

Fabio Toriello

*Prodotti, consumatori e mercato.*

*Un percorso tra diritti interni ed armonizzazione europea*

SOMMARIO: 1. Responsabilità da prodotto difettoso e scienze sociali – 2. Responsabilità da difetto e obblighi di diligenza – 3. La sicurezza dei prodotti nel diritto comunitario – 4. Natura della responsabilità – 5. Responsabilità da prodotto difettoso e danno non patrimoniale – 6. Il danno non patrimoniale nella dimensione europea – 7. I periodici rilevamenti della Commissione a seguito delle attuazioni nazionali: equilibrio del mercato vs. “cultura del risarcimento” – 8. Controllo ex-post e giudizi europei – 9. Consumatori e illeciti antitrust – 10. Valori tutelati, rimediabilità del risarcimento e regolazione del mercato.

1. *Responsabilità da prodotto difettoso e scienze sociali*

Il capitolo relativo alla responsabilità del produttore, immancabile nelle trattazioni in materia di responsabilità civile, si pone in posizione centrale anche nell’ambito della disciplina del mercato dei prodotti industriali, per gli evidenti legami che il fenomeno dei danni connessi al processo produttivo presenta con la società dei consumi di massa. Gli studi dedicati al tema rivelano quanto sia fruttuosa per la sua più profonda comprensione la considerazione di profili emergenti dalle scienze sociali intese in modo allargato e multidisciplinare, dalla sociologia dei consumi<sup>1</sup> alla scienza economica<sup>2</sup>. Il tema costituisce poi uno dei cardini sui quali ruota il dibattito circa la ricostruibilità di una categoria unitaria di responsabilità di impresa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. già G. ALPA- M. BESSONE- U. CARNEVALI- G. GHIDINI, *Il consumatore e l’Europa*, Milano, 1979, p. 95; G. ALPA - M. BESSONE - V. ROPPO, *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I, p. 345; M. BESSONE- F. ORIANA- V. ROPPO, *Dal codice di lealtà pubblicitaria al controllo “amministrativo” dell’advertising. Ipotesi di un progetto di disciplina giuridica della pubblicità commerciale*, in *Giur. It.* 1974, IV, 184.

<sup>2</sup> Nella “convincione che quando nel mondo del diritto penetrano concetti tratti dall’economia ci si deve aspettare che si trasformino con il trasformarsi delle tecniche di organizzazione economica” G. ALPA, *La responsabilità d’impresa nel terzo millennio*, in G. ALPA- G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d’impresa*, Milano, 2015, p.5.

<sup>3</sup> “La ricostruzione (e la stessa categoria) di responsabilità d’impresa è stata criticata in

L'argomento investe poi il rapporto tra codificazione e leggi speciali<sup>4</sup>.

Le trattazioni del tema non ignorano, infine, la ricostruzione delle esperienze nazionali precedenti la direttiva europea del 1985, anche nella consapevolezza dei debiti culturali della teoria del rischio come criterio di imputazione della responsabilità nei confronti dei valori sociali e politici del socialismo giuridico italiano e francese di fine ottocento<sup>5</sup>.

---

particolare da due punti di vista: uno, logico formale, e l'altro, di politica del diritto. Da un lato si sottolinea che la responsabilità di impresa, intesa come strict liability, non risponde alla funzione essenziale della responsabilità civile, volta a sanzionare l'illecito; sì che nel presentare lo sviluppo complessivo della tort law negli Stati Uniti si preferisce accostare la strict liability alle attività straordinariamente pericolose e assegnare alla product liability uno spazio a sé. Dall'altro lato, privilegiando la prospettiva liberista, si critica la astrazione dei giudizi dalle esigenze dell'economia, in un sistema che dovrebbe essere regolato da principi di diritto privato negoziati dagli operatori del mercato", cosicché la creazione di una categoria generale di *enterprise liability* sarebbe contraria all'idea liberale/liberista di affidare la materia a regole singole, concepite e negoziate volta per volta dagli attori sul mercato; considerazioni che sembrano potersi estendere alle tendenze che ci paiono caratterizzare il diritto della responsabilità civile dell'impresa nell'ambito del diritto europeo armonizzato: cfr. op. ult. cit. p. 18. E la conclusione sembra dunque dover essere quella per cui "non c'è un'aggregazione, meglio, una agglutinazione di tutte le ipotesi di responsabilità speciale riconducibili all'impresa, non c'è in altri termini una equiparazione tra responsabilità d'impresa e responsabilità per rischio o responsabilità oggettiva. A cominciare dalla responsabilità del fabbricante, in cui le scelte del diritto comunitario, volendo contemperare interessi delle imprese e interessi dei danneggiati (nella gran parte dei casi consumatori) hanno optato per una responsabilità oggettiva attenuata": G. ALPA, op. ult. cit., p. 68; v. altresì G. CONTE, *Responsabilità sociale d'impresa*, in G. ALPA- G. CONTE, op. cit., p. 791 e ss.; nonché gli scritti raccolti in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma- Bari, 2008.

<sup>4</sup> E per quanto riguarda il diritto interno vedi la considerazione per cui, trovandosi le regole sulla responsabilità di impresa frazionate nel codice civile per quanto riconducibili allo schema della responsabilità oggettiva, "in tutti questi casi, al di là dell'ambito specifico in cui la disposizione è collocata e quindi della particolare attività che si contempla, queste ipotesi sono considerate tipiche non dell'attività d'impresa ma della responsabilità oggettiva, la responsabilità senza colpa in senso moderno che si è venuta costruendo alla fine dell'ottocento", in tale categoria ricomprendendosi le regole di responsabilità volte a tutelare la proprietà, poi l'industria, e più di recente i consumatori, l'ambiente, gli interessi diffusi ed il mercato: ancora G. ALPA op. ult. cit. 19.

<sup>5</sup> V. anche la considerazione secondo cui "anche all'interno di tendenze fondate su categorie dogmatiche vecchie di secoli si registrano dunque spinte rivolte a realizzare una disciplina della responsabilità più adeguata alle società a capitalismo avanzato": G. ALPA, op. ult. cit., p. 11; in argomento v. poi G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità civile. Illecito per colpa, rischio di impresa, assicurazione*, Milano, 1976. Nonché la prima edizione, sempre del 1976, de *La responsabilità del produttore*, con capitoli dedicati all'esperienza tedesca, francese e di common law; la seconda edizione, 1980, e la terza, del 1987, si arricchivano di aggiornamenti relativi alle stesse esperienze nazionali nonché al progetto di direttiva

## 2. Responsabilità da difetto e obblighi di diligenza

*“...si tratta però di modelli di responsabilità diversi tra loro che hanno un'origine comune, il diritto dell'Unione Europea. Ambiente, consumatori, concorrenza sono infatti i valori contemplati dalla Carta dei diritti fondamentali, dal trattato fondativo dell'Unione, sono oggetto di regolamenti e direttive comunitarie, di normative statuali introdotte in applicazione di quei principi e di quelle disposizioni, talvolta aggiornando e modificando normative o regole giurisprudenziali preesistenti”<sup>6</sup>*

Com'è noto, la direttiva del 1985 esonera il produttore da responsabilità per assenza del presupposto rappresentato dal difetto (non perché il prodotto abbia funzionato bene, ovviamente, ma) quando l'uso di ragionevole destinazione non fosse tale da richiedere un livello di sicurezza maggiore (art. 6.1.b). Ciò ha l'effetto di focalizzare il giudizio sul punto di vista del produttore al momento della fabbricazione e della messa in circolazione nella prospettiva delle sue previsioni di commercializzazione. La sua previsione di destinazione, se ragionevole, lo scagionerà da responsabilità per danni pur presentatisi in un successivo momento. La norma di responsabilità sembra dunque spuria, e potrebbe porsi il dubbio se essa contenga due componenti: quella che riconduce la regola di responsabilità al modello oggettivo basato sulla sola causalità, accanto ad una regola secondaria impositiva di un “obbligo di ragionevole previsione dell'uso di destinazione”. Il produttore deve dunque, nell'ambito del regime dettato dalla direttiva, usare una certa misura di diligenza quando fabbrica e commercializza, pensando alle conseguenze future della propria impresa?

Se ci si pone alla ricerca nell'ordinamento interno di norme che incarnino un'impostazione di questo genere, innanzitutto la disposizione di apertura del capo dedicato all'inadempimento detta il presupposto di responsabilità costituito dalla mancata o ritardata esecuzione, mentre nella norma (o clausola, a seconda delle impostazioni teoriche) generale in tema di illecito il presupposto della responsabilità è dato dalla sequenza fatto colpo/doloso, causalità, danno ingiusto. Come pure noto, interviene a questo punto del giudizio di responsabilità la regola causale quale filtro di risarcibilità del danno: affermare che non si risarciscono danni-conseguenza indiretti e mediati significa porre un primo argine al rischio di dover risarcire sempre e comunque<sup>7</sup>, ma si tratta appunto di filtro causale, non

---

comunitario, analizzato poi nel dettaglio, anche con riguardo alle relative attuazioni nazionali.

<sup>6</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d'impresa*, cit., 31.

<sup>7</sup> Dal tenore letterale dell'art. 1223 c.c. (che postula la distinzione concettuale tra un evento

basato su di una valutazione della diligenza del debitore/danneggiante. Secondo una ricostruzione accreditata, il primo dei tre elementi in cui si può concettualmente suddividere la nozione di danno (il “fatto fonte”, nella terminologia di Gorla<sup>8</sup>) non è disciplinato, ma è dato per presupposto nell’ambito dell’art. 1223 c.c., che invece si occupa di disciplinare la responsabilità per i c.d. danni/conseguenza, così come è dato per presupposto dalle altre norme di responsabilità: quella in tema di inadempimento di obbligazioni (art. 1218 c.c.), quella in tema di responsabilità per dolo, per colpa (art. 1225 c.c.) e per rischio. E così, premessa la distinzione tra danno/evento e danni/conseguenza, si ritiene in maggioranza che la valutazione causale intervenga in due momenti: il primo corrispondente alla cd. “causalità in fatto”:<sup>9</sup> in cui occorre stabilire quale danno sia stato causato da chi a fini di imputazione della responsabilità, e tale valutazione- rispetto ai criteri di responsabilità in vigore- va svolta in relazione alla violazione dell’obbligo di diligenza ex art. 1218 c.c. e 2043 c.c. (chiedendosi chi lo

negativo quale la “perdita subita” e le sue ulteriori derivazioni causali quali il “mancato guadagno”) la dottrina maggioritaria ha trovato conforto per sostenere la differenza tra danno-evento e danno-conseguenza: cfr. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 109 e ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, 11 e ss; ma v. anche Corte cost.184/1986 e Corte cost.372/1994 ove si è rilevato che “la prova della lesione è in re ipsa prova dell’esistenza del danno (atteso che da una seria lesione dell’integrità fisica psichica difficilmente si può guarire in modo perfetto)” mentre una tale prova non è necessariamente sufficiente ai fini del risarcimento poiché “è sempre necessaria la prova ulteriore dell’entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall’art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere commisurato”. La distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza è riconosciuta in giurisprudenza anche in materia di inadempimento contrattuale; per esempio Cass. 26 luglio 2017, n.18392, in Foro it., 2017, I, p.3358 Ma, come si sa, la dottrina ha potuto distinguere anche più finemente tra: i) comportamento o evento primo (o “fatto fonte di responsabilità”, inteso come formula di sintesi concettuale per tutta la serie di micro-fatti ed eventi virtualmente scomponibili in misura atomistica: cfr. G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: “fatto dannoso e conseguenze”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, p. 405); ii) danno, nel senso di prima conseguenza fisico/naturale, e iii) danno nel senso di conseguenze dannose successive. Favorevoli alla tripartizione P. RESCIGNO, *Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi Asquini*, vol. IV, Padova, 1965, p. 1637; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*, Milano, 1967, p.154; V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1972, p.327; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p.49; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Nss. Dl*, 1969, p.13; in posizione minoritaria P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Padova, 1960.

<sup>8</sup> Ma v. anche E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1927, p. 484.

<sup>9</sup> Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p.1250.

abbia violato) ed art. 1227/2 (per chiedersi qui se sia stato il danneggiato a porre in essere una condotta imprudente concausante il danno); ed il secondo e distinto momento, in cui occorre invece chiedersi quali danni/conseguenza siano risarcibili rispetto ad un criterio causale spesso designato come “causalità giuridica”<sup>10</sup> che esclude dal novero dei danni risarcibili quelli che non siano “conseguenza immediata e diretta” ex art. 1223 c.c. La seconda fase del ragionamento causalistico ha funzione di selezione dei danni risarcibili, accanto ad altre due norme che assolvono analoga funzione di filtro: in materia contrattuale non sono risarcibili i danni, causati senza dolo, imprevedibili (art. 1225 c.c.)<sup>11</sup>, e non sono risarcibili i danni –pur causati dal danneggiante– evitabili dal danneggiato con la ordinaria diligenza (ex 1227/2 c.c.); norma, quest’ultima, ispirata ad un principio generale di correttezza<sup>12</sup>, o al principio solidaristico<sup>13</sup>, all’obbligo di salvataggio ed al dovere di protezione<sup>14</sup> e ancora all’obbligo di correttezza che governa il

<sup>10</sup> Cfr. ancora C. SALVI, ult. loc. cit.

<sup>11</sup> Cfr. R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007, pp.272-273; v. S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI- S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, p.247, ove la colpa del danneggiato non è comunque vista come parametro diretto di quantificazione del danno ma come criterio di ripartizione del suo ammontare “determinato senza alcun riferimento alla gravità della colpa- tra danneggiante e danneggiato, mediato dal giudizio sull’eziologia tra comportamenti e danno-conseguenza”; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, cit., p. 26; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 7; v. peraltro la lettura eterodossa della disposizione, da parte di C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 109.

