

# ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

*Liber amicorum per Mario Segni*  
*I rapporti privati nella società civile*

Tomo II

a cura di Marcello Maggiolo e Giovanni Maria Uda

G. Hamza, G. Amadio, T. Bortolu, M. Ceolin,  
C. Colombo, G. De Donno, I. Fagnoli, M. A. Foddai,  
R. Motroni, L. Nonne, M. T. Nurra, R. Ortu,  
E. Pinna, G. W. Romagno, F. A. Schurr,  
A. Serra, F. Toriello, G. M. Uda, P. Ziliotto,  
L. Botta, A. Cinque, S. Lo Iacono,  
F. Maschio, C. Milli.

XXV

2020-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

# Profili attuali in materia di risarcimento in forma specifica e diritti inviolabili

Maria Teresa Nurra

*Sommario:* 1. Introduzione – 2. I caratteri generali dell'istituto – 3. Risarcimento in forma specifica e danni non patrimoniali tra impossibilità del rimedio, applicazione analogica e interpretazione estensiva – 4. I presupposti applicativi: possibilità e non eccessiva onerosità – 5. L'ammissibilità di misure atipiche: la posizione della dottrina e della giurisprudenza – 6. *Segue:* risarcimento del danno e rischio di vittimizzazione secondaria.

## 1. Introduzione

Fino all'emanazione del codice civile del 1942 il risarcimento in forma specifica, estraneo al diritto romano, non trovava specifica collocazione a livello normativo, non solo nel codice del 1865, ma neppure nel *Code Napoléon*<sup>1</sup> e nel Progetto italo-francese delle obbligazioni del 1927, sebbene una parte della dottrina ne riconoscesse, comunque, l'applicabilità<sup>2</sup>. L'art. 2058 c.c. è

<sup>1</sup> Il diritto francese parla di “*réparation en nature*”, che viene qualificata come un'espressione polisemantica, idonea ad indicare tutte le forme non pecuniarie di risarcimento (v. di recente: B. BARRY, *La réparation en nature*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2018, p. 30 ss.). Sebbene manchi attualmente – nonostante i vari progetti di riforma – una disposizione specifica che ne riconosca in linea generale l'ammissibilità, tale rimedio è stato largamente applicato dalla giurisprudenza, che riconosce ai giudici di merito la libertà di scegliere la forma di risarcimento più adeguata sulla base delle circostanze concrete (B. BARRY, *La réparation en nature*, cit., p. 21 ss.). L'unica norma del *Code civil* in cui si fa espresso riferimento a tale forma di risarcimento è rappresentata dall'art. 1249, riguardante esclusivamente il c.d. *préjudice écologique*. Tale disposizione sancisce la prevalenza della *réparation en nature*, fatta eccezione per i casi di impossibilità giuridica e materiale (sul punto v. le considerazioni di S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2<sup>e</sup> année. Les obligations 2020*, Dalloz, Paris, 2019, p. 971 ss.)

<sup>2</sup> Tra gli altri, in materia extracontrattuale: A. ASCOLI, nota a Cass. Roma, 5 aprile 1916, in *Foro it.*, 1916, I, c. 785: «Perché si risponde civilmente del delitto? Per aver leso il diritto di altri. In quale modo e misura se ne risponde? Coll'obbligo di restituire il diritto leso, cioè di rimettere la persona offesa nelle condizioni in cui si troverebbe se la lesione non fosse avvenuta. Si chiami questo il risarcimento, o si preferisca (...) l'espressione più ampia di riparazione, per

stato introdotto solamente nel Progetto definitivo del Codice civile e, nella Relazione Ministeriale che ha accompagnato l'introduzione dell'istituto, sembra emergere una scarsa attenzione rispetto al suo corretto inquadramento e ai suoi elementi costitutivi. Infatti, al paragrafo n. 802 della Relazione, il legislatore sostiene che: «*Al pari del creditore nelle obbligazioni ex contractu, il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzi tutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore (...)*». Ciò parrebbe significare che il risarcimento in forma specifica sia già previsto in ambito contrattuale e che il legislatore ne abbia disposto l'estensione sul piano extracontrattuale. Questa conclusione, però, non corrisponde alla realtà dei fatti, considerato che in materia di obbligazioni non è possibile individuare nessuna norma che si riferisca al risarcimento in forma specifica<sup>3</sup>. A ciò si aggiunge il fatto che l'articolo 2058 c.c. si colloca sotto il titolo dei fatti illeciti e la sua collocazione porta al dibattito opposto, concernente l'applicabilità di tale disposizione in ambito contrattuale<sup>4</sup>. Al contempo, seguendo la dizione letterale della Relazione, che si riferisce alla ricostituzione della situazione patrimoniale anteriore al verificarsi del danno, il legislatore escluderebbe in linea di principio l'applicabilità del risarcimento in forma specifica in caso di danni non patrimoniali, che, al contrario, come si avrà modo di evidenziare, rappresenta uno degli ambiti in cui tale rimedio esplica maggiormente la

