

L'espansione della risarcibilità dei diritti e degli interessi negli anni '80-'90: la giurisprudenza ordinaria nell'ultimo ventennio del XX secolo¹

Luisa Torchia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La continuità nell'espansione della risarcibilità: eccezioni e nuovi diritti. – 3. La discontinuità: dalla risarcibilità alla tutela risarcitoria. – 4. Giustizia correttiva e giustizia distributiva.

1. Premessa

Il diritto al risarcimento si caratterizza, nell'itinerario di crescita e sviluppo delle situazioni soggettive ad opera del diritto pretorio, per una duplice tendenza, particolarmente evidente nell'ultimo ventennio del secolo scorso.

L'esame della giurisprudenza mostra insieme, in questo periodo, una continuità ed una discontinuità. Continua, per un verso, l'espansione dell'area della risarcibilità, mentre emerge, per altro verso, una discontinuità nel ruolo e nella natura della risarcibilità stessa.

L'intreccio fra questi due fenomeni è molto stretto e conviene quindi esaminarlo da vicino.

¹ Ringrazio la dott.ssa Elisabetta Morlino per l'aiuto prestatato nella raccolta dei materiali utilizzati per questa relazione.

2. La continuità nell'espansione della risarcibilità: eccezioni e nuovi diritti

L'area delle situazioni soggettive risarcibili continua ad ampliarsi lungo due direzioni diverse: per via di eccezione e per via di inclusione.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza tiene ferma la regola, sempre ribadita, secondo la quale il diritto al risarcimento viene in essere solo a fronte di una lesione ad un diritto soggettivo assoluto, ma moltiplica, contestualmente, le eccezioni alla regola stessa. Trattandosi di eccezioni, esse vanno riconosciute caso per caso, sono di stretta interpretazione e sono affidate alla lettura più o meno rigorosa che il giudice di volta in volta dà del rapporto sul quale viene chiamato a pronunciarsi.

Il fenomeno assume, però, dimensioni considerevoli e, soprattutto, si annoverano fra le eccezioni vere e proprie categorie di relazioni e rapporti che possono dar luogo al diritto al risarcimento.

Si supera, così, ad esempio la preclusione al risarcimento dei diritti soggettivi relativi, che pure aveva già conosciuto qualche timido temperamento², riconoscendo, già nel c.d. caso Meroni, che il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. potesse consistere anche in una lesione del diritto di credito, ma ribadendo al contempo la natura di diritto soggettivo di quest'ultimo³. Ancora nel 1975, del resto, la stessa Cassazione ribadiva che «per quanto siano apprezzabili i tentativi della dottrina intesi ad aprire più ampie prospettive, non sembra che siano maturi i tempi per ritenere superato il tradizionale concetto di diritto soggettivo come categoria qualificante»⁴. Proprio la centralità della natura della situazione soggettiva era stata, infatti, messa in discussione dalla dottrina,

² V., ad esempio, Cass., Sez. I, 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, cc. 1200 ss.

³ Cass., SS.UU., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, 1, cc. 680 ss. Per misurare la differenza rispetto al tradizionale orientamento si confrontino queste conclusioni con quelle espresse in Trib. Torino 15 settembre 1950, in *Foro it.*, 1950, I, cc. 1230 ss.; Corte d'Appello Torino 23 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, cc. 219 ss. e Cass., Sez. III, 4 luglio 1953, n. 2805, in *Foro it.*, 1953, I, cc. 1086 ss. (cosiddetto "caso Superga"), ove la preclusione viene affermata in quanto il diritto di credito azionato dalla società sportiva Torino nei confronti della compagnia aerea, in ragione della impossibilità per i giocatori scomparsi nell'incidente aereo di adempiere alle loro obbligazioni con la stessa società sportiva, è considerato, appunto, un diritto di credito, la cui lesione non era riconducibile alla clausola dell'art. 2043 c.c.

⁴ Cass., Sez. III, 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giur. it.*, 1976, I, cc. 2902 ss.

che già aveva spostato l'attenzione sull'ingiustizia del danno come architrave per la ricostruzione dell'istituto della responsabilità e del connesso diritto al risarcimento⁵.

