

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Anno Fasc. 2 - 2015

ISSN 1720-4542

Nicola Rizzo

**GIUDIZI DI VALORE E «GIUDIZIO
DI INGIUSTIZIA»**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TEORIA E STORIA

Nicola Rizzo

GIUDIZI DI VALORE E « GIUDIZIO DI INGIUSTIZIA »

SOMMARIO: 1. Il giudizio di ingiustizia del danno tra regole e principi: il ruolo del giudice. - 2. Ingiustizia del danno e bilanciamento degli interessi. - 3. Bilanciamento degli interessi e principio di solidarietà, attraverso l'argomento dell'abuso del diritto. - 4. Bilanciamento degli interessi: tecnica o retorica? - 5. Il principio di solidarietà e la produzione di obblighi giuridici: il ruolo del giudice. - 6. Bilanciamento tra diritti e scelta tra politiche pubbliche: il ruolo del giudice e quello del legislatore. - 7. La responsabilità civile: *matter of policy*? - 8. Alcune conclusioni.

1. La vicenda, concettuale ed operativa, del giudizio di ingiustizia del danno porta con sé una domanda sui poteri del giudice: può il giudice risolvere un conflitto tra interessi contrapposti formulando giudizi di valore?

La risposta che cercherò di argomentare in queste pagine è negativa: nel giudizio di responsabilità al giudice è attribuita un'ampia libertà di "muoversi" nell'ordinamento per cercare gli indici di rilevanza giuridica di un determinato interesse, ma non può mai farsi autonomo ordinatore della sua meritevolezza, quand'anche creda di trovarne la giustificazione nell'applicazione diretta di un principio costituzionale. Il terreno dell'indagine è il giudizio sulla risarcibilità di un danno patrimoniale.

Come è noto, nel passato della responsabilità civile, il giudizio sulla risarcibilità di un danno era legato alla natura della situazione giuridica soggettiva a monte del pregiudizio cagionato dall'evento lesivo (1). Se la situazione soggettiva lesa era protetta dal legislatore attraverso l'imposizione, alla generalità dei consociati, di doveri di astenersi dal compiere azioni che

Saggio sottoposto a referato.

(1) Cfr. F. Carnelutti, *Il danno e il reato* (Padova 1930), 21 s.

potessero interferire con l'esercizio dell'interesse tutelato, la condotta che avesse violato il dovere sarebbe stata qualificata ingiusta ed il danno cagionato sarebbe stato risarcibile (2).

L'esito del giudizio di responsabilità era, dunque, determinato dal modo della protezione dell'interesse leso.

Esemplificando, il potere di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, così come quello di portare il proprio nome o di non vedere usata, alterata o compromessa la propria immagine, implicano, per il loro stesso contenuto, una modificazione della sfera giuridica di ciascun altro consociato. Dall'attribuzione di questi poteri deriva, infatti, un restringimento della libertà degli altri, su cui incombe il dovere di astenersi dal porre in essere delle condotte che, in qualunque modo, possano frustrare l'esercizio di quei diritti. In questa logica, cagionare un evento dannoso rappresenta solo una delle possibili condotte vietate, una forma di interferenza, probabilmente la più semplice, in quella sfera giuridica protetta disegnata dal legislatore.

La costruzione dell'interesse leso come situazione giuridica protetta nei confronti di tutti determinava biunivocamente il giudizio di responsabilità, rappresentando, in presenza dei criteri di imputazione dell'evento dannoso, la condizione non solo sufficiente ma anche necessaria della risarcibilità del danno (3).

Sinteticamente si potrebbe dire che l'interpretazione data alle regole del giudizio di responsabilità e, conseguentemente, la sua stessa fisionomia esprimessero il principio per cui tutto ciò che non è vietato è permesso.

Al di fuori della sfera d'azione dell'autonomia contrattuale, la libertà dei singoli era definita, per la legge civile, dalla costruzione dei tipi di posizioni giuridiche di cui il soggetto può essere titolare. Il congegno delle posizioni tutelate esprimeva, chiaramente, i giudizi di valore e, a partire da questi, le scelte del legislatore nel disegnare e delimitare, reciprocamente, le sfere giuridiche dei singoli. A sua volta, il giudizio di risarcibi-

(2) Cfr. S. Pugliatti, *Alterum non laedere*, Enc. dir., II (Milano 1958), 98 s.

(3) Cfr. A. Fedele, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito* (Milano 1954), in particolare 132 s.; *contra* F. D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi* (Milano 1964), in particolare 57 s.

lità del danno presidiava e chiudeva il sistema: la norma di responsabilità sanziona la violazione dei doveri coesenziali alla protezione di determinati diritti e, all'infuori di queste ipotesi, protegge la libertà di agire dell'individuo negando la tutela agli interessi la cui struttura normativa non implica, al fine della loro realizzazione, una generale compressione delle altrui sfere giuridiche.

La natura secondaria della norma di responsabilità definitiva, chiaramente, i poteri del giudice che, nel giudizio sulla pretesa risarcitoria, non operava una valutazione degli interessi contrapposti delle parti ma si limitava a dare esecuzione alle scelte e, pertanto, ai giudizi di valore del legislatore.

È interessante notare come questo rapporto tra la legge e il giudice non si incrina anche in proposte interpretative del sistema di responsabilità che mirano al superamento della concezione tradizionale. Il riferimento è alla nota tesi di Schlesinger, che fa dipendere la risarcibilità del danno dalla qualificazione della condotta dannosa come ingiustificata: il danno è giuridicamente rilevante se il comportamento che lo ha cagionato è ingiusto, in quanto non giustificato dalla legge come esercizio di un diritto (4). Il rovesciamento dell'impostazione tradizionale è evidente, poiché si esprime il principio per cui tutto ciò che non è permesso è vietato (5). Mentre prima, nell'orizzonte di un mare di libertà di agire si scorgevano poche isole di divieto, nella nuova scena le zone franche dell'esercizio del diritto punteggiano un mare di divieti.

Nonostante questa inversione, che implica un totale rimodellamento del contenuto precettivo della norma di responsabilità, la proposta interpretativa di Schlesinger non cambia il modo della determinazione del confine tra le sfere giuridiche dei soggetti e, quindi, dell'individuazione delle libertà dei singoli.

Per l'interprete l'attenzione si sposta dalla ricognizione dei divieti di agire, implicati dalla costruzione delle differenti situazioni soggettive, all'individuazione dell'area dei comporta-

(4) P. Schlesinger, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile*, Jus, 1960, 336 s.

(5) Cfr. P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, Tratt. dir. civ., diretto da R. Sacco (Torino 1998), 206.

menti permessi. In ogni caso, l'esito del giudizio di ingiustizia del danno è determinato meccanicamente dalla qualificazione della condotta dannosa, rilevante perché permessa e non più in quanto vietata. Per questa ragione non cambia il rapporto tra la legge ed il giudice, il quale, come nello schema tradizionale, darà esecuzione alle scelte politiche del legislatore, risultanti dalla determinazione delle condotte giustificate. Ciò che, invece, muta è la solidità del sistema, perché il passaggio dal precetto di sintesi del "tutto ciò che non è vietato è permesso" al "tutto ciò che non è permesso è vietato" non trova un fondamento, e con esso una convincente spiegazione, nel sistema del codice, a cui la tesi si richiama, riducendosi, alla fine, ad una escogitazione capace di superare solo formalmente la soluzione ancorata al concetto di diritto soggettivo (6), senza però dare al nuovo sistema una giustificazione altrettanto salda sul piano delle scelte e dei giudizi di valore.

Una giustificazione convincente del superamento dell'impostazione tradizionale del sistema di responsabilità, sul piano dei giudizi di valore e delle scelte di politica del diritto, si ritrova, invece, nella teoria di Rodotà (7). Cambia, con questa ricostruzione, soprattutto il fondamento valoriale e politico del sistema ed in parte, in funzione della ridefinizione della norma di responsabilità, anche il rapporto tra la legge e il giudice.

Sul primo versante, è l'attuazione, anche nel diritto dei privati, del dovere costituzionale di solidarietà che giustifica l'ampliamento delle fattispecie di responsabilità e, con esso, la tutela di nuovi interessi (8). Nella trama dell'art. 2 della Costi-

(6) Cfr. R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, Foro pad., 1960, 1420 s., in particolare 1438.

(7) S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (Milano 1964), in particolare 79 s.

(8) Cfr. le obiezioni di C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti* (Milano 1979), in particolare 123 s., che rileva, da parte di Rodotà, una sovrapposizione tra la nozione di solidarietà (la sua funzione e, quindi, la sua sfera di applicazione) fatta propria dalla Relazione al codice civile, la cosiddetta solidarietà corporativa, ed il principio di solidarietà affermato dalla Costituzione, di matrice personalista. Secondo Castronovo, *Problema e sistema cit.*, 126, « quanto poi all'effettiva portata del principio di solidarietà nel nostro ordinamento, non pare che il riferimento ad esso della disciplina della responsabilità civile sotto il profilo dell'ingiustizia del danno sia dei più

tuzione i doveri inderogabili di solidarietà fanno da contraltare al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, segnando il limite dell'esercizio dei diritti e delle libertà del singolo. Operante il limite della solidarietà, anche le posizioni giuridiche soggettive che, nella logica del diritto assoluto, non meritavano una protezione ad ampio raggio, rivolta verso qualunque condotta dannosa da chiunque provenisse, possono ricevere tutela nel nuovo giudizio di responsabilità, reso luogo privilegiato di emersione, nell'architettura dei rapporti tra privati, dei valori costituzionali e delle conseguenti scelte di politica del diritto.

Sul secondo versante, la ridefinizione della norma di responsabilità muta il rapporto tra la legge e il giudice. Cambia il significato dell'ingiustizia, riferita all'evento dannoso (9) e non più alla condotta lesiva, unitamente a cui costituiva l'espressione di sintesi di tutti i divieti di agire espressi dall'ordinamento (10) ed implicati dalla struttura dei diritti soggettivi:

felici. Direi anzi, che nell'intenzione di dare dignità costituzionale alla categoria in questione, si finisce in tale prospettiva con l'attribuire alla solidarietà ruoli di retroguardia rispetto a quelli che ad essa sono propri; ruoli in ogni caso, per i quali può essere già sufficiente una corretta visione della semplice normativa ordinaria ». « La conclusione — tira le somme Castronovo, *Problema e sistema* cit., 139 e 140 — da trarre alla fine di questo lungo discorso è che, in primo luogo, la solidarietà non può essere letta come clausola generale costituzionale cui riferire una presunta clausola generale di responsabilità del codice civile; che, in secondo luogo, ciò non impedisce di rinvenire nella Carta costituzionale le linee direttive della responsabilità civile nel nostro ordinamento. In questo l'intuizione di Rodotà è tutta da condividere, pur nel dissenso circa la concretizzazione del discorso. L'ingiustizia del danno continua a rimanere, secondo la ricostruzione proposta in queste pagine, la formula riassuntiva di ciò che *l'alterum non laedere* vieta come offesa alla sfera giuridica soggettiva, la quale trova rilevanza costituzionale nel riconoscimento di quella serie di situazioni soggettive volte tutte insieme a determinare quello che la persona è all'interno dell'ordinamento. Quanto alla solidarietà, una volta individuata come criterio che regge la dinamica delle situazioni soggettive e quindi presiede all'attività dei soggetti, essa si configura come la categoria che in termini più generali indica l'obiettivo assegnato dall'ordinamento all'autonomia privata e alla responsabilità civile ».

(9) V. già per questa conclusione R. Scognamiglio, *Illecito*, Noviss. Digesto it., VIII (Torino 1962), 164 s., in particolare 171 s.

(10) Cfr. F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, Riv. dir. comm., 1912, II, 744; G. Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza* (Padova 1966), 141 nt. 15.

l'ingiustizia del danno orienta la responsabilità di diritto civile anche verso i giudizi dell'organo giurisdizionale oltre che verso le scelte del legislatore (ordinario). Dal punto di vista della struttura normativa, il sintagma "danno ingiusto" darebbe corpo così ad una clausola generale (11), che assegna al giudice un potere di integrazione e di concretizzazione del precetto della norma di responsabilità, non identificata più come il luogo di chiusura del sistema delle libertà e dei doveri dei soggetti ma descritta, ora, come la valvola di apertura dell'ordinamento ad una domanda di protezione di nuovi interessi che non può attendere i tempi lunghi e le incertezze politiche del legislatore.

D'altra parte, nella costruzione di Rodotà, al giudice non si attribuisce il potere di conferire rilevanza giuridica ad interessi che non sono presi in considerazione, ad un qualche fine, dall'ordinamento. Per l'attuazione del principio di solidarietà, pertanto, il giudice non potrà creare nuovi doveri (o nuovi diritti), del tutto svincolati dalla trama dell'ordinamento, ma potrà limitare la libertà del singolo solo quando la condotta

(11) Nell'ampia letteratura sulle clausole generali v., in particolare, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Riv. dir. comm., 1967, 83 s.; Id., *Il tempo delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 709 s.; Id., *Le clausole generali*, I contratti in generale, a cura di G. Alpa e M. Bessone (Torino 1991), 390 s.; K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, ed. it. a cura di A. Baratta (Milano 1970), 167 s.; Castronovo, *Problema e sistema cit.*, 96 s.; Id., *L'avventura delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 21 s.; A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 539 s.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 5 s.; L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in questa Rivista, 2007, 411 s.; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, Pol. dir., 1988, 631 s., e ora in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di G. Visintini (Milano 1999), 311 s.; M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, L'analisi del ragionamento giuridico, a cura di P. Comanducci e R. Guastini (Torino 1989), 311 s.; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico* (Milano 1990); V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto* (Milano 2010); AA.VV., *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Giur. it., 2011, 1689 s.; M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 345 s.; F. Forcellini e A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in questa Rivista, 2013, 396 s.

dannosa leda una posizione soggettiva che l'ordinamento, per un qualche scopo, considera rilevante. Il dover essere (solidali) non si pone, quindi, in concorrenza con le regole dell'ordinamento, ma si intreccia con esse. Gli interessi a cui si salda il dovere di solidarietà non necessitano, per loro natura, di una protezione assicurata dall'intera comunità, cionondimeno l'ordinamento attribuisce loro un qualche rilievo, in determinate fattispecie.

In questa logica il danno è ingiusto quando è conseguenza della lesione di una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento: non si tratterà, però, solo di quelle situazioni la cui struttura normativa già implica un dovere di astensione rivolto alla generalità dei consociati, ma anche di quegli interessi che, pur non attingendo a questo grado di protezione, abbiano comunque una rilevanza per il diritto, perché oggetto di tutela in determinate fattispecie.

Il confine tra le sfere giuridiche dei consociati è, dunque, rimodellato dalla solidarietà che, nell'occasione e nella dimensione del danno, rende generale la tutela anche di quelle posizioni soggettive che, per sé stesse, non avrebbero garantita una protezione così ampia. In questo modo, si amplia la tutela degli interessi individuali architettata dal legislatore, ma il cambiamento rimane nel solco tracciato dall'ordinamento.

È evidente come questa teoria ponga al centro del giudizio di responsabilità il danno, altrettanto chiara risulta la creazione, in questo modo, di una nuova fonte di doveri giuridici. Il rilievo attribuito al principio di solidarietà ha esattamente questa funzione, attraverso cui si vuole raggiungere il risultato di allargare il perimetro degli interessi tutelati con l'azione di responsabilità e, conseguentemente, del danno risarcibile.

La solidarietà, occorre evidenziarlo ancora, non sarebbe, però, fonte solitaria di doveri agendo nel solco tracciato dal legislatore attraverso l'attribuzione di rilevanza giuridica, per differenti finalità, a determinati interessi. Questa costruzione della modalità di azione del principio di solidarietà nei rapporti tra privati rappresenta un compromesso tra due esigenze: da un lato, se la tutela risarcitoria potesse essere azionata solo nell'ipotesi della violazione di un dovere di astensione implicato dalla struttura della situazione giuridica protetta, un ampliamento degli interessi tutelati sarebbe possibile solo attraverso

un intervento del legislatore, con il rischio che l'inerzia di questi determini un vuoto di tutela in relazione ai nuovi bisogni della società (12); dall'altro, laddove il limite alla libertà dei singoli rappresentato dalla solidarietà agisse a prescindere da un qualche riconoscimento dell'interesse leso da parte dell'ordinamento, si rimetterebbe all'esclusiva valutazione dei giudici l'individuazione degli interessi meritevoli di protezione.

Il sintagma *danno ingiusto* utilizzato nell'art. 2043 c.c. rappresenta una clausola generale la cui concretizzazione, in quest'ottica, si esprime nella saldatura del principio di solidarietà con le situazioni giuridiche rilevanti per l'ordinamento: « non si tratterà, dunque, di una serie aperta di casi di responsabilità civile nel senso che il giudice potrà, secondo il modo in cui riterrà opportuno interpretare la coscienza collettiva in un determinato momento storico, ammettere la esistenza di un qualsiasi dovere; bensì nel senso che il limite della solidarietà deve ritenersi operante in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione legislativa » (13).

Rodotà individua nelle norme che sanciscono il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, nell'attuazione del rapporto obbligatorio e nell'esecuzione del contratto, così come, e a maggior ragione, nella fase di formazione del contratto, altrettanti momenti di emersione nella trama dell'ordinamento di un generale principio di solidarietà, e ipotizza la possibilità di un'applicazione analogica di queste norme, come di quella sul divieto di emulazione, al di fuori del contesto in cui operano proiettandole nell'intero campo dei rapporti tra privati. Lo scopo sarebbe l'affermazione di un generale dovere di correttezza nelle relazioni interindividuali (14).