indicare colla parola risarcimento soltanto la riparazione che si concretizza nella prestazione dell'interesse, ciò poco importa; quello che importa si è che il cessare della diffamazione, come il cessare dell'usurpazione del nome d'altri, come il cessare di invadere il fondo altrui coll'acqua putrescente o il distruggere l'edificio abusivamente costruito sulla proprietà degli altri, non possono non far parte dell'obbligo civile di rimettere nello stato quo ante, che è conseguente al delitto. Non è ammissibile che quest'obbligo non incomba sui delinquenti (...); in ambito contrattuale v. le osservazioni di G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto civile moderno, Effetti delle obbligazioni*, Eugenio e Filippo Cammelli, Editori librai – Piazza della Signoria, Firenze, 1876, p. 140; *contra* più recentemente tra gli altri: D. MANDRIOLI, *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, p. 352 ss. e A. VERGA, *In tema di risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, p. 9 ss.: «Del resto a prescindere da quello che può essere il concetto ideale, giusnaturalistico, del risarcimento del danno – concetto che, confuso con quello di adempimento specifico, ha spesso indotto la nostra dottrina a considerare come forma ideale più completa del risarcimento, quella del risarcimento in forma specifica – il diritto positivo non presta il suo conforto alla tesi in parola. Quelle ipotesi (...) in cui una parte della dottrina ha voluto scorgere dei casi di risarcimento in forma specifica, si sono ad una più approfondita analisi rivelati tutti un'altra cosa: in quanto essi non contengono quella distinta obbligazione sussidiaria diretta alla prestazione dell'equivalente, che è l'indispensabile presupposto del concetto di risarcimento, non si può parlare che di casi di adempimento o di esecuzione in forma specifica». Per una ricostruzione del dibattito a lui contemporaneo, in chiave negativa, v. le riflessioni di S. ROMANO, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, estratto dagli Annali della R. Università di Perugia, v. XL, 1928, serie V-v. V. Di recente per una ricostruzione in chiave storica v. tra gli altri: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 918 ss. e M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 241 ss.

<sup>3</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 919.

<sup>4</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 918 ss.

propria funzione<sup>5</sup>. La Relazione Ministeriale non ha, dunque, fornito nessun elemento chiarificatore rispetto al ruolo e ai caratteri essenziali dell'istituto, ma le poche indicazioni fornite si sono dimostrate estremamente fuorvianti rispetto ad una sua precisa collocazione nel sistema generale della responsabilità<sup>6</sup>.

Inoltre, soprattutto nei primi anni dalla sua introduzione, il risarcimento in forma specifica non ha trovato particolare approfondimento a livello dottrinale. L'attenzione degli Autori si è concentrata in epoca relativamente recente su alcuni punti cardine dell'istituto: il suo inquadramento come modalità di risarcimento o mezzo di reintegrazione del diritto leso; il riconoscimento dell'art. 2058 c.c. come rimedio generale posto a fondamento di una tutela inibitoria atipica, nonché la sua applicabilità in ambito contrattuale e in materia di danni non patrimoniali. Sotto quest'ultimo punto di vista, sebbene la sua ammissibilità sia ormai assodata, continuano a sorgere diverse questioni, riguardanti principalmente il ruolo del Giudice nella scelta del rimedio più adeguato alla tutela di diritti inviolabili, compresa la possibilità di prevedere delle misure atipiche volte a garantire una maggiore protezione di tali diritti.

## 2. I caratteri generali dell'istituto

Prima di analizzare le problematiche concernenti l'applicabilità dell'articolo 2058 c.c. in materia di interessi non patrimoniali e, in particolare, di diritti inviolabili, appare utile tratteggiare brevemente i caratteri essenziali dell'istituto e la sua natura.

