

La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno patrimoniale

di Giulio Ponzanelli

Nell'articolo si sostiene che la questione centrale degli equilibri della responsabilità civile sia la quantificazione del danno e in modo particolare del danno non patrimoniale. Questa importanza non solo è imposta per la pluralità delle funzioni che l'istituto della responsabilità civile svolge, ma tiene conto del dato che la responsabilità civile del ventunesimo secolo è sempre più assicurata e che il risarcimento al danneggiato viene quasi sempre versato non dal danneggiante ma dall'impresa di assicurazione. E l'impresa di assicurazione fa fronte a tale obbligazione tramite lo strumento dei premi assicurativi il cui livello è proprio determinato dal *quantum* del risarcimento.

1. Le frontiere e la responsabilità civile

L'espressione *frontiere* fa parte, più di ogni altra, della storia culturale della responsabilità civile. Meglio di ogni diversa immagine, essa indica non solo il cammino continuo e ininterrotto della responsabilità civile in vista del presidio dei nuovi territori sottoposti alla disciplina della *law of mixed society* di calabresiana memoria (in quanto luoghi che sono reciprocamente distanti sia dalla sfera contrattuale che da quella dell'illecito penale), ma anche la contestuale necessità di un limite alla sua ambizione risarcitoria. In altri termini, la responsabilità civile non può porre ristoro a ogni accadimento dannoso perché altrimenti perderebbe la sua identità fino a mutarsi e quasi confondersi con un sistema di sicurezza sociale.

Come è ampiamente noto, nell'ultimo quarto del secolo scorso la metafora delle "frontiere" è stata più volte usata per indicare: il persistente ruolo della colpa (*le nuove frontiere*) in un quadro culturale che esaltava, invece, i superiori vantaggi di un sistema di *strict liability*; per descrivere la continua espansione dell'intero settore (*le mobili frontiere*); per confermare lo spessore di pensiero - a quel tempo più dottrinale che giurisprudenziale - che animava lo sforzo di estendere i confini della risarcibilità del danno (*le nobili frontiere*).

È altrettanto noto come, negli ultimi trent'anni, la responsabilità civile sia cresciuta in modo incredibile, tanto che sono stati addirittura emanati prov-

vedimenti legislativi (il riferimento *in primis* è alla recente legge Gelli-Bianco) proprio per limitare e/o controllare un suo uso eccessivo, che aveva finito per provocare costi sociali non proprio trascurabili.

È, poi, la responsabilità civile, quella del ventunesimo secolo, sempre più assistita da una garanzia assicurativa.

Proprio a causa del grande incremento delle regole di r.c. e della sua stretta relazione con la garanzia assicurativa, oggi le vere frontiere della responsabilità civile sono quelle relative alla precisa determinazione del danno risarcibile, e, in modo particolare, ovviamente, del danno non patrimoniale.

La centralità della quantificazione del danno non sta certo a significare la perdita della dimensione alta della responsabilità civile e la riduzione del dibattito a profili ritenuti propri della pratica professionale. Nella misura del danno si può esemplarmente testare, infatti, il successivo insuccesso delle funzioni svolte dalla responsabilità civile.

2. Le funzioni della responsabilità civile e la quantificazione del danno non patrimoniale: un legame molto stretto

Pregiudizialmente, la corretta determinazione del danno non può che passare necessariamente at-

traverso la definizione della funzione o delle funzioni svolte dalla responsabilità. Non è detto, però, che, una volta acclarata una determinata funzione, sia immediatamente e automaticamente risolto il profilo della determinazione del danno.

Ad esempio, se la funzione della r.c. fosse anche quella di punire e/o di sanzionare la condotta riprovevole al di là del pregiudizio danno effettivamente subito dal danneggiato – come sembra indicare la recente decisione delle sezioni unite del luglio 2017¹ – rimarrebbe da affrontare il profilo riguardante la concreta specificazione della generale funzione di punizione riservata alle regole di r.c.: in altri termini, i concreti livelli cui la punizione monetaria possa/debba spingersi perché la punizione sia efficace ed efficiente.

Ciò precisato, lo scopo delle regole di r.c. viene tradizionalmente identificato nella riparazione del danno, nel rimettere, cioè, attraverso l'equivalente monetario, il danneggiato nella stessa situazione in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito. Riparare il danno, tutto il danno, nient'altro che non sia il danno: così la dottrina francese all'inizio del ventesimo secolo descriveva con rara efficacia la funzione della responsabilità civile. Nel diritto italiano, si afferma che il risarcimento debba essere integrale anche se negli ultimi anni si è insistito molto sul carattere di giustizia che il risarcimento del danno non patrimoniale debba presentare, quasi che il risarcimento integrale non fosse quello giusto.