La giurisprudenza non fa propria questa nuova impostazione – che si affermerà, appunto, sul finire del secolo – ma estende tuttavia, come si è detto, il novero dei danni qualificati come ingiusti, erodendo i confini della regola basata sulla qualificazione di diritto soggettivo. Viene così riconosciuto il diritto al risarcimento a fronte della lesione di una situazione possessoria, anche se si tratta di un caso in cui il soggetto si trova, per circostanze contingenti, «*ad esercitare un potere soltanto di fatto sulla cosa*»⁶. Lo stesso riconoscimento viene poi esteso al titolare di una situazione di semplice detenzione⁷ o a chi provi di trovarsi in una “relazione di fatto” con la cosa danneggiata⁸.

A questo procedere per eccezioni si accompagna la crescente tendenza ad ampliare il novero delle situazioni qualificabili come diritti soggettivi, perseverando nella tendenza già affermata in precedenza, ad esempio con il riconoscimento del diritto alla riservatezza⁹ e del diritto all'identità personale¹⁰. La giurisprudenza identifica, via via, nuovi diritti “non nominati”¹¹ dal legislatore, operando sia sul danno patrimoniale, sia sul danno non patrimoniale.

Si ampliano, così, i confini del danno patrimoniale, esteso sino ad

⁵ V., per tutti, F.D. BUSNELLI, *La lesione del diritto del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 105 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, ove si legge che l'ingiustizia del danno «*palesandosi come manifestazione del principio di solidarietà, impedisce l'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., tradizionalmente proposta, e che traeva fondamento dalla necessità di individuare situazioni giuridiche nella cui struttura fosse presente un elemento volto ad impedire la violazione, limitandosi a queste soltanto la possibilità di risarcire le eventuali lesioni*», mentre è sufficiente «*perché sussista l'ingiustizia, la lesione di una qualsiasi situazione giuridica rilevante*» (p. 195).

⁶ V. già Cass., Sez. III, 9 luglio 1973, n. 1971, in *Giur. it.*, 1974, I, cc. 932 ss., poi confermata da Cass., Sez. II, 24 gennaio 1985, n. 317, in *Resp. civ. prev.*, 1985, pp. 371 ss. e Cass., Sez. III, 4 aprile 1987, n. 3272, in *Foro it.*, 1988, I, cc. 205 ss.

⁷ Cass., Sez. II, 24 febbraio 1981, n. 1131, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, cc. 1586 ss.

⁸ Cass., Sez. II, 24 gennaio 1985, n. 317, in *Resp. civ. prev.*, 1985, pp. 371 ss.

⁹ Cass., Sez. III, 27 maggio 1975, n. 2129, cit.

¹⁰ Cass., Sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, cc. 2211 ss.

¹¹ Secondo l'efficace definizione di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1750.

includere, secondo il famoso *dictum* della sentenza sul falso De Chirico, le lesioni al «diritto all'integrità del proprio patrimonio: più specificamente al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti di cui all'art. 41 Cost.)»¹². Si afferma, inoltre, la risarcibilità anche del danno puramente patrimoniale¹³ e vengono qualificati come danni patrimoniali il danno alla salute¹⁴ e il danno all'ambiente. Di qui muove anche la tendenza a superare la corrispondenza fra i confini del danno non patrimoniale e l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c., seguendo un percorso argomentativo che collega l'art. 2059 solo ai danni morali subiettivi e consente, dunque, che altri danni non patrimoniali siano risarcibili sulla base dell'art. 2043 c.c.: così, ad esempio, nel caso del danno all'ambiente salubre¹⁵.

Il danno non patrimoniale diviene, così, fonte di nuovi beni giuridici: quando la giurisprudenza ritiene questi beni meritevoli di tutela dà loro, per così dire, "copertura", traendo dall'ordinamento nuove situazioni soggettive, che vengono qualificate come diritti soggettivi proprio al fine di consentirne la risarcibilità, a fronte di danno o lesione.

La giurisprudenza si affaccia, poi, anche se ancora con cautela, oltre le colonne d'Ercole del diritto soggettivo, verso situazioni soggettive caratterizzate da diversa (e per la verità spesso incerta) consistenza. Diviene così risarcibile la perdita di *chance*¹⁶, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, sottoposta ad un accertamento da svolgere secondo il calcolo delle probabilità o ricorrendo alle presunzioni e si riconosce altresì la possibilità di risarcire le legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari¹⁷.

¹² Cass., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, cc. 2864 ss.

¹³ Cass., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *Resp. civ. prev.*, 1987, pp. 833 ss.

¹⁴ Cass., Sez. III, 11 febbraio 1985, n. 1130, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, cc. 1180 ss.

