

NOTAIO

LUIGI RAGAZZINI

RISARCIMENTO DEL DANNO
E LESIONE DI INTERESSI DI FATTO

SOMMARIO: 1. L'interesse di fatto nell'ordinamento giuridico. Considerazioni generali. Disciplina normativa di alcuni « rapporti di fatto ». — 2. Prestazioni di fatto (art. 2126 cod. civ.) e tutela aquiliana del datore di lavoro. — 3. Ancora sulla tutela aquiliana del datore di lavoro nella prestazione di fatto. — 4. Tutela aquiliana del possesso. — 5. Risarcibilità del danno da lesione di un interesse di fatto: i termini del problema. — 6. Lesione di un interesse di fatto e danno ingiusto: nozione di danno ingiusto. — 7. Danno ingiusto come lesione del dovere costituzionale di solidarietà: critica. — 8. Danno ingiusto come lesione di interesse « meritevoli »: critica. — 9. Danno ingiusto come lesione di un interesse giuridico: nozione di interesse giuridico e validità dell'ipotesi. — 10. Incompatibilità concettuale tra lesione di interesse di fatto e danno ingiusto; conseguente irrisarcibilità di quella lesione. — 11. Se l'interesse del convivente more uxorio sia giuridico; evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie: dalla posizione negativa alla soluzione positiva prospettata dal Branca. — 12. Critica alla tesi del Branca. — 13. Risarcibilità del danno non patrimoniale del convivente more uxorio nelle affermazioni di una giurisprudenza recente basata: 14. a) sul richiamo all'istituto delle obbligazioni naturali: critica; 15. b) sul richiamo a norme sparse e disciplinatrici di alcuni profili della famiglia naturale: critica. — 16. Considerazioni riassuntive anche con riguardo all'ipotesi (infondata) che l'interesse del convivente more uxorio concreti un'aspettativa.

1. — Un problema di risarcibilità della lesione di interessi di fatto può proporsi soltanto in relazione all'ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Interesse di fatto è quello che deriva al soggetto da una situazione o rapporto o relazione indifferente per l'ordinamento giuridico, nel senso che quest'ultimo non la tutela e nemmeno la reprime.

La nozione di « interesse di fatto » è individuata agevolmente dal confronto con quella di diritto soggettivo, la quale ultima, seppure tuttora non pacifica, è resa in modo abbastanza soddisfacente dalla volontà in ordine ad un interesse giuridicamente riconosciuto » (1);

(1) SANTOLO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954, p. 54; CESARINI - SFORZA, *Diritto soggettivo*, voce dell'Enciclopedia del diritto, Milano 1964, p. 694; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1981, p. 60 ss.

cioè, il diritto soggettivo postula, da parte dell'ordinamento giuridico, un riconoscimento che invece manca all'interesse di fatto.

I contratti costituiscono fonte di obbligazioni, alle quali corrispondono diritti, che sono appunto interessi giuridicamente rilevanti e come tali garantiti; l'inadempimento dell'obbligo determina una lesione dell'interesse così qualificato, e non c'è dubbio che essa dia luogo a responsabilità di chi la produce, responsabilità che è contrattuale.

Invece, la lesione di un interesse di fatto, proprio perché questo è collegato ad una situazione non apprezzata dall'ordinamento giuridico, non può essere produttiva di responsabilità contrattuale; ed è discusso, come si vedrà, che sia produttiva di responsabilità extracontrattuale.

È bene a questo punto sottolineare che, quando si parla di situazioni di fatto, si intendono quelle, e soltanto quelle, indifferenti per l'ordinamento giuridico; perché altrimenti, quante volte esso se ne interessi, cessano di essere « di fatto » e diventano situazioni giuridiche.

Possono darsi situazioni che, originariamente di fatto, vengono poi normativamente disciplinate sotto la spinta di emergenti istanze sociali (2); ma è del tutto evidente che, quando ciò accade, la situazione non è più di fatto e nemmeno lo sono più gli interessi ad essa collegati, acquistando l'una e gli altri il connotato della giuridicità. Esempi di rapporti, che prima indifferenti all'ordinamento giuridico sono stati da questo recepiti e più o meno compiutamente disciplinati, possono ravvisarsi nella società di fatto (cui si applicano le disposizioni sulla società semplice), nella prestazione di fatto (art. 2126 cod. civ.), nel marchio di fatto (artt. 2571 cod. civ. e 9 R.D. 27-6-42 n. 929), nella mezzadria di fatto (art. 5 ter D.L. 5-7-1971 n. 432 convertito in legge n. 592/1971), nell'obbligazione alimentare a carico del figlio naturale (art. 433 cod. civ.). È da aggiungere che talvolta, come è per il cit. art. 2126 cod. civ., la norma si sostituisce alla volontà negoziale viziata per evitare che una determinata situazione, rimessa all'autonomia privata, rimanga priva di disciplina risolvendosi in situazione di fatto. Nei casi esemplificati, la fattispecie

(2) FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano 1984, specialmente alle pp. 238 ss.

assurge ad ipotesi giuridica, ed in tema di responsabilità valgono le norme previste per l'istituto nel cui ambito l'ipotesi medesima si colloca. In proposito, un utile chiarimento può venire da un esame della prestazione di fatto alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità (aquiliana), anche verso il datore di lavoro, del terzo che abbia cagionato per colpa un danno al lavoratore.

2. — L'art. 2126 cod. civ. dispone che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. La prestazione del lavoratore, che sarebbe altrimenti « di fatto » perché non fondata su un titolo valido, è elevata dalla norma a prestazione « di diritto », come se il titolo ci fosse e fosse valido; questo nell'intento, corrispondente ad un fine obiettivamente sociale e subbiettivamente giusto, di tutelare il lavoratore al quale; pertanto spetteranno la retribuzione e le altre competenze previste a suo favore dalla legge, dal contratto viziato, dalla contrattazione collettiva.

Fin qui nessun problema perché, come si è già detto, la sussunzione di un rapporto di fatto in ipotesi giuridica, operata dal legislatore, comporta l'applicabilità delle norme che regolano l'istituto al quale l'ipotesi inerisce.

Ma il discorso si complica nel caso del terzo che cagioni per colpa un infortunio al lavoratore « di fatto », impedendone la prestazione in favore del datore di lavoro (anche lui « di fatto »). La questione che si introduce è se il terzo possa eccepire la nullità o l'annullabilità del contratto (nel cui presupposto l'art. 2126 cod. civ. tiene ferma l'efficacia giuridica della prestazione di fatto) al fine di paralizzare l'azione risarcitoria proposta contro di lui dal datore di lavoro che abbia corrisposto la retribuzione senza ottenere la controprestazione del lavoratore infortunato.

La soluzione presuppone una indagine sulla corrispondente situazione di diritto, cioè sulla situazione regolata da un valido contratto di lavoro. La giurisprudenza ha per lungo tempo negato che spettasse all'imprenditore (il quale aveva corrisposto ad un suo dipendente rimasto infortunato a seguito del fatto illecito altrui gli stipendi durante il periodo di inabilità temporanea assoluta), il diritto di richiedere all'autore dell'illecito il risarcimento dei danni commisurati agli stipendi erogati al dipendente senza potersi giovare della sua prestazione; e la negativa era motivata sotto ogni profilo, sia

dell'azione diretta, sia dell'azione d'indebito arricchimento, sia dell'azione surrogatoria (3).

Successivamente, la giurisprudenza ha ammesso l'azione risarcitoria del datore di lavoro contro il terzo, dapprima nel solo caso di insostituibilità della prestazione del lavoratore infortunato (4) e poi, con sentenze recentissime, anche nel caso della sostituibilità.