Il riparare, quindi, sembra operazione più semplice e meno complessa delle altre funzioni che verranno poi riconosciute all'istituto della responsabilità civile nel corso del ventesimo secolo e che faranno poi parlare della r.c. come di un istituto dichiaratamente polifunzionale. Per i pregiudizi non patrimoniali, però, non è così, come anche per tutti i pregiudizi che non hanno per oggetto perdite obiettivamente misurabili. E proprio in relazione a questi profili il dibattito si è molto acceso.

Non potendo esistere, per i pregiudizi non patrimoniali, un sistema oggettivo di misurazione ed avendo timore che il potere equitativo spettante al giudice ex artt. 1226 e 2056 cc potesse determinare una situazione di pericolosa incertezza e anche di poco rispetto del generale principio di uguaglianza, si è provveduto su impulso delle stesse Corti all'adozione di una misurazione collettiva dei pregiudizi non patrimoniali. Le tabelle sono diventate negli ultimi trent'anni un costante punto di riferimento al fine di realizzare una condizione di certezza e anche di giustizia del risarcimento del danno non patrimoniale, sempre però in un'ottica riparatoria.

Due le principali osservazioni critiche rivolte al sistema di liquidazione del danno attraverso l'uso delle tabelle: in primo luogo, le tabelle si sono mosse e assestate attribuendo una rilevanza centrale al danno non patrimoniale biologico, riconoscendone almeno all'inizio la finalità di danno-evento, senza il quale non si sarebbe potuto provvedere a nessun ulteriore risarcimento. E anche quando è stata poi accolta la nozione di danno- conseguenza ed è stata riconosciuta una categoria unitaria di danno non patrimoniale, il danno biologico ha sempre mantenuto una posizione primaria (secondo i giudici più critici nei confronti delle decisioni di San Martino, di vero e proprio imperialismo). In secondo luogo, ed è chiaramente una epifania della primazia svolta dal danno biologico, le tabelle non presentano, almeno a tutt'oggi, una vocazione generalista, applicandosi solo agli illeciti che hanno provocato la lesione della salute, e non prendendo in considerazione altri profili del danno non patrimoniale quali il dolore e la qualità della vita.

Anche a causa di questi due limiti, il risarcimento offerto dalle tabelle non garantirebbe il giusto risarcimento. Solo il singolo giudice sarebbe in grado di farlo, con la riappropriazione del potere equitativo che il codice civile riconosce.

Molte incertezze, quindi, che danno origine ad una situazione lontana dall'esigenza avvertita sempre di più negli ultimi anni in modo irrinunciabile di una prevedibilità e/o di una calcolabilità delle decisioni. La certezza della misura del danno risarcibile deve costituire un obiettivo raggiungibile, allo stesso modo dell'esigenza – questa addirittura costituzionalmente garantita – della pena che viene irrogata in presenza di un illecito penale.

A rendere la certezza un obiettivo sempre più difficile e lontano, è poi anche il perimetro riconosciuto alla stessa categoria, riaffermata sempre come unitaria, del danno non patrimoniale; se, cioè, essa debba essere limitata alle violazioni della salute e del dolore o anche alla diversa qualità della vita determinata dalla lesione alla salute e dal dolore stesso, quasi che il *vulnus* arrecato alla salute o la situazione di dolore non si risolvessero di per sé in un peggioramento della qualità della vita. Le duplicazioni risarcitorie sono quindi assai probabili, ma la vivace discussione sviluppatasi negli ultimi dieci anni indica chiaramente i due principali orientamenti culturali presenti tra gli studiosi di responsabilità civile: uno più attento dell'altro alla certezza che la posta risarcitoria dovrebbe sempre soddisfare, senza per questo rinunciare alla sua integralità e alla sua giustizia.

1. Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e Resp.* 2017, 419 con commenti di M.E. La Torre, G. Corsi, G. Ponzanelli e P.G. Monateri.