Sembra però che sia lo stesso autore, mentre ne vaglia il possibile utilizzo, a ritenere inadeguato lo strumento dell'analogia: troppo malleabile nelle mani dell'interprete, ma soprattutto incerto nel fornire un solido fondamento, sul terreno del diritto positivo come su quello dei valori, alla ristrutturazione del sistema della responsabilità civile.

(12) Cfr. Rodotà, *Il problema cit.*, 187.

(13) Rodotà, *ivi*, 112 e 113.

(14) Cfr. Rodotà, *ivi*, 90 s.

Del resto la creazione, per il tramite dell'analogia, di un generale dovere di correttezza si sarebbe rivelata esorbitante rispetto agli stessi scopi perseguiti da questa teoria, tesa più a far emergere il giudizio di responsabilità civile dalle secche del rapporto biunivoco tra diritto soggettivo e danno risarcibile che ad affidare al giudice, con il solo riferimento ad un metro di valutazione indeterminato come la correttezza, il potere di rimodellare, autonomamente, i confini tra le sfere giuridiche dei soggetti, in occasione del giudizio sulla risarcibilità del danno.

Il superamento dell'individuazione degli interessi tutelati in base al modello di protezione, generale o meno, delle situazioni soggettive, si giustifica così attraverso l'utilizzo del principio di solidarietà nei rapporti tra privati, inteso quale limite alla libertà dei singoli sancito dall'ordinamento, al massimo livello delle fonti che ne determinano il diritto, e per l'ordinamento, nel senso che la solidarietà limita la libertà dei soggetti solo di fronte ad una possibile lesione di situazioni giuridiche che l'ordinamento riconosce ed in qualche forma tutela.

Così i confini tra le sfere giuridiche individuali continuano ad essere fissati dal diritto positivo, seppure con minor nettezza, e non dall'interprete, caso per caso, e sulla base del sistema di valori che creda di porre a fondamento della sua decisione.

Due aspetti devono essere ulteriormente sottolineati ai fini della riflessione che si sta tentando di svolgere: il primo riguarda la funzione del principio di solidarietà nel sistema di responsabilità così ridelineato; il secondo ha a che fare con il concreto funzionamento del giudizio di ingiustizia del danno, e soprattutto con il ruolo che in esso gioca l'interprete ed i suoi giudizi di valore.

Dal primo punto di vista, è significativo che Rodotà, anticipando una obiezione che ritiene probabile gli venga mossa, si chiede quale sia la reale utilità del principio di solidarietà nella sua ricostruzione del sistema di responsabilità civile, considerato che la solidarietà limita la libertà dei soggetti solo in presenza di una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento, la cui lesione sarebbe condizione necessaria dell'attribuzione della qualifica di ingiusto al danno che ne sia conse-

guito. La solidarietà, in altre parole, svolge un ruolo nel processo di concretizzazione della clausola generale di ingiustizia?

La violazione del principio di solidarietà non sarebbe neppure ipotizzabile a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica in qualche forma rilevante per l'ordinamento; ma quest'ultima per sé, in assenza del principio di solidarietà, non consentirebbe di qualificare ingiusto il danno derivante dalla sua lesione, « dal momento che proprio l'esistenza di un principio di solidarietà consente che da quella lesione si prendano le mosse per imporre l'obbligo di risarcimento » (15).

La risposta che si dà l'autore è di particolare interesse, per l'attenzione che riflette verso la formulazione di una proposta interpretativa fortemente ancorata al diritto positivo (16).

(15) Rodotà, *ivi*, 115.

(16) Proprio su questo rapporto tra clausola generale e situazione giuridicamente protetta si appunta la critica di Castronovo, *Problema e sistema cit.*, 94 e 95, secondo cui « in realtà assumere l'esistenza di una clausola generale, la cui violazione deve necessariamente passare attraverso la lesione di una situazione giuridica predeterminata, è affermazione intimamente contraddittoria, [...] l'elasticità delle fattispecie a clausola generale è per sua natura inconciliabile con la rigidità che l'elemento normativo porta con sé quando trova la sua individuazione nel riferimento ad altre norme ». Al termine di una lunga analisi, che muove dall'utilizzo anfibologico del sintagma « clausola generale » nell'opera di Engisch e giunge alla soluzione di individuare nell'art. 2043 un enunciato che contiene una norma generale e non una clausola generale, Castronovo, *Problema e sistema cit.*, 123 e 124, significativamente conclude « che *danno ingiusto* non sia clausola generale nel senso di categoria valorabile, come tale attributiva di poteri normativi al giudice, pare dunque ormai indubitabile. Ma questa conclusione va contro uno degli equilibri ormai consolidati nella nostra dottrina, onde non sarà inutile completare il discorso passando all'analisi del contenuto della presunta clausola generale. Proprio sotto questo profilo, infatti, essa si caratterizza in maniera tanto diversa rispetto alle clausole generali, che se ne deve inferire, ancora una volta, l'irriducibilità alla categoria. Si pensi, per fare degli esempi indiscussi alla buona fede e al buon costume: qui il giudice, lo si è già visto, concorre certo alla formazione della norma. Ma appunto, *concorre*, nel senso che se veramente la disciplina del caso concreto è frutto di una valutazione, la previsione fissata nella norma indica al giudice l'ordine di valori dal quale far discendere la sua decisione-precetto. Perché se è vero che tutte le clausole generali possono riannodarsi genericamente alla morale sociale, è altresì vero che ciascuna di esse si richiama a un suo specifico ambito di valori; ché, se così non fosse, non si vedrebbe la ragione di distinguere, per esempio, tra buona fede, buon costume o diligenza. Diversa-

Non si dà violazione del principio di solidarietà se l'interesse leso non è rilevante per l'ordinamento: la libertà del

mente da queste clausole generali, nell'*ingiustizia* del danno avremmo una formula troppo generica, proprio perché mancante del rinvio allo specifico ordine di valori pertinente a ciascuna. In realtà una simile clausola generale, tanto evanescente da malcelare un vero e proprio rinvio integrale, non può solo concretizzante, ai poteri del giudice, sarebbe un vero e proprio dispositivo di "filtraggio", in un ordinamento di legge scritta, di una pura giurisprudenza di equità ».

In questa impostazione, come si vede, l'assunto centrale, che non consente di qualificare quello dell'art. 2043 come un enunciato normativo che contiene una clausola generale, è rappresentato dall'impossibilità per la clausola generale di trovare la sua concretizzazione tramite il riferimento a norme dell'ordinamento giuridico. Sul punto v., però, Belvedere, *Le clausole generali* cit., 329 s., secondo cui alcune clausole generali « più di altre, sono chiamate dalla legge ad operare in situazioni di "concorrenza" rispetto ai giudizi di valore del legislatore che hanno trovato diretta espressione normativa, perché esse riguardano situazioni e rapporti per i quali esiste già una disciplina legislativa (che viene appunto integrata mediante l'attuazione della clausola generale). È questo il caso, ad es., delle clausole di correttezza e buona fede richiamate dalla legge (artt. 1175 e 1375 c.c.) a proposito della esecuzione di obbligazioni e contratti, ed attinenti quindi ad una problematica condizionata da numerose disposizioni legislative, di cui il giudice dovrà ovviamente tener conto nel momento della attuazione della clausola generale. Altre clausole generali, invece, attengono a tipi di comportamento la cui disciplina non è primariamente di matrice giuridica, ed è lasciata prevalentemente alla morale od al costume. Tipica clausola generale di questo secondo tipo è quella del « buon costume » [...] All'estremo opposto di una ipotetica scala di misura della libertà del giudice dai vincoli della compatibilità con norme e principi dell'ordinamento, troviamo una clausola generale come quella dell' « ordine pubblico » che esprime proprio (e solo) una esigenza di rispetto dei valori fondamentali dell'organizzazione politica ed economica della società. Nei confronti di tali principi, già presenti (anche se non sempre espressamente formulati) nell'ordinamento giuridico (se non altro a livello costituzionale), il giudice avrà quindi un vincolo non di semplice compatibilità, ma anzi di attuazione. Si presenta quindi con la massima intensità il problema dei rapporti tra clausola generale e principi della Costituzione, che del nostro ordinamento rappresenta la « tavola dei valori », mentre l'attività creativa del giudice — che pure permane, perché a lui spetta di tradurre valori e principi (non espressi da norme legislative) in « regole praticamente applicabili ai casi concreti » — deve trovare la sua ispirazione tutta all'interno dell'ordinamento giuridico. Non abbiamo quindi qui — a conferma delle grandi differenze che possono sussistere tra le varie clausole generali — quella funzione di apertura (dell'ordinamento) verso la società, riscontrabile invece in altri casi ». Nella logica di Belvedere si muove Velluzzi, *Le clausole generali* cit., 88: « La clausola generale è un termine o sintagma di

singolo, altrimenti, sarebbe limitata da un dovere (quello di solidarietà) non individuabile nel suo contenuto, se non dopo che il giudice ne affermi la ricorrenza e la violazione nella fattispecie concreta. Allo stesso modo, il principio di solidarietà consente di prendere le mosse dall'interesse leso perché, come dovere generale imposto a tutti i consociati, completa la protezione di quelle situazioni giuridiche che non sono tutelate tramite l'imposizione, nei confronti di chiunque, di un dovere di astensione.

Difettando nell'ordinamento un dovere generale di solidarietà, la limitazione della libertà dei soggetti, a fronte di interessi tutelati in modo solo parziale e per determinati fini, sarebbe ingiustificata (17).

Con una formulazione che riecheggia il momento applicativo della *differenztheorie*, si chiama il giudice a determinare la risarcibilità del danno comparando la situazione patrimoniale

natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti ». Riguardo specificamente all'art. 2043 così si esprime Velluzzi, *Le clausole generali* cit., 93: « Orbene a quali condizioni un danno può dirsi ingiusto? La formulazione dell'articolo lascia aperta la questione, non indica se il criterio dell'ingiustizia di un danno sia da rintracciare in norme dell'ordinamento giuridico oppure altrove. La risposta all'interrogativo può venire solo dopo che si è deciso di interpretare la clausola generale "danno ingiusto" sulla base di uno standard, di un criterio (interno o esterno che sia) selezionato tra quelli in competizione ».

Quest'impostazione è condivisa anche da chi scrive: la natura valutativa ed indeterminata della componente semantica del sintagma « danno ingiusto » fa sì che l'enunciato normativo di cui all'art. 2043 contenga una clausola generale. L'interpretazione sistematica di tale enunciato esclude che il parametro di concretizzazione della clausola generale possa, in questo caso, essere trovato all'esterno dell'ordinamento giuridico, proprio per le ragioni argomentate da Castronovo.

(17) Cfr. Fedele, *Il problema della responsabilità* cit., 119 s. Sull'interpretazione del sistema di responsabilità civile disegnato dal legislatore del '42 il pensiero di Rodotà è singolarmente consonante con quello di Fedele: per il primo è necessario il riferimento al principio costituzionale di solidarietà per fondare la risarcibilità del danno conseguente alla lesione di un diritto di credito; il secondo, che non prende neppure in considerazione la Carta costituzionale quale fonte del diritto privato, rifiuta infatti la tesi che considera ingiusta la lesione dannosa di un diritto relativo.

del titolare dell'interesse a seguito della violazione del principio di solidarietà con la stessa situazione mancando la violazione (18). Si può ben dire che, in questo senso, la decisione sull'ingiustizia esprime un giudizio di valore tra i due interessi contrapposti, del danneggiante e del danneggiato, formulato sulla base di un parametro univoco e predeterminato, il principio di solidarietà, e destinato perciò a risolversi in modo uniforme con la risarcibilità del danno se ed in quanto lo stesso consegue alla lesione di un interesse giuridicamente protetto.

Si deve quindi concludere che, in questa teoria, la concretizzazione della clausola generale di ingiustizia del danno non comporta alcuna attività di comparazione né di bilanciamento degli interessi in conflitto, dovendosi intendere per tale, come la logica esige, un processo dialettico il cui artefice, considerando diversi argomenti, sceglie a quale interesse dare prevalenza nella fattispecie concreta. Laddove, invece, l'interprete decida su pretese confliggenti, una di tutela l'altra di libertà, applicando un parametro univoco di risoluzione della contesa, né compara né bilancia ma applica una regola, costruita, questo è il caso, sulla base di un principio.

Esempi, paradigmatici, di attuazione della teoria presa in esame, nel senso che si tratta di risultati operativi con essa perfettamente coerenti, sono la tutela aquiliana del diritto di credito, nella fattispecie in cui la condotta lesiva abbia reso definitivamente o temporaneamente impossibile la realizzazione dell'interesse del creditore, così come quella del possesso e, a ben vedere, dell'interesse legittimo (19).

2. Trimarchi, come Rodotà, supera il modello del giudizio di responsabilità costruito sullo schema del diritto soggettivo, ma ne descrive la sostanza nuova del suo funzionamento nella valutazione comparativa di due interessi contrapposti, quello del danneggiato e quello che guida la condotta del danneggiante, individuando il parametro in base al quale bilanciare nell'interesse pubblico (20). Ambedue le ricostruzioni si sosten-

(18) Cfr. Rodotà, *Il problema cit.*, 113.

(19) Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* (Milano 2006), 202 s.

(20) P. Trimarchi, *Illecito*, Enc. dir., XX (Milano 1970), 90 s.

gono sul medesimo presupposto, quello secondo cui, in questa materia, il giudice è chiamato a produrre regole giuridiche, ma differiscono sul tema cruciale di quale sia lo strumento, ed al contempo, il fondamento della creazione di norme: da una parte la solidarietà, dall'altra il bilanciamento degli interessi contrapposti misurato dalla pubblica utilità (21).

Un esempio dell'autore evidenzia, chiaramente, il modo in

L'affermazione secondo cui il giudizio di ingiustizia consisterebbe in una valutazione comparativa (o bilanciamento) dell'interesse del danneggiato e di quello del danneggiante è largamente prevalente tanto in letteratura quanto nelle sentenze. V., fra gli altri, G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito* (Napoli 1979), 245 s.; M. Barcellona, *Strutture della responsabilità e « ingiustizia » del danno*, in questa Rivista, 2000, 401 s., soprattutto 446; V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, Riv. dir. civ., 2004, I, 29 s.; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Tratt. dir. priv., a cura di G. Iudica e P. Zatti (Milano 2005), 85 e 86; D. Messinetti, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia « tradito »*, Riv. crit. dir. priv., 2007, 555 s., e per quel che qui interessa 560; M. Franzoni, *L'illecito* (Milano 2010), 891 s.; M. Libertini, *Clausole generali* cit., 373 e 374 nt. 43. In giurisprudenza v., per tutte, Cass. s.u. 22-7-1999, n. 500, Foro it., 1999, I-2, 2487 s., con nota di A. Palmieri - R. Pardolesi, secondo cui « quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza ».

(21) Secondo Trimarchi, *Illecito* cit., 97 e 98, « il tentativo di fornire delle formule miranti a rendere più o meno meccanica la determinazione delle fattispecie illecite, facendola dipendere strettamente da norme specifiche diverse dall'art. 2043 c.c., appare come la naturale espressione di una dottrina giuridica secondo la quale i giudici non sono mai chiamati a completare il sistema di legge, ma solo a conoscerlo. [...] Certo è che i problemi dell'illecito civile non possono affrontarsi adeguatamente con metodi che abbiano un carattere sistematico-deduttivo: qui più che altrove le valutazioni dell'interprete hanno un'importante funzione. Questi potrà spesso indurre dal complesso delle leggi le direttive economiche e sociali alle quali attenersi nella soluzione dei conflitti degli interessi in giuoco. Ma nulla garantisce che ciò sia sempre possibile ».

cui l'interesse pubblico dovrebbe essere declinato. Il caso è quello del patto di esclusiva tra un produttore ed un venditore, cui il primo concede di offrire i suoi prodotti in una determinata zona. Il produttore, violando il contratto concluso con il venditore, rifornisce della sua merce un terzo la cui attività commerciale è stabilita nella medesima zona per cui era stata concessa l'esclusiva.

Come dovrebbe essere valutata la domanda di risarcimento del danno subito dal contraente deluso nei confronti del terzo?

Secondo questa tesi, il bilanciamento dell'interesse del titolare dell'esclusiva con quello del terzo dovrebbe portare a privilegiare l'interesse di quest'ultimo, negando al primo la tutela risarcitoria. È interesse pubblico evitare la creazione di situazioni di monopolio ingiustificate e dannose: « è prevedibile che questa argomentazione acquisti maggior peso con l'introduzione di leggi antitrust le quali, anche quando non vietano le concessioni di esclusività per la rivendita, sono espressione di una direttiva economica ad esse sfavorevole » (22).

La valutazione degli interessi delle parti, come si vede, prende schiettamente la consistenza del bilanciamento tra differenti politiche pubbliche: l'una ispirata alla promozione di un sistema di libera concorrenza, per attuare il quale l'ordinamento non deve tutelare interessi che trovino fondamento in una sua restrizione; l'altra tendente a proteggere gli interessi di coloro che hanno già una certa posizione sul mercato.