<sup>12</sup> Che da alcuni si fa risalire al dovere generale costituzionale di solidarietà, che impone al creditore l’obbligo positivo “di cooperare per ridurre e limitare la responsabilità del danneggiante” (C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p.143), ovvero “il dovere- positivo- di buona fede in capo al creditore, funzionale ad evitare (od attuire) i possibili esiti dannosi di azioni riferibili a terzi” (R. PUCELLA, op. cit., p. 243, nota 164), e “di tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno” (TAR Puglia, 16.5. 2012, n.943); Cass.20.21984, n.1203, in *Arch.civ.*, 1984, p. 864; Cass.13.12.1980, n.6430, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1339; Cass.7.4.1983, n.2468;

<sup>13</sup> Cfr. G. ALPA, *Il problema della tipicità dell’illecito*, cit., p.127-176; ID., *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 1366; P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 99-100; per C. ROSSELLO, op. cit., p. 62, “la condotta positiva consiste precisamente nell’imporre il dovere giuridico del danneggiato di uniformarsi ad un comportamento attivo e premuroso degli altrui interessi”; mentre in giurisprudenza ricorrono i richiami ai principi di buona fede, di correttezza e di interesse sociale (Cass.15.7.1982, n.4174; Cass. 26.21979, n.1264; Cass.13.11.1978, n.5201; Cass.27.5.1977, n.2179; Cass. sez. lavoro 27.9.1985, n.4719, in *Foro it.*, 1986, I, p.999; Cass.20.21984, n.1203, in *Arch. civ.*, 1984, p.864; App. Torino 27.4.1960, in *Giust. civ.* 1960, I, p.1243).

<sup>14</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123; G. BENATTI, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Scialoja- Branca, 1988, p. 121 e ss;

giudizio sul comportamento del debitore ex art. 1175 nonché in base ad altri indici legislativi (1180, 1181, 1185/1)<sup>15</sup>.

Ecco dunque un'indicazione utile ai fini del discorso introdotto in esordio di paragrafo: la norma-filtro in tema di risarcibilità del danno non impone direttamente un dovere di agire (o meglio: non è questa la norma che lo impone) ma si limita a sancire l'esclusione del risarcimento per il caso in cui il danneggiato non si attivi, potendo (non: dovendo) farlo, quando tale possibilità rientri e non sorpassi una misura media, normale, ordinaria, di diligenza<sup>16</sup>. Il quadro di diritto interno offre dunque un paradigma (nell'assenza di paradigmi di diritto privato europeo) nel quale l'obbligo di diligenza senz'altro sussiste, ma prima ed al di fuori delle regole di responsabilità<sup>17</sup>.

---

L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in Riv. dir. comm., 1954, I, p.185 e ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per il fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p.45.

<sup>15</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 110; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1, p. 10; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 55; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p.348; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p.269; F. CARUSI, voce *Correttezza*, in *Enc.dir.*, X, Milano, 1962, p.710; L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. It., sez.civ.*, IV, Torino, 1989, p. 425; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 2, p.277. Per un'estensione dell'area di applicazione dell'art. 1175 c.c. alle fasi precontrattuali cfr. Cass. 12.7.2016, n.14188, in *Foro it.*, 2016, I, 2685, e in motivazione a p.2694-5.

<sup>16</sup> Specificamente sul tipo di condotta richiesta ai fini dell'applicazione della norma sul contributo colposo cfr. Cass. SS. UU. 21.11. 2011, n.24406. C. ROSSELLO, op. cit., p.58; V. CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p.335; nello stesso senso anche A. DE CUPIS, *I fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna- Roma, 1971, I, p. 263; nello stesso senso Cass.24.1.1972, n.178, in *Giust.civ.*1972, 1,705; Cass.11.5.1973, n.1269; Cass.25.3.1961, n.681, in *Giust.civ.*, 1961, 1, p.978; Cass.25.2.1959, n.535, in *Giust. civ.*, 1959, I, p.617; Cass. 29.10.1973, n.2826.

<sup>17</sup> Si è peraltro anche sostenuto che i canoni di "correttezza" e "buona fede" costituirebbero il contenuto flessibile dell'obbligo mentre la "diligenza" opererebbe sul diverso piano della valutazione a posteriori del comportamento del debitore, e dunque quale criterio di responsabilità: S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964: la relazione al Codice civile "è chiarissima (n. 559) nell'indicare l'art. 1176 come la sede della disciplina della misura del comportamento del debitore, rinviando al complesso di "cure e cautele" da impiegare nell'adempimento, e dunque quale criterio obiettivo generale, non soggettivo individuale, e comunque da commisurare al tipo speciale del singolo rapporto. Infatti, si è osservato da parte di questa dottrina, la diligenza si trova sempre qualificata nel codice in rapporto a contesti che aiutano a definire la portata relativa (diligenza ordinaria, normale, del padre di famiglia, del mandatario, del buon allevatore, secondo la natura dell'attività esercitata, e così via); quella della diligenza è dunque una nozione "ellittica, polisensa, volta ad individuare un metro di valutazione della condotta, rapportato ad una varietà di situazioni di fatto", p.540.

Tornando allora alla direttiva, in essa non pare di poter scorgere indicazioni sull'obbligo di diligenza in capo al fabbricante, ma come abbiamo visto ciò non esclude che un obbligo possa essere dettato da norme diverse. Qui piuttosto sorge il rischio di una lacuna: se fossimo nel contesto di un ordinamento interno, ciò che una norma sul risarcimento dei danni non dice (misura della diligenza e correttezza) può normalmente ritrovarsi nel sistema generale; ma se guardiamo a quell'“isola” giuridica costituita dalla direttiva, nel mare dei sistemi nazionali di diritto civile, sorge il dubbio se le singole norme nazionali sui doveri di diligenza possano combinarsi efficacemente con la regola comunitaria-europea sull'assenza del difetto (art. 6.1.b della direttiva). Come su altri aspetti del regime armonizzato di responsabilità del produttore (per es. il tema della prova del difetto, su cui v. infra il par. 8), questo sembra un problema destinato (o forse concepito) per restare aperto a soluzioni variabili e frutto del dialogo tra i livelli dell'ordinamento europeo, e segnatamente tra i suoi attori giurisdizionali; sempre che il legislatore non se ne occupi ex professo, come in parte accaduto proprio in tema di sicurezza dei prodotti<sup>18</sup>.

### 3. La sicurezza dei prodotti nel diritto comunitario

*“Poiché la sola previsione della responsabilità implica l'assolvimento della funzione risarcitoria e sanzionatoria ma non necessariamente quella preventiva, si sono promossi e adottati interventi anche in questo settore”<sup>19</sup>*

Inteso come regola positiva, il principio della tutela del consumatore non è attribuibile al merito della Corte di Giustizia ma ai redattori del Trattato e al legislatore del diritto comunitario derivato<sup>20</sup>. Negli stessi anni in cui la

<sup>18</sup> Per un analogo rischio di “loop” giuridico in materia di diritto antitrust- tra principio generale di *private enforcement*, competenze statali sui rimedi e sulle procedure, e vincolo di primazia ed *effèt util* del diritto europeo-v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p.459-460.

<sup>19</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d'impresa*, cit.; p. 42.

<sup>20</sup> Sul diritto comunitario dei consumatori v. per tutti G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, Roma, 2002; ID., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, 1995; B.W. HARVEY-D.L. PARRY, *The law of the consumer protection and fair trading*, London, 1997; L. KRAEMER, *EEC consumer law*, Bruxelles, 1986; G. HOWELLS-T. WILHELMSSON, *EC consumer law*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997; G. ALPA-M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, a cura di F. TORIELLO, Torino, 1997.

Commissione andava costruendo i propri programmi di azione legislativa, peraltro, anche la Corte offriva il proprio supporto contribuendo a chiarire i rapporti tra regola generale di liberalizzazione degli scambi commerciali e regola derogatoria a protezione della sicurezza e salute dei consumatori<sup>21</sup>. La Corte di Giustizia ha in particolare ravvisato nell'obiettivo della difesa dei consumatori uno dei possibili parametri di valutazione della legittimità di misure restrittive della libertà di circolazione delle merci<sup>22</sup>, elevandolo a principio normativo generale: uno Stato può adottare misure restrittive della libertà di circolazione intracomunitaria se ciò sia fatto in vista della difesa dei consumatori. Si tratta dunque di un principio destinato a produrre effetti nella valutazione di legittimità degli atti normativi, nel contesto di un giudizio di ponderazione tra "obiettivi di politica comunitaria" e "principi"<sup>23</sup>.

Naturalmente la Corte di Giustizia si è altresì premurata di evitare fraintendimenti e incertezze quanto all'estensione applicativa del principio in parola, procedendo ad una precisa definizione della nozione di consumatore, come del soggetto che agisca al di fuori dell'attività professionale<sup>24</sup>, a prescindere dall'attualità di quella attività<sup>25</sup>, del resto in sintonia con le

<sup>21</sup> Affermando, per esempio, che "l'art. 30 del Trattato CEE non osta a che uno Stato membro applichi una normativa nazionale, che vieta la messa in vendita degli oggetti di metallo argentato privi di punzonatura rispondente ai requisiti stabiliti dalla stessa normativa, ad oggetti di questo genere importati da altro Stato membro nel quale sono stati legittimamente messi in commercio, purché tali oggetti non siano stati sottoposti ... ad una punzonatura avente un contenuto informativo equivalente a quello delle punzonature prescritte dalla normativa dello Stato membro importatore e comprensibile per il consumatore di questo Stato": Corte Giust. CE, 22.6.1982, causa 220/81, in *Foro it.*, 1983, IV, p. 346; oppure che "lo Stato membro di importazione non può ostacolare l'importazione e la messa in commercio, con la denominazione generica "formaggi", di prodotti legalmente fabbricati e messi in commercio in un altro Stato membro con la stessa denominazione qualora venga assicurata l'informazione del consumatore": Corte Giust. CE, 11.10.1990, causa 210/89, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, p.1141; per ulteriori indicazioni giurisprudenziali comunitarie in tema di protezione dei consumatori v. G. ALPA (a cura di), *Codice del consumo e del risparmio*, Milano, 1999, p. 58 ss.

<sup>22</sup> Corte giust CE, 20.2.1979, causa 120/78, caso Cassis de Dijon, in *Raccolta*, p.649.

<sup>23</sup> Nello stesso senso cfr. Corte giust CE, 12.7.1979, causa 153/78, Commissione/Germania, in *Raccolta*, p.2555; Corte giust. CE, 5.10.1977, causa 5/77, Denkavit, in *Raccolta*, p.1555; Corte Giust. CE, 8.11.1979, causa 251/78, ibidem, p.3369.

<sup>24</sup> Corte Giust. CE, 19.1.1993, n.89/91, in *Contratti*, 1993, p.249; Corte Giust. CE, 15.9.1994, n. 318, in *Nuova giur. civ. com.*, 1996, I, p.298, con nota di F. TORIELLO, *Contratti dei consumatori e Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione*, ibidem, p.300. In argomento v. peraltro Giudice di Pace di l'Acquila, 3.11.1997, in *Giust. Civ.*, 1998, p.2341 con nota di L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, ibidem.

<sup>25</sup> Si è infatti precisato che non può considerarsi consumatore chi stipuli un contratto per

acquisizioni del diritto di fonte legislativa in tema di diritto ad una piena informazione<sup>26</sup>, di libertà contrattuale dal vincolo vessatorio<sup>27</sup> o comunque non meditatamente assunto (perché sorto in luoghi ed in momenti non favorevoli alla piena consapevolezza delle proprie decisioni negoziali)<sup>28</sup>, in tema, infine, di garanzie post-vendita<sup>29</sup> (per non citare le direttive in materia di contratti speciali, nel settore assicurativo, bancario e finanziario in generale)<sup>30</sup>. Tali sviluppi si sono affacciati alla scena normativa comunitaria ed europea parallelamente alle iniziative rivolte a completare il quadro della tutela dei diritti nel momento giurisdizionale, sotto il profilo dell'accesso alla giustizia e sotto il profilo della predisposizione di strumenti rimediali cautelari<sup>31</sup>, nonché sotto il profilo della creazione di uno spazio giudiziario

---

l'esercizio di un'attività professionale non attuale ma futura: Corte Giust. CE, 3.7.1997, C-269/95, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p.13, con nota di U. COREA, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, ibidem.

<sup>26</sup> In questo contesto si inseriscono la direttiva n. 89/592 sull'*insider trading* e la direttiva n. 84/450 sulla pubblicità ingannevole; cfr. A. PRINCIGALLI, *op. cit.*; A. DI MAJO, 1988; C. ROSSELLO, *I poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di repressione della pubblicità ingannevole*, in V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994, p. 682 ss. Cfr. inoltre le direttive nn. 79/581 sull'indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari, e 88/314 sui prezzi dei prodotti diversi dagli alimentari; Cfr. G. HOWELLS-T. WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 121 ss.; identica funzione svolgono le direttive nn. 89/298 e 80/390, su cui v. G. FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 10, Torino, 1993, vol. II, p. 250 ss.

<sup>27</sup> Il rinvio è naturalmente alla direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive, su cui v. per tutti, nell'ambito della vastissima letteratura, G. ALPA-M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997.

<sup>28</sup> Cfr. la direttiva sui contratti stipulati fuori dei locali commerciali nonché la direttiva sui contratti negoziati a distanza.

<sup>29</sup> Si allude ovviamente alla direttiva sulle garanzie nelle vendite di beni di consumo. In materia cfr. M. TENREIRO, *Garanties et services après-vente: breve analyse du livre Vert présenté par la Commission européenne*, in *Rev. eur. dr. consomm.*, 1994, p. 5; G. HOWELLS-C. BRYANT, *Consumers' guarantees: competition or regulations?*, in *Eur. consumer law. j.*, 1993, p. 3; C. KELLEY-J. COMAND, *Extended warranties: consumer and manufacture perceptions*, in *The journal of consumers affairs*, 1991, p. 68; H. MICKLITZ, *Protection du consommateur et marché intérieur. Quelques réflexions sur les contrats de réparation et de garantie*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 515; P. ANCEL, *La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière*, in *Rev. trim. dr. économique*, 1979, p. 203; G. WOODROFFE, *Buying and selling law special report: guarantees*, in *Chartered institute of purchasing and supply*, London, 1993

<sup>30</sup> Cfr. ALPA, *Codice del consumo e del risparmio*, Milano, 2000.