Una parte della dottrina più risalente aveva ritenuto impropria la dizione di "risarcimento in forma specifica", ritenendo che la denominazione più corretta fosse quella di "reintegrazione in forma specifica", che compare anche nel testo dell'articolo 2058 c.c.<sup>7</sup> Alla base di tale conclusione vi era l'idea per

<sup>5</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 918 ss. Secondo l'Autore emergerebbe, in particolare, un'equiparazione a livello funzionale tra il risarcimento del danno contrattuale e il risarcimento del danno aquiliano. Nel primo caso, infatti, il risarcimento è considerato la sanzione rispetto all'inadempimento di un'obbligazione e il danno consisterebbe in una pura perdita patrimoniale. Al contrario, nel risarcimento del danno extracontrattuale, l'obbligazione risarcitoria nasce *ex novo* dal fatto illecito, e il danno risarcibile non è circoscritto esclusivamente all'area patrimoniale. Queste conclusioni non tengono in adeguata considerazione l'idea che l'inadempimento contrattuale può, comunque, dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, che rappresenta un dato ormai assodato in sede dottrinale e giurisprudenziale.

<sup>6</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 919.

<sup>7</sup> A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, v. II, 3° ed. riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 1979, p. 306: «(...) noi preferiamo attenersi all'espressione "reintegrazione in forma specifica", che, oltre ad essere impiegata dal legislatore nel testo dell'art. 2058, efficacemente esprime l'attitudine di questo rimedio a realizzare un risultato materialmente (naturalmente) corrispondente (più, quindi, che economicamente equivalente) rispetto alla situazione preesistente».

cui la reintegrazione in forma specifica dovesse essere totalmente distinta a livello funzionale dal risarcimento. Nel primo caso, infatti, si realizza una situazione materialmente corrispondente a quella esistente prima del verificarsi del danno, mentre attraverso il risarcimento viene creata una situazione economicamente equivalente a quella compromessa<sup>8</sup>.

La nozione di risarcimento riguarderebbe, dunque, esclusivamente la prestazione di una somma di denaro, in surrogazione di un'utilità compromessa, come equivalente della stessa<sup>9</sup>. Alla luce di ciò, seguendo questa impostazione, il risarcimento del danno e la reintegrazione in forma specifica costituirebbero due distinte modalità di riparazione del danno, intrinsecamente differenti l'una rispetto all'altra<sup>10</sup>.

Questa posizione è stata fortemente criticata. Partendo dalla constatazione per cui risarcire significa eliminare il danno, sotto un profilo di logica giuridica non si comprende come il risarcimento possa essere limitato esclusivamente alla dazione di una somma di denaro, a meno che non si accolga l'idea per cui, in caso di impossibilità nella ricostituzione del bene leso, ci si debba accontentare di un risultato equivalente o addirittura di un surrogato, qual è per l'appunto il denaro<sup>11</sup>. Si ritiene, in particolare, che la definizione di risarcimento così prospettata sia strettamente connessa all'esperienza pratica, che vede il risarcimento pecuniario come prevalente rispetto alla reintegrazione in forma specifica<sup>12</sup>. Inoltre, come sottolineato recentemente, l'esclusione della natura risarcitoria troverebbe diversi ostacoli anche a livello sistematico. L'articolo 2058 c.c. si colloca, infatti, nell'ambito delle norme sulla responsabilità per danni, subito dopo quelle che disciplinano il risarcimento per equivalente. A ciò si aggiunge, da un punto di vista meramente letterale, la previsione legislativa dell'alternatività tra risarcimento in forma specifica e risarcimento pecuniario, alternatività che non avrebbe ragione di esistere là dove fosse esclusa la natura risarcitoria dell'istituto<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 305 ss.

<sup>9</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 319: «La parola "risarcimento" esprime propriamente, e soltanto, la prestazione di una cosa, qual è il denaro, in surrogazione di un'utilità compromessa, come equivalente di essa, si da restaurarla economicamente. Né del linguaggio corrente né in quello tecnico dei giuristi dicesi correttamente che "risarcisce il danno" colui il quale rimette materialmente le cose nello stato in cui erano prima: questi, indubbiamente, ripara in natura il danno, reintegra in forma specifica l'interesse leso, non risarcisce lo stesso danno».

