

Roberto Pardolesi

Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza

Sommario: Col “mini-restatement” in forma di decalogo, approntato dai giudici della Terza sezione della Cassazione, giunge a compimento una rivoluzione ‘paziente’, che – con qualche disinvolto gioco di prestigio verbale-proclama di attenersi ad dettami delle Sezioni unite del 2008, nel mentre ne ridisegna l’impianto in chiave di “unità binaria”, ossia sulla base di una duplicità di fattori, quello dinamico-relazionale e il danno morale, che guarda al “rapporto con se stesso”. Di là dalla coesione del “nuovo statuto” del danno non patrimoniale, si delinea una serie di delicati interrogativi, attinenti alla crisi del ruolo ordinatore e nomofilattico della Cassazione, alla spinta espansiva della quantificazione di questa voce di danno, alla serpeggiante schizofrenia, fra *overcompensation* e *underenforcement*, della responsabilità civile in salsa tricolore.

I.- La lunga marcia verso il nuovo statuto del danno non patrimoniale.

Sono vecchio quanto basta per ricordare i tempi in cui il danno non patrimoniale era ghetizzato nel perimetro dei fatti a rilievo penale e ci s’ingegnava per aprire un qualche varco al danno biologico, magari attribuendogli una caratura anfibia pur di ammetterne la risarcibilità. E prometto solennemente di non profittare della circostanza per raccontare, per l’ennesima volta, la parabola giurisprudenziale che ha squadernato l’impostazione originaria, per configurare, dopo un lungo travaglio, un sistema sostanzialmente bipolare. Dove il danno non patrimoniale ha dignità pari a quello che si presta a commisurazione in denaro¹; e mostra, anzi, una chiara vocazione espansiva. Ma su questo profilo si tornerà più in là. Per il momento, ci si limiterà a riassumere lo stato dell’arte, come configurato dal ‘decalogo’ stilato da Cass. 7513/2018²: che, per inciso, si candida –e viene additato- come “mini-restatement”³, se non come il nuovo “statuto” della materia della materia nel decennio a venire⁴.

Il danno non patrimoniale, si intima *in limine*, è categoria unitaria e onnicomprensiva, come opinavano, con studiata mediazione compromissoria, le Sezioni unite del 2008⁵ e già la Corte costituzionale nel 2003⁶. Solo che, mentre la seconda qualità mira ad esorcizzare gli argini oppressivi del passato (e quelli che si volessero erigere oggi), la prima mette capo ad un gioco di prestigio verbale, nel senso di prestare *lip service* all’indicazione nomofilattica, salvo contraddirla vistosamente sul piano della duplicità dei fattori che la compongono: danno dinamico-relazionale, che attiene alla proiezione esterna, all’ “altro da sé”, e danno morale, che guarda al “rapporto del

¹ Valga, al riguardo, l’*incipit* (o quasi) di Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, *Foro it.*, 2018, I, 911, dove si intima che “il nostro ordinamento positivo conosce e disciplin[a] (soltanto) la fattispecie del danno patrimoniale ... e del danno non patrimoniale”.

² Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, ... Può essere utile tener presente anche la variante (in otto punti) proposta da Cass. 13 aprile 2018, n. 9196, ... E non finisce qui, perché nel conto va messa anche Cass. 31 maggio 2018, n. 13770, ..., che, se possibile, dilata ulteriormente lo spettro del pregiudizio risarcibile. In ogni caso, diversa la forma, ma convergenti i contenuti: la Terza Sezione, non soltanto nella materia che ci occupa, fa quadrato nel segno dell’ interna coesione.

³ Così - con implicito riferimento comparativo a situazioni nordamericane dove la supposta rappresentazione del diritto “as it is” cede a prefigurazioni di come, secondo il *reporter*, “it ought to be”- A. PALMIERI, *La parvenza dell’unitarietà: il danno non patrimoniale al tempo del decalogo*, in *Foro it.*, 2018, I,

⁴ In questi termini G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della Terza Sezione*, in *Danno e resp.*, 2018, ...

⁵ Le sentenze erano quattro, in pari data, 11 novembre [San Martino, per chi non avesse dimestichezza con calendario liturgico e martirologio] 2008, da n. 26972 a n. 26975. A fare da *blockbuster*, raccogliendo un’autentica messe di annotazioni (che esime dall’onere di citazione) è stata, comunque, la prima.