<sup>31</sup> Circa il rimedio inibitorio, G.M. ARMONE, *La salute collettiva del consumatore e le sue forme di tutela*, in *Riv. critica dir. privato*, 1994, p. 110; cfr. altresì G. CANALE, *Normativa comunitaria, responsabilità del produttore e tutela del consumatore in via preventiva*, in *Giur.*

funzionante con criteri (di giurisdizione, competenza, circolazione della cosa giudicata) uniformi<sup>32</sup>. Ancora, questo processo si è realizzato senza che d'altra parte il legislatore comunitario/europeo trascurasse di prendere in considerazione la praticabilità di vie alternative alla tutela privatistica -con il suo eventuale risvolto giurisdizionale- per premiare in particolare talvolta l'approccio preventivo che è precipuo della tutela pubblicistica/amministrativa<sup>33</sup>. In questo contesto è da citare la normativa comunitaria in tema di sicurezza dei prodotti, introdotta dapprima con la direttiva n. 92/59 e poi dalla direttiva 2001/95<sup>34</sup>. Lo scopo di queste direttive è duplice: in via preventiva, stabilire requisiti minimi armonizzati di sicurezza dei prodotti destinati alla circolazione infracomunitaria; in secondo luogo, introdurre procedure di emergenza atte ad intervenire correttivamente nel caso di insorgenza di difetti. Il principio generale in tema di sicurezza è quello per cui i produttori devono immettere nel mercato soltanto prodotti sicuri (tale sicurezza essendo definita come la situazione in cui ogni prodotto destinato all'uso ragionevolmente prevedibile, anche continuativo, non presenta rischi o comunque presenta un minimo di rischi compatibile con l'uso del prodotto, considerato come accettabile e coerente con un alto livello di protezione per la salute e sicurezza delle persone). Come si è osservato in dottrina, la direttiva sulla sicurezza dei prodotti "rappresenta un ulteriore tassello della politica comunitaria diretta alla tutela dei

---

piemontese, 1986, p. 470 ss.; B. CAPPONI, *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Foro it.*, 1994, IV, 439 ss. in materia cfr. altresì C.M. VERARDI, *I cinquant'anni del Codice Civile e la tutela del cittadino consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 837 ss. P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, p. 104; F. CAFAGGI, *Verso un approccio sistematico ai rimedi contro la difettosità dei prodotti*, in AA.VV., *Il danno da prodotti in Italia-Austria-Repubblica Federale di Germania-Svizzera*, a cura di F. PATTI, Padova, 1990, p. 108).

<sup>32</sup> Cfr. S.M. CARBONE – C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2016.

<sup>33</sup> Così come è nota, in generale, la alternatività, ed entro certi limiti, cumulabilità dei rimedi privatistico (successivo) e pubblicistico (di controllo preventivo) in talune esperienze nazionali; in tema di tutela del consumatore contro le clausole abusive prima della direttiva n. 93/13 v., per l'esperienza francese, G. ALPA- M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, a cura di F. TORIELLO, cit. pp. 107 ss.

<sup>34</sup> Sulla direttiva del '92 v. F. MANIET, *The european directive on general product safety and its implementation in the EU member states*, in *Atti dell'International seminar on consumer law-Riga*; G. HOWELLS-T. WILHELMSSON, *EC Consumer law*, London, 1997, p. 48 ss.; l'attuazione italiana si è avuta con d.l. 17 marzo 1995, n. 115, in *G.U.* 20 aprile 1995, n. 92; sull'attuazione italiana cfr. M. CONDINANZI, *L'attuazione della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 941. Sulla direttiva del 2001 v. G. ALPA, *La responsabilità d'impresa nel terzo millennio*, in G. ALPA-G-CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 42 e ss.

consumatori che con il trattato sull'Unione Europea è poi assurda a dignità di azione autonomamente prevista<sup>35</sup>, ed è caratterizzata da un approccio al problema dell'armonizzazione legislativa «trasversale» in quanto applicabile a tutti i generi prodotti<sup>36</sup>, fatte ovviamente salve normative più specifiche settore per settore<sup>37</sup>. Ed in effetti un tratto caratteristico della responsabilità del produttore nella sua versione europea sta nello stretto rapporto che la normativa ha con la disciplina di regolazione del mercato, in ciò sicuramente più completa e penetrante rispetto alla versione statunitense<sup>38</sup>.

#### 4. Natura della responsabilità

*“La responsabilità del produttore comprende anche le informazioni sul prodotto e le etichette. Lungi dall'essere fondata sulla colpa, come si era proposto agli albori delle ricerche in materia, si tratta di responsabilità oggettiva (ancorché attenuata) e si estende all'importatore, ad opera del principio generale di responsabilità”<sup>39</sup>*

Così come consente il sovrapporsi di normative nazionali in tema di responsabilità sia contrattuale sia extracontrattuale con la disciplina da essa portata, la direttiva consente in particolare, in questo modo, il cumulo della responsabilità contrattuale con quella in essa stabilita, che d'altra parte ha natura extracontrattuale<sup>40</sup>. È in questo modo ammesso *ex lege* il concorso di responsabilità extracontrattuale (comunitaria) con quella eventuale contrattuale e/o aquiliana di fonte nazionale<sup>41</sup>.

Circa la qualificazione più specifica del tipo di responsabilità extracontrattuale sancita, si è ritenuto – a tacere di una isolata tesi mediana

<sup>35</sup> M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 941; cfr. inoltre F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in N. LIPARI (a cura di), *op. cit.*, pp. 1001, 1004 e 1011.

<sup>36</sup> F. MANIET, *op. cit.*; M. CONDINANZI, *loc. ult. cit.*;

<sup>37</sup> Per un resoconto delle quali si rinvia a D. CERINI- V. GORLA, *Il danno da prodotto*, Torino, 2011, p. 151 e ss; specificamente in tema di farmaci Cfr. E. MENGA, *Responsabilità da farmaco difettoso: il delicato equilibrio tra tutela della salute e salvaguardia delle esigenze della produzione*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 41 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. ancora G. ALPA *La responsabilità d'impresa*, cit., p. 42-43; v. anche G. HOWELLS, Introduction, in G. HOWELLS (gen. ed.), *The law of product liability*, London, 2007, p. 15.

<sup>39</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d'impresa*, cit., p. 40.

<sup>40</sup> In quanto l'esistenza di relazioni contrattuali non è posta a fondamento della sussistenza della responsabilità del produttore; cfr. J. FAGNART, *op. cit.*, p. 8.

<sup>41</sup> In tal senso cfr. J. FAGNART, *loc. ult. cit.*; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 135; J. FAGNART-DE NEVE, *La responsabilité civile*, *Cronique de jurisprudence*, in *JT*, 1985, p. 453.

<sup>42</sup> – da parte di molti che sul produttore incomba una responsabilità di tipo oggettivo, escludendosi che si tratti di responsabilità per colpa presunta<sup>43</sup>. Tale opinione si ritiene altresì confortata dalle dichiarazioni della Commissione davanti al Parlamento, ed è condivisibile, nel senso che senz'altro la responsabilità richiede come presupposto il verificarsi di un difetto del prodotto e non un determinato comportamento da parte del danneggiante; presupposto oggettivo e non colpa del danneggiante, ed in questo senso responsabilità di natura oggettiva. Ma sulla tesi che il comportamento del fabbricante sia del tutto irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità non può pacificamente convenirsi, considerando al contrario che quanto meno due degli eventi esonerativi previsti dall'art. 6 della direttiva fanno riferimento a ipotesi di esclusione del comportamento colpevole in capo al fabbricante. Ed ancora prima rispetto alle cause di esonero, se “il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto” (art. 1 direttiva), ma se il prodotto non si rivela difettoso ex art. 6.1.b) rispetto all'uso ragionevolmente prevedibile, è segno che un margine di rilevanza della valutazione della diligenza del produttore è immanente al sistema in vigore. La configurazione in termini di responsabilità quasi oggettiva «*pendant long temps preconisée*» proprio dalla dottrina italiana<sup>44</sup> pare tuttora dunque riverberare effetti importanti sui principi di diritto europeo in tema di responsabilità del produttore<sup>45</sup>.

Sono peraltro da ricordare alcune decisioni italiane di legittimità che hanno qualificato la responsabilità da prodotto come “presunta e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto”<sup>46</sup>. È da notare che in tale occasione non si è modificata l'impostazione ormai consolidata circa l'onere della prova (e dunque si è riconfermato “che incombe sul soggetto danneggiato la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno bensì tra difetto e danno mentre il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni di cui all'art. 127 cod. cons.”) ma

<sup>42</sup> La responsabilità stabilita dalla direttiva non avrebbe né natura contrattuale né *delictuelle*, e ciò si desumerebbe dall'art. 13: J. HUET, *op. cit.*, p. 11.

<sup>43</sup> In quanto «la condition de la responsabilité est donc le défaut du produit et non la faute du producteur», J. FAGNART, *op. cit.*, p. 9.

<sup>44</sup> Come ricordato da J. FAGNART, *loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> Cfr. T. BOURGOIGNIE, *The 1985 Council directive on product liability and its implementation in member States of the European Union*, in AA.VV., *La directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits: dix ans après- Directive 85/374/EEC on product liability: then is after*, a cura di M. GOYENS, Louvain-La Neuve, 1996, p. 31.

<sup>46</sup> Cass. 28.7.2015, n 15851, in *Danno e resp.*, 2016, p. 41 ; v. altresì Cass. 29.5.2013, n 13458.

si è – a quanto pare – optato per una scelta lessicale per la quale l'onere di dimostrare il difetto escluderebbe la possibilità di definire “oggettiva” la responsabilità (e “oggettivo” il criterio della sua imputazione). Una terminologia più ortodossa peraltro non chiamerebbe “oggettivo”, ma “assoluto” il regime di responsabilità in cui non si debba neppure provare il difetto<sup>47</sup>, lasciando all'attributo “oggettivo” l'area di significato che si contrappone da un lato alla cd. responsabilità assoluta (che discende dal danno anche in assenza di difetto, come per l'attività dell'esercente di attività nucleari, almeno in alcune sue applicazioni nazionali<sup>48</sup>) e dall'altra all'area di significato caratterizzata dall'onere della prova della colpa del danneggiante<sup>49</sup>.

### 5. Responsabilità da prodotto difettoso e danno non patrimoniale

*“...dalla integrale soddisfazione a favore del danneggiato alla redistribuzione delle risorse nell'ambito della società alla funzione di deterrenza, fino ad arrivare alla sua “rinnovata funzione punitiva”<sup>50</sup>*

Il Tribunale di Bologna ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso del letto pieghevole-automatico “esploso” durante

<sup>47</sup> Cfr. a mero titolo esemplificativo le Relazioni periodiche sull'applicazione della direttiva, *infra* sub. Par. 7.

<sup>48</sup> In argomento v. G. ALPA, *La responsabilità d'impresa nel terzo millennio*, in G. ALPA – G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 30 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 17; così, ci pare più correttamente, si è qualificata “oggettiva, fondata non sulla colpa ma sulla riconducibilità causale del danno alla presenza di un difetto nel prodotto” la responsabilità del produttore, da parte di Cass. 1.6.2010, n 13432, in *Danno e resp.*, 2011, p. 276. Del resto, dire che la natura è “presunta” – nella terminologia di Cass. 28.7.2015, n 15851, *cit.*, significa dire che una volta provato il difetto e il suo nesso causale con il danno la responsabilità è sussistente in modo tendenziale, e non in modo assoluto, visto che la prova di alcuni fattori (per lo più riconducibili al caso fortuito, salva la difesa dei rischi di sviluppo) può escludere la responsabilità; ma non per questo diremmo “responsabilità tendenziale”. Cass. 29.5.2013, n 13458, *cit.*, ha comunque ribadito il punto centrale della disciplina, la quale “prevede un tipo di responsabilità che prescinde dalla colpa del produttore, conseguendo alla mera “utilizzazione” del prodotto difettoso da parte della vittima”. Su questi temi Cfr. M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, p. 1592 e ss., nonché Ar. FUSARO, *Danno da prodotti pericolosi o difettosi: regole di riferimento e incertezze ermeneutiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 203 e ss.

<sup>50</sup> Cfr. G. ALPA *op. ult. cit.*, p.4

la sua chiusura<sup>51</sup>, e nella sentenza resa nel caso dell'artroprotesi anche il Tribunale di Mantova ha accolto la tesi favorevole al riconoscimento del d.n.p.<sup>52</sup>. Il Tribunale di Monza ha più recentemente riconosciuto il risarcimento del solo danno biologico ritenendolo oggetto di implicito rinvio da parte dell'art. 123 cod. cons. ("danni risarcibili", sub specie di "danno da morte o da lesione") e negando ingresso a forme diverse di d.n.p. (segnatamente il morale e il cd. esistenziale)<sup>53</sup>. Ancora, si è ritenuto che il danno alla persona risarcibile in base alla nuova disciplina sia esclusivamente quello derivante da morte o da lesioni personali<sup>54</sup>, fermo restando che - qualora si ravvisi comunque un comportamento colposo del produttore e la sussistenza di un fatto-reato - si possa riconoscere il risarcimento del danno morale: "il vantaggio offerto al consumatore dal d.P.R. n. 224/88, ovvero la possibilità di ottenere un risarcimento a prescindere dalla colpa del produttore, non può essere diminuito per effetto di una preclusione assoluta ad ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali<sup>55</sup>; ma ove non siano accertati profili di colpa da parte del produttore è da escludersi la risarcibilità del danno morale mentre è possibile il risarcimento del danno biologico conseguente ad una caduta dovuta al cedimento strutturale della scala anche in assenza di prova che il difetto di fabbricazione sia dovuto a colpa del fabbricante<sup>56</sup>.

Queste sentenze sono esemplari del fermento interpretativo, non scevro da incertezze e oscillazioni applicative, che contraddistinguono nell'ordinamento italiano il dibattito sul danno non patrimoniale, tanto in seno alla dottrina quanto nel dialogo tra formanti.

Come si sa, nell'ordinamento italiano si è discusso a lungo sulla tipicità delle ipotesi di risarcimento del d.n.p. (rispetto alla norma interna di riferimento)<sup>57</sup>; al tema si è dovuta interessare la Corte costituzionale

<sup>51</sup> Trib. Bologna, 3.4.2007, n. 2354, cit.

<sup>52</sup> Trib. Mantova, cit., 2.7.2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>53</sup> Trib. Monza, 10.2.2015, in "[www.lider-lab.sssup.it](http://www.lider-lab.sssup.it)". Letteralmente peraltro il richiamo al tipo di evento caustivo di danno, morte/lesione, non è sufficiente ad individuare categorie di danni risarcibili. Nel caso di specie si deve però convenire sul rigetto della domanda per una sospetta insufficienza di allegazione e prova, se non inconsistenza, dei "danni da stress per perdita di oggetti di valore affettivo nonché per disagio dovuto alla assenza dall'abitazione".