<sup>10</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 319; in giurisprudenza v. App. Roma, 11 dicembre 1958, in *Giust. civ.*, 1959, p. 712, con nota di A. VENDITTI, *Caratteri della reintegrazione in forma specifica*.

<sup>11</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno di insegnamento*, v. 1, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, p. 550 ss.

<sup>12</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 551 ss.

<sup>13</sup> M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 246: «Contro una siffatta operazione, si oppongono ragioni sistematiche, prime fra tutte quelle fondate sulla collocazione della norma nel titolo dei fatti illeciti. In secondo luogo, riesce impossibile spiegare l'alternatività stabilita dal comma 2 dell'art. 2058 c.c., ove alla riparazione in natura non fosse attribuita una funzione analoga a quella risarcitoria». L'Autore mette in evidenza l'indifendibilità della tesi anche dal punto di

Seguendo le critiche sopra esposte, si arriva, dunque, a considerare il risarcimento in forma specifica come un modello risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato attraverso una prestazione diversa e successiva rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto, che incombe su ciascun consociato<sup>14</sup>. L'idea di fondo è che esista un'unica obbligazione risarcitoria, rispetto alla quale l'ordinamento prevede due distinte modalità di attuazione, rappresentate dal risarcimento in forma specifica e dal risarcimento per equivalente, la cui scelta è rimessa alla libertà del danneggiato<sup>15</sup>. Il risarcimento del danno può, dunque, realizzarsi non solo attraverso il pagamento dell'equivalente monetario, ma anche attraverso la prestazione di una cosa o di un'attività, che sia in grado di eliminare le conseguenze dannose del fatto lesivo. Inoltre, in alcuni casi specifici, il contenuto della prestazione risarcitoria viene predeterminato specificatamente dal legislatore, come nell'ipotesi riguardante la pubblicazione della sentenza di condanna di cui agli articoli 120 c.p.c. e 186 c.p.<sup>16</sup>. Il risarcimento in forma specifica può, altresì, consistere nella dazione al danneggiato di una somma di denaro, corrispondente alle spese necessarie per ottenere la riparazione in natura del pregiudizio subito. In questo caso, dunque, l'attività di ripristino verrà svolta direttamente dal danneggiato a spese del danneggiante<sup>17</sup>.

vista prettamente linguistico. Il termine riparare è, infatti, sinonimo di risarcimento e tutt'al più potrebbe descrivere una modalità con cui si attua il risarcimento stesso. Sul punto l'Autore riprende quanto già sostenuto da C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, p. 582, Id., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p.1092 ss., e più recentemente in *La responsabilità civile*, 3° ed., in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 280 ss.

<sup>14</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 213 ss.; già: R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno di insegnamento*, v. 1, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 550 ss.; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2° ed. riveduta ed aggiornata, Giuffrè, Milano, 1969, p. 467 ss. In giurisprudenza: Cass., 26 giugno 1984, n. 3739, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3315; nel merito: Trib. Busto Arsizio, 22 febbraio 2018, in *Pluris Wolters Kluwer*.

<sup>15</sup> Sul tema già: R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 550 ss.; successivamente: C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 582 ss.; per una ricostruzione della questione: M. FRANZONI, *Sub art. 2058*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2003, p. 1120 ss.

<sup>16</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 583.

<sup>17</sup> La possibilità di affidare l'attività ripristinatoria direttamente al danneggiante, condannando il danneggiante al pagamento dei relativi costi appare pienamente in linea rispetto alla funzione riparatoria dell'istituto. Fermo restando che, pur trattandosi di condanne di tipo pecuniario, il risarcimento in forma specifica attraverso la corresponsione di una somma di denaro deve essere nettamente distinto rispetto al risarcimento per equivalente. Si utilizzano, infatti, dei parametri economici differenti per il calcolo delle somme dovute. Nel risarcimento in forma specifica si tratterà di costi di ripristino, mentre nel risarcimento per equivalente si ha riguardo alla diminuzione complessiva nel patrimonio del danneggiato: v. tra gli altri: G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 758 ss.; per tutti i riferimenti bibliografici v. la

L'unicità dell'obbligazione risarcitoria e la configurazione dei due modelli come distinte modalità di attuazione della prestazione presuppone logicamente l'unicità stessa del danno, quale elemento oggettivo dell'illecito. L'articolo 2043 c.c. parla, infatti, di danno ingiusto, come requisito unitario della fattispecie che, contrariamente a quanto prospettato da una parte della dottrina<sup>18</sup>, non può essere distinto in base alla funzione svolta dalle due modalità risarcitorie<sup>19</sup>. Non viene, dunque, accolta l'idea per cui nel risarcimento in forma specifica il danno rilevi in senso materiale e concreto come alterazione del bene fisico, mentre nel risarcimento per equivalente si presenti esclusivamente come differenza patrimoniale negativa<sup>20</sup>.

riflessione recente di A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 520 ss.