In particolare, la Suprema Corte ha stabilito che il terzo, il quale abbia causato con la propria condotta colposa l'infortunio del lavoratore, è obbligato a risarcire il datore di lavoro delle somme pagate all'infortunato a titolo di retribuzione senza ottenere la prestazione lavorativa, « indipendentemente dalla sostituibilità o meno del lavoratore » (5); obbligo di risarcimento che talune magistrature di merito hanno esteso fino a ricompredervi, oltre alla retribuzione, ogni altra somma pagata dall'imprenditore, purché in dipendenza del rapporto di lavoro, come ratei di gratifica, premi, indennità, contributi previdenziali (6).

A questo orientamento giurisprudenziale, si è opposto (7) il rischio connesso ad un eccessivo ed indiscriminato ampliamento della responsabilità extracontrattuale, prospettandosi l'eventualità che lavoratori rimasti senza retribuzione o addirittura disoccupati per infortunio del datore di lavoro cagionato da colpa del terzo (che è l'ipotesi uguale e contraria a quella decisa dalle sentenze sopra richiamate), si facciano a pretendere da costui il risarcimento del danno; ed il rilievo appare fondato, anche se ad esso si eccepisce che impresa ed imprenditore hanno distinte individualità, tanto che la prima può sopravvivere al secondo per cui i lavoratori non potrebbero mai imputare la perdita della retribuzione, e al limite la propria disoccupazione, all'infortunio dell'imprenditore e quindi alla colpa del terzo che lo ha prodotto. Siffatta eccezione, per la verità, è scarsamente efficace, non

(3) Cass. 20-7-1948 n. 117 in Foro pad. 1949, I, 325; idem 4-7-1952 n. 2085 in Foro it. 1953, I, 1086 (relativa al disastro aviatorio di Superga in cui perì la squadra di calcio del Torino); P. Firenze 31-12-1971, in Dir. e prat. assicur. 1972, 521.

(4) Cass. Sez. Un. 26-1-1971 n. 174 in Foro it. 1971, I, 342 (relativa alla morte in incidente stradale del calciatore Meroni); Cass. 24-6-1972 n. 2135 in Giust. civ. 1972, I, 1137.

(5) Cass. 30-10-1984 in Foro it. 1985, I, 149.

(6) T. Biella 13-7-1984 in Foro it. 1985, I, 1811; P. Vicenza 16-11-1985, in Foro it. 1985, I, 726.

(7) DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1979, II, specialmente alle pp. 87 ss.

potendosi negare che assai spesso l'impresa si identifica con l'imprenditore e la floridità di quella dipende dalla buona salute di questo. In ogni caso, è ipotizzabile che, sull'onda del riferito orientamento giurisprudenziale, possa giungersi alla più generale affermazione che qualunque creditore (come lo è il datore di lavoro rispetto alla prestazione del lavoratore) ha il diritto di pretendere dal terzo quella medesima prestazione (o l'equivalente di essa) che la condotta colposa di lui ha reso impossibile al debitore; con la conseguente dilatazione anormale dell'istituto della responsabilità extracontrattuale e con buona pace del principio stabilito nell'art. 1223 cod. civ., quest'ultimo espressamente richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il danno risarcibile è solo quello che costituisce « conseguenza immediata e diretta » del fatto illecito (8).

3. — Quale che sia la futura evoluzione della giurisprudenza, è certo che attualmente il datore di lavoro può efficacemente agire contro il terzo per il risarcimento del danno (extracontrattuale) costituito dalla mancata prestazione del lavoratore, infortunato per fatto doloso e colposo di esso terzo.

Questo però nel rapporto di lavoro fondato su un valido contratto. Ma nell'ipotesi di prestazione di fatto? Qui, come si è visto, il presupposto è che il contratto sia nullo o annullabile, per cui potrebbe ipotizzarsi un diritto del terzo a far valere la nullità per sottrarsi all'obbligo di risarcimento verso il datore di lavoro. Va sottolineato che l'ipotesi ha un senso se l'infortunio del lavoratore, derivante dal fatto illecito del terzo, interviene in costanza del rapporto di lavoro, prima cioè che sia dichiarata la nullità o pronunciato l'annullamento del contratto (perché dopo non c'è più rapporto, nemmeno di fatto). Schematicamente, la situazione è questa: ci sono la prestazione di lavoro da parte del dipendente e la prestazione del corrispettivo da parte dell'imprenditore; costui non può sottrarsi all'adempimento perché glielo impedisce l'art. 2126 cod. civ., e quindi vi è obbligato anche per il periodo di incapacità lavorativa del dipendente (finché non intervenga la declaratoria di nullità o l'annulla-

(8) « La pretesa del datore di lavoro non può trovare fondamento nell'azione diretta ex art. 2043 cod. civ., perché il danno del datore di lavoro non è conseguenza diretta ed immediata del fatto dannoso »; così P. Firenze 31-12-1971 già cit. alla nota n. 3.

mento del contratto viziato); se tale incapacità deriva dal fatto illecito del terzo, questi è tenuto a sua volta, in conformità dell'attuale giurisprudenza, a risarcire il danno patito dal datore di lavoro e concretato dal pagamento del corrispettivo. Il terzo, cioè, non può avvantaggiarsi del vizio del contratto come non può avvantaggiarsene il datore di lavoro. Insomma, la soluzione è identica nel caso di contratto valido e nel caso di contratto invalido; e ciò conferma lo assunto iniziale secondo cui la fattispecie si uniforma alla ipotesi normativa.

4. — Una tutela aquiliana di interessi di fatto sembra potersi individuare nel diritto del possessore al risarcimento del danno derivato alla cosa in suo potere dall'illecito del terzo.

Secondo una consolidata giurisprudenza colui che, anche per circostanze contingenti, si trovi ad esercitare un potere soltanto materiale sulla cosa può, dal danneggiamento di questa, risentire danno al patrimonio, indipendentemente dal diritto che egli abbia all'esercizio di quel potere; « e poiché non esiste identità tra il titolo al risarcimento e il titolo di proprietà o di godimento, nemmeno è necessario, ai fini della legittimazione attiva nel giudizio risarcitorio, provare l'esistenza di quel secondo titolo, bastando invece la prova di aver patito un danno dall'altrui fatto illecito per essersi l'attore trovato in relazione di fatto con la cosa danneggiata » (9).

In sintesi, poiché il possesso è una situazione di fatto, l'interesse che ne promana sembra partecipare della medesima natura, per cui la tutela accordata ad esso dalla giurisprudenza parrebbe risolversi nell'affermazione di una responsabilità extracontrattuale per lesione di un interesse di fatto. Ma ciò non è esatto.

Nessun dubbio sulla legittimazione del possessore all'esercizio dell'azione aquiliana; dubbi, invece, che essa sia finalizzata alla tutela di un interesse di fatto.

È vero che il possesso consiste nella relazione materiale tra il soggetto e la cosa; ma non è per niente vero che tale relazione sia « di fatto » nel senso che prima si è visto, di irrilevanza per l'ordinamento giuridico.

Il significato dell'espressione « interesse di fatto » è stato già

(9) Cass. 25-11-1967 n. 383 in Giust. civ. Mass. 1969, 1920; idem 23-5-1972 n. 1601, ivi 1972, 884; idem 25-3-1977 n. 117 in Rep. Foro it. 1977, 2352.

sottolineato, ma non è superfluo ribadire che interesse di fatto è soltanto quello derivante da una situazione giuridicamente indifferente.

Il possesso, ancorché relazione materiale, è tutelato dalla legge in quanto tale, indipendentemente da una corrispondente situazione di diritto, la quale anzi non viene affatto in considerazione. Il possessore di una servitù è legittimato alla difesa della relazione materiale in cui si trova con la cosa mediante le azioni di spoglio (art. 1168 cod. civ.) e di manutenzione (art. 1170 cod. civ.); e questo a prescindere dalla titolarità del diritto di servitù, cioè sia che tale diritto gli competeva sia che appartenga ad altri. Per il che è di tutta evidenza come il possesso concreti una situazione apprezzata in sè e per sè dall'ordinamento giuridico, donde la conseguenza che tale situazione non è « di fatto » e nemmeno lo è l'interesse che da essa promana. Corollario ulteriore dell'apprezzamento suddetto è che l'una e l'altro hanno il carattere della giuridicità, ed è in questa prospettiva che trova giustificazione la tutela aquiliana riconosciuta al possessore. È stato scritto (10) che questa conclusione è frutto di un equivoco perché non si tratterebbe di danno aquiliano nei casi decisi dalla giurisprudenza, posto che risarcimento si ha, al di là della colpa, per violazione del possesso e non perché vi sia un illecito ex art. 2043 cod. civ. .