⁶ Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201, con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona “in fieri”*.

soggetto con se stesso”. Sembra di capire che il danno esistenziale, un tempo pomo della discordia, sia stato riassorbito in un paradigma più ampio, che rovesciando i rapporti di forza del passato, assorbe lo stesso pregiudizio alla salute, il quale, anzi –come si avverte in altro passaggio della citata pronunzia⁷-, “se non avesse conseguenze ‘dinamico—relazionali’ ... non sarebbe nemmeno un danno medico-legalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile”. Quasi a compensare la dilatazione implicita nel rovesciamento di prospettiva, si precisa che la congiunta attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico e di altro importo a copertura del danno alla vita di relazione costituirebbe indebita duplicazione, sì che la misura del ristoro stabilita dalla legge, quando c’è, o risultante dal criterio equitativo uniforme adottato dai giudici (tabelle e dintorni) potrà essere corretto in aumento solo in presenza di “conseguenze dannose *del tutto anomale ed affatto peculiari*” (corsivo nell’originale).

Fin qui, la prima voce. Poi, c’è la “sofferenza interiore”, che, secondo l’indicazione di Cass. 901/2018, richiede “altra e diversa indagine”, perché, tornando al ‘decalogo’, riferita a pregiudizi “non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente”; e autonoma quanto basta a far sì che, come elabora Cass. 9196/2018, ch’essa si presti a ricorrere da sola, a prescindere da qualsivoglia ripercussione sulla qualità della vita. Ad ogni buon conto, in attesa della tabella unica nazionale, varrà al riguardo, per le lesioni non lievi, la collaudata tecnica dell’incremento percentuale, quantunque modulato progressivamente in base al grado di invalidità, mentre al di fuori di tali settori, e fin tanto che non si realizzi compiutamente il sistema tabellare, l’autonomia del danno morale si tradurrà nella massima flessibilità giudiziale nella commisurazione della relativa frazione di ristoro.

Conveniamo: dell’impianto delle sentenze di San Martino (come suole etichettarle il gergo di settore), di là dall’ossequio formale, è rimasto poco o nulla. La guerriglia militante della Terza Sezione -o di una sua parte, oggi peraltro padrona del campo⁸- ne ha saggiato nell’arco di un decennio le linee di resistenza e i punti di debolezza, sino a incrinarne l’equilibrio (di per sé precario). La missione è compiuta. Il nuovo ordine instaurato. O anche no. Perché, a detta di Cass. 13770/2018, potrebbe tornare in giuoco anche il danno esistenziale, sconvolgendo le poche certezze che ci era parso di poter collazionare....

A margine di questa rivoluzione ‘paziente’, sia essa compiuta o ancora in atto, emergono almeno tre ordini di considerazioni problematiche. Vediamole più da presso.

II.- *Disarticolazione e declino della nomofilachia.*

“Nomofilachia tradita”, lamentava, non troppo tempo addietro, e proprio in margine alla vicenda che ci occupa, un’autorevole voce dottrina⁹. Beninteso, nell’aporia dell’ ‘unitarietà binaria’ propugnata dal nuovo corso si potrebbe ragionevolmente ravvisare una vicenda concettuale che, esaltando la parabola di un’opposizione mai doma alle direttive a suo tempo imposte dalle sezioni unite per ricomporre gli scompensi manifestatasi circa l’articolazione del danno non patrimoniale,

⁷ § 5.9.1.

⁸ Cfr., a mo’ di riscontro, Cass. 12 giugno 2018, n. 15213,...

⁹ G. PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*, nota a Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *Foro it.*, 2013, I, 3448. Qualche anno più tardi, in nota a Cass. 901/2018, cit., lo stesso a., *Giudici e legislatore liquidano le sezioni unite in materia di danno non patrimoniale*, *id.*, 2018, I, 923, avrebbe duramente commentato: “La nomofilachia è un miraggio; la cultura del precedente solo formalmente rispettata. Anche quando intervengono, le sezioni unite non sono in grado di orientare con continuità e uniformità le decisioni successive non solo dei giudici di merito, ma soprattutto di quelli di legittimità. E la certezza del diritto rimane una chimera, nonostante l’intensificarsi di tanti sforzi per raggiungere prevedibilità e misurabilità delle decisioni”.

fa storia a sé. Ma, se appena si allarga il quadro, si scopre che –si opti, nel caso specifico, per una narrativa da consapevole insubordinazione, mirante a ridiscutere l’assetto imposto dall’istanza apicale, oppure si facciano emergere, com’è dato fare rispetto ad altri episodi, chiare tracce di insofferenza, spinta sino alla pretermissione, per un giogo sia pure soltanto virtuale -, non c’è spazio per troppi dubbi sulla cifra che caratterizza, nel segno della turbolenza, l’intero scenario di legittimità: si tratta pur sempre di declinazioni della crisi della funzione nomofilattica della Cassazione. E fors’anche di qualcosa di più.