¹⁵ Cass., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, cc. 2302 ss.; Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, cc. 1057 ss.

¹⁶ Cass., sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Foro it.*, 1984, I, cc. 459 ss.; orientamento poi ribadito da Cass., sez. lav., 13 giugno 1991, n. 6657, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 490 ss.; Cass., sez. lav., 24 gennaio 1992, n. 781, in *Giust. civ. mass.*, 1992, fasc. 1; Cass., sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 720 (s.m.).

¹⁷ Cass., Sez. III, 25 giugno 1981, n. 4137, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 2213 ss. (orientamento ribadito da Cass., SS.UU., 6 dicembre 1982, n. 6651 in *Foro it.*, 1983, I, cc.

La risarcibilità viene dunque usata dalla giurisprudenza prima come una barriera invalicabile, utilizzata per respingere e tenere fuori dall'area della responsabilità e dell'art. 2043 c.c. le situazioni soggettive che non abbiano la consistenza e la qualità di diritto soggettivo. La barriera diviene poi, però, sempre più flessibile e mobile e – continuando nella metafora – viene spostata via via che l'area dei diritti soggettivi si estende e si affolla di nuove figure, che a volte presentano solo in misura minima i tratti essenziali del diritto soggettivo in senso proprio.

Gli effetti di questa tendenza a mantenere una continuità con la tradizione rilevano su diversi piani.

Muta, innanzitutto, la funzione della risarcibilità o, il che è lo stesso, del diritto al risarcimento. Questo viene in astratto configurato come una conseguenza della situazione soggettiva: sussiste se il danno è inferito ad un diritto soggettivo, non sussiste se viene in gioco una situazione soggettiva di diversa consistenza. In concreto, la risarcibilità viene utilizzata, invece, come uno strumento di selezione delle situazioni ritenute meritevoli di tutela, in un contesto in cui la meritevolezza dipende non tanto e soltanto dall'accertamento della protezione assicurata dall'ordinamento ad una determinata situazione o pretesa, ma da una valutazione da parte del giudice sulla "necessità" che quella situazione trovi protezione (basti pensare, per fare un altro esempio, alla giurisprudenza in materia di responsabilità oggettiva). In altri termini, quando la mancanza di protezione – protezione che potrebbe essere assicurata mediante la funzione deterrente e compensatoria della responsabilità – appare come un'ingiustizia, la giurisprudenza provvede a riempire il vuoto, spesso appoggiandosi anche sulla giurisprudenza costituzionale.

Si deforma, per altro verso, proprio la tradizionale configurazione del diritto soggettivo¹⁸. Secondo la tradizione, così spesso ribadita e sempre meno concretamente applicata, l'indagine dell'interprete dovrebbe muovere da lì: una volta accertata la consistenza della situazione soggettiva, può determinarsi o meno la risarcibilità del danno. Ma se a prevalere è la percezione del danno ingiusto, la sequenza si inverte:

1630 ss.; Cass., Sez. III, 22 febbraio 1995, n. 1959, in *Giust. civ. mass.*, 1995, pp. 406 ss. e, nell'ambito della famiglia di fatto, da Cass., Sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, pp. 1849 ss.

¹⁸ Per tutti, v. l'efficace sintesi di F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989.

una volta ritenuta fondata l'ingiustizia del danno, si "inventa" un diritto soggettivo con l'unico fine di giustificare il risarcimento.

Pur nella continuità con le regole *d'antan* è possibile dunque già scorgere, in questi orientamenti giurisprudenziali, i tratti di una nuova tendenza, che emergerà poi con chiarezza quando si abbandonerà esplicitamente la preclusione a favore di diritti soggettivi. Il catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti "tracima", per dir così, nell'attività dell'interprete, anche se questi raramente fa espressi riferimenti alle norme costituzionali. La clausola aperta dell'art. 2 Cost. si inverte, perciò, anche per questa strada, sulla quale trovano accoglienza le esigenze e le aspettative di una società moderna, che estende le sue tutele ben oltre l'ambito dei tradizionali diritti soggettivi. Le pretese e le aspettative della persona, da una parte, e gli obblighi di protezione dal danno e dal rischio, dall'altra, hanno modificato in profondità il panorama entro il quale si muove l'interprete. La persona umana non è più solo il suo patrimonio – basti pensare ai danni morali, esistenziali, biologici – e il patrimonio non è più solo la proprietà di ottocentesca memoria, ma consiste di elementi diversi e plurali, quali la sfera affettiva e familiare, l'attività culturali, gli svaghi, il tempo libero, la potenzialità di realizzazione¹⁹.

