti. Una stima valutativa sulla base di una comparazione con altri esemplari analoghi non era però possibile, trattandosi per l'appunto di una copia unica e irripetibile (*Unikat*). Un ostacolo che il BGH ha tuttavia aggirato prendendo quale valore base di riferimento il costo che avrebbe

¹²⁷⁷ Cfr. MEDICUS, § 249 BGB, cit., 405, s. 4, il quale fa l'esempio delle auto d'epoca, ovvero della perdita di un pezzo di una collezione che determina una diminuzione del valore dei pezzi rimasti, valore che quindi ben può essere stimato e risarcito. V. anche LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 306, s. 959: «Soweit sich für Gegenstände der Liebhaberei (z. B. Briefmarken oder Oldtimer) ein Markt entwickelt hat, kann aber auch die in den jeweiligen Liebhaber-Kreisen bestehende Wertschätzung berücksichtigt werden» e nei medesimi termini anche Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 297, s. 25.

¹²⁷⁸ Cfr. BGH, 10.7.1984, VI ZR 262/82, cit.

avuto commissionare, o comunque acquistare, da operatori specializzati un modellino di una barca equipaggiata con strumentazione elettronica¹²⁷⁹.

Per quanto sin qui si è detto si esclude che possa essere risarcito il *Nutzungsausfall* di beni impiegati in attività commerciali, in quanto diversamente si realizzerebbe una sovracompensazione del danno o indebito arricchimento che dir si voglia¹²⁸⁰. Infatti il risarcimento del *Nutzungsausfall* per i beni non produttivi corrisponde ad una stima fittizia di una perdita patrimoniale, in mancanza del quale il danneggiato rimarrebbe privo di tutela. Per il danno derivante dal mancato impiego di beni produttivi il danneggiato può invece più semplicemente avvalersi del §252 BGB per essere risarcito della diminuzione di reddito provocata dall'evento dannoso, venendo qui infatti in discussione il mancato guadagno di cui potrà essere data dimostrazione senza la necessità di ricorrere all'istituto del *Nutzungsausfall*.

Qualora si abbia a che fare con beni di uso promiscuo si può semmai configurare una risarcibilità del *Nutzungsausfall* per la quota parte destinata all'impiego non commerciale del bene¹²⁸¹.

12.6) Riflessioni conclusive.

Si può quindi dire che la giurisprudenza si è orientata, in conformità con quanto ha fatto il legislatore, verso un sistema che riconosce un intrinseco valore alla disponibilità di determinati beni di consumo¹²⁸².

¹²⁷⁹ Cfr. il seguente passaggio di BGH, 10.7.1984, VI ZR 262/82, cit.: «*Darüber hinaus wird es innerhalb des immer bedeutsamer werdenden Marktes der Freizeitgestaltung einen Markt für gewerblich produzierte, mit elektronick versehene Schiffsmodelle geben, die wenigstens insoweit dem Boote des Klägers verglichen werden könnten. Ihr Preis könnte ebenfalls einen Anhalt für die Schätzung bilden. Endlich hat der Kläger unter Beweisantritt und Anführung von Einzelheiten dargetan, dass s jedenfalls einen Gewerbebetrieb gibt, der auf Bestellung von Kunden Modellboote anfertigt und verkauft. Der dafür auf dem Markt zu erzielende Preis könnte – wiederum unter Berücksichtigung der Besonderheit fehlender Marktgängigkeit des bootes des Klägers – auch eine geeignete Schätzungsgrundlage sein.*».

¹²⁸⁰ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 310, s. 64. L'A. invero spiega che a questo approdo si è in realtà giunti solo negli ultimi anni, in quanto in passato la giurisprudenza ammetteva il risarcimento anche in caso di beni a destinazione produttiva. Più in generale l'argomento verrà ripreso e approfondito quando si tratterà dello specifico settore del risarcimento per il mancato uso di veicoli.

¹²⁸¹ Cfr. OETKER, § 249 BGB, cit., 310, s. 65.

¹²⁸² Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 19, s. 34: «*Vermögen dient nicht mehr nur dem Aufbau einer „bürgerlichen“ Existenz, sondern im weitem Umfang unmittelbar oder mittelbar dem Konsum oder – wie der BGH (BGHZ GS 98, 212, 218f) formuliert – dem „eigenwirtschaftlichen Einsatz“.* Der Gesetzgeber selbst hat dieser Entwicklung für den Urlaubsbereich Rechnung getragen und in § 651 f Abs. 2 sogar einen Ersatz für die vertane Urlaubszeit eingeführt. Für Kraftfahrzeuge und schließlich für die selbstgenutzte Wohnung oder das Eigenheim hat die Rspr mit der abstrakten Nutzungsentschädigung Vergleichbares geschaffen».

Le linee guida utilizzate per stabilire la risarcibilità del danno da mancato godimento di un bene sono ritenute però insoddisfacenti da taluni interpreti. Sia perché non tracciano confini certi tra quel che è risarcibile e quel che non lo è; sia, ancora, perché non è chiaro secondo quali parametri dovrebbe essere quantificato il danno conseguente; sia perché stabilire a priori quali sono i beni che incidono in modo determinante sul livello della qualità della vita realizza una discriminazione per soggetti che hanno deciso di condurre uno stile di vita che, per quanto atipico, meriterebbe comunque di essere tenuto in considerazione¹²⁸³.

Fatto sta che i precedenti in *subiecta materia*, oltre che essere numericamente assai ridotti, sono generalmente riconducibili alla lesione del godimento di beni afferenti l'organizzazione domestica. Se poi si riflette sul fatto che, salvo qualche rara eccezione, sono tutti cronologicamente risalenti agli anni '90 del secolo scorso, pare evidente che l'atteggiamento della giurisprudenza ha svolto una efficace azione dissuasiva.

Ciò si deve in primo luogo alla stabilità dei principi affermati dalla giurisprudenza del BGH, la cui autorevolezza si fonda, oltre che sulla qualità giuridica, anche sulla improbabilità di repentini mutamenti di orientamento. Non minore importanza svolge la ragionevolezza dei tempi processuali, essendo tutto tranne che infrequenti i casi in cui dall'inizio della causa in primo grado fino alla pubblicazione della sentenza del BGH trascorre un periodo compreso tra i due e i tre anni.

E dunque, una volta che la stabilità dell'architettura del sistema della responsabilità civile consente di individuare con sufficiente certezza il soggetto obbligato al risarcimento e i limiti entro i quali questi è tenuto a pagare, per un verso è chiaro che il danneggiante è indotto a evitare una lite processuale che lo vedrebbe sicuramente soccombere, e per l'altro è quantomeno improbabile che siano proposte istanze risarcitorie prive di adeguata fondatezza. Si realizza in altri termini un circolo virtuoso che porta alla deflazione del contenzioso, e che meriterebbe quindi di essere preso in considerazione anche a sud delle Alpi.

¹²⁸³ Cfr. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 316, s. 987; MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, cit., 331, s. 674.

13.1) Il risarcimento del danno per la cura di animali.

Come già si è avuto occasione di spiegare il sistema tedesco individua una espressa priorità per la riparazione del danno nella forma della *Naturalherstellung*. Il §251, II° co., I° per. BGB prevede però quale correttivo la deroga a tale preferenza nel momento in cui le spese da sostenere per la *Naturalherstellung* siano sproporzionate rispetto al valore di mercato del bene danneggiato. Una limitazione in mancanza della quale il debitore potrebbe essere esposto a richieste di risarcimento per spese di riparazione irragionevoli in relazione al valore di mercato della cosa danneggiata.

Invero il II° co., II° periodo del medesimo §251 BGB prevede però che il limite della sproporzione non può essere preso in considerazione quando si tratti di spese necessarie a curare un animale ferito, e questo nemmeno se le spese eccedano in modo rilevante il valore dell'animale stesso¹²⁸⁴.

Si tratta di una disposizione introdotta nel BGB nel 1990 con la “Legge sul miglioramento della posizione giuridica degli animali nel diritto civile”¹²⁸⁵. Tanto la menzionata *rubrica legis* della novella, quanto il §90a BGB - che pure è stato dalla medesima introdotto nell'ordinamento - secondo il cui tenore «*Gli animali non sono cose. La loro tutela è realizzata per mezzo di specifiche leggi*»¹²⁸⁶, indicano con estrema chiarezza che nel diritto positivo tedesco è stata tracciata una netta linea di demarcazione - che il nostro ordinamento non conosce - tra le cose inanimate in genere e gli esseri viventi appartenenti al mondo animale¹²⁸⁷.

Si aggiunga che mentre il primo periodo del § 903 BGB, in analogia a quanto dispone l'art. §832 c.c., stabilisce che il proprietario ha la facoltà di godere e disporre a piacimento della cosa nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico o dei diritti dei

¹²⁸⁴ Cfr. §251, II° co., II° per. BGB: «*Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen*».

¹²⁸⁵ Si tratta del *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht* del 20.8.1990 (pubblicata sul BGBl. I S. 1762), entrata in vigore il 1.1.1991.

¹²⁸⁶ La norma contiene poi un terzo periodo che prevede sia comunque applicata la disciplina vigente per le cose laddove non vi siano espresse previsioni derogatorie. Cfr. il testo in lingua originale del §90a BGB: «*Tiere. Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*».

¹²⁸⁷ Nel breve commento alla novella normativa di MÜHE, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, in *NJW*, 1990, 2238, spiega che questa differenziazione corrisponde a quella che esisteva nell'ordinamento austriaco, al quale si sono dichiaratamente ispirati i compilatori del testo legislativo.

terzi, il secondo periodo prevede invece che il proprietario di un animale è tenuto a rispettare anche le prescrizioni dettate in tema di tutela degli animali¹²⁸⁸.

Si può quindi dire che l'ordinamento giuridico tedesco considera gli animali, a differenza delle cose inanimate, come esseri senzienti portatori di diritti, un peculiare riconoscimento che consente poi di rendere apprezzabile il legame che caratterizza il rapporto tra uomo e animale, e quindi una corrispondente tutela dell'eventuale valore di affezione¹²⁸⁹. Una tutela che non può però essere estesa in modo generalizzato.

Infatti l'ultimo periodo del § 90a BGB si chiarisce che dove non espressamente previsto da norme derogatorie continua a valere la disciplina ordinaria applicabile per le cose inanimate, e quindi la portata del §251, co. II°, II° per. BGB deve essere considerata tassativamente limitata al solo caso delle spese di cura degli animali.

In altre parole non sarebbe possibile fare leva sul particolare *status* degli animali e sulla tutela del rapporto fra uomini e animali riconosciuto dalla legge per attribuire un risarcimento del danno a titolo di *Schmerzensgeld* in caso di ferimento o di morte dell'animale¹²⁹⁰.

La scelta fatta dal legislatore con l'introduzione della normativa in discussione risulta essere stata influenzata oltre che dalla maturazione di una diffusa consapevolezza sociale in ordine all'esigenza di dare concreta tutela al valore affettivo nelle relazioni tra esseri umani e animali¹²⁹¹, anche dalla giurisprudenza che si era andata

¹²⁸⁸ Cfr. § 903 BGB: «*Befugnisse des Eigentümers: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten*».

¹²⁸⁹ Precisa al riguardo SCHIEMANN, §251 BGB, cit., 199, s. 27, che oggetto della disposizione è sì la tutela degli animali, ma siccome ovviamente gli animali non sono in grado di far valere i loro diritti, è l'interesse del padrone dell'animale che viene indirettamente preso in considerazione.

¹²⁹⁰ Spiega MÜHE, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, cit., 2239, che l'ipotesi di una espressa previsione in tal senso era stata presa in esame nei lavori preparatori. Si è però infine ritenuto opportuno non introdurla in considerazione del fatto che il risarcimento dello *Schmerzengeld* veniva sovente negato addirittura per il caso di morte di prossimi congiunti, e che quindi sarebbe risultato stridente riconoscerlo per la morte di un animale. In questi stessi termini cfr. AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, in *NJW RR*, 2001, 17: «*Das hier entschiedene Gericht verkennt auch nicht eine solche bessere Rechtsstellung des Tieres, sie kann indessen einen Schmerzengeldanspruch nach §847 BGB nicht begründen. §90a BGB dient dem Schutz des Tieres und dem Respekt vor diesem Lebewesen, welches gleich dem Menschen ein Mitgeschöpf ist und deswegen der Sache nicht gleichgestellt werden darf. Das Zuerkennen eines Schmerzengeldanspruches hingegen verbessert nicht die Stellung des Tieres, welche durch Einführung des §90 a BGB beabsichtigt worden ist, sondern die des Tierhalters. Ein dermaßen umfassender Schutz der Mensch-Tier-Beziehung kann aus den genannten Vorschriften aber nicht folgen. Dies folgt insbesondere auch aus dem Umstand, dass die Rechtsprechung bei dem Tod entfernter Angehöriger einen Schmerzengeld verneint*».

¹²⁹¹ Cfr. MÜHE, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, cit., 2238, che segnala come, tra le altre, sollecitazioni in tal senso al legislatore fossero giunte anche

affermando nel corso del decennio precedente, la quale già aveva, più o meno espressamente, riconosciuto i medesimi princìpi che sono poi stati trasfusi nel diritto positivo¹²⁹².

Non essendo l'ambito operativo della norma espressamente limitato a particolari categorie di animali, parrebbe che l'unico implicito presupposto richiesto fosse la sussistenza di una relazione dell'animale con un soggetto che possa rivendicare il diritto a farlo curare¹²⁹³.

Tuttavia gli interpreti ritengono che esistano argomenti utili a sostenere che la norma ha ragione di essere applicata solo quando in discussione sono animali domestici d'affezione, poiché la *voluntas legis* sarebbe chiaramente finalizzata a rendere tutelabile l'*Affektionsinteresse* del proprietario¹²⁹⁴. Del resto risulterebbe in ogni caso difficile spiegare per quale ragione dovrebbero essere oggetto di particolare tutela animali impiegati in attività produttive la cui funzione può essere in linea di principio svolta da qualsiasi altro esemplare della medesima specie¹²⁹⁵.

da parte dei veterinari tedeschi, e precisamente dal documento elaborato nel corso della Giornata dei veterinari tedeschi (*Deutscher Tierärztetag*) del 1977.

¹²⁹² In LG Karlsruhe, 20.2.1986, in *NJW – RR*, 1986, 542, il risarcimento per le cure di un gatto domestico senza apprezzabile valore morsicato da un cane è stato liquidato nella misura di 1500 marchi in considerazione del fatto che il proprietario, prima ancora di sapere le circostanze del ferimento, e quindi prima di avere la certezza che qualcuno lo avrebbe risarcito, ha comunque fatto sottoporre l'animale a un intervento dal veterinario, così dimostrando di nutrire un considerevole affetto per l'animale. Assai più marcata, invece, la presa di posizione di LG Lüneburg, 9.2.1984, in *NJW*, 1984, 1243, nella quale sorprendentemente si rinviengono i medesimi presupposti ispiratori posti a fondamento del testo normativo che sarebbe stato emanato a distanza di qualche anno espressi nel seguente passaggio testuale: «*An der Tatsache, dass das Tier ein lebendes Wesen ist, kommt auch das Schadensersatzrecht nicht vorbei. Die Heilung eines verletzten Tieres ist nicht die Reparatur einer Sache. Die für die Heilbehandlung aufzuwendenden Kosten sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn der wirtschaftliche Wert des Tieres erreicht oder geringfügig überschritten ist. Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit steht die Beziehung zwischen Mensch und Tier im Vordergrund. Allerdings darf dabei der Wert, und zwar der Wiederbeschaffungswert, nicht der Verkaufswert, nicht völlig außer Betracht gelassen werden*».

Cfr. In letteratura cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 239. OETKER, § 251 *BGB*, cit., 451, s. 53.

¹²⁹³ Cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 239; OETKER, § 251 *BGB*, cit., 452, s. 56.

¹²⁹⁴ Cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 239; OETKER, § 251 *BGB*, cit., 452, s. 56. A tale stregua secondo SCHIEMANN, § 251 *BGB*, cit., 200, s. 30, non sarebbe possibile ricorrere all'applicazione di questa norma nel momento in cui l'animale venga soccorso da soggetti che con il medesimo non avevano alcun rapporto precedente al ferimento, come sovente accade, ad esempio, quando intervengono associazioni che si occupano di tutela faunistica o più in generale di tutela ambientale.

¹²⁹⁵ Un criterio spiegato assai bene in LG Lüneburg, 9.2.1984, cit.: «*Ob die für eine Heilbehandlung aufgewendeten Kosten unverhältnismäßig und deswegen nicht zu erstatten sind, kann nicht für alle Tiere oder jeweils eine Tierart gleich beantwortet werden. Es kommt dabei vielmehr auf den Einzelfall und die Zweckbestimmung des Tieres an. So wird die Heilbehandlung einer Kuh kaum den Wirtschaftlichen Wert der Kuh überschreiten dürfen, da der Zweck der Kuh für den Landwirt in Ihrem Wirtschaftlichen Nutzen und ihrer wirtschaftlichen Verwertbarkeit liegt*».

A sostegno di questa impostazione si ritiene di dover evidenziare che nel caso di animali impiegati con finalità di profitto, quali potrebbero essere un cavallo da corsa o un qualsiasi animale con particolari caratteristiche genetiche destinato alla riproduzione, sarebbe pur sempre possibile giungere a una stima del valore perduto che possa semmai giustificare un risarcimento eccedente il valore di mercato di un esemplare ordinario della medesima razza¹²⁹⁶.

Per quanto la norma si limiti a stabilire che non sono da considerare sproporzionate spese di cura ancorché queste superino in modo rilevante il valore dell'animale, senza dunque indicare uno stabile criterio di riferimento, è evidente che non si potrà in ogni caso prescindere da un giudizio che valuti in primo luogo l'opportunità, e in secondo luogo la ragionevolezza dei costi sostenuti¹²⁹⁷.

A tal fine si è tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute dell'animale prima del ferimento¹²⁹⁸, nonché le possibilità di riuscita delle cure¹²⁹⁹, ma un ruolo di rilievo è stato svolto anche dalla considerazione della consistenza del legame affettivo fra proprietario e animale da curare¹³⁰⁰. Si ritiene altresì che tra le spese di cura possano essere fatte rientrare anche i costi sostenuti per l'eventuale soppressione dell'animale ferito¹³⁰¹.

¹²⁹⁶ In senso contrario si esprime però SCHIEMANN, §251 BGB, cit., 200, s. 30, secondo il quale la norma non va intesa nel senso di escludere in via assoluta che animali da produzione, come una mucca da latte, siano necessariamente esclusi dall'ambito operativo della norma, in quanto anche per essi il proprietario potrebbe nutrire un per quanto più o meno attenuato legame di affezione con l'animale.

¹²⁹⁷ Nel commento di MÜHE, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, cit., 2239, si sostiene che la mancanza di più puntuali indicazioni si deve a una precisa scelta del comitato che ha compilato il testo normativo, che ha preferito seguire l'esempio del legislatore austriaco, che nel § 1332a ABGB si è limitato a prevedere la risarcibilità della spesa che avrebbe sostenuto un assennato possessore di un animale che si fosse trovato nelle medesime condizioni del danneggiato. È dunque a questo criterio, conclude l'A., che sarebbe opportuno ispirarsi nella ponderazione della ragionevolezza della spesa.

¹²⁹⁸ Cfr. AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit.

¹²⁹⁹ Cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 239; OETKER, § 251 BGB, cit., 452, s. 63; SCHIEMANN, §251 BGB, cit., 200, s. 29.

¹³⁰⁰ Cfr. AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit. In dottrina v. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., 308, s. 963: «Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall, wobei auch die emotionalen Bindungen des Eigentümers an das Tier zu Berücksichtigen sind. Bei Tieren ohne nennenswerten Marktwert (z.B. Mischlingshunden, Katzen) können somit auch Aufwendungen von mehr als 1000 euro verhältnismässig sein». In senso conforme cfr. anche LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 239. Secondo l'opinione in parte divergente di OETKER, § 251 BGB, cit., 454 ss., ss. 62 - 63, la sussistenza di un legame (*Bindung*) tra proprietario e animale non sarebbe da apprezzare sotto il profilo dell'*Affektionsinteresse*, ma solo in quanto elemento che soddisfa la condizione per l'applicazione della norma a prescindere dall'intensità emotiva, da ritenersi quindi del tutto inconferente ai fini del giudizio di appropriatezza della spesa da sostenere per le cure.

¹³⁰¹ Cfr. AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit. Conf. cfr. SCHIEMANN, §251 BGB, cit., 200, s. 29: «Gerade das Einschläfern des schwerverletzten Tieres fällt unter den Schutzbereich des §251 Abs. 2 S 2».

Proprio il determinante ruolo svolto dalla componente emotiva, che di fatto rende del tutto irrilevante la sussistenza di un eventuale valore commerciale dell'animale ai fini della valutazione di proporzionalità della spesa¹³⁰², non consente di fare riferimento ai criteri stabiliti per la riparazione dei veicoli incidentati per i quali come abbiamo visto le spese di riparazione sono ammesse fino al limite del 130% del valore di mercato del veicolo¹³⁰³.

Una volta esclusa quindi coerentemente con lo spirito della norma qualsiasi equivalenza con il ripristino di beni aventi un mercato di riferimento, nei casi reperiti risultano essere stati concessi risarcimenti per spese di cura compresi tra i tre e i quattro mila marchi, e tanto benchè l'animale curato fosse un esemplare non di razza e dunque privo di particolare valore commerciale¹³⁰⁴.

Per quanto non constino precedenti a noi più prossimi, dalla giurisprudenza presa in considerazione risulta la tendenza ad adeguare al costo della vita la soglia massima delle spese di cura degli animali feriti. In concreto si può stimare che secondo questa prospettiva la soglia massima dei costi di cura possa essere fissata nell'ordine di circa tremila euro¹³⁰⁵.

¹³⁰² Come precisa OETKER, § 251 BGB, cit., 454, s. 62, il fatto che per un cagnolino che in ipotesi vale 5 euro possono essere considerate ammissibili spese di cura di 50 o più euro, non significa che le cure possano essere ammesse nella medesima proporzione, e dunque decuplicate nei costi, anche per un cane di razza che avesse un valore di 2500 euro.

¹³⁰³ E parimenti, come precisato da AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit., nemmeno possono trovare applicazione tutti gli altri istituti risarcitori che sono stati concepiti per la limitata realtà del risarcimento del danno nei sinistri stradali, quali ad esempio il rimborso forfetario delle spese telefoniche a favore del danneggiato. In dottrina sul punto cfr. LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., 240; OETKER, § 251 BGB, cit., 452, s. 62.

¹³⁰⁴ In AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit., è stata riconosciuta adeguata la somma di 4.000 Marchi comprensiva anche dei costi per gli spostamenti con l'auto per portare l'animale dal veterinario, e tanto nonostante poi il cane ferito sia morto, in quanto, secondo il giudice, il tentativo di salvargli la vita era ampiamente giustificabile sia per la giovane età del cane, sia per il forte vincolo affettivo in virtù del quale era ragionevole che il proprietario cercasse di fare tutto il possibile per salvarlo. In LG Bielefeld, 15.5.1997, in *NJW*, 1997, 3320 ss., è stata invece riconosciuta equa la spesa di 3.000 marchi per le cure di un gatto morso da un cane.

¹³⁰⁵ In effetti in LG Lüneburg, 9.2.1984, cit., era stata ammessa una spesa di circa 2000 marchi. La successiva LG Bielefeld, 15.5.1997, cit., proprio facendo espresso riferimento all'esigenza di aggiornare il dato risultante dalla pronuncia del tribunale di Bielefeld, ha aumentato questa somma limite a 3000 marchi, che sono poi diventati 4000 in AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, cit.

14.1) La disciplina delle immissioni nell'ordinamento tedesco. Generalità.

Per quanto abbiamo avuto modo di vedere *supra*, nell'ordinamento italiano la disciplina delle immissioni è oggetto di rilevanti controversie tra gli interpreti e di non meno significativi contrasti giurisprudenziali.

Per richiamare qui in breve le principali problematiche possiamo dire che l'indirizzo interpretativo che allo stato risulta prevalere in seno alla Suprema Corte ritiene che tale pregiudizio sia da classificare come non patrimoniale, e pertanto, in assenza della lesione di un valore costituzionalmente garantito, e cioè se non sia dimostrata la sussistenza di un danno alla salute medicalmente accertabile, non viene ammessa alcuna forma di ristoro alla parte esposta alle immissioni.

L'altra opinione, che trova peraltro l'autorevole sostegno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, ritiene invece che, a prescindere dall'insorgenza di uno stato di malattia, le immissioni intollerabili provochino comunque una indebita compressione del diritto al godimento del bene che, a seconda delle circostanze del caso concreto, può essere apprezzato in via risarcitoria.

A questo secondo orientamento si ispira anche il sistema delle tutele approntato dall'ordinamento tedesco. Prima di entrare nel merito del quale è però opportuno prendere in considerazione i principi generali della disciplina delle immissioni, il cui nucleo centrale è contenuto in una disposizione del BGB che presenta numerosi punti di contatto con il nostro art. 844 c.c.

Il § 906 BGB si preoccupa infatti di stabilire come debbano essere regolati i rapporti tra il proprietario del fondo emittente e quello del fondo immesso, quale sia la natura delle sostanze che vengono prese in considerazione, e quali siano i limiti entro i quali le immissioni vanno considerate tollerabili. Più in concreto la norma si prefigge di definire un equilibrio tra i diversi, e in linea di principio equivalenti, diritti di godimento della proprietà tra due distinti fondi¹³⁰⁶, e rappresenta quindi lo strumento per tracciare il limite all'esercizio dei diritti e delle facoltà di disporre e di godere della cosa che, ai sensi del § 903 BGB¹³⁰⁷, sono riconosciuti al proprietario.