« Se non c'è stato spoglio né turbativa, non ci può essere risarcimento; quest'ultimo, insomma, è quello che accordavano anche i romani attraverso l'esercizio non dell'actio legis Aquiliae, ma degli interdetti e, poi, delle azioni possessorie » (10 bis). Ma questa tesi, per quanto autorevole, non convince. Il diritto del possessore al risarcimento del danno eccede i confini della tutela possessoria in senso stretto, perché non sempre presuppone lo spoglio o la molestia e nemmeno postula sempre l'esistenza dei requisiti per l'operatività di quella tutela. In proposito, basta pensare ai danni materiali da circolazione stradale, che sono poi quelli oggetto della casistica giurisprudenziale sopra richiamata.

Ivi si tratta bensì di tutela del possessore, ma non di tutela possessoria. Il possessore è titolare di un interesse giuridicamente rile-

(10) BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio e risarcimento*, in *Foro it.* 1970, IV, 144.

(10 bis) Così, BRANCA in op. e loc. cit.

vante ed è per questo che la lesione di esso deve essergli risarcita, quando sia stata prodotta con dolo o anche per semplice colpa. Ché poi, proprio questo secondo requisito soggettivo evidenzia ulteriormente il carattere aquiliano della tutela, differenziandola inequivocabilmente da quella possessoria in senso stretto. Quest'ultima, infatti, richiede l'intenzionalità della condotta lesiva, intenzionalità che si esprime con le note locuzioni « animus spoliandi » e « animus turbandi »; mentre all'azione risarcitoria basta che la condotta del danneggiante sia colposa, cioè contro l'intenzione, purché negligente oppure imprudente oppure imperita. Da questo punto di vista, se si trattasse di un aspetto della tutela possessoria, dovrebbe negarsi al possessore il risarcimento dei danni prodotti alla cosa in suo potere dalla circolazione stradale, e ciò proprio perché qui l'essenza della responsabilità è nella mera colpa; ma, a parte che neppure la dottrina in esame contesta la possibilità di un tale risarcimento, l'esclusione di esso sarebbe arbitraria perché verrebbe disconosciuta la rilevanza giuridica, tradotta in norme di diritto positivo, dell'interesse del possessore. In virtù dell'apprezzamento fattone dall'ordinamento giuridico, nel possesso la situazione di fatto corrisponde a quella di diritto; coerentemente, il possessore è legittimato, come il proprietario (o il titolare di altro diritto reale) all'esercizio dell'azione aquiliana.

5. — Da quanto già detto, emerge che l'interesse di fatto e la giuridicità esprimono concetti tra loro opposti, perché un interesse è « di fatto » in quanto non è « giuridico ».

Nel momento stesso in cui il legislatore trasferisce un interesse di fatto in una categoria giuridica, esso cessa di essere di fatto. In questa prospettiva, non avrebbe senso parlare di risarcimento del danno da lesione di un interesse di fatto; poiché quest'ultimo, indifferente per l'ordinamento giuridico, è anche estraneo alle tutele da esso offerte.

Ma si verifica in concreto che un determinato interesse, essenzialmente di fatto, acquista grande rilevanza nella coscienza sociale, che lo avverte come meritevole di protezione. Non sempre vi è coincidenza di punti di vista tra il legislatore e la coscienza sociale; e anche quando siffatta coincidenza interviene, essa tarda a manifestarsi perché l'adeguamento dell'ordinamento positivo alle nuove istanze è necessariamente cauto, e quindi lento. Il legislatore deve accertare l'estensione, la profondità, la durezza, la validità della nuova

istanza; e tanto più deve farlo in tempi di compiacimento per l'effimero. Cosicché egli è anticipato dalla giurisprudenza che però, mancando la corrispondente fattispecie normativa, deve ricondurre l'interesse di fatto a categorie giuridiche preesistenti.

In proposito è stato rilevato che l'esame della giurisprudenza, che si è occupata di rapporti di fatto, evidenzia un dato costante: in mancanza di disposizioni espresse che regolano il rapporto di fatto, quella giurisprudenza nel momento in cui abbandona l'atteggiamento negativo consistente nel rifiuto di attribuire efficacia al rapporto di fatto, e si pone di fronte al problema di rintracciare un sistema di norme da applicare alla fattispecie concreta, finisce con il porsi a modello lo schema normativo dell'istituto tipico corrispondente e tende a riferirsi, per la soluzione del caso concreto, alle norme dettate dal legislatore per l'istituto tipico (11). Peraltro, questo modo di procedere della giurisprudenza non ha nulla di singolare ed anzi appare addirittura ovvio. Nessun rapporto può avere rilevanza giuridica se non è suscumbibile in una categoria normativa; e siccome il giudice non può creare categorie normative, perché altrimenti diverrebbe legislatore, non gli resta che avvalersi di quelle esistenti e strutturalmente compatibili con i rapporti da disciplinare *ex novo*. Per il che, il problema che qui interessa, della risarcibilità del danno da lesione di un interesse di fatto, si risolve in quello di accertare, con i normali strumenti ermeneutici, se un determinato interesse concreto sia riconducibile ad una categoria giuridica: in definitiva, se esso sia un interesse (in realtà) giuridico.

6. — Sembra addirittura intuitivo che, per avvantaggiarsi della tutela predisposta dall'ordinamento positivo, un interesse debba essere « giuridico ». L'etica ed il diritto non coincidono e, quindi, situazioni che sono rilevanti per la prima possono essere irrilevanti per il secondo; e viceversa. La norma disciplina soltanto gli interessi rilevanti per il diritto, siano o non siano tali anche per l'etica. Conseguentemente, la tutela è « giuridica » se ed in quanto lo siano gli interessi ai quali è preordinata; e per converso è « giuridico » solo

(11) Così FRANCESCANELLI, *I rapporti di fatto*, cit. p. 265, il quale richiama P. Sarzana 24-1976 (in Resp. civ. e prev. 1976, 677) che ha applicato l'art. 4 lg. 990/1969 al convivente more uxorio dell'assicurato, escludendolo dalla garanzia per i trasportati. Va osservato che tale sentenza attribuisce implicitamente rilevanza giuridica alla convivenza di fatto.

l'interesse che si avvantaggia di quella tutela. Questa notazione intuitiva ha un riscontro normativo.

L'art. 2043 cod. civ. dispone che « qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno ». Per la legge, dunque, il danno deve essere ingiusto, cioè contrario a giustizia, la quale non può essere che il risultato dell'insieme delle norme di diritto positivo che concorrono a formare l'ordinamento giuridico; per il che « danno ingiusto » è sinonimo di « danno antiggiuridico » e questo a sua volta si verifica quando viene lesa un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico. La puntualizzazione concettuale del danno ingiusto travaglia da tempo dottrina e giurisprudenza, per la contrastante esigenza di evitare, da un lato, che una nozione restrittiva di esso lasci senza difesa interessi che l'evoluzione della coscienza sociale vorrebbe via via tutelati e, dall'altro lato, che una nozione estensiva induca ad una indiscriminata ed arbitraria valorizzazione di qualsiasi istanza.