<sup>54</sup> Trib. Monza, 20.7.1993 Tentori c. Soc. ditta Rossin, cit. in *Foro it.*, 1994, I, 139

<sup>55</sup> Trib. Vercelli, 31.1.2003, n. 208, citata in R. D'ARRIGO, *La responsabilità del produttore*, Milano, 2006, p.219..

<sup>56</sup> Trib. Milano, 31.1.2003 Ferrara c. La Vetroscala s.a.s., cit.

<sup>57</sup> Che prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi determinati dalla legge; in argomento cfr., nella vastissima letteratura, G. ALPA, *Il danno biologico*, 3° ed.,

inizialmente dissociando il diritto al risarcimento dalla capacità reddituale ma lasciando la voce di danno ancorata al presupposto del fatto penalmente rilevante<sup>58</sup>, più tardi rivalutando tale conclusione alla luce della spinta proveniente dalle corti di merito<sup>59</sup>, dalla dottrina (non solo strettamente giuridica)<sup>60</sup> e dai pronunciamenti di legittimità<sup>61</sup>. In quell'occasione - da una parte - la Corte Costituzionale manteneva ferma l'originaria connessione del risarcimento civilistico alla dimensione di supporto alla

---

Padova, 2003; F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Torino, 2001; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; M. BARGAGNA- F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 2001; M. ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, Padova, 2001.

<sup>58</sup> Cfr. Corte Cost. n.88 del 1979.

<sup>59</sup> Le finalità della giurisprudenza - e della dottrina (in particolare la scuola civilistica genovese) - erano dirette "a recuperare il valore costituzionale della salute nell'ambito delle tecniche di risarcimento del danno alla persona; essendo il diritto alla salute una posizione soggettiva garantita a tutti, senza differenze di estrazione sociale e di capacità di produrre reddito, i criteri di liquidazione erano identici per tutti. E contemporaneamente alla formula del "danno biologico" si assegnava anche un compito semplificante, consistente nell'assorbire tutte le voci e sotto-voci di danno che la fantasia o le circostanze del caso avevano indotto il giudice a creare, come il danno estetico, il danno alla vita di relazione, il danno derivante dalla compromissione della capacità lavorativa generica", il tutto in un contesto in cui "il panorama del risarcimento del danno alla persona presentava da un lato una sorta di giungla confusa nella quale la sperequazione era la regola, e dall'altro lasciava intravedere un nuovo eden in cui l'ordine e l'eguaglianza se potevano essere ripristinati" poiché al danno morale in senso stretto e al danno reddituale "si affiancava, per merito della inventiva dei giudici del Tribunale di Genova, quella nuova voce onnicomprensiva, traducibile in tabelle più moderne rispetto a quelle utilizzate dalla prassi assicurativa": G. ALPA, *Il danno biologico*, pp.30-31; v. anche F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in F.D. BUSNELLI. S.PATTI, op. cit., 85. E proprio in quell'"Eden" evocato da Guido Alpa un altro dei protagonisti della stagione genovese - sul versante giurisprudenziale- ricorda d'altra parte, nei decenni successivi, la "moltiplicazione patologica delle voci di danno diffuse nella pratica giudiziaria...soprattutto per effetto di una indiscriminata utilizzazione della nuova voce di danno riassumibile nel concetto di danno esistenziale", ed il "sicuro avvenuto superamento di un certo livello di guardia nel campo del risarcimento dei danni non patrimoniali": C. VIAZZI, *Il danno non patrimoniale dopo la sentenza delle Sezioni Unite 11 novembre 2008, n.26972*, in *Nuova giur. ligure*, 2009, risp. p.39 e p.43, ove anche la icastica sintesi "alla Okkam": *danna non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, p.42.

<sup>60</sup> Come ricordato da G. ALPA, *Il danno biologico*, cit, 18, "si deve ai maestri della medicina legale...l'idea...che la valutazione del danno alla persona non debba tener conto solo della diminuzione di reddito o della capacità di lavoro perduta a causa del sinistro ma debba considerare anche la validità perduta, validità psico-fisica comune a tutte le persone".

<sup>61</sup> Cfr. Cass 6.6.1981 n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1903.

reazione penale<sup>62</sup>, e rimaneva ferma anche una lettura filologica dell'art. 2059 c.c. in coerenza con la connessione sanzionatoria richiamata tale da imporre di riconfermare che l'art. 2059 c.c. porrebbe, per precise ragioni di politica del diritto storicamente ricostruibili, un limite al risarcimento del danno non patrimoniale, e dunque ricavandone la risarcibilità del danno biologico, nel quadro di tale norma solo nei casi di sussistenza di un fatto di reato. Ma dall'altra parte restava la sfida interpretativa di rinvenire una base giuridica alternativa che consentisse il risarcimento del danno biologico in quanto danno di natura non patrimoniale, nei casi non riconducibili a ipotesi di fattispecie penalmente sanzionate. Così la sentenza 184, pur qualificando l'art. 2043 come "norma in bianco", escludeva che attraverso tale disposizione si potesse bypassare il limite dettato dall'art. 2059 c.c., ma perveniva alla soluzione della risarcibilità del danno biologico nel sistema vigente di responsabilità civile solo ed esclusivamente a patto di rileggere l'intero sistema alla luce delle norme costituzionali, in funzione della tutela piena dei valori della persona, ed in particolare delle attività realizzatrici di essa, prima fra tutte la tutela della salute alla luce dell'art. 32 Cost.: "*può desumersi, in considerazione dell'importanza dell'enunciazione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale del privato, la difesa giuridica che tuteli nella forma risarcitoria il bene della salute personale*", precisando anche che tale tutela non può passare attraverso l'art. 2059 ma va ricondotta "*alla norma risultante dal combinato disposto degli art. 32 Cost e 2043 c.c.*".

Ora, se più recentemente il danno biologico è stato legislativamente definito<sup>63</sup>, è d'altronde constatazione condivisa che il percorso che ha portato all'affermazione normativa di questo istituto sia stato accidentato, e che i risultati, quelli intermedi e quelli di approdo, siano soprattutto frutto della prassi giurisprudenziale (ciò che del resto è vero di gran parte del diritto della responsabilità civile<sup>64</sup>).

La Corte costituzionale ha poi avuto anche occasione di affrontare il tema della risarcibilità del danno biologico causato da uccisione di congiunto (sentenza 372 del 1994), evidenziando la difficoltà di riconoscere il risarcimento ex art. 2043 c.c. per l'impossibilità di ricostruire una colpa del danneggiante in relazione alla sua condotta rapportabile - non già alla

<sup>62</sup> Cfr. Corte Cost. 184/1986.

<sup>63</sup> Come lesione all'integrità psicofisica della persona suscettibile di valutazione medico-legale: dapprima ex art.13 d.lgs. 23.2.2000 n.38; art.5/3 l. 5.3.2001 n.57; l.12.12.2002, n.273. Cfr. Poi il d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209, cd. Codice delle assicurazioni private, recentemente modificato dal D.M. 17.7.2017, in G.U. 196 del 23.8.2017.

<sup>64</sup> Cfr. per tutti S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

prima vittima ma- al terzo colpito di riflesso dal danno-evento. L'unico modo di superare il problema dell'impossibilità di imputare all'autore del fatto una colpa avente effetti addirittura nei confronti dei terzi congiunti sarebbe stato quello di impostare una responsabilità oggettiva per pura causalità e non una responsabilità inquadrata nell'art. 2043 (ma si trattava di un'ipotesi ricostruttiva che la Corte non poteva istituire, data la sede ed il contesto del rinvio).

Successive pronunce della Corte di cassazione facevano tuttavia registrare un'inversione di rotta su questo tema: da una parte si affermava l'operatività di una presunzione di colpa in talune ipotesi legislativamente previste<sup>65</sup>, e contemporaneamente si superava anche la lettura dell'art. 2059 in combinazione con l'art.185 c.p. (secondo la quale sarebbe stata necessaria la completa configurabilità di un fatto di reato ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale) ritenendosi sufficiente la sussistenza "di una fattispecie corrispondente nella sua oggettività alla astratta previsione di una figura di reato, con conseguente possibilità che ai fini civili la responsabilità sia ritenuta per effetto di una presunzione di legge"<sup>66</sup>; le due importanti sentenze della Corte di Cassazione, nn.8827 e 8828 del 31 maggio 2003 mostravano - nei termini con cui la stessa Corte costituzionale con sentenza n. 233, di pochi mesi successiva, le elogiava- "*l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona*" prospettando "*nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona*"<sup>67</sup>.

Con le sentenze del Maggio 2003 la portata dell'art. 2059 veniva in effetti estesa rispetto all'interpretazione letterale che la voleva esclusivamente operante in ipotesi di danno commesso nell'ambito di una

<sup>65</sup> Le sentenze 7281 e 7282 del 12 maggio 2003 affermavano che alla risarcibilità del danno non patrimoniale nel quadro dell'art. 2059 non ostava il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno nell'ipotesi in cui la colpa debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge, ciò che accade- secondo la Cassazione- nei casi di cui agli artt. 2051 e 2054 c.c., e sempre che- ricorrendo la colpa in tali termini presunti- il fatto sia qualificabile come reato.

<sup>66</sup> Con le parole di Corte Cost 233/2003, in *Corr. giur.* 2003, p.1028; con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; e in *Danno e resp.*, 2003, p.939, con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il nuovo articolo 2059 c.c.)*.

<sup>67</sup> Per una selezione della giurisprudenza di legittimità ed anche di merito sullo specifico tema del danno biologico si veda ancora G. ALPA, *op. ult. cit.*, pp.209-442.

fattispecie penalmente rilevante, dando alla disposizione un'interpretazione costituzionalmente orientata nell'ambito della quale il danno non patrimoniale diveniva una categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi di lesione di valori inerenti alla persona costituzionalmente garantiti. Ciò nel quadro di una nuova sistemazione del danno non patrimoniale del quale si veniva cogliendo la necessità e la piena possibilità giuridica di tutela anche al di fuori delle ipotesi di reato, nel solco di una nuova tradizione legislativa emersa soprattutto negli anni '90 (con riguardo alla legge sulla responsabilità dei magistrati, alla legge sul trattamento dei dati personali, alla ragionevole durata del processo: ipotesi di risarcimento di danno non patrimoniale al di fuori di fattispecie penalmente rilevanti) ed ancor prima in coerenza con il percorso che si era iniziato a tracciare con l'affermazione del danno biologico, esempio fulgido di danno non patrimoniale costituzionalmente protetto al di fuori delle ipotesi di reato<sup>68</sup>. Cosicché la presa d'atto dell'evoluzione del diritto vivente consentiva alla Corte costituzionale di confermare che *“l'art 2059 c.c. deve essere interpretato nel senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito alla astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui, in sede civile, la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge”* restando in tal modo superato il dubbio di legittimità costituzionale originato da una lettura contraria della norma.

In parallelo agli sviluppi giurisprudenziali del nuovo secolo va poi ricordato l'affermarsi di una *“diffusa convinzione che le regole che riguardano il danno alla persona non debbano essere disgiunte dalla valutazione- di natura macroeconomica- dei loro effetti sia sull'intero sistema economico che su quello in cui operano le compagnie di assicurazione”*<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Una importante raccomandazione che accompagnava tale nuova estensiva rilettura della disposizione codicistica era d'altra parte quella inerente la prova del danno, in relazione alla quale la Corte di cassazione sanciva la necessità della prova del danno scartando la teorica del danno in re ipsa; cfr. R. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., p. 151 e ss.

<sup>69</sup> Il che spiega “perché i governi che si sono succeduti negli ultimi anni si siano preoccupati di proporre regole concernenti i criteri di valutazione del danno alla persona non tanto con il fine di uniformare i risarcimenti in caso di identità o di affinità di lesioni, quanto per contenerne l'ammontare, e quindi l'inflazione; talvolta anche al fine di favorire le compagnie di assicurazione, stante la ripetuta denuncia del deficit loro derivante dal settore della assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione di veicoli”: G. ALPA, op. ult. cit., pp. 22-23. Una conferma di questa lettura è in Corte Giust. UE, 23.1.2014, C- 371/12 Petillo c. UNIPOL, punto 15. Un secondo fattore di arricchimento del quadro normativo in tema di danno non patrimoniale è costituito dall'accentuazione del carattere di frammentarietà della disciplina del danno alla persona, portato dagli interventi normativi succedutisi negli scorsi decenni in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione di veicoli

La giurisprudenza italiana di legittimità degli ultimi dieci anni è infine stata segnata dall'intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione le quali nelle note sentenze del novembre 2008<sup>70</sup> hanno fissato il principio secondo cui la categoria giuridica del danno non patrimoniale ha natura unitaria e omnicomprensiva, e le sottocategorie (tra cui, come più che noto, il biologico e il cd. esistenziale) hanno solo valenza descrittiva, a presidio del divieto di duplicazioni risarcitorie.

La giurisprudenza successiva ha applicato il principio con esiti non sempre del tutto uniformi<sup>71</sup> per non dire che proprio mentre giungeva a compiuta definizione e disciplina legislativa il danno biologico le possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale si arricchivano - grazie ad un conio al quale, ancora, contribuivano dottrina, giurisprudenza di legittimità e decisioni di merito- di una nuova categoria di danno risarcibile: la giurisprudenza sul danno esistenziale maturava tra la seconda metà degli anni '90 e primi anni 2000 con l'intento di consentire risarcimento a fattispecie eterogenee e di difficile accertamento e quantificazione<sup>72-</sup>

e natanti, di infortuni sul lavoro e malattie professionali, di trasporto internazionale passeggeri per via ferroviaria, marittima o aerea, responsabilità del fabbricante di prodotti difettosi, ed ancora le regole speciali in materia di danni da vaccinazione (in materia si vedano le sentenze della Corte costituzionale n.27 del 1998 sulla vaccinazione contro la poliomielite e la più recente sentenza 268 del 2017 sull'obbligo di risarcimento in caso di vaccinazione non obbligatoria) e da attacchi terroristici; in tema v. ancora G. ALPA, op. ult. cit., pp. 23-24.

<sup>70</sup> Cass. SS. UU., 11 novembre 2008 n. 26972-3-5, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; di R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*; E. NAVARETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*. Cfr. altresì la rassegna giurisprudenziale di S. BALBUSSO, *Il danno non patrimoniale da perdita del congiunto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, II, p. 403 e ss.

