



MASSIMO FRANZONI

Professore ordinario di Diritto Privato – Università di Bologna

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA SUL “DIRITTO A NASCERE SANI”

SOMMARIO: 1. *Le nuove parole del diritto.* – 2. *La tecnica della decisione e la giurisprudenza che crea il diritto.* – 3. *La tutela dei diritti nei diversi ordinamenti: un diverso modo di intendere il diritto positivo.* – 4. *La tecnica del diritto nell’argomentare la decisione.* – 5. *È opportuno stare dalla parte di chi subisce o dalla parte di chi agisce?*

1. – Vorrei incominciare questa riflessione un po’ estemporanea, condotta su di alcune sentenze recenti della Suprema Corte, ricordando il titolo di un seminario che Nicoletta Sarti, la storica della Scuola di giurisprudenza di Bologna, da qualche anno organizza e che ha intitolato: “Le parole nel diritto”. Quest’anno ho parlato della “ragionevolezza”, poiché, da qualche tempo, questo lessema è entrato fra le “parole del diritto”, non appartiene più soltanto al linguaggio dei filosofi⁽¹⁾ o ai cultori della morale. Per dimostrarlo ho riportato i dati di una ricerca effettuata sulle banche dati elettroniche di legislazione⁽²⁾ e di giurisprudenza⁽³⁾ dai quali si evidenzia la ricorrenza della parola in un numero elevatissimo di casi tanto nella recente legislazione, specie in quella di fonte comunitaria, quanto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa.

Anche la Corte costituzionale ha fatto un largo uso della ragionevolezza, ma per una finalità non propriamente comparabile con quella di un giudice ordinario, specie di quello che applica il diritto civile⁽⁴⁾.

(1) Senza pretese di completezza segnalo Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati – Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008, che, da filosofa del diritto, tratta il tema da giuspositivista.

(2) Se ricerchiamo la ragionevolezza all’interno della legislazione comunitaria troveremo la ricorrenza del termine per circa 1900 volte; se la stessa ricerca è rivolta alla legislazione nazionale troveremo che quel termine ricorre almeno 160 volte. Per completezza ricordo che nel codice del consumo la ragionevolezza compare in ben 14 norme: art. 3; art. 18; art. 20; art. 22; art. 23; art. 26; art. 27; art. 33; art. 103; art. 104; art. 105; art. 116; art. 117; art. 129 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. L’art. 111, comma 2°, cost. prevede che «la legge [...] assicura la ragionevole durata» del processo. Un altro dato da considerare è che la medesima parola ricorre ben 62 volte nei principi Unidroit del 2004.

(3) Per avere un’idea di massima su termini del discorso svolto nel testo, ho effettuato una ricerca sulle massime della Cassazione civile (2015 compreso), in *Le banche dati de IL FORO ITALIANO*, e ho trovato 3587 documenti; ho ripetuto la stessa ricerca con il lessema “ingiusto” e ne ho trovati 2133. Ora, se consideriamo che, nel linguaggio dei civilisti, ingiusto, ingiustizia, ingiustamente ecc. ricorrono frequentemente e in contesti normativi affatto diversi, possiamo apprezzare il rilievo del dato dei 3587 documenti menzionati.

(4) Digitando il lessema ragionevolezza in *Le banche dati de IL FORO ITALIANO*, e selezionando Ente giudicante «Corte costituzionale» si ottengono circa 380 documenti, nel dispositivo delle sentenze compare circa 90 volte, per la prima volta nel 1977.

Ampiamente sull’uso della ragionevolezza nel diritto costituzionale, Morrone, *Il custode della ragionevolezza*,

JUS CIVILE



Un tratto caratteristico nell'applicare la ragionevolezza nei diversi settori del diritto è l'impiego della tecnica del bilanciamento fra opposti diritti o interessi, ai quali l'interprete deve attribuire rilevanza, tenuto conto delle circostanze del caso, fra le quali vanno considerate le qualità personali delle parti in lite. "Bilanciamento" e "ragionevolezza" non sono state tramandate dalla tradizione, almeno da quella che segue la rivoluzione francese; e quand'anche si voglia scorgere una traccia della ragionevolezza nel diritto canonico, il significato non è costante, né come tecnica di qualificazione dei fatti e neppure come tecnica di giudizio⁽⁵⁾. Affrontando questi temi, entriamo nel merito di una delle questioni che caratterizzano il modo di essere del diritto del III millennio, sempre più appoggiato sull'attività dell'interprete e sempre più lontano da un modello di norma fondata su di una precisa fattispecie o, come suol dirsi, su di una fattispecie dal contenuto determinato.

Dall'impiego delle clausole generali che rimandano alla tradizione, come l'ordine pubblico e il buon costume; delle clausole generali che rimandano ad una storia più recente, come la buona fede e il danno ingiusto; delle nuove clausole generali, tra le quali appare la ragionevolezza in talune norme ed è così adoperata in talune *rationes decidendi*, parrebbe doversi concludere che il diritto si è spostato dalla *lex* alla mera terzietà e imparzialità di chi è chiamato a decidere⁽⁶⁾.

