

INGIUSTIZIA DEL DANNO E TECNICHE ATTRIBUTIVE DI TUTELA AQUILIANA (LE REGOLE DI RESPONSABILITÀ CIVILE ED IL CASO CIR C. FININVEST)

di CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

SOMMARIO: 1. Il giudizio di ingiustizia del danno e la modalità soggettiva della condotta. – 2. Responsabilità extracontrattuale, precontrattuale o «pericontrattuale»? – 3. Tutela aquiliana, tutela penale e norme di protezione.

1. IL GIUDIZIO DI INGIUSTIZIA DEL DANNO E LA MODALITÀ SOGGETTIVA DELLA CONDOTTA. Una recente, e notissima, anche per la qualità soggettiva delle parti coinvolte, sentenza della Corte di cassazione ⁽¹⁾, permette di svol-

⁽¹⁾ Il riferimento è a Cass., 17.9.2013, n. 21255, pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Foro it.*, 2013, I, 3122 ss.; in *Contratti*, 2014, 113 ss. con nota di PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*; in *Danno e resp.*, 2014, 123 ss. con commenti di SANTORO, *Un po' di storia*; PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*; IMPAGNATIELLO, *Chiovenda, lo studente medio e la revocazione per dolo del giudice*; VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*; PALMIERI-PARDOLESI-ROMANO, *191 o giù di lì*; LENER, *La «retta via» per il risarcimento del danno*; TASSONE, *Il caso Cir - Fininvest e il nesso causale in Cassazione*; SIMONE, *Lodo Mondadori e risarcimento del danno: di contaminazioni e (possibili) duplicazioni*; MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*; in *Corr. giur.*, 2014, 489 ss., con note di BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova» (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*; SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note sull'interpretazione del contratto di transazione e sulla delimitazione del suo oggetto*; BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del Collegio. Mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno. Riflessioni in margine della sentenza della Cassazione sul «lodo Mondadori»*. Le questioni trattate dalla sentenza hanno costituito oggetto anche di numerosi scritti di commento, sull'uno o sull'altro aspetto del-

gere, muovendo da uno dei tanti profili di interesse ⁽²⁾ della medesima, qualche riflessione sul punto se la modalità soggettiva della condotta dell'agente (in particolare, in caso di qualificazione penale del fatto dannoso) possa rile-

la medesima; si vedano, in particolare, SASSANI, *C'era una volta lo Stato di diritto. Spigolature d'istinto sul «diritto processuale» della Corte Suprema*, in *www.judicium.it*; DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 1098; PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, *ibidem*, 1118; D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido (L'isola che non c'è)*, consultata in dattiloscritto per la cortesia dell'a., nonché gli scritti pubblicati in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 8 ss.; IUDICA, *Contratto e responsabilità civile. A margine della sentenza della Cassazione n. 21255 del 2013*, 8; DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043*, 10; ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul Lodo Mondadori, 16; GILBERTI, *Il «Lodo Mondadori». La fine della guerra di Segrate e l'incerto limite della responsabilità aquiliana*, 31; SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest*, 42; BENATTI, *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, 53. Si veda anche, per una riflessione particolarmente acuta sul problema dell'effettività della tutela, PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso Cir - Fininvest*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. proc.*, consultato nel dattiloscritto per la cortesia dell'a.

⁽²⁾ È proprio l'estrema ricchezza degli spunti che provengono dalla sentenza ad avere indotto chi scrive, nella speranza che questo atteggiamento non risulti tale da integrare un'ipotesi di petulanza, ad affrontare, nei due scritti citati nella nota che precede, alcuni degli altri problemi cui ci pone di fronte la pronuncia menzionata.

vare sul piano dell'affermazione del requisito dell'ingiustizia del danno: e, dunque, su un argomento che costituisce uno snodo di particolare rilevanza nella ricostruzione della fisionomia di ogni sistema di responsabilità civile. Si tratta, in particolare, di verificare se la tutela risarcitoria, così come predisposta dall'art. 2043 cod. civ., possa innescarsi anche a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva rilevante⁽³⁾ previamente riconosciuta dall'ordinamento in capo alla vittima del fatto lesivo e, dunque, in presenza di una condotta che si risolva semplicemente nella violazione di norme che proteggano altresì l'interesse di un soggetto, senza tuttavia risolversi appunto nell'attribuzione di una specifica situazione giuridica soggettiva in suo favore.

Infatti, e come emerge chiaramente dal dibattito svoltosi in sede scientifica proprio tra i difensori dell'una e dell'altra parte in giudizio⁽⁴⁾, uno degli ostacoli almeno all'apparenza più ardui da superare, al fine di pervenire all'affermazione della sussistenza di un'ipotesi di responsabilità aquiliana⁽⁵⁾ della Fininvest, discendente dalla corruzione del giudice relatore componente del collegio della Corte d'Appello di Roma, che aveva deciso dell'impugnativa del

⁽³⁾ Secondo l'impostazione che, come avremo modo di vedere, ci sembra di poter condividere.