¹³⁰⁶ Cfr. BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, in *NJW*, 2010, 3160. In dottrina cfr. SÄCKER, § 906 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2009, 819, s. 1; BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche – zulässige Rechtsfortbildung oder Rechtprechung contra legem?*, TÜBINGEN, 2002, 100.

¹³⁰⁷ Cfr. § 903 BGB: «*Befugnisse des Eigentümers: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten*». A parte l'obbligo per il

Il § 906, co. I°, per. I° BGB contiene poi un dettagliato elenco dei fenomeni fisici rispetto ai quali la disposizione trova applicazione: le emissioni di gas, vapori, odori, fumo, fuliggine, calore, rumori, scuotimenti e altre a queste assimilabili, e stabilisce che il proprietario del fondo immesso le deve sopportare se non arrecano pregiudizi, o se arrecano pregiudizi meramente marginali, al godimento della sua proprietà¹³⁰⁸, senza peraltro poter vantare alcun tipo di ristoro economico¹³⁰⁹.

In virtù della prevista estensione dell'applicazione della norma a fenomeni fisici simili a quelli espressamente enumerati, l'elenco testuale va dunque inteso come meramente indicativo¹³¹⁰. Con il che finiscono le analogie con l'art. 844, I° co., c.c.

Il secondo ed il terzo periodo del I° co. del § 906 BGB¹³¹¹ prevedono infatti, nell'ordine, che “di regola” l'irrilevanza del pregiudizio si presuppone nel momento in cui le fonti delle emissioni non oltrepassano i limiti stabiliti da leggi e regolamenti¹³¹² o i valori previsti dalle prescrizioni amministrative emanate in

proprietario di animali di rispettare le norme a tutela della loro salute previsto nel 2° periodo, il primo periodo del § 903 BGB è del tutto simile al testo dell'art. 832 c.c.

¹³⁰⁸ Cfr. § 906, I° co., I° per., BGB: «Zuführung unwägbarer Stoffe. Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt».

¹³⁰⁹ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 102.

¹³¹⁰ Cfr. BGH 2.3.1984, V ZR 54/83, in NJW, 1984, 2207 ss.: «Demgemäß nennt § 906 I BGB nur die “hauptsächlichen Beispiele” grenzüberschreitender Imponderabilien, und bringt durch die Einbeziehung “ähnlicher Einwirkungen” zum Ausdruck, dass der Beispielskatalog lediglich die Beschaffenheit der Immissionen, nicht hingegen nur eine ganz bestimmte Art der natürlichen Zuführung kennzeichnet». Cfr. anche BGH, 20.11.1998, V ZR 411/97, in NJW, 1999, 1029 ss. La possibilità di includere nel campo operativo della norma le immissioni c.d. “ideali”, vale a dire quelle dovute a inestetismi o che possano in astratto essere di disturbo al senso morale, quale ad esempio la presenza di una casa di piacere, un sexi shop, o l'esposizione di immagini di corpi nudi che possono destare imbarazzo in chi le osserva, è controversa. In BGH 12.7.1985, V ZR 172/84, in NJW, 1985, 2823 ss., è stata espressamente negata la “tutela morale” avanzata nei confronti del proprietario di un appartamento la cui inquilina, dedita all'esercizio del meretricio, intratteneva la sua clientela. Nonostante la posizione della giurisprudenza, in dottrina vi è però chi, tra cui JAUERNIG, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, in JZ, 1986, 605 ss., 608 ritiene invece che anche le immissioni ideali, nella misura in cui provocano una diminuzione nel valore del fondo, possono essere trattate alla stessa stregua delle immissioni immateriali. In senso conforme v. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 202 ss., e in particolare 207. Tra le voci contrarie v. invece SÄCKER, § 906 BGB, cit., 826, s. 13, e 827, s. 29.

¹³¹¹ Cfr. § 906, co. I°, per. II° e III° BGB: «Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel nicht vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben». Questi due periodi sono stati aggiunti al testo originario con la c.d. *Sachenrechtsänderungsgesetz* del 21.9.1994, e sono entrati in vigore a decorrere dal 1.10.1994.

¹³¹² Spiega BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, Lang, FRANKFURT a/M, 2001, 8, che il sintagma «Grenz- und Richtwerte» contenuto nel § 906, co. I°, per. II° BGB, assume un significato ben preciso, in quanto laddove sono prescritti *Grenzwerte* si deve

esecuzione della legge federale sulla tutela dalle immissioni¹³¹³, mentre invece il superamento dei limiti tabellari viene inteso quale indizio determinante tanto ai fini della valutazione della rilevanza del pregiudizio, quanto ai fini della sussistenza di un rapporto causale tra immissioni e pregiudizio¹³¹⁴.

La fonte normativa che assume un ruolo centrale per la tutela dell'ambiente nella sua più ampia accezione, e quindi della tutela degli uomini, della flora, della fauna, della natura e dell'atmosfera in genere, è il *Bundesimmissionsschutzgesetz* (BImSchG)¹³¹⁵, che rinvia poi per il dettaglio di ciascuna delle diverse attività, siano esse o meno di carattere produttivo, alla legislazione tecnica di carattere secondario¹³¹⁶.

intendere un limite assoluto del valore delle immissioni, mentre la prescrizione di un *Richtwert* rappresenta un valore indicativo intorno al quale è consentita una certa oscillazione in funzione delle circostanze del caso concreto.

¹³¹³ Cfr. BGH, 18.9.1984, VI ZR 223/82, in *JZ*, 1984, 1106 ss.: «Für die schadensrechtliche Beurteilung ist davon auszugehen, dass bei Einhaltung solcher Werte regelmäßig schädliche, unzulässige Immissionen nicht eingetreten werden». All'interpretazione del significato da attribuire all'espressione «*in der Regel*» si è dedicata in modo particolare BGH, 6.7.2001, V ZR 246/00, in *NJW*, 2001, 3119 ss. La sentenza, pur ritenendo che nella fattispecie al suo esame dal rispetto delle soglie di legge discendesse l'irrelevanza delle immissioni (rumori di macchinari di una ferriera), ha comunque affermato che il giudizio di rilevanza non dipende solo dai valori normativi, bensì da una serie di ulteriori circostanze in ordine alla cui valutazione, come lascia chiaramente interdere la formulazione testuale della norma, è chiamato a pronunciarsi in ultima istanza il giudice del merito. In senso conf. anche BGH, 8.5.1992, V ZR 89/91, in *NJW*, 1992, 2019 ss. Nel caso poi di edifici, e più precisamente di immissioni rumorose tra i diversi appartamenti, il livello che deve essere rispettato è, come affermato da BGH, 17.6.2009, VIII ZR 131/08, in *NZM*, 2009, 580 ss., quello che era stabilito al momento della originaria costruzione dell'immobile, e quindi non può essere chiesto il rispetto di soglie di rumore inferiori che siano state previste da un successivo adeguamento normativo – regolamentare. In senso conforme OLG Dresden, 10.2.2009, in *NZM*, 2009, 703 ss. Sulla presunzione di irrilevanza delle immissioni che rispettano i limiti di legge cfr. ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, in *NJW*, 2001, 3222 ss., 3223: «Soweit für Einwirkungen öffentliche-rechtliche Grenz- oder Richtwerte bestehen, ist eine Beeinträchtigung in der Regel dann unwesentlich, wenn diese nicht überschritten werden». Cfr. anche BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 102; BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, cit., 90.

¹³¹⁴ In questi termini BGH, 23.3.1990, V ZR 58/89, in *NJW*, 1990, 2465 ss., vicenda nota in letteratura come *Volksfestlärm*, caso in cui il superamento della soglia di rumore è stato considerato come eccedente nonostante si trattasse di una sagra di paese con incidenza in un estremamente limitato periodo dell'anno. Sull'argomento cfr. ROTH, § 906 BGB, in *Staudigers Kommentar zum BGB*, BERLIN, 2009, 53, s. 37.

¹³¹⁵ Cfr. JARASS, *Grundstrukturen des Immissionsschutzrechts*, in *JuS*, 2009, 608 ss., 608: «Das Immissionsschutzrecht nimmt innerhalb des Umweltrechts eine zentrale Stellung ein. Das einschlägige Gesetz, das „Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge“, kurz: das Bundes-Immissionsschutzgesetz, bildet ein Kernstück des Umweltrechts».

¹³¹⁶ Tra le più importanti possono essere qui ricordate: *Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm* (c.d. *TA Lärm*), del 26.8.1998, che disciplinano le immissioni di rumore; *Fluglärmschutzgesetz* del 30.3.1971, che si occupa delle specifiche emissioni dei velivoli; *Verkehrslärmschutzverordnung* del 12.6.1990 in tema di rumore derivante dal traffico stradale; *Sportanlagenlärmschutzverordnung* del 18.7.1991, in materia di emissione di rumore da impianti sportivi; *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft)* del 24.7.2002, che si occupano della qualità dell'aria in generale.

L'articolato composto dal *Bundesimmissionsschutzgesetz* e dalla normativa correlata individua quindi in prevalenza le attività produttive di emissioni per le quali è necessaria una autorizzazione¹³¹⁷, con l'espressa previsione che quelle non soggette a procedure autorizzative devono comunque rispettare i parametri stabiliti dalle specifiche indicazioni delle tabelle tecniche¹³¹⁸.

Chiarita la natura dei rapporti tra norma civile e disciplina amministrativa, e fermo restando che il rispetto dei limiti di legge e delle prescrizioni contenute nell'eventuale autorizzazione non consentono - di regola - di impedire le immissioni¹³¹⁹, al proprietario del fondo che le subisce può essere comunque imposta anche la tolleranza di immissioni che eccedono i limiti di legge. E questo accade quando, a tenore del § 906, II° co., I° per. BGB, nonostante il pregiudizio arrecato sia potenzialmente significativo – c.d. *wesentliche Beeinträchtigung* – le immissioni sono riconducibili ad un *ortsübliche Benutzung*, sintagma che può essere tradotto come attività tipica di quel determinato contesto ambientale¹³²⁰, o se, ancora, le

¹³¹⁷ Cfr. § 4, co. I°, BImSchG: «Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebs in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, sowie von ortsfesten Abfallentsorgungsanlagen zur Lagerung oder Behandlung von Abfällen bedürfen einer Genehmigung. Mit Ausnahme von Abfallentsorgungsanlagen bedürfen Anlagen, die nicht gewerblichen Zwecken dienen und nicht im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen Verwendung finden, der Genehmigung nur, wenn sie in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen oder Geräusche hervorzurufen. Die Bundesregierung bestimmt nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51) durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Anlagen, die einer Genehmigung bedürfen (genehmigungsbedürftige Anlagen); in der Rechtsverordnung kann auch vorgesehen werden, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn eine Anlage insgesamt oder in ihren in der Rechtsverordnung bezeichneten wesentlichen Teilen der Bauart nach zugelassen ist und in Übereinstimmung mit der Bauartzulassung errichtet und betrieben wird».

¹³¹⁸ Così come previsto dal § 22, co. I°, per. I° BImSchG: «Pflichten der Betreiber nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen. (1) Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass 1. schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, 2. nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden und 3. die beim Betrieb der Anlagen entstehenden Abfälle ordnungsgemäß beseitigt werden können».

¹³¹⁹ In realtà il rispetto dei parametri di legge comporta una inversione dell'onere della prova. Sarà cioè il proprietario del fondo immesso a dover dimostrare che, nonostante le emissioni siano contenute al di sotto delle soglie normativamente previste, gli effetti delle medesime producono comunque un pregiudizio rilevante al godimento del suo fondo. In questi termini *ex multis* cfr. BGH, 18.9.1984, VI ZR 223/82, cit.: «Gelingt der Beklagten der Beweis, dass sich die Emissionen ihrer Anlage während der fraglichen Zeiträume innerhalb der Emissionswerte der TA- Luft gehalten haben, wird sie danach grundsätzlich den Beweisanforderungen genügen». In dottrina sul punto cfr. WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, in NJW, 2005, 241 ss., 244; SÄCKER, § 906 BGB, cit., 824, s. 17.

¹³²⁰ Cfr. § 906, II° co., I° per. BGB: «Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind».

eventuali misure per diminuirne l'intensità sarebbero attuabili solo a fronte di spese economicamente irragionevoli¹³²¹.

Da un punto di vista comparatistico si deve osservare che, diversamente da quanto accade nel nostro sistema, nel giudizio sulla tollerabilità delle immissioni l'eventuale priorità acquisita nell'uso del fondo assume un ruolo marginale¹³²².

Per quanto la dottrina e la giurisprudenza tedesca si siano impegnate per dare una veste concreta alla definizione del concetto di *ortsübliche Benutzung* e per definire i contorni della ragionevolezza delle spese necessarie al contenimento dei valori delle immissioni, i criteri elaborati risultano caratterizzati da una inevitabile genericità determinata dall'incidenza della variabili del caso concreto¹³²³.

Le medesime considerazioni possono valere anche in relazione al concetto di "considerevole pregiudizio", ossia il *wesentliche Beeinträchtigung*, che conduce ad un giudizio di rilevanza degli effetti delle immissioni compiuto su parametri di valutazione che prendono a riferimento la sensibilità dell'uomo medio e le peculiari circostanze del caso concreto¹³²⁴.

¹³²¹ Come spiega cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 106, anche per la valutazione della ragionevolezza economica di eventuali misure di limitazione delle immissioni occorre fare riferimento al parametro rappresentato da un utilizzatore medio, e quindi, nella più parte dei casi, da un artigiano o un imprenditore medio, che si trovi in condizioni di fatto assimilabili a quelle del caso concreto.

¹³²² Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 105: «Die Zeitliche Priorität, d.h. die zeitlich frühere Benutzung des Beeinträchtigten Grundstücks gegenüber dem störenden Grundstück, bleibt unberücksichtigt». Invero in BGH, 6.7.2001, V ZR 246/00, cit., si afferma che per quanto la priorità non sia un criterio di valutazione determinante, non può essere senza rilievo la circostanza che una nuova struttura residenziale viene realizzata in prossimità di una zona nella quale da decenni è attivo un opificio i cui macchinari producono emissioni rumorose di un certo livello.

¹³²³ Cfr. *ex multis* BGH, 24.1.1992, V ZR 274/90, in NJW, 1992, 1389 ss.: «Ortsüblich ist eine Nutzung dann, wenn in der Umgebung eine Mehrzahl von Grundstücken nach Art und Umfang einigermaßen gleich benutzt wird». In dottrina v. tra le varie la sintesi proposta da SÄCKER, § 906 BGB, cit., 842, s. 89: «Die Beurteilung einer Immission als ortsüblich erfolgt auf der Grundlage eines Vergleichs der Benutzung der störenden (nicht des Betroffenen) Grundstücks, mit anderen Grundstücken des Bezirks. [...] Entscheidend ist, ob eine Mehrheit von Grundstücken in der Umgebung mit einer nach Art und Ausmaß einigermaßen gleich bleibenden Einwirkung benutzt wird». In sostanza da queste proposte definitorie si può concludere che l'indagine relativa alla *Ortsüblichkeit* risulta dalla comparazione tra gli effetti prodotti dalle immissioni originate dal fondo preso in esame, e quelli prodotti da altri fondi siti nel medesimo contesto ambientale. Decisivo è stabilire se gli effetti immissivi derivanti dall'uso della maggiorparte degli altri fondi sono, per tipo e intensità, assimilabili a quelli del fondo interessato all'indagine. Dopo di che bisogna, prosegue l'A. qui citato (843, s. 91), tenere in considerazione altri potenziali fattori rilevanti ai fini della valutazione, quale ad esempio l'approvazione di un piano regolatore che preveda l'insediamento di unità abitative, oppure l'espansione di una zona industriale. Insomma, un giudizio per il quale occorre una analisi ad ampio spettro che la casistica dimostra essere quantomai necessariamente calato nella singola concreta fattispecie presa in considerazione.

¹³²⁴ Cfr. BGH, 10.12.2004, V ZR 72/04, in NJW, 2005, 660: «Ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH von dem Empfinden eines Verständigen Durchschnittsmenschen ab und davon, was diesem auch unter Würdigung anderer öffentlicher und

Si tratta a ben vedere di difficoltà ermeneutiche relative al bilanciamento delle ragioni delle parti in causa simili a quelle con cui si sono confrontati gli interpreti italiani nel momento in cui hanno dovuto elaborare i concetti di contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, nonché quello di priorità dell'uso, menzionati dall'art. 844, II° co., c.c., e dunque di argomenti che esulano dalla prospettiva della presente ricerca, per i quali non si ritiene quindi necessario svolgere approfondimenti ulteriori.

14.2) L'adeguata compensazione per il rilevante pregiudizio provocato da immissioni ex § 906, co.II°, per.II° BGB.

Sicuramente maggiore è, invece, l'interesse per le forme di ristoro che l'ordinamento tedesco mette a disposizione del proprietario costretto a subire gli effetti pregiudizievoli delle immissioni eccedenti la soglia di rilevanza e/o tollerabilità che dir si voglia.

Cominciamo con il dire che dal punto di vista della tutela risarcitoria il § 906, co. II°, per. II° BGB prevede espressamente una adeguata compensazione – *angemessener Ausgleich* - in denaro se, per effetto delle immissioni previste dal II° co., I° per., - ossia quelle di natura “privata” eccedenti la soglia di legge, che però devono essere comunque sopportate o perché sono comunque conformi allo standard tipico di uso dei fondi del luogo, c.d. *ortsübliche Benutzung*, o perché occorrerebbero spese irragionevoli per contenerne il livello) - l'uso tipico del fondo immesso o il reddito da esso ritraibile siano stati pregiudicati in misura superiore alla ragionevolezza¹³²⁵.

Essendo comunque imposta la tolleranza delle immissioni che restano al di sotto della soglia di ragionevolezza, la compensazione va commisurata solo alla parte di pregiudizio che eccede tale soglia¹³²⁶.

privater Belange billigerweise nicht mehr zuzumuten ist». Per una trattazione del tema in letteratura cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 100; SÄCKER, § 906 BGB, cit., 826, s. 25; WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit., 244.

¹³²⁵ Cfr. § 906, II° co., II° per. BGB: «*Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstück einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt*».

¹³²⁶ Cfr. BGH, 19.9.2008, V ZR 28/08, in NJW, 2009, 762 ss.: «*Auszugleichen ist nur der unzumutbare Teil der Beeinträchtigung, weil Einwirkungen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit hingenommen werden müssen*».

Come già per il *wesentliche Beeinträchtigung*, il giudizio di ragionevolezza va condotto non già in relazione alla sensibilità soggettiva del diretto interessato¹³²⁷, quanto alla sensibilità dell'uomo medio che si trovasse in quelle medesime circostanze¹³²⁸.

In tale ottica assume un rilievo determinante la durata del pregiudizio¹³²⁹, e pertanto per immissioni contenute in uno spazio di tempo limitato, quali possono essere quelle derivanti da occasionali interventi di manutenzione, non compete – in genere - alcuna forma di compensazione¹³³⁰.

Il II° periodo del II° comma è stato aggiunto all'originario testo del § 906 BGB solo nel 1960¹³³¹, grazie soprattutto alla sollecitazione della giurisprudenza che aveva evidenziato l'esistenza di un vuoto legislativo¹³³², in quanto, a fronte del vantaggio

¹³²⁷ Interessato che può essere, come concordemente affermato da dottrina e giurisprudenza, indifferentemente il proprietario o il possessore del fondo gravato dalle immissioni. Cfr. *ex plurimis* BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 109: «*Gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist der Eigentümer des Grundstücks, der die einwirkungen nach Abs 2 S. 1 dulden muss, berechtigt, den gesetzlichen Ausgleichsanspruch geltend zu machen. ... Außerdem ist der duldungspflichtige Besitzer des Grundstücks ausgleichsberechtigt*».

¹³²⁸ Cfr. BGH, 19.9.2008, V ZR 28/08, cit.: «*Wann diese Grenze überschritten wird, bestimmt sich nach dem Empfinden eines verständigen durchschnittlichen Benutzers des Grundstücks in seine konkreten Beschaffenheit, Ausgestaltung, und Zweckbestimmung, somit nach demselben Maßstab, der für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung i.S. von § 906 I 1 BGB gilt*». Conf. BGH, 20.11.1998, V ZR 411/97, cit. In dottrina cfr. ROTH, § 906 BGB, cit., 159, RN 254; ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, cit., 3223. Osserva peraltro BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, cit., 45, che quello della sensibilità dell'uomo medio è un criterio che nella prassi subisce eccezioni, e non di rado la valutazione dell'incidenza delle immissioni viene considerata in ragione della sensibilità del diretto interessato nel caso concreto.

¹³²⁹ Cfr. OLG München, 18.9.2008, in *NZM*, 2008, 821, caso in cui è un rilevante numero di camion diretto ad un cantiere, fino a 800 al giorno, transitava davanti all'abitazione in aperta campagna degli attori: «*Für die Frage, ob dieser Befund zu einer unzumutbaren Nutzungsbeeinträchtigung des klägerischen Grundstücks geführt hat, sind zum einen die örtlichen Verhältnisse maßgeblich. [...] Zum anderen ist die Immissionsbelastung zu beurteilen. Dabei sind einerseits der Einbahnverkehr und die gedrosselte Geschwindigkeit der LKW sowie der zu Baubeginn errichtete Bauzaun (Der wohl im Wesentlichen der Staubabwehr diene) von Bedeutung. Andererseits fallen nach Einschätzung des Senats die Intensität und die Dauer des Lastwagenverkehrs entscheidend ins Gewicht*». Tuttavia, con riferimento alle immissioni rumorose, come chiarisce BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, cit., 61, la rilevanza del pregiudizio non dipende esclusivamente da durata e intensità del disturbo, ma è però altrettanto vero che dalla durata e dall'intensità delle immissioni si può presumere la sussistenza di un pregiudizio rilevante.

¹³³⁰ Cfr. ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, cit., 3224.

¹³³¹ La disposizione in questione era contenuta nel c.d. *Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuch*, legge licenziata il 22.12.1959, ed entrata in vigore il 1.1.1960.

¹³³² Per una esaustiva panoramica della giurisprudenza del *Reichsgericht* e del *Bundesgerichtshof* che ha riconosciuto il risarcimento per il danno derivante dalle immissioni prima dell'entrata in vigore del § 906, co: II°, per. II° BGB cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 11 ss. Cfr. anche BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, cit., 3;

riconosciuto al fondo emittente, la cui attività produceva effetti pregiudizievoli sulla proprietà altrui, non era previsto alcun risarcimento per il sacrificio che veniva imposto al proprietario del fondo immesso¹³³³.

Si tratta di una disposizione che, come altre presenti nell'ordinamento tedesco, trae ispirazione e fondamento dal principio del c.d. *Aufopferungshaftung*¹³³⁴, in ragione del quale l'autorizzazione ad esercitare un proprio diritto invadendo l'altrui sfera giuridica è subordinata al dovere di compensare la parte tenuta a sopportare questa limitazione in modo da ripristinarne l'integrità patrimoniale¹³³⁵.

Siccome però l'autore delle immissioni viene a sua volta chiamato a rispondere per una attività lecita, e quindi senza che gli possa essere attribuita una colpa in senso stretto¹³³⁶ - da cui la ricorrente definizione di *verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*¹³³⁷, che per l'appunto significa responsabilità indipendente dalla colpa nei rapporti di vicinato - il § 906, II° co., II° per. BGB ha previsto che il ristoro per il

JAUERNIG, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, cit., 606; WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit., 241.

¹³³³ Cfr. POPESCU e MAJER, *Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch. Grenzen der Analogie zu § 906 II 2 BGB mit Fallübersicht*, in *NZM*, 2009, 181 ss., 181: «Die nichtgewährung eines Schadensersatz- bzw. Entschädigungsanspruchs bei fehlendem Verschulden führe, so das RG, zu „unbilligen Ergebnissen, die nicht hingenommen werden können“». Più in generale, come evidenzia MAULTZSCH, *Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge*, BERLIN, 2006, 47, tale forma di compensazione sarebbe fondata sulla *Theorie der Begünstigtenhaftung*, ossia la teoria della responsabilità (senza colpa) del beneficiario, che viene schematizzata nel seguente passaggio: «§ 906 Abs. 2 Satz 1 BGB erlaube bestimmte Immissionen, um dem Emittenten eine sinnvolle Nutzung seines Grundstücks zu ermöglichen. Der Ausgleichsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB für derartige Immissionen diene dann dem angemessenen Interessenausgleich eines Nutzungskonflikts, in dessen Rahmen der Emittent besondere Vorteile zu Lasten des Betroffenen zieht».

¹³³⁴ Si tratta, come segnala WAGNER, *Vorbemerkung § 823 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, MÜNCHEN, 2009, 1701, s. 27, di un principio risalente alla legislazione prussiana: «Der Grundgedanke des Aufopferungsprinzips ist in klassischer Weise in §§ 74, 75, Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht formuliert, nach denen Rechtsverletzungen zwar zu dulden sind, wenn der Eingriff der „Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls“ dient, der Betroffene allerdings einen Anspruch auf Entschädigung hat».

¹³³⁵ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 38: «Die Aufopferungsanspruch ist dadurch gekennzeichnet, dass bei der Kollision zweier Rechtsgüter das geringer bewertete Interesse ausnahmsweise zugunsten des höheren zurücktreten muß, zugleich aber der Begünstigte dem Träger des zurückgetretenen Rechtsguts einen Ausgleich in Geld leisten muß. Der gezielte Eingriff in fremde Vermögensrechte wird gestattet. Dem Betroffenen wird der ihm an sich zustehende Abwehranspruch genommen, an dessen Stelle tritt jedoch die finanzielle Ersatzpflicht». Cfr. anche SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, KÖLN, 2000, 65.

¹³³⁶ Si osservi che la parte obbligata all'indennizzo viene definito dalla norma come «Benutzer des anderen Grundstücks», e cioè semplicemente come “utilizzatore dell'altro fondo”, e non già come responsabile del danno o danneggiante, non essendo infatti in discussione una forma di responsabilità da colpa.