La frammentazione del sistema delle fonti del diritto in senso verticale, accompagnato da un uso sempre più frequente di clausole generali (quelle appena richiamate) o di norme elastiche (come la diligenza, la giusta causa, l'equità), potrebbe suggerire al giurista che la cifra essenziale del diritto contemporaneo si riassume nella decisione presa da un terzo, che motiva in modo più o meno convincente⁽⁷⁾. Se la motivazione non convince, vorrà dire che ci saranno margini per impugnare quella decisione, a meno che la pronuncia non provenga da un giudice di ultima istanza.

È proprio vero che assistiamo ad un progressivo distacco dalla fattispecie normativa, dalla tecnica dell'interpretazione sillogistica, e procediamo verso una sorta di giurisprudenza degli interessi, in versione aggiornata? A questa domanda le sezioni unite della cassazione, in una delle sentenze oggetto di queste riflessioni, hanno dato una precisa risposta che è ad un tempo tecnica, rivolta alla tradizione, e ad un altro metodologica, poiché indica un percorso sul quale dovranno misurarsi le riflessioni future⁽⁸⁾.

Milano, 2002.

(5) Sono le due declinazioni della ragionevolezza proposte da Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati*, cit., p. 230 ss.

(6) C'è un importante cenno a questa affermazione in Irti, *Diritto senza verità*, Bari, 2011, p. 65: il paragrafo si intitola: «il terzo decide la causa».

(7) Ho riflettuto su norme elastiche e norme per clausole generali in Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2013, sub art. 1375, § 11.1.

(8) Alludo a Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, pubblicata sulle principali riviste fra cui in *Danno e resp.*, 2016, p. 349, con nota di Cacace, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*.



2. – Il diritto della responsabilità civile è stato più volte etichettato come un diritto di fonte giurisprudenziale, con ciò intendendosi quel diritto che procede dalla tipizzazione sociale degli illeciti e che, in questo modo, modella il precetto contenuto nelle norme del Titolo IX del Libro IV del c.c. Questa definizione trae spunto principalmente dall'attività di semplificazione della clausola generale di ingiustizia del danno, ma anche dalla creazione del nuovo danno non patrimoniale, frutto della rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., come è stato affermato⁽⁹⁾. Orbene, nel primo caso, la creazione della norma era conseguente alla previsione di una clausola generale, nel secondo la ridefinizione del rinvio di legge contenuto nell'art. 2059 c.c. è stata una vera e propria creazione interpretativa, molto prossima alla modifica normativa in conseguenza della successione di leggi nel tempo.

Come ricordavo in precedenza, la scelta della Cassazione non ha proceduto verso la creazione di una nuova regola, variamente modellata sulla base di principi costituzionali o di bioetica. Astrattamente, avrebbe potuto farlo, dal momento che, da tempo, è in atto un ripensamento sulla soggettività giuridica del concepito, nonostante la lettera dell'art. 1, comma 1°, c.c.

Al contrario, il presupposto del ragionamento seguito nella motivazione è saldamente ancorato al diritto positivo e alla tradizione. La soluzione data al caso in questione, inoltre, è presa ricostruendo analiticamente gli elementi che compongono il fatto illecito, giungendo alla conclusione che, per i genitori, la lesione riguarda il diritto all'autodeterminazione, sotto l'aspetto della genitorialità consapevole⁽¹⁰⁾. Mentre per il concepito, nato vivo, ma con una malattia congenita, l'errore diagnostico non è causa di una lesione meritevole di tutela come danno ingiusto, quindi, manca un fatto illecito. Lo stesso modello di argomentazione è stato adoperato in un'altra sentenza della Cassazione per risolvere il dissidio nato in punto di risarcimento del danno da morte per via di successione ereditaria oppure *iure proprio* dei sopravvissuti: il c.d. danno tanatologico⁽¹¹⁾.

Sulla vicenda legata alla pretesa lesione del concepito, la motivazione della sentenza, inoltre, è molto attenta a distinguere gli apporti che l'interprete può dare e quelli che, invece, restano di competenza esclusiva del legislatore. In un passo preliminare, su questo capo della decisione,

(9) A partire dalle sentenze gemelle Cfr. Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, pubblicate su tutte le principali riviste, fra le quali in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota adesiva di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*; per arrivare alle sentenze di san. Martino Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, in tutte le principali riviste, fra cui in *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale, spec. § 4.3, della motivazione.

(10) Su questo capo della decisione occorre riflettere sul punto dell'onere della prova che devono assolvere i genitori. Ma di questo diremo oltre.