Semplificando all’estremo: di fronte alla complessità di un sistema multi-livello, caratterizzato dalla moltiplicazione scoordinata delle fonti (la ‘regola Taricco’ *docet*¹⁰), dall’ambiguità di interventi legislativi incapaci di cogliere la complessità delle ricadute che essi innescano con tecnocratica miopia, dall’intersecarsi di principi che esprimono logiche inconciliabili e attivano bilanciamenti viepiù scoscesi; di fronte, nella sostanza, a un diritto che ha consapevolmente rinunciato alla sua identità sistematica, senza riuscire a darsene un’altra, il pensiero giuridico moderno (e, verrebbe fatto di chiosare, ‘debole’) individua nella nomofilachia l’ “antidoto culturale, ma anche metodologico e procedurale”¹¹ all’incalcolabilità delle regole che dovrebbero governare le interazioni sociali. Con un legislatore in affanno perché prigioniero di aneliti politici incoati e una dottrina abdicativa rispetto al ruolo di guida che ne aveva alimentato il prestigio di un tempo, il vero signore del diritto è il giudice, chiamato a plasmare la dinamica complessità del “diritto vivente”: che promette di non trasmodare nelle leggi del caos solo in virtù del *self-restraint* collettivo propiziato, appunto, dalla nomofilachia come ragione condivisa degli interpreti. Un siffatto equilibrio è, di per sé, instabile; nel che è dato cogliere, perché no?, una diffusa sensibilità al mutamento della coscienza sociale. Un passo più in là, però, si annida il pericolo che la luce si spenga.

Il guaio è che la deriva sembra proprio procedere verso il buio. Ne rende sintomatica testimonianza la polemica sviluppatasi intorno al *Memorandum delle tre giurisdizioni superiori*¹²: manifesto che nasceva dalla consapevolezza di un grave *deficit* di coesione, ma guardava disperatamente al risvolto effettuale, nel senso di coltivare il disegno, di corto respiro, di arginare gli effetti devastanti di un sistema giuridico in caduta libera da parcellizzazione incontrollata, evitando di confrontarsi con la causa immediata di quelle smagliature, che consiste in una prassi straniata di nomofilachia settoriale, a macchia di leopardo e geometria variabile, vocazionalmente tripolare. Questi tratti sono, nemmeno a dirlo, incompatibili con l’idea a base di una funzione autenticamente ricompositiva, che è quella di attivare uno strumento atto a ritrovare l’armonia – l’intonazione corale, nelle suadenti parole di un commentatore¹³, che devono però misurarsi con una realtà assai meno consolatoria - dell’interpretazione quando essa appaia vulnerata dalla complessità dell’attuazione pratica. Sotto questo profilo, sia detto senza nascondersi dietro fumisterie istituzionali, la nomofilachia per perimetri chiusi e indipendenti, quasi per ontologie regionali autonome (ma sovrapposte e potenzialmente antinomiche), esprime una sorta di ossimoro logico prim’ancora che un segno di resa rispetto al tumulto del magma sottostante. La nomofilachia a scacchiera nega se stessa, svuota di prestigio la funzione, alimenta le spinte centrifughe. La parcellizzazione *pro quota* è prodromica all’ognun per sé, per chi ha la forza di farlo.

¹⁰ Contrapposizione emblematica fra corti *superiorem non recognoscentes*: basti qui evocare l’ultimo episodio della saga, rappresentato da Corte cost. 31 maggio 2018, n. 115, ...

¹¹ G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305, nonché *Le buone ragioni di un Memorandum*, *id.*, 2018, V, 66 (da cui è tratta la citazione nel testo)..

¹² V. l’ampio dibattito in merito al *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 58 ss.

¹³ C. CONSOLO, *La base partecipativa e l’aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018, V, 111.