<sup>71</sup>Cfr. Cass. 18.11.2014 n. 24473, in *Rep. Foro it.* 2014, n. 233; Cass. 7.11.2014, n. 23778, in *Danno e resp.*, 2015, p.493, con nota di A. FRIGERIO, *Perduranti incertezze nella liquidazione del danno non patrimoniale*; Cass. 24.9.2014, n. 20111, in *Foro it. Rep.* 2014, voce *Danni civili*, n.232; Cass. 28.1 2014, n.1762, in *Rep. Foro it.*, voce *Danni civili*, n.170, Cass. 16.1.2014, n. 759, in *Rep. Foro it.*, voce *Danni civili*, n. 162, Cass. 11.10.2013, n.23147, in *Danno e resp.*, 2014, p.279, con nota di G. PONZANELLI, *Il "buonismo" della Cassazione e la facile dimenticanza del danno-conseguenza*; Cass. 22.8.2013, n.19402, in *Rep. Foro it.*, voce *Danni civili*, n.231.

<sup>72</sup> Fattispecie "non facilmente inquadrabili nella rigida griglia delineata dal sistema cosiddetto bipolare, poiché non apparivano in grado di attraversare le maglie strette della risarcibilità del danno morale, e, al contempo, non presentavano la matrice medico-legale intrinsecamente connessa alla nozione di danno biologico in senso stretto": G. PEDRAZZI, *Il danno esistenziale*, in G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova,

talvolta in assenza di una chiara consapevolezza circa le problematiche di inquadramento delle domande risarcitorie nell'ambito dell'art. 2043 c.c., rispetto ai necessari presupposti per una declaratoria di responsabilità<sup>73</sup> - quali il pregiudizio alla serenità familiare, il danno di natura edonistica, il danno alla vita di relazione, il danno da emozioni, il danno estetico, l'incapacità lavorativa generica, o il danno alla vita sessuale, accomunati dal derivare da illeciti limitanti le attività realizzatrici della persona, ove obbligata a modificare il proprio comportamento nel contesto familiare o sociale, in contrasto con quanto garantito all'art. 2 Cost.<sup>74</sup>

---

2002, p.42; S. PATTI, op. cit.,19. Di qui la critica di F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (psico-favola fantagiuridica sullo psico-danno psico-esistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p.675; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p.1; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 259; V. ZENO-ZENCOVICH, *Law & comics: Paperon de Paperoni, Gatto Silvestro, Bugs Bunny, Willy Coyote e la responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1999, p.356; R. CASO, *Danno per lesione del rapporto parentale: tra esigenze di giustizia e causa risarcitorio*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 67; G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p.693.

<sup>73</sup> Il che pure ha suscitato le censure di quella dottrina che ha messo in luce la tendenza della giurisprudenza "esistenzialista" a riconoscere risarcimenti in assenza di una seria verifica dei requisiti dell'ingiustizia del danno, ove non della stessa esistenza di un danno, con il rischio di determinare una tendenza alla sovra-compensazione e di trasformare un sistema improntato alla funzione compensativa in una sorta di sistema di sicurezza sociale diffuso a carico dei privati assunti quali danneggianti; così F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI- S. PATTI, cit., chiede un po' provocatoriamente a p.152: "e il danno?"

<sup>74</sup> I settori rilevanti per la realizzazione individuale sono stati, per esempio, distinti nelle aree biologico-assistenziale, affettivo-familiare, sociale, culturale e religioso e nella sfera degli svaghi: P. ZIVIZ, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Riv.crit. dir. priv.*, 1999, p.61. All'indomani delle sentenze del novembre 2008, comunque, un modello di applicazione "ortodossa" del dictum che sembra particolarmente fedele al prodotto della nomofiliachia delle SS.UU. è stato sintetizzato (sottoforma, in realtà, di resoconto applicativo) da C. VIAZZI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 46 e ss.. Sulla reazione della giurisprudenza successiva alle sentenze del Novembre 2008 v. G. GRASSO, *sul risarcimento del danno non patrimoniale, con particolare riguardo all'inadempimento contrattuale: la giurisprudenza è "unita" contro le "Sezioni Unite"?*, in AA.VV., *La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*, atti del convegno tenuto a Napoli, 15-16.10.2010.

## 6. Il danno non patrimoniale nella dimensione europea

*“... anche a non considerare la flessibilità, spesso l’evanescenza, certamente lo scarso rigore concettuale con cui si creano e si utilizzano i termini, le categorie, le formule del diritto nell’ordinamento comunitario, vi possono essere beni giuridici che non identificano un oggetto reale concreto né sono individuabili in capo a soggetti specifici...”<sup>75</sup>*

In *Petillo c. UNIPOL*<sup>76</sup>, nel negare che la normativa italiana (segnatamente l’art. 139 cod. ass.) porti ad esclusioni d’ufficio o limitazioni eccessive e sproporzionate del risarcimento dei danni da sinistro della circolazione stradale, la Corte di giustizia ha affermato che in linea di principio non vi è incompatibilità tra le norme europee di armonizzazione delle coperture assicurative r.c. auto<sup>77</sup> ed il sistema italiano di risarcimento del danno biologico, poiché *“...tali direttive non ostano, in linea di principio, né ad una legislazione nazionale che impone ai giudici nazionali criteri vincolanti per la determinazione dei danni morali da risarcire né a sistemi specifici, adeguati alle particolarità dei sinistri stradali, anche se tali sistemi comportano, per determinati danni morali, un metodo di determinazione della portata del diritto al risarcimento meno favorevole alla vittima rispetto a quello applicabile al diritto al risarcimento delle vittime di sinistri diversi da quelli stradali”* (punto 43).

In particolare, il fatto che per quantificare il risarcimento del “danno immateriale” risultante da lesioni di lieve entità taluni elementi del calcolo applicabile in materia di risarcimento delle vittime di incidenti diversi da quelli stradali siano omessi o limitati non incide - precisa la Corte- sulla compatibilità delle direttive europee con una legislazione nazionale di tale contenuto, *“dal momento che quest’ultima non ha l’effetto di escludere d’ufficio o di limitare in maniera sproporzionata il diritto della vittima a beneficiare di un risarcimento”*.

Complessivamente riguardando la giurisprudenza della Corte si può innanzitutto notare l’uso di una terminologia (danni residuali, riferito

<sup>75</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d’impresa* cit., p. 55

<sup>76</sup> Corte giust. UE, 23.1.2014, C-371/12.

<sup>77</sup> Si tratta della cd. prima direttiva, 72/166/CEE del Consiglio, del 24 aprile 1972, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, e di controllo dell’obbligo di assicurare tale responsabilità, in GU L 103; della cd. seconda direttiva (dir. 84/5/CEE del Consiglio), come modificata dalla dir. 2005/14/CE; e della cd. terza direttiva (dir. 90 232/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1990) come modificata dalla dir. 2005/14 e dalla dir. 2009/103/CE.

alla categoria nostrana del danno cd. esistenziale; danni morali, ma come fungibile rispetto a “immateriali”, e senza ulteriori e più minuziose distinzioni all’interno della categoria del d.n.p. paragonabili a quelle che l’elaborazione italiana ci consegna) che può legittimamente suscitare in qualunque lettore il sospetto che la tematica della integrale riparazione del danno alla persona abbia fatto registrare sviluppi con velocità, o sensibilità, diverse nel dibattito europeo rispetto a quello italiano. Una verifica sulle relazioni periodiche della Commissione circa l’applicazione della direttiva sulla responsabilità da prodotto conferma la tendenziale neutralità dell’organo europeo sull’argomento: in quella sede, constatata la difformità delle soluzioni si rinvia a future sistemazioni della materia negli ordinamenti nazionali (il che induce a pensare che evidentemente si tratti di difformità non ancora percepite come perniciose per l’equilibrio dei rischi nel mercato unico); i livelli nazionali d’altra parte stanno effettivamente cercando ciascuno una propria via di definizione del tema, per lo più attraverso sistemi di classificazione uniforme (cd. nomenclature) delle tipologie di d.n.p. risarcibile, spesso elaborati congiuntamente tra esperti di estrazione giuridica e medico-legale<sup>78</sup>.

L’ipotesi che il grado di elaborazione concettuale italiano sia, se non il più raffinato, quantomeno tra quelli meglio attrezzati al compito a cui anche altre comunità di studiosi attendono, pare fondata, così come pure emerge da un raffronto tra livelli di risarcimento che l’Italia è l’ordinamento più generoso in tema di d.n.p.<sup>79</sup>. Per converso il livello

<sup>78</sup> Cfr. in Francia il Rapport Dintilhac del Luglio 2005 e nel Regno Unito le Guidelines elaborate dal Judicial College giunte alla 15° edizione; in dottrina v. S. BANAKAS, *Non-pecuniary loss in personal injury: topography, architecture and nomenclature in the European Landscape*, in *J. comp. law*, 2015, p. 291; A. NICOLUSSI, *Danno non patrimoniale in Europa*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale* (diretto da Salvatore Patti), p.52 e ss.

<sup>79</sup> Una interessante ricerca commissionata dall’IVASS ha permesso di accertare che “in caso di morte, in Italia (e Spagna), a prevalere sul risarcimento complessivo è il danno di tipo “non patrimoniale” (che comprende anche il danno morale) senza alcuna relazione con il reddito della vittima mentre in Germania e Regno unito il danno non patrimoniale in caso di morte assume rilevanza trascurabile o addirittura nulla (Germania). Per quanto concerne il danno patrimoniale, la valutazione in Italia, Germania, Francia e Regno unito è operata con tecniche simili, anche se più rigorosa in questi ultimi tre Stati o vengono adottate tavole di mortalità frequentemente aggiornate. La Spagna è invece l’unico paese nel quale, per i danni patrimoniali, è in vigore da diversi anni una tabella di legge (*baremo*) che prevede voci risarcitorie unitarie specifiche al variare del reddito. Dal punto di vista quantitativo è da evidenziare il caso italiano ove il danno non patrimoniale assume un valore di oltre quattro volte la media; il valore scaturisce dall’applicazione (prevalente sul territorio nazionale) delle tabelle del Tribunale di Milano divenute di riferimento dopo la sentenza della Cassazione

risarcitorio del danno patrimoniale in Italia e in Spagna è di gran lunga inferiore a quanto avviene nei sistemi francese tedesco e britannico, ciò che parrebbe spiegarsi con una diversa impostazione del finanziamento delle spese di assistenza futura e di adattamento eventuale dell'alloggio<sup>80</sup>.

*7. I periodici rilevamenti della Commissione a seguito delle attuazioni nazionali: equilibrio del mercato vs. "cultura del risarcimento"*

La direttiva 85/374 è stata attuata nel termine nel Regno Unito, in Grecia e in Italia, mentre Lussemburgo, Danimarca, Portogallo e Germania l'hanno attuata nel 1989, seguite dall'Olanda (1990), dall'Irlanda (1991) dalla Spagna (1994); la Francia ha approvato la legge di attuazione n. 98/389 il 19 maggio 1998.

L'impatto della normativa comunitaria sugli ordinamenti interni è stato, come ripetutamente osservato dalle dottrine nazionali, senz'altro notevole a livello teorico e sistematico.

Il primo resoconto delle occasioni di applicazione della direttiva e delle relative leggi nazionali di recepimento in occasione del decimo anniversario dell'adozione dello strumento normativo metteva peraltro in luce la scarsità di decisioni europee basate sulla normativa speciale. Pareva che i giudici nazionali disapplicassero sostanzialmente la direttiva, preferendo rifarsi di volta in volta alle varie norme nazionali generali in tema di responsabilità civile, in ciò legittimati dalla previsione facoltizzante della stessa direttiva (art. 15)<sup>81</sup>.

del 2011. Di conseguenza, pur essendo il danno patrimoniale liquidato in Italia inferiore alla media europea, il danno complessivo risulta comunque pari al doppio": L. MATARAZZO, *Il ramo RC Auto: raffronto tra l'Italia e alcuni paesi della UE su premi, sinistri e sistemi risarcitori del danno alla persona*, in *Quad. n.1 IVASS*, ottobre 2014, p.17.

<sup>80</sup>Cfr. ancora L. MATARAZZO. cit.: "sebbene il danno non patrimoniale italiano sia pari ad oltre il doppio della media si osserva che il danno patrimoniale è liquidato spesso via forfettaria in quanto...le prestazioni sanitarie sono erogate dal servizio sanitario nazionale senza alcuna rivalsa nei confronti del responsabile dell'assicuratore": p.20; utile anche per il rilievo dell'assenza di uno specifico bilancio tecnico nell'ambito del servizio sanitario nazionale italiano che consenta di verificare il rapporto tra premi, sinistri e riserve tecniche- da un lato- e sufficienza o meno delle prestazioni erogate, di talché "*in caso di insufficienza del contributo infatti il maggior costo di tale assicurazione sanitaria da responsabilità civile auto ricadrebbe sulla fiscalità generale del paese*", in nota 13. V anche L. VISMARA, *Il risarcimento del danno alla persona in Europa: una comparazione*, in *Claims Focus Gen-Re*, Settembre 2013.

<sup>81</sup> A. STOPPA, *La direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi compie dieci anni*, in *Economia dir. Terziario*, 1995, p. 905 ss.