18 In tale ambito v. le posizioni di C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 591 ss. e A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3. 4° ed. riveduta ed aggiornata, Giuffrè, Milano, 2003, p. 268 ss.

<sup>19</sup> C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 501 ss.: «Tale conclusione è imposta, oltretutto, dall'art. 2043 c.c., il quale ponendo il danno ingiusto come elemento oggettivo della fattispecie generale dell'illecito, cui, nel rispetto del meccanismo previsto dall'art. 2058, si potrà reagire con l'uno o con l'altro rimedio risarcitorio, impone di qualificarlo requisito unitario che non consente distinzioni, per di più imposte dall'esterno come accadrebbe se il danno risarcibile fosse inteso alla maniera di funzione, come tale variabile, del rimedio risarcitorio di volta in volta prescelto. Una prospettiva del genere, alla quale accedono le teorie sopra criticate, appare viziata da un'inversione logica in quanto deriva l'essenza di un fenomeno da profonde differenze di conseguenze laddove solo un'accertata diversità del fenomeno può giustificare la diversità delle conseguenze. (...) Abbiamo visto come una sia l'obbligazione risarcitoria dalla quale le due forme di risarcimento sono soltanto modalità alternative di attuazione. Ora, se veramente due fossero le specie del danno risarcito in forma specifica o per equivalente, la conseguenza sarebbe la *reductio ad unum* della obbligazione risarcitoria; più recentemente v. anche C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 944 ss.

<sup>20</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 591 ss. L'Autore ritiene che tale conclusione non si configuri come violazione del principio di identità, così come sostenuto da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, p. 950, a meno che non si ritenga che le categorie giuridiche esistano davvero nel mondo reale e non siano, invece, frutto di qualificazione normativa. Sulla stessa linea: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 267 ss., che ribadisce la propria tesi in *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 249 e, in particolare nota n. 7: «Ma è anche da riconoscere che, laddove la norma introduce una diversa tecnica di riparazione del danno, tecnica che non ha più riguardo ai criteri di mercato (per la quantificazione del danno) ma a quelli che riflettono in vario modo l'apprezzamento « soggettivo » del danneggiato, essa non può non interferire anche sulla nozione di danno che è a monte, non più di danno patrimoniale ma di danno reale o naturalistico, inteso come concreto e materiale pregiudizio subito dall'interesse del danneggiato»; v. anche A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2002, p. 166 ss. e, in particolare, p. 170: «(...) il nostro legislatore, prevedendo che il danno può essere riparato sia nella sua materialità, sia per il tramite della compensazione per equivalente, ha fatto riferimento a due profili diversi del medesimo accadimento dannoso. Da un lato ha previsto che se l'illecito lede un bene nella sua materialità, si deve tener conto dell'interesse del debitore a reintegrare la situazione reale perduta (...). Dall'altro lato ha previsto che, qualora comunque l'evento materiale provochi, come di norma, un pregiudizio economico patrimoniale, il danneggiato può far valere quest'ultimo (...). (...) a fronte di un medesimo accadimento lesivo

Chiarita la natura risarcitoria del rimedio, una delle questioni maggiormente dibattute riguarda il rapporto esistente tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente, considerato, altresì, che è il danneggiato a dover optare per l'una o l'altra modalità di risarcimento. Ai sensi dell'art. 2058, comma 1, c.c., infatti, questi può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Bisogna, immediatamente, mettere in evidenza come, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti giuridici<sup>21</sup>, il legislatore italiano non abbia stabilito nessuna gerarchia a favore dell'una o dell'altra modalità di risarcimento<sup>22</sup>. Tuttavia, come messo in evidenza da una parte della dottrina, il risarcimento per equivalente rappresenterebbe sul piano meramente pratico il modello funzionalmente più adatto ad eliminare le conseguenze del fatto dannoso. Il risarcimento in forma specifica, infatti, non consentirebbe di eliminare la perdita di utilità subita dalla vittima nelle more tra il verificarsi del danno e la riparazione stessa, perdita che può essere eliminata solamente attraverso la corresponsione dell'equivalente<sup>23</sup>.