¹³³⁷ Cfr. *ex plurimis* l'evocativo titolo del contributo di WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit.; in senso conforme cfr. anche ROTH, § 906 BGB, cit., 65, s. 64, e 157, s. 249; SÄCKER, § 906 BGB, cit., 857, s. 141.

pregiudizio subito sia limitato ad un indennizzo¹³³⁸, e non invece all'integrale risarcimento del danno¹³³⁹. Per la determinazione del danno in concreto si procede ad una stima della perdita di valore – *Wertminderung* – parametrato sul minor reddito ritraibile da un ipotetico contratto di affitto della proprietà assoggettata alle immissioni, applicando in via analogica i criteri di valutazione dell'indennità di espropriazione¹³⁴⁰, e tenendo conto che il pregiudizio da tenere in considerazione è solo quello relativo alla parte eccedente rispetto alle immissioni che dovrebbero comunque essere tollerate¹³⁴¹.

Detto questo, prima di proseguire occorre fermarsi un attimo per mettere in evidenza aspetti con i quali l'interprete italiano non è solito confrontarsi.

¹³³⁸ Cfr. BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, cit., nella quale si precisa, tra l'altro, che proprio perché di indennizzo e non di risarcimento del danno si tratta, non può venire in considerazione la eventuale liquidazione anche di una somma a titolo di *Schmerzensgeld*, in quanto, per l'appunto, ai sensi del § 253 co. II° BGB il pagamento del danno non patrimoniale ha quale presupposto il risarcimento di un danno. Questo il corrispondente passaggio testuale: «*Voraussetzung für die Verpflichtung des Schädigers zur Zahlung eines Schmerzensgeldes ist jedoch das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs (§ 253 II BGB). Fehle es wie hier daran, ist die Vorschrift in § 253 II BGB auch nicht entsprechend anwendbar*».

¹³³⁹ Cfr. POPESCU e MAJER, *Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch*, cit., 183: «*Nach § 906 II 2 BGB ist Enteignungsentschädigung zu leisten, wohingegen die Rechtsfolge der Schadensersatzansprüche Ersatz des Schadens nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB ist. Freilich wird auch für § 906 II 2 BGB vertreten, dass hier voller Schadensausgleich gemäß §§ 249 ff. BGB geschuldet werde, weil eine Harmonisierung mit § 14 S. 2 BImSchG geboten sei. Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut sowie die Entstehungsgeschichte der Norm; die Entschädigung bemisst sich daher nicht nach den 249 ff. BGB, sondern nach dem Wert der entzogenen Substanz*». Cfr. anche ROTH, § 906 BGB, cit., 162, ss. 262 ss.; ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, cit., 3223 ss.; BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 111 ss.

¹³⁴⁰ Cfr. BGH, 19.9.2008, V ZR 28/08, cit., caso in cui si discuteva del pregiudizio arrecato dai continui scuotimenti del fondo provocati dalle esplosioni provenienti da una vicina miniera: «*Ein nach § 906 II 2 BGB geschuldeter Ausgleich ist nach den Grundsätzen der Enteignungsentschädigung zu bemessen. Diese umfasst einen Ausgleich für konkrete Beeinträchtigungen in der Nutzung eines von dem Eigentümer selbst bewohnten Hauses und kann an der hypothetischen Minderung des monatlichen Mitzinses orientiert werden*». In questi termini già si era espressa anche la risalente BGH, 11.7.1963, III ZR 55/62, cit., che si è occupata di caso nel quale i rumori e gli odori provenienti da un vicino circolo ricreativo militare arrecavano disturbo alla famiglia dell'attore, che risiedeva in un adiacente villino di proprietà. Il BGH, premesso che trattandosi di un'attività riconducibile ad un pubblico interesse non poteva esserne disposta la cessazione, ha ritenuto che la compensazione per il pregiudizio nel godimento dovesse essere stimata in ragione della minor rendita che in ragione delle immissioni avrebbe avuto l'appartamento se il proprietario lo avesse affittato, ed ha così stabilito che dovesse essere attribuita una rendita annuale pari alla detta diminuzione di valore. Conf. anche OLG München, 18.9.2008, cit. Per ulteriori considerazioni in argomento cfr. ROTH., § 906 BGB, cit., 162 ss., ss. 262 ss.

¹³⁴¹ Cfr. BGH, 8.7.1988, V ZR 45/87, in NJW – RR, 1988, 1291: «*Der Kläger kann aber nur insoweit einen Ausgleich verlangen, als er in der Benutzung seines Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt worden ist*». Pertanto nell'ipotesi in cui ai sensi del § 906, co. I° BGB il livello di immissione da considerare non significativo fosse (x), mentre la misura delle immissioni considerate non tollerabili fosse pari a (y), l'indennizzo andrebbe calcolato solo in relazione al pregiudizio prodotto dal valore ($y-x$), in quanto fino al valore (x) il pregiudizio eventualmente arrecato dovrebbe comunque essere sopportato e non sarebbe comunque risarcibile. In senso conf. v. anche BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, in NJW, 1984, 1876 ss.

Secondo quanto si è spiegato sinora il § 906 BGB prende in considerazione due diversi tipi di immissioni: a) quelle la cui intensità è al di sotto del limite di legge, e che in quanto tali, per espressa previsione normativa, non determinano pregiudizi rilevanti nel godimento del fondo immesso; b) quelle che, pur eccedenti i limiti di legge, devono in ogni caso essere sopportate dal proprietario del fondo immesso o perché sono conformi all'uso tipico del fondo emittente in quel determinato contesto ambientale (*ortsübliche Benutzung*), o perché sarebbero irragionevoli le spese necessarie per contenerle nei limiti di legge¹³⁴².

In altre parole il § 906 BGB si disinteressa della tutela risarcitoria delle immissioni meramente intollerabili, quelle cioè che eccedono i limiti di legge, non rispondono al presupposto della tipicità dell'uso del luogo, e che potrebbero in ogni caso essere contenute con spese ragionevoli. E si potrebbe pertanto concludere che a questo *tertium genus* di immissioni, e cioè quelle illecite e che risultano non di rado particolarmente invasive, non sarebbe prestata alcuna forma di attenzione.

14.3) La tutela derivante dal coordinamento fra il § 906 e i §§ 823 e 1004 BGB.

In realtà le cose non stanno come sembra. Intanto è bene chiarire che il § 906 BGB rappresenta una forma di tutela sussidiaria chiamata ad intervenire quando non siano esperibili altri rimedi¹³⁴³, e più precisamente quando non sia stato possibile rimuovere le cause delle immissioni pregiudizievoli ricorrendo ad azioni inibitorie / negatorie, o non sia comunque possibile ottenere per altre vie una compensazione per il pregiudizio arrecato¹³⁴⁴.

In genere viene infatti azionata la tutela offerta dal § 1004, I° co, BGB, che può essere utilizzata ogni qualvolta sia stato arrecato alla proprietà un pregiudizio nel godimento diverso dalla privazione materiale. In tal caso il ricorso al § 1004, I° co. BGB consente di chiedere la rimozione dei pregiudizi arrecati, ovvero in ogni caso la cessazione delle eventuali ulteriori turbative in atto¹³⁴⁵.

¹³⁴² Cfr. ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, cit., 3222.

¹³⁴³ Cfr. WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit., 243; SÄCKER, § 906 BGB, cit., 857, s. 141.

¹³⁴⁴ Cfr. BGH, 19.9.2008, V ZR 28/08, cit.: «Dieser Anspruch dient der Ausfüllung von Lücken in den bestehenden Abwehrrechten und ist deshalb subsidiär». V. anche BGH, 10.12.2004, V ZR 72/04, cit.

¹³⁴⁵ Cfr. § 1004, I° co., BGB: «Beseitigung und Unterlassungsanspruch. Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzers beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu

È dunque attraverso questo strumento che potrà essere richiesta in prima battuta la cessazione immediata di immissioni giudicate come intollerabili e non giustificabili, e conseguentemente, a tenore del § 823, co. I, BGB¹³⁴⁶ - ossia la norma su cui si fonda la generale previsione di risarcibilità del danno derivante da attività illecita – potrà poi essere fatta valere anche la pretesa all’eventuale risarcimento dell’ingiusto pregiudizio subito¹³⁴⁷.

Se però, come stabilisce il secondo comma del § 1004 BGB¹³⁴⁸, in ragione di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti il proprietario sia altrimenti tenuto a dover sopportare il sacrificio¹³⁴⁹, la richiesta inibitoria non potrà essere concessa.

Ed ecco che – solo – a questo punto, dopo che cioè è stato riscontrato il rilevante pregiudizio derivante da immissioni che il proprietario è tenuto a sopportare, potrà essere richiesto un indennizzo per il sacrificio imposto ai sensi del § 906, II° co., II° per. BGB¹³⁵⁰.

besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen». Un caso spesso citato in letteratura è quello di BGH, 30.10.1998, V ZR 64/98, in NJW, 1999, 356 ss., oggetto del quale era un allevamento di maiali i cui ammorbanti odori rendevano irrespirabile l’aria ad una vicina abitazione. Al proprietario dell’allevamento è stato imposto di limitare il numero dei capi di bestiame in modo da contenere entro limiti accettabili la sgradevolezza degli odori. BGH, 8.5.1992, V ZR 89/91, cit. si è invece occupato della limitazione dei rumori imposta all’attività di un centro di rottamazione di veicoli, e BGH, 23.3.1990, V ZR 58/89, cit., ha confermato la correttezza della limitazione del volume imposta all’intrattenimento musicale di una sagra paesana.

¹³⁴⁶ Cfr. § 823, co. I, BGB: «*Schadensersatzpflicht. Wer vorsätzlich, oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum, oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*». (Chi, con dolo o colpa, danneggia illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è tenuto a risarcire l’interessato per il danno da ciò derivato).

¹³⁴⁷ In questi termini cfr. Cfr. BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, cit.; BGH, 18.11.1994, V ZR 98/93, in NJW, 1995, 714 ss., caso in cui i fumi di una grossa fabbrica di birra avevano ripetutamente costretto i proprietari di un appartamento a impegnative e costose opere di pulitura e sanificazione. In dottrina cfr. SÄCKER, § 906 BGB, cit., 854, s. 137: «*Braucht der immissionsbetroffene Eigentümer die Einwirkung (weil ortsunüblich und unzumutbar) nicht zu dulden, kann er für die Zukunft Unterlassung gemäß § 1004 und für die Vergangenheit Schadenersatz gemäß 823 abs. 1 begehren*». Cfr. anche BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 270 ss.; ROTH, § 906 BGB, cit., 60, s. 57.

¹³⁴⁸ Cfr. § 1004, II° co., BGB: «*Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist*».

¹³⁴⁹ In linea di massima è questo il caso, ad esempio, della realizzazione di opere pubbliche o dell’esercizio di attività svolte nell’interesse della collettività, nonché di attività private che siano state autorizzate nonostante il previsto superamento dei valori delle immissioni secondo il criterio della *Ortsüblichkeit* su cui ci siamo dianzi soffermati.

¹³⁵⁰ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 271, che così sintetizza: «*Der Anspruch nach § 1004 BGB ist hingegen ausgeschlossen, wenn der Betroffene Eigentümer die Einwirkungen gemäß § 906 BGB dulden muß. [...] Beeinträchtigen die Einwirkungen die ortsübliche Benutzung des Grundstücks des Betroffenen oder dessen Ertrag unzumutbar, steht ihm ein Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB zu. Besteht diese Duldungspflicht nicht, insbesondere weil die Immissionen durch eine nicht ortsübliche Benutzung hervorgerufen werden und das Grundstück wesentlich stören, kann der Betroffene Eigentümer den negatorischen Abwehranspruch ohne weiteres geltend machen, insbesondere kann er die Schließung der die Immissionen auslösenden*

In altri termini il § 906 BGB definisce il limite della liceità delle immissioni, e quelle che fuoriescono dalla sua sfera di copertura sono per ciò stesso da considerare come illecite¹³⁵¹. Di talché, in luogo della compensazione per responsabilità senza colpa prevista dal § 906, co. II°, per. II° BGB, si entra nell'ambito operativo della responsabilità (per colpa) per attività illecite secondo il disposto del § 823 BGB¹³⁵².

Il proprietario del fondo immesso è comunque tenuto ad azionare la tutela inibitoria del § 1004, co. I° BGB, con la massima solerzia possibile, e quindi non appena ha la percezione del pregiudizio determinato dalle immissioni¹³⁵³. Nel caso in cui, per sua negligenza, egli proponga tardivamente l'azione di tutela, non potrà poi chiedere di essere indennizzato per tutto ciò che poteva evitare se fosse stato più tempestivo.

Si tratta di una applicazione del principio di autoresponsabilità, o, se si preferisce, della corresponsabilità del danneggiato nella causazione e/o nell'aggravamento delle conseguenze dell'evento, desumibile dai principi del § 254 BGB¹³⁵⁴.

14.4) La mitigazione della rigidità del sistema: la compensazione per il *faktischen Duldungszwang*.

Questa rigida interpretazione viene mitigata nei casi in cui le rilevanti immissioni sono state prodotte da un fondo sul quale viene svolta un'attività di natura privata, senza che il proprietario del fondo costretto a subirle abbia potuto per ragioni di fatto – o perché materialmente impossibilitato, o perché inconsapevole del pregiudizio che

Anlage verlangen. [...] Daneben kommt, soweit die einwirkungen nicht nach § 906 BGB zu dulden sind, ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB [...] in Betracht».

¹³⁵¹ Rispetto a questa affermazione si rende necessaria una puntualizzazione. Infatti il § 906 BGB si occupa della disciplina generale delle immissioni. Se però si ha a che fare con immissioni derivanti da attività soggette ad autorizzazione pubblica occorre fare riferimento al § 14 BImSchG. Può quindi accadere che immissioni che secondo il tenore del § 906 BGB sarebbero da considerare come illecite, possono invece essere considerate, per quanto pregiudizievoli, lecite ai sensi del § 14 BImSchG. Pertanto, fermo restando il diritto alla compensazione, il proprietario del fondo immesso può essere tenuto a sopportare immissioni di incidenza superiore al limite che prevederebbe il § 906 BGB.

¹³⁵² Cfr. BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, cit.: «Die Verletzung eines nach § 823 BGB geschützten Rechtsgut ist grundsätzlich rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund besteht. Geht es wie hier um das Verhältnis zwischen Grundstücksnachbarn, so sind die nachbarrechtlichen Sonderbestimmungen der § 906 ff. BGB in dem davon erfassten Regelungsbereich maßgebend dafür, ob die von dem einen auf das andere Grundstück ausgehenden Einwirkungen rechtswidrig sind; diese Bestimmungen entscheiden deshalb auch darüber, ob eine widerrechtliche deliktische Handlung gem. § 823 BGB vorliegt oder nicht». Negli stessi termini cfr. BGH, 2.3.1984, V ZR 54/83, cit.

¹³⁵³ Cfr. BGH, 21.3.2003, V ZR 319/02, in NJW, 2003, 1732 ss.

¹³⁵⁴ Cfr. WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit., 246.

stava subendo - reagire con azioni giudiziali di tutela¹³⁵⁵. Il che spiega la ragione per la quale gli interpreti e la giurisprudenza ricorrono al sintagma *faktischer Duldungszwangs* – forzosa sopportazione di fatto - per definire questa specifica categoria di pregiudizi¹³⁵⁶. Orbene, come dianzi si è avuto modo di spiegare, la compensazione prevista dal § 906, co. II°, per. II°, BGB può essere riconosciuta solo se l'interessato ha preventivamente e tempestivamente fatto valere le sue ragioni ricorrendo all'azione prevista dal § 1004, co. I°¹³⁵⁷.

Ma in questo modo il proprietario che per ragioni oggettive non sia ragionevolmente stato in condizione di azionare il ricorso *ex* § 1004 BGB verrebbe ingiustamente penalizzato, in quanto sarebbe costretto a sopportare i pregiudizi derivanti da immissioni rilevanti senza poter vantare alcuna forma di ristoro.

Questa lacuna è stata allora colmata dalla giurisprudenza¹³⁵⁸ che ha fatto ricorso, ancora una volta, ai princìpi dell'istituto dell'*Aufopferungsanspruch*, e per questa via ha esteso in via analogica la tutela garantita dal § 906 co. II°, per. II°, BGB anche alle ipotesi di *faktischer Duldungszwang*¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ Cfr. BGH, 20.4.1990, V ZR 282/88, in *NJW*, 1990, 1910 ss., che ha applicato questo criterio in un caso in cui gli effetti delle immissioni di piombo inquinante di un terreno proveniente dall'esplosione di colpi in un poligono di tiro al piattello si sono resi evidenti solo a distanza di anni dall'inizio dell'attività. L'argomento viene diffusamente trattato da BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 212.

¹³⁵⁶ Cfr. BGH, 21.3.2003, V ZR 319/02, cit.; BGH, 11.6.1999, V ZR 377 98, in *NJW*, 1999, 2896 ss.; BGH, 20.11.1998, V ZR 411/97, cit.; BGH, 20.4.1990, V ZR 282/88, cit. In dottrina cfr. WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, cit., 246; BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 210.

¹³⁵⁷ Cfr. ROTH, § 906 BGB, cit., 66, s. 65: «§ 906 Abs. 2 S. 2 erscheint auf den ersten Blick als vollständig, weil gegen wesentliche und nicht ortsübliche, oder zwar wesentliche und ortsübliche, durch zumutbare wirtschaftliche Maßnahmen verhinderbare, jedoch nicht verhinderte Einwirkungen um Regelfall der primäre Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs 1 gegeben ist. Eine Rechtsschutzlücke besteht aber, wenn der Beseitigungsanspruch im Einzelfall aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht durchgesetzt werden kann».

¹³⁵⁸ Cfr. *ex multis* BGH, 21.3.2003, V ZR 319/02, cit.: «Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, insbesondere des Senats, ist ein solcher auf einen angemessenen Ausgleich in Geld gerichteter Anspruch gegeben, wenn vom einem Grundstück im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Benutzung Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die das zumutbare Maß einer entschädigunglos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen sofern der davon betroffene Eigentümer aus besonderen Gründen gehindert war, diese einwirkungen gem. § 1004, I BGB zu unterbinden. Danach kommt hier ... ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigen Beeinträchtigung in Betracht, die infolge faktischen Duldungszwangs nicht rechtzeitig verhindert werden konnte. Ein solcher Zwang kann sich unter anderem daraus ergeben, dass der Betroffene die abzuwehrende Gefahr nicht rechtzeitig erkannt hat und auch nicht erkennen konnte». Conf. v. anche BGH, 11.6.1999, V ZR 377/98, cit.; BGH, 20.11.1998, V ZR 411/97, cit.; BGH, 18.11.1994, V ZR 98/93, cit.; BGH, 2.3.1984, V ZR 54/83, cit.

¹³⁵⁹ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 213, 217. In realtà, come segnala ROTH, § 906 BGB, cit., 71, s. 72 - 73, anche se in generale la giurisprudenza tende ad omologare gli effetti risarcitori delle due diverse azioni, la questione è controversa e dipende, in ultima analisi, dalla valutazione che il giudice compie nel caso concreto. Per il vero talvolta la

Ad onor del vero va detto che questa particolare forma di ristoro trova applicazione per lo più in ipotesi non propriamente riconducibili alle immissioni immateriali in senso stretto, in quanto la giurisprudenza ammette l'estensione dell'*angemessener Ausgleich* ex § 906 BGB anche a casi in cui il pregiudizio deriva da immissioni – e/o da danni - materiali, per le quali non di rado viene liquidata una somma prossima all'entità che avrebbe un vero e proprio risarcimento del danno¹³⁶⁰.

14.5) Il risarcimento del pregiudizio derivante da immissioni prodotte da attività soggette ad autorizzazione pubblica.

Una disciplina particolare regola invece il rapporto tra i diversi fondi quando le immissioni sono prodotte da attività per l'esercizio delle quali il § 4 BImSchG richiede una autorizzazione della pubblica amministrazione¹³⁶¹.

Per ragioni di chiarezza espositiva si rende necessario spiegare come, in concreto, si perviene all'autorizzazione. Il combinato disposto dei §§ 4 e 10¹³⁶² BImSchG

giurisprudenza tende a dare una maggiore tutela al proprietario che, non potendosi avvalere del rimedio civilistico offerto dal § 906 BGB, sia costretto a ricorrere all' *Aufopferungsanspruch*. In questo senso alcune pronunce hanno riconosciuto l'indennizzo anche se il pregiudizio arrecato non era tale da dover essere qualificato come eccedente la misura della ragionevolezza, requisito che, come si è visto, il § 906, co. II°, per. II° BGB considera pregiudiziale ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria.

¹³⁶⁰ Cfr. ad esempio BGH, 11.6.1999, V ZR 377 98, cit.

¹³⁶¹ Cfr. § 4, co. I°, per. I°, BImSchG: «*Genehmigung. 1. Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebs in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, sowie von ortsfesten Abfallentsorgungsanlagen zur Lagerung oder Behandlung von Abfällen bedürfen einer Genehmigung*». In pratica la norma prevede che in generale debbano essere autorizzate tutte quelle attività che sono fonte di emissione potenzialmente pericolose per l'ambiente e la collettività.

¹³⁶² Cfr. § 10, co. III e IV BImSchG: «(3). *Sind die Unterlagen des Antragstellers vollständig, so hat die zuständige Behörde das Vorhaben in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt und außerdem entweder im Internet oder in örtlichen Tageszeitungen, die im Bereich des Standortes der Anlage verbreitet sind, öffentlich bekannt zu machen. Der Antrag und die vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen, mit Ausnahme der Unterlagen nach Absatz 2 Satz 1, sowie die entscheidungserheblichen Berichte und Empfehlungen, die der Behörde im Zeitpunkt der Bekanntmachung vorliegen, sind nach der Bekanntmachung einen Monat zur Einsicht auszulegen. Weitere Informationen, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens von Bedeutung sein können und die der zuständigen Behörde erst nach Beginn der Auslegung vorliegen, sind der Öffentlichkeit nach den Bestimmungen über den Zugang zu Umweltinformationen zugänglich zu machen. Bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist kann die Öffentlichkeit gegenüber der zuständigen Behörde schriftlich Einwendungen erheben. Mit Ablauf der Einwendungsfrist sind alle Einwendungen ausgeschlossen, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen. Einwendungen, die auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, sind auf den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zu verweisen. (4) In der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 ist 1. darauf hinzuweisen, wo und wann der Antrag auf Erteilung der Genehmigung und die Unterlagen zur Einsicht ausgelegt sind; 2. dazu aufzufordern, etwaige Einwendungen bei einer in der Bekanntmachung zu bezeichnenden Stelle innerhalb der Einwendungsfrist vorzubringen; dabei ist auf die Rechtsfolgen nach Absatz 3 Satz 5 hinzuweisen; 3. ein Erörterungstermin zu bestimmen und darauf hinzuweisen, dass er auf Grund einer*

prevede che l'iter per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione di un'opera pubblica, quale potrebbe essere una strada o una linea ferroviaria, così come la autorizzazione all'insediamento e all'esercizio di un sito produttivo da cui possano derivare emissioni pericolose o comunque inquinanti, sia soggetto ad una articolata fase procedimentale alla quale possono prendere parte i proprietari dei fondi potenzialmente interessati dagli effetti delle autorizzande emissioni, così sollecitando l'eventuale adozione di particolari forme di abbattimento dei rumori o delle prevedibili immissioni¹³⁶³.

Il procedimento disposto dal § 10 BImSchG è poi fatto oggetto di specifica trattazione dai §§ 74 e 75 del VwVfG (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)¹³⁶⁴. Più in concreto il § 74 disciplina tempi e modi di svolgimento della procedura di rilascio della autorizzazione, le forme della pubblicità da dare alla procedura al fine di consentire la partecipazione dei potenziali interessati, e i termini in cui ai medesimi compete un indennizzo nel caso in cui, completato lo svolgimento dell'istruttoria, risultino sui fondi attigui effetti pregiudizievoli di rilievo senza che sia possibile adottare misure di contenimento delle immissioni.

A tenore del successivo § 75, le determinazioni assunte dalle autorità pubbliche preposte allo svolgimento del procedimento autorizzativo – c.d. *Planfeststellungsbeschluss* - costituiscono un vero e proprio regolamento dei rapporti tra i diversi interessi in questione, e l'approvazione rende definitive le statuizioni adottate in esito al contraddittorio¹³⁶⁵.

Il che significa che non potranno più essere avanzate pretese relative alla rimozione degli effetti pregiudizievoli della realizzanda opera che non siano state

Ermessensentscheidung der Genehmigungsbehörde nach Absatz 6 durchgeführt wird und dass dann die formgerecht erhobenen Einwendungen auch bei Ausbleiben des Antragstellers oder von Personen, die Einwendungen erhoben haben, erörtert werden; 4. darauf hinzuweisen, dass die Zustellung der Entscheidung über die Einwendungen durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden kann».

¹³⁶³ Come evidenzia ROTH, § 906 BGB, cit., 47, ss. 20 – 22, attraverso il § 14 BimSchG l'interessato ha la facoltà di chiedere l'installazione di accorgimenti tecnici, quali barriere antirumore, che limitino gli effetti delle immissioni, ma non può, invece, impedire la realizzazione del progetto che rimane nell'ambito della discrezionalità politico amministrativa.

¹³⁶⁴ Si tratta di articoli di legge particolarmente lunghi e dettagliati di cui ci si limiterà quindi a riportare il sunto nel seguito dell'esposizione. Basti qui dire che il § 74 è rubricato come «*Planfeststellungsbeschluss, Plangenehmigung*» (Delibera di accertamento del piano, autorizzazione del piano), mentre il § 75 come «*Rechtswirkungen der Planfeststellung*» (effetti giuridici della delibera di accertamento del piano).