⁽⁴⁾ Si allude ai contributi di DE NOVA e ROPPO, *opp. cit.*

⁽⁵⁾ Infatti, la domanda risarcitoria della Cir, pur inserita in un contesto di responsabilità precontrattuale (ovvero, per riprendere la formulazione utilizzata da ROPPO, *op. cit.*, di responsabilità pericontrattuale, era chiaramente prospettata come azione aquiliana: sulle interferenze che, nel caso di specie, si colgono tra l'area della responsabilità precontrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale, ci si permetta il rinvio al nostro *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest*, cit. nonché il rinvio alla nota di chi scrive alla sentenza del Tribunale di Milano in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 596 ss., *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio* nonché a quella alla sentenza della Corte d'Appello di Milano, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 704 ss., *Ancora sul caso Cir - Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia e alternatività delle tutele di diritto civile*.

c.d. Lodo Pratis (e dall'averne profittato quella Società della situazione in tal modo creatasi nel corso della trattativa sfociata nella transazione della controversia), è stato ravvisato proprio nella difficoltà di individuare una situazione giuridica soggettiva lesa dal comportamento della Fininvest.

Si è osservato, in particolare, al riguardo che, mentre nel caso in cui il giudice corrotto abbia confiscato un immobile, non sarebbe difficile ravvisare nell'ipotesi una lesione del diritto di proprietà, così come non sarebbe difficile ravvisare una lesione del diritto al godimento del conduttore nel caso in cui il provvedimento giurisdizionale, frutto di corruzione, abbia disposto uno sfratto illegittimo, nel caso di specie sarebbe invece impossibile cogliere la situazione giuridica soggettiva lesa. Infatti, scartata la possibilità di ravvisare il presupposto dell'ingiustizia del danno nella lesione di un generale diritto all'integrità patrimoniale, perché questa impostazione – come è stato del resto da tempo notato in dottrina⁽⁶⁾ – determinerebbe la liquefazione stessa dell'ingiustizia del danno come requisito di risarcibilità del medesimo e, dunque, lo scardinamento della disposizione dell'art. 2043 cod. civ., neppure si potrebbe sostenere che il diritto leso consista, nel caso di specie, in quello di concludere un contratto senza che la fase formativa di esso sia inquinata da un comportamento contrario a buona fede dell'altra parte: a voler ragionare in questo modo ci si avvolgerebbe di fatto in questo modo in una petizione di principio, dando per acquisita la conclusione che si dovrebbe dimostrare⁽⁷⁾. Lo stesso riferimento operato da CASS. n. 21255/2013 a modelli e suggestioni offerti dal diritto comparato (dal danno arrecato in maniera contraria ai buoni costumi, disciplinato, nel BGB, dal § 826, ai *torts of intentional in-*

⁽⁶⁾ Fondamentali, com'è noto, sull'argomento sono i contributi di DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, in particolare, 314 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, 30 ss. e 99 ss. Più di recente, si veda MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003, spec. 15 ss.

⁽⁷⁾ Così, in particolare, DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto*, cit., 13.

terference dell'elaborazione giurisprudenziale di *common law*)⁽⁸⁾ è stato ritenuto in questa prospettiva fuori bersaglio, dato che i modelli dottrinali-giurisprudenziali accreditati in sistemi stranieri atterrebbero all'esistenza di un illecito doloso e non al profilo dell'ingiustizia del danno; mentre il riferimento finirebbe per risultare perfino contraddittorio in un contesto in cui la stessa sentenza prende le distanze dall'ipotesi ricostruttiva di una disciplina autonoma per gli illeciti di dolo.

In chiave antagonista a questa ricostruzione critica, ed al fine di accreditare la tesi della ingiustizia *ex art. 2043 cod. civ.* del danno patito in questo caso dalla Cir, si è proposto di utilizzare la distinzione tra danno evento e danno conseguenza: nel caso di specie, il danno evento sarebbe rappresentato dal fatto stesso dell'emissione di una sentenza corrotta, sicuramente ingiusto, in quanto lesivo del diritto costituzionale ad un giusto processo gestito da giudici imparziali e non corrotti, mentre il danno conseguenza sarebbe da ravvisare nelle ricadute economicamente sconvenienti della transazione conclusa a valle della sentenza «corrotta» e, dunque, in una posizione indebolita dal punto di vista della forza negoziale⁽⁹⁾. Di questo danno dovrebbe, poi, affermarsi la risarcibilità sulla base del modello normativo dell'art. 1440 cod. civ.: ed infatti, anche nell'ambito delineato da questa regola, il danno evento consisterebbe nell'essersi formato la vittima del dolo, a causa dell'inganno, una falsa rappresentazione della realtà, che di per sé non pregiudica economicamente la parte ingannata, mentre la conseguenza pregiudizievole maturerebbe nel passaggio dal danno evento al danno conseguenza, in relazione alla sconvenienza delle condizioni che la vittima ha accettato in segui-

to alla falsa rappresentazione indotta dall'inganno⁽¹⁰⁾.