Seguendo questa linea, il risarcimento per equivalente sarebbe in grado di attuare una riparazione integrale del danno e ciò determinerebbe la sua prevalenza rispetto al risarcimento in forma specifica. In particolare, tale prevalenza sarebbe assicurata anche a livello normativo attraverso la previsione dei limiti riguardanti l'operatività dell'istituto, rappresentati dall'impossibilità e dall'eccessiva onerosità per il debitore<sup>24</sup>. Secondo questa impostazione i limiti previsti

– le conseguenze pregiudizievoli possono essere calcolate diversamente ed avere ad oggetto, da un lato, l'effettivo decremento cagionato al patrimonio del debitore (valutando ad esempio la perdita di valore patrimoniale, inteso come valore di scambio del bene danneggiato), dall'altro, anche oltre (ma entro certi limiti) questa perdita di valore di scambio, la perdita del bene concreto in sé considerata, che deve essere evidentemente riparata reintegrando il valore d'uso di quel medesimo bene (...) unico è l'evento lesivo, diversi sono i danni che da quell'evento lesivo possono scaturire».

<sup>21</sup> In particolare, nel diritto tedesco dove sussiste una situazione di superiorità del risarcimento in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente, codificata in base al § 249 BGB; per un'analisi sul punto e i riferimenti bibliografici v. il contributo recente di A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, in (diretto da) L. MENGONI, (continuato da) P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, *Tratt. dir. civ. comm.*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 6 ss.

<sup>22</sup> Sul tema C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 919 ss.: «(...) la norma nostra dell'art. 2058, introdotta quasi di soppiatto nel codice del 1942, si rivela la regola più equilibrata che si potesse dettare in materia. Nei segni del tempo, si potrebbe dire che il nostro legislatore ha colto l'esigenza di non chiudere il risarcimento entro il cerchio dell'equivalenza pecuniaria, ma non è caduto in quella che potremmo chiamare trappola naturalistica (...) di chi ritenga che la reintegrazione in forma specifica sia in linea di principio la reazione più appropriata al danno, contrattuale ed extracontrattuale, in quanto instaura (nella prima) o restaura (nella seconda) la situazione di fatto conforme alla situazione soggettiva violata». In giurisprudenza, sembrerebbe sostenere la prevalenza del risarcimento in forma specifica: Trib. Roma, 5 ottobre 2016, in *Pluris Wolters Kluwer*.

<sup>23</sup> M. FRANZONI, *Sub art. 2058*, cit., p. 1118 ss.

<sup>24</sup> Sul punto v. le considerazioni di C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 592 ss. Secondo l'Autore, il ruolo subalterno a cui il risarcimento in forma specifica deve

dal legislatore sarebbero strettamente connessi ad una valutazione del danno basata sui criteri del risarcimento per equivalente. Il concetto di “impossibilità” o di “possibilità” del risarcimento in forma specifica attiene, infatti, all’efficacia stessa del rimedio rispetto all’entità del danno, inteso come perdita economica subita dal danneggiato. Nell’eccessiva onerosità, l’elemento dell’economicità sarebbe ancora più evidente, perché si collegherebbe ad un raffronto tra i costi derivanti dall’adozione delle due misure risarcitorie<sup>25</sup>.

Secondo un’altra teoria, al contrario, i limiti normativi non determinerebbero l’esclusività della tutela risarcitoria per equivalente. Il legislatore, pur introducendo dei presupposti rispetto all’applicabilità del risarcimento in forma specifica, non ha, comunque, voluto minare il rapporto di alternative tra le due modalità risarcitorie. Tale conclusione apparirebbe, inoltre, in linea con le seppur scarse argomentazioni del legislatore contenute nella Relazione ministeriale. Infatti, la ricostituzione della situazione precedente al verificarsi del danno, di cui parla il legislatore, porrebbe il risarcimento in forma specifica sullo stesso piano del risarcimento per equivalente sul piano strettamente funzionale. La finalità comune ai due rimedi sarebbe, infatti, pur sempre rappresentata dalla ricostituzione della situazione preesistente rispetto al verificarsi del danno<sup>26</sup>.