Nella società moderna non si nasce con una collocazione data e tramandata, ma si può scegliere chi diventare e questa stessa possibilità di scelta diventa oggetto di protezione giuridica, contro i danni e i rischi che una volta venivano percepiti non come avvenimenti giuridicamente rilevanti, ma più semplicemente come conseguenze del fatto²⁰.

3. La discontinuità: dalla risarcibilità alla tutela risarcitoria

Si è detto in apertura che l'esame della giurisprudenza mostra due grandi tendenze, la prima, già esaminata, che inserisce i mutamenti in una linea di continuità con la tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e una seconda, che occorre ora prendere in considerazione, che segna invece una vera e propria discontinuità, in un processo di cambiamento

¹⁹ Per tutti, G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet, Torino, 2010, spec. pp. 358 ss. e pp. 616 ss.

²⁰ Cfr. M. LUPOI, *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano, 2002.

che porta la risarcibilità a trasformarsi definitivamente, da carattere di una specifica categoria di situazioni soggettive, in uno strumento di tutela sempre azionabile (ferma restando, naturalmente, la valutazione sulla fondatezza dell'azione, ma sempre meno sulla sua ammissibilità).

Questo punto di arrivo ha richiesto, però, un lungo viaggio per quella giurisprudenza che si era – secondo la celeberrima definizione di Mario Nigro – “pietrificata” nel negare la risarcibilità degli interessi legittimi, proprio in ragione del loro non essere diritti soggettivi²¹.

Per la verità anche prima che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 500 del 1999, sgretolassero quella barriera, non erano mancati segni di seppur lieve cambiamento. La rigidità dell'impostazione tradizionale era stata sin dall'inizio attenuata mediante il ricorso alla c.d. teoria della degradazione, in base alla quale un privato originariamente titolare di un diritto soggettivo, che veda il suo diritto tramutato (o, appunto, degradato o affievolito) in interesse legittimo mediante un provvedimento e ottenga la dichiarazione di illegittimità del provvedimento, riacquista il suo diritto soggettivo e può dunque chiedere il risarcimento dei danni subiti. La teoria della degradazione comportava, però, un percorso assai lungo e accidentato per l'affermazione del diritto al risarcimento, se non altro perché occorreva ottenere una pronuncia favorevole sia in sede di giurisdizione amministrativa, sia in sede di giurisdizione ordinaria (con i rispettivi gradi di processo).

Sempre seguendo la medesima costruzione, era possibile esperire l'azione di risarcimento per i diritti soggettivi costituiti in capo al privato da un provvedimento amministrativo. Così, il concessionario che si vedeva revocare la concessione e impugnava vittoriosamente la revoca, poteva chiedere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento della revoca stessa²². Gli interessi legittimi cosiddetti “oppositivi” venivano così assimilati, a determinate condizioni, ai diritti soggettivi, mentre ferma restava la preclusione al risarcimento per danni ad interessi legittimi pretensivi²³.

²¹ Con l'eccezione degli interessi legittimi lesi da fatto reato: v. Cass. 23 novembre 1985, n. 5813, in *Giust. civ. mass.*, 1985, fasc. 11; Cass., Sez. I, 11 febbraio 1995, n. 1540, in *Foro amm.*, 1995, 1822.

²² Cass., SS.UU., 23 dicembre 1997, n. 13021, in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 137 ss.

²³ Ma vedi, per un giudizio di “inadeguatezza” sull'indirizzo interpretativo consolidato, già Cass., Sez. I, 3 maggio 1996, n. 4083, in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 1924 ss.

L'indifferenza della natura della situazione soggettiva lesa rispetto al diritto al risarcimento si affermava, però, intanto, per altra via. Il diritto comunitario, così frequentemente veicolo di cambiamento per gli ordinamenti nazionali, ha previsto che, in attuazione della direttiva 92/13/CEE, il risarcimento non poteva essere negato al concorrente ingiustamente escluso o comunque danneggiato nel corso di un procedimento di appalto, quale che fosse la qualificazione della sua situazione soggettiva. Che si trattasse di un interesse legittimo risarcibile fu peraltro subito chiaro alla giurisprudenza, che non esitò ad affermare che proprio perché il legislatore aveva affermato al risarcibilità per quella specifica fattispecie, doveva considerarsi confermata la generale regola dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi²⁴. La norma avrebbe avuto, quindi, valenza solo nel settore degli appalti, con la curiosa conseguenza che per la medesima situazione soggettiva – l'interesse legittimo – poteva predicarsi la risarcibilità in un settore e l'irrisarcibilità in tutti gli altri.