(11) Cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889 ss., con note di Carbone, *Valori personali ed economici della vita umana*; di Franzoni, *Danno tanatologico, meglio di no ...*; di Pardolesi e Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*; di Ponzanelli, *Le sezioni unite sul danno tanatologico*; in *Corriere giur.*, 2015, p. 1206, con nota di Busnelli, *Tanto tuonò, che ... non piovve – Le sezioni unite sigillano il «sistema»*; in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 652, con nota di Pucella, *Le sezioni unite confermano il divieto di cittadinanza al danno da morte – Brevi note a cass. sez. un. 22 luglio 2015, n. 15350*.

JUS CIVILE



l'estensore afferma: «anche se debba escludersi un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – *che appartiene al legislatore: spettando, per contro, al giudice l'interpretazione della disciplina vigente, sia pure nel più completo approfondimento delle potenzialità evolutive in essa insite* – non è seriamente contestabile che sulla giurisprudenza pregressa, anche straniera, abbiano influito, ben oltre l'ordinario, considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di speciali circostanze»⁽¹²⁾.

In un altro passo di poco successivo, su una questione importante l'estensore afferma ancora che «la c.d. *giurisprudenza normativa, talvolta evocata quale fonte concorrente di diritto, violerebbe il principio costituzionale di separazione dei poteri ove non si contenesse all'interno dei limiti ben definiti di clausole generali previste nella stessa legge, espressive di valori dell'ordinamento (buona fede, solidarietà, ecc.): eventualmente riesumando la dicotomia storica tra giurisprudenza degli interessi (Interessenjurisprudenz), di ispirazione evolutiva, e giurisprudenza dei concetti (Begriffsjurisprudenz), di natura statica: entrambe, peraltro, storicamente ancorate ad una concezione positivista del diritto*»⁽¹³⁾.

Dopo queste enunciazioni, come ricordavo, il ragionamento prosegue riflettendo sulla struttura del fatto illecito, per giungere alla decisione retta in applicazione delle regole vigenti del diritto positivo, dopo aver preso in considerazione:

- la l. 22 maggio 1978, n. 194, e in particolare l'art. 1 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*);
- la l. 29 luglio 1975, n. 405 (*Istituzione dei consultori familiari*);
- aver ripercorso in un itinerario concettuale logico e coerente la configurabilità di un diritto al suicidio;
- aver preso in considerazione il reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.);
- essersi soffermato sul diritto alla non vita, inteso come cosa diversa dal c.d. diritto di staccare la spina, che comunque presupporrebbe una manifestazione positiva di volontà *ex ante* (testamento biologico).

Ancora prima di giungere ad una conclusione, c'è un salto di qualità nella retorica della Suprema Corte che merita una particolare sottolineatura. Dopo aver ripensato alla figura della giurisprudenza normativa e dopo aver affondato l'indagine sulle diverse norme del nostro ordinamento giuridico per ricostruire i principi applicabili al caso in decisione, in una prospettiva conservativa e tradizionale della storia del nostro diritto, avremmo dovuto ritenere concluso il percorso. Viceversa con la premessa che «la giurisprudenza riguardante azioni di danni per *wrongful birth* e *wrongful life* si è formata innanzitutto presso le corti statunitensi»⁽¹⁴⁾, incomincia un lungo elenco di casi sui quali si estende la riflessione, alla ricerca dei principi applicabili al caso

(12) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2016, p. 352, cit., il c.vo è mio.

(13) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 353, il c.vo è mio.

(14) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 354 s., in motivazione.

JUS CIVILE



in decisione: il primo caso, risalente nel tempo, è quello deciso dalla New Jersey Supreme Court 6 marzo 1967 *Gleitman v. Cosgrove*, che ha respinto anche la domanda della madre contro il medico curante, che aveva trascurato la pericolosità della rosolia della gestante – sotto il profilo che l’aborto era, all’epoca, un reato. Segue poi un’indagine sulle domande risarcitorie dei figli handicappati e su quelle accolte dei genitori: New Jersey Supreme Court 26 giugno 1979, *Berman v. Allan*; California Court of Appeal 1980 *Curlender v. Bio Science Laboratories* e, parzialmente, California Supreme Court *Turpin v. Sortini*, 1982 e *Harbeson v. Parke-Davies Inc.* 6 gennaio 1983.

Con un grande balzo ritorniamo in Europa per esaminare cosa accade in Germania, dove la BGH, 18 gennaio 1983, ha negato il risarcimento al figlio handicappato. Per poi gettare uno sguardo pure in Inghilterra che ha adottato una decisione analoga (London Court of Appeal 19 febbraio 1982, *Sachen McKay v. Essex Health Authority*).