In conclusione, i limiti di applicabilità dell’istituto non sarebbero indici della superiorità del risarcimento per equivalente, ma, al contrario, rappresenterebbero degli elementi di valutazione, che consentono di applicare il risarcimento in forma specifica considerando le circostanze concrete del danno. La possibilità e la non eccessiva onerosità permettono, infatti, di valutare quale modalità risarcitoria sia quella più conveniente per ristorare il danno attraverso un bilanciamento tra gli interessi del danneggiante e quelli del soggetto leso<sup>27</sup>.

essere relegato non dipende da una gerarchia di valori, imputabile direttamente dall’operato dell’interprete. Al contrario, risulterebbe strettamente connesso alla logica normativa, con la previsione dei limiti di cui si è detto.

<sup>25</sup> C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., p. 38 ss. e più recentemente in *La responsabilità civile*, cit., p. 284 ss. Lo stesso concetto è espresso anche in sede giurisprudenziale: v. Cass., 25 giugno 2013, n. 15875; Cass. 4 marzo 1998, n. 2402, in *Giur. it.*, 1999, c. 255; nel merito: Trib. Modena, 4 gennaio 2013, in banca dati *Pluris Wolters Kluwer*; per un riferimento anche alle concezioni soggettive in cui si trova il debitore v. Cass., 7 maggio 1984, n. 2763; Cass., 7 novembre 1955, n. 3627; App. Genova, 6 marzo 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2257, con nota di F. CAMERIERI.

<sup>26</sup> Questa impostazione è espressa da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 950, in posizione critica, tra l’altro, rispetto a quanto espresso in un *obiter dictum* della Corte Costituzionale nella pronuncia dell’11 febbraio 2011, n. 49, che vede nel risarcimento in forma specifica una mera eventualità sottoposta al potere discrezionale del giudice e dipendente dai requisiti di possibilità e non eccessiva onerosità indicati dal legislatore, determinando, in questo senso, l’esclusività del risarcimento per equivalente.

<sup>27</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 922: «Nel prevedere al comma 1 dell’art. 2058 che il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica quando questa sia possibile, e aggiungendo al comma 2 il potere del giudice di evitarla quando questa sia eccessivamente onerosa, il legislatore ha condotto la reintegrazione in forma specifica al livello della

Da tali constatazioni è possibile, dunque, escludere qualsiasi rapporto di gerarchia o di prevalenza tra le due modalità risarcitorie, che devono essere conseguentemente considerate come modalità alternative o, a detta di qualcuno anche concorrenti<sup>28</sup>, rispetto alla riparazione del danno. Il riferimento all'alternatività è strettamente connesso al fatto che la scelta tra i due rimedi dipende dal danneggiato, escludendo, così, qualsiasi connotazione in termini di obbligazioni alternative o obbligazioni con facoltà alternativa<sup>29</sup>.

### 3. *Risarcimento in forma specifica e danni non patrimoniali tra impossibilità del rimedio, applicazione analogica e interpretazione estensiva*

Come già accennato, il risarcimento per equivalente ha, per lungo tempo, rappresentato lo strumento cardine per la riparazione del danno. In un'economia di mercato che vedeva nel denaro il metro di misurazione dei beni e delle prestazioni, il modello patrimoniale di danno e il risarcimento per equivalente apparivano totalmente in linea rispetto ai caratteri e ai valori stessi del sistema. Il denaro era, dunque, lo strumento ottimale per misurare e valutare l'entità del pregiudizio subito dal danneggiato<sup>30</sup>.

realtà dei rapporti giuridici, livello al quale non ha senso porsi il problema se la riparazione in natura sia più nobile del risarcimento per equivalente, ma si tratta piuttosto di appurare nel caso concreto quale sia la misura più conveniente, nel bilanciamento degli interessi tra l'autore dell'illecito e il danneggiato, per ristorare il danno». Bisogna, mettere in evidenza il fatto che in alcune sentenze il risarcimento per equivalente viene considerato un *minus*, ritenendo implicita la richiesta di risarcimento per equivalente nella domanda di reintegrazione in forma specifica (tra le più recenti: Cass., 8 gennaio 2013, n. 259, in *Contratti*, 2013, p. 449, con nota di G. CARADONNA, *Risarcimento in forma specifica e per equivalente*; Cass., 15 luglio 2005, n. 15021, in *Arch. giur. circ.*, 2006, p. 1209; Cass., 21 maggio 2004, n. 9709, in *Corr. giur.*, 2004, p. 881, che lo definisce, altresì, come un sostituto legale sussidiario mediante prestazione dell'*eadem res debita*).