Una possibile via d'uscita dallo stallo argomentativo che così si delinea tra chi contrappone le ragioni di un'applicazione rigorosa dell'art. 2043 cod. civ. negando il rimedio risarcitorio ove non sussista il presupposto dell'ingiustizia del danno, intesa come avente riguardo alla lesione di una situazione giuridica soggettiva e sottolineando l'esigenza sistematica di scongiurare l'accreditarsi in via generale dell'ipotesi di un'azione aquiliana che intervenga a porre rimedio alle condizioni di un contratto economicamente sconveniente, e chi fa leva invece su una sorta di applicazione estensiva a contesti di responsabilità extracontrattuale dello schema dell'art. 1440 cod. civ., è apparsa allora quella della presa d'atto dell'operare della norma racchiusa nell'art. 2043 cod. civ. come clausola generale⁽¹¹⁾. In altre parole, e da questo angolo visuale, il caso deciso dalla sentenza che fornisce lo spunto per queste riflessioni dovrebbe essere considerato come uno dei punti di emersione della sempre più marca-

⁽¹⁰⁾ In questi termini, ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità pericontrattuale*, cit., 29.

⁽¹¹⁾ Cfr., al riguardo, ed ovviamente – data l'estrema ampiezza della questione – con esclusivo riferimento ai problemi sollevati da CASS. n. 21255/2013, la posizione di GILIBERTI, *Il «lodo Mondadori», la fine della guerra di Segrate*, cit., 36 ss.: posizione che pare tuttavia connotata da qualche margine di ambiguità, sul punto della qualificazione dell'art. 2043 cod. civ. come norma generale o clausola generale, laddove si afferma, dapprima, che «operando l'art. 2043 cod. civ. come clausola generale, ogniqualvolta difetti una norma positiva che consenta la sicura individuazione di un interesse meritevole di tutela ... spetta al giudice valutare, di volta in volta, se l'interesse leso è, o meno, un danno ingiusto risarcibile» per poi osservare che «se ... nelle ipotesi di cui agli artt. 1440 cod. civ. e 1337 cod. civ. il diritto della parte ad essere coinvolto in una trattativa condotta in buona fede è testualmente previsto, al di fuori di quella fattispecie non può che farsi riferimento alla clausola generale dell'art. 2043 cod. civ. Ma per farlo occorre individuare una posizione soggettiva meritevole di tutela, perché in difetto l'art. 2043 cod. civ. diventa un mero grimaldello per scardinare i rimedi previsti in materia di responsabilità precontrattuale e punire situazioni ritenute ingiuste».

⁽⁸⁾ Nel solco di quanto era stato osservato da MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 1096 s. (e ci si permetta anche il rinvio a SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 614 ss.).

⁽⁹⁾ Così ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*, cit., 27 s.

ta attitudine del giudice ad operare in presa diretta, per così dire, sulla vicenda di danno oggetto di controversia, attribuendo rilevanza, sul piano della qualificazione del danno come ingiusto, ad elementi, come il particolare grado di riprovevolezza della condotta, di per sé estranei al disposto normativo dell'art. 2043 cod. civ.

Parrebbe allora che anche la soluzione apprestata dalla giurisprudenza per il caso da cui si sono prese le mosse rappresenti il punto di emersione di quello che è stato di recente descritto come il «paradigma (che si pone in diretta contraddizione con ogni rigida pretesa classificatoria) secondo il quale il giudice esercita la sua funzione semplicemente come punto di emersione di una continuità interpretante», tale da superare senz'altro la più risalente «impostazione secondo la quale la responsabilità aquiliana sarebbe norma secondaria volta a sanzionare la violazione di altre norme primarie, qualificandola invece come norma primaria che, in termini generali, è diretta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui»⁽¹²⁾.

2. RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE, PRECONTRATTUALE O «PERI CONTRATTUALE»?
La ricca letteratura già formatasi sulla sentenza che ha fornito lo spunto a queste pagine ha tuttavia indicato una possibile ricostruzione alternativa dell'ipotesi di responsabilità dedotta dalla Cir contro la Fininvest: e si tratta del resto di una ricostruzione – che orienta verso lo schema della responsabilità precontrattuale da contratto validamente concluso, ma (gravemente, in questo caso) sconveniente, in relazione ad un comportamento contrario a buona fede di una delle parti – tutt'altro che estranea al percorso argomentativo di Cass. n. 21255/2013⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Si tratta della recentissima impostazione di LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 202 ss.