È chiaro, intanto, che il connotato dell'ingiustizia attiene al danno e non alla condotta; questa può essere dolosa o colposa, ma dolo e colpa non rendono ingiusto il danno, anche se l'uno o l'altra costituisce presupposto necessario della risarcibilità del danno, che ingiusto sia (11 bis). Se Tizio, per malanimo o negligenza, non trasmette a Caio l'invito di Sempronio ad un convivio tra amici, c'è sì il dolo o la colpa ed eventualmente il danno, quest'ultimo

(11 bis) L'ingiustizia del danno concorre con il dolo o con la colpa a rendere antiggiuridico il fatto. Ipotesi legislative di obbligo a risarcire il danno ancorché senza colpa sono state individuate (DE CUPIS, *Il danno*, I cit. pp. 152 ss.) negli artt. 924, 925, 1328, 2045 cod. civ.; e nello stesso ambito parrebbe potersi ricondurre la c.d. responsabilità oggettiva (art. 2049 cod. civ.). Senonché, quanto alle prime, si tratta in realtà di equo indennizzo e non di risarcimento del danno; quanto all'ultima, non è che la c.d. responsabilità oggettiva prescinde dalla colpa, ma è che l'ordinamento non consente di provarne la mancanza (e quindi la presume in via assoluta). E dunque, nell'un caso si tratta di un problema di equità, per cui si è al di fuori del risarcimento del danno in senso proprio; nell'altro caso si tratta di un problema di prova (liberatoria) che viene preventivamente risolto in senso negativo dall'ordinamento giuridico. Secondo il Giorgianni (« L'inadempimento » Milano 1959, specialmente alle pp. 264 ss., 290 ss., 300 ss.; idem: « L'inadempimento nel dir. civ. » voce dell'Enc. dir. XX Milano 1970 specialmente alle pp. 874 ss. e 888) tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità extracontrattuale, l'imputabilità (per colpa) del fatto produttivo di danno (inadempimento o illecito) costituisce il presupposto necessario del risarcimento.

anche con un profilo economico (costituito dalla spesa sostenuta da Sempronio per l'imbandigione e dal mancato conseguimento di un pasto gratuito da parte di Caio); ma quel danno non è risarcibile perché gli manca il connotato dell'ingiustizia, essendo di gran lunga prevalente il profilo etico-comportamentale rispetto a quello economico-patrimoniale. Donde la conferma che tale connotato non dipende dal dolo o dalla colpa, i quali attengono all'elemento soggettivo dell'atto illecito (condotta) mentre l'ingiustizia attiene all'elemento oggettivo di esso, appunto concretato dal danno. E che sia davvero così, è dimostrato ulteriormente dal rilievo che può esistere danno ingiusto senza atto illecito per mancanza di dolo o di colpa, come quando un pedone viene investito da un automobilista costretto a forza maggiore o da caso fortuito (scoppio di un pneumatico, abbagliamento solare, manovra di emergenza).

E proprio l'abbandono di tale prospettiva sembra potersi rimproverare alla tesi che riconduce l'ingiustizia del danno alla violazione del dovere costituzionale di solidarietà.

7. — Si è sostenuto (12) che l'art. 2 Cost., laddove dice che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, implica l'impossibilità di determinare a priori le categorie di interessi apprezzabili, per cui l'area del danno risarcibile (siccome ingiusto) non deve essere contenuta entro gli angusti confini della lesione di diritti soggettivi (personali, di proprietà e reali, di credito); correlativamente, vanno superati i « pregiudizi », fondati sul presupposto (borghese), che soltanto quei diritti possono ricevere protezione dalla legge.

Senonché, come si è anticipato, questa tesi sembra perdere di vista la distinzione tra elemento soggettivo ed elemento obiettivo dell'atto illecito, in quanto riferisce al secondo, invece che al primo, il richiamo del legislatore costituente.

Il dovere di solidarietà, infatti, esprime un obbligo (soggettivo) di condotta, nel senso che ogni cittadino deve tenersi avvertito degli interessi altrui ed adeguarvi il proprio comportamento. In altre parole, ogni cittadino deve agire senza malizia e senza trascuratezza nelle sue relazioni con gli altri; ma anzi deve porvi onestà

(1) RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 21 ss., 103 ss.; anche TUCCI, *L'ingiustizia del danno*, Napoli 1970, p. 37 ss.

e sollecitudine: connotazioni che sono esclusivamente riferibili alla condotta e si trovano già, anche assai meglio delineate come « dolo » e come « colpa », nella definizione dell'atto illecito fornita dall'art. 2043 cod. civ. .

Ma allora, la norma costituzionale nulla dice circa l'ingiustizia del danno, la cui definizione va cercata pertanto altrove. Chè poi, anche ammettendo in ipotesi che la violazione del dovere costituzionale di solidarietà sia comunque produttiva di danno, rimarrebbe pur sempre da stabilire in concreto quando tale danno sia anti-giuridico, nel qual caso soltanto si realizza l'atto illecito produttivo dell'obbligo di risarcimento.

Insomma il criterio della solidarietà non serve a definire l'ingiustizia del danno. Ricavare da quel criterio un obbligo generale di temperamento degli interessi del singolo con quelli degli altri e della comunità (13), tale da presiedere alla disciplina di ogni rapporto e alla soluzione di qualsiasi conflitto di interessi, equivale ad attribuire la concreta attuazione di quell'obbligo alla totale discrezionalità del giudice e ciò non è coerente all'attuale ordinamento positivo; ed è, in principio, pericoloso perché i confini tra massima discrezionalità ed arbitrio sono evanescenti, e superabili anche in buona fede. Con la conseguenza del venir meno della certezza del diritto, che è bene primario per i cittadini anche sotto il profilo della garanzia di libertà (14).

8. — Ancora di recente, si è ritenuta « appagante » del concetto di ingiustizia del danno, la lesione di un interesse « meritevole » di tutela (15). Ma è stato osservato che danno ingiusto, per l'art.

(13) CANFORA, *Osservazioni sul principio generale di solidarietà*, in *Iustitia* 1968, p. 220.

(14) BARATTA, (*Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Riv. internaz. filos. dir.* 1965, pp. 36-54) rileva che il principio di solidarietà, ispirato ad una vaga ideologia, rischia di ridursi ad un mandato in bianco per il giudice così prestandosi a tutti gli usi; SCOGNAMIGLIO, (*Risarcimento del danno*, v. in *Nuovissimo Dig. it.*, Torino XVI 1969, p. 11) accusa di empirismo e di ambiguità il criterio della solidarietà, al quale GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano 1970 pp. 392 ss.) finisce per negare che esso abbia una funzione da svolgere nel campo della responsabilità extracontrattuale.

(15) ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti* in *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XIV, Torino 1982, p. 89, ma vedasi tutto il cap. I; SCHFESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile* » in *Jus* 1960 p. 342.

2043 cod. civ., è ogni danno avente per oggetto un interesse (diverso da quello del creditore, perché lì si versa in tema di responsabilità contrattuale) giuridicamente tutelato, e non già qualsiasi interesse meritevole di tutela.

« Tra l'essere giuridicamente tutelato e l'essere meritevole di tutela giuridica vi è un grave divario. Attribuendo rilevanza, ai fini dell'affermazione di responsabilità, a tutti gli interessi meritevoli di tutela giuridica, si conferisce al giudice un potere di valutazione, circa l'importanza degli interessi e la loro attitudine a meritare tutela giuridica, che non sembra conforme allo spirito informatore dell'ordinamento italiano » (16).

Insomma, ravvisare il danno ingiusto nella lesione di un interesse meritevole di tutela è tutt'altro che appagante, perché così il problema è solo rinviato, restando da stabilire quali sono gli interessi meritevoli di tutela. E se si risponde che la loro individuazione è rimessa al giudice, ecco che torna valido quanto eccepito alla tesi della solidarietà: che cioè la discrezionalità illimitata del giudice contraddice al sistema positivo e nuoce alla certezza del diritto (17).