¹³⁶⁵ Cfr. § 75, co. II°, per. I° VwVfG: «*Ist der Planfeststellungsbeschluss unanfechtbar geworden, so sind Ansprüche auf Unterlassung des Vorhabens, auf Beseitigung oder Änderung der Anlagen oder auf Unterlassung ihrer Benutzung ausgeschlossen*».

tempestivamente eccepite, e che possono essere fatte oggetto di eventuale impugnazione ai sensi del § 70 VwVfG¹³⁶⁶.

In certa misura si può quindi dire che la partecipazione dei soggetti potenzialmente interessati dagli effetti delle emissioni della nuova attività è, più che una facoltà, un vero e proprio onere, in quanto le eccezioni e le ragioni di parte possono essere fatte valere solo nel corso dell'iter di approvazione, concluso il quale scatta la preclusione alle doglianze che non siano fondate su particolari ragioni di diritto civile che il singolo sia in condizione di far valere, e il progetto assume le caratteristiche di una vera e propria sentenza passata in giudicato, in quanto tale inoppugnabile da chi non abbia a tempo debito svolto puntuali eccezioni¹³⁶⁷.

Possibili ulteriori spazi di intervento, e conseguentemente di tutela, sono individuati dal § 75 VwVfG per il caso in cui in corso d'opera vengano in rilievo effetti pregiudizievoli che non erano prevedibili al momento della discussione e dell'approvazione del progetto. In questo caso si riaprirebbero i termini per valutare la possibilità di adottare conseguenti misure di limitazione delle immissioni o, per il caso in cui ciò non fosse possibile, la liquidazione di una adeguata somma a titolo di compensazione per i proprietari interessati¹³⁶⁸.

¹³⁶⁶ In questi termini BGH, 30.10.2009, V ZR 17/09, in *NJW*, 2010, 1141 ss., ha negato il diritto al risarcimento ad un gestore di un ristorante situato in una piazza nella quale era stato aperto un cantiere per i lavori di una ferrovia sotterranea, affermando che l'interessato avrebbe dovuto far valere le sue ragioni in sede di procedimento autorizzativo, il c.d. *Planfeststellungsverfahren*. A nulla è valsa l'eccezione che al tempo in cui il procedimento amministrativo era stato attivato il ristorante era gestito da un diverso titolare, giacché, conclude il BGH, l'onore di costituzione spettava comunque al predecessore.

¹³⁶⁷ Cfr. il già citato § 10, co. III BImSchG, e in senso conforme il § 75 VwVfG. Cfr. JARASS, *Grundstrukturen des Immissionschutzrechts*, cit., 612: «Bei den gefährlichen Anlagen ist gem. § 10 BImSchG ein förmliches Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung notwendig. Der Antrag wird zunächst öffentlich bekannt gemacht, und jedermann kann Einwendungen erheben. Die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben, ist dabei für Drittebetroffene nicht nur vorteilhaft: Wer im Genehmigungsverfahren keine Einwendungen erhebt, kann später auf Grund der versteckten Regelung des § 10 III 5 BImSchG gegen die erteilte Genehmigung gerichtlich nicht mehr vorgehen (materielle Präklusion)». In giurisprudenza cfr. *ex multis* BGH, 30.10.2009, V ZR 17/09, cit. e BGH, 10.12.2004, V ZR 72/04, cit.; BGH, 21.1.1999, III ZR 168/97, in *NJW*, 1999, 1247 ss. Per una approfondita trattazione dell'argomento si rinvia a ROTH, § 906 BGB, cit., 56, RN 46.

¹³⁶⁸ Cfr. § 75, co. II°, per. II° e IV° VwVfG: «Treten nicht voraussehbare Wirkungen des Vorhabens oder der dem festgestellten Plan entsprechenden Anlagen auf das Recht eines anderen erst nach Unanfechtbarkeit des Plans auf, so kann der Betroffene Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen verlangen, welche die nachteiligen Wirkungen ausschließen. Sie sind dem Träger des Vorhabens durch Beschluss der Planfeststellungsbehörde aufzuerlegen. Sind solche Vorkehrungen odr Anlagen untunlich oder mit dem Vorhaben unvereinbar, so richtet sich der Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld». Per un caso in cui questa ipotesi è venuta in considerazione cfr. BGH, 30.10.2009, V ZR 17/09, cit. Cfr. anche BGH, 10.12.2004, V ZR 72/04, cit.; BGH, 21.1.1999, III ZR 168/97, cit.

Per i casi in cui le procedure autorizzative non prevedono una forma partecipativa dei diretti interessati nella formazione della volontà della pubblica amministrazione viene invece in rilievo il § 14, co. I° BImSchG, a tenore del quale può altresì essere imposta la sopportazione di immissioni eccedenti la soglia di rilevanza, essendo consentita unicamente l'eventuale adozione di misure di contenimento del livello delle immissioni che siano possibili in base alle conoscenze scientifiche¹³⁶⁹. In altri termini il § 14, co. I° BImSchG contempla una delle ipotesi in cui può essere negata la tutela negatorio – inibitoria del § 1004, co. I°, BGB.

E, analogamente a quanto accade per le fattispecie regolate dal § 906, co. II° BGB, qualora non esista la possibilità di approntare misure di contenimento efficaci, o se, per quanto in astratto possibili, queste misure tecniche siano in concreto economicamente irragionevoli, il § 14 co. II°¹³⁷⁰ riconosce al proprietario tenuto a sopportare questo sacrificio un ristoro, che però viene corrisposto a titolo di vero e proprio risarcimento del danno¹³⁷¹.

Anche in questo caso, dunque, come già era avvenuto per il § 906, co. II°, per. II° BGB, il legislatore ha preso spunto dai principi giuridici posti a fondamento dell'istituto dell'*Aufopferungsanspruch*¹³⁷².

14.6) Le ragioni del diverso trattamento risarcitorio previsto dal § 906 BGB e dal § 14 BImSchG.

Occorre precisare che, nonostante la comune *ratio* fondativa, diversamente dall'adeguata compensazione – *angemessener Ausgleich* – prevista dal § 906, co. II°, per. II° BGB, il § 14, per. II° BImSchG parla espressamente di *Schadensersatz*, e quindi riconosce alla parte costretta a subire il pregiudizio un vero e proprio

¹³⁶⁹ Cfr. § 14 BImSchG: «Ausschluss von privatrechtlichen Abwehransprüchen. Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen.

¹³⁷⁰ Cfr. § 14, per. II°, BImSchG: «Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadensersatz verlangt werden».

¹³⁷¹ Cfr. MAULTZSCH, *Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge*, cit., 18.

¹³⁷² Cfr. ROTH, § 906 BGB, cit., 73, s. 76: «Der wichtigste verschuldensunabhängige privatrechtliche Aufopferungsanspruch neben § 906 Abs 2 S 2 BGB ist § 14 BImSchG, der den Fall von unanfechtbar genehmigten Betrieben nach § 4 BImSchG trifft».

risarcimento del danno da liquidare secondo quanto dispongono i §§ 249 ss. BGB¹³⁷³.

Questa circostanza ha indotto in alcuni interpreti la convinzione che, a dispetto del lessico adoperato dal legislatore, l'adeguata compensazione prevista dal § 906 co.II°, per. II° BGB dovesse essere ad ogni effetto trattata come un vero e proprio risarcimento del danno. Costoro osservano che se il § 14 BImSchG, che si occupa di immissioni eccedenti la soglia di rilevanza imposte mediante il vaglio autorizzativo di un soggetto pubblico, si prevede l'integrale riparazione del danno, non si vede per quale motivo i pregiudizi provocati dalle immissioni di natura meramente privata ricadenti nell'ambito del § 906 BGB debbano essere invece solamente indennizzati¹³⁷⁴.

La dottrina prevalente ritiene che questa impostazione non sia sostenibile, e che, anche a voler superare la chiara indicazione lessicale, essa abbia il torto di non cogliere la sostanziale differenza esistente tra le due discipline in questione, che giustifica anche il diverso trattamento risarcitorio.

Si osserva infatti che il § 14, co. II° del BImSchG prende in considerazione immissioni che superano il limite di tolleranza e che non sono *ortsüblich*, e dunque una tipologia fenomenica ben diversa da quella trattata dal § 906, co. II°, per. II° BGB, che contempla immissioni rilevanti che devono però essere sopportate in quanto *ortsüblich*¹³⁷⁵. Avendosi quindi a che fare con immissioni meno invasive, o per meglio dire con fenomeni immissivi che, rispetto allo stato originario dei luoghi, hanno un impatto minore, si giustifica anche la minore entità risarcitoria che, rispetto

¹³⁷³ Una approfondita trattazione in ordine alla diversa forma di ristoro prevista dalle due disposizioni in questione e sulle conseguenze che da ciò discendono è svolta da BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, cit.

¹³⁷⁴ Cfr. JAUERNIG, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, cit., 612: «Die Ansicht des BGH ist obendrein unvereinbar mit § 14 S. 2 BImSchG, der für das Duldenmüssen (§ 1004 II BGB) benachteiligender Wirkungen, die von genehmigten Anlagen ausgehen, vollen Schadenersatz gewährt – obwohl sich in diesem Fall eher behaupten ließe, das Abwehrrecht aus § 1004 I BGB sei aus besonderen Gründen eines höheren Interesses ausgeschlossen. Nach § 906 BGB hingegen muss das Abwehrrecht des Eigentümers dem Privatnützigen Interesse des Nachbarn weichen. Das verlangt vollen Schadensausgleich. Und schließlich: dass ein Schadensersatzanspruch nicht immer verschulden des Schädigers voraussetzt, zeigt nicht nur § 14 S. 2 BImSchG, sondern die – schon vom RG herangezogene – sachenrechtliche Vorschrift des § 904 S. 2 BGB. Daher erscheint es geboten, die Fehlbeurteilung des Anspruchs aus § 906 II 2 BGB zu revidieren und die Anwendung dieser Vorschrift sach- und systemgerecht fortzuentwickeln, nämlich zu einem vollen Schadensersatzanspruch im Sinne der §§ 249 ff. BGB».

¹³⁷⁵ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 118, 119.

al § 14 BImSchG, il § 906 BGB riconosce alla parte costretta a sopportare il pregiudizio¹³⁷⁶.

14.7) La tutela risarcitoria per le immissioni prodotte da attività di pubblico interesse. “Enteignender Eingriff” e “enteignungsgleicher Eingriff”.

Occorre ancora, per completezza, prendere in considerazione le immissioni prodotte da strade, linee ferroviarie, aeroporti e opere di pubblico interesse in generale. La giurisprudenza ha ritenuto infatti che il superiore interesse della collettività fosse tale da ritenere ammissibili livelli di immissione superiori a quelli che sarebbero stati consentiti nell’esercizio di attività meramente private, cosicchè agli interessati dalle immissioni viene negata la tutela inibitoria / negatoria *ex* § 1004, co. I°, BGB¹³⁷⁷.

Un dovere di sopportazione per compensare il quale è stato elaborato dalla giurisprudenza l’istituto dell’*enteignender Eingriff* - intervento espropriativo - in ragione del quale il pregiudizio viene commisurato al valore commerciale perduto dal fondo interessato dalle immissioni¹³⁷⁸.

Si tratta in buona sostanza di una specifica forma di responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione, la quale viene autorizzata ad esercitare attività che producono immissioni nei fondi contermini superiori a quelle che dovrebbero essere sopportate nel contesto interprivatistico in quanto sono dirette al soddisfacimento degli interessi della generalità dei consociati¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶ Cfr. BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche*, cit., 119.

¹³⁷⁷ Cfr. SÄCKER, § 906 BGB, cit., 851, RN 126; SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 12, s. 18.

¹³⁷⁸ Cfr. BGH, 6.2.1986, III ZR 96/84, in NJW, 1986, 1980: «*Nach der neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats steht dem Betr. ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf Entschädigung zu, wenn Verkehrsimmissionen von hoher Hand erfolgen, ihre Zuführung nicht untersagt werden kann, sie sich als unmittelbarer eingriff in nachbarliches Eigentum darstellen und die Grenzen dessen überschreiten, was ein Nachbar nach § 906 entschädigungslos hinnehmen muss*». Cfr. anche BGH, 25.3.1993, III ZR 60/91, in NJW, 1993, 1700 ss.; BGH, 23.10.1986, III ZR 112/85, in NVwZ, 1989, 285 ss.; BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, cit.; BGH, 10.11.1972, V ZR 54/71, in NJW, 1973, 326 ss. In dottrina per approfondimenti cfr. ROTH, § 906 BGB, cit., 75, RN 83 – 84; SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, cit., 123 ss.

¹³⁷⁹ Cfr. BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, cit., caso in cui si discuteva delle immissioni di odore provenienti da un impianto di depurazione: «*Ebenso kann der Betroffene gegen hoheitliche Immissionen, die den Duldungsrahmen des § 906 II 1 BGB, auf den auch hier zurückzugreifen ist, übersteigen, mit der öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsklage vorgehen, soweit ihm eine solche Klage nicht wegen überwiegender Gemeinwohlbelange versagt wird*». Cfr. anche SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, cit., 123.

Tale indennizzo deriva il suo fondamento, come le altre forme di ristoro per i pregiudizi derivanti dalle immissioni, dai principi dell'*Aufopferungsanspruch*¹³⁸⁰, e per la stima in concreto si procede facendo ricorso ai medesimi criteri utilizzati nei rapporti interprivatistici in applicazione dell'azione ex § 906, co. II°, per. II° BGB¹³⁸¹.

Simile nei contenuti, ma diverso quanto ai presupposti, è invece il pregiudizio noto nel lessico giuridico come *enteignungsgleicher Eingriff*, che viene invece in considerazione nel momento in cui l'attività della mano pubblica fonte delle immissioni sia illegittimamente svolta, e cioè quando le immissioni eccedenti la soglia di sopportabilità non sono giustificate dalla *überwiegender Gemeinwohlbelange*, ossia dal prevalente interesse della collettività¹³⁸².

La differenza tra *enteignender Eingriff* e *enteignungsgleicher Eingriff* si concretizza invero solamente da un punto di vista di costruzione dogmatica, essendo poi il risultato sostanziale, ossia la compensazione riconosciuta alla parte interessata, il medesimo¹³⁸³.

14.8) Quadro di sintesi del sistema delle tutele dalle immissioni.

¹³⁸⁰ Cfr. SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB*, cit., 12, s. 17.

¹³⁸¹ Vale la pena di segnalare l'emblematica vicenda di cui si è occupato BGH, 6.2.1986, III ZR 96/84, cit., un caso in cui si discuteva della compensazione per la costruzione di un'autostrada il cui tracciato è stato realizzato in adiacenza a un centro abitato. Il proprietario interessato ha agito per vedersi riconoscere la compensazione sia per il diminuito valore dell'immobile, sia per il pregiudizio provocato dai lavori di costruzione durati circa due anni. Nel rigettare l'impugnazione del gestore autostradale, la Corte ha ritenuto equo l'indennizzo che il giudice di merito aveva stimato nella misura del 40% del valore commerciale dell'immobile (124 mila DM a fronte di un valore originario di 310 mila DM), così come l'indennizzo di ben 10 mila marchi per il pregiudizio all'uso dell'immobile derivato dalle immissioni prodotte dal cantiere, e dunque valori tutto tranne che insignificanti. Per approfondimenti sulla commisurazione delle indennità, oltre alla giurisprudenza *supra* citata cfr. ROTH, § 906 BGB, cit., 75, ss. 83 - 84.

¹³⁸² Cfr. BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, cit.: «Soweit hoheitliche Immissionen nicht geduldet zu werden brauchen, stellen sie sich als rechtswidrig dar. Sie sind daher unter der Voraussetzungen des enteignungsgleichen Eingriffs entschädigungsfähig». In dottrina cfr. SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, cit., 123: «Der enteignungsgleiche Eingriff dient der Entschädigung rechtswidriger und daher grundsätzlich abwehrbarer Eingriffe in das Eigentum. [...] Weil sich das staatliche Handeln als rechtswidrig darstellt, gilt der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes. [...] Der enteignungsgleiche Eingriff erfaßt daher Fälle rechtswidrigen staatlichen Handelns und stellt sich als Fall der Haftung für staatliches Unrecht dar». Cfr. anche ROTH, § 906 BGB, cit., 77, s. 88.

¹³⁸³ Cfr. BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, cit.: «Das Ber. Ger. hat der Kl. – ihrem Klagebegehren entsprechend – nur einen dem Umfang nach an § 906 II 2 BGB orientierten Entschädigungsanspruch, der ihr in jedem Falle zusteht, zuerkannt. Nach alledem kann dahingestellt bleiben, inwieweit der geltend gemachte Anspruch aus dem Gesichtspunkt des enteignenden oder dem des enteignungsgleichen Eingriffs abzuleiten ist». Cfr. su tale aspetto SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, cit. 125.

Per fare un quadro di sintesi del complesso sistema qui descritto si può quindi dire che, idealmente, il sistema di tutela dalle immissioni può essere suddiviso in cinque diversi settori.

Nel caso in cui le immissioni siano, ai sensi del § 906, co. I° BGB irrilevanti, non sussiste alcuna forma di tutela, né inibitoria, né tantomeno risarcitoria.

Per immissioni di attività di natura privata o per le quali non occorre autorizzazione pubblica, che siano invece rilevanti, tipiche di quel determinato contesto ambientale – *orstüblich* - e non limitabili in quanto non esiste la possibilità di adottare misure tecniche di contenimento, o perché per tale adozione occorrerebbe affrontare spese irragionevoli, il danneggiato, in ossequio alla previsione del § 906, co. II°, per. II° BGB, può ottenere un ristoro per il pregiudizio che è costretto a subire.

Per immissioni rilevanti e non “*ortsüblich*” derivanti da attività per le quali sia prevista la concessione di una autorizzazione pubblica può invece essere azionata la tutela risarcitoria ai sensi del § 14, co. I°, per. II°, BImSchG.

Il pregiudizio subito da immissioni per le quali l’interessato non è stato in condizione di esperire una tempestiva azione giudiziale può essere risarcito invocando la c.d. *Aufopferungsanspruch* se: a) le immissioni prodotte sono rilevanti e non tipiche del contesto ambientale, ovvero se b) sono rilevanti, tipiche del contesto ambientale, limitabili adottando misure di contenimento ma per qualche ragione di fatto non limitate.

Infine, le immissioni prodotte da una pubblica attività o da una attività di pubblico interesse, per le quali può essere consentito un livello superiore a quello che sarebbe stato ammesso nel caso in cui non fosse stato in discussione l’interesse della collettività, per le quali è previsto un indennizzo definito dalla figura giuridica dell’*enteignender Eingriff*. Nel caso in cui, invece, tale attività sia esercitata in forma illegittima, il profilo giuridico su cui si fonda il diritto alla compensazione è quello dell’*enteignungsgleicher Eingriff*.

Parte III[^]
CONCLUSIONI

15.1) La negazione della tutela non patrimoniale della lesione del diritto di godimento della proprietà quale conseguenza dell'inadeguata opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni unite.

Come abbiamo visto, nel nostro ordinamento, quantomeno secondo il tradizionale insegnamento, il diritto di proprietà non appartiene al ristretto ambito dei diritti costituzionali c.d. "inviolabili". Si tratterebbe cioè di un diritto di rango secondario, in quanto tale chiamato quindi a svolgere un ruolo servente rispetto alla categoria di diritti fondamentali di rilievo primario.

E questo quando, secondo l'opinione giurisprudenziale che oggi, almeno per quanto riguarda la Suprema Corte, risulta prevalere, al di fuori dei casi determinati dalla legge e/o delle ipotesi di reato, solo dalla lesione dei diritti inviolabili può conseguire, sul piano risarcitorio, il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali¹³⁸⁴.

Pertanto, secondo questi presupposti, la lesione del diritto – non inviolabile - di proprietà che si realizzi attraverso la privazione del godimento di un bene è assistita da tutela risarcitoria solo nella misura in cui il danno dispieghi effetti patrimonialmente rilevanti. Da ciò discende che, in linea di massima, il risarcimento per il mancato godimento di beni è ammesso solo nel caso in cui sia possibile dimostrare la correlata insorgenza di un danno emergente o di un lucro cessante. Ovvero, detto a contrario, nessun risarcimento sarà riconosciuto per le disutilità provocate dalla mancata disponibilità di un bene che non sia impiegato in attività produttive di reddito, trattandosi di disutilità che verrebbero ascritte al novero dei disagi che, a tenore delle indicazioni delle Sezioni unite, ciascuno è tenuto ad accettare in un contesto socialmente organizzato, in virtù di un preteso – e a parere di chi scrive non del tutto condivisibile – generalizzato dovere di tolleranza.

Come si è cercato di dimostrare nella prima parte del presente studio - quella dedicata all'osservazione del nostro ordinamento - tale costruzione dogmatica presenterebbe significativi limiti strutturali, in quanto – tra l'altro - ometterebbe con censurabile noncuranza di prendere atto della spinta evolutiva determinata dal c.d.

¹³⁸⁴ Un principio che nella nota sentenza delle Sezioni unite n. 26972/2008 viene più volte ribadito. Valga qui citare, tra i vari, il seguente passaggio che si esprime in questi termini: «La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria».

“costituzionalismo multilivello”. L’ordinamento comunitario e le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea da un lato, il sistema giuridico della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dall’altro, hanno provocato una radicale revisione della struttura giuridica di numerosi istituti del diritto domestico.

Il che, in concreto, vuol dire che allo stato attuale occorre prendere in considerazione prospettive ermeneutiche disancorate dagli schemi interpretativi classici, che siano cioè conformate ai canoni del nuovo sistema giuridico integrato risultante dalla sintesi dei diversi ordinamenti concorrenti.

Si è in ogni caso evidenziato che, quantomeno per le ipotesi di privazione - totale o parziale - del godimento del bene “casa”, anche senza voler scomodare la giurisprudenza comunitaria e quella della CEDU, basterebbe applicare, oltre ad un minimo di buon senso, i criteri elaborati dalla Corte costituzionale. Poiché infatti nelle sentenze della Consulta il diritto alla casa di abitazione viene qualificato da tempo quale diritto fondamentale primario, e alla stessa stregua deve dunque essere considerato il diritto al pieno godimento della casa medesima.

Riesce quindi difficile capire per quale ragione questa prospettazione venga con superficialità disattesa dalla Corte di cassazione quando, ad esempio, sono in questione domande di risarcimento del danno provocato dalle immissioni intollerabili. Istanze che, secondo l’indirizzo oggi dominante, sono considerate apprezzabili solo nel momento in cui si sia in grado di dimostrare la sussistenza di una correlazione tra le immissioni e l’insorgenza di uno stato di malattia. Malattia che deve peraltro essere documentalmente comprovata.

Ancora meno comprensibile è, riprendendo il ragionamento lasciato poc’anzi in sospenso, la riduttiva valenza che la Suprema Corte attribuisce alla CEDU, sia per quel che riguarda il diritto sostanziale convenzionale, come pure per quel che concerne la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. E anche in questo ordine di considerazioni si deve segnalare un ingiustificato disallineamento rispetto ai punti fermi fissati della giurisprudenza costituzionale.

Accade così che per le Sezioni unite – quelle civili - della Corte di cassazione non avrebbe alcun rilievo pratico il fatto che la Corte costituzionale abbia assegnato alla normativa CEDU - per come essa viene interpretata dalla Corte dei diritti umani – una specifica collocazione, giungendo addirittura a ridisegnare la gerarchia della fonti. Alla Convenzione dei diritti umani viene infatti attribuita la qualificazione di

“normativa interposta” tra le norme ordinarie e le norme costituzionali. In conseguenza di ciò la Consulta ha, in più circostanze, giudicato costituzionalmente illegittime norme di legge ordinaria in contrasto con la CEDU.

Dal loro canto le Sezioni unite, sbrigativamente, si limitano ad affermare che «*ai diritti predicati dalla CEDU non spetta il rango di diritti costituzionali*». Dicendo a tale stregua il vero, ma non la verità. In primo luogo perché, per quanto i princìpi e i diritti espressi dalla CEDU non debbano essere considerati come diritti costituzionali in senso stretto, è pur sempre vero che prevalgono sulle norme ordinarie con essi in contrasto. E pertanto, siccome la proprietà nel sistema CEDU è un diritto assistito dalla massima tutela, ivi compresa quella risarcitoria non patrimoniale, è quantomeno discutibile il fatto che la disciplina interna che non garantisce tale forma di tutela sia costituzionalmente conforme.

Ma, prima ancora, l'incoerenza del disegno ermeneutico della Suprema Corte si coglie nel momento in cui si consideri che alle sentenze della CEDU viene in ogni caso riconosciuta piena efficacia.

Di talché si giunge al perverso risultato che al medesimo diritto, nella specie quello di proprietà, viene riconosciuta o meno tutela risarcitoria non patrimoniale a seconda che venga fatta valere rispettivamente davanti alla Corte dei diritti umani invece che davanti al giudice nazionale.

Più in concreto, come del resto la prassi dimostra, e come spiegano gli approfondimenti dedicati a tale specifica questione, accade che la Corte di Strasburgo liquidi risarcimenti del danno non patrimoniale per turbative arrecate – in particolare dalle immissioni intollerabili, ma non solo - al sereno godimento della casa di abitazione sul solo presupposto dell'accertamento della indebita compressione del diritto di proprietà; mentre invece la giurisprudenza nazionale, ed in specie quella della Suprema corte, pretende che l'istanza venga supportata da una certificazione medica attestante l'insorgenza di uno stato di malattia, e per di più pone a carico di chi vanta la pretesa la prova del nesso eziologico tra la turbativa e la malattia.

Stupisce davvero l'indifferenza della giurisprudenza di legittimità di fronte all'evidenza di una disarmonia che a ben vedere imporrebbe una quanto più sollecita revisione delle posizioni sino ad oggi sostenute dalla Suprema Corte.