La seconda relazione, del gennaio 2001, confermava l'assetto originario sulla base del rilevato interesse dei produttori ad una norma che rendesse prevedibili i costi di responsabilità, evitando la diseconomia data da "distorsioni della concorrenza derivanti da regolamentazioni divergenti in materia di responsabilità" (punto 1.1.); la priorità dell'obiettivo emergeva già dall'ordine di esposizione degli ambiti di efficacia della direttiva sottoposti a monitoraggio, il primo dei quali era appunto l'impatto sul mercato, anche con riguardo all'influenza della direttiva sulla competitività delle imprese europee nei confronti dei concorrenti esterni (2.1.2); dalle risposte pervenute dalle rappresentanze delle imprese giungevano voci contrarie ai "punitive damages" in quanto introduttivi di un "clima di imprevedibilità dell'esito per i produttori", con la conseguenza di un innalzamento dei premi di assicurazione, e proprio la stretta connessione con il meccanismo assicurativo era alla base del rigetto dell'ipotesi della "market share liability" come regola di responsabilità condivisa su base oggettiva in relazione alle quote di mercato<sup>82</sup> (3.2.1.); si rilevava nuovamente l'esiguità del contenzioso e l'alta percentuale di transazioni raggiunte grazie al contributo delle compagnie di assicurazione, con esiti "rapidi ed efficaci" (2.2); in relazione al danno alla persona si constatava che generalmente le lesioni venivano indennizzate dai sistemi di sicurezza nazionali indipendentemente da valutazioni circa la responsabilità (2.2.), e si guardava con favore all'istituzione di fondi nazionali di indennizzo per danni alla salute causati dai vaccini; si precisava che il regime di responsabilità oggettiva è di tipo "relativo" (3.1), riconnettendo alla difesa dei rischi di sviluppo la possibilità di esonero (le compagnie sul punto chiarivano la propria contrarietà ad un regime privo di tale via di esonero: "trattandosi di rischi imprevedibili e sconosciuti... sarà molto difficile coprirli e gli assicuratori potrebbero escluderli dalle loro polizze": 3.2.2); si prefigurava una netta ripartizione di aree di competenza normativa tra l'ambito della "sicurezza" –inteso come un primo bene da garantire- e l'ambito definito del "risarcimento" (non: "responsabilità"), inteso come secondo obiettivo per una corretta e funzionale organizzazione del mercato (3.2.4); si escludeva l'estensione della regola di responsabilità oggettiva ai fornitori in quanto la statistica non indicava che nella sfera della distribuzione si annidasse un problema di inefficienza del mercato (3.2.7); anche l'estensione della regola al danno subito dai professionisti veniva scartata per la ragione che il tipo di problema appariva meglio gestibile nel contesto dei diritti contrattuali nazionali ("gli utenti professionali o hanno

<sup>82</sup> Cfr. in argomento R. PUCELLA, op. cit., p. 288 e ss; v. altresì E. PODDIGHE, *I "mass torts" nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008.

la possibilità di chiedere la riparazione nell'ambito del diritto contrattuale o sono risarciti tramite l'assicurazione professionale": 3.2.9).

Di questo "compromesso conciliatorio degli interessi in gioco" (3.2) le parti sociali ed economiche tornavano ad occuparsi in occasione del terzo rilevamento dati avvenuto nel 2005, ed in tale occasione assicuratori e produttori lamentavano il timore che la "cultura del risarcimento", intesa come l'insieme di istanze miranti a migliorare l'accesso alla giustizia ed alle riforme procedurali (non si parlava di misure di più diretto intervento ed effetto nella sfera economica dei consumatori), potesse alterare l'equilibrio. Dal punto di vista dell'industria (manifatturiera ed assicurativa) quelle che costituiscono anime portanti della tutela, pur sempre solo indiretta, del consumatore (in quanto obbiettivi tesi a realizzare precondizioni per la tutela effettiva) rappresentavano genericamente (e temutamente) i segnali di una "cultura del risarcimento", alla quale si contrapponeva il desiderio di immutabilità dell'equilibrio, economicamente efficiente, raggiunto.

## 8. *Controllo ex-post e giudizi europei*

Tralasciando in questa sede una rassegna delle prese di posizione della Corte del Lussemburgo inerenti la corretta interpretazione della direttiva rispetto alle normative nazionali<sup>83</sup>, conviene ricordare solo la più recente, che trae ancora origine da una causa per danni alla salute da vaccino asseritamente difettoso, ed è significativa ancora una volta per comprendere i limiti della potestà normativa statale nelle materie di competenza comunitaria-europea e per meglio definire le finalità e le funzioni della normativa oggetto del giudizio. Nella causa di merito davanti al giudice nazionale gli attori avevano dedotto l'insorgenza di una patologia in concomitanza con la somministrazione del vaccino, e tale consequenzialità temporale – in assenza di una comprovata ereditarietà e di patologie pregresse – avrebbe dovuto essere presa in considerazione quale mezzo di prova presuntivo per inferire la difettosità del prodotto e il nesso di causa rispetto alla malattia intesa come danno-conseguenza. In appello la domanda risarcitoria era stata rigettata, escludendosi che la prova presuntiva potesse applicarsi- oltre che al nesso

<sup>83</sup> C. giust. CE 29 maggio 1997, causa n. C-300/95; Corte Giust Cee, 25.4.2002, causa C-52/00, Commissione c. Repubblica Francese; nonché le sentenze rese lo stesso giorno, C-183/00, Gonzales Sanchez c. Medicina asturiana; C-154/00, in Raccolta, 2002, I-3827 ss. Nello stesso senso Corte giust. UE, 10.1.2006, C-402/03, in Racc., I- 199. Corte giust. UE, 4.6.2009, C. 285/08, in Racc., I-4733.

eziologico tra inoculazione e malattia- anche all'esistenza, a monte, di un difetto del prodotto farmaceutico.

Tornata allo stesso grado di appello dopo una cassazione con rinvio per vizio di motivazione, in tale seconda occasione la Corte d'appello modificava il proprio avviso ritenendo non più l'insussistenza della prova del difetto, ma l'insussistenza nel merito di presunzioni gravi, precise e concordanti (dunque implicitamente facendo applicazione di questo istituto probatorio) che consentissero di dare per provato il nesso di causalità tra vaccinazione e patologia<sup>84</sup>.

Ma è possibile in base alla direttiva provare per presunzioni il difetto e/o l'eziologia? Se la direttiva non lo esclude, esclude forse invece un sistema in cui la presunzione di causalità sia fatta discendere da indizi di causalità che siano (in qualche modo) determinati in base ad una tipizzazione limitativa delle circostanze che possono essere dedotte dalle parti in causa e apprezzate alla luce del prudente apprezzamento del giudice? E se invece la direttiva esclude il mezzo di prova presuntivo allora possono darsi solo prove certe e scientifiche del difetto?

Sulla prima questione la Corte ricorda che il lemma "danno" trova definizione nella direttiva, mentre "prova" e "causalità" non sono definite, il che però non deve consentire una interpretazione restrittiva delle modalità di prova permesse dello strumento di diritto derivato poiché altrimenti il principio di effettività rischierebbe di essere pregiudicato; sono dunque ammessi mezzi di prova presuntivi purché il cuore dell'art.4 sia rispettato e non sia messa in pericolo l'effettività del regime di responsabilità (istanza consumeristica) nè "gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione" (e questo riferimento va decifrato). Ora, le presunzioni agevolano il compito istruttorio dell'attore pur senza invertire l'onere della prova, quindi appaiono compatibili con la distribuzione del carico di allegazioni e di prove voluto dall'art.4 della direttiva<sup>85</sup>. Ed allora come si deve/può provare il difetto? A

<sup>84</sup> L'insufficienza del mezzo presuntivo- la sua levità/imprecisione/discordanza- era argomentata sulla base dello scarso consenso scientifico sul rapporto tra vaccino anti-epatite B e malattie demielinizzanti.

<sup>85</sup> "E' senz'altro vero che un regime probatorio nazionale come quello oggetto della prima questione è tale da agevolare il compito del danneggiato chiamato a fornire le prove richieste per consentirgli di far sorgere la responsabilità del produttore. Infatti, emerge in sostanza dalle prospettazioni contenute nella decisione di rinvio che un regime siffatto non impone al danneggiato di produrre, in ogni circostanza, prove certe e inconfutabili della sussistenza del difetto del prodotto e del nesso di causalità tra quest'ultimo e il danno subito, ma autorizza il giudice, se del caso, a concludere che tali elementi esistono, fondandosi su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza gli consentono di ritenere, con un grado sufficientemente elevato di probabilità, che una simile conclusione corrisponda alla realtà. 29. – Tuttavia, un regime probatorio siffatto non è, di per sé, tale da comportare

parere della Corte, non necessariamente attraverso una via certa, positiva e scientifica ma anche attraverso indizi indiretti, altrimenti -si è detto- sarebbe frustrato l'obiettivo consumeristico di protezione della salute e- ecco nuovamente il secondo criterio guida- la "giusta ripartizione dei rischi"<sup>86</sup>.

A questo punto la Corte avverte che il corretto equilibrio tra interessi impedisce la forme di presunzione ingiustificate come quelle che consisterebbero nel lasciar passare conclusioni logiche poco cogenti basate su elementi non pertinenti o insufficienti, perché anche una tale prassi- alterando in direzione uguale e contraria quella "giusta ripartizione dei rischi inerenti alla promozione tecnica moderna tra danneggiato e produttore"- implicherebbe una insoddisfacente verifica da parte del giudice e un appesantimento dell'onere della prova contraria sul produttore.

Pare invece più interessante, rispetto all'obiettivo di ricostruzione del quadro rimediabile generale nel settore della responsabilità civile da prodotto difettoso, la puntualizzazione offerta dalla Corte circa la valenza paritetica e neutrale del principio di effettività, o effetto utile. A questo proposito conviene focalizzare l'attenzione sui richiami isolati poco sopra ad "obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione", giustapposti (o contrapposti?) al regime di responsabilità (punto 28 della motivazione), all'esigenza di evitare l'instaurazione ai danni del produttore di forme di presunzione ingiustificate (punto 34) e a quello di porlo al riparo dal rischio di trovarsi "obbligato a

---

un'inversione dell'onere della prova gravante sul danneggiato ai sensi dell'art. 4 della direttiva 85/374, poiché tale regime lascia, in tal modo, al medesimo l'onere di dimostrare i vari indizi la cui compresenza permetterà eventualmente al giudice adito di fondare il proprio convincimento quanto alla sussistenza di un difetto del vaccino e del nesso di causalità tra quest'ultimo e il danno subito.

<sup>86</sup> La Corte osserva: "Peraltro un regime probatorio che precluda ogni ricorso a un metodo indiziario e preveda che, per soddisfare l'onere della prova previsto dall'art. 4 della suddetta direttiva, il danneggiato è tenuto a fornire prova certa, tratta dalla ricerca medica, dell'esistenza di un nesso di causalità tra il difetto attribuito al vaccino e l'insorgenza della malattia sarebbe in contrasto con quanto richiesto dalla stessa direttiva. 31. – Infatti, uno standard probatorio di tale grado...avrebbe l'effetto di rendere in un numero elevato di situazioni eccessivamente difficile o — quando, come nella fattispecie, è pacifico che la ricerca medica non ha permesso né di stabilire né di escludere l'esistenza di un nesso di causalità siffatto — impossibile l'affermazione della responsabilità del produttore, in tal modo compromettendo l'effetto utile della direttiva 85/374– Una limitazione siffatta quanto al tipo di prove ammissibili sarebbe inoltre in contrasto con taluni degli obiettivi perseguiti dalla suddetta direttiva, nel novero dei quali rientrano in particolare, come emerge dai suoi 'considerando' secondo e settimo, quello di garantire una giusta ripartizione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna tra il danneggiato e il produttore e, come emerge dal primo e dal sesto 'considerando' della stessa direttiva, quello di tutelare la sicurezza e la salute dei consumatori".

rovesciare la suddetta presunzione” prima ancora che “i giudici di merito abbiano preso conoscenza degli elementi di valutazione di cui dispone il produttore e degli argomenti presentati da quest’ultimo” (punto 36)<sup>87</sup>.

Un chiarimento deriva dal secondo quesito che è stato interpretato dalla Corte come se fosse riferito ad un’ipotesi (de iure- giurisprudenziale o legislativo- condendo) di presunzione assoluta, quella dal cui operare “deriverebbe la conseguenza che, anche quando i fatti così pre-identificati non siano, per ipotesi, idonei a dimostrare in modo certo la sussistenza di un simile nesso di causalità, il produttore risulterebbe privato di ogni possibilità di produrre elementi di fatto o di far valere argomenti, ad esempio di ordine scientifico, al fine di tentare di rovesciare tale presunzione, e il giudice sarebbe così privato di ogni possibilità di valutare i fatti alla luce di tali elementi o argomenti” (punto 53).

Un tale tipo di presunzione violerebbe la regola sull’onere della prova di cui all’art.4 della direttiva (danno, difetto e causalità vanno provati da parte del danneggiato).

Ciò che scredita agli occhi dei giudici del Kirchberg l’ipotesi della pre-identificazione di elementi presuntivi del difetto e/o della causalità (attraverso norme di legge o decaloghi giurisprudenziali, ma potremmo anche pensare a norme tecniche o protocolli di fonti autoregolamentari<sup>88</sup>) è l’automatismo di funzionamento di un tale istituto.

Vi sarebbe pregiudizio dell’onere della prova: ciò significa che l’art.4 correttamente inteso non mira ad avvantaggiare il consumatore *così tanto* da sgravarlo dell’onere di allegare e provare indizi seri e concordanti. Il carico probatorio sul consumatore è dunque un valore da non “pregiudicare”<sup>89</sup>.

Leggendo questi riferimenti in continuità con la giurisprudenza precedente sembra possibile concludere come l’obbiettivo centrale della normativa comunitaria sia quello di mantenere un corretto equilibrio tra

<sup>87</sup> Ma non funziona così la presunzione? Non ha forse l’effetto di mettere la parte che la subisce nella posizione di offrire le controprove *dopo* che ha cominciato a materializzarsi il rischio di soccombenza, una volta entrate nel materiale logico e probatorio le “conseguenze che la legge o il giudice trae”, “les consequences que la loi ou le magistrats tire” (art. 1349 Code civil) dal fatto noto?

<sup>88</sup> Sulla normazione tecnica vedi G. SMORTO, voce *Certificazione di qualità e normazione tecnica* in *Dig. It. Disc. Priv. Sez. civ.*, Aggiornamento I, Torino, 2003, 205; A. GENOVESE, *Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza, responsabilità*, in *Contratto e impresa/ Europa* 2010, p. 319. Mi permetto altresì di rinviare a F. TORIELLO, *Codici deontologici nel diritto privato comunitario*, in G. ALPA-P. ZATTI, *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, pp. 385 e ss.

<sup>89</sup> Cfr. G. F. SIMONINI, *La responsabilità da prodotto e l’interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 220 e ss.

istanze in gioco, o, se si preferisce, quello di mantenere quella misura di tutela consumeristica strettamente e coesenzialmente concepita per un equilibrio regolato delle condizioni giuridiche di funzionamento del mercato, come tale da non turbare; più precisamente ancora, al cui turbamento da parte di norme statali la direttiva osterebbe<sup>90</sup>.