⁽¹³⁾ Ed alla quale, del resto, anche chi scrive, nelle proprie precedenti note a commento delle sentenze di merito, aveva ipotizzato si potesse fare ricorso: cfr., in particolare, SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno*, cit., 611 ss.; ID., *Ancora*

È stato in particolare osservato – in chiave, sul punto, critica nei confronti della sentenza della Suprema Corte – che quest'ultima (dopo avere mostrato di condividere la tesi che qualifica la responsabilità precontrattuale nei termini di una regola di condotta destinata a governare, nel segno della buona fede, la fase delle trattative, dando vita ad un obbligo dallo specifico contenuto protettivo), in luogo di orientarsi verso lo schema qualificatorio della vicenda, nei termini di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, sarebbe inopinatamente pervenuta a fare ricorso alla categoria della responsabilità extracontrattuale. E la ragione di questa soluzione sarebbe da ravvisare in una sorta di *vis attractiva* dispiegata dal reato di corruzione, in grado di imprimere alla condotta precontrattuale una gravità «tale da sospingerla oltre la mera violazione della buona fede in sede di trattative, al punto da rendere agli occhi dei giudici di legittimità inevitabile il ricorso all'art. 2043 cod. civ.»⁽¹⁴⁾. Le coordinate metodologiche generali di questa impostazione sono state ravvisate, dalla dottrina della quale si sta facendo cenno, nella inclinazione, ritenuta assai diffusa non solo al livello della elaborazione pratica della regola di responsabilità aquiliana, a considerare il rimedio somministrato dall'art. 2043 cod. civ. come una tecnica di tutela idonea ad insinuarsi in tutti gli spazi lasciati aperti da altri istituti ovvero addirittura ad invadere quelli da altri istituti pure già efficacemente coperti, secondo una modalità argomentativa e ricostruttiva che potrebbe essere descritta in termini di «aquilianismo»⁽¹⁵⁾.

Si deve osservare, con riferimento a questo piano del discorso, che non v'è dubbio, e la notazione è stata, del resto, già da tempo efficacemente argomentata in dottrina, che la norma racchiusa nell'art. 2043 cod. civ., soprattutto laddove letta senz'altro in termini di clausola

sul caso Cir - Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia e alternatività delle tutele di diritto civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 704 ss.

⁽¹⁴⁾ Così PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., 1127.

⁽¹⁵⁾ In questi termini, di nuovo, PIRAINO, *op. ult. cit.*, 1128.

generale, e, dunque, come tale da fondare l'attribuzione di un potere particolarmente penetrante al giudice di «curvare» il rimedio sulle peculiarità del singolo caso controverso, ha fornito l'occasione, negli ultimi decenni, per soluzioni di questioni che ben avrebbero potuto trovare altrove l'impostazione coerente alla sostanza effettiva del problema di volta in volta in esame ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ La critica a questo modo di intendere e di utilizzare l'istituto aquiliano è stata sviluppata, com'è noto, con particolare ricchezza di argomentazioni da CASTRONOVO; cfr., in particolare, di quest'autore, *La nuova responsabilità civile*, cit., 555 ss. nonché, con specifico riferimento alla sentenza di primo grado resa nell'ambito della controversia poi definita da CASS. n. 21255/2013, ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 33 ss., dove si sostiene che «se la transazione è il momento finale che ha avuto come base del negozio la “sentenza ingiusta”, secondo la dicitura usata dal Giudice milanese, la dichiarazione di nullità della transazione non può non costituire presupposto necessario della rilevanza del danno e della sua risarcibilità», osservando, in critica alla soluzione accolta dal Giudice di primo grado, che «se la transazione non è irrilevante riguardo alla controversia da decidere, come pure il giudice afferma, concludere che partendo da essa non si approderebbe a una condanna dei corruttori è una petizione di principio sia in negativo che in positivo: significa infatti rispettivamente dare per scontato che non si possa fare punto fermo su quella che si configura come nullità della transazione e che si debba perciò approdare alla responsabilità civile. Laddove alla questione si può fornire risposta solo rifacendo il percorso di cui dicevamo: e non certo in base all'art. 2043, se è vero che a fondamento della responsabilità dovrebbe stare la transazione invalida. Quest'ultima tale deve dirsi perché fondata su una sentenza che andava assoggettata a revocazione ex art. 395 cod. proc. civ., nn. 1 e 6 in seguito alla quale si sarebbe dovuto pronunciare l'annullamento della transazione, di cui la sentenza costituiva titolo, ai sensi dell'art. 1972 e semmai dell'art. 1971 cod. civ. Solo da questo punto in avanti si sarebbe potuta porre una questione di risarcimento, ma evidentemente di un danno contrattuale. Tutto questo, naturalmente, ove la domanda delle parti fosse stata in tal senso, per il principio di dispositivo da un lato non potendo il giudice sostituire il titolo della domanda, dall'altro non dovendo accedere alla domanda delle parti per mancanza di una