E che tale riposizionamento debba essere compiuto spostando necessariamente l'asse del sistema ermeneutico verso l'orbita del diritto sovranazionale è esigenza resa ancora più stringente dalla recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Trattato che si deve peraltro ricordare ha conferito alla Carta di Nizza il rango di normativa primaria dell'Unione europea.

E allora, se questo è vero, una qualche conseguenza dovrà pure discendere dal fatto che anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE il diritto di proprietà viene considerato, più ancora che nella CEDU, un diritto fondamentale alla stessa stregua di tutti gli altri diritti dell'uomo ivi proclamati come inviolabili. Così come non può essere considerata priva di effetto la circostanza che, sempre secondo il nuovo TUE (art. 6, co. 4), i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

E dunque, da qualunque parte la si voglia guardare, la relativa insignificanza alla quale sino ad ora la giurisprudenza delle Sezioni unite ha cercato di relegare i principi della CEDU non potrà più essere sostenuta con argomentazioni giuridicamente credibili. E, per quel che qui maggiormente interessa, non si vede come la tutela risarcitoria non patrimoniale del diritto di proprietà, quantomeno per quel che riguarda le fattispecie che assumono maggiore rilevanza dal punto di vista economico – sociale, possa ancora essere disattesa, visto che, per l'appunto, tale tutela viene già da anni garantita e fatta valere attraverso il ricorso degli interessati alla Corte europea dei diritti umani. Una istanza giurisdizionale, quella della Corte di Strasburgo, alla quale con sempre maggior confidenza si interfaccia la classe forense italiana.

In definitiva: come può la giurisprudenza nazionale continuare ad ignorare ciò che viene regolarmente riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, e che finisce poi comunque per essere imposto all'ordinamento interno attraverso il recepimento delle sentenze della Corte medesima?

Si osservi altresì che se la forma di tutela qui invocata venisse direttamente riconosciuta dall'ordinamento interno, le conseguenze del danno ricadrebbero sull'autore materiale del danno medesimo. Mentre invece, in caso di condanna irrogata della Corte dei diritti umani, come i numerosi precedenti dimostrano la sanzione, sotto forma di risarcimento morale da corrispondere alla parte ricorrente,

viene a gravare sullo Stato aderente considerato responsabile per non essersi attivato come avrebbe dovuto per garantire una adeguata protezione al diritto di proprietà.

Non è questo, invero, l'unico profilo di debolezza strutturale che inficia la tenuta della rigida opzione interpretativa adottata dalla nostra giurisprudenza di legittimità. Insistere nel considerare come bagatellari i disagi provocati dalla limitazione nel godimento dei propri beni senza compiere il minimo sforzo per distinguere tra le diverse categorie di beni e le diverse disutilità arrecate, consente, è vero, di ottenere positive ricadute deflattive sul contenzioso.

Ma questo risultato si ottiene solo a prezzo di una insanabile incoerenza rispetto alla funzione che la responsabilità civile è chiamata a svolgere.

Una funzione che, paradossalmente, viene esplicitamente riconosciuta dalle Sezioni unite proprio nella celeberrima sentenza n. 26972/2008, nella quale si afferma che l'interprete deve considerare il sistema aquiliano non già secondo una prospettiva statica, bensì come uno strumento in continua evoluzione attraverso il quale poter enucleare i nuovi bisogni che, secondo la mutata sensibilità dei consociati, sono meritevoli di essere apprezzati e tutelati da un punto di vista risarcitorio.

Peccato però che a non aver seguito questo percorso ermeneutico siano state, per prime, proprio le Sezioni unite, le quali, lungi dal monitorare la realtà sociale secondo gli schemi interpretativi da loro stesse predicati, hanno riposizionato i confini invalicabili del danno risarcibile su una anacronistica frontiera giuridico - culturale.

Un arretramento che ha rigettato nell'indistinto magma dell'irrilevanza giuridica tutta una serie di pregiudizi che, come è stato più volte ribadito nel corso del presente studio, avrebbero invece meritato ben diversa attenzione e corrispondente tutela.

L'inadeguatezza dell'approccio adottato dalle Sezioni unite è per vero certificato dalle sentenze dei numerosi giudici di merito che, disattendendo le indicazioni del massimo organo nomofilattico, continuano a riconoscere meritevolezza ad istanze risarcitorie che, secondo i disposti canoni nomofilattici, avrebbero dovuto essere considerate come disutilità meramente bagatellari, ed in quanto tali non sarebbero state suscettibili di essere risarcite.

La perdita di autorevolezza della Suprema Corte dipende insomma dalla pretesa di arroccare su una torre d'avorio il sistema della responsabilità civile, senza curarsi di quanto accade ai piedi della torre medesima, e quindi senza preoccuparsi di

individuare criteri selettivi tali da consentire agli interpreti, e in particolare ai giudici territoriali, di poter discernere secondo un ragionamento giuridicamente sostenibile tra cause meramente bagatellari e istanze che, ancorchè non comprese nelle categorie risarcitorie tradizionali, possano essere comunque degne di considerazione.

Un metodo, quello proposto, che se venisse attuato potrebbe dare corso ad un processo evolutivo tale da permetterebbe alla responsabilità civile di rimanere allineata alla mutevole realtà sociale, contenendo in pari tempo il contenzioso entro ragionevoli soglie.

15.2) Considerazioni comparatistiche: il *Nutzungsausfall*

Un circolo virtuoso che, come dimostra la parallela esperienza tedesca, è senz'altro possibile. Si tratterebbe semplicemente di mutuare, con gli opportuni accorgimenti, il consolidato insegnamento della giurisprudenza del BGH per riconoscere la risarcibilità di pregiudizi derivanti dal mancato godimento di un bene già da tempo ha elaborato la dogmatica del c.d. *Nutzungsausfall*.

Il percorso compiuto non è stato agevole. Inizialmente la Corte federale tedesca si è infatti dovuta confrontare con i rigorosi limiti imposti dal diritto positivo. La lesione al godimento della proprietà non rientrava tra le fattispecie contenute nel tassativo elenco – risultante dal combinato disposto dei §§ 253 e 847 BGB - dei pregiudizi non patrimoniali per i quali era ammessa la risarcibilità.

Attraverso una raffinata costruzione dogmatica la Corte federale ha allora attribuito una valenza patrimoniale alle disutilità derivanti dal mancato godimento di un bene, così ovviando alla barriera normativa che ostava al risarcimento del danno non patrimoniale.

Ma nel far ciò ha comunque mantenuto entro limiti accettabili gli orizzonti della responsabilità civile. Infatti, per evitare di concedere eccessivi margini di discrezionalità ai giudici territoriali, il BGH, con avveduta lungimiranza, sin dalle prime pronunce che si sono confrontate con l'argomento ha individuato rigorosi criteri selettivi. La risarcibilità per il mancato godimento dei vantaggi derivanti dall'uso di un bene è stata infatti ammessa solo per quei beni destinati a svolgere una funzione di rilievo nella gestione della quotidianità personale e/o familiare.

L'introduzione di un meccanismo di calcolo dell'entità del danno fondato su parametri predeterminati ha poi consentito di uniformare i criteri di liquidazione,

evitando così di dare luogo a disomogeneità che avrebbero potuto creare fattori di instabilità.

E pertanto, una volta definito il gruppo dei beni la cui privazione e/o la cui limitazione poteva fondare una pretesa risarcitoria, e stabilito parimenti quali dovessero essere i limiti entro cui questa pretesa poteva essere soddisfatta, non solo il contenzioso potenzialmente insorgente è stato considerevolmente limitato, ma pure il giudice è stato posto nella condizione di decidere senza particolari difficoltà se la fattispecie posta al suo vaglio fosse meritevole di tutela, e, in tal caso, quale poi fosse il concreto ristoro da riconoscere al danneggiato.

Nonostante sia oramai trascorso oltre mezzo secolo da quando il risarcimento per il *Nutzungsausfall* ha fatto il suo ingresso nella realtà giuridica tedesca, i tratti fondamentali di questo istituto pretorio sono rimasti sostanzialmente inalterati. Il BGH ha infatti approntato i correttivi necessari ad adeguare l'originaria impostazione al mutato corso storico, e ciò ha fatto pur senza stravolgere l'impianto dogmatico originario. Un rigore ermeneutico che ha generato un sistema risarcitorio virtuoso ed autorevole.

15.3) Segue: la struttura dell'*Integritätsinteresse*

Merita poi di essere presa in considerazione anche l'altra peculiare forma di tutela dell'integrità patrimoniale del danneggiato, e cioè l'*Integritätsinteresse*, un istituto che con riferimento al diritto di proprietà è stato sviluppato dal formante giurisprudenziale al fine di attribuire un concreto rilievo sul piano risarcitorio al valore aggiunto rappresentato dal particolare rapporto esistente fra la cosa danneggiata e il soggetto avente titolo a disporne.

In concreto l'applicazione più evidente di questa figura risarcitoria si riscontra, ancora una volta, nell'ambito del risarcimento del danno agli autoveicoli. Per la riparazione del veicolo si ammette infatti che il proprietario possa sostenere costi – risarcibili – nel limite del 130% del valore che avrebbe avuto l'auto se fosse stata venduta immediatamente prima dell'incidente. Una eccedenza rispetto al valore di mercato che viene giustificata sia per il maggior affidamento che può essere riposto in un mezzo di cui si conoscono bene le prestazioni e i limiti, sia perché l'acquisto di un corrispondente veicolo usato nasconde notoriamente insidie.

In via di prima approssimazione si sarebbe quindi tentati di dire che attraverso l'*Integritätsinteresse* viene ad essere accordata tutela al valore di affezione, ma occorre ricordare che, per unanime giurisprudenza, e pure secondo la dottrina dominante, l'*Affektionsinteresse*, inteso come legame di tipo meramente emozionale – o sentimentale che dir si voglia - che si viene a creare, per le più varie ragioni, fra una persona ed un bene, non può essere preso in considerazione dal sistema del risarcimento del danno. Si tratta infatti di una lesione di natura non patrimoniale estranea al rigoroso catalogo dei diritti per i quali tale tipo di ristoro è ammesso.

Va però osservato che la costruzione dell'*Integritätsinteresse* è solo in parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, essendovi nel diritto positivo evidenti tracce della consapevolezza del legislatore che la proprietà di determinate cose non si esaurisce nella mera valenza economica delle stesse. Una circostanza, questa, che crea una qualche incrinatura alla linea di fermezza predicata dall'opinione prevalente.

Le fondamenta dell'*Integritätsinteresse* sorgono infatti sul terreno del combinato disposto dei §§ 249 e 251, II° co., BGB. In particolare quest'ultima norma prevede che, ferma restando la priorità accordata alla forma risarcitoria della riparazione materiale del danno, il danneggiante sia ammesso al risarcimento in denaro nel caso in cui le spese di riparazione e/o rimessione in pristino sarebbero possibili solo a fronte di spese sproporzionate. Un limite di proporzionalità che, applicato in concreto alla riparazione degli autoveicoli, è stato stimato dalla giurisprudenza nel limite del 30% del valore di mercato del mezzo.

Insomma, il seme da cui è germogliato l'*Integritätsinteresse* è stato predisposto dal legislatore. La giurisprudenza ha poi dedicato particolare attenzione nel coltivarne la pianta, avendo cura di evitare un'eccessiva crescita delle radici.

Secondo la prospettiva culturale di chi scrive pare però inevitabile considerare la previsione normativa della risarcibilità di un - per quanto da contenersi nel limite della proporzionalità - valore aggiunto rispetto alla stima di mercato come un diverso modo per apprezzare il valore di affezione, o comunque un interesse non patrimoniale del danneggiato, seppure sotto le mentite spoglie dell'*Integritätsinteresse*. Il che, beninteso, è un approdo assolutamente condivisibile, essendo senza dubbio maggiormente criticabile l'algida dogmatica imposta dalle Sezioni unite.

Come pure si ritiene altrettanto meritevole di plauso l'attenzione che l'ordinamento tedesco dedica alla tutela – e non solo quella risarcitoria - degli animali. Come si è visto sono numerose le norme che differenziano l'impostazione culturale del codice civile tedesco, che in materia risulta assai più avanzata del modello italiano. Certo, nei fatti la giurisprudenza tedesca nega che il proprietario di un animale possa vantare il risarcimento del danno derivante dal patimento per la morte o il ferimento della bestiola. Ma è stata proprio la consapevolezza maturata nelle corti che ha indotto il legislatore a compiere un passo epocale nel riconoscere che gli animali, in quanto esseri senzienti, non possono essere né considerati, né trattati, alla stessa stregua di oggetti inanimati. Al punto che, trattandosi di animali feriti, viene meno - per quanto con certune cautele - anche il limite della proporzionalità della spesa necessaria alle cure finalizzate al ristabilimento.

Una volta che l'ordinamento ha compiuto questo primo importante passo, non è da escludere che l'inerzia del movimento possa infine portare ad orizzonti più estesi che già oggi si cominciano ad intravedere nelle pieghe delle riflessioni di alcuni interpreti.

15.4) Segue: i tempi di una “giustizia giusta” la miglior prevenzione contro le derive del sistema della responsabilità civile

Oltre ad una più avanzata elaborazione teorica, il sistema della responsabilità civile tedesca può fare affidamento su tempi processuali che risultano ai nostri occhi come inimmaginabili, e che garantiscono quella certezza del diritto che rappresenta un presupposto ineludibile per un corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Da quanto si è avuto modo di riscontrare, seppure nel limitato campione delle vicende processuali prese in considerazione nel presente studio, dal momento in cui si verifica il fatto posto a fondamento della lite sino alla pubblicazione della pronuncia - in ultimo grado - del *Bundesgerichtshof* trascorre complessivamente un periodo compreso tra i tre ed i cinque anni. Nei tribunali di casa nostra si parlerebbe di un ottimo risultato già se in tre anni si potesse giungere alla conclusione del primo grado di giudizio. Se poi si volge lo sguardo alla complessiva durata del processo, e cioè al tempo necessario per giungere alla conclusione dell'eventuale giudizio di Cassazione, la situazione, per quello che pretende di definirsi uno Stato di diritto, è peggio che imbarazzante.

Certo, ai fini di questa ricerca ragionamenti che hanno a che fare con le politiche organizzative del sistema giudiziario possono sembrare del tutto estranei. Ma non si può certo fare a meno di constatare che quando la macchina della giustizia porta rapidamente a conclusione il suo compito, e quando, soprattutto, la giurisprudenza di legittimità garantisce interpretazioni stabili e non ondivaghe - come purtroppo accade con inquietante frequenza nella realtà giudiziaria italiana - si realizza anche un effetto dissuasivo nei confronti di chi intenda intraprendere liti temerarie o di chi si affidi a pratiche processuali dilatorie.

15.5) Riflessioni conclusive

La capacità di interpretare, quasi verrebbe da dire di “intercettare”, con tempestività gli emergenti bisogni della società in cui la giurisprudenza tedesca si è distinta, e la non meno scrupolosa attenzione del legislatore alle sollecitazioni provenienti dalle Corti, ha fatto sì che l’allargamento della frontiera della risarcibilità del danno sia stato gestito in modo tale da scongiurare temute derive della responsabilità civile. Con un correlato, e tutto tranne che sgradito, effetto di contenimento del contenzioso. Un timore, quello delle derive incontrollate, che, invece, dalle parti di casa nostra viene agitato come uno spettro per giustificare il rigetto, o quantomeno la compressione, di istanze risarcitorie non in linea con i tradizionali parametri di riferimento.

Vero è che il danno esistenziale è stato utilizzato quale cavallo di Troia per far entrare ogni più fantasiosa ipotesi risarcitoria all’interno della cittadella del sistema aquiliano. Ma altrettanto vero è che non ci si può limitare a procedere per astrazioni generalizzanti, così sacrificando indiscriminatamente diritti che meriterebbero ben diversa considerazione, al solo fine di impedire al danno bagatellare, considerato come il “male assoluto”, di potersi in qualche modo, poco o tanto, affermare.

Per questo si ha ragione di ritenere che l’esperienza tedesca meriti di essere riproposta anche in ambito domestico.

Non certo per quel che riguarda i tempi processuali - ipotesi questa che non sarebbe purtroppo, quantomeno allo stato attuale, così facilmente percorribile - che tanta parte di responsabilità assumono nella superfetazione del contenzioso.

Quanto semmai per quel che riguarda il concetto di commercializzazione, o patrimonializzazione che dir si voglia, di disutilità derivanti dal mancato godimento

di determinati beni, e più in generale per la disponibilità ad andare oltre ai limiti dogmatici imposti dalla *Differenztheorie* per allineare la responsabilità civile alle esigenze della società.

Se la giurisprudenza italiana cominciasse a ragionare in questo ordine di idee si eviterebbero, in primo luogo, interminabili discussioni sulla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 2059 c.c. attraverso percorsi argomentativi la cui meritevolezza dipende in ultima analisi dalla composizione del collegio giudicante in seno alla Suprema Corte. Circostanza questa che, come noto, è tutto tranne che occasionale.

Ma, per quel che più conta, se a questo processo si associasse anche la individuazione di tabelle risarcitorie omologhe a quelle approntate dall'ordinamento tedesco per il fermo tecnico di veicoli, cosa che invero già viene fatta anche nel nostro sistema per le c.d. lesioni micropermanenti, si eviterebbe il pericolo di una eccessiva discrezionalità del giudice e la conseguente disarmonia dei giudicati a parità di lesione subita.

Peraltro va osservato che anche nelle sentenze con le quali viene riconosciuto un indennizzo per i pregiudizi derivanti dalle immissioni intollerabili, la giurisprudenza tedesca procede attraverso criteri rigorosamente ancorati a parametri di mercato. E così, una volta che il perito abbia stabilito che le immissioni incidono nella misura del 10% sul godimento del diritto di proprietà, la compensazione viene quantificata in ragione della corrispondente diminuzione del reddito ritraibile dall'eventuale locazione del fondo interessato dalle immissioni.

Del resto non si vede quali potrebbero essere le ipotetiche criticità derivanti dall'applicazione nel sistema italiano del modello della "patrimonializzazione" del diritto di godimento della proprietà, modello che presenterebbe il vantaggio ulteriore di esserci offerto con la garanzia di una cinquantennale esperienza maturata nell'ordinamento tedesco.

La stessa convenienza potrebbe poi essere colta anche in relazione alla dogmatica dell'*Integritätsinteresse*. Qui, invero, non sarebbe da escludere la possibilità di approfittare delle fondamenta gettate dal diritto tedesco per elaborare nuove prospettive risarcitorie. Sia chiaro, non tanto per allargare indiscriminatamente la frontiera del danno risarcibile, quanto per cercare di allineare la responsabilità civile al comune sentire.

Poc'anzi si è infatti osservato come, agli occhi di un interprete italiano, la linea di demarcazione tra *Integritätsinteresse* e valore di affezione sia quanto mai labile. Per una volta non sarebbe male cercare di anticipare le linee evolutive della realtà e della sensibilità sociale sfruttando il lavoro già compiuto, con successo, in ordinamenti che tra l'altro vantano un'autorevolezza non certo trascurabile.

In ogni caso si crede che le risultanze della presente ricerca sostengano la convinzione che l'esigenza di presidiare l'istituto proprietario con una adeguata tutela per la lesione - diversa dalla materiale privazione - del corrispondente diritto al godimento è un'opzione alla quale difficilmente la nostra giurisprudenza potrà continuare a sottrarsi.

BIBLIOGRAFIA della Parte I[^]

Dottrina e letteratura

- ACIERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 653
- ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, *Dir. unione eur.*, 2008, 617
- AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni unite di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2009, 771
- AMENDOLAGINE, *Danno esistenziale sì, danno esistenziale no: la fine di un mito o l'inizio di un nuovo corso?*, in *Corr. Giur.*, 2006, 528
- ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 487
- ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo: il caso Lopez-Ostra contro Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.giur.amb.*, 1996, 745
- AZZARRI, *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1078
- BALDASSARRE, voce *Proprietà – Diritto Costituzionale*, in *Enc. Giur.*
- BALLATI, *Sulle immissioni acustiche intollerabili*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1799
- BALSAMO e PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, 3180
- BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004
- BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 351
- BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 691
- BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni unite*, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 117
- BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406
- BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2008, 291
- BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quad. cost.*, a. XXIX, 2009, n. 3, 569
- BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 511
- BARUFFI, *Il trattato di Lisbona tra vecchio e nuovo*, in (a cura di) BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, PADOVA, 2008
- BERTONCINI, *Demansionamento ed onere della prova dei danni conseguenti*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1230
- BIANCA, *La responsabilità*, MILANO, 1994
- BIANCA, *La proprietà*, MILANO, 1999
- BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595
- BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, TORINO, 2002
- BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1235
- BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, *La resp. civ.*, 2009, 45
- BITETTO, *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione «punitiva»*, in *Danno e resp.*, 2004, 957
- BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*, in *Danno e resp.*, 2006, 262
- BOBBIO, *L'età dei diritti*, TORINO, 1992
- BOERI, *Il divieto di immissioni e la tutela della salute nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *N.g.c.c.*, 2001, II, 311
- BONA, *il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, in *Danno e resp.*, 2003, 941
- BONA, *Il danno morale distinto dal danno biologico*, in *Speciale Danno e resp.*, 2009, 21

Cfr. BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali bagatellari*, in *Giur. it.*, 2009, 2641

BONACCORSI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità oggettiva*, in *Danno e resp.*, 2004, 718

BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, 1288

BONILINI, voce *Danno morale*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989

BORDON, *Il valore di affezione: animali, abitazione, cose, ecc.*, in *I danni risarcibili nella Responsabilità civile – Il danno in generale*, TORINO, 2005, I, 481 ss.

BOVA, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla C.E.D.U.*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 542

BUCCI, *Il pregiudizio conseguente alla lesione del diritto alla tranquillità è mero disappunto*, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 1007

BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, TORINO, 2004

BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 700

BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, MILANO, 2005

BUSI, *Il danno esistenziale: una categoria in continua evoluzione*, in *N.g.c.c.*, 2004, I, 327

BUSNELLI, voce *Illecito Civile*, in *Enc. dir.*, 1991

BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826

BUSNELLI, *Il danno alla persona, un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.*, 2008, 609

BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, NAPOLI, 2009

BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost., n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2010, 1816

CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. imp.*, 2008, 617

CALCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 557

CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, 573

CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41

CAMPIONE, *Articolo 135*, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, PADOVA, 2010

CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. unione eur.*, 2008, 447

CAPUTI, *Immissioni acustiche e danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 206

CARBONARO, *Il danno da black out: il punto sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 158

CARDONA ALBINI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno*, in *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supplemento al volume di dicembre 2008 di *Giur. merito*

CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 311 ss.;

CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, MILANO, 2005

CARMASSI, *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in *Danno e resp.*, 2008, 725

CARRASSI, *L'interpretazione della Corte di giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera monofiliachia*, in *Danno e resp.*, 2002, 1099

CARRASSI, *Il risarcimento da vacanza rovinata non sarà più sinusoidale né irrisorio (ma neppure esistenziale)*, in *Danno e resp.*, 2009, 183

CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA, 2007

CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1312

CARTABIA, *Le sentenze <gemelle>: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3564

CARTABIA, LAMARQUE e TEGA, *L'Agenda dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 531

CASSANO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2°, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2008, 271

CASSANO, *La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno non patrimoniale ed esistenziale dal 2006 alle Sezioni unite 26972/2008*, in *Vita not.*, 2009, 17

CASTELLANETA, *Un giudice unico alla Corte dei diritti dell'uomo per far fronte anche alla valanga di ricorsi italiani*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 21, 11

CASTIGLIONE, *La morte dell'animale d'affezione*, in CENDON e ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale – una nuova categoria della responsabilità civile*, MILANO, 2000

CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir.priv.*, 2003, 123

CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, MILANO, 2007

CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 787

CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1964, I, 465,

CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in BILANCIA e D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, MILANO, 2009

CATALDI, voce *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto disc. pubb.*, 1997, TORINO, vol. XII, 397

CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 321

CATANOSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 713

CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»: fondamento e limiti della sua risarcibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 79

CELOTTO, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, 1473

CELOTTO e GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2004, 1309

CELOTTO, *Sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia*, in *Giust. amm.va*, 2009, II, 160

CENDON, *Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 257;

CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Resp.civ. e prev.*, 2000, 1251

CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.*, 8828/2003, in *Resp civ. prev.*, 2003, 685

CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 122

CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, *Resp. civ. prev.*, 2007, 284

CENDON, *Ma il biologico saprà fare la sua parte?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1558

CENDON, *Cass. S.U. 26972/2008: non con l'accetta per favore*, in www.personaedanno.it

CENDON, *Il cattivo linguaggio di Cass. S.U. 26972/08*, in www.personaedanno.it

CENDON, *L'urlo e la furia*, in *N.g.c.c.*, 2009, II, 71

CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinare: dal danno esistenziale al danno da tempo libero sacrificato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 630

CIAMPI, *Quali ragioni e quale procedura per la ratifica italiana del Protocollo n. 14 bis alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Riv.dir.int.*, 2009, 791

CHINDEMI, *Danno morale tanatologico: estensione del risarcimento ai "nuovi parenti" e riconoscimento del diritto alla vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2062

CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1281

CHINDEMI, *Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2272

CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 961

CHRISTANDL, *Principles of european tort law: spunti in tema di danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2323

CISOTTA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, primo comma Cost.*, in *Giust. amm.va*, 2008, II, 127

CITARELLA e ZIVIZ, *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 784

COLACINO, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2009, 649

COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche di origine europea*, in *Contr. impr. eur.*, 2009, 750

COMPORTE, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 10

COMPORTE, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1021

COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, I, 189

CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004

CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir.umani e dir. int.le*, 2008, 301

CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Dir.umani e dir. int.le*, 2008, 581

CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, 569

CONTE, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche*, in *Corr. giur.*, 2010, 263

CONTI, *La Cassazione, il diritto di proprietà e le norme della CEDU. Una sentenza da non dimenticare*, in *Corr. giur.*, 2003, 772

CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, 488

CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e resp*, 2006, 236

CONTI, *Le Sezioni unite ancora sulla Legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU*, in *Corr. giur.*, 2006, 835

CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale "multilivello alla ricerca dell'arca"*, in *Corr. giur.*, 2006, 929

CONTI, *La prima della Cassazione sull'indennità di esproprio dopo Corte cost. 348/2007*, in *Urb. e appalti*, 2007, 437

CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 205

CONTI, *Il "dialogo" fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2009, 1486

CONTI, *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009

CONTI, *Proprietà, diritti fondamentali e Giudici*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009

CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009

CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, in *Corr. giur.*, 2010, 624

COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, in *Studium iuris*, 2009, 627

COSTANTINO, voce *Proprietà – II) Profili generali – Dir. Civ.*, in *Enc. Giur.*

COSTANZA, *Evoluzioni e involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 465

COVUCCI, *Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili dopo le sez. un. 2008: alla ricerca del diritto inviolabile risarcibile*, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 893

CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp*, 2003, 957

CRICENTI, *Il danno al valore di affezione. Il cavallo ed il congiunto*, in *N.g.c.c.*, 2008, I, 211

CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, MILANO, 2008

CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, 865

DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contratto e impr. – Europa*, 2010, 724

DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario, ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Dir. com. scambi intl.li*, 2008, 447

DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 2009, 3551

D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «Diritto privato europeo»: le scelte dei Principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 573

D'ALTERIO, *Esercizi di dialogo: i rapporti tra Corti europee nel conflitto tra ordinamenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 943

DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 2009, 2191

DE CESARIS, *Immissioni: secondo le Sezioni unite della Cassazione per la tutela del diritto alla salute l'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c. da sola non basta*, in *Riv.giur.amb.*, 1999, 500

DE CUPIS, *Il Danno*, MILANO, 1979

DE FRANCESCO, *Il danno non patrimoniale: principi applicativi e primi riscontri dopo le sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1180

DE GIORGI, voce *Danno*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*

DE GIORGI, "Die arme Spielerin" (suono di pianoforte e tutela della salute), in *N.g.c.c.*, 1995, I, 321

DEL GUERCIO, *L'Agenda europea per i diritti fondamentali: un'occasione perduta?*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 136

DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, Libro terzo, Della proprietà*, BOLOGNA, 1976

DE MARZO, *Riconosciuta la risarcibilità dei danni morali ai congiunti del lesso*, in *Danno e resp.*, 1998, 686

DE MARZO, *La cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 873

DE MARZO, *Il danno morale nel caso Seveso: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2002, 461

DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S.U. del 2008*, in *La resp. civ.*, 2009, 651

DE PAOLA, *Immissioni e priorità dell'uso*, in *Giur.it.*, 2006, 243

DE SANTIS, *Quousque tandem, Catilina, abutere patientia nostra? Sul concetto di «normale tollerabilità» delle immissioni acustiche alla luce della L. n. 13 del 2009*, in *Giur. merito*, 2009, 2670

DE STEFANO, *La confisca delle lottizzazioni abusive in Italia all'esame della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Il caso Punta Perotti)*, in www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2009/confiscaperottiBIS.pdf

DI BONA DE SARZANA, *Sciopero dei farmacisti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2005, 434

DIDONE, *Il nuovo filtro in Cassazione: esercitazione sul danno esistenziale*, in *Giur.it.*, 2009, 1989

DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, in *Giust. amm.va*, 2009, 120

DI MARZIO, *Beni a valenza esistenziale*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, MILANO, 2004, IV, 3171 ss.