### 9. Consumatori e illeciti antitrust

*“Delineando un concetto di colpa dissociato da ogni valutazione in chiave soggettiva del comportamento, dottrina e giurisprudenza accreditano così una nozione che perde i connotati di rimprovero morale e di “sanzione”, per assumere invece quelli oggettivi che individuano un comportamento difforme da (anzi, contrari a) disposizioni di legge. Ed una forma cioè di culpa in re ipsa quella che si manifesta nell’inosservanza di regole predisposte dal legislatore al fine di ordinare il processo di produzione e di prevenire, in tal modo, la diffusione di prodotti di qualità inferiore a quelle prescritte, e perciò nocivi alla salute”<sup>91</sup>*

<sup>90</sup> Il tema è ancora dibattuto: con riferimento alla direttiva 42 /1993 sui dispositivi medici la corte di giustizia con sentenza del 16 febbraio 2017 in causa C-219/15 ha ritenuto che un organismo notificato, che interviene nell’ambito della procedura relativa alla dichiarazione di conformità CE, non è tenuto ad effettuare ispezioni impreviste, a controllare i dispositivi e/o ad esaminare la documentazione commerciale del fabbricante, e nondimeno in presenza di indizi atti suggerire che un dispositivo medico può non essere conforme ai requisiti posti dalla direttiva tale organismo deve adottare tutte le misure necessarie al fine di rispettare gli obblighi ad esso imposti dalla direttiva; che deve dunque essere interpretata nel senso che l’intervento dell’organismo notificato nell’ambito della procedura relativa alla dichiarazione di conformità è volto a proteggere i destinatari finali dei dispositivi medici, di talché il diritto comunitario è neutrale rispetto all’eventualità che i diritti nazionali disciplinino prevedano l’insorgenza della responsabilità dell’organismo notificato per violazione degli adempimenti impostigli dalla direttiva, fermi restando i principi di equivalenza e di effettività dell’eventuale rimedio risarcitorio. A tale pronuncia è stata data interpretazione in chiave di prevalenza della dimensione personalistica rivolta alla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori, a scapito dell’altro corno dell’alternativa dei valori in gioco, quello della tutela della libera circolazione dei prodotti nel mercato interno: F. CARROZZA, *L’affaire PIP. Dispositivi medici difettosi e responsabilità dell’organismo notificato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1244 e ss. Non pare però che il tenore testuale della pronuncia legittimi necessariamente tale lettura, potendosi invece dare una interpretazione più neutrale della posizione adottata dalla Corte, nel senso di lasciare spazio a norme interne eventualmente responsabilizzanti purché non siano di disturbo al contemperamento degli interessi come diviso dalla direttiva prodotti. La Corte ricorda infatti che “da una giurisprudenza costante risulta che il regime istituito dalla direttiva 85/374...non esclude l’applicazione di altri regimi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale perché essi si basino su elementi diversi, come la colpa”.

<sup>91</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d’impresa* cit., p. 13

Il Libro Bianco in materia di illecito antitrust esordiva, nella sezione dedicata alla discussione dei criteri di responsabilizzazione, constatando la diversità di approcci tra i vari Stati membri con riguardo all'adozione del criterio della colpa, e rilevando che in alcuni Stati membri l'esistenza della colpa non è una condizione necessaria per la concessione del risarcimento di danni antitrust o è talvolta presunta in modo "inconfutabile" una volta comprovata l'infrazione. Nel discorso della Commissione dunque l'alternativa corre tra una regola di responsabilità non fondata sulla colpa ed una regola fondata sulla presunzione assoluta di colpa, e "la Commissione non vede ragioni per esentare gli autori dell'infrazione da responsabilità a causa dell'assenza di colpa" (Libro Bianco 2.4). Il proposito di non voler esentare da responsabilità per assenza di colpa sembrerebbe far propendere per una scelta in favore della regola di responsabilità per pura causalità, ma dal successivo discorso della Commissione emerge la preferenza per una regola che ponga la responsabilità sulla base della prova dell'infrazione (e anche degli altri due elementi, anche se la Commissione non lo chiarisce espressamente) ma dalla quale si possa sfuggire con la controprova della "reale scusabilità". Dunque l'esonero non discende, nel contesto indicato, dalla prova del fortuito ma dalla prova della diligenza. Non si tratta di responsabilità oggettiva, dunque.

Non semplice si presenta poi il problema interpretativo circa la "reale scusabilità", definita dal Libro Bianco come la situazione soggettiva in cui l'agente "ragionevole" pur impiegando un "livello elevato di diligenza" non potesse ciononostante essere consapevole dell'effetto anticoncorrenziale ("...che il comportamento limitava la concorrenza"). La prova esonerativa immaginata non era dunque, nel Libro Bianco, relativa alla condotta anticoncorrenziale in sé, la cui tenuta ed i cui effetti illeciti sono ormai assodati – al grado del giudizio di responsabilità in cui la prova liberatoria dovrebbe inserirsi<sup>92</sup> – e non consiste neppure nell'aver adottato ragionevoli condotte, coeve al comportamento illecito, improntate alla massima o alta diligenza e finalizzate all'acquisizione di informazioni (economiche, commerciali, finanziarie) relative all'impatto concorrenziale. Quest'ultimo, da valutarsi ovviamente alla luce dei criteri da tempo fissati nella prassi amministrativa e giurisprudenziale antitrust.

Per come era pensata nel Libro Bianco, la prova esonerativa non avrebbe dovuto vertere sui comportamenti concreti posti in essere nella

---

<sup>92</sup> Così come l'attore non è onerato, nei casi di follow-on, della dimostrazione dell'esistenza di un requisito soggettivo in capo al danneggiante, "perché ciò che conta è il risultato, l'effetto del comportamento, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza": G. ALPA, op. ult. cit, p. 10.

sfera della “consapevolezza” dell'imprenditore (per esempio: dover provare di aver adottato determinate misure o condotte), ma sulla situazione astratta ed ipotetica in cui nessuno di ragionevole e ad un livello alto di diligenza avrebbe potuto essere consapevole dell'effetto anticoncorrenziale. Il convenuto per danni antitrust dovrebbe dunque dimostrare l'impossibilità della previsione dell'effetto anticoncorrenziale, cioè la sua imprevedibilità a partire da uno standard alto di comportamento ragionevole e diligente.

Quanto alla direttiva 104/2014 si è insistito sull'incompletezza della disciplina ivi dettata, con conseguente onere di integrazione, non solo di recepimento, sui legislatori nazionali<sup>93</sup>, e si è notato in dottrina come manchi la precisazione se il danneggiante debba provare la colpa o il dolo dell'impresa che ha violato la disciplina antitrust<sup>94</sup>, pur evidenziandosi come in assenza di norme espresse in senso derogatorio ai principi generali, “deve ritenersi che il danno da illecito antitrust sia risarcibile solo se la relativa azione sia stata posta in essere con dolo o colpa” con conseguente applicazione analogica della presunzione di colpa di cui all'art. 2600 c.c. in tema di concorrenza sleale<sup>95</sup>.

In effetti la direttiva 104 definisce l'oggetto, definisce vari lemmi, si occupa dell'esibizione delle prove, l'efficacia delle decisioni delle autorità, ma non contiene un enunciato paragonabile a quello dell'art. 1 della direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi (“il produttore è responsabile...”) né funzionalizza i rimedi che appresta (in tema di acquisizione di prove e soprattutto di disponibilità del rimedio risarcitorio) all'accertamento di una responsabilità.

## 10. Valori tutelati, rimedialità del risarcimento e regolazione del mercato

*“C'è una analogia con l'illecito dello Stato per violazione di norme comunitarie: la violazione della norma è considerata illecito in sé per sé; quindi uno dei requisiti dell'atto illecito che debbono essere accertati dal giudice nazionale per l'applicazione diretta della normativa comunitaria è già soddisfatto. E non è necessario dare la prova della colpa o del dolo se la violazione è accertata.”*<sup>96</sup>

<sup>93</sup> G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 308.

<sup>94</sup> G. ALPA, op. ult. cit. 9

<sup>95</sup> Così. M. LIBERTINI, op. cit., p. 490; L. NIVARRA, in A. FRIGNANI- R.PARDOLESI- A. PATRONI GRIFFI- L.C.UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, p.1459; M. TAVASSI- M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p.311.

<sup>96</sup> Cfr. G. ALPA *La responsabilità d'impresa* cit., p. 65

Si potrebbe ritenere che se la tendenza è quella a concepire il rimedio risarcitorio come un addentellato privatistico di rinforzo alla lotta che Commissione e Autorità nazionali conducono in opposizione ai cartelli, l'aspettativa del legislatore europeo è verosimilmente nel senso che o questo nuovo strumento si inserisce rapidamente, con efficacia e senza diseconomie applicative nella policy dell'Unione - come dire: senza troppe complicazioni di fine diritto civile nazionale- o manca il bersaglio. Meno malignamente, si può osservare che il risultato dell'armonizzazione in questa occasione è stato pensato in funzione del solo rimedio concreto da realizzare in pratica: l'ottenimento di un risarcimento; o forse si potrebbe dire in termini economici e meno giuridici: l'ottenimento della traslazione di risorse dai contravventori alle loro controparti sul mercato<sup>97</sup>.

Si può cioè ipotizzare che a differenza di altri momenti di introduzione di rimedi risarcitori dal livello europeo al livello nazionale- dove ciò che interessava era armonizzare le regole civilistiche (ma si è detto: e ciò neppure esclusivamente in funzione di protezione dei beneficiari classici delle corrispondenti regole nelle tradizioni nazionali: i danneggiati; e piuttosto per- o almeno altrettanto per- evitare diseconomie derivanti dalla disuniformità normativa, tanto più nocive al funzionamento del mercato), nel caso dell'illecito antitrust l'obbiettivo non sia stato quello di armonizzare regole (che a seconda dei casi nazionali non ci sono, o non ci sono col grado di radicamento che altri settori della r.c. hanno nelle esperienze nazionali<sup>98</sup>), ma semplicemente aumentare il carico di deterrenza contro i "responsabili" di intese ed abusi di mercato.

Ecco allora che la dimensione della responsabilità entra in gioco solo per individuare i soggetti legittimati passivi, i quali però sono già stati giudicati meritevoli di conseguenze riparatorie in un contesto giuridico che è pensato per sfuggire ai giudizi di responsabilità civile tradizionale<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. dunque ancora A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in M. MAUGERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010 p. 27 e ss., per utili indicazioni circa la tendenziale assenza di preferenza tra strumenti privatistici o pubblicistici di enforcement, dal punto di vista della scienza economica; Cfr. G. GITTI – P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 16.

<sup>98</sup> Cfr. i risultati offerti nella relazione di D. WAELBROCK-D. SLATER-G.EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules* (Ashurts), 31.8.2004; v. altresì A. ANDREANGELI, *EU Competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008.

<sup>99</sup> G. VILLA, op. cit., p. 309, parla di "...testo normativo di cittadinanza italiana ma di idioma apolide", riferendosi all'attuazione italiana di cui si era in attesa all'epoca della

Nelle intenzioni del legislatore europeo il giudizio di responsabilità inteso come imputazione di un fatto illecito è probabilmente superfluo, se l'autore della violazione così è già stato giudicato, almeno nei procedimenti cd. *follow on*.

Quando poi la direttiva si riferisce al problema della causalità, non sembra riferirsi al nesso tra fatto-fonte e danno-evento o tra comportamento e danno-evento (per usare altra terminologia), ma al nesso tra danno-evento e danno-conseguenza ai fini della selezione dei danni risarcibili e dunque della quantificazione del risarcimento (l'unico profilo di interesse nella prospettiva del diritto UE), al qual proposito il considerando 11 dice che qualora i diritti civili interni prevedano condizioni inerenti l'elemento soggettivo dell'illecito o il nesso di causalità potranno pur mantenerle ma sempre che non si pongano in contrasto con i principi giurisprudenziali di effettività ed equivalenza<sup>100</sup>.

Uno strumento normativo siffatto (dimesso e velleitario<sup>101</sup>) sorpassa dunque il tema dell'an per andare direttamente agli aspetti processuali ed al quantum (art. 17).

Ora, in tema di *private enforcement* sembra convincente ricostruire le coordinate qualificanti dello strumento di diritto europeo, ancora una volta, attorno alla rinnovata categoria della tutela rimediale<sup>102</sup>, il che è sostenibile innanzitutto come conseguenza logica della funzione verso la quale l'azionabilità privata dell'illecito antitrust è proiettata dalla direttiva (in sintesi: in vista dell'obiettivo di completamento della funzione sanzionatoria delle condotte illecite affidata al circuito amministrativo, che

---

pubblicazione del saggio. Lo Stato membro non può evitare di recepire la normativa, che però è "apolide" da un punto di vista logico/terminologico.

<sup>100</sup> In tema v. S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi del diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 162 e ss.

<sup>101</sup> R. PARDOLESI, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement nella disciplina della concorrenza. D. legs. 3/17*, Pisa, p. 10

<sup>102</sup> La premessa concettuale del discorso sui rimedi è quella che a partire dalla constatazione di una diversa possibile impostazione del sistema delle tutele (per raffronto con l'esperienza anglosassone) domanda "quale spazio...sussiste anche nella civil law per organizzare un sistema di tutela attorno all'idea del "rimedio", avente valenza sostanziale, anziché a quella del diritto soggettivo? ", ove la ricerca di un tale spazio appaia "una scelta quasi obbligata quando, nonostante ogni sforzo, non è dato rinvenire una posizione definibile come diritto soggettivo e ciò nonostante l'evidenza di un bisogno di tutela": A. di MAJO, op. cit., Milano, 2001, XIV. Della categoria rimediale si è del resto ben sottolineato come essa determini "un radicale mutamento di prospettiva nell'opera di edificazione del sistema, la cui chiave di volta non è più individuata nel diritto soggettivo ma nel mezzo di soddisfacimento dell'interesse meritevole di tutela": S. MAZZAMUTO – A. PLAIA op. cit., p. 1 e ss.

sembra richiedere da un punto di vista di tecnica legislativa la massima semplificazione possibile dei passaggi necessari per pervenire al primo e più diretto risultato materiale prefigurato dal legislatore dell'Unione, cioè il risarcimento a favore dell'attore danneggiato; ma anche del secondo e indiretto obbiettivo, costituito dall'appesantimento delle conseguenze economiche sull'*infringer* e dall'effetto di deterrenza generale in questo modo provocato).