Non sorprende, allora, in un panorama in via di frammentazione e tuttavia privo di remore per l'imbarbarimento del tessuto complessivo, che, al delinarsi di indirizzi contrastanti nella giurisprudenza di legittimità, si tenda a by-passare il momento di riflessione condivisa, ossia la mediazione delle sezioni unite, esasperando il vocalismo, anche raffinato, dell'argomentazione individuale. Succede, così, che un collegio di Cassazione, che ha maturato un convincimento opposto rispetto a quello avallato dai più (e magari suggellato anche da pronunciamenti a livello apicale), decida di cambiare rotta rispetto al, mettiamo, danno tanatologico o alle modalità di determinazione dell'assegno divorzile: senza che la consapevolezza di importanti accumuli di precedenti giudiziali in senso contrario induca alla scelta di un confronto dialettico aperto. Non importa, qui, stabilire se, nella singola circostanza, l'apparato argomentativo che spinge nel senso della modificazione della linea scandita dagli orientamenti sin lì ricevuti sia, o non, commendevole. Preme, piuttosto, denunciare il senso di vertigine scatenato da un pronunciamento che, nella sua prepotente autoreferenzialità, sostituisce alla compostezza nomofilattica l'anelito al tono più elevato della voce. Nel convincimento che chi la dura, la vince.

Se davvero prevale il vocalismo, del resto, se ne può anche valorizzare il versante corale. E vedremo allora coagularsi gruppi di pronunzie, elaborate sulla base di un *format* comune¹⁴, che esprime una spinta condivisa dal basso e sarebbe persino virtuosa se non rischiasse, col suo procedere per coorti, col prevaricare le (isolate) opinioni dissenzienti in mancanza di un confronto allargato.

Senza mezze misure: un siffatto modo di procedere non attende soltanto all'equilibrio della funzione nomofilattica e, quindi, alla sua capacità di salvaguardare la coesione (quel che ne resta...) dell'ordinamento, ma segna il declino della Cassazione in quanto organo giudiziale di vertice (e, nemmeno a dirlo, del suo prestigio). Che la Terza Sezione a ranghi compatti, nel segno di una continuità rispetto ai precedenti obiettivamente insussistente, rimescoli le carte e manipoli gli esiti delle sentenze del 2008; che tutto ciò transiti in forma di decalogo come meccanismo promozionale, ammantato dall'autorità del "si fa così", è, di là da qualsivoglia valutazione del merito dei risultati, operazione sofisticata di politica giudiziale, che dimostra la valentia di chi l'ha saputa condurre nel segno della prolungata resilienza, ma segna, per altri versi, un pesante rovescio per la credibilità dello *ius quo utimur*.

Tutto ciò, nemmeno, a dirlo, suona a mo' di *caveat*. Che si potrebbe riversare in una constatazione simbolica: Roma non è stata certamente costruita in un giorno, ma un giorno è bastato per perderla.

III.- Nuova frontiera. E corsa all'oro?

Il secondo ordine di rilievi, che vien fatto di svolgere a ridosso del 'decalogo', concerne la quantificazione del danno non patrimoniale.

Il tema è da sempre oggetto di un braccio di ferro tra sollecitazioni opposte: da un lato, una pressione contenitiva, che, di fronte all'incommensurabilità del pregiudizio, s'ingegna di svalutarne la ricaduta per equivalente; dall'altro, una spinta risolutamente espansiva, intesa a riguardare l'assenza di criteri determinativi come tendenziale affrancamento da vincoli troppo costrittivi, anche in ragione della possibilità di ravvisare in questa forma di risarcimento una vera e propria pena privata¹⁵. I margini di divaricazione sono vistosi. Senza neppure risalire alle asfittiche epifanie degli esordi, non sarà inutile ricordare come impostazioni economiche ancora oggi accreditate, che fanno

¹⁴ La Terza Sezione ne ha fornito esempi copiosi: per es., in materia di *compensatio lucri cum damno*, responsabilità da cose in custodia, polizze *claims made*, perdita di *chance*, consenso informato.

¹⁵ Secondo la prospettiva coltivata da P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 96.

capo alla teoria assicurativa della compensazione di Ellen Pryor¹⁶, propendano per la tendenziale irrisarcibilità del danno non patrimoniale, non foss'altro perché, per dirla –dati empirici alla mano– con George Priest¹⁷ e Robert Cooter¹⁸, i consumatori non richiedono copertura assicurativa per tale tipo di danno, sì che non ha senso garantirgliene il ristoro tramite *tort law*. Mentre, sul versante opposto, vale la pena di sottolineare che l'unitarietà del danno non patrimoniale, propugnata dalle sentenze del 2008, ha rappresentato il punto di approdo di una riflessione intesa ad evitare che il proliferare di etichette verbali, in assenza di possibilità di riscontro, portasse alla moltiplicazione incontrollata e sovracompenzativa delle poste risarcitorie per pregiudizi sostanzialmente coincidenti.