DI MARZIO, *Danni, quell'esistenzialismo a tutti i costi. Risarcimenti: si alla soglia in stile tedesco*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 38, 76

DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2005, 46, 16

DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 122

DI MARZIO, *I contrasti su ... danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Giur. merito*, 2009, 2764

DI PERNA, *Il caso di "Punta Perotti" di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2009, 436

DI PLINIO, *Corso di diritto comunitario*, PADOVA, 2009

DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei «controlimiti»*, in *Giur. Cost.*, 2005, 3408

DI SERI, *Un'ulteriore tappa nel "cammino comunitario": la Corte costituzionale rinvia una questione di "comunitarietà" alla Corte di giustizia*, in *Giust. amm.va*, 2009, II, 164

DI SERI, *Trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato: interpretazione autentica "conforme" a Cedu*, in *Giur. it.*, 2010, 2011

DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 49

FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, in *La resp. civ.*, 2009, 52

FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 695

FANTETTI, *La prevalenza del patronimico ed il valore costituzionale dell'uguaglianza tra generi*, in *Pers.fam.succ.*, 2008, 885

FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, in *La resp. civ.*, 2009, 75

FASINO, *Il diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Corte e della Commissione: 1986 – 1988*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, PADOVA, 1989

FAVILLI, *Danno non patrimoniale e «danni esistenziali»*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 461

FELEPPA, *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte del giudice nazionale ed il tramonto dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. amministrativa*, 2010, 319

FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2007, 841

FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 435

FERRARI, *Risarcimento del danno da immissioni acustiche*, in *Danno e resp.*, 2004, 1124

FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, NAPOLI, 2006

FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2003, 1355

FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv.it. dir. pub. com.*, 2008, 651

FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La resp. civ.*, 2009, 58

FILIPPI, *Il cognome della madre al figlio legittimo: siamo alla svolta?*, in *Pers.fam.succ.*, 2009, 428

FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giur. merito*, 2009, 1848

FOFFA, *Il danno non patrimoniale per l'uccisione di un animale d'affezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 36

FOFFA, *La negazione del danno non patrimoniale per morte dell'animale d'affezione*, in *Danno e resp.*, 2010, 1068

FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di decostituzionalizzazione*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2008, 205

FRANZONI, *Il danno morale*, in *Contr. impr.*, 1990, 307

FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*; in *Corr. Giur.*, 2003, 1017

FRANZONI, *Il danno risarcibile*, MILANO, 2004

FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2008, 294

FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.*, in *La resp. civ.*, 2009, 20

FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1

FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *La resp. civ.*, 2009, 581

FURFARO, *Diritti umani e processo penale: le decisioni della Corte europea quali parametri d'interpretazione per le norme interne*, in *Giur.it.*, 2005, 1903

GALATI, *Contratto di viaggio tutto compreso e responsabilità dell'organizzatore per danno da vacanza rovinata*, in *I contratti*, 2009, 688

GALGANO, *I fatti illeciti*, PADOVA, 2008

GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. impr.*, 2009, 883

GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 115

GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, in *Giust. amm.va*, 2009, 67

GAVA, *Giudicato nazionale e diritto comunitario: (quale) nuova chiave di lettura del rapporto tra gli ordinamenti?*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 293

GAZZARA, *Vacanze tutto compreso e risarcimento del danno morale*, in *Danno e resp.*, 2003, 245

GELLI, *Le immissioni elettromagnetiche tra mera possibilità e ragionevole probabilità di danno alla salute*, in *N.g.c.c.*, 2008, I, 1164

GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA 2007

GERIN, *Introduzione*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, PADOVA, 1989

GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, 1315

GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 678

GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 990

GIUSIANA, *Il danno giuridico*, MILANO, 1944

GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*, in *Cass. pen.*, 2009, 969

GLIATTA, *Immobile in comproprietà e danno da utilizzo ridotto: criteri per la rivalutazione del valore locativo*, in *La resp. civ.*, 2007, 974

GLIATTA, *La responsabilità degli operatori turistici nell'ambito del c.d. danno da vacanza rovinata*, in *La resp. civ.*, 2008, 358

GRECO, *Quando il calcio vale una vita*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1927

GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofiliachia creativa delle Sezioni unite*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 379

GUSSONI, *Danno risarcibile ai congiunti per trafugazione di urne cinerarie e dispersione delle ceneri*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1431

GUAZZAROTTI, *Competizione tra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia* in *Giur. cost.*, 2007, 2788

GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117 comma 1 cost.*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3574

GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 303

GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 363

HUBER, *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari*, in *Riv. it. Dir. pubb. com.*, 2009, 1

IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in *Danno e resp.*, 1999, 601 ss. (parte I) e 717 ss., (parte II)

INDOVINO, *Il labile confine tra nozione di difetto e responsabilità per colpa*, in *Danno e resp.*, 2008, 296

ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come "libertà dello stato". Sovranità dello stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, 2, 267

ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, I, 34

LACCHÈ, *La tradizione costituzionale italiana e il dibattito sulla "Costituzione europea"*, in *Quaderni di storia cost.le*, n. 16, 2008, 71

LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, 769

LAGHEZZA, *Se il mare è calmo come l'olio*, in *Danno e resp.*, 2009, 661

LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, *Danno e resp.*, 2009, 363

LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze delle SS.UU.*, 26972, 26973, 26974, 26975/2008, in *Danno e resp.*, 2009, 45

LANG, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004

LICINI, *Corte di giustizia CE sui farmacisti italiani: paradigma delle professioni fra mercato e interesse pubblico comunitari*, in *Notariato*, 2009, 376

LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 887

LO VASCO, *«Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 721

LUCHENA, *Ambiente e salute non legittimano un aiuto di Stato che danneggia gli armatori residenti fuori dall'isola*, in *Guida al dir.*, 2009, 50, 92

LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201

MALAGUTI ALIBERTI, *Il rumore, possibili effetti nocivi sulla salute umana*, in *Notiziario dell'Istituto superiore di sanità*, 2003, 16, (11), 3

MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379

MANGIAMELI, *La proprietà privata nella costituzione*, MILANO, 1986

MANZONI, *I promessi Sposi*, cap. IX

MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565

MARINI, *Il «Privato» e la Costituzione*, MILANO, 2000

MATTEI, voce *Immissioni*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 313

MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *N.g.c.c.*, 2010, 204

MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 589

MAZZOLA, *Immissioni di acido solfidrico da centrale geotermica*, in *Riv.giur.ambiente*, 2007, 857

MAZZOLA, *Confermato il nesso di causalità tra cefalea ed esposizione ad onde ELF*, in www.personaedanno.it (11.8.2008)

MAZZOLA, *L'onda divina (di Radio vaticana)*, in www.personaedanno.it

MAZZOLA, *Quando entra il Legislatore sparisce il rumore! (Excursus dell'art. 6 ter L. 27 febbraio 2009, n. 13)*, in www.personaedanno.it (22.4.2009)

MAZZOLA, *Il rumore è ancora "intollerabile" dopo l'art. 6 ter L. 13/09?*, in www.personaedanno.it

MAZZOLA, *Immissioni intollerabili, danno non patrimoniale e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1526

MERLATTI, *La bara sbagliata e i guasti delle sezioni Unite*, in www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014879.aspx?abstract=true

MIGLIAVACCA, *Il danno da vacanza rovinata trova spazio nell'infortunistica stradale*, in *La resp. civ.*, 2006, 400

MONATERI, voce *Danno alla persona*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989

MONATERI, *«Alle soglie»: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 835

MONATERI, *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 787

MONATERI, *Internazionalizzazione delle Corti e salvaguardia dell'ordine Costituzionale*, in ALPA e IUDICA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, NAPOLI, 2006

MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 54

MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria*, in *Giur Cost.*, 2005, 3404

MORLOTTI, *Immissioni intollerabili: art. 844 c.c. e d.p.c.m. 1°3.1991 a confronto*, in *N.g.c.c.*, 2002, I, 716

MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valori di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3525

MOTTOLA, *Le cose, il buon nome, il tempo, gli ideali, il danno da perdita della propria identità*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, MILANO, 2004

MUSY e FERRERI, *I singoli contratti – I. La Vendita*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, MILANO, 2006

NADDEO, *La vendita di beni di consumo*, in STANZIONE e MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, TORINO, 2009

NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2010, 194 ss., 198.

NAPOLI, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le corti*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 137

NARDI, *Viaggio turistico e prevedibilità del danno da vacanza rovinata*, in *La resp. civ.*, 2009, 528

NARDI, *Immissioni intollerabili ed esigenze della produzione*, in *La resp. civ.*, 2009, 344

NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 865
 NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*; in *Foro it.*, 2003, I, 2201
 NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Foro it.*, 2003, I, 2272
 NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali*, MILANO, 2004
 NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, I, 139
 NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *N.g.c.c.*, 81
 NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 63
 NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18..2007, in Causa C – 119/05)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 1217
 NOCCO, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Danno e resp.*, 2007, 623
 ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, III, 549
 ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, in BILANCIA e DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, MILANO, 2004
 ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, MILANO, 2006
 OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integr.*, 2009, II, 451
 PACE, *il danno esistenziale: battuta d'arresto*, in *Giust. civ.*, 2007, 380
 PADELLETTI, commento all'art. 1 all. Prot. 1 CEDU, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001
 PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tr obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir.um. e dir. int.le*, 2008, 349
 PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 19
 PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 123;
 PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 128
 PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 653
 PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *La resp. civ.*, 2008, 502
 PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *La resp. civ.*, 2009, 68
 PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento e l'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno*, in *La resp. civ.*, 2010, 21
 PARTISANI, *Il danno morale del conduttore estromesso dall'immobile pignorato*, in *La resp.civ.*, 2010, 130
 PELLECCCHIA, *La Corte di Cassazione e il risarcimento del danno morale ai congiunti in caso di sopravvivenza della vittima: qualcosa, al fin, si muove.*, in *Resp.civ.prev.*, 1998, 1409
 PELLECCCHIA, *Il caso Omega: La dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche fondamentali nel diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 181
 PERFUMI, *Riflessioni per una chiave di lettura del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto privato in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 631
 PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 520
 PERRINI, *La Legge n.12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2009, 339
 PERSANO, *Il contrasto fra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e legge interna ad essa precedente alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008*, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2009, 145

PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 243 ss.

PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3518

PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Dir. com. scambi int.li*, 2009, 211

PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, MILANO, 2004

PLENTEDA, *Il Giudice di Pace ed il danno esistenziale bagattellare e transeunte*, in www.altalex.com/index.php?idnot=43040

POGGIO, *Dopo Lucchini, il caso Fallimento Olimpiaclub: il ridimensionamento dell'efficacia del giudicato esterno anticomunitario*, in *Giur. it.*, 2010, 369

POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 76

POLLICINO, *Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 819

POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir.un.eur.*, 2009, 2

PONTE, *La Consulta detta un decalogo sull'utilizzo della Cedu come vaglio di costituzionalità delle norme interne*, in *Guida al dir.*, 2009, 50, 87

PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 841

PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 829

PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea alla Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 962

PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5

PONZANELLI, *Gli esistenzialisti dopo la svolta del 2003 e la sentenza della cassazione penale sul caso Barillà*, in *Danno e resp.*, 2004, 971

PONZANELLI, *Le pericolose frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da black out elettrico*, in *Danno e resp.*, 2006, 56

PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2006, 849

PONZANELLI, *Immissioni e risparmio tradito: applicazioni divergenti della lettura costituzionale del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2007, 77

PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059: significati e problemi*, in *N.g.c.c.*, 2007, II, 247

PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 316

PONZANELLI, *Ci vuole un diritto fondamentale per la concessione del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2008, 447

PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 134

PONZANELLI, *Conferme e incertezze della Cassazione dopo le Sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2009, 763

PONZANELLI, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, 776

PRADUROUX, *Il diritto di proprietà nel diritto comunitario: principi fondamentali e <self restraint> della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 283

PRIMICERI, *Il danno da fermo tecnico*, in *Resp. civ.*, 2010, 841

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, *Danno e resp.*, 2003, 831

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, in *Danno e resp.*, 2003, 964

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 32

PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, TORINO, 2009,

PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, 341

RAIMONDI, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001

RAMACCIONI, *La Proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 861

RATTI, *Il richiamo ai principi Unidroit nella giurisprudenza interna e arbitrale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 915

RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325

RESCIGNO, F., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, TORINO, 2005

RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009

RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contr. impr.*, 2009, 277

ROSSETTI, *Fermo tecnico e danni virtuali*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1999, 761

ROSSI, voce *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, in *Digesto disc. pubbl.*, TORINO, 1997, vol. XII, 372

ROSSI, *Una voce dissonante sul danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2007, 373

RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione esposta all'incontro di studio su *La giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, organizzato al Cons. Sup. della Magistratura, Roma, 28 febbraio – 2 marzo 2007, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14032.pdf>, 13

RUGGERI, *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, 552

RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2010, I, 3

SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2010, 319

SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, in *Dir. pol. un. eur.*, 2008, 145

SALVI, voce *Danno*, in *Digesto disc. priv.*, TORINO, 1989

SALVI, voce *Immissioni*, *Enc. giur. Treccani*, ROMA, 1988

SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 409

SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 2009, 855

SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465

SAPONE, *Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?*, in *Ngcc.*, 2010, 588

SAPONE, VORANO, *Il danno non patrimoniale da perdita dell'animale domestico*, in *Ngcc.*, 2010, II, 565

SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 747

SCALFI, *L'uomo, la morte, la famiglia*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 982

SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 29

SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 147

SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 145

SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2009, 944

SCHILLACI, *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti sentenze del giudice comunitario*, in *Giur. cost.*, 2009, 1253

SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3579

SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, MILANO, 2009

SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per una confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir., int.*, 2009, 487

SCODITTI, *Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv.dir.priv.*, 2010, 123

SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261

SCOTTI, *Le Sezioni Unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, II, 72

SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La comunità intl.le*, 2009, 43

SERRA, *Il problema dello Stato. Scienza giuridica e rapporto tra ordinamenti (Analisi critica di due modelli di relazione)*, in *Democrazia e dir.*, 2008, II, 29

SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 50

SICA e D'ANTONIO, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in STANZIONE e MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, TORINO, 2009

SIMONE, *La riscrittura del danno non patrimoniale: il declino del danno esistenziale e l'ascesa del danno morale?*, in *Speciale Danno e resp.*, 2009, 9

SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 145

SPANGARO, *Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 719

STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integr. eur.*, 2009, 23

STROZZI, *Diritto dell'Unione europea – Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, TORINO, 2009

STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 881

SUNDBERG, *Commento all'art. 41 CEDU*, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, PADOVA, 2001

TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: America ed Europa a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, II, 323

TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, 48

TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, BOLOGNA, 2007

TEGA, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte <sub costituzionale> del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 133

TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. unione eur.*, 2009, 197

TESCARO, *Il danno da vacanza rovinata "atipico"*, in *La resp. civ.*, 2007, 1019

TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, in *Rass.dir.civ.*, 2009, 530

THELLUNG DE COURTELARY, *Relazioni affettive con animali e cose*, in (a cura di) CENDON, *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, TORINO, 2005, III, 353 ss.

TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo...*, in *Foro it.*, 1984, I, 2062

TIZZANO, *Ruolo e prospettive del giudice comunitario dopo Lisbona*, in BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, PADOVA, 2008

TOMARCHIO, *Immissioni intollerabili, danni da stress e tutela cautelare*, in *Corr. merito*, 2008, 29

TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2009, 1027

TOMASI, *Il dialogo tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, PADOVA, 2008

TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, MILANO, 2007

TOSCANO, *Danno da limitazione nel godimento di un bene e criteri di quantificazione*, in *N.g.c.c.*, 2007, 1340

TOSCHI VESPASIANI, *Antenna sul tetto, panorama negato e onde elettromagnetiche: esiste tutela per il valore ridotto dell'immobile?*, in *La resp. civ.*, 2009, 826

TRIMARCHI, *La proprietà nella Costituzione europea*, in IUDICA e ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, NAPOLI, 2006

TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, in *Contr. impr.*, 2009, 895

TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, NAPOLI, 2004

TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2003, 970

TUCCI, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, in *Danno e resp.*, 2004, 701

TUCCI, *Confisca urbanistica e circolazione dei beni dopo la Sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 15

TUCCI, *Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato*, in *Riv.dir.priv.*, 2010, 101

UTZERI, *Il riconoscimento del danno da fermo tecnico nella circolazione stradale*, in *Ventiquattrore avv.*, 2004, 2

VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 552

VANTAGGIATO, *Il danno non patrimoniale e le c.d. liti bagatellari*, in *La resp. civ.*, 2009, 984

VENDITTI, *Il danno per il forzato fermo dei veicoli adibiti a circolazione con scopo di lucro*, in *Giust. civ.*, 1958, 401

VENTURELLI, *Commento art. 135*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, PADOVA, 2007

VENTURELLI, *Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 766

VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, *Obbl. e contr.*, 2009, 103

VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115

VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Dir. comunit. scambi int.li*, 2009, 801

VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi - 2*, MILANO, 2006

VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'intergr. eur.*, 2008, I, 7

VILLANI, *Vizi della cosa venduta: codice civile e Direttiva 85/374/CEE a confronto*, in *La resp. civ.*, 2009, 731

VIOLA, *Il danno nelle relazioni affettive con animali e cose*, in *La resp. civ.*, 2009, 169

VIOLA, *Contratto di vacanza, inadempimento e danno*, in *La resp. civ.*, 2009, 560

VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, PADOVA, 2005

ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *La resp. civ.*, 2009, 28

ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu

ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowsky*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2008, II, 5

ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo 14 bis*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2009, 469

ZAGREBELSKY, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int.le*, 2010, 309

ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione europea*, in GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, PADOVA, 1989

ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, 1

ZATTI, *Chi è il padrone del cane*, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 133

ZAULI, *Danno morale da morte in clinica dell'animale d'affezione*, in *La Resp. civ.*, 2009 956

ZIVIZ, *Danno alla vita di relazione, il tramonto di una categoria*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 914

ZIVIZ, voce *Danno esistenziale*, in *Enc. dir.*, 2003

ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 703

ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1041

ZIVIZ, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1336

ZIVIZ e BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1299

ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2006, 843

ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1446
ZIVIZ, *Lo spettro dei danni bagatellari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 517
ZIVIZ, *Le relazioni pericolose: i rapporti tra danno biologico e danno esistenziale* in *Resp. civ. prev.*, 2007, 790
ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, in *Giur. it.*, 2007, 1112
ZIVIZ, *Danno esistenziale: solo il tuo nome è mio nemico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 83
ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 95
ZIVIZ, *La sfuggente identità dei danni bagatellari*, in *Resp.civ.prev.*, 2009, 2462
ZORZIT, *Diritto e sentimento: Il danno da perdita dell'animale da affezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 909

GIURISPRUDENZA della Parte I^

Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte giust., 13.9.1979, causa 44/79, n *Raccolta*, 1979, I, 3727
Corte giust., 12.3.2002, causa C-168/00, caso *Leitner*, in *Danno e resp.*, 2002, 1097
Corte giust., 11.7.2002, causa C-60/00, caso *Carpenter*
Corte giust., 12.6.2003, causa C-112/2000, caso *Schmidberger*
Corte giust., 30.9.2003, causa C-224/01, caso *Köbler*, in *Dir. comm. Scambi int.li*, 2004, 55
Corte giust., 14.10.2004, causa C-36/02, caso *Omega*, in *Corr. giur.*, 2005, 486
Corte giust. 13.6.2006, causa C-173/03, caso *Traghetti del mediterraneo*, in *Dir. comm. Scambi int.li*, 2006, 741
Corte giust., 18.7.2007, causa C-119/05, caso *Lucchini*
Corte giust., Gr. Sez., 29.1.2008, causa 275/06, in *Riv. dir. ind.*, II, 2008, 331; in *Dir. informatica*, 2008, 182
Corte giust., Gr. Sez., 3.9.2008, cause riunite nn. 402/05 P e 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2009, 1253; in *Foro it.*, 2008, IV, 465.
Corte giust., 29.5.2009, causa C-531/06, *Commissione c. Italia*, in *Notariato*, 2009, 368
Corte giust., 3.9.2009, C – 2/08, caso *Fallimento Olimpiaclub* in *Giur. it.*, 2010, 369
Corte giust., Gr. Sez., 17.11.2009, causa C – 169/08, *Pres. Consiglio Italia c. Regione Sardegna*, in *Guida al dir.*, 2009, 50, 92
Corte giust., Gr. Sez., 9.3.2010, procedimenti riuniti C – 379/08 e C – 380/08

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte E.D.U., 9.12.1994, caso *Lopez Ostra c. Spagna*, pubblicata in lingua italiana in de SALVIA e ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, MILANO, 2006, II, 322
Corte E.D.U., 28.9.1995, caso *Scollo c. Italia* – reperibile nella traduzione in italiano in de SALVIA e ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, MILANO, 2006, II, 405
Corte E.D.U., caso *Ghidotti c. Italia*, sent. 21 febbraio 2002, su www.echr.coe.int
Corte E.D.U., 30.10.2003, *Belvedere Alberghiera c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2004, 731
Corte E.D.U., 11.12.2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*
Corte E.D.U., 29.7.2004, causa *Scordino (1) c. Italia*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 3
Corte E.D.U., 16.11.2004 (caso 4143/02), *Moreno Gomez c. Spagna*, in www.echr.coe.int (in francese e inglese); in *NJW (Neue Juristische Wochenschrift, nota rivista giuridica tedesca)*, 2005, 3767 ss.
Corte E.D.U., Grande Camera, 29.3.2006, *Scordino (2) c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2006, 929
Corte E.D.U., 2.11.2006 (caso n. 59909/00), *Giacomelli c. Italia*, in *Foro amm.vo - C.d.s.*, 2006, 2683; in *Cass. pen.*, 2007, 1341
Corte E.D.U., 20.1.2009, causa *Sud Fondi e altre 2 c. Italia* in www.dirittiuomo.it/Corte%20Europea/Italia/2009/sudfondi-perotti-italiano.pdf
Corte E.D.U., Sez. II., 3.11.2009, *Lautsi c. Italia* (ric. 30814/2006), in *N.g.c.c.*, 2009, I, 1246
Corte E.D.U., 9.11.2010 (caso 2345/06), *Deès c. Ungheria*, in www.echr.coe.int,