In secondo luogo, la prospettiva di inquadramento come *rimedio* sembra raccomandarsi sempre sul piano della tecnica dell'armonizzazione legislativa anche da un punto di vista di migliore divulgabilità dell'istituto giuridico rispetto ad una platea di ordinamenti nei quali non necessariamente la "*clausola indifferenziata che reca divieto di arrecare danno ad altri*" come fonte di responsabilità costituisce il perno della tutela risarcitoria<sup>103</sup>.

Tutto ciò sembra infine implicare che di fronte all'approccio che predilige la diretta previsione e prefigurazione da parte dell'ordinamento degli effetti materiali selezionati (dal legislatore dell'Unione, in base alle proprie politiche) per essere garantiti dai nuovi strumenti normativi (nel caso della direttiva 104: un "risarcimento"), si possa prescindere dalla completa ricostruzione di una fattispecie di responsabilità. Ma se queste sono le intenzioni, per così dire, di massima concretezza ed apertura mentale del legislatore dell'Unione, occorrerà verificare in che modo e con che esiti di coordinamento si ricombineranno le fonti dei due livelli. A ben vedere l'evoluzione della materia in tema di r.c. da prodotto difettoso mostra lo sviluppo di un rimedio risarcitorio strutturato secondo un modello di tutela non particolarmente originale- dal punto di vista concettuale- se paragonato alle acquisizioni dottrinali, giurisprudenziali o legislative che il panorama internazionale, sicuramente oltreoceano ma anche in Europa, offriva, ma era innegabile il grande impatto in termini di armonizzazione del diritto. Del resto non solo il legislatore dell'Unione non ha ovviamente inventato il sistema della responsabilità civile, e neppure l'idea della responsabilità oggettiva, ma non è neppure mai stata sulla sua agenda la completa occupazione dell'area che corrisponde a questa materia (il corrispondente *dictum* nelle sentenze della Corte è ormai una massima<sup>104</sup>).

In materia il legislatore europeo è invece intervenuto, per così dire,

<sup>103</sup> A. DI MAJO, op. ult. cit., p. 180, ove pure la constatazione che "potrebbero in teoria costituire eccezione sistemi (come quello francese, e, sulle sue orme, quello italiano) che invece conoscono una clausola generale di responsabilità, nel senso di predicare la responsabilità di ogni danno colposamente provocato", p. 181.

<sup>104</sup> V. altresì la Quarta Relazione sull'applicazione della direttiva "prodotti", Bruxelles, 8.9.2011, COM (2011) 547 def., al punto 4.

in tempo prima che i diritti nazionali- ognuno con la propria antica ed elaborata tradizione- potessero, con velocità varia l'uno dell'altro, introdurre fattori di concorrenza tra ordinamenti potenzialmente pregiudizievole per l'uniformità di tutela dei consumatori, non intesa solo come obiettivo da porsi fine a se stesso ma quale preconditione giuridica del funzionamento del mercato (questo è diventato sempre più chiaro proprio dall'analisi dei giudizi di compatibilità tra direttiva r.c. prodotti e normative nazionali di attuazione).

Uno strumento (quello della tutela risarcitoria) di pura origine statale è stato in tal modo elevato a tecnica di indiretta regolazione del mercato dal livello legislativo europeo, che ne ha affidato d'altro canto il controllo applicativo ad un sistema giurisdizionale che trova bensì nel Lussemburgo un punto di riferimento ermeneutico ma che è alimentato dalla cooperazione dei giudici nazionali del rinvio pregiudiziale e dell'applicazione casistica.

Gli stessi giudici nazionali del resto non hanno la *facoltà* di collaborare in quella direzione, ma ne sono obbligati, pena il coinvolgimento della responsabilità extra-contrattuale dello Stato in una delle sue conformazioni; questo sì – la responsabilità civile dello Stato- strumento innovativo istituito dal livello gerarchicamente superiore nell'ordinamento europeo, candidato ad acquistare progressivamente un ruolo di principio di chiusura del “sistema” rimediabile, quale garanzia di ultima istanza a beneficio del soggetto di diritto, e cittadino, dell'Unione.

In una prospettiva di composizione che potremmo definire modulare della tutela risarcitoria, si è poi osservato come gli interessi vengano selezionati dall'Unione<sup>105</sup> ma come poi sia alla fase processuale nazionale che spetta di garantirne la soddisfazione. Così gli strumenti di diritto europeo secondario/derivato si concentrano sugli aspetti che dovranno essere gestiti dagli Stati, e tali strumenti- per il loro contenuto- sono tipicamente portatori di armonizzazione di aspetti rimediali e processuali, e del resto sono questi gli aspetti che si riveleranno problematici. Il che probabilmente è inevitabile in un processo di armonizzazione di questa ampiezza (lo confermano casi di conflitto tra norme interne e direttiva “prodotti”).

L'aspetto rimediabile della tutela emerge chiaramente dal modo con cui il legislatore dell'Unione tende ad interpretare, e fare conto su, gli istituti della responsabilità civile delle tradizioni nazionali, e di ciò appare emblematica la tecnica di redazione della direttiva sull'*enforcement* nel settore *antitrust*, dove l'obiettivo dell'intervento è quello di conferire ai singoli un rimedio in funzione di deterrenza rispetto alla violazione del diritto dell'Unione, e

<sup>105</sup> Cfr. ancora S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, op. cit., p. 36.

rispetto alla quale la valutazione di illiceità delle condotte sembra sottratta al compito del giudice del merito, gravato dall'obbligo di attenersi a norme del diritto dell'Unione (e questo è un dato, per così dire, naturale che sarebbe errato percepire come un'ingerenza "estranea"; il diritto dell'Unione non è "altro" da ciò che un giudice nazionale riconosce come fonte applicabile alla fattispecie da dirimere) ma soprattutto obbligato ad arrestare la propria cognizione di fronte alle valutazioni e pronunciamenti compiuti da organi amministrativi dell'Unione (o nazionali), il che a quanto pare è visto dal legislatore dell'Unione come un altro elemento altrettanto naturale al quale il giudice interno dovrebbe abituarsi velocemente<sup>106</sup>.

Ciò detto, più che aggiornare il tema della funzione della responsabilità civile (in tema di prodotti difettosi o di danno antitrust) rispetto alla classica tripartizione risarcimento/deterrenza/punizione, occorrerà valorizzare la sua funzione "comunitaria- europea" nella prospettiva dell'armonizzazione<sup>107</sup>. Al discorso descrittivo sulle funzioni della responsabilità civile si può del resto aggiungere poco che non sia di mero aggiornamento dell'elenco o di ammodernamento terminologico o di riclassificazione<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> Si è acutamente osservato come le regole antitrust si prestino in questo modo a ridurre il corrispondente illecito a "soluzione di private enforcement della regolazione", affrontando "in chiave essenzialmente "politica" il problema della legittimazione a fare valere la regola senza pronunciarsi sulla struttura della stessa regola": A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005, cit., p. 108, nota 100; ivi, p. 178 e ss., anche per l'inquadramento della responsabilità da illecito concorrenziale come basata sulla violazione di regole di concorrenza (costruite attorno ai principi della correttezza professionale) in quanto lesiva di un "vantaggio competitivo di un altro imprenditore. Non c'è differenza da questo punto di vista tra norme che sanciscono privative e norme che stabiliscono regole di condotta. Tutte queste norme stabiliscono le condizioni che consentono all'imprenditore di sfruttare il vantaggio competitivo sul concorrente". In questo contesto, la posizione giuridica protetta potrebbe raffigurarsi come il diritto a partecipare ad un "gioco" (della concorrenza e del mercato) in cui i competitors giochino in modo pulito e leale, dunque un diritto con una propria connotazione attiva di pretesa su comportamenti altrui nel particolare contesto concorrenziale. Per richiami alla teoria del diritto soggettivo di gestione dell'impresa propugnata da R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, I, p. 190 e ss., v. ancora A. GENOVESE, op. ult. cit., p. 162-163, la quale declina la posizione soggettiva dell'imprenditore piuttosto "come interesse giuridico qualificato che, se ne sussistono le condizioni, accede alla protezione risarcitoria", ibidem, p. 180

<sup>107</sup> Un bel termine, questo, tratto dal gergo musicale che nel nostro caso significa "prevenzione del rischio di eccessiva varietà normativa e giuridica". Gli Stati hanno desiderato in questo caso una musica orchestrata da un livello superiore.

<sup>108</sup> Cfr. per tutti G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 131 e ss.; vi si ricorda tra l'altro come Glanville WILLIAMS (*The Aims of the Law of Tort*, in *Current Leg. Probl.*, 4, 1951, p. 137 e ss.) ponesse in rilievo l'effetto voluto delle regole di responsabilità civile, rispetto

Ebbene, da quanto evidenziato emerge la pregnante funzionalizzazione dell'istituto risarcitorio ad un obiettivo generale nell'ambito delle politiche dell'Unione: il risarcimento dovuto in base alla regola di responsabilità oggettiva nel mercato dei prodotti produce il ben noto effetto (se non deterrente, quantomeno di) miglioramento delle capacità di previsione del tasso di dannosità dal lato del “best risk avoider”, il quale può allocare risorse in vista dell'obbligo di risarcire oppure può trasferire la posta passiva sui professionisti del rischio; quest'ultima soluzione può far dubitare dell'effettività della funzione di prevenzione (del danno)<sup>109</sup> ma non può obliterare il rilievo che lo spostamento del rischio finanziario sul mercato assicurativo – pur con il connesso effetto di ripartizione nel mercato dei costi assicurativi- aumenti comunque il tasso di soddisfazione per i risarcimenti ottenuti (anche chiamandoli in modo meno “aquiliano”: indennizzi), ed anche questo va sicuramente considerato un effetto convergente verso l'efficienza del mercato. In tema antitrust, poi, questa funzionalizzazione era dichiarata fin dagli atti preparatori della direttiva, era introdotta dalla giurisprudenza della Corte ed è confermata dalla lettura della direttiva stessa<sup>110</sup>.

---

alla centrale domanda inerente l'obiettivo al quale si finalizza la regola risarcitoria, se come risposta ad un impulso di giustizia- nei vari sensi in cui il termine venga adottato- o per scopi di pacificazione sociale o di deterrenza o di punizione. Inoltre, una volta acquisita la non neutralità, ed invece la piena politicità delle teorie sulla responsabilità civile, (su cui v. sempre G. ALPA, op. cit., p. 155), può essere interessante inserirsi nel dibattito là dove occorre affrontare la questione se negli attuali sistemi la violazione di regole di comportamento, ove sia una violazione connotata in senso morale, abbia per così dire perso il mordente o meno, una volta constatata la tendenza dei giudici della responsabilità civile ad “operare per prevenire comportamenti antisociali più che per reprimere comportamenti immorali:” v. ancora G. ALPA, ibidem, p. 158, a proposito del pensiero di André Tunc.

<sup>109</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., p. 39 e ss.

<sup>110</sup> Si è osservato in dottrina quanto sia arbitrario “accreditare l'idea che la ratio della disciplina in discorso non sarebbe costituita da istanze di giustizia contrattuale bensì dall'obiettivo di efficienza del mercato e di coincidenza tra mercato reale e mercato ideale. Una simile prospettiva, nella quale il consumatore e/o l'impresa debole risultano “in sostanza agenti della razionalità del mercato” se da un lato mette giustamente in luce l'inevitabile connessione tra interesse privato e interesse generale- nel senso che un mercato ordinato e sano si giova del corretto esercizio dell'autonomia privata anche da parte dei soggetti deboli e, viceversa, un mercato corretto giova a tutti, non soltanto ai soggetti forti- inverte l'ordine dei valori, nel momento in cui accredita la tutela dei consumatori come il falso scopo dell'obiettivo vero, che sarebbe costituito dalla salvaguardia del mercato”, poiché questo sarebbe un “messaggio carico di ambiguità, perché presenta la pozionalità che in tal modo sarebbe da riconoscersi al mercato come una ineluttabilità” di cui l'interprete non potrebbe che limitarsi a prendere atto: C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 422-423. L'indicazione, espressa

Incidentalmente, si potrebbe aggiungere che se oggi si guarda con rinnovato interesse a rimedi sanzionatori da inserire nel sistema della responsabilità civile, forzandone la capacità massima di estensione in nome della sua storia e dei suoi ascendenti punitivi o argomentandone la già avvenuta commistione con la funzione affittiva per via di interventi legislativi, forse è anche perché il “sistema della responsabilità civile” ed i suoi attori non sono inclini ad abdicare ad un ruolo (che la responsabilità ha ed ha avuto) maggiormente incisivo in quanto collegato alla funzione riparatoria rispetto alle conseguenze di condotte individualmente e socialmente dannose. Sapere che il danno verrà indennizzato, quindi una inefficienza del mercato verrà neutralizzata, senza però garanzie che l'autore della corrispondente condotta abbia perlomeno ricevuto un segnale utile in funzione di prevenzione e deterrenza potrebbe non bastare, alle società contemporanee. Quanto al settore antitrust, se una inclinazione pro-*punitive damages* non è per ora leggibile nella trasposizione italiana ciò può forse spiegarsi anche con la percezione di minore necessità di tale tipo di rimedio, visto che per definizione l'*enforcement* dovrebbe andare ad aggiungersi alla principale reazione dell'*enforcement* pubblicistico, già di per sé finalizzato (anche, se non necessariamente) alla sanzione delle condotte.

---

su temi di ambito contrattuale ma con accenti di tenore generale, è ovviamente preziosa. D'altra parte nella ricerca della comprensione dell'“obbiettivo vero” sembra comunque irrinunciabile il tentativo di rintracciare nell'ambito delle pronunce interpretative della Corte di giustizia indizi utili per ricavare dalla prassi giurisprudenziale rationes non evidenti alla lettura del formante legislativo; se in tale ricerca emerge il valore dell'equilibrio del mercato, pur tra diritti soggettivi da tutelare (quello alla tutela della salute e al risarcimento dei danni in capo al consumatore lo è, come quello all'attività economica in regime concorrenziale da parte degli imprenditori), come faro interpretativo ciò può anche non significare l'avallo di una pozialità del mercato come scelta di politica del diritto ordoliberal ma semmai la pozialità della policy di regolazione di esso, come funzione primaria delle politiche europee; quali valori possano orientare tali politiche esula invece dal tema di questo contributo. Su questi argomenti Cfr. A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato*, IV, *Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, Torino, 2003, p. 21 e ss.; v. altresì, per un resoconto del dibattito dottrinale italiano su questi temi G. MARINI, *La responsabilità negli anni settanta. Uno studio sulla relazione pubblico/privato* (parte I), in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 62-65.