3. La responsabilità civile del ventunesimo secolo è una responsabilità sempre più assicurata. Il risarcimento visto come un costo sociale

Il profilo della certezza si unisce, poi, inscindibilmente, al carattere centrale della responsabilità civile del ventunesimo secolo: ci si trova di fronte, sempre di più, ad una responsabilità assicurata, sia essa obbligatoria o facoltativa. I danneggiati non assicurati sono, cioè, un'eccezione rispetto alla regola che vede il risarcimento generalmente sopportato dalle imprese di assicurazione; ciò avviene, ma solo in prima battuta, perché in effetti sono tutti gli assicurati, tra i quali anche normalmente lo stesso danneggiato, che con i versamenti dei premi finanziano il sistema assicurativo. L'importanza della determinazione del risarcimento qui si appalesa in modo ancor più netto: la misura del danno risarcibile determina, infatti, la misura dei premi e non ovviamente viceversa. Il *driver* della situazione è infatti il *quantum* del risarcimento. Questa elementare relazione esistente tra risarcimento e premi, come anche la centralità della garanzia assicurativa nell'attuale fase di sviluppo della responsabilità civile, non vengono ben comprese da alcuni: per essi la misura dei premi riguarda un profilo diverso dal rapporto intrinsecamente bilaterale (danneggiante-danneggiato) sul quale solo dovrebbero concentrarsi le attenzioni degli interpreti. È evidente la diversità tra il rapporto danneggiante-danneggiato e il rapporto danneggiante-impresa di assicurazione. Separando in modo troppo netto però i due piani del risarcimento e del premio assicurativo, si crea una pesante minaccia al funzionamento della responsabilità civile che vede realizzate le sue finalità solo con la concreta soddisfazione del credito risarcitorio da parte del danneggiato: e solo con la presenza di un soggetto in grado di garantire il risarcimento questo obiettivo può essere raggiunto. Il sistema assicurativo permette di realizzare questi scopi: tuttavia, mentre il risarcimento va a favore di una parte minima degli assicurati, il premio è pagato da tutti gli assicurati. La diversità di reddito degli assicurati giustificano l'interesse pubblico a non alzare il livello dei premi mantenendoli entro livelli ragionevoli, sacrificando magari la posizione dei singoli danneggiati (che costituiscono però la minoranza) rispetto alla posizione degli assicurati che non siano titolari non titolari di un reddito adeguato.

Il rapporto tra entità del risarcimento e livello dei premi è quindi chiaro, ed è stato risolto dalla Corte costituzionale nel 2014: limitare il risarcimento per le lesioni di lieve entità derivanti da circolazione auto non è in contrasto con i principi costituzionali. La

norma del Codice delle assicurazioni (art. 139) non è anticostituzionale, perché, da un lato, un risarcimento integrale (allineato cioè ai valori monetari contemplati dalle tabelle giudiziali) potrebbe comportare un livello più alto dei premi assicurativi; dall'altro, l'esigenza di non voler aumentare i premi, pensando soprattutto alla categoria dei titolari di redditi più bassi, costituisce un interesse pubblico che ben giustifica la discrezionalità legislativa.

Insomma, il risarcimento non riguarda più unicamente la relazione tra danneggiante/danneggiato, ma l'intera società. È cioè a tutti gli effetti un vero e proprio costo sociale, la cui misura va attentamente verificata alla luce delle fondamentali esigenze di certezza e di giustizia. Inseguire un'idea di risarcimento del danno quasi fosse una variabile indipendente equivale a negare le caratteristiche della responsabilità civile come consegnataci dal suo sviluppo storico e scientifico. Sebbene sfiori ormai la banalità, è doveroso non dimenticare che nella seminale opera di quasi cinquant'anni orsono, Guido Calabresi sottolineava proprio la natura di costo sociale rappresentata dall'istituto della responsabilità. Quando il *cheapest cost avoider* sia il danneggiante, esso sarà coperto dalla relativa garanzia assicurativa poiché lo strumento fa diventare "pubblici" (cioè sopportati da tutta la società) i trasferimenti di ricchezza (come il risarcimento del danno) che rimarrebbero altrimenti "privati". E di questo il primo ad aver acquistato piena consapevolezza è proprio il legislatore, il quale ha fissato lui pure nel Codice delle assicurazioni le limitazioni di responsabilità e poi disciplinando la responsabilità medica ha rinviato a quanto stabilito nello stesso Codice, equiparando, con molte perplessità, il settore della r.c. medica a quello della circolazione auto.

4. Le opposte tentazioni: inseguire un risarcimento punitivo difficilmente sostenibile e cadere in un sistema indennitario ben lontano dal principio di integrale riparazione del danno

Bisogna quindi concentrarci al massimo sulla misura del risarcimento. Al di là delle diverse convinzioni, la strada del risarcimento "giusto" non può che passare quindi per una rinnovata affermazione della sua integralità. Con tutte le difficoltà che la realizzazione di questo principio comporta. Bisogna evitare le due opposte tentazioni che si stanno percependo e che potrebbero portare, da una parte, ad un sistema indennitario e, dall'altro, ad un sistema che riconosce una somma aggiuntiva a quella intrinsecamente riparatoria.