Ma, per tornando alle vicende più recenti, si può agevolmente riconoscere come della tendenza contenitiva fosse espressione risoluta la disciplina rilevante del Codice delle assicurazioni private, con due norme che configuravano un risarcimento limitato per le vittime della strada (regime che sarebbe stato successivamente esteso alle vittime della malasanità) in deroga al principio di integrale riparazione del danno e a quello di uguaglianza. Venivano infatti predeterminati (al ribasso) i criteri del risarcimento (per l'art. 139, in tema di quantificazione del risarcimento per micropermanenti, da subito, anche perché si fruiva dell'abbrivio derivante dall'innovazione legislativa del 2001; laddove per le macrolesioni, di cui all'art. 138, avrebbe provveduto l'ormai mitica tabella unica nazionale, che, fra tante traversie, attende ancora oggi una finale determinazione, destinata comunque, a esibire, come si dirà tra un momento, un torno assai diverso dall'ispirazione primigenia). L'obiettivo dichiarato, e perseguito operativamente con riguardo al ristoro per lesioni di lieve entità (che si assumeva pesare in maniera assai grave nel computo degli oneri del settore assicurativo), era quello di alleviare i costi delle compagnie di assicurazione e salvaguardarne la viabilità macroeconomica, come presupposto dell'effettività delle garanzie per l'assicurato. E proprio in vista di questo imperativo la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale del citato art. 139¹⁹, ha potuto disattendere ogni riserva col rilevare che la norma contempera in modo ragionevole i contrapposti obiettivi di mantenere a un livello socialmente accettabile i premi assicurativi e di garantire tutela alle vittime dei sinistri stradali.

Senonché, nelle pronunce che preparano il 'decalogo', l'indicazione della Consulta funge da smentita della "pretesa unitarietà onnicomprensiva" del danno biologico e, dunque, come viatico per il riconoscimento della struttura bicipite del danno non patrimoniale, nei termini che si sono anticipati. E il virtuosismo retorico argomentativo dei giudici della Terza Sezione trova sponda nell'intervento del legislatore. Il quale riformula il testo dell'art. 138 cod. ass. priv.²⁰, ribaltando i principi sin lì rivendicati con enfasi. A conferma dell'oscillare del pendolo, che ora punta a rimuovere i troppi paletti fissati per il dispiegarsi della quantificazione del danno non patrimoniale, il nuovo testo della disposizione ribadisce la primazia del diritto al pieno risarcimento e prefigura una dimensione autonoma per il danno morale, da incanalare in un qualche solco tabellare, dove possibile, oppure rimettere alla discrezione del giudice.

Insomma, si era imboccata una strada, che oggi si ripercorre a ritroso.

¹⁶ Per i riferimenti più appropriati e una prima ricostruzione di quest'approccio cfr. I. LINCESSO, *Come togliere dal giro i danni non patrimoniali: note in margine alla "teoria dell'assicurazione"*, in *Danno e resp.*, 2010, 761.

¹⁷ Cfr. G. PRIEST, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, 90 *Yale L. J.* 1297 (1981),

¹⁸ R. COOTER, *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, 75 *Virginia L. Rev.* 383 (1989)..

¹⁹ Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro it.*, 2014, I, 3345, con nota di V. CUOCCI, *La quantificazione del danno biologico per lesioni di lieve entità: un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia*.

²⁰ L. 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza, art. 1, comma 17.

Come che sia, il dado è tratto. Le sentenze del 2008 destinate al dimenticatoio (mentre se ne ribadisce l'autorità). Il (livello del) risarcimento del danno non patrimoniale avviato a fregiarsi del primato europeo²¹. Notazione, questa, da tener presente nell'ambito del terzo ordine di considerazioni, che ci accingiamo a toccare, seppure di scorcio.

IV.- *Schizofrenia della responsabilità civile?*

Resta da vedere, appunto, come gli effetti propiziati dal decalogo si rapportino con l'atteggiamento prevalente in giurisprudenza con riguardo alla quantificazione del danno patrimoniale.