Non sembra tuttavia che le argomentazioni svolte da CASS. n. 21255/2013 meritino davvero una critica di questo genere, così come non meritano, in particolare, l'addebito di avere ipostatizzato in maniera poco credibile diritti funzionali ad integrare il requisito dell'ingiustizia del danno ⁽¹⁷⁾; ed infatti il passaggio della motivazione nel quale è stato ravvisato in particolare questo incedere argomentativo e dove si fa menzione, in effetti, di un «diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipulazione della convenzione negoziale», non pare configurarsi come uno snodo essenziale nell'impianto della sentenza. Infatti, la via della responsabilità aquiliana viene percorsa da quest'ultima essenzialmente sulla premessa che la fattispecie oggetto di causa era caratterizzata «da elementi ulteriori rispetto alla mera violazione della buona fede nelle trattative, onde l'inevitabile ricorso alla tutela ex art. 2043 cod. civ. ... nella quale la contrarietà della condotta della parte oggi ricorrente alla clausola generale della buona fede (evocata nella sua speculare dimensione endocontrattuale, sul piano strutturale e funzionale, dagli artt. 1175, 1227, 1358, 1366, 1375 e 1460 cod. civ.) è consistita in un ben più grave inquinamento del momento pre-contrattuale», così sospingendo l'ipotesi di fatto verso l'area della responsabilità civile da violazione di norme di protezione, che tutelano bensì, ma in via soltanto oggettiva, uno specifico interesse del soggetto danneggiato. In altre

che sia adeguata al caso da decidere». L'impostazione della questione oggetto della controversia, proposta da questo a., pur certamente suggestiva, si presta tuttavia ad essere rimeditata sulla base dell'argomento imperniato sul principio di effettività della tutela, la quale costituisce la cifra metodologica peculiare, ed estremamente originale, che caratterizza CASS. n. 21255/2013: sul punto si veda, in particolare, PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente*, cit.; e ci si permetta anche il rinvio a SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente*, cit., 42 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr., invece, per questa critica alla sentenza, PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., 1129 ss.

parole, la via aquiliana prescelta dalla Cassazione in questo caso appare ispirata da una lettura del rimedio aquiliano – tutt'altro che arbitraria, come si vedrà – che lo considera esperibile anche quando la norma, pur non attribuendo ad un soggetto specifiche situazioni giuridiche soggettive, possa dirsi tale da proteggere oggettivamente, e specificamente, interessi di quest'ultimo.

Né va trascurato, per intendere appieno il significato che assume in CASS. n. 21255/2013 la qualificazione della fattispecie nel segno della responsabilità aquiliana, il passaggio della motivazione nel quale la sentenza circoscrive l'operatività dell'art. 1337 cod. civ. alla disciplina ed alla repressione della violazione del dovere di buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto «*senza che gli si possa riconoscere la ulteriore funzione di spiegare una sorta di ultrattività di effetti risarcitori su condotte e vicende ulteriori e diverse*», dato che «*l'illecito contestato alla Fininvest non si esaurì nella sola violazione e buona fede precontrattuale (fattispecie astratta che rappresenta pertanto un cerchio concentrico di dimensioni meno ampie rispetto alla fattispecie concreta), ma ebbe a dipanarsi, diacronicamente, rispetto alle trattative stesse, in una ben più ampia ed eterogenea dimensione – della quale la condotta in violazione della buona fede ex art. 1337 cod. civ. costituisce il solo momento terminale – prima del quale si consumò in origine il fatto di corruzione di un magistrato*».

In altre parole, l'impostazione data da CASS. n. 21255/2013 non sembra il frutto di una fuga nella responsabilità civile⁽¹⁸⁾, utilizzata nella dimensione (che ha in effetti talora acquisito nella elaborazione giurisprudenziale della materia) di rimedio «facile» cui fare ricorso, prima ancora di avere verificato se la situazione di fatto non si presti ad essere restituita ad altra, e più congrua, tecnica di tutela. Si tratta, invece, della consapevolezza della sentenza che l'ipotesi di fatto illecito posta a base della domanda proposta da Cir «sporgeva» per così dire rispetto ad un'ordinaria fattispecie di condotta contraria a responsabilità precontrattuale, qua-

⁽¹⁸⁾ Per evocare il titolo del già citato saggio di DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*, cit.

le sarebbe potuta essere, ad esempio, quella della parte, che pur senza avere avuto un ruolo efficiente nel reato di corruzione antecedente alla trattativa (ma conoscendo l'esistenza del medesimo), avesse profittato della più favorevole situazione negoziale nella quale la medesima la collocava per concludere un accordo transattivo per essa maggiormente vantaggioso. Qui, invece, si trattava di una condotta complessa ed articolata in più momenti, il primo dei quali – la corruzione del componente del collegio estensore della sentenza – era avvinto da un innegabile nesso funzionale a quello – la conduzione di una trattativa inquinata dall'illecito corruttivo – più specificamente riconducibile all'area della responsabilità precontrattuale.