Quale sarebbe stata la valutazione degli interessi delle parti sulla base del principio di solidarietà? Il principio di solidarietà ha, nel nostro ordinamento, il significato di imporre, a chi voglia intraprendere una determinata attività economica, l'obbligo di astenersi dal porre sul mercato una determinata merce perché il produttore ha già stipulato un patto di esclusiva con un altro rivenditore? (23)

(22) Trimarchi, *ivi*, 101.

(23) Trimarchi, *ivi*, 99 e 100, l'autore non analizza il significato e la portata del principio di solidarietà nel nostro ordinamento, nondimeno sono di un certo interesse queste considerazioni sulla responsabilità per omissione: « L'eccezionalità della responsabilità per omissione risponde peraltro a ragioni e ad esigenze fondamentali, come è provato dall'universale accettazione del principio, rilevabile attraverso la storia e la comparazione giuridica; e si

3. Conviene, per il momento, lasciare da parte queste domande, e concentrarsi su una teoria, di molto posteriore alle precedenti, e che da queste prende i concetti chiave, ponendoli però in un differente contesto e facendovi discendere implicazioni non contenute nelle elaborazioni originarie.

Il riferimento è alla tesi che individua nell'abuso del diritto il parametro di concretizzazione del giudizio di ingiustizia del danno (24). Possiamo aggiungere, in parte anticipando le conclusioni cui si perverrà, che questa teoria, attraverso l'affermazione di un generale dovere di correttezza nei rapporti tra privati, implica una valutazione del principio di solidarietà quale fonte autonoma di obblighi giuridici.

Andando con ordine, però, si deve ora anzitutto spiegare il legame, che si è evocato, con le teorie esaminate precedentemente: con la prima la comunanza si ritrova, quindi, nel rilievo rivestito dal principio di solidarietà; con la seconda, invece, vi è condivisione nel descrivere l'ingiustizia del danno come il risultato di un bilanciamento di interessi ad opera del giudice.

La trama dello svolgimento di questa tesi evidenzia i seguenti passaggi: l'affermazione, anzitutto, della centralità della figura dell'abuso del diritto nell'ordine giuridico dei rapporti tra privati; la conseguente proposta di estendere l'ambito di appli-

può prevedere che un progressivo affermarsi del principio della solidarietà possa condurre ad ampliare i doveri di azione, ma non mai ad affermare un generale dovere di cooperazione e di intervento. [...] Ed infine è importante osservare che, mentre il sistema attuale limita il controllo giudiziario agli atti di colui che invade la sfera altrui, l'introduzione di un generale dovere di cooperazione implicherebbe un penetrante controllo di tutta l'attività di ciascuno e, in tal modo, l'eliminazione di ogni sfera privata, all'interno della quale ci si possa muovere a proprio arbitrio: è chiaro che ciò non sarebbe tollerabile (e neppure sarebbe praticamente realizzabile in modo ordinato e sistematico) ».

(24) F.D. Busnelli - E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *Diritto privato*, III, L'abuso del diritto, a cura di G. Furguele (Padova 1998), 171 s. V. anche E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno* (Torino 1996), 151 s.; Id. *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 s.; Id., *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, *La responsabilità e il danno*, *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini (Milano 2009), 256 s. Riguardo a questa teoria v. l'ampia e puntuale critica condotta da F. Piraino, « *Ingiustizia del danno* » e *antigiuridicità*, in questa Rivista, 2005, 703 s.

cazione del divieto di abuso del diritto, meglio ancora del principio di abuso del diritto, al di là dei confini della disciplina della proprietà e del rapporto obbligatorio, sul terreno della responsabilità civile; la particolare permeabilità di questo terreno ad accogliere l'argomento dell'abuso, per farne il parametro sulla base del quale compiere quel bilanciamento di interessi che la clausola generale dell'ingiustizia del danno affida all'interprete: « se è vero che l'ingiustizia del danno evidenzia la sede di un conflitto di interessi, essa non dice quale debba essere la sua soluzione e se possa consistere in una comparazione a posteriori » (25).

Tornando, analiticamente, sui singoli momenti dell'argomentazione, l'affermazione di un divieto generale di abuso del diritto è ricavata dalla ricostruzione del diritto soggettivo come *facultas agendi*, la quale implica, in un ordinamento pluralistico, la necessità, nel passaggio dalla possibilità all'azione, di un sindacato, in concreto e a posteriori, sul risultato prodotto dall'esercizio della singola posizione soggettiva nell'interazione con altre situazioni soggettive (26). In quest'ottica è abuso lo sviamento sostanziale dal diritto, valutato a posteriori, cioè sulla base del risultato dell'esercizio del diritto, con il metro della gerarchia dei valori sanciti dall'ordinamento nella Carta costituzionale.

Espressione ed insieme applicazione del divieto di abuso del diritto sono il divieto degli atti emulativi ed il dovere di correttezza. Il primo è interpretato non in chiave soggettiva, come intenzione di nuocere, ma oggettivamente, come divieto di esercizio del diritto nell'ipotesi in cui vi sia una sproporzione fra l'interesse perseguito dall'agente e l'interesse leso; il secondo è inteso come dovere di esercitare le proprie ragioni tenendo conto di quelle altrui, quindi di limitare le proprie possibilità di agire per salvaguardare l'interesse altrui. Il giudizio secondo correttezza implica, perciò, tanto una comparazione, in astratto, tra l'interesse perseguito dall'agente e l'interesse sacrificato quanto una valutazione, in concreto, del modo in cui la facoltà di agire è stata esercitata.

(25) Busnelli - Navarretta, *Abuso del diritto* cit., 206.

(26) Cfr. U. Natoli, *Il diritto soggettivo* (Milano 1943), 59.

Affinché il divieto di abuso del diritto abbia la consistenza, che gli compete, di principio generale, e non si riduca ad un'etichetta da apporre agli strumenti operativi che l'ordinamento ha disciplinato, la tesi in esame ritiene necessario un suo impiego nel sistema della responsabilità civile (27). Del perché anche il giudizio di ingiustizia del danno trarrebbe giovamento dall'utilizzo del divieto di abuso del diritto si è già detto, restano da chiarire i modi dell'innesto, che avverrebbe attraverso l'estensione, al campo della responsabilità civile, del divieto di emulazione e del dovere di correttezza (28). Quest'ultimo troverebbe applicazione nelle fattispecie in cui il danno si produca in presenza di una qualche relazione tra danneggiato e danneggiante, il primo nelle ipotesi in cui questa "relazionalità" manchi (29).

Il principio dell'abuso del diritto, attraverso le sue condizioni di applicazione, l'emulazione e la correttezza, costituirebbe il parametro di concretizzazione dell'ingiustizia del danno, nel senso che fornirebbe al giudizio di ingiustizia le regole per il suo svolgimento. Secondo questa tesi, come già evidenziato, l'ingiustizia del danno evidenzia la sede di un conflitto di interessi ma non dice né quale debba essere la sua soluzione né se possa consistere in una comparazione *a posteriori*. L'abuso del diritto darebbe risposta a queste domande: il giudizio di ingiustizia del danno consiste in un bilanciamento di interessi *a posteriori* da compiere attraverso i parametri dell'emulazione e della correttezza.

Prima di esaminare a fondo questa soluzione, è il caso di spendere qualche considerazione su queste domande che il sintagma danno ingiusto porrebbe.

Si sostiene che l'ingiustizia del danno, sede di un conflitto di interessi, non dica se la sua soluzione possa consistere in una comparazione *a posteriori*, ma se l'ingiustizia del danno

(27) V. l'utile analisi storica di G. Cazzetta, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, L'abuso del diritto Teoria, storia e ambiti disciplinari, a cura di V. Velluzzi (Pisa 2012), 51 s.

(28) Cfr. A. Galoppini, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, 1386 s.; *contra v.*, in particolare, C. Scognamiglio, *Buona fede e responsabilità civile*, in questa Rivista, 2001, 343 s.

(29) Cfr. Busnelli - Navarretta, *Abuso del diritto cit.*, 207 s.

esprime un conflitto di interessi la sua soluzione non può che consistere in una comparazione a posteriori, quel che si dice un bilanciamento, poiché, in caso contrario, il bilanciamento sarebbe già stato compiuto, *a priori*, dall'ordinamento ed espresso con la formula dell'ingiustizia. In quest'ultima ipotesi, però, dire che l'ingiustizia del danno evidenzi un conflitto d'interessi non avrebbe senso, o meglio avrebbe il medesimo significato dell'affermazione che tutte le regole giuridiche esprimono un conflitto di interessi, risolto in un certo modo, quello definito nella regola, dall'ordinamento. Quindi, o l'ingiustizia del danno esprime un conflitto di interessi, ed allora la sua soluzione non può che essere il bilanciamento degli interessi in conflitto, oppure se si è incerti sul fatto che l'ingiustizia possa consistere in un bilanciamento di interessi, allora non si può sostenere che la stessa evidenzi la sede di un conflitto di interessi, essendo questo interrogativo prioritario e discendendo da esso tutto il resto (30).

Superate queste considerazioni preliminari, si deve analizzare la proposta applicativa di cui concretamente la tesi è portatrice. A questo fine, è utile prendere a prestito la classificazione, in termini strutturali, delle possibili fattispecie oggetto del giudizio di responsabilità elaborata da Castronovo (31).

Nella prima, il danneggiante non agisce nell'esercizio di un diritto mentre in capo al danneggiato vi è una situazione soggettiva meritevole di tutela; nel secondo schema, chi agisce è titolare di una situazione giuridica soggettiva, l'interesse leso, invece, non attinge ad un soglia di meritevolezza per l'ordinamento e quindi non è tutelato. Nella terza fattispecie tanto il danneggiante quanto il danneggiato possono vantare la titolarità di una posizione giuridica soggettiva. Nell'ultima, al contrario, né in capo al soggetto agente né a chi lamenta di aver subito un danno sussiste una situazione soggettiva rilevante.

Si devono valutare, ora, le conseguenze che avrebbe l'impiego della teoria sull'abuso del diritto nella seconda e nella quarta fattispecie di giudizio di responsabilità. Riguardo alla prima, la conclusione è certamente segnata dalla meritevolezza

(30) Cfr. C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, Enc. giur., XVII (Roma 1996), 10 s.

(31) Castronovo, *La nuova responsabilità cit.*, 28 s.

dell'interesse leso, che renderà risarcibile il danno subito dal suo titolare, di modo che un'eventuale qualificazione di abusività della condotta dell'agente nulla potrebbe aggiungere al giudizio di responsabilità. Sulla terza fattispecie, in cui sembrerebbe profilarsi uno scontro tra diritti, si tornerà in seguito.

Potrebbe stupire che si saggino le conseguenze applicative della tesi in esame alla stregua di un'ipotesi (la quarta) descritta per la mancanza di un diritto in capo al soggetto agente (32). La spiegazione è presto data, precisando che i sostenitori di questa teoria, basandosi su un noto studio in tema di abuso del diritto, ritengono che questo sia configurabile non solo con riferimento ai diritti ma anche in relazione alle libertà, potendo esistere quindi tanto l'abuso di un diritto quanto l'abuso di una libertà (33).

Chiarito ciò, si può notare come sia nella fattispecie in cui il soggetto agente è titolare di un diritto (la seconda) sia in quella in cui esercita semplicemente una libertà (la quarta), il danno non consegue alla lesione di un interesse meritevole di tutela. Si tratta di ipotesi di danno cosiddetto meramente patrimoniale proprio perché il pregiudizio non è ricollegato ad una posizione soggettiva che l'ordinamento, in qualche forma, protegge (34). Il danno dovrebbe essere, quindi, sopportato dal

(32) In quest'ipotesi, rileva Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., 30, « il danno, non qualificato dalla lesione di una situazione soggettiva, diventa risarcibile di riflesso ad una qualificazione della condotta o di uno *status* dell'agente, reso rilevante a tal fine dalla legge, come accade nella concorrenza sleale [...] queste sono fattispecie legali tipiche, che per definizione escludono un apporto valutativo del giudice poiché il bilanciamento degli interessi è già stato fatto dal legislatore. Sono fattispecie di danno meramente patrimoniale eccezionalmente risarcibile in via extracontrattuale ».

(33) V. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Riv. dir. civ., 1965, I, 234 e 235.

(34) Cfr. A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 297 s.; Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., in particolare, 109 s.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in questa Rivista, 2008, 315 s.; Scognamiglio, *Ingiustizia* cit., 14 s.; Id., *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in questa Rivista, 2000, 333 s.; S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in questa Rivista, 2009, 349 s.

V. anche il dibattito, di particolare interesse, sviluppatosi tra Castronovo e Libertini: C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, Danno e

danneggiato, l'esito del giudizio segnato dalla mancata responsabilità del danneggiante: il danno non è ingiusto.

Proviamo a collocarci ora in quel diverso ordine di idee di cui si è detto, e a considerare la conclusione raggiunta sbagliata, o quanto meno affrettata, perché non ottenuta bilanciando gli interessi di cui le fattispecie evidenziano il conflitto. La strada da seguire sarà, invece, quella di valutare il concreto esercizio del diritto o della libertà che si è esplicato nella situazione oggetto di giudizio e bilanciarlo con l'interesse di cui è portatore il danneggiato, sulla base dei due parametri dell'emulazione e della correttezza.

Sulla scorta del primo, si abusa del diritto o della libertà quando da una valutazione *ex post* risulti una sproporzione tra l'interesse perseguito e l'interesse leso.

Un esempio può essere d'aiuto per capire il funzionamento di questo criterio di bilanciamento. Il caso, tratto da uno studio di carattere teorico generale in materia di abuso del diritto (35), è il seguente: il Consorzio della zona franca di Barcellona è titolare di una concessione amministrativa per l'estrazione di sabbia dalle spiagge del litorale; una società possiede una centrale elettrica presso l'estuario di un fiume, nelle vicinanze di una spiaggia in cui il Consorzio esercita la sua attività estrattiva; l'estrazione distrugge le difese naturali che proteggono la centrale dal mare e dagli straripamenti del fiume; in questo contesto alcuni violenti temporali causano notevoli danni alla centrale elettrica. La società proprietaria della centrale chiede al Tribunale la condanna del Consorzio al risarcimento del danno subito a causa dell'attività estrattiva.

Il Tribunale Supremo spagnolo, con la sentenza del 14

resp., 2004, 469 s.; M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, ivi, 933 s.; C. Castronovo, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 1165 s.; M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, ivi, 2005, 237 s.

(35) M. Atienza - J. Ruiz Manero, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, ed. it. a cura di M. Taruffo (Bologna 2004), 60 s. Sull'opera di Atienza e Ruiz Manero v. le considerazioni e le critiche di F. D. Busnelli, "Illeciti atipici" e il dibattito su regole e principi, in questa Rivista, 2006, 1035 s.; C. Castronovo, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, ivi, 1051 s.; F. Piraino, *Il divieto di abuso del diritto*, in questa Rivista, 2013, 75 s., in particolare 92 s.

febbraio 1944, fa applicazione dell'art. 7, comma 2°, del codice civile e conferma la condanna del Consorzio al risarcimento, affermando, per quel che qui interessa, « che un'azione è abusiva quando può essere descritta *prima facie* come un caso di esercizio di un diritto soggettivo »; il suo esito sia un « danno ad un interesse non protetto da una specifica prerogativa giuridica »; il danno si caratterizzi « per immoralità o antisocialità manifestata in forma soggettiva (quando il diritto si esercita con l'intento di pregiudicare o, più semplicemente, senza un fine serio e legittimo) o sotto forma oggettiva (quando il danno deriva da un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto) » (36).

Secondo Atienza e Ruiz Manero quello appena descritto rappresenta un caso paradigmatico di abuso del diritto, e l'abuso del diritto, assieme alla frode alla legge e allo sviamento di potere, descrive un'ipotesi di illecito atipico. La tesi dei due filosofi del diritto spagnoli fornisce degli elementi di valutazione molto utili per un corretto inquadramento della tesi italiana sulla funzione dell'argomento dell'abuso nel giudizio di ingiustizia del danno.

La decisione del Tribunale Supremo di considerare la condotta del Consorzio un abuso nell'esercizio del diritto di estrazione, fonte di responsabilità, viene spiegata, da questa dottrina, sulla base della definizione di abuso del diritto che si riporta: « L'azione A compiuta da un soggetto S nella circostanza X è abusiva se e solo se: 1. esiste una norma regolativa che permette a S di compiere A nella circostanza X. Questa regola è un elemento del fascio di posizioni normative nelle quali si trova S come titolare di un certo diritto soggettivo; 2. Come conseguenza di A, un altro o altri soggetti soffrono un danno, D, e non esiste una norma regolativa che proibisca di causare D; 3. D, invece, appare come un danno ingiustificato perché sono presenti alcune delle seguenti circostanze: 3.1. che nel compiere A, S non perseguiva altra finalità individuabile se non quella di causare D, o che S compì A senza alcun fine serio e legittimo individuabile; 3.2. che D è un danno eccessivo o anormale; 4. Il carattere ingiustificato del danno determina che

(36) Atienza - Ruiz Manero, *Illeciti atipici* cit., 42 e 43.

l'azione rimanga fuori dall'ambito dei principi che giustificano la regola permissiva alla quale si fa riferimento *sub* 1, e che sorga una nuova regola che stabilisce che nelle circostanze X' (X più una qualche circostanza che supponga una forma di realizzazione di 3.1 o di 3.2) l'azione A è proibita » (37).