Né l'obbiezione può essere superata fondando la risarcibilità del danno (e quindi l'ingiustizia di esso), anziché sulla tutela accordata all'interesse del danneggiato, sulla mancanza di protezione dell'interesse del danneggiante. Secondo questa concezione (18), danno ingiusto sarebbe quello che un fatto non autorizzato da specifica norma, e comunque posto in essere all'infuori dell'esercizio di una facoltà attribuita dall'ordinamento giuridico in vista di particolari esigenze sociali, produca all'interesse (non ulteriormente qualificato) del terzo. Qui, come è evidente, l'accento viene spostato sull'interesse del danneggiante: se l'attività attraverso la quale esso si estrinseca non è autorizzata dalla norma specifica o comunque non

(16) DE CUPIS, *Il danno*, cit., I. pp. 90 ss.

(17) Contro, TRIMARCHI, (*L'illecito nel diritto civile*, voce in Enc. del dir. XX, Milano 1970, pp. 97 ss.) secondo cui spetta al giudice risolvere i conflitti di interessi non limitandosi ad applicare i criteri desumibili dall'interno dell'ordinamento giuridico, ma valutando comparativamente gli interessi contrapposti e così integrando l'ordinamento medesimo. Nello stesso senso, Dell'Aquila: « Interferenza nel rapporto contrattuale e responsabilità aquiliana del terzo » in Foro pad. 1974, I, pp. 315-316. Peraltro, questa tesi non sembra sfuggire al rilievo che, così, il giudice diviene egli stesso legislatore.

(18) SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 342-344.

è espressamente facoltizzata (e quindi l'interesse dell'agente non è protetto), il danno che ne derivi al terzo è, per ciò solo, ingiusto.

Senonché, va osservato che l'estrinsecazione della personalità individuale in ogni rapporto, etico, politico, religioso, giuridico, è garantita costituzionalmente e non trova limite se non al rispetto delle corrispondenti estrinsecazioni della personalità altrui. Esiste dunque in principio la libertà della persona, libertà che si qualifica a seconda dell'ambito di estrinsecazione: se l'ambito è giuridico, quella libertà è anch'essa giuridica. Trattandosi di libertà, non abbisogna, per il suo esercizio, di specifiche autorizzazioni o facoltizzazioni, e ciò è tanto vero che chiunque può essere parte di rapporti giuridici, anche aticipi e anche innominati.

È l'ordinamento giuridico che, nel valutare il meglio per la collettività, privilegia l'attribuzione della libertà, la quale è concettualmente diversa dalla tolleranza ed implica, a differenza di questa, che il suo esercizio possa anche arrecare danno ai terzi, i quali sono tenuti a subirlo salvo che esso si risolva nella lesione di un interesse anch'esso tutelato dall'ordinamento giuridico. Con il che l'accento torna sull'interesse del danneggiato.

9. — Da quanto detto fin qui, emerge che l'unico criterio utile ad individuare l'ingiustizia del danno è dato dalla lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico.

A ben guardare, anche le tesi criticate concludono nello stesso senso perché: a) chi propone il criterio della solidarietà, finisce per ammettere l'esigenza di ulteriori specificazioni allorché precisa che esso è operante solo in relazione a situazioni giuridicamente rilevanti, tutelate contro l'attività dannosa di terzi; b) chi parla di interessi meritevoli di tutela giuridica, afferma implicitamente che quegli interessi debbono essere rilevanti per l'ordinamento.

D'altro canto, bisogna riconoscere ai fautori di quelle tesi il lodevole proposito di interpretare il sistema della responsabilità extracontrattuale in senso dinamico, per modo che possa recepire immediatamente le nuove istanze di tutela che nascono continuamente da una società in rapida trasformazione; solo che i criteri forniti sono tutt'altro che idonei rispetto al fine perseguito, per la potenziale attitudine a creare incertezze e a consentire arbitri, in dipendenza della loro genericità. Di essi potrà tener conto il legislatore, e comunque delle valide motivazioni che ne sono alla base, per una revisione dell'istituto nell'ambito di una rifondazione dell'ordina-

mento giuridico che preveda, tra l'altro, l'attribuzione di una maggiore discrezionalità al giudice; fin quando ciò non avvenga, è preferibile disattenderli, essendo maggiore il danno rispetto all'utilità che se ne può trarre.

Al momento, dunque, sembra più corretta la tesi secondo cui il danno extracontrattuale non può assumere senso giuridico se l'interesse leso non sia giuridicamente prevalente, protetto in sé e per sé dalla norma giuridica, per il che:

a) l'interesse individuale, ancorché corrispondente ad un interesse generale, non può avvantaggiarsi della protezione accordata a quest'ultimo (esigenza di protezione in sé e per sé);

b) è irrilevante la protezione dell'interesse individuale da parte di una regola morale o di costume (esigenza che la protezione sia attribuita da una norma giuridica).

L'obiezione che questa tesi riduce eccessivamente la sfera del danno risarcibile deve essere respinta sul rilievo che, se è vero che l'ingiustizia del danno, in quanto postula una protezione giuridica degli interessi, è circoscritta nei limiti del contenuto normativo del diritto obiettivo, è altrettanto vero che tale contenuto normativo va desunto non soltanto dalle norme che esplicitamente tutelano determinati interessi, ma anche dai principi individuabili mediante l'impiego dei vari strumenti interpretativi (19).

10. — È ormai chiaro che il problema, se sia ammissibile la tutela aquiliana di un interesse di fatto, va risolto in senso negativo. Ma deve ammettersi che un determinato interesse, apparentemente « di fatto » siccome non sussumibile « prima facie » in una determinata categoria normativa che esplicitamente lo preveda, risulti invece ricompreso in essa a seguito della interpretazione dei principi, nel qual caso la tutela aquiliana è operante. E così il problema si riduce a quello di interpretare l'ordinamento positivo per individuare la disposizione specifica o il principio protettivo dell'interesse; interpretazione che deve essere bensì dinamica, cioè condotta con riguardo al mutevole divenire della realtà sociale, ma non tanto da stravolgerne gli indirizzi, i contenuti ed i limiti, attribuendo a disposizioni scritte ed ai principii che se ne traggono, portata e senso che essi non hanno.

(19) DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, pp. 88-93.

11. — Esemplare del travaglio interpretativo che, in subjecta materia, dottrina e giurisprudenza affrontano ormai da molti decenni, è il caso del convivente *more uxorio*.

La risarcibilità del danno per infortunio del convivente costituisce infatti uno dei momenti più dibattuti, se non addirittura il più dibattuto, della rilevanza della famiglia di fatto rispetto ai terzi.

Le aspettative nascenti dalla stabilità del rapporto « *more uxorio* » hanno spesso indotto il convivente (20) ad agire in giudizio

(20) Il più delle volte si è trattato della convivente, perché gli apporti che sostengono economicamente il « *ménage* » provengono di regola, anche se non esclusivamente, dall'uomo.