Non può, del resto, sorprendere che, in un contesto di elaborazione giurisprudenziale nel quale è tutt'altro che definitivamente accreditato l'indirizzo che qualifica la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente⁽¹⁹⁾, fosse dato pervenire alla ricostruzione della vicenda in questione nei termini eleganti di un cerchio concentrico, nel quale la condotta specificamente contraria a buona fede nelle trattative si inscriveva all'interno di un più articolato comportamento, l'uno e l'altro riconducibili all'area della responsabilità extracontrattuale⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Ne dà atto anche CASS. n. 21255/2013; cfr., sul recente indirizzo giurisprudenziale di legittimità che ha rimeditato il precedente orientamento, pacifico nel senso della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 1233 ss.; e ci si permetta anche il rinvio a SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1949 ss.

⁽²⁰⁾ Sul piano della rilevazione delle strategie argomentative in un processo, ed a conferma del resto di quanto è stato osservato criticamente da una recente e già citata dottrina (il riferimento è a PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit.) a proposito della attitudine dell'istituto aquiliano «a insinuarsi in tutti gli spazi lasciati scoperti dagli altri rimedi e addirittura, come nella fattispecie da cui si sono prese le mosse, a sovrapporvisi» (e vedi ancora

3. TUTELA AQUILIANA, TUTELA PENALE E NORME DI PROTEZIONE. Se le considerazioni fin qui svolte colgono nel segno, l'uso del rimedio aquiliano che Cass. n. 21255/2013 esibisce appare tutt'altro che inconsapevole o affrettato e consente anzi di mettere a fuoco un aspetto di particolare interesse dell'attuale assetto dell'istituto della responsabilità civile.

Infatti, ed anche di recente, si è lucidamente riproposto il problema se l'indice di rilevanza della ingiustizia possa essere rinvenuto «nella stessa violazione di norme che, di per sé, non sono destinate ad attribuire diritti al soggetto (le c.d. norme attributive di diritti), né tanto a proteggerne in via diretta l'interesse ma che comunque detto interesse, in qualche modo “contemplano” e che quindi possono essere richiamate ove, in sede di risarcibilità, si lamenti che quell'interesse è stato leso»⁽²¹⁾. Si è rammentato, in questa prospettiva, il modello delineato nel diritto tedesco, il quale, già nell'ambito della disciplina generale dell'illecito, contempla una norma specifica (il § 823, Abs. 2, BGB), che – attraverso la tecnica delle c.d. norme di protezione – qualifica nel segno della risarcibilità interessi anche se non ricompresi

Id., *ivi*, nt. 40, dove si osserva che «va riconosciuto che non sarebbe stato altrettanto agevole superare l'effetto preclusivo della transazione percorrendo la corretta via della responsabilità precontrattuale», questo essendo «la maledizione e il fascino del *law in action*», si può rammentare che lo stesso difensore della Cir (ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale*, cit., 25), pur dando atto che il riferimento rimediabile più diretto e proprio sarebbe stato proprio a quello dell'istituto della responsabilità precontrattuale, rileva che le ragioni che lo hanno indotto a fare ricorso all'azione aquiliana sono state di natura psicologica, sia per l'illiceità gravissima del fatto posto in essere da Fininvest, che sarebbe stato in sostanza riduttivo ricondurre ad una mera ipotesi di scorrettezza nelle trattative, sia per l'enormità del danno, che il giudice innanzi al quale era stata proposta la domanda avrebbe faticato a ritenere configurabile in questa entità in un contesto di responsabilità precontrattuale.

⁽²¹⁾ Così DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè, 2009, 28 ss.

nell'elenco di beni protetti in via aquiliana contenuto nel § 823, Abs. 1, «ma supportati da norme dell'ordinamento che ripropongono in via diretta la protezione di altri ordini di interessi più generali»⁽²²⁾. In questo caso, il fondamento della responsabilità è dato dalla violazione di norme di comportamento, ciò che determina lo spostamento del giudizio di responsabilità dal piano della individuazione di una situazione giuridica idonea ad attivare, se lesa la tutela aquiliana (ovvero, nel sistema tedesco, dal piano dei beni interessi individuati come meritevoli di protezione nell'elenco contenuto nel § 823, Abs. 1), a quello della rilevazione di una particolare modalità della condotta dell'agente che possa giustificare l'affermazione di responsabilità del medesimo.

La mancata previsione, nel nostro sistema di responsabilità civile, di una norma analoga a quella del § 823, Abs. 2, BGB non può certamente condurre di per sé alla conclusione che la tecnica della norma di protezione sia affatto estranea al nostro ordinamento: del resto, l'art. 185 cod. pen., laddove accolla all'autore di un illecito penalmente rilevante l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale o non patrimoniale che ne sia derivato, senza richiedere un'ulteriore qualificazione di ingiustizia di tale danno, sembra effettivamente riprodurre un assetto normativo analogo a quello che si realizza, nell'ambito del sistema tedesco, attraverso lo *Schutzgesetz*. E si è da tempo sottolineato in dottrina che la norma di protezione può costituire una tecnica di tutela di portata tendenzialmente generale ed antitetica a quella che si realizza attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi, negandosi anzi che tale tecnica possa vedere «appiattita» la propria funzionalità sulle sole ipotesi di rilevanza penale della condotta del danneggiante⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Cfr., in questo senso, DI MAJO, *Discorso generale*, cit., 29.