Mentre, quindi, l'illecito tipico si caratterizza per la contrarietà della condotta ad una regola, quello atipico sarebbe dato dalla contrapposizione rispetto ad un principio. In quest'ultima ipotesi, la condotta è permessa da una regola, che però alla luce dei principi che la giustificano si rivela sovra inclusiva, nel senso che autorizza un'azione antisociale, rispettivamente per lo scopo che la motiva o per il risultato che sortisce. Lo scarto tra la fattispecie astratta della regola e quella concreta, cui la prima dovrebbe applicarsi, evidenzia quella che gli autori chiamano una lacuna assiologica al livello, appunto, della regola: « si tratta di casi che le regole del sistema risolvono permissivamente, ma senza che, per questa soluzione, si consideri rilevante una qualche proprietà che, d'accordo con l'ipotesi di rilevanza che deriva dai principi, dovrebbe invece prendersi in considerazione per risolvere proibitivamente il caso » (38). L'argomento dell'abuso risolve il problema posto dalla lacuna assiologica della regola, ponendosi come un sistema di auto-correzione del diritto tutto interno all'ordinamento, poiché consente al giudice di riscrivere la regola in conformità ai principi che la giustificano, proibendo quelle condotte che, rispetto ad essi, si rivelino concretamente prive di fondamento.

Sta proprio su questo fondamento delle regole sui principi, sul rapporto tra le une e gli altri, il punto debole di questa ricostruzione. Quali sono i principi che giustificano la regola? La condotta concretamente realizzata si pone in contrasto con il principio che la giustifica (o meglio che giustifica la regola permissiva) o con un principio diverso, che interferisce col primo? Quale ambito di applicazione hanno i principi, cioè in che modo e fino a che punto possono incidere sulle regole, al di fuori del contesto dei diritti inviolabili, nel campo dei rapporti economici, in presenza anche di determinate direttive di politica economica del sistema?

(37) Atienza - Ruiz Manero, *ivi*, 59.

(38) Atienza - Ruiz Manero, *ivi*, 65.

A queste domande la teoria non dà una risposta, ma è proprio dalla soluzione a questi problemi che dipende la possibilità di considerare l'argomento dell'abuso del diritto un'autocorrezione (39) dell'ordinamento e non un'eterocorrezione, fondata sui giudizi di valore del singolo interprete. Se di etero e non auto correzione si trattasse, l'utilizzabilità dell'argomento dell'abuso nella responsabilità civile richiederebbe, prima, la dimostrazione che il giudizio di ingiustizia del danno possa nutrirsi dei giudizi di valore del singolo giudice. Il problema è lo stesso che si pone Rodotà quando definisce la portata di quello che chiama il limite della solidarietà.

Sembra ragionevole ritenere che, nella vicenda della centrale elettrica di Barcellona, il principio con cui contrasterebbe la condotta del Consorzio sia proprio la solidarietà (40). Se così è l'argomento dell'abuso si risolve nella sottoposizione della libertà dell'agente al limite della solidarietà, cui si attribuisce così, e questo è il punto rilevante, il rango di fonte autonoma di doveri giuridici, considerata l'assenza in capo al danneggiato di un interesse protetto, in qualche forma, dall'ordinamento.

Il principio di solidarietà si esplica nella fattispecie attraverso l'argomento dell'abuso del diritto, e quest'ultimo si rea-

(39) Come sostengono Atienza - Ruiz Manero, *Illeciti atipici* cit., 61 s.

(40) Atienza - Ruiz Manero, *Illeciti atipici* cit., 58 nt. 9, parlano di « società minimamente equitativa » e di equità come principio in senso stretto: « le ragioni da prendere in considerazione al momento di qualificare abusiva un'azione devono essere ragioni di principio e non meramente ragioni finalistiche. Però, quando il danno causato ad interessi di altri soggetti o ad interessi collettivi (alla cui tutela e promozione puntano le direttive) risulti « eccessivo » o « anormale », l'azione cessa di rimanere nell'ambito giustificato del principio di autonomia. Non si tratta qui del fatto che ragioni finalistiche vengano a prevalere su ragioni di principio, ma solo del fatto che la determinazione dell'ambito giustificato del principio di autonomia non può tracciarsi in un modo che sia completamente insensibile al danno causato ad interessi altrui o ad interessi collettivi (visto che in questo caso sarebbe impossibile una società minimamente equitativa nel trattamento riservato agli interessi dei suoi diversi componenti e tale esigenza sembra essere, senza dubbio, un principio in senso stretto) ».

Questo principio di equità, inteso come limite del principio di autonomia, ha sostanzialmente il medesimo significato che Rodotà attribuisce al principio di solidarietà, assegnandovi però una differente portata applicativa, sul presupposto che il principio di solidarietà possa "entrare in gioco" solo se sia stata lesa una situazione giuridicamente rilevante.

lizza secondo il Tribunale, come anche nella teoria di Atienza e Ruiz Manero, perché la condotta ha cagionato un danno anormale o eccessivo.

Secondo la teoria di Busnelli e Navarretta, da cui il discorso è iniziato, una fattispecie come quella esemplificata evidenzia una sproporzione tra l'interesse perseguito dal danneggiante e l'interesse leso, o sarebbe meglio dire tra il vantaggio conseguito dal danneggiante ed il pregiudizio subito dal danneggiato. In un'ipotesi di questo tipo, in cui peraltro manca quella che si definisce una "relazionalità" tra danneggiato e danneggiante, il bilanciamento di interessi, in cui si estrinseca secondo la tesi il giudizio di ingiustizia, dovrebbe essere condotto attraverso il parametro dell'emulazione.

Dicendo questo, dopo aver ragionato sull'esempio, quest'ultima affermazione desta quasi stupore perché l'emulazione, come si vede, non è un parametro di bilanciamento, né la regola che si formula a seguito del bilanciamento, ma semplicemente la regola che si è scelto di applicare alla fattispecie. Il danno è ingiusto perché la condotta che lo ha provocato, in considerazione dell'entità del pregiudizio cagionato, è contraria al divieto di emulazione, assunto a sicuro indice di ingiustizia. La qualificazione di ingiustizia prescinde, così, da qualsivoglia ponderazione o peso attribuito agli interessi contrapposti, e si affida ad un parametro, o meglio ad una regola, che non può sortire esito diverso dalla responsabilità del danneggiante.

Constatato che non vi è traccia, in questo modo di risolvere il problema dell'ingiustizia del danno, di un giudizio di bilanciamento, non resta che riproporre le considerazioni formulate poco fa sul principio di solidarietà, di cui il sedicente parametro dell'emulazione pare espressione, e sul significato che ha il suo utilizzo in una fattispecie come quella esemplificata (41).

(41) La concezione del principio costituzionale di solidarietà di Busnelli è formulata, in un modo che non potrebbe essere più chiaro, in F. D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e « l'attesa della povera gente »*, oggi, Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, 413 s.: « Il diritto, il nostro diritto civile del nuovo secolo, non sembra recepire l'impulso solidarista della nostra Costituzione nel rispetto della sua vocazione autentica. È irresistibilmente attratto verso un orizzonte individualista e libertario (più che liberale) che dall'altra sponda dell'Oceano, sulle ali del successo « sfrenato » del libero mercato, è venuto a illuminare di luce diversa il cielo della vecchia Europa. [...] Due sono princi-

Lo stesso discorso può essere, sostanzialmente, riproposto anche con riguardo a quello che, sempre secondo la teoria in esame, dovrebbe essere il secondo parametro del bilanciamento: la correttezza (42).

palmente le ragioni: la prima riguarda la nozione stessa di solidarietà, e consiste nella sua sbandierata ambiguità; la seconda concerne l'isolamento culturale della concezione costituzionale (italiana) della solidarietà, che certamente ambigua non è. [...] Questa idea di solidarietà non è facilmente integrabile con l'indirizzo c.d. liberaldemocratico oggi dominante, che dal nuovo continente, ove è essenzialmente funzionale al ruolo del mercato — « *liberalism accords a special, even privileged role to markets* » —, si espande sempre più nella vecchia Europa» [...] Se per John Rawls la « solidarietà sociale » si scolora in una « fraternità » che, non essendo immune dagli strascichi storici della *fraternité* uscita dalla rivoluzione francese, si riveste paradossalmente di un significato « liberatorio » (dalla solidarietà stessa), per Martha Nussbaum la « solidarietà della compassione » sembra oscillare tra la virtù cristiana della carità e il precetto laico della « reciprocità democratica », senza mai varcare la soglia della doverosità costituzionale, quale si addice a un concetto « forte » di solidarietà. [...] Il dovere legale di soccorso è un'autentica « cartina di tornasole » della (calante) vitalità dell'impegno giuridico di solidarietà: ignorato, come dovere generale penalmente sanzionato, dal sistema nordamericano [...] ».

Proprio sulla « cartina di tornasole » della responsabilità per omissione Busnelli - Navarretta, *Abuso del diritto* cit., 214 e 215, facendo riferimento ad un dibattito sviluppatosi nell'ambito di un gruppo di civilisti europei, così si esprimono: « È subito insorto uno scontro di ideologie: più precisamente, tra un'ideologia di carattere liberale, individualistico, che induce a sottolineare la mancanza di un obbligo legale di intervenire e quindi la mancanza di un'ingiustizia del danno; e una ideologia solidarista che si sforza di perseguire risultati opposti. Orbene, nel nostro sistema, parrebbe dover prevalere una soluzione che, evitando di aderire *ex ante* all'una o all'altra ideologia, suggerisce al giudice di valutare, *ex post*, se la condotta del passante, in sé da considerarsi *iure* (non in quanto esercizio di una precisa situazione soggettiva, ma in quanto esplicazione della generica libertà di non tenere una condotta positiva) non si appalesi « emulativa » in ragione di circostanze concrete (l'estrema facilità di prestare soccorso, la mancanza di possibili interventi alternativi, ecc.) che mettano in evidenza *a posteriori* una radicale sproporzione fra l'interesse del passante e l'interesse leso. [...] Qualcuno potrebbe obiettare che anche queste sono soluzioni « ideologiche ». È un'obiezione che va respinta sol che si tenga presente che il divieto di abuso del diritto, come principio-ponte, attinge ai valori costituzionali: che non sono ideologie, ma norme ».

(42) La giurisprudenza, ormai costantemente, individua nella regola di correttezza e buona fede l'espressione di « un generale principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta collocato nel

Per spiegare il funzionamento di questo criterio nel giudizio di responsabilità, si può utilizzare la fattispecie della cosiddetta doppia alienazione immobiliare, che gli stessi autori della tesi in discorso definiscono come ipotesi esemplare di bilanciamento da condurre sulla base del parametro della correttezza (43).

Si tratta, come è noto, del danno subito da chi, divenuto titolare del diritto di proprietà su di un immobile, non trascrive il suo acquisto, creando così l'opportunità per il secondo acquirente di trascrivere e, grazie al congegno pubblicitario, di avere la meglio nel conflitto con il primo avente causa. In quest'ipotesi la giurisprudenza ha riconosciuto al primo acquirente il diritto ad ottenere dal secondo acquirente (primo trascrivente) il risarcimento del danno subito, laddove quest'ultimo fosse in

quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»: Cass. 18-9-2009, n. 20106, Foro it., 2010, I, 85 s., con nota di A. Palmieri - R. Pardolesi, *Della serie « a volte ritornano »: l'abuso del diritto alla riscossa*, 95 s. A proposito di questa pronuncia, tra i tanti commenti, v. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Tratt. dir. priv., a cura di G. Iudica e P. Zatti (Milano 2013), 401 s.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106)*, Nuova giur. civ. comm., 2010, II, 129 s.; C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, ivi, 139 s.; F. Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, ivi, 148 s. Ancora più rilevante, per ciò che qui interessa, è quanto affermato da Cass. 15-2-2007, n. 3462, Rep. Foro it., 2007, Contratto in genere, n. 560, e nella sua integralità De Jure online: « L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio ».

In dottrina, il riferimento è chiaramente a S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, Foro pad., 1964, 1283 s.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1964), 84 s. e 103 s. Cfr. U. Breccia, *Le obbligazioni*, Tratt. dir. priv., a cura di G. Iudica e P. Zatti (Milano 1991), 355 s.

(43) Busnelli - Navarretta, *Abuso del diritto* cit., 213.

mala fede, perché consapevole di ledere il diritto del primo avente causa (44).

A contrapporsi, nella fattispecie, sono l'interesse del secondo acquirente al libero esercizio dell'iniziativa economica, non ostacolata da alcuna regola posta dall'ordinamento, e l'interesse del primo, frustrato dalla seconda alienazione, a salvaguardare la propria intrapresa, cioè a mantenere o, per meglio dire, a consolidare il diritto acquistato.

Il contatto tra danneggiato e danneggiante, dato dalla conoscenza da parte del secondo dell'alienazione a favore del primo, evidenzerebbe, nella fattispecie, quella "relazionalità" necessaria per individuare nel parametro della correttezza, e non in quello dell'emulazione, il criterio di bilanciamento per mezzo del quale compiere il giudizio di ingiustizia. Esito del bilanciamento sarebbe la prevalenza dell'interesse del primo acquirente e la conseguente responsabilità del secondo, soluzione questa accolta anche dalla giurisprudenza proprio sulla base di una valutazione di scorrettezza formulata circa la condotta del danneggiante, che ha perseverato nell'acquisto del bene già venduto ad un terzo pur essendo consapevole della prima alienazione, quindi conscio di lederne l'interesse.

Trimarchi, sempre alla stregua di un bilanciamento dei medesimi interessi, giunge alla soluzione, opposta, dell'irresponsabilità del secondo acquirente, spiegando questa conclusione con l'argomento che l'interesse pubblico, individuato dall'autore come il criterio che guida l'opera di bilanciamento nel giudizio di ingiustizia del danno, impone di far « pervenire la merce là dove essa è più utile, con un risultato di maggiore efficienza del sistema economico complessivamente considerato » (45).

(44) Cass. 8-1-1982, n. 76, Foro it., 1982, I, 393 s., con nota di R. Pardolesi.

(45) P. Trimarchi, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, Riv. dir. civ., 1983, I, 217 s., in particolare 223. Il passo ripreso nel testo (citato da Busnelli - Navaretta, *Abuso del diritto* cit.) riferisce, invero, l'opinione dell'a. riguardo al tema dell'inopponibilità al terzo, che abbia stipulato con il debitore un contratto incompatibile, del diritto di credito, ma è certamente idoneo ad esprimere, più in generale, il modo in cui secondo l'a. il parametro dell'utilità sociale dovrebbe trovare concretezza. Ad avviso di Trimarchi, *Sulla responsabilità del terzo* cit., 223 nt. 9, « ad argomentazioni

L'interesse del confronto tra le due soluzioni non nasce dalla loro divergenza, ma dalle caratteristiche del criterio che ne ha consentito la formulazione, da una parte la pubblica utilità dall'altra la correttezza: il primo ha le qualità per essere un parametro di bilanciamento; il secondo no.

Per convincersene basta considerare che, sulla base dell'interesse pubblico, si può giungere a ritenere responsabile il secondo acquirente, basterà declinare l'utilità sociale in modo diverso da quanto visto prima, sviluppando un ragionamento che ponga a confronto gli obiettivi che una comunità si pone e dando al perseguimento degli stessi un differente peso. Mentre, utilizzando il parametro della correttezza, nell'ipotesi data la soluzione non può che essere quella della responsabilità del danneggiante, per la semplice ragione che la correttezza non è un criterio di bilanciamento ma è già la regola del conflitto, la soluzione del bilanciamento. Lo schema di ragionamento che offre la correttezza non permette di ponderare le ragioni, i vantaggi e gli svantaggi, di uno o di un altro esito del giudizio di responsabilità, non consente insomma di bilanciare due interessi contrapposti ma soltanto di valutare se, nella fattispecie concreta, la condotta realizzata sia o meno corretta, e del resto non potrebbe essere diversamente posto mente al fatto che si tratta di una regola di comportamento, seppure espressa nella forma di una clausola generale.

4. Due recenti pronunce, una della Corte di Cassazione

come questa, fondate su un principio di efficienza, vengono spesso contrapposti generici richiami al principio di solidarietà ». È di particolare interesse il commento di Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., 114 nt. 27, alle conclusioni raggiunte da Trimarchi: « tale posizione, diametralmente opposta a quella dei sostenitori di una responsabilità extracontrattuale del terzo, dimostra come, a far perno sull'ingiustizia come clausola generale, si possa pervenire a conclusioni parimenti discutibili perché unicamente ancorate a una diversa tavola di valori, assunti per così dire in presa diretta a regolare i conflitti di interessi. La posizione di stallo alla quale inevitabilmente si giunge è conseguenza della pari legittimità che in una società pluralista i valori contrapposti rivelano in assoluto. Nella specie essi sono, per Trimarchi, l'efficienza economica e il dinamismo dei traffici, per i sostenitori della responsabilità aquiliana del terzo, il rispetto delle situazioni soggettive, la correttezza e la moralità dei traffici medesimi (non la solidarietà, come ritiene invece, non a proposito, Trimarchi) ».

l'altra del Tribunale di Milano, possono utilmente dare concretezza a quanto si sta dicendo.