Corte costituzionale

Corte Cost., 7.3.1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, 465
Corte cost., 27.12.1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401

Corte Cost., 26.7.1979, nn. 87 e 88, in *Foro it.*, 1979, 2542
 Corte cost., 28.7.1983, n. 252, in *Foro it.*, 1983, I, 2628
 Corte cost. 8.6.1984 n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062
 Corte Cost. 23.4.1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, 1600; in *Giust. civ.*, 1984, II, 765; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1521
 Corte Cost, 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, 2053
 Corte cost., 7.4.1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627; in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, 506 e in *Giust. civ.*, 1988, I, 1654
 Corte cost. 18.4.1991, n. 168, in *Giur. Cost.*, 1991, 1409; *Foro it.*, 1992, I, 660; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1652
 Corte cost., 18.12.1991, n. 485, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 794; in *Giust.civ.*, 1992, I, 583
 Corte Cost., 27.10.1994, n. 372, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976
 Corte cost., Ord., 18.12.1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, 784; in *Giust. Civ.*, 1996, I, 647 ed in *Giur.cost.*, 1995, 4306
 Corte Cost., 22.7.1996, n. 293 (ord.), in *Resp. civ. prev.*, 1996, 909
 Cass., 3.2.1999, n. 911, in *Giust. civ.*, 1999, 2360
 Corte cost., 21.11.2000, n. 520, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 545
 Corte cost., ord., 14.12.2001, n. 410, *Riv.giur.ed.*, 2002, I, 75; in *Foro it.*, 2002, I, 313
 Corte cost., 24.4.2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, 1062
 Corte Cost, 11.7.2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939; in *Foro it.*, 2003, I, 2201;
 Corte cost., 13.7.2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2007, 2780
 Corte Cost., 25.2.2008, n. 39, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2009, 145
 Corte cost., Ord., 15.4.2008, n. 103, in *Giust. Cost.*, 2008, 1292
 Corte cost., 23.5.2008, n. 166, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, 716; in *Arch. loc. e cond.*, 2008, 4, 343
 Corte cost., 24.10.2008, nn. 348 e 349, in *Giur. Cost.*, 2008, 5, 3475
 Corte cost., 24.7.2009, n. 239, in *Riv. dir. int.*, 2009, 1187
 Corte cost., 16 – 26.11.2009, n. 311, in *Guida al dir.*, 2009, 50, 80; in *Corr. giur.*, 2010, 619
 Corte cost., 30.11 – 4.12/2009, n. 317, in www.giurcost.org
 Corte Cost., 12.3.2010, n. 93, in *Foro it.*, 2010, 2008
 Corte cost., 15.4.2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361

Consiglio di Stato

Cons. stato, 8.8.2005, n. 4207, in *Giur Cost.*, 2005, 3391
 Cons. St., Ad. Plen., 10.11.2008, n. 11, in *Foro it.*, 2009, III, 1; in *Urb. e app.*, 2009, 41
 Cons. Stato, 2-3-2010, n. 1220, in www.giustizia-amministrativa.it
 Cons. Stato, 15.6.2010, n. 3760, in www.giustizia-amministrativa.it

Corte di cassazione – Sez. civili

Cass., S.u., 3.3.1958, n. 708, in *Giust. civ.*, 1958, 401
 Cass., 6.6.1981, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, 190
 Cass., 14.4.1984, n. 2422, in *Rep. foro it.*, 1984 voce *Danni civili*, n. 54
 Cass., 20.8.1984, n. 4661, in *Rep. foro it.*, 1984, voce *Danni civili*, nn. 55, 101
 Cass., 7.2.1996, n. 970, in *Resp.civ.prev.*, 1997, 158
 Cass., 23.4.1998, n. 4186, in *Danno e resp.*, 1998, 686, ed in *Resp.civ.prev.*, 1998, 1409 ss.,
 Cass., 8.7.1998, n. 6672, in *Giust. civ.*, 1999, I, 498; in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1998, 1380; in *Riv. dir. int.le*, 1999, 225
 Cass., S.u., 15.10.1998, n. 10186, in *Giust.civ.*, 1999, I, 2411; in *Foro it.*, 1999, I, 922; in *Danno e resp*, 1999, 107; in *Riv.giur.amb.*, 1999, 500,
 Cass., S.U., 22.7.1999, n. 500, in *Europa e dir priv.*, 1999, 1221; *I contratti*, 1999, 869; *Corr. giur.*, 1999, 1367; *Giust. civ.*, 1999, I, 2261;
 Cass. 19.11.1999, n. 12820, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2000, 130
 Cass., 7.6.2000, n. 7713, in *Corr. giur.*, 2000, 873; in *Danno e resp*, 2000, 835
 Cass., 18.4.2001, n. 5697, in *Giur.it.*, 2001, 1818
 Cass., 3.8.2001, n. 10735, in *N.g.c.c.*, 2002, I, 716
 Cass., S.u., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001,1565; in *Foro it.*, 2002, I, 769
 Cass., S.u., 21.2.2002, n. 2515, in *Corr. giur.*, 2002, 461
 Cass., 29.4.2002, n. 6223, in *Banca dati de jure*
 Cass., 19.7.2002, n. 10542, in *Corr. giur.*, 2003, 772; in *Foro it.*, 2002, I, 2606
 Cass., 7.8.2002, n. 11915, in *Danno e resp*, 2003, 337

Cass., 14.2.2002, n. 17963, in *Mass.giust.civ.*, 2002, 2202
 Cass., 27.1.2003, n. 1151, in *Danno e resp.*, 2003, 785
 Cass., 12.5.2003, nn. 7281, 7282 e 7283, in *Resp.civ.prev.*, 2003,675; *Danno e resp.*, 2003, 713
 Cass., 31.5.2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816; *Corr. Giur.*, 2003, 1017; *Foro it.*, 2003, I, 2272; *Resp.civ.prev.*, 2003, 675
 Cass., 19.8.2003, n. 12124, in *Resp.civ.prev.*, 2003, 1329
 Cass., 1.6.2004, n. 10482, in *Danno e resp.*, 2004, 953
 Cass., 11.6.2004, n. 11096, in *Corr. giur.*, 2004, 1467 ss.; in *Foro it.*, 2005, I, 466
 Cass., 13.7.2004, n. 12908, in *Giust. civ. mass.*, 2004; in *Ventiquattrore avv.*, 2004, 2, 18
 Cass., 27.10.2004, n. 20814, in *Danno e resp.*, 2004, 713
 Cass., 9.11.2004, n. 21343, in *Foro it.*, rep. 2004, voce *Turismo*, n. 40
 Cass., 29.4.2005, n. 8981, in *Danno e resp.*, 2006, 261
 Cass., 11.5.2005, n. 9865, in *Giur.it.*, 2006, 243
 Cass., 14.6.2005, n. 12750, in *Danno e resp.*, 2006, 261
 Cass., 4.10.2005, n. 19354, in *Dir e giust.*, 2005, 46, 21
 Cass., 25.7.2005, n. 15022, in *Resp.civ.prev.*, 2006, 115; *Corr. Giur.*, 2006, 525
 Cass., S.u., 23.12.2005, n. 28507, in *Corr. giur.*, 2006, 833; in *Giur.it.*, 2005, 1902
 Cass., 31.1.2006, n. 2166, in *Giust. civ.*, 2007, I, 465
 Cass., S.u., 24.3.2006, n. 6572, in *Corr. Giur.*, 2006, 787; in *Resp.civ.prev.*, 2006, 1222
 Cass., 11.4.2006, n. 8420 in *Giust. civ.*, 2007, I, 465
 Cass., 10.5.2006, n. 10715, in *Giust. civ.*, 2007, I, 465
 Cass., 12.6.2006, n. 13546, in *Resp.civ.prev.*, 2006, 1439; in *Danno e Resp.*, 2006, 843
 Cass., 12.7.2006, n. 15760, in *Resp.civ.prev.*, 2006, 2057
 Cass., 9.11.2006, n. 23916, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, 1076
 Cass., 9.11.2006, n. 23918, in *Danno e resp.*, 2007, 310; *Giust. civ.*, 2007, 369; in *Giur. it.*, 2007, 1110;
 Cass., 23.1.2007, n. 1391, in *Foro it.*, 2007, I, 2124
 Cass., 2.2.2007, n. 2311, in *Resp.civ.prev.*, 2007, 788
 Cass., 6.2.2007, n. 2546, in *Resp.civ.prev.*, 2007, 1279
 Cass., 13.3.2007, n. 5844, in *Foro it.*, 2008, 241
 Cass., 20.4.2007, n. 9510, in *Resp.civ.prev.*, 2007, 1553
 Cass., 22.5.2007, n. 11875, in *Banca dati De jure*
 Cass., 6.6.2007, n. 13242, in *N.g.c.c.*, 2007, 1340; *La resp. civ.*, 2007, 974
 Cass., 7.6.2007, n. 13288, in *Giust. civ. mass.*, 2007, VI
 Cass., 27.6.2007, n.14846, in *Danno e resp.*, 2008, 36; in *N.g.c.c.*, 2008, I, 211; in *Resp.civ.prev.*, 2007, 2272
 Cass., 19.7.2008, n. 20062, in *Danno e resp.*, 2009, 655
 Cass., 7.9.2007, n. 18883, in *Banca dati De jure*
 Cass., 8.10.2007, n. 20985, , in *Danno e resp.*, 2008, 296,
 Cass., 30.10.2007, n. 22884, in *Resp.civ.prev.*, 2008, 80
 Cass., 3.12.2007, n. 25187, in *Resp.civ.prev.*, 2008, 1077
 Cass., 14.12.2007, n. 26261, in *Foro amm. – C.d.s.*, 2008, 352
 Cass., 17.1.2008, n. 877 in *Banca dati De jure*
 Cass., 12.2.2008, n. 3284, in *Danno e resp.*, 2008, 445
 Cass., ord. 25.2.2008, n. 4712, in *Resp.civ.*, 2008, 502
 Cass., 5.3.2008, n. 6007, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 3, 368
 Cass., 26.3.2008, n. 7856, in *Giust. civ.*, 2009, 1995
 Cass., 24.4.2008, n. 10651, in *Danno e resp.*, 2009, 661
 Cass., 08.5.2008, n.11410, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 5, 685
 Cass., 3.6.2008, n. 14665, in *Giust.civ.mass.*, 2008, 6, 860
 Cass., 9.6.2008, n. 15238, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2008, 10, 812; in *Riv. notariato*, 2009, 5, 1205
 Cass., 3.7.2008, n. 18226, in *Guida al dir.*, 2008, 43, 50; in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1090
 Cass., S.u., 29.8.2008, n. 21934, in *Giur. it.*, 2009, 2641
 Cass., Ord. 22.9.2008, n. 23934, in *Pers. fam. succ.*, 2008, 881
 Cass., 21.10.2008, n. 25558, in *Guida al dir.*, 2008, n. 49, 68
 Cass., S.U., 11.11.2008, nn. 26792, 26793, 26794 e 26795, in *La resp. civ.*, 2009, 4; in *N.g.c.c.*, 2009, I, 102; in *Foro it.*, 2009, I, 120; in *Danno e resp.*, 2009, 19
 Cass., 5.12.2008, n. 28807, in *Giust. civ.mass.*, 2008, 12, 1740
 Cass., 12.12.2008, n. 29191, in *Guida al diritto*, 2009, 3, 56

Cass., S.u., 15.1.2009, n. 794, in *Giur. it.*, 2009, 2641
 Cass., 20.1.2009, n. 1349, in *Banca dati de jure*
 Cass., 25.2.2009, n. 4493, in *Danno e resp.*, 2009, 761; in *La resp.civ.*, 2009, 956
 Cass., 31.3.2009, n. 7875, in *Danno e resp.*, 2009, 763; in *N.g.c.c.*, 2009, I, 893
 Cass., 9.4.2009, n. 8703, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 1007; in *Giur. it.*, 2009, 2641
 Cass., 16.4.2009, n. 9016, in *Banca dati De jure*
 Cass., 13.5.2009, n. 11059, in *Danno e resp.*, 2009, 766
 Cass., 18.5.2009, n. 11423, in *La resp. civ.*, 2009, 731
 Cass., 4.6.2009, n. 12885, in *Banca dati De jure*
 Cass., S.u., 19.8.2009, n. 18356, in *Guida al dir.*, 2009, 37, 24; in *La resp. civ.*, 2009, 984; in *Resp.civ.prev.*, 2009, 2459.
 Cass., 25.9.2009, n. 25556, in *Banca dati De jure*
 Cass., 10.11.2009, n. 23807, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1796
 Cass., 10.12.2009, n.25820, in *Banca dati De jure*
 Cass., 27.01.2010, n. 1688, in *Resp. civ.*, 2010, 841
 Cass., 8.3.2010, n. 5564, in *Danno e resp.*, 2010, 776; in *Ngcc.*, 2010, 588; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1519
 Cass., 31.3.2010, n. 7781, in *Banca dati De jure*
 Cass., 17.5.2010, n. 12208, in *Banca dati Juris data*
 Cass., 17.1.2011, n. 939, in *www.altalex.it*

Corte di cassazione – Sez. penali

Cass. pen., Sez. IV, 22.1.2004, n. 2050, in *Danno e resp.*, 2004, 966
 Cass., Sez. pen., 17.6.2005, n. 23072, in *Cass. pen.*, 2005, 4069
 Cass., Sez. pen., 22.6.2006, n. 23130, in *Dir. e giust.*, 2006, 32, 94
 Cass. pen., Sez. I, 25.1.2007, n. 2800, in *Riv. dir. int.le*, 2007, 601
 Cass., Sez. pen., 13.12.2007 – 7.1.2008, n. 246, in *Cass. pen.*, 2008, 198; in *Riv. pen.*, 2008, 396
 Cass., Sez. pen., 26.2 – 13.3.2008, n. 11310, in *Cass. pen.*, 2009, 1545
 Cass., Sez. pen., 11.8.2008, n. 33285, in www.personaedanno.it (11.8.2008)
 Cass. pen., Sez. III, 24.10 – 17.11.2008, n. 42741, in *Cass. pen.* 2009, 2553
 Cass., Sez. pen., 13.5 - 26.9.2008, n. 36845, in *Cass. pen.*, 2009, 927; in *Foro it.*, 2009, II, 262
 Cass., Sez. pen., 9.1 – 15.4.2009, n. 15707, in *Banca dati De jure*
 Cass., Sez. pen., 12.2 - 15.4.2009, n. 15734, in www.personaedanno.it
 Cass. pen., 29.4.2009, n. 17865, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 133

Corti d'appello

App. Torino, 23.3.1993, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 321; in *Giur. it.*, 1995, 343
 App. L'Aquila, 27.2.2001, in *Giur. merito*, 2001, 1316
 App., Milano, 14.2.2003, in in *N.g.c.c.*, 2004, I, 327
 App. Bari, Sez. 1 pen., 9.4.2008, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 121

Tribunali

Trib. Alessandria, 7.5.1992, in *Giur. it.*, 1995, 343
 Trib. Napoli, 15.4.1998, n. 3286, e Trib. Napoli, 23.4.1998, n. 3572 in *Riv.giur.circ.trasp.*, 1999, 761
 Trib. Milano, 15.6.2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 461
 Trib. Roma, 10.10.2001, in www.personaedanno.it
 Trib. Roma, 17.4.2002, in *Gius.*, 2002, 2366
 Trib. Venezia, 7.4.2003, in *Danno e resp.*, 2003, 79
 Trib. Venezia, sez. Dolo, 14.12.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 1124
 Trib. Ivrea, 22.6.2004, in *Giur. merito*, 2004, 2220; in *Dir. e giust.*, 2004, 46, 80
 Trib. Nola, 15.7.2004, in www.personaedanno.it
 Trib. Venezia, sez. Dolo, Ord., 4.10.2004, in www.personaedanno.it
 Trib. Busto Arsizio, 31.1.2005, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1431
 Trib. Venezia, 14.2.2005, in *Danno e resp.*, 2006, 261
 Tribunale di Milano, 16.9.2005, n. 10090, in *La resp. civ.*, 2006, 400
 Trib. Montepulciano, 2.2.2006, in *Foro it.*, 2006, 2946
 Trib. Bologna, ord. 31.7.2006, in www.personaedanno.it

Trib. Milano, sez. VIII, 14.9.2006, n. 10143, in *Giustizia a Milano*, 2006, 9, 60 ed in *Banca dati De Jure*

Trib. Monza, 9.10.2006, in www.personaedanno.it

Trib. Montepulciano, 26.2.2007, in *Riv.giur.ambiente*, 2007, 857

Trib. Roma, 27.3.2007, n. 46641, in *Il merito*, 2007, 5, 38

Trib. Bari, 17.5.2007, n. 1225, in *Banca dati de jure*

Trib. Bologna, 7.6.2007, in *Resp.civ.prev.*, 2008, 1401

Trib. Venezia, ord., 27.7.2007, in *Corr. merito*, 2008, 29

Trib. Milano, 14.9.2007, in *Danno e resp.*, 2007, 77

Trib. Larino, 20.9.2007, in *Banca dati De jure*

Trib. Milano, 18.10.2007, in *Danno e resp.*, 2009, 183

Trib. Camerino, 19.12.2007, in *Arch giur. circ. sin.*, 2008, 342

Trib. Milano, 22.1.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 909

Trib. Milano, 31.1.2008, in www.personaedanno.it

Trib. Venezia, 19.2.2008, in *N.g.c.c.*, 2008, I, 1164

Trib. Brescia, 7.7.2008, n. 2952, in www.personaedanno.it

Trib. Chiavari, 9.8.2008, n. 373, in www.vittimedelrumore.com

Trib. Milano, 23.9.2008, n. 11169, in www.personaedanno.it

Trib. Brindisi, Sez. Francavilla Fontana, 17.11.2008 in *Banca dati De jure*; www.personaedanno.it

Trib. Milano, 17.12.2008, in *N.g.c.c.*, 2009, I, 893

Trib. Palermo, 8.1.2009, in *I contratti*, 2009, 688

Trib. Bologna, Sez. III, 29.1.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*

Trib. Chieti, 5.2.2009, in *Banca dati Pluris (Utet – Cedam)*

Trib. Saluzzo, 25.2.2009, in *Giur. merito*, 2009, 4, 969

Trib. Bologna, Sez. III, 6.3.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*

Trib. Venezia, ord., 3.4.2009, in *Giur. mer.*, 2009, 1839 ss.; in *Resp.civ.prev.*, 2009, 1898 ss.; in *N.g.c.c.*, 2009, I, 911 ss.; in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1045 ss.

Trib. Bari, 21.4.2009, in *Immobili e propr.*, 2009, 533

Trib. Torino, 28.4.2009, in *Banca dati Pluris (Utet – Cedam)*

Trib. Venezia, 18.5.2009, n. 1368, in www.personaedanno.it

Trib. Roma, 8.6.2009, in www.personaedanno.it

Trib. Roma, Sez. XIII, 10.7.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*

Trib. Roma, 13.7.2009, in *La resp. civ.*, 2010, 21; in *Giur. merito*, 2009, 2764

Trib. Roma, 23.9.2009, in *La resp. civ.*, 2010, 130

Trib. Genova, ord., 7.10.2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1798; in www.personaedanno.it

Trib. Rovereto, 18.10.2009, in www.personaedanno.it

Trib. l'Aquila, 28.10.2009, in www.personaedanno.it

Trib. Bari, 19.11.2009, n. 3478, in *Banca dati Juris data*

Trib. Ferrara, ord., 14.12.2009, in www.personaedanno.it

Trib. Vicenza, 23.12.2009, n. 2128, in www.personaedanno.it

Trib. Latina, 28.1.2010, n. 120, in *Banca dati Juris data*

Trib. Bari, 23.2.2010, n. 650, in *Banca dati Juris data*

Trib. Roma, 19.4.2010, n. 8534, in *Banca dati Juris data*

Trib. Milano, 20.7.2010, in *Danno e resp.*, 2010, 1068

Trib. Firenze, 21.1.2011, n. 147, in www.altalex.it

Giudici di pace

G. di P. Frosinone, 15.10.2001, in *Danno e resp.*, 2003, 206

G. di P. Bari, 22.12.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 880

G. di P. Napoli, 26.2.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 433

G. di P. di Casoria, 13.7.2005, n. 2781, in *Danno e resp.*, 2006, 54; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 155; *Dir. e giust.*, 2005, n. 38, 76

G. di P. Napoli, 27.3.2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1923

G. di P. Borgo San Lorenzo, 22.5.2007, in *Banca dati De Jure*

G. di P. Ortona, 8.6.2007, in *Danno e resp.*, 2008, 38

G. di P. Torino, 11.2.2008, in *Giur. merito*, 2008, 2546

G. di P. Torino, Sez. III, 31.3.2008, in *Banca dati de jure*

G. di P. Piacenza, 30.12.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 771

G. di P. Verona, 2.1.2009, in www.personaedanno.it

G. di P. Milano, Sez. IV, 5.2.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*
 G. di P. Milano, Sez. VI, 9.2.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*
 G. di P. Milano, Sez. VI, 10.2.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*;
 G. di P. Milano, Sez. VII, 24.2.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*
 G. di P. Milano, Sez. VI, 14.4.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*
 G. di pace Torino, Sez. III, 28.4.2008, in *Banca dati de jure*
 G. di P. Milano, Sez. VIII, 6.5.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*;
 G. di P. Milano, Sez. I, 3.6.2009, in *Banca dati Pluris (Cedam - Utet)*
 G. di P. Bari, 10.9.2009, in *Banca dati De jure*
 G. di P. Venezia, 15.12.2009, in www.personaedanno.it
 G. di P. Palermo, 9.2.2010, in www.personaedanno.it

Tribunali amministrativi regionali

TAR Puglia, Lecce, Ord. 27.9.2006, n. 1016, in www.giustizia-amministrativa.it
 Tar Lazio, Sez. II *Bis*, 18.5.2010, n. 11984, in *Riv. amministrativa*, 2010, 319

Altri organi giudicanti

Pret. Milano, ord., 18.2.1993, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 321
 Pret. Rovereto, 15.5.1994, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 133
 Conc. Udine, 9.3.1995, in *N.g.c.c.*, 1995, I, 784

Altre fonti di letteratura

Rassegna sugli effetti derivanti dall'esposizione al rumore, in www.arpa.veneto.it/agenti_fisici/docs/rumore/AGF_2000_16.pdf

Annuario dei dati ambientali pubblicato dall'Ispra alla pagina web <http://annuario.apat.it/annuarioDoc.php?lang=IT&idv=6&type=ada>, ed in particolare la parte dedicata al rumore a cura di BELLABARBA, CURCURUTO, LANCIOTTI, SACCHETTI, SALVAGGIO e FRIZZA

Inquinamento indoor: rumore, pubblicato sul sito della Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici, organo governativo facente parte dell'Istituto superiore per la protezione e ricerca ambientale al link www.indoor.apat.gov.it/site/it/AGENTI_INQUINANTI/Fisici/Rumore/,¹

Elenco delle abbreviazioni delle riviste giuridiche italiane

<i>Arch. loc. cond.</i>	Archivio delle locazioni e del condominio
<i>Arch. giur. circ. sin.</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Contr. impr.</i>	Contratto e impresa
<i>Contr. impr. Eur.</i>	Contratto e impresa – Europa
<i>Corr. giur.</i>	Corriere giuridico
<i>Corr. merito</i>	Il corriere del merito
<i>Danno e resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Democrazia e dir.</i>	Democrazia e diritto
<i>Dir. amm.</i>	Diritto amministrativo
<i>Dir. com. scambi int.li</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. e giust.</i>	Diritto e giustizia
<i>Dir. fall. delle soc. comm.</i>	Il diritto fallimentare e delle società commerciali
<i>Dir. fam. pers.</i>	Diritto di famiglia e delle persone
<i>Dir. informatica</i>	Diritto dell'informatica
<i>Dir. pol. un. eur.</i>	Diritto e politiche dell'Unione europea
<i>Dir. proc. amm.</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>Dir. pub. com.</i>	Diritto pubblico comunitario
<i>Dir. pub. com. eur.</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo

<i>Dir. umani e dir. int.le</i>	Diritti umani e diritto internazionale
<i>Dir. un. eur.</i>	Diritto dell'Unione europea
<i>Europa e dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Foro amm.vo Cds</i>	Foro amministrativo – C.d.s.
<i>Giornale dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. merito</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. amm.va</i>	Giustizia amministrativa
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Guida al dir.</i>	Guida al diritto
<i>Immobili e propr.</i>	Immobili e proprietà
<i>La comunità int.</i>	La comunità internazionale
<i>Mass. Giust. civ.</i>	Massimario della Giustizia civile
<i>N.g.c.c.</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Obbl. e contr.</i>	Obbligazioni e contratti
<i>Pers. fam. succ.</i>	Persone famiglia e successioni
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni costituzionali
<i>Quaderni storia cost.le</i>	Quaderni di storia costituzionale
<i>Rass. dir. civ.</i>	Rassegna di diritto civile
<i>Rep. foro it.</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Resp. civ.</i>	La responsabilità civile
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. e proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. priv.</i>	Rivista di diritto privato
<i>Riv. giur. amb.</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>Riv. giur. circ. trasp.</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>Riv. giur. ed.</i>	Rivista giuridica dell'edilizia
<i>Riv. it. dir. pub. com.</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>Studi sull'integr. eur.</i>	Studi sull'integrazione europea
<i>Urb. e app.</i>	Urbanistica e appalti
<i>Ventiquattrore avv.</i>	Ventiquattrore avvocato
<i>Vita not.</i>	Vita notarile