Sulla Francia la disamina è molto articolata, a partire dalla Cour de Cassation, assemblée plénière, 17 novembre 2000, sul c.d. affaire Perruche che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento *ex delicto* ad un nato affetto da grave malattia, non diagnosticata durante la gravidanza. Naturalmente la riflessione su questo caso non può prescindere dalla «*Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*» 4 marzo 2002, n. 2002-303, che ha perentoriamente riaffermato i canoni tradizionali, prescrivendo che nessuno può far valere un pregiudizio derivante dal solo fatto della nascita e che la persona nata con un *handicap* dovuto a colpa medica può ottenerne il risarcimento quando l’atto colposo ha provocato direttamente o ha aggravato l’*handicap*, o non ha permesso di prendere misure in grado di attenuarlo.

Su questa legge l’estensore si sofferma con una certa larghezza, ricordando che, nelle intenzioni del legislatore francese, questa avrebbe dovuto essere addirittura retroattiva⁽¹⁵⁾. Era chiara la volontà del legislatore di risanare la cesura giurisprudenziale tra un indirizzo tradizionale, fondato su concetti di plurisecolare vigenza, e «la dirompente deviazione (definita, da parte della dottrina, perfino come *arret de provocation*) segnata dalla sentenza della Suprema Corte, ponendo a carico della solidarietà nazionale l’assistenza dei nati handicappati»⁽¹⁶⁾.

E ancora: «una chiara negazione che la vita di un bambino disabile possa mai considerarsi un danno – sul presupposto implicito che abbia minor valore di quella di un bambino sano – è pure contenuta nella sentenza 28 maggio 1993 della Corte Costituzionale federale tedesca (BVerfGE 88, 203)»⁽¹⁷⁾.

(15) Su questo punto, come ricorda l’estensore, c’è stata la censura della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo con due arresti assunti all’unanimità dai 17 giudici della Grande Chambre (sent. 6 ottobre 2005 in cause *Maurice c. Francia* e *Draon c. Francia*) e poi dichiarata illegittima, in parte qua (Conseil constitutionnel 11 giugno 2010), *ibidem*, p. 355.

(16) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 355.

(17) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 355.

JUS CIVILE



3. – Questa lunga digressione merita un compimento non tanto sul merito della vicenda e sul suo esito, fra l'altro più che condivisibile, quanto sul modo impiegato per raggiungerlo. Dopo una lunga disamina iniziale, la Cassazione avverte la necessità di estendere l'indagine alle soluzioni adottate per gli altri ordinamenti. In altri tempi, il lettore di una sentenza come questa si sarebbe chiesto se l'estensore fosse dedito alla comparazione giuridica, quindi se avesse voluto arricchire culturalmente il testo di una decisione raggiunta altrimenti. Oggi la riflessione cambia, quando in campo ci siano diritti inviolabili, ancorché tutelati con il rimedio della responsabilità civile. Del resto lo statuto dei diritti fondamentali, o inviolabili a seconda dei linguaggi adoperati, è opportuno che si costituisca in via generale con un criterio uniforme, a prescindere dagli steccati e dai confini propri dei singoli ordinamenti statali.

L'uniformità fra i diversi ordinamenti va ricercata e realizzata con le tecniche proprie dei diversi trattati, ad esempio con i regolamenti e le direttive, se pensiamo al Trattato di Roma; ma si può realizzare, per così dire, dal basso: attraverso l'interpretazione delle norme dei singoli ordinamenti secondo modelli uniformi o la creazione di principi che siano fra loro omogenei. In questo senso la prospettiva aperta anche da questa decisione non è soltanto nella logica autoreferenziale che vuole creare un dialogo fra le corti supreme, ma è nella prospettiva di pensare un diritto uniforme con un grado di precettività che superi la territorialità del principio di sovranità nazionale⁽¹⁸⁾. È l'aspetto sicuramente positivo di quello che con altro linguaggio chiamiamo globalizzazione, in modo ormai inflazionato.

Nell'interrogarsi sul modo di offrire tutela ad un certo interesse, oppure di negarlo, lo sguardo dell'interprete al regime giuridico di altri Paesi con ordinamenti giuridici affini al nostro non soddisfa soltanto un'esigenza culturale, ma è diventato il modo per conoscere il proprio diritto vivente.

Questa regola non va subita come una sorta di rinuncia alla sovranità o a un ideale etico di nazionalità, ma come una preconditione per garantire la miglior efficacia ai diritti fondamentali, in applicazione di un diritto uniforme. La stessa logica mi pare si debba seguire anche quando in questione c'è la soluzione di controversie su diritti che nascono in un mercato sempre più globale. Un trattamento diverso non realizza le condizioni per il migliore funzionamento dello scambio e così per la circolazione della ricchezza. A questo riguardo sono tanti gli esempi che si potrebbero fare sui quali l'intelligenza degli interpreti ha già avuto modo di misurarsi.