(20 bis) L'art. 29 Cost. afferma che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale « fondata sul matrimonio ». La Carta fondamentale dello Stato italiano nulla dice circa l'unione di fatto, né una previsione implicita di questa può derivarsi dalla tutela dei figli naturali (art. 30 Cost.), perché qui viene in considerazione il rapporto di filiazione e non quello di convivenza. Del resto, la filiazione naturale non presuppone affatto la convivenza dei genitori ed anzi si realizza spesso in contrasto con quella convivenza, come quando i genitori (uno o entrambi) hanno già una famiglia legittima. La tesi (sostenuta dal PROSPERI in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino 1980, specialmente alle pp. 42 ss., 83-100, e ripresa peraltro dal PERLINGIERI in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, p. 560), secondo cui tanto la famiglia legittima quanto l'unione di fatto rientrerebbero tra le « formazioni sociali » alle quali fa riferimento l'art. 2 Cost., per cui anche la seconda troverebbe una sua specifica previsione nella Carta fondamentale e parteciperebbe della normativa (ordinaria) dettata per la prima, questa tesi, dunque, non sembra possa condividersi. La disposizione dell'art. 2 Cost. è finalizzata all'individuo e non alle « formazioni sociali »; queste ultime vengono in considerazione esclusivamente come ambito nel quale la persona si muove ed opera, ambito che non può e non deve condizionarne i diritti inviolabili (dal legislatore ordinario) ed i doveri (costituzionali) inderogabili. D'altro canto, che le « formazioni sociali » menzionate dall'art. 2 Cost. abbiano valore strumentale rispetto all'individuo, è dimostrato ulteriormente dal fatto che quelle fondamentali (famiglia, sindacato, partito, impresa, ecc.) trovano nella Costituzione una esplicita previsione. È quindi assai difficile derivare dal cit. art. 2 Cost. un riferimento solenne all'unione di fatto; tanto più difficile in presenza dell'art. 29 Cost. il quale, come si è visto, menziona soltanto la convivenza fondata sul matrimonio. Ma poi, quando pure si ammettesse che l'art. 2 Cost. attribuisce rilevanza all'unione di fatto come tale, non andrebbe dimenticato che quella disposizione prende in considerazione soltanto, è si è visto, « i diritti inviolabili dell'uomo », ma non gli altri, come ad esempio quelli connessi alla stabilità del vincolo (fedeltà, assistenza, collaborazione, coabitazione) e quelli patrimoniali (mantenimento, alimenti, ecc.), che inviolabili non sono. Per cui non sembra proprio possibile dedurre dall'art. 2 Cost. (come invece fa il Proserpi in op. cit. pp. 295-297) il diritto dell'un convivente al risarcimento del danno concretato dalla morte dell'altro per colpa del terzo; a meno che non si

per ottenere il ristoro del danno derivatogli dalla morte del « partner », per esempio in un incidente stradale.

L'unione di fatto non è apprezzata come tale dall'ordinamento giuridico (20 bis), che però, specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia e come si vedrà meglio in seguito, prende in considerazione talune proiezioni di essa (ad esempio la filiazione) proteggendole in vario modo. Si tratta allora di vedere, giusto quanto detto sopra, se la pretesa risarcitoria del convivente concreti un interesse apparentemente di fatto ma in realtà giuridicamente rilevante; il che equivale a chiedersi se, sotto questo profilo (della responsabilità extracontrattuale del terzo per l'uccisione o il ferimento di un convivente) la famiglia « di fatto » sia giuridicamente equiparata alla famiglia « di diritto ».

E ancora una volta va precisato che il problema non è di stabilire se un interesse di fatto sia tutelato dall'ordinamento giuridico, il che rappresenta una contraddizione in termini, ma se un certo interesse fondato su una situazione di fatto sia in realtà un interesse giuridico.

Nel passato meno recente, la giurisprudenza è stata oscillante; talvolta ha concesso il risarcimento del danno patrimoniale, talaltra invece no (21). Questa contraddittorietà dell'orientamento giurisprudenziale più antico è solo apparente perché erano diverse le fattispecie concrete oggetto di decisione. In proposito, è stato esattamente osservato (22) che, sul piano della « ratio decidendi », non irrilevante fu probabilmente la circostanza che, quando il ristoro venne concesso si trattò di ipotesi di « concubini civili », cioè di conviventi legati da matrimonio soltanto canonico.

Le situazioni erano in fatto simili (convivenza ultradecennale, nascita di figli riconosciuti dal padre, intenzione di legittimare la posizione della famiglia attraverso matrimonio civile); ma in una c'era qualcosa di più, ed era l'esistenza di un matrimonio canonico,

voglia richiamare la tesi della solidarietà (anch'essa fondata come si è visto sull'art. 2 Cost., ma nella prospettiva dei doveri inderogabili) già in precedenza oggetto di critica, alla quale si aggiunge qui, e meglio si vedrà in seguito, il rilievo ulteriore che il dovere di solidarietà verrebbe a gravare il terzo mentre non gravava il convivente deceduto per colpa di costui.

(21) In senso favorevole, Cass. 19 maggio 1911, in Foro it., 1911, I, 798; in senso sfavorevole, Cass. 24 marzo 1938 in Giur. it. 1938, I, 1, 683.

(22) SBISA: *Risarcimento di danni in seguito a morte di un familiare di fatto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, 1257.

che offriva una prova di stabilità del rapporto, meritevole di tutela secondo i giudici.

Nell'evoluzione successiva però, la giurisprudenza optava decisamente per la soluzione negativa motivando che, per l'art. 2043 cod. civ., come già per l'art. 1151 cod. civ. del 1865, « danno risarcibile è quello che si verifica per la lesione di un diritto e, pertanto, chi pretende di essere risarcito del danno derivantegli dalla morte della persona con la quale conviveva e dalla quale riceveva mantenimento o altri vantaggi o prestazioni in genere, ed evochi per l'effetto in giudizio colui al quale ritiene di poter far risalire l'evento mortale, da identificarsi col fatto doloso o colposo produttivo del danno, deve anzitutto dimostrare il suo diritto alle prestazioni della persona che non è più, diritto che può discendere dalla legge, come può avere il suo titolo in una particolare convenzione; nessuna delle predette ipotesi è ravvisabile nel caso della convivenza more uxorio, che l'ordinamento giuridico non prende in se stessa in considerazione e che non può formare oggetto, per se stessa, di convenzione, onde è inconcepibile una azione per danni fondata su detto rapporto, anche se perdurante da lungo tempo e dal quale siano nati dei figli, salvo il diritto di questi come figli naturali » (23).

Così dunque la giurisprudenza. E alla soluzione negativa propendeva anche la dottrina, salvo rare eccezioni (24); fin quando il Branca, commentando favorevolmente la sentenza 27/2/70 della Corte di Cassazione francese (25), contestava l'interpretazione classica del-

(23) Cass. 28 gennaio 1958, n. 169, in Resp. civ. e prev., 1958, 493; T. Roma 7-11-1962, n. 6178, in Resp. civ. e prev., 1965, 326.

(24) GERI (*Perdita delle aspettative legittime e risarcimento per morte da fatto illecito di un convivente*, nota a Cass. 16 dicembre 1966, n. 2951, in Giust. civ. 1967, I, 1116) scriveva che « anche al di fuori di regolari vincoli di parentela ammessi dalla legge, sono validi, in relazione a determinati effetti, anche altri stati di fatto che denunzino, tra gli interessati, legami di sangue, affettivi o di assistenza, assimilabili a quelli legali ».

(25) La pluralità di vie esperibili per invocare la tutela aquiliana, processo civile e processo penale (quando l'illecito costituisce anche reato) aveva condotto la giurisprudenza francese a decisioni contrastanti. Con la sentenza richiamata nel testo (riportata in Foro it. 1970, IV, 140), la Chambre Mixte diremeva il contrasto tra sezioni civili e sezioni penali, stabilendo il principio che la morte per fatto del terzo costituisce danno risarcibile anche per il convivente, purché la relazione fosse stata stabile e non illecita (cioè non adulterina). Successivamente, la Chambre Criminelle, con sentenza 19-6-1975 (riportata in Foro it. 1976, IV, 62) ha abbandonato il requisito della liceità.

l'equazione « danno ingiusto = lesione del diritto ». In particolare, dopo avere riassunto lo stato della questione, l'autore scriveva testualmente: « Dunque, lesione di diritti. Ora, perché non parlar chiaro? Per paura di scarso tecnicismo? No: e allora parliamo chiaro anche se il discorso a qualcuno sembrerà banale. Colposamente si ferisce una persona e se ne diminuiscono le capacità di lavoro. La diminuzione sarà compensata dal risarcimento (si fa per dire) e quella persona potrà ancora aiutare economicamente chi aveva aiutato prima. Questi non potrà lamentarsi con l'autore dell'illecito poiché la situazione di fatto, per lui, non è cambiata; niente risarcimento per lui, fosse o non fosse parente o convivente. La persona muore. In questo caso non c'è più chi soleva aiutare il familiare, il convivente, l'amico, il protetto. Ci saranno magari i suoi eredi o chi vantava un diritto alimentare, ma il benefattore è morto. Il danno c'è per i beneficiari della sua generosità, ed è danno ingiusto sol perché è ingiusta la morte di una persona (provocata da un terzo). Insomma, la violazione del diritto alla vita apre la porta al risarcimento, e risarcimento è reintegrazione e reintegrare è coprire l'intera situazione di fatto che faccia capo alla vittima. Vogliamo usare un linguaggio moderno? Allora diciamo che ai fini del risarcimento è rilevante ogni situazione anche di fatto collegata al diritto soggettivo violato » (26).