La Cassazione sostiene che « si configura un fatto illecito da informazioni o da dichiarazioni false od inesatte a carico della società controllante di una delle due parti contraenti, nell'ipotesi in cui tale società, terza rispetto al contratto ed al di fuori di qualsiasi dichiarazione di per sé vincolante e coercibile, con la sua condotta scorretta, manifestata vuoi direttamente per il tramite dei suoi organi, vuoi mediante direttive alla controllata, e consistente nell'indurre o rafforzare l'affidamento del creditore della società controllata nella capacità di adempimento di quest'ultima, abbia cagionato un danno ingiusto per lesione dell'affidamento dell'altra parte contraente, la quale abbia, per tale motivo, continuato ad operare forniture alla controllata medesima, poi non adempiute » (46).

Come si vede la Corte, individuato nell'affidamento del fornitore l'interesse leso, si limita semplicemente a condizionare l'attribuzione di responsabilità alla società controllante alla scorrettezza della sua condotta, senza ricorrere alla retorica del bilanciamento o comparazione degli interessi. Nel discorso dei giudici del ricorso a questa tecnica argomentativa non vi è traccia, mentre l'analisi si concentra sulla mancata emersione, nella motivazione della sentenza d'appello, del raggiungimento della prova della scorrettezza del comportamento della ricorrente, cui si lega la cassazione della pronuncia di condanna.

Diverso è lo stile uguale è la sostanza nella sentenza del

(46) Cass. 28-2-2012, n. 3003, Rep. Foro it., 2012, Resp. civ. n. 298, e nella sua integralità De Jure online.

In quest'ordine di idee v. U. Carnevali, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori*, Contr. e impr., 1988, 83 s.; F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella « terra di nessuno tra contratto e fatto illecito »: la responsabilità da informazioni inesatte*, Contr. e impr., 1991, 539 s. Contra C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Le ragioni del diritto Scritti in onore di Luigi Mengoni, I (Milano 1995), 148 s.; Id., *La nuova responsabilità cit.*, 443 s.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in questa Rivista, 2009, 679 s.; C. Scognamiglio, *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, B.B.T.C., 1995, I, 534 s. V., inoltre, C. W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, Riv. crit. dir. priv., 1983, 567 s., e 793 s.

Tribunale di Milano. Il tributo al bilanciamento è pagato dalla massima, dove si legge che « avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione » (47).

Il caso è quello del mancato guadagno realizzato da un collezionista durante una trattativa con una casa d'aste francese, per la vendita di un quadro di un noto pittore italiano da poco scomparso. In un primo tempo il mercante, nella convinzione che la realizzazione del quadro risalisse ai primi anni Sessanta, periodo al quale l'autore aveva datato l'opera, offrì un'ingente somma per l'acquisto. La cifra proposta diminuì, però, di molto quando la Fondazione dedicata all'artista, sentita dalla casa d'aste per una conferma sulla datazione dell'opera, ne fissò la creazione ai primi anni 2000.

Il ricorso al bilanciamento degli interessi, declamato nella massima, scompare nella motivazione, che giudicando perita la condotta della convenuta ne esclude la responsabilità: « l'opinione scientifica espressa dalla Fondazione risulta frutto di una attività di studio e di esame prudente, diligente e fondata su più che adeguate competenze professionali. Quindi, deve escludersi che il comportamento tenuto nella vicenda dalla Fondazione possa essere qualificato illecito *ex art. 2043 c.c.* ».

Nelle ipotesi considerate, il riferimento alla correttezza

(47) Trib. Milano 14-7-2012, De Jure online. Cfr. Cass. 4-5-1982, n. 2765, Giust. civ., 1982, I, 1745, con nota di A. Di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, secondo cui « per danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. deve intendersi anche il danno inferto al diritto all'integrità del proprio patrimonio e più specificamente al diritto a determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti dell'art. 41 Cost.) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni da chiunque rese e comunque concernenti quell'attività, e senza essere pregiudicato da dichiarazioni rese per dolo e per colpa (in violazione dei doveri di solidarietà sociale predicati dall'art. 2 Cost.) ».

(invero, nella fattispecie della doppia alienazione immobiliare, è la buona fede soggettiva a venire in considerazione, non quella oggettiva) o alla imperizia sottintende, e crea al contempo, una doverosità della condotta dell'agente, che, a seconda dei casi, si sarebbe dovuto astenere dal compiere l'azione posta in essere o avrebbe dovuto comportarsi in modo differente.

Proprio l'attenzione verso la creazione di nuovi doveri è la chiave di volta per comprendere l'attuale evoluzione del sistema della responsabilità civile (48). Certamente, anche nella nuova stagione della responsabilità che si apre negli anni '60, al centro vi era l'istituzione di nuovi doveri ma essa era solo il tramite per proteggere nuovi diritti ed interessi, inediti per la tutela aquiliana ma emergenti nel diritto positivo. Quella logica era espressa, perfettamente, dal riferimento dell'ingiustizia non più alla condotta ma all'evento dannoso; allo stesso modo la distanza, da allora, dei ragionamenti e delle prassi dell'oggi può essere resa efficacemente con il rovesciamento di quell'immagine, in un nuovo spostamento dell'area di incidenza dell'ingiustizia ma questa volta dal danno alla condotta (49).

Non si tratta, come è fin troppo evidente per sottolinearlo, di un ritorno al passato ma del superamento di un punto di equilibrio tra legge e giurisdizione, tra i giudizi di valore del legislatore e quelli dei giudici. Mentre, nell'idea degli ispiratori del sistema del codice, l'ingiustizia del danno dipendeva dalla struttura della situazione soggettiva lesa, e quindi in sostanza dall'illiceità della condotta in quanto violazione di un dovere, l'attuale attenzione, prioritaria, per la condotta dell'agente ha tutt'altro segno, riflettendo invece un'incertezza nel modo della determinazione degli interessi oggetto della tutela aquiliana, mascherata dalla retorica del bilanciamento.

(48) V., al riguardo, le analisi di differente segno di F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, Contr. e impr., 1985, 1 s.; Id., *La commedia della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1987 s.; F. D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1988, 643 s.; C. Castrovino, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1989, 539 s.

(49) Cfr. Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., 748 s.; Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto* cit., 365.

Come si è cercato di dimostrare, il processo dialettico di bilanciamento degli interessi non dà forma al giudizio di responsabilità né nelle pronunce dei giudici né nelle argomentazioni degli studiosi: alla base della creazione di nuovi doveri vi è spesso, in realtà, un'istanza equitativa, di giustizia del caso concreto.

5. Questo giudizio d'equità, celato dal richiamo al bilanciamento degli interessi, si propone spesso come espressione ed applicazione del principio di solidarietà, cosa che, dal punto di vista della storia delle idee, ha perfettamente senso se si considera la grande influenza che il pensiero di Rodotà ha esercitato nell'ambiente giuridico italiano (50). Del resto, l'idea di solidarietà si presta, senz'altro, ad evocare un bisogno, nella prospettiva dei valori, di riconoscimento dell'altro da sé, e così delle sue istanze e dei suoi interessi, e di una conseguente limitazione dell'individualità o, a seconda dei differenti giudizi, di una sua ridefinizione nella socialità (51). Non si tratta certo del solo modo di declinare un'idea di solidarietà, perché su questa strada si confrontano differenze d'opinione nette riguardo al ruolo che debbano giocare il singolo, le formazioni sociali e lo stato, divergenze cioè proprio su quale debba essere la logica solidarista, la sua valenza bilaterale ed equitativa o generale e distributiva (52). Il centro della controversia, in altre parole, è se la solidarietà sia un dovere dell'uno nei confronti dell'altro o un dovere del cittadino nei confronti dello stato, con una non trascurabile diversità d'accento, nei due casi, sulla valenza morale del principio (53).

Il problema, che ha un riverbero importante nel sistema della responsabilità civile, diventa così il seguente: l'idoneità del

(50) V., di recente, S. Rodotà, *Solidarietà: un'utopia necessaria* (Bari 2014), specialmente 39 s.; Cfr. F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale* (Milano 2002), 221 s.

(51) V. G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, Pol. dir., 1990, 47 s., in particolare 51 s.

(52) Cfr. F. Giuffrè, *La solidarietà* cit., 211 s.; G. Peces-P. Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. (Milano 1993), 239 s.

(53) Cfr. F. Rigano, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale* (Padova 1995), soprattutto 66 s.; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (Bari 2003), 111 s.

principio di solidarietà ad essere sorgente di doveri giuridici, e quindi, in sostanza, la legittimità della decisione del giudice che ne faccia diretta applicazione (54).

La questione non è certo che la norma che impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà non sia diritto positivo, né che abbia valore soltanto programmatico; la difficoltà di condividere questa conclusione sull'efficacia del principio di solidarietà nasce proprio da una sua appropriata considerazione come norma caratterizzata da un grado davvero assai elevato di genericità ed indeterminatezza, e pertanto bisognosa di concretizzazione e, si può ben dire in questo caso, di bilanciamento nell'ipotesi in cui si trovi a confliggere con altri principi e diritti o con interessi generali (55); concretizzazione

(54) V., per una risposta negativa a questo interrogativo, Scognamiglio, *Ingiustizia* cit., 13 e 14.

(55) G. Zagrebelsky, *Il diritto mite* (Torino 1992), 148 e 149, tracciando una distinzione tra regole e principi rileva che « la differenza forse più importante può essere suggerita dal diverso « trattamento » cui le regole e i principi sono sottoposti da parte della scienza del diritto. Solo le regole sono oggetto dei metodi, vari e virtuosistici, dell'interpretazione giuridica che scava nel linguaggio del legislatore. Nelle formulazioni dei principi c'è poco da interpretare in questo modo. Il loro significato lessicale è per lo più autoevidente e non c'è nulla che abbia da essere estratto fuori ragionando sulle parole. Le formule di « principio » sono spesso espressioni alquanto banali, « basate su sempre nuove ricezioni di terza o quarta mano » ma non perciò meno venerabili, che richiamano tradizioni storiche, contesti di significato, ecc. Che, più che « interpretate » attraverso l'analisi del linguaggio, devono essere intese nel loro *ethos*. In breve, alle regole « si ubbidisce », e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore lancia per mezzo delle formulazioni che contengono le regole; ai principi invece si « aderisce » e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione ». V., però, la precisazione di Belvedere, *Le clausole generali* cit., 328, che spiega come « sono ipotizzabili principi che — per quanto generali e indeterminati siano — possono essere applicati direttamente, mediante una normale operazione ermeneutica diretta a precisare (se necessario, o comunque nella misura necessaria alla loro applicazione nel caso concreto) le situazioni ed i comportamenti che il principio stesso descrive (sia pure in modo assai generale o indeterminato): un esempio ci è offerto dall'art. 36, co. 1, Cost. In altre parole, in questi casi la premessa maggiore del sillogismo giudiziale è rappresentata dal principio [...] ». In questo senso v. anche M. Jori, *I principi nel diritto italiano. Saggi di metagiurisprudenza* (Milano 1985), 319.

e bilanciamento che non possono essere lasciati, esclusivamente, alla solitaria decisione di un giudice. Insomma, usando le parole di Mengoni, « che il dovere di solidarietà non possa rendersi operante, nella forma di specifici obblighi giuridici, senza l'interposizione del legislatore è fuori discussione » (56).

Nel sistema costituzionale italiano l'archetipo della relazione tra principio di solidarietà e libertà economiche è rappresentato dall'art. 41, comma 2, della Costituzione (57), che spiega il modo dell'incidenza del principio di solidarietà sulla libertà di iniziativa economica, soggetta a limiti quando contrasti con l'utilità sociale e, più specificamente, quando possa recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (58). Riguardata la questione nella prospettiva dei rapporti tra privati, di questa norma (come di quella di cui all'art. 2 Cost.) si può dare una interpretazione restrittiva, tesa a ridurre la portata del principio di solidarietà ad una limitazione

(56) L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, a cura di M. Napoli (Milano 1998), 3 s., ora in *Scritti I Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (Milano 2011), 139 s., 143. Secondo Mengoni, *Fondata sul lavoro* cit., 143 e 144, « preliminarmente si deve precisare che la solidarietà (nel senso dell'art. 2) non va confusa con l'etica della compassione o della benevolenza, confusione ancora frequente nella giurisprudenza. [...] Nemmeno alla nozione costituzionale di solidarietà può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede (o correttezza) come usa la Cassazione in materia di contratti, probabilmente ricordando l'originario riferimento dell'art. 1175 c.c. alla « solidarietà corporativa ». La buona fede (oggettiva) è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà è un criterio regolatore di interessi che non si contrappongono su un medesimo piano: essa ha una dimensione collettiva, significa « farsi carico », nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, anche del bene comune, almeno nel senso minimale — spiegato dall'art. 41, comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica — di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Nei termini dello psicologismo imperante nel pensiero filosofico di allora, un liberale illuminato come John Stuart Mill definiva la solidarietà “un sentimento fraterno per gli interessi collettivi” ».

(57) Sull'art. 41 cost. v. F. Galgano, *Rapporti economici*, II, sub. art. 41 cost., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca (Bologna e Roma 1982), 1 s.

(58) Cfr. Rodotà, *Il problema* cit., 105.

della libertà economica dei soggetti nell'ipotesi di interferenza tra questa e i diritti inviolabili dell'uomo (tesi dei "doveri inderogabili di solidarietà" come espressione riassuntiva dei singoli doveri affermati esplicitamente, o ricavabili implicitamente, dalla Costituzione), ovvero un'interpretazione estensiva, o evolutiva, che consenta, nel prodursi della dinamica socio-economica, l'individuazione di nuovi doveri, quindi di nuovi limiti alla libertà di agire, connessi ad una sua sempre maggiore possibilità di dispiegarsi (tesi dei "doveri inderogabili di solidarietà" come fattispecie aperta) (59).

Seguendo questa seconda strada, l'imposizione di nuovi doveri — come si ricava, attraverso il riferimento all'utilità sociale e a diritti di indiscussa rilevanza assiologica, dal modello rappresentato dall'art. 41 Cost. — trova un limite nella

(59) Cfr. A. Barbera, *Principi fondamentali, sub art. 2 cost.*, Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca (Bologna e Roma 1975), 50 s., secondo cui « se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'art. in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà » (97). Precisa l'a. che « in ogni caso, i doveri costituzionali, siano essi di solidarietà politica, economica e sociale, sono destinati a tradursi a livello delle posizioni giuridiche individuali tramite obblighi puntuali stabiliti, nel quadro del testo costituzionale, dal legislatore ordinario. Sul punto non dovrebbero ormai aversi dubbi: i doveri fondamentali non possono esplicare la loro funzione tendenzialmente limitatrice dei diritti inviolabili se non in base ad una espressa previsione legislativa » (99).

Un ultimo brano di questo scritto è di sicuro interesse e va ripreso in questa sede: « La tutela dei diritti inviolabili non può non esplicarsi anche a vantaggio del privato « debole », che subisca una serie di influenze e di condizionamenti tali da essere posto in condizione di soggezione nei confronti del « potere privato », [...] posizione che pone questi ultimi in grado di comprimere « di fatto » l'astratta uguale libertà dell'altro privato con cui vengono in relazione e nei cui confronti deve altresì operare il richiamo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui allo stesso art. in esame. [...] Sul punto è in atto un ricco e generoso dibattito tra i civilisti [...]. Non è facile prevedere gli sbocchi di tale dibattito; ma v'è un pericolo di cui si comincia ad avere consapevolezza: il senso stesso di frustrazione e di impotenza politica avvertito dalle giovani generazioni di civilisti può portarle a privilegiare il momento della difesa, attraverso rinnovate categorie civilistiche e mitizzati poteri giudiziari, dei microinteressi [...] » (107 s.).

rilevanza dell'interesse alla protezione del quale il dovere sarà funzionale (60). Proprio in questo passaggio, nell'individuazione dell'interesse rilevante e quindi meritevole di protezione, si inserisce la mediazione del diritto legislativo nell'attuazione del principio di solidarietà: la limitazione della libertà individuale, per essere legittima, utile e socialmente accettata, deve corrispondere ad un disegno razionale (o quantomeno controllabile e prevedibile), che la sottragga all'incerta episodicità del diritto giurisprudenziale, ed eviti che situazioni analoghe siano trattate in modo differente e quindi irragionevole, con il rischio di incrinare il principio di uguaglianza, asse portante dell'ordinamento non meno del principio di solidarietà.

6. Dimostrato che il bilanciamento non dà realmente sostanza al giudizio di ingiustizia del danno, ma piuttosto costituisce uno schermo, retorico, dietro cui celare percorsi differenti per la creazione di regole di responsabilità, rimane da considerare, più attentamente, l'unica teoria che pone autenticamente al centro della qualificazione di ingiustizia del danno il bilanciamento degli interessi, quella di Trimarchi.

Si è detto, genericamente, che l'interesse pubblico, individuato dalla tesi in discorso come il criterio per ponderare e scegliere tra gli interessi confliggenti, può costituire un parametro di bilanciamento perché consente di sviluppare delle argomentazioni in grado di mettere a confronto gli opposti interessi, gli svantaggi ed i vantaggi del prevalere dell'uno o dell'altro, ed infine, non prima di aver scelto come declinare in

(60) Secondo Mengoni, *Fondata sul lavoro* cit., 144, « dopo il fallimento dei tentativi di programmazione economica improntati al modello dell'economia mista, la costituzione « vivente » si è indirizzata verso un modello liberistico, che sposta l'intervento pubblico dalla funzione programmatica dello sviluppo economico alla funzione di regolatore del mercato al fine, da un lato, di promuovere l'utilità sociale valorizzando le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere, dall'altro, di correggere le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali. In questo riorientamento della costituzione economica i fini sociali, di cui discorre la norma ambigua dell'art. 41, comma 3, tendono ad identificarsi con i limiti della libertà di iniziativa economica indicati nel comma precedente, nei quali si specifica la funzione di coordinamento del principio di solidarietà ».

concreto l'utile per la collettività, di concedere la prevalenza ad uno degli interessi in conflitto.