La percezione della insostenibilità di una costruzione siffatta traspare dalla giurisprudenza nella seconda metà degli anni novanta e si traduce in un deciso mutamento di rotta a seguito di una serie di interventi del legislatore che, tra il 1998 e il 2000 muovono ormai decisamente verso la risarcibilità dei danni provocati dall'azione amministrativa, indipendentemente dalla natura della situazione soggettiva lesa.

La consapevolezza della necessità di un cambiamento diventa palese con la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite²⁵, con la quale, per quanto qui interessa, si abbandona il criterio della situazione soggettiva per fondare il ragionamento sulla natura di clausola generale dell'ingiustizia, secondo le indicazioni ormai ricorrenti della dottrina. Una volta abbandonato il criterio della natura della situazione soggettiva, la risarcibilità non può più essere configurata come un carattere del-

²⁴ Cass., SS.UU., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 502 ss.

²⁵ Fra i primi commenti, F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 335 ss.; V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 9, pp. 1061 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 11, pp. 1376 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 487 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, n. 9, pp. 843 ss.

la medesima situazione o una sua conseguenza, ma si trasforma in uno strumento di tutela, e questa tutela può essere esperita tanto in sede di giurisdizione ordinaria, come in sede di giurisdizione amministrativa (anche se questo ultimo punto di arrivo ha richiesto un percorso che si è protratto per primo decennio di questo secolo, con numerose pronunce non solo del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ma anche del giudice delle leggi).

La nuova configurazione della tutela risarcitoria, anche e soprattutto in ragione della sua generale esperibilità, si caratterizza per uno stretto intreccio di questioni di giustizia e questioni di giurisdizione. La soluzione per queste ultime è stata ricercata, dal legislatore e dalla Corte costituzionale²⁶, soprattutto nell'affermazione del principio di concentrazione della tutela, di modo che ciascuna giurisdizione sia, almeno potenzialmente, piena e in grado di assicurare una tutela effettiva.

Sul piano sostanziale, con il superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi cade uno fra gli ultimi residui dell'immunità sovrana che ancora caratterizzava l'esorbitanza del potere pubblico rispetto alle situazioni soggettive private. Si riconosce, infatti, non solo che l'azione amministrativa produce danni, ma anche che questi danni non possono essere semplicemente "cancellati" prima mediante l'azione di annullamento e poi attraverso il riesercizio del potere amministrativo. Al pari dei danni ingiusti oggetto dell'art. 2043 c.c., i danni prodotti dall'Amministrazione pubblica devono essere, invece, compensati: essi si trasferiscono, quindi, secondo il meccanismo tipico della responsabilità aquiliana, dal patrimonio del danneggiato al patrimonio del danneggiante.

Il cambiamento di prospettiva, che pone al centro della questione non

²⁶ In particolare con la sentenza 5 luglio 2004, n. 204, ove si è affermato che l'attribuzione al giudice del potere di risarcire trova il suo fondamento direttamente nel diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione e che «*il potere conferito al giudice amministrativo dall'art. 7, lett. C, legge 21 luglio 2000, n. 205 di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto costituisce uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello demolitorio (e/o confermativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*». L'affermazione del principio di concentrazione della tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione consente così di superare definitivamente la situazione precedente, nella quale il privato doveva prima ottenere l'annullamento dell'atto dal giudice amministrativo e poi chiedere il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario.

più la natura della situazione soggettiva, ma l'ingiustizia del danno, consente di includere nell'area del "patrimonio" del soggetto non più soltanto, per dirla con i termini tradizionali, i beni per il cui godimento è sufficiente che altri non interferiscano, ma anche i beni ai quali la persona legittimamente aspira e che può conseguire per il tramite di un esercizio legittimo del potere amministrativo. Naturalmente la questione è in questo secondo caso più complicata, sia perché non è certa, e va verificata, la cosiddetta "spettanza", reale o potenziale, del bene della vita, sia perché l'azionabilità della tutela risarcitoria comporta una pressione verso la trasformazione delle obbligazioni di mezzi in obbligazioni di risultato, spesso difficilmente declinabili a fronte del potere amministrativo.