Ne cito soltanto uno: il caso del contratto autonomo di garanzia che negli anni '80 del secolo scorso ha sollevato un ampio dibattito, diviso tra chi riteneva che questo contratto avrebbe potuto trovare ingresso soltanto negli ordinamenti che non hanno base causalistica e coloro che, con diverse motivazioni, hanno sostenuto che anche nel nostro ordinamento avrebbe potuto trovare

(18) È il tema affrontato da Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 366, spec. p. 352 ss., che constata il «passaggio dal nazionalismo al cosmopolitismo metodologico» (p. 353).

JUS CIVILE



cittadinanza⁽¹⁹⁾. Sullo sfondo c'erano questioni di diritto estremamente sofisticate che involgevano la tradizione giuridica di ordinamenti diversi: quello tedesco, non causale; quelli di ispirazione francese causali; quelli provenienti dal *common law*, che per ragioni diverse si sarebbero potuti apparentare al sistema tedesco.

Ciò premesso, se la soluzione italiana avesse negato validità a questo contratto, mi chiedo quale sarebbe stata la posizione degli imprenditori nazionali nel commercio internazionale? Quale sarebbe stata la fiducia dei committenti stranieri nei confronti delle imprese italiane fornitrici di beni o esecutrici di opere in appalto, se non avessero potuto confidare nell'efficacia di un *performance bond*, di un *bind bond*, di un *repayment bond* e così via? Il risultato di questa decisione sarebbe stata la penalizzazione delle imprese italiane, con grande ripercussione sul PIL; in alternativa si sarebbe verificata una marginalizzazione del diritto italiano, poiché, per contrattare fuori dalle mura domestiche, le imprese italiane avrebbero dovuto preconstituire all'estero una provvista capace di assicurare quella pronta garanzia di solvibilità che il diritto italiano non avrebbe potuto garantire. In entrambi i casi i costi di produzione delle imprese italiane sarebbero accresciute, quindi sarebbero diventate meno concorrenziali, pertanto il PIL sarebbe diminuito.

Questi ragionamenti non sono molto lontani da quelli che le sezioni unite della Cassazione hanno appena svolto, seppure implicitamente, decidendo per la liceità della clausola *claims made*, nei contratti di assicurazioni della responsabilità civile⁽²⁰⁾. Dico implicitamente, poiché nella motivazione non vi è cenno al fatto che, nella maggior parte dei Paesi del mondo, le polizze di assicurazione della responsabilità civile, seguono il modello *claims made*, quindi hanno abbandonato il modello *loss occurrence*. Per la verità la tendenza generale è quella di adottare un regime misto: il sinistro deve essere accaduto durante il periodo assicurativo (*loss occurrence*), così come la richiesta risarcitoria (*claims made*). L'estensore non afferma che questa clausola semplifica il lavoro dell'attuario nel calcolare il rischio, in particolare nello stabilire la data di cessazione del rischio assicurato, quindi nell'operazione di conversione del rischio rilevato in premio da pagare. Neppure menziona che l'offerta del mercato delle polizze risulta più standardizzato e uniforme rispetto ad un mercato di area vasta. Senonché non è pensabile che nel decidere di una vicenda il cui impatto economico va ben oltre i confini nazionali, il pensiero non sia

(19) Riassumono i termini di questo dibattito: Benatti F., *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. it., appendice III*, Utet, Torino, 1982, p. 918; Ragusa Maggiore, *Clausole limitatrici della responsabilità della banca nella fideiussione generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 1985, p. 17; Costanza, *Contratto autonomo di garanzia e clausole di deroga all'art. 1939 c.c.* in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1171, in nota a Cass., 31 agosto 1984, n. 4738; Portale, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 169; Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 504, con nota di Portale, *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia ("causalità" ed "astrattezza" nel Garantievertrag*; in *Foro it.*, 1988, I, c. 3021, con nota di Calderale A., *La cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il "big sleep" delle sezioni unite*.

(20) Il caso riguardava una clausola c.d. mista, poiché prevedeva che l'evento dannoso dell'art. 1917 c.c. doveva verificarsi durante la vigenza del contratto, così come la richiesta risarcitoria; Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Mass. Foro it.*, 2016, che farà discutere in particolare per la scelta operata nei §§ da 7.1 a 7.3, nei quali parrebbe rimettersi la validità del contratto ad un giudizio di meritevolezza.

JUS CIVILE



stato rivolto al modo in cui la questione giuridica è stata risolta negli ordinamenti giuridici di cultura giuridica affine al nostro.

Certo è molto elegante il tema della validità di una clausola che preveda l'assunzione del rischio pregresso anche con riferimento all'art. 514 c. nav., a proposito del rischio putativo. Ed è convincente il *dictum* secondo il quale ha carattere generale e non speciale la seguente regola: «se il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto, l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta, prima della conclusione del contratto, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione» (art. 514, comma 1°, c. nav.). Mi sembra ragionevole ritenere che, negli ordinamenti in cui il diritto delle assicurazioni è nato e si è sviluppato, è poi evoluto con l'impiego di una siffatta clausola.