⁽²³⁾ Cfr. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, cit., 306 s. nonché ID., *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, 2010, 89 ss., laddove nel contesto di un discorso sui possibili spazi di rilevanza del c.d. danno meramente patrimoniale, si richiamano le norme che «pur essendo preordinate a tutelare interessi più generali e comunque diversi da quelli del singolo, e fornite anche di effetti conse-

Peraltro, la presenza – all'interno del nostro sistema di responsabilità civile – della qualifica di ingiustizia come peculiare parametro di rilevanza del danno nel senso della sua risarcibilità impone a questo punto di interrogarsi sulla relazione che si instaura tra tale criterio di qualificazione del danno e «norme» dell'ordinamento, di per sé intese alla tutela di un bene giuridico irriducibile a schemi appropriativi tradizionali di un singolo individuo, ma con riferimento alle quali sia dato ravvisare altresì uno scopo di protezione di una sfera patrimoniale individuale: cosicché dalla loro violazione si possa desumere la conseguenza della risarcibilità, in favore del singolo individuo, del danno che ne discende.

In realtà, come è stato dimostrato, la tecnica dello *Schutzgesetz*, nell'ambito del sistema germanico di responsabilità civile, integra una clausola generale di responsabilità (o, come pure è stato detto, una «mini» clausola generale), volta a temperare – insieme alla previsione del § 826 BGB in materia di danno cagionato dolosamente ed in maniera contraria ai buoni costumi – la rigidità della tipicità enumerativa degli illeciti affermata dal § 823, Abs. I, BGB⁽²⁴⁾: dunque, il suo innesto in un sistema che – come è stato ormai dimostrato in maniera difficilmente controvertibile⁽²⁵⁾ – deve essere definito in termini di tipicità evolutiva degli

guenti, possono tuttavia essere fatte valere dal singolo, ove si accerti che l'interesse di esso si trova anch'esso nell'area di protezione (*Schutzbereich* della norma); con riferimento specifico al caso deciso da CASS. n. 21255/2013, DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*, cit., 1107 ss., propone il ricorso al modello delle *Verkehrspflichten*, pervenendo alla conclusione che anche un interesse meramente patrimoniale, e dunque non rivestito da una corrispondente situazione giuridica soggettiva, possa innesicare la tutela risarcitoria quando la sua lesione sia conseguenza della violazione di norme di protezione di altri interessi ovvero di obblighi facenti capo a soggetti investiti di funzioni o di ruoli, destinati a creare affidamento nei terzi.

⁽²⁴⁾ Cfr., sul punto, CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 572 s.

⁽²⁵⁾ Si allude alla ben nota posizione di CASTRONOVO, per la quale cfr., ad esempio, *La nuova responsabilità*, cit., 6 s.

illeciti non può che assumere un significato profondamente diverso da quello che era proprio di quella stessa tecnica nel terreno d'origine.

Si vuol dire che il requisito dell'ingiustizia del danno – posto dall'art. 2043 cod. civ. come generale parametro di valutazione del danno ai fini della sua risarcibilità e descritto nei termini della lesione di una situazione giuridica previamente riconosciuta dall'ordinamento – non potrà essere «saltato» attraverso la tecnica della norma di protezione, se non laddove vi sia un'espressa statuizione di risarcibilità del danno a prescindere da qualsiasi indagine circa l'esistenza e la consistenza di una situazione giuridica in ipotesi lesa (come accade, ad esempio, proprio nell'ambito del già citato art. 185 cod. pen. ovvero all'interno della previsione dell'art. 872 cod. civ.)⁽²⁶⁾.

Negli altri casi occorrerà pur sempre indagare se vi sia una situazione giuridica incisa dalla condotta dell'agente, sia pure quale riflesso della lesione del bene giuridico in primo luogo protetto dalla norma, essendo appunto necessario questo momento formale (della lesione di una situazione giuridica rilevante) a rendere risarcibile la perdita che ne sia derivata. Né, in tal modo, si viene a riproporre un'equazione – che, come è ovvio, sarebbe certo priva ormai di qualsiasi significato storico o dogmatico – tra danno ingiusto e lesione di un diritto soggettivo ovvero si vengono a prospettare (in termini inevitabilmente artificiosi) diritti soggettivi laddove vi sia soltanto, in ipotesi, la protezione obiettivamente accordata da una norma ad un dato interesse: infatti, il concetto di situazione giuridica rilevante⁽²⁷⁾ (del quale si coglie in tal modo la fecondità), come presupposto per la qualificazione del danno in termini di ingiustizia, si presta a ricomprendere qualunque situazione di potere, che sia stato leso, o di dovere, che sia rimasto inattuato, così negando al titolare di un

⁽²⁶⁾ Disposizione che costituisce, infatti, uno dei «luoghi» classici di ogni riflessione su tecniche di tutela risarcitoria che non si risolvono nell'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive.