L'indennità è tipica dei sistemi di sicurezza sociale. R.c. auto e *medical malpractice* appartengono al sistema di responsabilità civile. Nei due settori più diffusi di responsabilità civile è intervenuto il legislatore il quale, proprio per l'importanza del risarcimento come costo sociale, ha limitato il risarcimento: da un lato, nel sistema di circolazione auto per contenere i premi assicurativi; dall'altro lato, nel settore della responsabilità medica, per proteggere la classe medica e per evitare le disfunzioni collegate alla "medicina difensiva".

Il risarcimento così limitato non è comunque un indennizzo, sempre a condizione che la limitazione non sia così quantitativamente importante e, costituendo un preciso *favor* per il danneggiante, essa sia giustificata da precisi interessi pubblici. Non ci si può allontanare così facilmente, dunque, dai principi di un risarcimento integrale.

Né, d'altra parte, si possono ascoltare le "sirene" di un risarcimento sovracompensativo, dove si dovrebbe tenere in conto delle modalità soggettive con le quali è stata posta in essere la condotta antigiuridica. Assegnare al dolo il compito di aumentare il risarcimento del danno si pone fuori dal sistema della responsabilità civile, che è votato essenzialmente alla riparazione del danno e dovrebbe concentrarsi unicamente su di esso, essendo sostanzialmente irrilevanti le diversità soggettive dell'azione o dell'omissione.

La deterrenza – vale a dire, la pressione sulla categoria dei danneggianti per migliorare la loro attività – si attua in prima battuta eliminando le zone di *undercompensation* e rendendo sempre più effettivo e integrale il risarcimento piuttosto che aumentandone la dimensione. Fenomeno questo che può portare, in alcuni casi, alla paralisi o al rallentamento di quella stessa attività all'origine dei danni, innescando una patologia di *overdeterrence* che si rivela comparativamente più pericolosa del fenomeno che si vorrebbe evitare. In termini generali, l'allontanamento dal generale principio dell'integrale risarcimento si dovrebbe avere solo lasciando spazio all'intermediazione legislativa; la quale, nell'ambito della sua discrezionalità, potrà decidere quando il risarcimento vada aumentato e quando diminuito rispetto all'integrale riparazione.

Conclusioni

La nuova frontiera relativa alla determinazione del danno giusto nasce e si sviluppa proprio dai successi ottenuti dalle regole di responsabilità civile e ben testimoniati dalle precedenti frontiere. Si ha la precisa convinzione che le diverse funzioni attribuite alla r.c. possano meglio essere verificate e valorizzate concentrandosi sulla misura del risarcimento, più che sull'affermazione del principio di responsabilità, che pur rimane un aspetto di forte rilievo.

La misura del risarcimento è importante per molte ragioni: permette, innanzitutto, di verificare la coerenza delle affermazioni sulle funzioni svolte dalla r.c. e aiuta poi a riflettere sulla sostenibilità economica del risarcimento proprio alla luce del suo carattere di costo sociale.

Insomma, bisogna evitare che i giudici possano fissare risarcimenti senza alcuna razionalità come se fossero numeri neutri.

Si pensi al caso deciso dal Tribunale di Bologna avente ad oggetto un'azione risarcitoria per violazione del diritto all'immagine proposta dallo Stato italiano nei confronti dei due responsabili della terribile strage verificatasi nella stazione ferroviaria: al di là del merito della causa² (aveva un senso l'azione risarcitoria? Era stato davvero leso un *contra jus* costituzionale dello Stato esposto alla censura di non provvedere ad una energica tutela della vita dei propri cittadini?), qual è il significato da attribuire al risarcimento concesso di due miliardi di euro, che chiaramente non sarà mai pagato? Esso doveva avere una funzione esemplare; ma la condanna penale (ergastolo per strage) e dei responsabili non era già sufficiente?

La frontiera che si auspica vorrebbe ambiziosamente migliorare, da una parte, la scientificità dell'approccio allo studio della responsabilità civile, e ,dall'altra, rendere le decisioni risarcitorie più controllabili e più coerenti con le generali funzioni della responsabilità civile.

Il concreto, numerico, risultato risarcitorio non potrà mai costituire una variabile indipendente del sistema giuridico.

2. Cfr. Trib. Bologna 10 ottobre 2014, in *Danno e Resp.*2015, p. 717 con commento di M. Franzoni, *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*.