Insomma, non siamo soli, viviamo in un consorzio umano rispetto al quale è da favorire un diritto uniforme anziché un diritto speciale in ragione dei singoli territori nei quali deve trovare applicazione. Mi pare che sia proprio questo il senso dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, sul punto della conformità all'ordine pubblico delle pronunce straniere di condanna al pagamento di un danno punitivo⁽²¹⁾. In quell'ordinanza si prospetta la opportunità che la nozione di ordine pubblico non finisca per costituire un ostacolo alla migliore tutela dei diritti fondamentali. Segnalo questo passo della motivazione, nel quale si procede verso un progressivo cambiamento di nozione dell'ordine pubblico che da ordine pubblico interno finisce per modellarsi sull'ordine pubblico internazionale, inteso come una sorta di diritto comune uniforme: «nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria (vd., tra le tante, Cass., n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995).

Questa evoluzione del concetto di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (si è osservato, in dottrina, che il nostro ordinamento si propone, in tal modo, di salvaguardare la stessa comunità internazionale che trova la sua difesa anche negli ordinamenti interni dei vari Stati)»⁽²²⁾.

(21) Cfr. Cass., sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978, in *Mass. Foro it.*, 2016, che già ha suscitato un certo dibattito.

(22) Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, cit. § 4. La tesi sostenuta nel testo trova conferma pure nella prosecuzione della motivazione: «se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento (ora previsto come automatico) nei soli casi di “manifesta” contrarietà all'ordine pubblico (vd., ad es., l'art. 34 del regol. CE 22 dicem-



All'impiego negativo dell'ordine pubblico, volto a proteggere il diritto interno, sembra opportuno fare prevalere quello che promuove valori comuni, che dirige verso una sorta di diritto comune per le persone che entrano in contatto, prescindendo dal criterio del territorio, quindi del confine statale. Beninteso a condizione che regole e istituti che si confrontano provengano da Paesi di comune civiltà giuridica e sempre che non vengano violate norme cogenti non modificabili⁽²³⁾.

4. – Il diritto ha una intrinseca tecnicità che va rispettata⁽²⁴⁾. L'insegnamento della Sezione unite è che quando la decisione può essere trovata tecnicamente è opportuno seguire questa via. Sotto questo profilo è convincente anche la parte della motivazione nella quale l'estensore enuncia il principio per il giudice del rinvio, che dovrà valutare l'onere della prova da parte dei genitori, che ritengono lesa il diritto all'autodeterminazione nella genitorialità consapevole.

Anche a questo riguardo:

- dopo aver escluso che possa trovare accoglimento la figura del danno *in re ipsa*⁽²⁵⁾;
- dopo aver affermato che il pregiudizio subito dalla vittima, patrimoniale o non patrimoniale, è sempre una conseguenza della lesione di un interesse meritevole di tutela, ossia di un evento dannoso;

concludono che nell'assolvere l'onere della prova, specie nei conflitti su diritti non patrimoniali, dove la «prova verte anche su un fatto psichico e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti»⁽²⁶⁾, l'esistenza del diritto può essere raggiunta anche attraverso significative allegazioni, l'indicazione di fatti precisi e concordanti, così da assumere il carattere delle presunzioni semplici. Sono tali, «ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verifi-

bre 2001, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extraccontrattuali; l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari); nella giurisprudenza comunitaria, dove il ricorso alla nozione di ordine pubblico presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (vd. Corte giust. VE, 4 ottobre 2012, C-249/11, per giustificare le deroghe alla libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri) e nella giurisprudenza di legittimità» (ibidem, § 4).

(23) Rimando alle voci ancora attuali, per questi fini, di G.B. Ferri, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980; Barile, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, *ivi*, XXX, Milano, 1980; Guarneri, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995.

(24) Proprio su questo aspetto è dedicato il saggio di Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 77 ss., spec. p. 89, in cui dimostra che l'invenzione giurisprudenziale è tendenzialmente da evitare, salvo nel caso dell'analogia.

(25) Cfr. per tutte le sentenze di san Martino: Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, cit.

(26) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, I, c. 495.

JUS CIVILE



cabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.»⁽²⁷⁾.

In definitiva, la censura operata dalla Cassazione all'operato del giudice di merito è stata coerente con le premesse che vedono qualsiasi danno (patrimoniale e non patrimoniale) una conseguenza dell'evento dannoso; che restano ancorate all'idea di un preciso riparto dell'onere della prova nel processo, modellato anche per effetto delle allegazioni svolte dai difensori delle parti. La Cassazione non ha inventato un nuovo diritto, una diversa regola operativa, non ha cambiato idea sul carattere delle presunzioni. Semplicemente, sul presupposto del carattere proprio dei diritti non patrimoniali, ne ha adattato l'impiego degli ordinari mezzi di prova.