La sommaria descrizione di questo processo dialettico trova solo nella logica il suo fondamento, non essendo disponibili definizioni comunemente accettate di bilanciamento. Per cercare di svolgere un discorso meno astratto e più preciso, non resta quindi che prendere in considerazione le analisi che sono state elaborate su quelle operazioni di bilanciamento ormai accreditate nella nostra prassi giudiziaria: il bilanciamento tra diritti, compiuto dai giudici "comuni" e dalla Corte Costituzionale.

Con il superamento della teoria dei limiti naturali dei diritti, a partire dagli anni '70, la Corte Costituzionale rinuncia alle definizioni, a priori, dei reciproci confini tra i diritti che trovano nella Costituzione il loro fondamento (61), e condiziona, in modo via via più esplicito, la decisione sullo scontro tra diritti, nel senso della prevalenza dell'uno o dell'altro, alle caratteristiche degli stessi e della loro interazione che l'esperienza del conflitto, concretamente, rivela (62). Dichiaratamente, l'operazione di bilanciamento è strettamente legata alla fattispecie oggetto di decisione, dei cui caratteri e peculiarità si nutre, nella generale considerazione, tanto dei giudici quanto degli studiosi, che la composizione del contrasto tra diritti o principi o tra gli uni e gli altri ed interessi di carattere istituzionale o, comunque, generale possa derivare solo da un esame in concreto e *a posteriori* delle questioni che il divenire pone irrompendo nel mondo dei diritti (63).

(61) V. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, Enc. giur., XI (Roma 1989), 29 s.

(62) Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Milano 1992), 56 s.

(63) Cfr. Mengoni, *Fondata sul lavoro* cit., 142, che spiega: « In quanto valori costituzionalmente riconosciuti e garantiti, i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale senza richiamo, nemmeno generico, di limiti (per esempio, la libertà dell'arte e della scienza: art. 33). Nel caso di collisione tra due diritti o tra un diritto individuale e un interesse collettivo costituzionalmente protetto occorre procedere a una valutazione ponderata (c.d. bilanciamento) per determinare, in rapporto alle circostanze concrete, la prevalenza dell'uno o dell'altro oppure la misura del contemperamento dell'uno con l'altro ».

Da questo punto di vista, una definizione *a priori* dei confini tra diritti è percepita come rigida ed insicura ad un tempo, pronta ad essere smentita, inevitabilmente, dalla giurisprudenza successiva. Il bilanciamento si presenta, così, come una tecnica di decisione costitutivamente flessibile ma, ciò nondimeno, in grado di produrre anche, in determinate circostanze, regole stabili idonee a fungere da precedente in successivi giudizi (si parla, a questo proposito, di bilanciamento definitivo contrapponendolo al bilanciamento ad *hoc*).

Non si può contare su di una definizione esatta di bilanciamento, ma si può comprenderne meglio il significato attraverso il confronto con l'interpretazione: « se l'interpretazione mira ad assegnare *un* significato al discorso del legislatore (alla « disposizione »), il bilanciamento degli interessi non muove certo verso questo obiettivo. Lo scopo è di raggiungere una soluzione soddisfacente in presenza di un conflitto tra interessi: una soluzione che non pretende di porsi come *unico significato* normativo ricavabile dal testo legislativo; anzi, più precisamente, nulla ha essa a che fare con il mondo dei *significati* e dei relativi fondamenti ermeneutici, bensì appartiene al mondo delle *decisioni* e delle relative giustificazioni retoriche. Il bilanciamento non pretende di fissare l'unico significato attribuibile ad una disposizione, ma di individuare il punto di equilibrio tra le posizioni di interesse in gioco nel caso specifico (il che significa però che presuppone una precedente attività interpretativa di ricostruzione e qualificazione degli interessi da conciliare) » (64).

Un recente studio traccia un'interessante distinzione tra un bilanciamento come logica ed un bilanciamento come tecnica argomentativa, portando, come esempio del primo tipo, anche il giudizio di ingiustizia del danno, considerato e descritto proprio con la lente della teoria di Trimarchi (65). È anzitutto utile notare l'estrema genericità con cui viene definito questo genere di bilanciamento: « se inteso come "logica", il bilanciamento non denota una tecnica argomentativa dotata di una specifica riconoscibilità: piuttosto, è la logica che sovrintende a

(64) Bin, *Diritti e argomenti* cit., 60. Il corsivo nel testo è dell'autore.

(65) G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna 2010), in particolare 173 s.

(è presupposta da) tecniche argomentative diverse. Per logica del bilanciamento intendo qualunque operazione intellettuale, anche non esplicitata, che consiste nel prendere in considerazione fattori diversi, idonei ad influenzare in maniera diversa una decisione o un iter argomentativo, e valutarne i rispettivi meriti, vantaggi e svantaggi, o comunque assegnare loro un ordine di priorità » (66).

Il bilanciamento come tecnica argomentativa rappresenta, invece, il tipo di ragionamento con cui si risolvono i conflitti tra diritti nello stato costituzionale contemporaneo (67). Come tecnica dell'argomentazione giuridica, la sua caratteristica essenziale è quella di avere ad oggetto un conflitto tra norme costituzionali che sanciscono diritti in modo generico ed indeterminato, e di produrre come soluzione una regola del conflitto che dia la prevalenza ad una delle due norme disapplicando l'altra, senza però che quest'ultima venga dichiarata invalida o abrogata. In questo senso, il bilanciamento è un criterio residuale di soluzione delle antinomie, perché entra in gioco quando gli altri criteri non sono utilizzabili (68).

Si ritiene che un buon bilanciamento sia un bilanciamento ragionevole, in cui uno dei diritti in conflitto non sia sacrificato in misura sproporzionata rispetto a quanto necessario per far prevalere l'altro nella fattispecie considerata, e sulla base di questo criterio la Corte Costituzionale giudica della legittimità del bilanciamento compiuto dal legislatore in materia di diritti fondamentali (69).

(66) Pino, *Diritti e interpretazione* cit., 174 e 175.

(67) Zagrebelsky, *Il diritto* cit., 170, spiega che i principi « non si strutturano, di regola, secondo una « gerarchia dei valori ». Se ciò avvenisse, si determinerebbe un'incompatibilità col carattere pluralistico della società, inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali. In caso di conflitto, il principio più elevato priverebbe di valore tutti i principi inferiori e darebbe luogo a una minacciosa « tirannia del valore » fondamentalmente distruttiva. [...] La pluralità dei principi e l'assenza di una gerarchia formalmente determinata comporta che non vi possa essere una scienza della loro composizione ma una prudenza nel loro bilanciamento ».

(68) Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative* (Milano 1999), 287; Pino, *Diritti e interpretazione* cit., 186.

(69) V. A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, Pol. dir., 1991, 639 s., in special modo 653 s.

Anche il giudice “comune” usa la tecnica del bilanciamento quando dirime un conflitto tra diritti, e ciò accade anche nel giudizio di responsabilità civile producendo come risultato l’individuazione, o meno, di una causa di giustificazione che escluda la risarcibilità del danno (un caso classico è quello dello scontro tra diritto di cronaca e diritto alla reputazione, considerato come un esempio di bilanciamento definitorio per l’analiticità della formulazione della regola del conflitto e per la stabilità che fa registrare la sua applicazione (70)).

Al di fuori di questa ipotesi, se di bilanciamento si volesse parlare in relazione al giudizio di ingiustizia del danno, secondo la tesi in discorso lo si dovrebbe intendere come la logica che sovrintende ad altre tecniche argomentative e non come una tecnica argomentativa autonoma. Non resta, quindi, che chiedersi quale tipo di argomentazione si dispiegherebbe nel giudizio di responsabilità, se la logica che lo improntasse fosse realmente quella del bilanciamento.

Del bilanciamento come tecnica, si è detto, uno dei caratteri emergenti è l’inevitabilità, dovuta alla mancanza di una regola del conflitto tra diritti. Nell’illecito civile, al contrario, una regola del conflitto applicabile c’è sempre, ed è data dalla meritevolezza (il danno sarà risarcibile) o dalla giuridica irrilevanza (il danno rimarrà a carico del danneggiato) dell’interesse leso, alla stregua degli indici offerti dal diritto positivo. Ciò detto, se ci si fermasse a questa considerazione il discorso potrebbe chiudersi qui e la domanda posta pocanzi rimarrebbe senza risposta. Si deve quindi proseguire nell’analisi.

Il bilanciamento tra diritti rappresenta, indubbiamente, un tipo di argomentazione ampiamente discrezionale, in cui giocano un ruolo non secondario i giudizi di valore di coloro che ne sono autori (71), ma se, nondimeno, si ritiene che la tecnica

(70) V. Cass. 18-10-1984, n. 5259, Foro it., 1984, I-2, 2711 s., con nota di R. Pardolesi.

(71) Cfr. Zagrebelsky, *Il diritto* cit., 157, che così scrive: « È possibile così dire, in sintesi, che la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la manifestazione più alta del diritto positivo. Tuttavia, poiché il diritto costituzionale si presenta non come volontà di una parte che si impone sull’altra, ma come espressione di un equilibrio obbiettivo, nel senso sopra precisato, il rapporto tra legge (compresa la legge costituzionale) e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale. Lo stile, il modo di argomen-

del bilanciamento non si riduca all'espressione di valutazioni idiosincratiche e vi sia, invece, il margine per considerarla come un processo dialettico razionalmente controllabile, due sono gli aspetti su cui concentrare l'attenzione.

Da una parte, rafforza la coerenza del processo argomentativo e la stabilità della regola del conflitto prodotta un'attenta individuazione dell'oggetto del bilanciamento, cioè dei diritti in conflitto, e così dei principi e degli interessi che sono al centro della contesa (72). Un altro punto fermo, d'altra parte, lo si può ritrovare nella generale condivisione degli obiettivi di questa forma di giudizio: la proporzionalità e la ragionevolezza nel contemperamento tra i diritti antagonisti, nella consapevolezza che entrambi meritano ed esigono tutela (73).

Difficilmente si può pensare di rinvenire questi stessi aspetti di, seppur relativa, certezza in un bilanciamento di "puri" interessi, come sarebbe quello che avrebbe luogo nel giudizio di responsabilità civile.

Sulla strada del raggiungimento di un'argomentazione razionalmente controllabile e dagli esiti di stabile applicazione, il primo problema sarebbe proprio quello della pressoché assoluta indeterminatezza delle entità da bilanciare e, con essa, dei parametri sulla base dei quali valutare il risultato del bilanciamento. Il procedere dell'argomentazione sarebbe, presumibilmente, questo: all'analisi degli interessi contrapposti nella fattispecie concreta seguirebbe l'individuazione del principio o del risultato stimato utile per la collettività che ciascuno degli interessi può richiamare, l'esito sarebbe pertanto quello di associare la prevalenza riconosciuta all'uno od all'altro interesse concreto, nei termini della meritevolezza della tutela o al contrario della rimproverabilità della condotta, alla realizzazione di questo o quel principio od interesse generale.

Se nel bilanciamento tra diritti si contrappongono il diritto

tare « in diritto costituzionale » assomiglia infatti allo stile, al modo di argomentare « in diritto naturale », come sa chiunque abbia qualche dimestichezza con le grandi decisioni dei Tribunali costituzionali. Acutamente, si è parlato, a proposito delle giurisdizioni costituzionali, di « amministrazione giudiziaria del diritto di natura » [...].

(72) Cfr. Bin, *Diritti e argomenti* cit., 62 s.

(73) Cfr. Pino, *Diritti e interpretazione* cit., 182 s. e 201 s.

all'autodeterminazione terapeutica e quello alla salute collettiva, il diritto di cronaca e quello alla riservatezza o alla reputazione, il diritto di manifestazione del pensiero e la libertà di circolazione, la libertà religiosa e l'uguaglianza tra i sessi, la libertà di associazione e quella di parola e così via; nel bilanciamento tra interessi lo scontro sarebbe tra il principio di solidarietà e la libertà di iniziativa economica, tra la solidarietà e l'uguaglianza, o ancora tra quest'ultima e la libertà di intrapresa, o tra la solidarietà e l'efficienza del mercato e via discorrendo.

Insomma, la scelta tra l'interesse del danneggiato e quello del danneggiante dipenderebbe essenzialmente dal modo di intendere la convivenza sociale del suo autore, e si tratterebbe di una scelta non assoggettabile a freni o a mediazioni. Sta proprio qui la diversità tra questo genere di argomentazione ed il bilanciamento tra diritti, ed è una differenza di grado di indeterminatezza e controllabilità del processo di decisione. Per questa ragione è condivisibile la tesi che non considera il tipo di bilanciamento che si potrebbe effettuare nel giudizio di responsabilità civile come una tecnica argomentativa autonoma e riconoscibile.

Questo genere di argomentazioni trova il suo referente nel discorso politico ed il suo prodotto nella scelta legislativa (74), sottoposta al principio di maggioranza (75).

7. Senza voler tracciare parallelismi, impropri, sulla base di riflessioni maturate in ordinamenti affatto differenti dal nostro, è senz'altro interessante ora volgere l'attenzione ai lavori di Weinrib, "*The disintegration of duty*", e di Stevens, "*Torts and rights*" (76). La ragione dell'utilità che mi sembra abbia una considerazione del dibattito sorto tra i giuristi di *common law* risiede nel fatto che in un sistema *judge-made law* è normale che

(74) Trimarchi, *Illecito* cit., 98, assimila, senza giri di parole, il giudizio di responsabilità alla scelta del legislatore.

(75) Per due opinioni assai diverse, sul tema del rapporto tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, cfr. J. Waldron, *Law and disagreement* (Oxford 2001); P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano 2007).

(76) E. J. Weinrib, *The disintegration of duty. Exploring tort law*, ed. by M. S. Madden (Cambridge 2005), 143 s; R. Stevens, *Torts and rights* (Oxford 2007).

il confronto sui compiti, i poteri e le competenze del giudice sia più schietto, come lo è, per quel che qui interessa, il dibattito che riguarda la selezione dei danni risarcibili e, così, l'individuazione delle ragioni e dei criteri che debbono presiedere al giudizio di responsabilità.

Il saggio di Weinrib conduce una critica serrata contro il cosiddetto *two stage test*, affermato dalla *House of Lords* nella pronuncia *Anns v. Merton* (77), in particolare contro il *second stage* del *test* (78).

La pronuncia è particolarmente rilevante perché appronta un *test* che il giudice deve seguire per giudicare se nel caso concreto sia possibile affermare che il convenuto abbia un *duty of care* verso l'attore in risarcimento e che dal *breach of duty* sia conseguito il danno di cui il convenuto chiede il risarcimento (79).

Nel primo *stage* del *test* il giudice deve accertare la sussistenza della cosiddetta *foreseeability*: il danno deve essere ragionevolmente prevedibile dall'agente, nel senso che una valutazione riferita al momento della condotta deve portare a ritenere prevedibile che la condotta dell'attore cagioni il danno di cui il convenuto chiede la riparazione. Il primo *stage* del *test*, dedicato alla verifica della *foreseeability*, mette in secondo piano un altro concetto a lungo coltivato nella *law of negligence*, quello di *proximity*. La *proximity* è un'esplicazione del cosiddetto *neighbour principle*, elaborato da Lord Atchin nel *leading case* degli anni '30 *Donoghue v. Stevenson* (80). Appurato che dalla condotta negligente dell'agente possa prevedibilmente derivare un danno al *plaintiff*, attraverso il concetto di *proximity* si mettono in evidenza quegli altri elementi della fattispecie che possano portare a ritenere che sul *defendant* gravasse un dovere di evitare un comportamento del tipo di quello posto in essere, prevedibilmente capace di cagionare il danno che si è verificato (81).

(77) 19781 AC 728 (HL).

(78) V. A. Beever, *Rediscovering the law of negligence* (Oxford 2007), 172 s.

(79) V. T. Weir, *An introduction to tort law* (Oxford 2006), 29 s.

(80) 19321 AC 562 (HL).

(81) Cfr. Winfield&Jolowicz, *Tort*¹⁸, a cura di W. V. H. Rogers (London 2010), 168 s.

Una volta affermata, sulla base del primo *stage* del *test*, la sussistenza di un *duty of care* e, conseguentemente, qualificata come un *breach of duty* la condotta del *defendant*, la Corte dà corpo al secondo *stage* del *test*: l'affermazione di un *duty of care*, costruita sul particolare del caso concreto, deve essere proiettata in un quadro generale di *policy*. L'affermazione di un *duty of care* nel caso concreto, come regola di quella fattispecie, deve essere valutata come possibile regola generale da applicare in tutti i casi che abbiano le medesime caratteristiche di quello oggetto del giudizio. Una estensione di questo tipo presuppone che si tenga conto delle conseguenze, appunto in termini di *policy*, che la generalizzazione di quella regola avrebbe (82). Si deve così considerare, quindi predire, quali sarebbero gli effetti che quella regola avrebbe su coloro che esercitano la stessa attività del *defendant* così come su coloro che vantano lo stesso interesse esibito dal *plaintiff*. Si deve, inoltre, valutare quanto grande sarebbe la platea di coloro che, a causa della generalizzazione della regola approntata per il caso singolo, potrebbero avanzare una pretesa risarcitoria e se vi siano, eventualmente, problemi nella quantificazione del risarcimento.