12. — Sulla linea tracciata dal Branca si è attestata la dottrina numericamente prevalente (27), talvolta richiamandosi al criterio della solidarietà e talaltra a quello dell'interesse meritevole, dei quali si è detto prima. Al momento dunque, in dottrina si ritiene generalmente, o quasi, che la morte del convivente produca un danno ingiusto e conseguentemente risarcibile. Seppure qualche incertezza rimane, essa attiene ad una problematica secondaria, come la difficoltà

(26) Così, BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio ecc. cit.*

(27) FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, cit., p. 345; ALFA, *Famiglia di fatto e risarcimento del danno*, nota a Cass. francese 19-6-1975, in Foro it. 1976, IV, 64; BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto - Atti del Convegno nazionale in Pontremoli dal 27 al 30 maggio 1976*, Montereaggio 1977, FLAMINI, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per l'uccisione* p. 103, FRANCESCHELLI, *Il matrimonio di fatto*, in Atti cit., p. 384. Cfr. anche *del coniuge di fatto*, in Rass. dir. civ. 1981, pp. 654 ss.; BONLINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, pp. 264 ss. e 471 ss.; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano 1984, pp. 186 ss.

di quantificare il danno o di accertare la stabilità dell'unione (28), che però non inficia la validità del principio. Senonché, la tesi del Branca, pur esposta in modo brillante ed arguto, non convince. Il seguito che essa ha avuto può spiegarsi solo con motivazioni emozionali, senz'altro apprezzabili sotto il profilo etico, ma che non hanno, proprio perché emozionali, alcun riscontro giuridico. A parte le critiche già svolte alle tesi della solidarietà e dell'interesse meritevole (di tutela giuridica) è stato osservato al Branca che non basta la violazione del diritto soggettivo altrui perché colui che versi in una situazione di fatto, soltanto collegata a quel diritto alieno, possa esigere risarcimento; questo, se fosse vero, equivarrebbe a consolidare giuridicamente una situazione di fatto precedentemente priva di fondamento e di protezione giuridica (29). La tutela, invero, deve sussistere direttamente per l'interesse subbiiettivo di cui si chiede la reintegrazione economica mediante il risarcimento (tutela dell'interesse in sé e per sé); e non deve essere ispirata da motivi di equità e comunque etici (tutela giuridica dell'interesse).

Ma non esiste una norma che, analogamente all'art. 143 cod. civ. per i coniugi, garantisca la posizione economica dell'un convivente nei confronti dell'altro. Per il che, tornando alla critica della tesi del Branca, « appare strano che la concubina, priva di alcun diritto al mantenimento (30) verso il concubino, malgrado il costume di vita matrimoniale tra loro, abbia un diritto al risarcimento nei confronti del terzo, cosicché risulti conferita una tutela esterna ad un interesse privo di tutela interna nell'ambito del rapporto di fatto costituito dal concubinato: in poche parole, che l'ordinamento giuridico non la protegga verso il concubino con cui ha instaurato il rapporto di concubinato (e malgrado l'importanza sociale che questo assume allorché si svolge *more uxorio*) ed invece la protegga verso il terzo estraneo » (31).

Inoltre, e correlativamente, non può non apparire ingiusto al

(28) RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, p. 354.

(29) MONTEL (*Ancora una volta in tema di risarcimento del danno da uccisione*, in *Giur. it.*, I; 1, 910) rileva l'assurdità insita nel migliore la posizione di chi non aveva alcun diritto consolidando, mediante il risarcimento, una situazione priva di fondamento giuridico.

(30) Ed anche ai soli alimenti.

(31) Così, DE CUPIS, *Il danno*, cit., II, p. 103.

terzo di essere obbligato verso la concubina altrui laddove non era obbligato il di lei concubino.

La verità è che, mancando il vincolo coniugale ed il corrispondente diritto all'assistenza economica come attribuito reciprocamente ai coniugi dall'art. 143 cod. civ., il convivente *more uxorio*, diversamente da quanto consentito al coniuge proprio in dipendenza di tale attribuzione, non ha titolo per il risarcimento della perdita patrimoniale conseguente alla morte o alla menomazione illecitamente cagionata al suo « partner » dal terzo.

13. — Peraltro, una recentissima giurisprudenza penale di merito (32), traendo spunto da alcune decisioni della Suprema Corte nonché da una pluralità di norme disciplinatrici di certi profili della famiglia di fatto, ha affermato il diritto del convivente *more uxorio* al risarcimento del danno non patrimoniale. Specificamente, la Corte d'Assise di Genova ha motivato che « sulla base degli elementi indicati e delle considerazioni espresse (32 bis), si deve considerare la convivenza *more uxorio* non una situazione di mero fatto ma una situazione giuridica protetta, ancorché non produttiva, in costanza di rapporto, di diritti soggettivi di carattere patrimoniale. Quando la convivenza viene meno per la morte di uno dei soggetti del rapporto, il danno morale che l'altro indubbiamente subisce è un danno che colpisce non una persona legata da un rapporto del tutto indifferente per l'ordinamento (ad esempio un amico), ma una persona legata alla vittima da un vincolo che presenta, come si è rilevato, i connotati sostanziali tipici del vincolo matrimoniale e che ha trovato, nell'ordinamento stesso una progressiva tutela. Questo danno, spesso più forte di quello che subisce un coniuge separato, deve essere risarcito. A tale riconoscimento, che vale a compensare la convivente delle sofferenze morali e psichiche realmente ricevute, non si oppone l'inesistenza in costanza di rapporto, di un diritto soggettivo di carattere patrimoniale normativamente riconosciuto, che impedisce, di fatto, di dare una risposta piena ad una esigenza etica e sociale ormai comunemente avvertita ».

(32) Assise Genova 19-11-1984 in Resp. civ. e prev. 1985 pp. 97 e ss.; Tribunale di Verona 3-12-1980 in Resp. civ. e prev. 1981 pp. 74 ss. In dottrina, per tutti, BONLINI, *Il danno non patrimoniale*, cit. loc. cit.

(32 bis) Che sono poi le sentenze della Suprema Corte e le disposizioni sparse, delle quali si è fatta menzione nel testo.

14. — Ma questa giurisprudenza sembra viziata di contraddittorietà e di apriorismo.

Ed intanto, va rilevato come essa, presupponendo che l'illecito del terzo debba avere carattere penale (perché appunto la risarcibilità del danno non patrimoniale può derivare soltanto dal reato) ha già in se medesima una notevole limitazione.

In secondo luogo, essa richiama decisioni pronunciate dalla Suprema Corte ad altro fine, quello della « soluti retentio ».