Questa tecnicità nella decisione, non esclude l'esistenza di un diritto a nascere sani; del resto, tutti vantano questa pretesa, quantomeno nella forma dell'aspirazione, della quale a posteriori si raggiunge la consapevolezza. Senonché ciò che si deve escludere è che questo costituisca oggetto di un giudizio di responsabilità civile che veda il nato come vittima, avente diritto al risarcimento del danno. Se questa forzatura fosse stata effettuata, verosimilmente si sarebbero abbattute le frontiere che dividono la responsabilità civile, fondata su un fatto illecito, e la previdenza che, in una parte dell'occidente, risponde ad una precisa funzione dello Stato sociale e normalmente presuppone una particolare condizione di un soggetto, come il raggiungimento di una certa età anagrafica, al verificarsi della quale questi matura il diritto ad una certa prestazione. A certe condizioni, i due istituti si avvicinano, specialmente nei settori nei quali c'è l'impiego della responsabilità civile obbligatoria, di tipo bilaterale. Ciononostante questi non possono mai sovrapporsi e perdere i caratteri propri che derivano loro dalla diversa fonte e funzione.

5. – Un tema sul quale da qualche tempo c'è un certo dibattito, a metà fra il diritto positivo e l'economia del diritto, è l'atteggiamento da assumere rispetto ad un conflitto da risolvere con le regole della responsabilità civile. Per lungo tempo la solidarietà sociale dell'art. 2 cost. è stata adoperata dagli interpreti come una sorta di grimaldello per ampliare l'area del danno risarcibile, ravvisando il mezzo per attribuire pregio a interessi non rivestiti formalmente dalla struttura del diritto soggettivo, ma ritenuti ugualmente meritevoli di tutela quali «danno ingiusto». È stata la stessa solidarietà sociale che nel 2003 ha suggerito la rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. e quindi la riscrittura del danno non patrimoniale per la migliore tutela dei diritti inviolabili dell'uomo⁽²⁸⁾. Poi le sentenze di san Martino, così sono state chiamate, hanno deciso che, in certi contesti, il dovere di solidarietà sociale fa nascere l'obbligo di dover sopportare la “fasti-

(27) *Ibidem*.

(28) Penso in modo particolare alla Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota adesiva di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*, in motivazione § 3.1.4.2.



diosa” condotta altrui. Se fosse “illecita” la condotta altrui sarebbe foriera del risarcimento di un danno, patrimoniale o non patrimoniale; essendo solo “fastidiosa”, impone a chi la subisce il dovere di sopportarla⁽²⁹⁾.

Più di recente, la corte costituzionale ha ritenuto legittima la tabellazione delle micropermanenti effettuata normativamente in applicazione dell’art. 139 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. In questa pronuncia è ribadito il principio in precedenza affermato dalla Corte di giustizia secondo il quale, «nell’ambito dell’assicurazione obbligatoria, assume rilevanza non solo l’interesse particolare del danneggiato alla riparazione del danno, ma anche l’interesse generale e sociale ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi all’interno di una responsabilità civile che è sempre più assicurata in forza di uno specifico obbligo legislativo»⁽³⁰⁾.

Si affaccia l’idea che «non dovrebbe essere considerato solo il livello del risarcimento ma anche il livello dei premi assicurativi per evitare che l’aumento del risarcimento, che riguarda i soli danneggiati, comporti automaticamente l’aumento dei premi che, invece, sono pagati da tutti. E sarebbe proprio in questa prospettiva – che mira a “contemperare l’esigenza di riparazione del danno con l’esigenza sociale della riduzione dei costi assicurativi a carico del sistema” – che troverebbe giustificazione la limitazione del risarcimento del danno di lieve entità»⁽³¹⁾.

In buona sostanza, senza sconfinare nell’analisi economica del diritto, incomincia ad emergere la compiuta consapevolezza che anche il danno non patrimoniale deve trovare un limite che, nel danno patrimoniale, è il mercato a dare. Qui è il principio di ragionevolezza, unitamente alla sostenibilità del sistema (fra responsabilità e assicurazione), che aiuta nella ricerca di quel limite, della cui necessità ormai più nessuno dubita. Sulla scorta di questa tendenza, c’è chi ha posto il tema di una più generale riflessione sul costo del risarcimento del danno, quindi sulla opportunità di frenare l’allargamento delle mobili frontiere del danno risarcibile.

Cronologicamente quest’ultima riflessione si data a partire dal momento in cui un tema di

(29) Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, cit., la riflessione è fatta per negare il risarcimento ai c.d. danni bagatellari, sui quali si era profusa un’ampia letteratura, parallela alla riflessione sulla tipizzazione sociale del danno esistenziale.