Il *restatement* imposto dalla Terza Sezione (l'antinomia della formulazione non è sfuggita malaccortamente dalla penna, *pardon*, dalla tastiera) va nella direzione della *overcompensation*, del ristoro portato consapevolmente sopra le righe, alla volta del suo respiro massimo: se, per trasformare l'algido argomento comparativo in discussione da retrobottega, vestissimo i panni degli interpreti austriaci, alle prese con le tabelle per *Schmerzensgeldschäde* di Hartl, scopriremmo ch'essi guardano ai parametri italiani di quantificazione del danno non patrimoniale con lo stesso stupore (e scetticismo) con cui, nella mia gioventù ormai lontana, venivano accolte le notizie sui risarcimenti (fantasmagorici, per la sensibilità di allora) da *pain and suffering* negli US.

Fuori da quel perimetro, però, quando si va a definire il *quantum* del pregiudizio patrimoniale, prevale un approccio assai diverso: cauto, parsimonioso, calmieratore. Ispirato, si direbbe, dall'intendimento di non gravare eccessivamente su chi intraprende l'attività (d'impresa?) creatrice di ricchezza e potrebbe essere scoraggiato da correzioni troppo stringenti; oppure dal sacro furore nei confronti di una vittima maliziosa e avida, che specula sulla sua sfortuna. Approccio che, in termini generali, si traduce in attrazione fatale verso l'*underenforcement*²² (e, quindi, di tendenziale offuscamento delle funzioni affidate alla responsabilità civile, perché, ad esempio, la logica del "più probabile che non" taglia fuori qualsiasi ricaduta risarcitoria per la tardiva diagnosi di un paziente la cui salute appariva già compromessa prima che i suoi orizzonti si restringessero ulteriormente per via della riduzione della chance di guarigione dal 40% al 10%²³; oppure perché il danno è disperso in dosi minute su un gran numero di soggetti, innescando un problema congiunto di apatia razionale e azione collettiva che il nostro ordinamento, con buona pace dell'art. 140 *bis* cod. consumo, annega nel vuoto formale dell'*opt-in*) e, per quel che qui interessa, mette capo alla denuncia di seri problemi da *undercompensation*²⁴.

Se è vero, infatti, che l'ancor fresca *bagarre* sui danni punitivi ha permesso di recuperare - di là dall'inconfigurabilità di un ristoro che si atteggi come pena privata perché eccedentario rispetto al pregiudizio reale, salvi i casi in cui il legislatore abbia fornito indicazione diversa - la compresenza di un'anima compensativa e di una vocazione deterrente nell'istituto aquiliano, non sfugge come la seconda dimensione rischi di svaporare quante volte la misura del ristoro accordato non è in grado di far riassorbire, in capo all'autore della condotta pregiudizievole, le diseconomie ch'essa proietta

²¹ Come certifica PONZANELLI, *Il decalogo* cit.

²² Piaga poco riconosciuta del rimedio delittuale (mentre il grosso delle attenzioni sembra volgersi nella direzione opposta, ossia verso l'esecrazione del ricorso smodato ed eccessivo alla responsabilità extracontrattuale) e, tuttavia, suffragata da molti riscontri: cfr., per un primo approfondimento, E. GUTTEL, A. HAREL e S. LAVIE, *Torts for Non-Victims: The Case for Third-party litigation*, www.ssrn.com (2017).

²³ È, nella sostanza, la situazione cui si riferisce Cass. 27 marzo 2014, n. 7195, *Foro it.*, 2014, I, 2152, con nota di R. PARDOLESI: la risposta ortodossa, alla maniera di Maramaldo, nel senso di prendere atto dell'irrelevanza dell'uccisione di un uomo morto, lascia 'impunito' un pregiudizio che sparisce nelle pieghe di percentuali volatili.

²⁴ Ne rendeva testimonianza A. PALMIERI in una relazione dal titolo "La zona grigia della quantificazione del danno" nell'ambito del convegno su "Le nuove frontiere del risarcimento del danno", Roma, 1-2 febbraio 2017, che cito a memoria perché non mi consta che sia stata pubblicata.