È vero che tali decisioni affermano « sussistere un dovere di assistenza reciproca tra i familiari di fatto, sostanzialmente analogo a quello esistente tra i coniugi, anche con la corresponsione di somme di danaro quale adempimento di una obbligazione naturale » (33); ma è altrettanto vero che con quelle decisioni si è voluto paralizzare l'azione di ripetizione (eticamente ingiusta) rispetto a quanto corrisposto per titolo di contribuzione al « menage » di fatto e magari di donazione. Del resto, sembra evidente l'errore di desumere, da un dovere di assistenza tra conviventi, in ogni caso meramente morale ed esaurito, un interesse giuridicamente protetto e produttivo di legittimazione ad agire per il risarcimento del danno, anche soltanto non patrimoniale. Perché questo, e sempre questo, è il punto: per essere risarcibile il danno, qualunque danno, anche quello non patrimoniale, deve essere ingiusto, cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto. Dire che la convivenza *more uxorio* ha il connotato della giuridicità e poi negare che sia produttiva del diritto al risarcimento del danno patrimoniale, che è l'effetto principe di quel connotato, rappresenta una contraddizione bella e buona; un rapporto, o è giuridico o è di fatto: non può essere giuridico per certi profili e non invece per altri. D'altro canto, la rilevanza che l'ordinamento giuridico accorda alle obbligazioni naturali è del tutto eccezionale e non può essere estesa oltre il limite, espressamente previsto, della « soluti retentio ». L'art. 2034 cod. civ. è chiarissimo in tal senso, e contiene un decisivo argomento a favore dell'assunto che i doveri morali e sociali sono in principio irrilevanti per l'ordinamento giuridico.

15. — Nella considerazione della convivenza come tale, cioè a prescindere da altri rapporti che possono derivarne, quali la filiazione,

(33) Cass. 8-2-1977 n. 556 in Giur. it. 1977, I, 346; idem 15-1-1969 n. 60 in Foro it. 1969, I, 1512.

non c'è dubbio che l'ordinamento privilegia soltanto l'interesse del coniuge. Può non corrispondere alla realtà che la perdita del convivente produca dolore nel superstite legittimo e non lo produca invece nel superstite illegittimo. Ma questa è una verità dell'ordinamento giuridico, la quale si sovrappone e prevale su qualunque realtà naturale e rimane verità finché l'ordinamento non la cambia.

Chè poi, è certamente possibile che vi sia taluno che provi dolore per la morte di un amico più di quanto ne provi il convivente di costui, coniuge o non coniuge; eppure nessuno si sogna (almeno fino a questo momento) di ammetterlo a pretendere la « pecunia doloris ». Insomma, quella cui si deve avere riguardo è la realtà giuridica, ed essa dice che tutelabile è l'interesse del coniuge, non quello del convivente o dell'amico; e d'altro canto, se si dovesse avere riguardo alla realtà naturale, la lista dei risarcibili potrebbe risultare infinita: coniuge, convivente, amico, estimatore, conoscente e via dicendo; una vera e propria schiera di possibili « dolenti ».

Infine, quanto alla presenza di norme che confermerebbero la rilevanza della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico, è evidente l'equivoco di trasferire in capo ai soggetti del rapporto *more uxorio* una tutela che è invece finalizzata al rapporto di filiazione naturale. Certo, quelle norme ci sono (34), ma solo incidentalmente prendono in considerazione la famiglia di fatto: in quanto cioè da questa siano nati dei figli ai quali, e soltanto ad essi, è indirizzata la protezione che le dette norme apprestano; ond'è che da esse non può proprio derivarsi un (ben diverso) principio generale di protezione giuridica degli interessi del convivente *more uxorio*. Anzi, quelle norme confortano l'esatto rilievo che « la protezione degli interessi del convivente subisce una discriminazione legislativa, che la riforma del diritto di famiglia ha reso più evidente là dove, conferendo rilevanza alla mera convivenza, ha gravato di obblighi la famiglia di fatto, disconoscendole invece ogni diritto » (35).

16. — È certamente la soluzione negativa quella che, a rigore di logica giuridica, si impone in ordine alla questione della risarci-

(34) Si vedano richiamate in motivazione da T. Verona e Assise Genova citt.

(35) Così, ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti*, cit., p. 125 dove però, forse non del tutto coerentemente, si aggiunge che la prestazione alimentare corrisposta in vita dalla vittima al convivente, concreta se non un vero e proprio diritto di credito, una aspettativa meritevole di tutela.

bilità del danno costituito dalla lesione di interessi di fatto. Per l'art. 2043 cod. civ. è risarcibile il danno ingiusto; ma danno ingiusto è quello « iniuria datum » cioè quello « contra ius », per cui è risarcibile soltanto il danno che contrasta con le norme dell'ordinamento positivo. Si è visto che ingiustizia non significa iniquità; una cosa è la contrarietà alle norme giuridiche, altra cosa è la contrarietà alle norme della morale e del costume. Può consentirsi che danno « contra ius » sia quello che si concreta nella lesione non soltanto di un diritto soggettivo ma di qualunque interesse giuridicamente rilevante; però deve trattarsi di un interesse così qualificato. Ma l'interesse di fatto, proprio perché tale, non è rilevante per l'ordinamento positivo, per cui questo non reagisce alla lesione di quell'interesse; e, ciò, nemmeno se esso si configuri come un'aspettativa, che è pur sempre la posizione in cui si trova un soggetto per il quale venga maturando un diritto soggettivo, e quindi una posizione giuridicamente rilevante. Aspettativa non è la mera speranza di un futuro diritto soggettivo né, d'altra parte, è lo stesso diritto soggettivo: essa è una posizione di attesa del soggetto, alla quale però l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo (36).

L'acquisto di un diritto può dipendere dal verificarsi di un fatto che consti di più elementi. Se alcuni di questi si sono già verificati, e gli altri potranno verificarsi successivamente, si determina una certa aspettativa di acquisire il diritto. Si parla allora di aspettativa giuridica o « di diritto », in contrapposizione alla aspettativa di fatto che, e si torna daccapo, non è presa in considerazione dalla legge (37). Esempio tipico di aspettativa giuridica si ha nella posizione di chi acquisti un diritto sotto condizione sospensiva oppure di chi lo alieni sotto condizione risolutiva; si pensi alla donazione di una biblioteca scientifica, sottoposta alla condizione che il donatario si laurei in medicina: costui acquisterà la biblioteca con il conseguimento della laurea e nel frattempo ha un'aspettativa, che è giuridica perché la legge (ed ecco la rilevanza per l'ordinamento positivo) gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356 cod. civ.).

Invece, un'aspettativa di fatto si individua nella posizione dei figli di una persona, i quali attendano di succederle alla sua morte;

(36) SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 59.

(37) TRIMARCHI, *op. cit.*, specialmente alle pp. 63, 248-249, 466.

essi non hanno alcun potere sul patrimonio del loro genitore finché questi è in vita, e ciò è tanto vero che egli può disporne nel modo che vuole (ad esempio, può vendere tutti i suoi beni e, al limite, scialacquare beatamente il suo patrimonio). Insomma, quella che si vuole ribadire è l'esigenza imprescindibile che l'interesse, ove pure abbia forma di aspettativa, deve avere il carattere della giuridicità nel senso che si è più volte sottolineato; al di fuori di che, non può darsi tutela aquiliana.

Ed allora, trasferendo il discorso al rapporto *more uxorio*, una tutela siffatta deve essere negata anche sotto il profilo della mancanza, nel convivente, di una aspettativa giuridica. Non si riesce, infatti, ad individuare alcuna norma o principio (di diritto, s'intende) che abbia riguardo all'interesse dell'un convivente per il patrimonio dell'altro, sia pure e soltanto come « diritto in formazione » al mantenimento, agli alimenti, all'assistenza e via dicendo. E questo è tanto vero che la giurisprudenza (e parte della dottrina) deve rifarsi alla disciplina dell'obbligazione naturale per desumerne (arbitrariamente) una protezione dell'interesse del convivente; trascurando però che quelle obbligazioni hanno fondamento etico (dal che resta confermata l'analoga natura dell'interesse del convivente *more uxorio*) e, proprio per questo, non producono altro effetto che quello della « soluti retentio », il quale evidentemente non può opporsi al terzo come fonte della sua responsabilità extracontrattuale.

Pertanto, con riguardo al diritto positivo, che solo conta, si deve concludere che attualmente non c'è tutela per gli interessi di fatto, la lesione dei quali non comporta diritto al risarcimento.