(30) Corte giustizia Unione europea, 23 gennaio 2014, in causa C-371/12, E. e C. Petillo contro Unipol assicurazioni, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 129; in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 442, con nota di Bona, *Sinistri stradali, azione diretta e tutela risarcitoria: progressi e arresti nelle ultime pronunce della corte di giustizia*; in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 820, con nota di Sabbatelli, *Risarcimento del danno morale nelle lesioni micropermanenti: possibile compressione dei danni risarcibili e compatibilità con il diritto dell’Unione europea*; in *Europa e dir. privato*, 2014, p. 659 (m), con nota di Astone, *Danno alla persona e regole risarcitorie: la sentenza della Ceg del 23 gennaio 2014 e l’art. 139 del codice delle assicurazioni*.

(31) Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3345 (in motivazione § 6, parte in fatto; § 10.2.2, parte in diritto), con nota di Cuocci, *La quantificazione del danno biologico per lesioni di lieve entità: un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia*; in *Danno e resp.*, 2014, p. 1021, con nota di Frigerio, *La legittimità costituzionale dell’art. 139 cod. ass.*; in *Corriere giur.*, 2014, p. 1483, con nota di Rossetti, *Micropermanenti: fine della storia*; in *Resp. civ.*, 2014, p. 1826, con nota di Scognamiglio, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della corte costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*; Ziviz, *Prima furon le cose, e poi i nomi*.

JUS CIVILE



grande importanza economica è diventato di opinione pubblica: penso alla questione della *spending review*. Essendo diventato di opinione pubblica, la sua tecnicità è passata dalle spese degli Stati attraversati dalla crisi, dopo il 2008, alla valutazione di qualsiasi spesa, anche di quella per il risarcimento del danno. In molti interventi ascoltati ai convegni sulla responsabilità civile, ho avuto l'impressione che buona parte degli argomenti adoperati per giustificare la riduzione delle spese per eliminare gli sprechi o necessarie per garantire il rispetto dei parametri posti dal Trattato siano gli stessi di quelli introdotti per legittimare la necessità di ridurre il risarcimento del danno. Ciò porta a concludere che, in tendenza, è privilegiata la posizione di chi agisce, rispetto a quella di chi subisce.

Devo subito premettere che i flussi finanziari generati dalle azioni di risarcimento del danno, quand'anche costituiscano oggetto di un indennizzo assicurativo, non possono essere apprezzati allo stesso modo di una scelta dello Stato che taglia certe spese, riduce certi costi oppure sceglie di elevare l'età pensionabile. La mutualità assicurativa non può comunque essere paragonata al presupposto per erogazione di una prestazione imputabile ad un'assicurazione sociale. Responsabilità civile e previdenza possono avere qualche zona di intervento in concorrenza, qualche volta può apparire che la funzione possa essere la stessa, ma la loro fonte è distinta. Così, ad esempio, l'indennizzo erogato in conseguenza di un illecito commesso da un'auto pirata ai sensi dell'art. 283, lett. a), d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, può rasentare una finalità previdenziale, data l'assenza dell'autore del sinistro, ma il meccanismo creato per l'esercizio di questa prestazione mutualistica consente di riaffermarne il carattere privatistico legato al fatto illecito e non ad una prestazione di carattere previdenziale.

Questo non significa che l'area del danno risarcibile della responsabilità civile sia privo di limite alcuno, significa invece che questo limite deve essere trovato applicando le regole proprie di questo rimedio. Occorre, quindi, che vi sia un fatto illecito fonte di responsabilità civile per aversi risarcimento del danno, che è questione diversa dall'individuare i presupposti della prestazione previdenziale. Come criterio concorrente nella fissazione del limite è opportuno impiegare quello della comparazione, in modo corrispondente a come ha fatto la Cassazione per decidere sulla questione del diritto a nascere sani. In quella vicenda la Corte si è chiesta quel era la decisione sul medesimo caso in ordinamenti affini al nostro e ha deciso tenendo conto di come altri Paesi hanno considerato la medesima vicenda. Nel caso in esame uno sguardo a ciò che accade in altri Paesi, in particolare in quelli dell'unione europea, può essere una buona base di partenza per decidere se una certa lesione sia da ritenere socialmente rilevante e tale da legittimare il risarcimento del danno non patrimoniale.

In definitiva non è opportuno scegliere se stare dalla parte di chi agisce o di chi resiste, con valutazione compiuta *a priori*; occorre, caso per caso, in applicazione di una regola tecnica prendere una decisione, possibilmente conforme a quella che un giurista tedesco, francese o spagnolo avrebbe preso sulla medesima lite. Il compito dell'interprete, dunque, diventa quello di chi deve creare le condizioni per procedere verso un diritto uniforme, tenuto conto de «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

JUS CIVILE



delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, [che] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 3, comma 3°, Tratt. UE), quindi costituiscono l'ordinamento giuridico di ogni Stato membro. In questo modo si pratica quell'*ars combinatoria* cui alludeva il Maestro, citando Gottfried Wilhelm Leibniz⁽³²⁾.

(32) Cfr. Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 84 s., che cita Leibniz, *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, trad. it., Bologna, 1968, p. 189.