Se, sulla base di queste valutazioni, la corte ritiene che gli effetti che l'affermazione di quel *duty of care* avrebbe non siano desiderabili, dal generale delle valutazioni di *policy* torna al particolare della fattispecie concreta e nega la sussistenza di un *duty of care* in capo al *defendant*.

Nell'analisi di Weinrib, l'adozione del *two stage test* porta alla disintegrazione del concetto di *duty of care* per due ragioni: da una parte, priva il *duty of care* come strumento operativo del giudizio di responsabilità (ancora prima che come concetto) della sua valenza relazionale; dall'altra ne sminuisce la portata generale nel sistema di responsabilità, portando alla proliferazione di differenti *duty*, diversamente caratterizzati, a se-

(82) Secondo Beever, *Rediscovering* cit., 172, il secondo *stage* del c.d. *Anns test* « is an invitation for judges and commentators to pursue their personal visions of the good society. In other words, the second stage of *Anns test* is an invitation to judges to abandon the rule of law in favour of the rule of judges ».

conda delle peculiarità dei casi in cui la *liability* venga affermata (83).

Dal primo punto di vista, il *duty of care* smette di essere un concetto di relazione nel giudizio di responsabilità principalmente per la conformazione del primo *stage* del *test*. In questa prima fase, infatti, la corte deve valutare se il danno di cui il *plaintiff* chiede il risarcimento fosse una conseguenza ragionevolmente prevedibile della condotta negligente del *defendant*, considerata la situazione al momento in cui l'azione dannosa fu posta in essere. Il giudizio sulla sussistenza del *duty of care*, formulato sulla base del primo *stage* del *test*, facendo perno esclusivamente sulla *foreseeability*, non è in grado di portare ad un'affermazione del *duty* che tenga conto della posizione di entrambe le parti. Il primo *stage* incentra, infatti, la sua attenzione esclusivamente sul danno e pertanto sulla posizione del *plaintiff*, in una prospettiva perciò necessariamente parziale: proprio perché il danno, che era una conseguenza ragionevolmente prevedibile della condotta del *defendant*, si è verificato, la sua sussistenza è indice sufficiente a far ritenere che sull'agente incombesse un *duty to take care*, per evitare che il pregiudizio avesse luogo. Allo stesso tempo, proprio il fatto che quel pregiudizio si sia verificato qualifica come *breach of duty* la condotta del *defendant*.

Il *duty of care*, secondo Weinrib, è uno strumento che, intrinsecamente, pone in relazione le parti, presupponendo che le stesse siano qualificate come i due poli della medesima ingiustizia: quello attivo il *defendant*, quello passivo il *plaintiff*. Così, il danno subito dal *plaintiff* è ingiusto in quanto costituisce una conseguenza, ragionevolmente prevedibile, di una condotta che violi il *duty to take care* che grava sul *defendant*, la cui condotta è, al contempo, ingiusta proprio perché viola quel *duty of care*, che ha la funzione di evitare che si verifichi, a danno del *plaintiff*, un pregiudizio come quello che si è prodotto (84).

(83) Weinrib, *The disintegration* cit., 145 s. Cfr. D. Howarth, *Many duties of care - or a duty of care? Notes from the Underground*, Oxford journal of legal studies, 2006, 26 (3), 449 s.

(84) Cfr. Weinrib, *The disintegration* cit., 147.

Una costruzione del giudizio di responsabilità incentrata, esclusivamente, sulla valutazione della condotta del *defendant* potrebbe portare ad affermare una *liability* indipendentemente dal prodursi di un danno; se, al contrario, ogni rilievo fosse accordato al danno del *plaintiff* verrebbe meno il fondamento dell'attribuzione di responsabilità al *defendant*.

Ciò che rende possibile, secondo Weinrib, una costruzione bilaterale del giudizio di responsabilità, capace di guardare al contempo alla posizione del danneggiato e a quella del danneggiante, è la correlatività tra *duty* e *right*: il danno è risarcibile in quanto è conseguenza della violazione di un diritto che il *plaintiff* vanta anche nei confronti del *defendant*; il *defendant* è tenuto al risarcimento perché, con la sua condotta, ha violato il dovere che gli imponeva di non mettere a rischio proprio il diritto del *plaintiff* (85).

In questa ottica, il giudizio di responsabilità ha una funzione di giustizia correttiva e trova il proprio esito nell'affermazione o nella negazione di un *duty of care* (86). Il processo argomentativo attraverso cui giungere a questo risultato non può che consistere, quindi, in una valutazione sintetica della posizione tanto del *plaintiff* quanto del *defendant*.

Il primo *stage* del *test*, imperniato sulla considerazione della sola *foreseeability*, non realizza questo momento di sintesi nel giudizio sul *duty of care*, la cui eventuale affermazione conseguirà così ad una valutazione imperniata solo sul pregiudizio subito dal danneggiato. Al contempo, il secondo *stage* del *test*, che ha la funzione di smentire o confermare l'individuazione del *duty* effettuata sulla base del primo, non considera la posizione del danneggiante ma le *policy* che possano portare a ritenere opportuna o meno un'affermazione di *liability* nella fattispecie. Quelle del secondo *stage*, quindi, sono considerazioni di natura totalmente differente rispetto alle valutazioni

(85) Weinrib, *The disintegration* cit., 154 e 155. V., anche, l'ampia analisi dell'a. della pronuncia *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* [162 N.E. 99 (N.Y. 1928)], *The disintegration* cit., 151 s.

(86) A proposito di *corrective justice* precisa Weinrib, *The disintegration* cit., 146: « This standpoint is especially germane, because corrective justice is the theoretical notion that accounts for whatever coherence private law might have. Corrective justice ties coherence to the justifications that inform private law's characteristic concepts ». Cfr. Beever, *Rediscovering* cit., 174 s.

che hanno condotto all'affermazione del *duty of care* nella prima scansione del giudizio, che risulta così totalmente scissa dall'altra.

Saranno pertanto i ragionamenti svolti in questo secondo momento, nell'ipotesi in cui confermino l'individuazione del *duty of care*, a caratterizzarne il contenuto. Ogni *duty of care* avrà una sua definizione in termini di *policy* e, per questa via, un suo autonomo statuto. Nella logica del *two stage test* l'individuazione del *duty of care* è "*matter of policy*".

Weinrib sceglie il terreno della risarcibilità del cosiddetto *economic loss* per analizzare il modo di operare del giudizio di responsabilità (87).

Tradizionalmente nella giurisprudenza di *common law* la risarcibilità dell'*economic loss* era limitata al cosiddetto "*consequential economic loss*", cioè alla perdita patrimoniale che derivasse dalla lesione del diritto all'integrità fisica o del diritto di proprietà. Il danno era quindi considerato risarcibile in quanto proiezione, sul patrimonio del danneggiato, della lesione di un diritto di cui il *plaintiff* può pretendere il rispetto da parte del *defendant* così come da qualsiasi altro consociato: la correlazione tra *duty* e *right* fonda l'obbligazione di risarcimento del danno.

Così strutturato il giudizio di responsabilità, va da sé la negazione di un *duty of care* in capo al *defendant* in tutti i casi di cosiddetto "*pure economic loss*", in cui la perdita patrimoniale subita dal *plaintiff* non consegua alla lesione di un diritto, cui corrisponda il dovere del *defendant* di comportarsi in modo tale da non cagionare una lesione dannosa della posizione giuridica del *plaintiff*. L'affermazione della responsabilità si gioca esclusivamente sul piano della correlatività tra *duty* e *right*: le aspettative di guadagno e gli interessi alla conservazione e all'accrescimento del patrimonio non trovano, in questo

(87) Weinrib, *The disintegration* cit., 159 s. Su questo tema un sicuro riferimento è P. Benson, *The basis for excluding liability for economic loss in tort law*, Philosophical foundations of tort law, D. G. Owen Ed. (Oxford 1995), 427 s. V. anche P. Cane, *Tort law and economic interests* (Oxford 1996); J. M. van Dunné, *Responsabilità per danno meramente patrimoniale: regola o eccezione?*, *Danno e resp.*, 2000, 121 s.; C. A. Witting, *Compensation for pure economic loss from a common lawyer's perspective*, *Pure economic loss*, a cura di W. H. van Boom, H. Koziol, C. A. Witting (Wien, New York 2004), 102 s.

modo, tutela al di fuori della lesione di un diritto (assoluto) (88). L'interesse economico può trovare protezione solo nell'ambito della tutela dei diritti ovvero in ambito contrattuale.

La giurisprudenza, sviluppatasi a partire dal caso *Hedley Byrne* (89), considera risarcibile anche il danno (*pure economic*) conseguente alla lesione di un affidamento legittimo, suscitato, al di fuori di un rapporto contrattuale (*without consideration*), dalla condotta di un altro soggetto, che, per le sue caratteristiche, possa essere ritenuta equivalente ad un'assunzione di responsabilità nei confronti del primo (*special relationship equivalent to contract*). In quest'ipotesi, si può ritenere che chi, razionalmente e giustificatamente, abbia fatto affidamento sul comportamento di altri abbia, nei suoi confronti, un diritto a che la condotta che questi ponga in essere corrisponda a quella che il rispetto dell'affidamento suscitato esigerebbe (90).

Questo è il modo di operare del giudizio di responsabilità se l'affermazione di un *duty of care* del *defendant* è ancorata all'individuazione di un diritto del *plaintiff*. Il diritto fonda e limita la responsabilità.

Le corti si pongono, certo, interrogativi sulla possibilità di un'eccessiva proliferazione dei danni risarcibili o sull'indeterminatezza della platea dei danneggiati, ma il giudizio di responsabilità non passa dalla risoluzione di queste questioni, considerate, anzi, come una conferma dell'opportunità e dell'efficacia di un giudizio di responsabilità fondato sui diritti (*rights based*).

(88) Spiega Weinrib, *The disintegration* cit., 159 e 160: « The economic loss was merely the monetary measure of the right's infringement. Conversely, if the economic loss was independent of a right that ran between the parties, the plaintiff could not recover for it. The law thereby recognized that a set of economic advantages enjoyed or anticipated by the plaintiff was not in itself the subject matter of a right. [...] In the standard instances of lost income or diminished value, the right in question is, respectively, a right to bodily integrity and a right to property or possession, where the entitlement against the defendant is merely an aspect of the plaintiff's exclusive entitlement against the whole world. These rights precede the plaintiff's interaction with any specific defendant. With respect to them the defendant is under a duty to act with reasonable care because the whole world is ».

(89) *Hedley Byrne v. Heller* 19641 A.C. 465 (HL).

(90) V. Lunney - Oliphant, *Tort law Text and Materials*, cit. 407 s.

Il cambio di prospettiva delle corti, a partire dagli anni '70, verso un giudizio di responsabilità "loss based" priva, secondo l'autore, i giudici di uno schema concettuale definito entro cui cercare la soluzione dei problemi di *liability*: gli interrogativi di *policy* diventano, così, centrali nel processo di individuazione del *duty of care* (91).

Il giurista di Toronto esemplifica la sua analisi mettendo a confronto due importanti pronunce degli anni '90, una della *Supreme Court of Canada* l'altra della *House of Lords* inglese: si tratta, rispettivamente, del caso *Hercules Managements v. Ernst&Young* e della famosa sentenza resa nella controversia *Caparo Industries v. Dickman* (92). Il termine del confronto nella giurisprudenza inglese non è scelto casualmente. Con la pronuncia *Caparo Industries v. Dickman*, la *House of Lords* supera il modello di giudizio del cosiddetto *two-stage test*, elaborato nel caso *Anns v. Merton*, e dà un nuovo impianto al giudizio di responsabilità con il cosiddetto *three-stage test* (93).

In entrambi i casi si tratta di richieste di risarcimento del danno avanzate da investitori che, affidatisi alle relazioni annuali negligenzemente preparate dai revisori dei conti, avevano acquistato le azioni di società il cui stato di salute è, poi, risultato ben diverso da come i contabili lo avevano tratteggiato nelle loro analisi.

Nella sentenza *Hercules Managements v. Ernst&Young*, la Corte Suprema del Canada, nella valutazione del primo *stage* del *test*, ritiene il danno dell'investitore una conseguenza prevedibile e ragionevole della negligente revisione e, su questa base, conclude che i contabili fossero gravati da un *duty of care*

(91) Weinrib, *The disintegration* cit., 162: « In recent years some jurisdictions, Australia and Canada among them, have abandoned the traditional framework of liability for economic loss. The basis of the defendant's liability has shifted from injuring a right to inflicting a loss. Loss differs from right in that it lacks both the distinct legal content and the correlative significance that together impose coherent limits on liability. [...] Accordingly, the duty of care imposed on the defendant by the foreseeability of the plaintiff's loss is made subject to the limitation of a policy-based notion of "proximity" ».

(92) *Hercules Managements v. Ernst&Young* [1997] 146 DLR (4th) 577; *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605 (HL).

(93) V. Lunney - Oliphant, *Tort law* cit., 425 s.; Beveer, *Rediscovering* cit., 186 s.

funzionale ad evitare il danno subito dagli investitori. Il *duty of care*, così affermato, non riesce però a superare il secondo *stage* del *test*: nel passaggio dal particolare della risarcibilità del danno affermata nella singola controversia al generale dell'imposizione di un nuovo dovere su di una categoria di soggetti che esercitano una determinata attività economica, la Corte giudica che la creazione di un *duty of care* a carico delle società di revisione avrebbe delle conseguenze sociali indesiderabili. Si ritiene che dare un rilievo giuridico all'affidamento degli investitori, in questi casi, amplierebbe eccessivamente la platea di coloro che lamenterebbero di essere stati danneggiati dall'attività delle società di revisione; il maggiore contenzioso porterebbe ad un aumento dei costi dei premi assicurativi pagati dai professionisti e ridurrebbe il tempo che questi potrebbero impiegare nel produrre valutazioni contabili, dovendolo invece dedicare all'esercizio del diritto di difesa nei giudizi promossi dagli investitori. Diminuirebbe, insomma, la quantità e la qualità dei servizi di revisione, e questa combinazione tra maggiori costi e minore efficienza riverbererebbe, alla fine, le sue conseguenze negative sui consumatori del servizio.

La *House of Lords*, in una fattispecie del tutto analoga, giunge alla medesima conclusione, percorrendo però una strada differente. I giudici inglesi riconoscono che il danno lamentato dagli investitori sia una conseguenza ragionevolmente prevedibile della negligente revisione effettuata dai contabili, ma superano questo dato di fatto con il rilievo che destinatario dell'obbligo della società di revisione ad una valutazione corretta e accurata era la società committente, non la platea dei possibili investitori interessati a conoscere un parere indipendente ed affidabile sullo stato di salute della realtà economica in cui avevano ipotizzato di investire.

Tanto la *Supreme Court of Canada* quanto la *House of Lords* negano, quindi, che le società di revisione abbiano un *duty of care* nei confronti degli investitori. Il ragionamento della *House of Lords*, però, si incentra su di un'analisi giuridica della posizione reciproca delle parti: i revisori non hanno un *duty of care* nei confronti dei potenziali investitori perché questi non hanno un diritto, nei confronti dei primi, ad un certa condotta. Il filtro giuridico alle pretese risarcitorie è, invece, a maglie molto larghe nello schema di giudizio adottato dai giudici canadesi: si

riduce sostanzialmente all'accertamento di un rapporto causa effetto tra la condotta negligente ed il pregiudizio fatto valere. Da questo terreno, la Corte canadese si avventura in valutazioni sulle conseguenze economiche e sociali dell'eventuale affermazione di un *duty of care* a carico delle società di revisione. L'analisi dei giudici ha, quali direttrici, gli obiettivi del sistema di responsabilità civile, tra tutti l'efficacia deterrente rispetto a comportamenti dannosi e l'efficienza, dal punto di vista della teoria economica, nell'allocazione dei danni. In base a questi parametri di valutazione, l'introduzione di un nuovo *duty of care* può sortire effetti positivi e negativi che la Corte deve bilanciare.

Secondo Weinrib, congegnando in questo modo il giudizio di responsabilità, i giudici si assegnano compiti che sono al di là del loro ufficio, in termini sia di capacità che di legittimità di compiere quelle scelte, di natura economica e sociale, che il bilanciamento tra i differenti esiti cui potrebbe portare l'introduzione di un nuovo dovere giuridico richiede (94).

L'ampia analisi di Stevens dà forza a questa tesi.

Volendo descrivere in estrema sintesi le conclusioni raggiunte in "*Torts and rights*", si potrebbe dire che, attraverso un ampio ed articolato esame delle più rilevanti pronunce delle massime giurisdizioni inglesi, Stevens dimostra come i giudici formulino soluzioni corrette a partire, però, da domande sbagliate. Salvo alcune eccezioni, infatti, le corti accordano al danneggiato la tutela risarcitoria solo nell'ipotesi in cui la condotta del *defendant* abbia leso un diritto del *plaintiff*.