BIBLIOGRAFIA della Parte II^

Dottrina e letteratura

- ANDREAE, commento a BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, in *DAR*, 2009, 643
- BACHMEIER, *Verkehrszivilsachen*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2010
- BEATER, § 823 BGB, in SOERGEN *Kommentar zum BGB*, KOHLHAMMER Verlag, STUTTGART, 2005
- BECKER, *Der wiederbeschaffungswert bei der Unfallschadenregulierung*, in *SVR*, 2010, IV, 130
- BENSCHING, *Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche – zulässige Rechtsfortbildung oder Rechtspredung contra legem?*, MOHR SIEBECK Verlag, TÜBINGEN, 2002
- BIELA, *Kraftverkehrshaftpflichtschäden*, MÜLLER Verlag, HEIDELBERG, 2009
- BITZER, *Grenz- und Richtwerte in Anwendungsbereich des § 906 BGB*, LANG Verlag, FRANKFURT a/M, 2001
- BRASCHOS, *Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht*, HEYMANNSVERLAG, KÖLN, BERLIN, BONN, MÜNCHEN, 1979
- BUDEWIG, GAHRLEIN e LEIPOLD, *Der Unfall in Straßenverkehr*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2008

CANARIS, *Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht*, in ZIP, 2003, 321

CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in Riv. dir. civ., 2003, 125

DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita*, in Riv. dir. civ., 2009, 559

DIEHL, annotazione a LG Berlin, 8.1.2007, in ZfS, 2007, 388

ECKERT, §651 f BGB, in *Staudigers Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, BERLIN, 2003

ELSHORST, *Ersatzansprüche benachbarter Grundstückbesitzer gegen Bauherren bei Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen*, in NJW, 2001, 3222

ERNST, § 325 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2007

FAUST, nota a commento di BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, in JZ, 2008, 469

GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz*, in JZ, 2004, 643

GSELL, §325 BGB, in SOERGEL, *Kommentar zum BGB*, KOHLHAMMER Verlag, STUTTGART, 2005

GSELL, *Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache*, in JuS, 2006, 203

GSELL, annotazione a BGH, 26.11.2008, in JZ, 2009, 518

GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, GEHLEN Verlag, BAD HOMBURG – BERLIN – ZÜRICH, 1968

JARASS, *Grundstrukturen des Immissionsschutzrechts*, in JuS, 2009, 608

JAUERNIG, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, in JZ, 1986, 605

JOUSSEN, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, KOHLHAMMER Verlag, STUTTGART, 2008

HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, SPRINGER Verlag, BERLIN, 2010

HERRESTHAL, *Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf*, in NJW, 2008, 2475

HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens nach der Rechtsprechung des BGH*, in NJW Spezial, 2007, Heft 7, 207

HIMMELREICH e HALM, *Handbuch der Kfz-Schadensregulierung*, LUCHTERHAND Verlag, KÖLN, 2009

HIRSCH, *Schadenersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?*, in JuS, 2009, 299

HONSELL, *Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadenersatzrechts*, in JuS, 1973, 69

HÖPFNER, *Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, in NJW, 2010, 127

HUBER, *Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung?*, in NJW, 2007, 1625

KAPPUS, *Stundenverrechnungssätze in der fiktiven Verkehrsunfallabrechnung. Die sauren Früchte des „Porsche“- Urteils 2003 „reloaded“*, in NJW, 2010, 582

KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, RÖHRSCHEID Verlag, BONN, 1972

LANGE, SCHIEMANN, *Schadenersatz*, III^e ed., MOHR SIEBECK Verlag, TÜBINGEN, 2003

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 1987

LEMKE, HEß e BURMANN, *Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH*, in NJW Spezial, Heft 5, 2010, 139

LIPP, *Eigene Mühewaltung bei außergerichtlicher Rechtsverfolgung – ersatzfähige Einbuße oder Nachteil im eigenverantwortlichen Pflichtenkreis des Betroffenen?*, in NJW, 1992, 1913

LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, HEYMANN'S Verlag, KÖLN – MÜNCHEN, 2008

LORENZ, nota a commento di BGH, Vorlagebeschl. v. 16.8.2006, – VIII ZR 200/05, in NJW, 2006, 3200

LÖWISCH, FELDMANN, §286 BGB, in *Staudigers kommentar zum BGB*, BECK Verlag, BERLIN, 2009

MAULTZSCH, *Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge*, DUNCKER & HUMBOLT Verlag, BERLIN, 2006

MAULTZSCH, *Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungstörungen im englischen und deutschen Recht*, in JZ, 2010, 937

MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*, in JuS, 1969, 449

MEDICUS, annotazione a BGH, 10.7.1984, VI ZR 262/82, in JZ, 1985, 39

MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2008

MEDICUS, § 249 BGB, § 253 BGB, in (a cura di) PRUTTING, WEGEN, WEINREICH, *BGB Kommentar*, LUCHTERHAND Verlag, KÖLN, 2008

MÜHE, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, in *NJW*, 1990, 2238

OETKER, *Unverhältnismäßige Herstellungskosten und das Affektionsinteresse im Schadensersatzrecht*, in *NJW*, 1985, 345

OETKER, § 249 BGB, § 251 BGB, § 253 BGB in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 5[^] ed., 2007

OTTO e SCHWARZE, § 325 BGB, in *STAUDIGERS Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, BERLIN, 2009

PFEIFFER, *Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle - Folgeentscheidung des BGH*, in *NJW*, 2009, 412

POPESCU e MAJER, *Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch. Grenzen der Analogie zu § 906 II 2 BGB mit Fallübersicht*, in *NZM*, 2009, 181

RICHTER, *Mangelbedingter Nutzungsausfall ohne Verzug*, in *SVR*, 2009, 459

RIEDMEYER, *Mitwagenkosten nach der modifizierten BGH-Rechtsprechung*, in *NJW Spezial*, 2010, Heft 7, 201

ROLAND, *Interimsfahrzeug und Fahrzeugausfallschaden*, in *SVR*, 2010, Heft 2, 49

ROTH, § 906 BGB, in *Staudigers Kommentar zum BGB*, SELLIER Verlag, BERLIN, 2009

RÜTTEN, *Kein Ersatz fiktiver Kosten eines Interimsfahrzeuges bei Geltendmachung von Nutzungsausfallentschädigung*, in *SVR*, 2009, Heft 11, 405

SÄCKER, § 906 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2009

SCHIEMANN, *Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254 BGB, §251 BGB e §253 BGB in Staudigers Kommentar Zum BGB*, SELLIER Verlag, BERLIN, 2005

SCHLECHTRIEM, SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, MOHR SIEBECK Verlag, TÜBINGEN, 2005

SCHMIDT, *Der nachbarliche Ausgleichsanspruch*, HEYMANNS Verlag, KÖLN, 2000

SCHULZE, *Nutzungsausfallentschädigung. Zu Funktion und Grenzen des §253 BGB*, in *NJW*, 1997, 3337

SCHULZE, EBERS, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, in *JuS*, 2004, 366

STAAB, *Mindestnutzungsdauer bei Reparaturkosten oberhalb des Wiederbeschaffungsaufwandes*, in *NZV*, 2007, 279

STAUDIGER, *Schadensersatzrecht – Wettbewerb der Ideen und Rechstordnungen*, in *NJW*, 2006, 2433

TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB, § 249 BGB, § 252 BGB e § 253 BGB*, in JAUERNIG (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2007

TONNER, §651 f BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2009, 2096

von LA CHEVALLERIE, *Nutzungsausfallentschädigung für ältere PKW und Oldtimer*, in *ZfS*, 2007, 423

WAGNER, *Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*, in *NJW*, 2002, 2049

WAGNER, *Vorbemerkung § 823 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2009

WENZEL, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung in Nachbarrecht*, in *NJW*, 2005, 241

WERTENBRUCH, § 474 BGB, in *SOERGEL Kommentar zum BGB*, KOHLHAMMER Verlag, STUTTGART, 2009

WESTERMANN, BYDLINSKI, WEBER, *BGB – Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, MÜLLER Verlag, HEIDELBERG, VI[^] ed., 2007

WESTERMANN, §439 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2008

WITTSCHIER, *annotazione a BGH, 14.4.2010*, in *NJW*, 2010, 2426

WOITKEWITSCH, *Nutzungersatzanspruch bei Ersatzlieferung?*, in *VuR*, 2005, 1

GIURISPRUDENZA della Parte II[^]

Bundesverfassungsgericht

BverfG, 14.2.1973, 1 BvR 112/65, in *NJW*, 1973, 1221

BVerfG, 1. Kammer des Erstens Senats, 26.8.2003, in *NJW* 2004, 591

Bundesgerichtshof

BGH, 29.9.1952, III ZR 340/51, in *NJW*, 1953, 99
BGH, 6.7.1955, GSZ 1/55, in *NJW*, 1955, 1675
BGH, 11.7.1963, III ZR 55/62, in *NJW*, 1963, 2020
BGH, 30.9.1963, III ZR 137/62, in *NJW*, 1964, 542
BGH, 15.4.1966, VI ZR 271/64, in *NJW*, 1966, 1260
BGH, 14.6.1967, VIII ZR 268/1964, in *NJW*, 1967, 1803
BGH, 7.6.1968, VI ZR 40/67, in *NJW*, 1968, 1778
BGH, 17.3.1970, VI ZR 108/68, in *NJW* 1970, 1120
BGH, 15.12.1970, VI ZR 120/69, in *NJW*, 1971, 796
BGH, 10.11.1972, V ZR 54/71, in *NJW*, 1973, 326
BGH, 22.2.1973, III ZR 22/71, in *NJW*, 1973, 747
BGH, 16.10.1973, VI ZR 96/72, in *NJW*, 1974, 33
BGH, 10.10.1974, VII ZR 231/73, in *NJW*, 1975, 40
BGH, 31.10.1974, III ZR 85/73, in *NJW*, 1975, 347
BGH, 28.1.1975, VI ZR 143/73, in *NJW*, 1975, 922
BGH, 12.2.1975, VIII ZR 131/73, in *NJW* 1975, 733
BGH, 18.9.1975, III ZR 139/73, in *NJW*, 1975, 2341
BGH, 14.10.1975, VI ZR 255/74, in *NJW*, 1976, 286
BGH, 14.5.1976, V ZR 157/74, in *NJW*, 1976, 1630
BGH, 21.4.1978, V ZR 235/77, in *NJW*, 1978, 1805
BGH, 28.2.1980, VII ZR 183/79, in *NJW*, 1980, 1386
BGH, 14.7.1982, VIII ZR 161/81, in *NJW*, 1982, 2304
BGH, 15.12.1982, VIII ZR 315/80, in *NJW*, 1983, 444
BGH, 11.1.1983, VI ZR 222/80, in *NJW*, 1983, 1107
BGH, 15.6.1983, VIII ZR 131/82, in *NJW* 1983, 2139
BGH, 15.11.1983, VI ZR 269/81, in *NJW*, 1984, 724
BGH, 2.3.1984, V ZR 54/83, in *NJW*, 1984, 2207
BGH, 29.3.1984, III ZR 11/83, in *NJW*, 1984, 1876
BGH, 10.7.1984, VI ZR 262/82, in *JZ*, 1985, 39
BGH, 18.9.1984, VI ZR 223/82, in *JZ*, 1984, 1106
BGH, 17.1.1985, VII ZR 163/84, in *NJW* 1985, 906
BGH, 2.7.1985, VI ZR 86/84, in *NJW*, 1985, 2637
BGH, 12.7.1985, V ZR 172/84, in *NJW*, 1985, 2823
BGH, 10.10.1985, VII ZR 292/84, in *NJW*, 1986, 427
BGH, 22.11.1985, V ZR 237/84, in *NJW*, 1986, 2037
BGH, 6.2.1986, III ZR 96/84, in *NJW*, 1986, 1980
BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, in *NJW*, 1987, 50; in *ZIP*, 1986, II, 1394
BGH, 23.10.1986, III ZR 112/85, in *NVwZ*, 1989, 285
BGH, 16.9.1987, IV ZR 27/86, in *NJW*, 1988, 251
BGH, 20.10.1987, X ZR 49/86 (KG), in *NJW*, 1988, 484
BGH, 8.7.1988, V ZR 45/87, in *NJW – RR*, 1988, 1291
BGH, 23.3.1990, V ZR 58/89, in *NJW*, 1990, 2465
BGH, 20.4.1990, V ZR 282/88, in *NJW*, 1990, 1910
BGH, 15.10.1991, VI ZR 314/90, in *NJW*, 1992, 302
BGH, 24.1.1992, V ZR 274/90, in *NJW*, 1992, 1389
BGH, 21.2.1992, V ZR 268/90, in *NJW*, 1992, 1500
BGH, 17.3.1992, VI ZR 226/91, in *NJW* 1992, 1618
BGH, 8.5.1992, V ZR 89/91, in *NJW*, 1992, 2019
BGH, 5.3.1993, V ZR 87/91, in *NJW*, 1993, 1793
BGH, 25.3.1993, III ZR 60/91, in *NJW*, 1993, 1700
BGH, 15.11.1994, VI ZR 56/94, in *NJW*, 1995, 861
BGH, 18.11.1994, V ZR 98/93, in *NJW*, 1995, 714
BGH, 5.12.1995, VI ZR 332/94, in *NJW*, 1996, 984
BGH, 25.10.1996, V ZR 158/95, in *NJW*, 1997, 520
BGH, 30.10.1998, V ZR 64/98, in *NJW*, 1999, 356

BGH, 20.11.1998, V ZR 411/97, in *NJW*, 1999, 1029
BGH, 21.1.1999, III ZR 168/97, in *NJW*, 1999, 1247
BGH, 11.6.1999, V ZR 377/98, in *NJW*, 1999, 2896
BGH, 6.7.2001, V ZR 246/00, in *NJW*, 2001, 3119
BGH, 21.3.2003, V ZR 319/02, in *NJW*, 2003, 1732
BGH, 29.4.2003, VI ZR 393/02, in *NJW*, 2003, 2085
BGH 12.10.2004, VI ZR 151/03, in *NJW*, 2005, 51
BGH 26.10.2004, VI ZR 300/03, in *NJW*, 2005, 135
BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, in *NJW*, 2005, 277
BGH, 10.12.2004, V ZR 72/04, in *NJW*, 2005, 660
BGH 25.1.2005, VI ZR 112/04, in *NJW*, 2005, 1044
BGH 7.6.2005, VI ZR 192/04, in *NJW*, 2005, 2541
BGH, 25.10.2005, VI ZR 9/05, in *NJW*, 2006, 360
BGH, 10.1.2006, VI ZB 26/05 (KG), in *NJW*, 2006, 1068
BGH, 23.5.2006, VI ZR 192/05, in *NJW*, 2006, 2179; in *NZV*, 2006, 459
BGH 13.6.2006, VI ZR 161/05, in *NJW*, 2006, 2621
BGH, 4.7.2006, VI ZR 237/05, in *NJW*, 2006, 2693
BGH, *Vorlagebeschl.* v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, in *NJW*, 2006, 3200
BGH, 17.10.2006, VI ZR 249/05, in *NJW*, 2007, 67
BGH, 5.12.2006, VI ZR 77/06, in *NJW*, 2007, 588
BGH, 6.3.2007, VI ZR 120/06, in *NJW*, 2007, 1674
BGH, 12.6.2007, VI ZR 161/06, in *NJW*, 2007, 2758
BGH, 26.6.2007, VI ZR 163/06, in *NJW*, 2007, 2916
BGH, 10.7.2007, VI ZR 258/06, in *NJW*, 2007, 2917
BGH, 9.10.2007, VI ZR 27/07, in *NJW*, 2007, 3782
BGH, 13.11.2007, VI ZR 89/07, in *NJW*, 2008, 437
BGH, 27.11.2007, VI ZR 56/07, in *NJW*, 2008, 439
BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, in *NJW*, 2008, 911; in *ZIP*, 2008, 319; in *JZ*, 2008, 469
BGH, 4.12.2007, VI ZR 241/06, in *NJW*, 2008, 913
BGH, 18.12.2007, VI ZR 62/07, in *NJW*, 2008, 915
BGH, 22.4.2008, VI ZR 237/07, in *NJW*, 2008, 2183; in *ZfS*, 2008, 504
BGH, 29.4.2008, VI ZR 220/07, in *MDR*, 2008, 795, e in *ZfS*, 2008, 503
BGH, 10.6.2008, VI ZR 246/07, in *ZfS*, 2008, 501; in *MDR* 2008, 969
BGH, 19.9.2008, V ZR 28/08, in *NJW*, 2009, 762
BGH, 26.11.2008, VIII ZR 200/05, in *JZ*, 2009, 518
BGH, 13.1.2009, VI ZR 205/08, in *NJW*, 2009, 1265
BGH, 10.3.2009, VI ZR 211/08, in *NJW*, 2009, 1663
BGH 9.6.2009, VI ZR 110/08, in *NJW*, 2009, 3022
BGH, 17.6.2009, VIII ZR 131/08, in *NZM*, 2009, 580
BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, in *NJW*, 2009, 2674; in *DAR*, 2009, 643
BGH, 16.9.2009, VIII ZR 243/08, in *NJW*, 2010, 148
BGH, 13.10.2009, VI ZR 318/08, in *NJW*, 2010, 605
BGH, 20.10.2009, VI ZR 53/09, in *NJW*, 2010, 606; in *SVR*, 2010, 20
BGH, 30.10.2009, V ZR 17/09, in *NJW*, 2010, 1141
BGH, 8.12.2009, VI ZR 119/09, in *NJW – RR*, 377; in *NJW Spezial*, 2010, 74
BGH, 2.2.2010, VI ZR 139/08, in *NJW*, 2010, 1445; in *MDR*, 2010, 567
BGH, 14.4.2010 – VIII ZR 145/09 (KG), in *NJW*, 2010, 2426
BGH, 23.7.2010, V ZR 142/09, in *NJW*, 2010, 3160

Oberlandesgerichte

OLG Köln, 13.11.1973, in *NJW*, 1974, 560
OLG Karlsruhe, 16.4.1982, in *MDR*, 1983, 575
OLG Hamm, 26.1.1989, in *VersR*, 1990, 864; in *ZfS*, 1989, 266
OLG Koblenz, 7.4.1989, in *NJW*, 1989, 1808; in *ZfS*, 1989, 305
OLG Saarbrücken, 30.3.1990, in *NZV*, 1990, 312
OLG Düsseldorf, 20.2.1992, in *NJW – RR*, 1993, 36
OLG Oldenburg, 24.2.1993, in *NJW – RR*, 1993, 1437
OLG Düsseldorf, 29.12.1994, in *ZfS*, 1995, 217

OLG Düsseldorf, 19.1.1998, in *VersR*, 1998, 911
OLG Düsseldorf, 3.4.1998, in *NJW – RR*, 1999, 160
OLG Saarbrücken, 20.7.1998, in *NJW*, 1998, 2912
OLG Stuttgart, 25.7.2000, in *VersR*, 2001, 1159
OLG Düsseldorf, 28.8.2000, in *VersR*, 2001, 208
OLG Köln, 17.12.2002, in *MDR*, 2003, 618
OLG Hamm, 29.9.2003, in *R+S*, 2004, 168
OLG Celle, 8.1.2004, in *NJW – RR*, 2004, 598
OLG Frankfurt a.M., 22.2.2005, in *NZM*, 2006, 348
OLG Nürnberg, 23.8.2005, in *NJW*, 2005, 3000
OLG Celle, 24.10.2007, in *NJW*, 2008, 446
OLG Düsseldorf, 10.3.2008, in *NJW Spezial*, 2008, 426
OLG Naumburg, 13.3.2008, in *NJW*, 2008, 2511
OLG Celle, 16.4.2008, in *NJW - RR*, 2008, 1635
OLG München, 18.9.2008, in *NZM*, 2008, 821
OLG Dresden, 10.2.2009, in *NZM*, 2009, 703
OLG Karlsruhe, 12.5.2009, 4U 173/07, in *NJW - RR*, 2010, 96

Landgerichte

LG München, 15.11.1978, in *NJW*, 1979, 1210
LG Lüneburg, 9.2.1984, in *NJW*, 1984, 1243
LG Karlsruhe, 20.2.1986, in *NJW – RR*, 1986, 542
LG Kiel, 16.5.1986, in *NJW – RR*, 1987, 1515
LG Tübingen, 5.1.1989, in *NJW*, 1989, 1613
LG Stuttgart, 11.1.1989, in *NJW*, 1989, 2823
LG Hildesheim, 29.6.1990, in *NJW – RR*, 1991, 798
LG Kassel, 18.10.1990, in *NJW – RR*, 1991, 790
LG Hamburg, 24.4.1992, in *NZV*, 1993, 33
LG Kiel, 19.7.1995, in *NJW – RR*, 1996, 559
LG Bielefeld, 15.5.1997, in *NJW*, 1997, 3320
LG Osnabrück, 24.7.1998, in *NJW – RR*, 1999, 349
LG München, 5.12.2003, in *DAR*, 2004, 155
LG Nürnberg – Fürth, 22.4.2005, in *NJW*, 2005, 2558
LG Berlin, 8.1.2007, in *ZfS*, 2007, 388
LG Hildesheim, 30.3.2007, in *NJW – RR*, 2007, 1250
LG Wuppertal, 20.12.2007, in *NZV*, 2008, 206

Amtsgerichte

AG Augsburg, 12.8.1987, in *ZfS*, 1988, 8
AG Sinzig, 20.7.1988, in *NZV*, 1989, 77 ss., e in *ZfS*, 1989, 125
AG Darmstadt, 30.12.1988, in *ZfS*, 1989, 160
AG Marburg, 3.3.1989, in *NJW – RR*, 1989, 931; in *ZfS*, 1989, 160
AG Berlin – Schöneberg, 11.8.1989, in *NJW*, 1989, 2824
AG Frankfurt, 16.2.1990, in *NJW*, 1990, 1918; in *ZfS*, 1990, 265; in *NZV*, 1990, 237
AG Kehl, 2.4.1990, in *ZfS*, 1990, 411
AG Müllheim, 16.5.1990, in *DAR*, 1991, 462
AG Wiesbaden, 6.5.1991, in *ZfS*, 1991, 339
AG Frankfurt, 16.6.1992, in *NJW*, 1993, 137
AG Hamm, 10.11.1992, in *VersR*, 1993, 987
AG Lörrach, 22.6.1994, in *DAR*, 1994, 501
AG Herne-Wanne, in *NJW* 1998, 3651
AG Paderborn, 1.2.1999, in *ZfS*, 1999, 195
AG Frankfurt a.M., 14.6.2000, in *NJW RR*, 2001, 17
AG Frankfurt a. M., 25.4.2002, in *NJW*, 2002, 2253
AG Dortmund, 25.3.2009, in *Banca dati Beck Online – NJOZ*, 2010, 157

Kammergericht

KG, 16.7.1993 – 18 U 1276/92, in *NJW* – RR, 1993, 1438

KG, 26.11.2003, conferma di LG Berlin, 25.2.2003, in banca dati *Beck On line*

Corte di Giustizia UE

Corte Giust., 17.4.2008, C-404/06, caso *Quelle AG*, in *NJW*, 2008, 1433

Elenco delle abbreviazioni delle riviste giuridiche tedesche

<i>NJW</i>	<i>Neue juristische Wochenschrift</i> , BECK Verlag
<i>NJW-RR</i>	<i>Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechung Report</i> , BECK Verlag
<i>NVwZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i> , BECK Verlag
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i> , MOHR SIEBECK Verlag,
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i> , BECK Verlag
<i>ZfS</i>	<i>Zeitschrift für Schadensrecht</i> , DEUTSCHER ANWALT Verlag
<i>VersR</i>	<i>Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht</i> , VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT Verlag
<i>DAR</i>	<i>Deutsches Autorecht</i> , ADAC Verlag
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i> , SCHMIDT Verlag
<i>NZV</i>	<i>Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht</i> , BECK Verlag
<i>R+S</i>	<i>Recht und Schaden</i> , BECK Verlag
<i>SVR</i>	<i>Strassenverkehrsrecht</i> , NOMOS Verlag
<i>VuR</i>	<i>Verbraucher und Recht</i> , NOMOS Verlag
<i>ZIP</i>	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i> , RWS Verlag
<i>NZM</i>	<i>Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht</i> , BECK Verlag

Avvertenza sulle indicazioni bibliografiche

Nella bibliografia, e nelle corrispondenti citazioni, sono presenti Autori che, nel contesto di un'opera collettiva, hanno curato la realizzazione di più capitoli ovvero il commento di diversi paragrafi del BGB. Per la corrispondente citazione si è provveduto come nell'esempio riportato qui di seguito:

TEICHMANN, *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB, § 249 BGB, § 252 BGB e § 253 BGB*, in JAUERNIG (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, BECK Verlag, MÜNCHEN, 2007

In questo modo i quattro diversi capitoli trattati da TEICHMANN nello stesso commentario, e cioè: 1. *Vorbemerkungen zu den §§ 249 – 254 BGB*; 2. *§ 249 BGB*; 3. *§ 252 BGB* e 4. *§ 253 BGB*, sono schematizzati all'interno di un'unica indicazione bibliografica. Nelle note a piè di pagina è stato invece indicato il capitolo esatto al quale si deve intendere operato il riferimento.

Indicazioni sulle abbreviazioni nelle note

Nei manuali e nei commentari tedeschi compaiono a margine del testo numeri progressivi con i quali gli autori sono soliti dare un riferimento ulteriore rispetto al numero della pagina. Questa sottenumerazione viene riprodotta anche nell'indice, così da rendere più agevole la ricerca di un determinato argomento.

Nella citazione contenuta nelle note a piè di pagina oltre all'autore, al titolo dell'opera o del contributo ed al numero della pagina, è stato pertanto indicato anche il relativo sottonumero preceduto dalla lettera "s.", ovvero "ss.", nel caso in cui il rinvio sia operato a più paragrafi successivi.

Si riporta di seguito un esempio a beneficio di una maggiore chiarezza:

MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, MÜNCHEN, 2008, 302, s. 622.

dove 302 è il numero della pagina, e s. 622 la sottenumerazione all'interno della quale si rinvia il riferimento della citazione.