⁽²⁷⁾ Ci si permetta, sul punto, il rinvio, per riferimenti ulteriori al SCOGNAMIGLIO, voce «Ingiustizia del danno», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, *Aggiornamento*, Ed. Enc. it., 1996.

interesse le utilità che la norma intendeva assicurargli, in ipotesi imponendo ad un terzo un certo dovere di comportamento, sia pure inteso primariamente alla tutela di un bene giuridico non riducibile alla sfera del privato.

Si può, dunque, ribadire la conclusione⁽²⁸⁾ della risarcibilità del c.d. danno meramente patrimoniale nei casi in cui l'illecito si presenti particolarmente qualificato dal punto di vista dell'elemento soggettivo dell'agente, al punto da essere la conseguenza di una condotta penalmente sanzionata⁽²⁹⁾. Si potrà, semmai, discutere se – come pare sotteso ad una ricostruzione che è stata chiaramente tenuta presente da Cass. n. 21255/2013⁽³⁰⁾ – sia più persuasivo affermare che il giudice, in casi di illecito gravemente doloso e contrario ai *bonos mores*, operi in presa diretta sulla (ritenuta da taluno come tale) clausola generale dell'art. 2043 cod. civ. ovvero se sia preferibile, nel nostro sistema normativo, agganciare, in questi casi, il giudizio di rilevanza del danno nel senso della sua risarcibilità alla norma dell'art. 185 cod. pen.; ma l'esito nel senso dell'affermazione di risarcibilità del danno, che derivi alla controparte pregiudicata, in sede di trattative intese alla stipula di un contratto di transazione, dall'illecito penale altrui (nei termini propri dell'ipotesi di fatto qui in discussione e più volte richiamati) rimane immutato.

Non sembra, allora, condivisibile la critica secondo la quale la Corte di cassazione, nella sentenza n. 21255/2013, non avrebbe colto «che la violazione dolosa dei principi condivisi di moralità costituisce un dispositivo che nulla ha a che spartire con l'«ingiustizia del danno», attenendo alla dimensione della condotta e non già a quella del pregiudizio su cui esclusivamente si appunta la qualificazione di ingiustizia»⁽³¹⁾; ed infatti il concreto modo di ope-

rare di un sistema di responsabilità civile va colto nel complesso delle sue fonti, che, nel caso di specie, esibiscono, come si è appena rammentato, un dispositivo di qualificazione del danno nel segno della risarcibilità – l'art. 185 cod. pen. – che ha appunto riguardo alla dimensione della condotta dell'agente e prescinde dalla ricognizione previa di una situazione giuridica soggettiva rilevante⁽³²⁾.

Non si tratta allora di affermare, come pure autorevolmente e da ultimo si è fatto, che la categoria della responsabilità civile, abbandonato l'aggancio alla previa rilevazione di una situazione giuridica soggettiva, sarebbe ormai da individuare «a posteriori all'esito di un giudizio di comparazione, rimesso al giudice, tra gli interessi in conflitto e cioè tra l'interesse effettivo del soggetto che si assume danneggiato e quello contrapposto che il comportamento dell'autore del fatto lesivo è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione dell'interesse dell'autore della condotta»⁽³³⁾, bensì di prendere atto della articolazione e della complessità delle tecniche attributive di tutela aquiliana, non più affidate soltanto a quella che individui previamente situazioni giuridiche soggettive in ipotesi meritevoli di protezione in contesti extracontrattuali.

⁽²⁸⁾ Cui eravamo pervenuti in SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir - Fininvest ecc.*, cit., 704 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. il nostro scritto di commento alla sentenza del Tribunale, SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza*, cit., 614 ss.

⁽³⁰⁾ Il riferimento è a MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.*, cit., loc. cit.

⁽³¹⁾ Così PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., 1137.

⁽³²⁾ In questo senso pare orientato, sulla base di una persuasiva argomentazione, PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) e il concetto di differenza patrimoniale*, cit., 114. Risulta difficile invero negare che, nel caso di specie, ad onta di quanto sostenuto da PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., nt. 38, proprio l'art. 319 *ter* cod. pen. rendesse rilevante, ai fini risarcitori, l'interesse meramente patrimoniale della parte la cui posizione era stata pregiudicata, nel quadro della trattativa poi sfociata nella transazione; mentre la circostanza che la condotta incriminata dalla norma fosse solo un tassello di una condotta più ampia ed articolata finisce semmai per confermare che il doppio registro argomentativo della sentenza n. 21255/2013 (la responsabilità precontrattuale come cerchio di diametro inferiore rispetto alla più ampia e comprensiva condotta penalmente rilevante) era tutt'altro che fuori bersaglio.

⁽³³⁾ Così LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 204.