L'autore, partendo dalla categorizzazione di Hohfeld (95),

(94) Weinrib, *The disintegration* cit., 186, conclude così le sue riflessioni: « More recent cases, especially those that employ the two-stage test, are appealing to a notion of policy in which the promotion and balancing of external independent goals is leading the law back to the disintegration of duty that Lord Atkin repudiated. There is, however, another notion of policy that, avoiding reference to external and independent goals, elucidates the relational significance of the wrong through an exercise of practical judgment. This second notion of policy merely reflects the fact that the coherence of its underlying justifications is itself the supreme policy of the law of obligations ».

(95) W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, ed. it. a cura di M. G. Losano (Torino 1969), in particolare 16 s.

riserva il termine “*right*” solamente al “*claim right*”, negando tale qualificazione alla “*liberty*” (o “*privilege*” nel linguaggio di Hohfeld). Ciò premesso, la funzione che il sistema di *common law* assegna al *tort law* sarebbe la protezione dei “*primary rights*”, cioè dei “*claim rights*” che il soggetto vanta “*against the rest of world*” (96). Il nucleo dei “*primary rights*” è rappresentato da tre classi di diritti: “*rights of reputation; rights of bodily safety and freedom; rights of property*”. Il *duty of care* del *defendant* è una proiezione del diritto del *plaintiff*, ed il diritto che il *plaintiff* vanta nei confronti del *defendant* è soltanto un riflesso del diritto di cui è titolare nei confronti di qualsiasi altro soggetto.

Nell’osservazione di *Stevens*, la soluzione che le corti inglesi danno alla questione della sussistenza di un *duty of care* in capo al *defendant* segue questa logica (97). Si tratta della soluzione giusta formulata a seguito della domanda sbagliata perché sulla base sia del *two stage test* che del *three stage test* (che ha preso il posto del primo, almeno nella giurisprudenza inglese), ciò che i giudici si chiedono per confermare l’individuazione di un *duty of care*, avvenuta sulla base rispettivamente del primo o dei primi due stage del test, è l’effetto, da un punto di vista sociale ed economico (quindi di *policy*), che l’affermazione di questo nuovo dovere giuridico avrebbe, in considerazione degli obiettivi che si assegnano al sistema di *tort law*. Questa struttura del giudizio di responsabilità prende forma a partire dagli anni ’70 (98), periodo a cui si può far risalire il diffondersi della tendenza, da parte dei giudici e degli studiosi, a rovesciare la tradizionale visione del sistema di *tort law*, caratterizzandolo come un sistema *loss based* (99).

(96) Cfr. *Stevens*, *Torts* cit., 4 s.

(97) Cfr. *Stevens*, *ivi*, 20 s.

(98) H. Unberath, *Transferred loss Claiming third party loss in contract law* (Oxford 2003), 13, osserva: « While during this period claims in tort for economic loss received overall generous treatment, contract law was generally regarded as rigid and ossified by the traditional doctrines of privity and consideration. [...] One could therefore conclude that the price of a rigid contract law was an expanding tort law. Some even feared that breach of contract would become a minor branch of tort ».

(99) *Stevens*, *Torts* cit., 42: « For a brief period in the 1970s and 1980s it was possible to argue that English law was moving towards a loss-based model where economic loss inflicted through fault was actionable without

Stevens osserva che, mentre questa rimane probabilmente la concezione dominante fra gli studiosi (100), a partire dagli anni '90 le pronunce delle corti hanno fatto registrare un'inversione di tendenza, che si può apprezzare guardando agli esiti dei giudizi di responsabilità e non ai processi argomentativi che giustificano le decisioni.

Le corti continuano a sostenere che la responsabilità civile sia "*matter of policy*", ad individuare nella fattispecie un *duty of care* sulla base della sola considerazione della posizione del danneggiato e della prevedibilità del verificarsi del danno, prescindendo dalla correlazione tra il *duty* del *defendant* ed il *right* del *plaintiff*, tuttavia, quando vagliano le ragioni di *policy* che dovrebbero suggellare l'individuazione del *duty* o smentirla, le considerazioni di politica del diritto a favore dell'attribuzione di una *liability* prevalgono, esclusivamente, nelle fattispecie in cui la condotta del *defendant* ha leso un diritto del *plaintiff*, per la precisione un *primary right against the rest of the world* (101).

Quando manca, nella fattispecie, la lesione di questo tipo di posizione giuridica, le preoccupazioni delle corti si incentrano sulla possibilità che l'individuazione di una responsabilità in capo al *defendant* porti ad una proliferazione della platea dei danneggiati, ad un aumento dei costi per chi esercita l'attività del danneggiante e, conseguentemente, ad un aumento del prezzo per i destinatari di quel servizio.

Queste osservazioni, sviluppate su di un notevole numero di pronunce, fondano la conclusione che il sistema di *tort law*

more. The decisions of the Court of Appeal in *Dutton v Bognor Regis United Building Co* and the House of Lords in *Anns v Merton London Borough Council* in allowing claims by purchasers of buildings against the careless builder or the authority responsible for the work's careless inspection, opened up the possibility of the wholesale rewriting of the common law. [...] At least in England, the rights-based model is again dominant ».

(100) *L'incipit* del libro di Stevens, *Torts* cit., 1, è il seguente: « Two incompatible conceptions of the law of torts are discernible within the common law. The first, and probably dominant, conception is that the defendant should be liable where he is at fault for causing the claimant loss unless there is a good reason why not. This model dominates liability for negligence ».

(101) Fa eccezione la fattispecie di *misfeasance in a public office*, in cui l'affermazione di responsabilità prescinde dalla lesione di un diritto: v. Stevens, *Torts* cit., 242 s.

(inglese) sia “*rights based*”, nonostante l’opinione degli studiosi che, negli ultimi decenni, tendono a descriverlo come un “*loss based model*”, e malgrado l’importanza che, proprio per questa ragione, sia la letteratura che le corti conferiscono agli argomenti di *policy* nel giudizio di responsabilità.

Riprendendo la tesi formulata da Weinrib nel suo libro “*The idea of private law*”, secondo cui “*the private law is like love*”, intendendo che il diritto privato è un fenomeno che trova in sé la sua giustificazione, Stevens, mentre non ritiene valida questa conclusione per il diritto privato nel suo insieme, la condivide per quanto riguarda il *tort law*. La funzione di questa branca del diritto privato è la protezione dei *primary rights* da interferenze dannose: la giustificazione e la spiegazione del diritto dei *torts* è, quindi, tutta interna al sistema giuridico. Risulta, così, del tutto conseguente la qualificazione dell’obbligazione risarcitoria come un’obbligazione secondaria, che nasce dalla violazione dell’obbligo di non ledere il diritto di un altro soggetto (102).

In questa logica, le argomentazioni di *policy* che motivano le pronunce delle corti hanno una natura spuria e affatto inconferente con il giudizio di responsabilità. Come Weinrib, Stevens pensa che le corti di *common law* non abbiano né la capacità né la legittimità di compiere scelte di *policy* (103). Sul profilo della legittimità, Stevens distingue, anche in un sistema *judge-made law* come quello inglese, le competenze del giudice da quelle del legislatore: chiedere al giudice di fare scelte di *policy* « *is like asking a judge to determine whether Mozart o chocolate is better* » (104).

Le scelte di *policy* sono, per loro natura, generali ed incommensurabili.

L’incommensurabilità riguarda la valutazione comparata, il bilanciamento, di politiche differenti. Si tratta di alternative che non si possono esprimere attraverso la medesima unità di misura, provare a farlo sarebbe come porre in circolazione due monete senza determinarne il reciproco rapporto di cambio. La mancanza di un parametro oggettivo sul quale fondare la scelta

(102) Cfr. Stevens, *Torts* cit., 325 s.

(103) Stevens, *ivi*, 306 s.

(104) Stevens, *ivi*, 310.

tra *policy* differenti rende chiaro che una decisione di questo tipo non può essere di competenza di una corte, ma deve essere necessariamente affidata ad un organo politico.

La generalità delle scelte di *policy* è legata, intimamente, alla loro efficacia: definire una politica richiede, da una parte, di considerare tutte le possibili conseguenze che da una certa decisione possano derivare, dall'altra, di verificare che la scelta compiuta in un certo ambito della vita di una società si concili con quella effettuata in un settore diverso ma connesso al primo. Per questa ragione, non sembra che il giudizio di responsabilità, per la natura bilaterale di sistema di risoluzione di una controversia tra due soggetti, possa rappresentare la sede di queste scelte. Così come non si può pensare che i giudici, per la loro formazione di cultori del diritto, possano credibilmente esserne gli autori.

8. Al termine di questa lunga analisi, conviene ora riproporre, schematicamente, le conclusioni raggiunte.

Il punto di partenza si ritrova nell'esame del sistema della responsabilità civile disegnato dal legislatore del '42: la biunicità del rapporto tra responsabilità e protezione generale della situazione giuridica lesa rende la decisione del giudice, sulla risarcibilità del danno, una mera attuazione dei giudizi di valore del legislatore sugli interessi tutelati con l'azione di responsabilità.

Nonostante la centralità del riferimento ad un principio costituzionale generale ed indeterminato come la solidarietà, i giudizi di valore del legislatore rimangono centrali anche nella teoria di Rodotà. Il giudice, rispetto al modello (interpretativo) precedente, ha un margine più ampio per muoversi all'interno dell'ordinamento alla ricerca degli indici normativi di meritevolezza di un determinato interesse, ma non si può dire che questa teoria affidi ai giudizi di valore del giudicante la soluzione della questione della risarcibilità del danno. L'interpretazione, offerta da Rodotà, del significato e dell'efficacia del principio di solidarietà nei rapporti intersoggettivi giustifica certo l'ampliamento degli interessi tutelati con l'azione aquiliana, mantenendo però al centro del sistema di responsabilità i giudizi di meritevolezza del legislatore, di cui il giudice dovrà farsi interprete attento.

I giudizi di valore del giudice divengono, invece, l'architrave del sistema di responsabilità civile in quelle teorie che descrivono il giudizio di ingiustizia del danno come un bilanciamento dei contrapposti interessi del danneggiato e del danneggiante. Questa formula, coniata per primo da Trimarchi, è divenuta di comune utilizzo tanto nelle massime delle sentenze quanto in buona parte della letteratura. Fra le tesi che si muovono in questa prospettiva, ho distinto nettamente la teoria di Trimarchi, che adotta quale criterio di bilanciamento il parametro della pubblica utilità, dalla teoria di Busnelli e Navarretta, che innesta il principio dell'abuso del diritto nel giudizio di ingiustizia del danno, attraverso l'individuazione della correttezza e del divieto di emulazione quali criteri di bilanciamento.

Al di là di ogni altra considerazione, la differenza tra le due tesi risiede proprio nella diversità tra i criteri di bilanciamento prescelti: la pubblica utilità da un lato, la correttezza o l'emulazione dall'altro. Si tratta, se ci si riflette, di una differenza radicale, data dal fatto che, mentre la pubblica utilità ha le caratteristiche di un criterio di bilanciamento, la correttezza e l'emulazione non ne hanno la consistenza rappresentando già altrettante regole del conflitto, e non degli schemi argomentativi nel cui ambito ponderare i fattori rilevanti della fattispecie per giungere alla formazione della regola di bilanciamento. In buona sostanza, al di là delle comuni formule, nella teoria di Trimarchi si descrive un'operazione di bilanciamento, in quella di Busnelli e Navarretta no.

L'inserzione del principio di abuso del diritto nel giudizio di responsabilità civile, attraverso l'estensione a quest'area del diritto dei privati della regola di correttezza e del divieto di emulazione, rivela la medesima matrice solidarista della teoria di Rodotà, che al principio di solidarietà attribuisce il significato di limite alla libertà del singolo. Mentre, però, nella costruzione di Rodotà, i giudizi di valore del giudice non possono sostituirsi ai giudizi di meritevolezza del legislatore — evidenziati dalla protezione accordata dall'ordinamento ad un determinato interesse, per un qualche fine — e, proprio per questa ragione, il principio di solidarietà non può farsi fonte autonoma di specifici obblighi; nella teoria di Busnelli e Navarretta (come nelle massime che fondano sulla scorrettezza della condotta del danneggiante l'ingiustizia del danno subito dal dan-

neggiato) il principio di solidarietà, attraverso la creazione di un dovere generale di correttezza e di un divieto generale di emulazione, diviene fonte solitaria di specifici obblighi e, quindi, limite discrezionale alla libertà individuale.

In questo modo, però, la limitazione della libertà individuale (con l'imposizione dell'obbligo risarcitorio), fondandosi su di un giudizio di abuso del diritto o della libertà da parte del danneggiante, conseguente ad una valutazione di scorrettezza o di emulazione della sua condotta, prescinde dalla rilevanza giuridica della situazione soggettiva lesa, obliterando e così violando il criterio dell'ingiustizia.

Se al centro del sistema di responsabilità vi è l'ingiustizia del danno, è dalla rilevanza giuridica dell'interesse leso che si deve partire per imporre un obbligo risarcitorio. È escluso, quindi, che possa essere un giudizio di valore sulla condotta del danneggiante a determinare l'ingiustizia del danno: questa, infatti, altro non sarebbe che un'inversione logica. Inversione che il principio costituzionale di solidarietà non può consentire, come insegna proprio Rodotà: il principio di solidarietà può fondare e giustificare una limitazione della libertà dell'individuo solo in presenza di "un'intermediazione" del legislatore, che definisca l'importanza per l'ordinamento di quella situazione soggettiva in funzione della cui tutela si comprime la libertà individuale.

L'esito cui sono giunto è che quella del bilanciamento degli interessi sia soltanto una formula retorica tesa, da un lato, a legittimare, con il riferimento alla tecnica di argomentazione usata dal giudice costituzionale, dall'altro a celare una argomentazione sull'ingiustizia del danno che, pur ammantata dai richiami alla regola di correttezza o al principio costituzionale di solidarietà, rivela una natura sostanzialmente equitativa, espressione di un giudizio di valore del suo autore.

Proprio la funzione equitativa, più o meno surrettiziamente, attribuita al giudizio di responsabilità, ha portato — ben al di là della necessità, da cui si era partiti, del riconoscimento della risarcibilità del danno nelle ipotesi di lesione di un diritto di credito, del possesso o di un interesse legittimo — alla proliferazione di danni che la giurisprudenza considera ingiusti, superando i limiti che lo stesso Rodotà poneva al principio di solidarietà.

Alla tecnica argomentativa del bilanciamento può essere accostato solo il modello di giudizio di responsabilità ideato da Trimarchi, con le differenze non trascurabili che ho rilevato.

In questo caso, oggetto di confutazione, da parte mia, è stata proprio la tesi che il giudizio di ingiustizia possa consistere in un bilanciamento di interessi. Un bilanciamento di diritti può essere parte del giudizio di responsabilità civile, e avrà come finalità non la qualificazione di ingiustizia del danno ma l'eventuale giustificazione della condotta del danneggiante; un bilanciamento di "puri" interessi, invece, alcun ruolo può avere nella decisione sulla risarcibilità del pregiudizio, pena il tradimento, anche in quest'ipotesi, dello stesso criterio dell'ingiustizia. Il bilanciamento degli interessi è, infatti, processo dialettico altamente discrezionale che costituisce il presupposto delle scelte del legislatore e non della decisione di un giudice.

Gli studi di Weinrib e Stevens, nati come reazione alla tendenza, cresciuta nell'ambiente di *common law*, a considerare la responsabilità civile *matter of policy*, rappresentano un lucido saggio delle conseguenze indesiderabili, per la certezza del diritto e la qualità dell'esercizio della giurisdizione, che si producono affidando alle corti la decisione sull'introduzione di nuovi obblighi giuridici, e legandola alla scelta tra differenti politiche pubbliche.

Tornando alla domanda proposta all'inizio di queste pagine, se il giudice possa risolvere un conflitto tra interessi contrapposti formulando giudizi di valore, la risposta, che ora si può formulare, è senz'altro negativa: il criterio dell'ingiustizia e, ad un livello più alto, il principio della divisione dei poteri impongono al giudice di essere l'interprete, e non il decisore, della meritevolezza degli interessi individuali e collettivi.

ABSTRACT

Value judgments and « judgment of injustice »

In the system of civil liability drawn by the legislator of the Italian civil code, the biunique nature of the relationship between the liability in tort and the general protection of the injured legal situation makes the decision of the court a mere implementation of the value judgments of the legislator on the interests protected by the law of torts. In

the theory of Rodotà, the constitutional principle of solidarity is conceived in a way that expands the interests protected by the action in tort while keeping the value judgments of legislator at the centre of the system of liability. Value judgments of the courts become, instead, the cornerstone of the system of liability in those theories that describe the judgment of injustice of the damage as a balancing of the conflicting interests of the injured and the tortfeasor. In this essay I will argue that these theories should be rejected. In fact, if the center of the liability system is the injustice of the damage, only the legal significance of the harmed interest is relevant to award damages. Therefore, it can not be a value judgment by the judge on the conduct of the tortfeasor to determine the liability in tort. This would be nothing more than a reversal logic, that can not be allowed neither by the constitutional principle of solidarity. The balance of the interests is, however, an highly discretionary dialectical process that is the basis of the choices of the legislator and not of the decision of a judge. In this perspective, the studies of Weinrib and Stevens, that are a reaction to the questionable trend in the common law to evaluate tort law as a matter of policy, represent a polished essay of the undesirable consequences for the legal certainty and the quality of the exercise of jurisdiction. Such consequences arise when the courts are given the power to decide on the introduction of new legal obligations like a choice between different public policies.