all'esterno. Come accade allorché il risarcimento risulti, per qualche ragione computazionale – ispirata presumibilmente al principio di indifferenza ovvero di integralità della riparazione, in ragione del quale il danno va sì compensato *in toto*, ma guai a innescare la locupletazione della vittima!²⁵-, limitato o ridotto, magari nel nome della necessità di evitare il cumulo fra risarcimento del danno e indennizzo da assicurazione privata sociale. L'intransigenza con cui la giurisprudenza della Terza Sezione ostracizza il pericolo che la vittima possa trarre ingiustificato vantaggio dalla sua disavventura²⁶, fino a ritrovarsi in una curva d'indifferenza addirittura superiore a quella in cui si sarebbe collocata senza l'illecito, si spinge allora sino a trascurare che, sventando l'arricchimento del danneggiato, si corre il rischio di alleggerire la posizione dell'autore del torto (o del suo assicuratore), premiandone la negligenza. Con l'aggravante di rendere difficoltoso un onere probatorio che sconta, già in partenza, la pratica impossibilità di valutare il *pretium affectionis*, che il mercato (tanto meno il giudice) non è in grado di apprezzare (il che si traduce in un tendenziale *bias* al ribasso, in forza del quale il ristoro non sarà mai, o quasi, davvero equivalente a quanto si è perduto) e si deve far carico delle molte difficoltà cui si va incontro quando si debba far i conti con un'elaborazione controfattuale (si pensi, per un esempio di plateale evidenza, al danno antitrust, per far decollare il quale –ma i risultati stentano a prender corpo– si è dovuto attivare il legislatore europeo, spianando la strada, a colpi di presunzione, per il pregiudizio da attività di cartello²⁷).

Questa deriva calmieratrice convive, nella giurisprudenza della Terza Sezione (e domani, a colpi di decalogo, in ogni anfratto giudiziale) con la disinvolta dilatazione del risarcimento per pregiudizio immateriale (scegliendo nel mucchio: una sentenza romana del 2017 personalizza il ristoro del pedone investito in prossimità delle strisce con un aumento del 65%, in ragione del “pregiudizio morale verosimilmente patito” per le modalità dell'evento e le sue conseguenze, tra cui la morte del cane, “che non può dubitarsi abbia inciso in modo drammatico e significativo sulla vita della sua padrona”²⁸). Il quasi-punitivo del danno morale si associa, senza apparenti sussulti, alla pratica demonizzazione di tutto quanto possa essere etichettato come danno *in re ipsa*, solo perché è problematico fornirne la prova rigorosa.

Ci sono molte cose, dunque, sotto il cielo della responsabilità civile forgiata dalla giurisprudenza (della Terza Sezione). Ma non una visione d'insieme. E tanto meno la coerenza progettuale di *policy*.

²⁵ “Quasi che”, scrivevo nella premessa introduttiva al Convegno su “La quantificazione del danno patrimoniale”, col titolo *Il diavolo nei dettagli: le molte insidie della quantificazione del danno patrimoniale*, in *Danno e resp.*, speciale per i 15 anni della rivista, 2010, 5, “l'errore di tipo II (falso positivo, *conBcedere* ristoro oltre la misura del dovuto) fosse indeclinabilmente più grave di quello di tipo I (limitare il risarcimento sotto la soglia del danno subito)”: Per poi rincarare: “Plausibile che fosse, l'impressione testé cennata non porrebbe soltanto un problema di *undercompensation*, che pure è grave per chi faccia del principio [di integrale riparazione del danno] una bandiera; essa darebbe corpo a vera e propria *underterrence*. Se, per dirla in una battuta *à la learned Hand*, si è in colpa quando non si sono adottate misure, idonee a evitare il danno, che costano meno del pregiudizio preventivato (è la mitica formula: $a > Bp$, dove a è il costo delle cautele, B l'entità del pregiudizio per il caso per il caso in cui esso abbia a materializzarsi, p la probabilità percentuale del verificarsi del danno), il computo di B diventa cruciale. Piaccia o no l'analisi economica del diritto, la manipolazione al ribasso di B pregiudica il funzionamento al ribasso della responsabilità civile”.

²⁶ In questo caso, si è scelta la strategia della rimessione plurima alle Sezioni unite: con un esito, tre iniziative andate in buca e una sola respinta, alla fin fine lusinghiero. Sul quale nutro più d'una riserva: v., in prima approssimazione, “*Compensatio*”, *cumulo* e “*second best*”, in *Foro it.*, 2018, I, 1935.

²⁷ Cfr., riassuntivamente, E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust. La direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto*, Napoli, 2017, 64 ss.; nonché E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 143, 155 ss.

²⁸ Trib. Roma 4 settembre 2017, n. 17200, giud. Schillaci., per quanto consta inedita.