La giurisprudenza si è concentrata, in questo primo decennio del nuovo secolo, proprio su questi problemi, a dimostrazione del fatto che la conseguenza principale degli sviluppi dei venti anni precedenti è stata, appunto, la trasformazione della risarcibilità in tecnica di tutela, sempre esperibile e graduabile a seconda delle concrete circostanze.

4. Giustizia correttiva e giustizia distributiva

L'espansione dell'area della risarcibilità e l'affermarsi di una compiuta e piena tutela risarcitoria nei confronti del danno ingiusto, quale che sia la natura della situazione soggettiva lesa, dà una nuova dimensione al dibattito, mai sopito, sulla funzione del risarcimento, nell'antica, ma sempre attuale, distinzione aristotelica fra giustizia correttiva e giustizia distributiva²⁷.

Inteso come strumento di giustizia correttiva, il risarcimento dovrebbe, guardando al passato, consentire di ripristinare la situazione *ex ante*, turbata dal verificarsi dell'evento dannoso e dal prodursi del danno. Inteso come strumento di giustizia distributiva, il risarcimento dovrebbe, invece, guardando al futuro, consentire una nuova ripartizione dei beni a seguito del danno.

Ambedue gli schemi non sono applicabili *tout court* alla miriade di situazioni soggettive per le quali viene in gioco la risarcibilità, in particolare quando l'esercizio del potere amministrativo è parte dell'equa-

²⁷ Sulla quale v. G. PALOMBELLA, *La collocazione del risarcimento del danno tra giustizia ed etica*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2003, n. 3, pp. 247 ss.

zione. Per un verso non è facile distinguere, infatti, fra la situazione *ex ante* e la situazione *ex post* e può divenire quindi molto difficile la graduazione della correzione da apportare. Per altro verso, ogni decisione distributiva richiede una scelta e, quindi, un attento temperamento fra le scelte che possono essere rimesse al giudice e le scelte che devono essere, invece, rimesse all'amministrazione pubblica.

Il ruolo e la natura della responsabilità aquiliana sono sottoposti, così, ad una nuova dinamica, che produce modificazioni sia sulla funzione compensatoria, sia sulla funzione deterrente.

Nella sua funzione compensatoria, il risarcimento è finalizzato a (ri)collocare la vittima nella situazione in cui si sarebbe trovata se il danno non fosse occorso. Nella società moderna, però, l'ordinamento riconosce, anche grazie all'opera della giurisprudenza, rischi e chances in numero assai più alto che in passato, e secondo una varietà di contenuti ed oggetti in continua espansione.

Nella sua funzione deterrente, invece, il risarcimento è finalizzato ad assicurare protezione a diritti o interessi che non sono tutelabili mediante altri rimedi: per fare solo qualche esempio, sempre tratto dalla giurisprudenza, si pensi ai diritti della personalità, ai diritti lesi dalla concorrenza sleale, ai diritti di informazione del consumatore. Il risarcimento viene utilizzato, in questi casi, quasi come un'alternativa a interventi regolatori che sarebbero eccessivamente vincolanti e intrusivi, ma in assenza dei quali troppo forte sarebbe lo squilibrio fra le posizioni delle parti.

La giurisprudenza dell'ultimo ventennio del secolo scorso ha accompagnato e in alcuni casi promosso, dunque, l'espansione dei diritti che è fenomeno più generale caratterizzante il nostro ordinamento e riflette il contestuale ampliamento del "patrimonio" della persona umana, dagli antichi diritti assoluti ai nuovi diritti. La giurisprudenza ha fatto uso della giustizia correttiva quando si è trattato di tutelare le condizioni minime esistenziali della persona, mentre ha più spesso utilizzato la giustizia distributiva per far emergere e tutelare nuove situazioni soggettive considerate meritevoli di tutela.

Se è vero, come ci ha detto Guido Calabresi, che le corti non sono mai, per loro stessa natura, "riduzioniste"²⁸, la coesistenza fra giustizia

²⁸ G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 329.

correttiva e giustizia distributiva, fra funzione compensatoria e funzione deterrente nell'area della risarcibilità è destinata a continuare. Proprio essa consente di tenere conto, insieme, del passato – ciò che l'individuo era prima di subire il danno – e del futuro: ciò che l'individuo ha il diritto di essere o di diventare in una società libera e aperta.