<sup>28</sup> Secondo G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., p. 769: «Il non orientarsi per lo schema dell'obbligazione alternativa in senso tecnico consente di ritenere che un'originaria opzione per il risarcimento in natura non escluda che si possa passare alla pretesa del risarcimento per equivalente, ove la prima divenga irrealizzabile, e che il debitore non possa ritenersi liberato finché l'una delle due forme di risarcimento non sia stata attuata, Siamo cioè (...) più sul piano di un concorso di pretese che non su quello di un'obbligazione alternativa».

<sup>29</sup> Tra i primi ad affrontare tale problematica ricostruttiva: R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 553 ss.; per una ricostruzione generale anche M. FRANZONI, *Sub art. 2058*, cit., p. 1120 ss. In giurisprudenza, v. tra le altre sulla natura di rimedi alternativi l'uno rispetto all'altro: Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, in *Resp. civ.*, 2011, p. 667, con nota di M. CEOLIN, *Danni da visure immobiliari e risarcimento in forma specifica*; Cass., 15 maggio 2003, n. 7529, in *Contratti*, 2003, p. 117, con nota di C. SANVITO, *Alienazione di immobile privo del certificato di abitabilità*.

<sup>30</sup> Sul tema: G. CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Contratto impr.*, 1991, p. 784 ss., e già in *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 53 ss.: «La preferenza per l'una o per l'altra modalità di risarcimento, infatti, non può che essere – come del resto dimostra l'analisi comparatistica il ri-

Questa impostazione era strettamente connessa alla concezione tradizionale del diritto privato come ordinamento costituito a tutela di interessi economici, in cui la risarcibilità degli interessi non patrimoniali è subordinata ad un controllo normativo, volto ad evitare la possibilità di abusi in pregiudizio del danneggiante. La previsione dell'articolo 2059 c.c., che limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai soli casi previsti dalla legge è, infatti, espressione di tale esigenza<sup>31</sup>. Questa visione del diritto privato, definita come “*concezione paneconomica*”<sup>32</sup>, è stata, però, superata grazie alla progressiva preminenza dei valori attinenti alla persona umana rispetto agli interessi di natura esclusivamente economica. Ciò ha determinato la necessità di superare i limiti normativi alla risarcibilità degli interessi non patrimoniali di cui all'articolo 2059 c.c., ampliando la risarcibilità al di fuori delle ipotesi di danno morale soggettivo<sup>33</sup>.

L'evoluzione in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale si è, però, compiuta in sede giurisprudenziale a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986, che ha ammesso la risarcibilità dei danni biologici attraverso il combinato disposto di cui agli articoli 2043 c.c. e 32 della Costituzione<sup>34</sup>. Su questa linea, grazie all'intervento successivo della Corte di Cassazione, si è affermata una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., che ha sancito la risarcibilità di tutti i danni non patrimoniali, derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente garantiti<sup>35</sup>. In questo modo, i diritti inviolabili della persona hanno acquisito una nuova rilevanza sul piano della tutela giuridica e si è, di conseguenza, realizzato un mutamento di prospettiva rispetto al passato: gli interessi economici e i conseguenti danni patrimoniali non occupano più una posizione di assoluta preminenza e il risarcimento per equivalente non appare più adeguato rispetto alla tutela di

sultato di una politica del diritto diretta, in caso di preferenza per il risarcimento per equivalente, ad assecondare sino in fondo quei valori che in un'economia di mercato fanno evidentemente leva sulla valutazione in denaro quale strumento essenziale ed ottimale per misurare l'entità del pregiudizio del danneggiato (...) il nostro sistema di responsabilità civile, considerato in una prospettiva storica, è riuscita ad adempiere alla funzione di tutela della proprietà privata, tanto è vero che la clausola generale *ex art. 2043* nasce come finalizzata alla protezione del diritto soggettivo, specie se dotato del carattere di realtà».

<sup>31</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., p. 189 ss.

<sup>32</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., p. 189.

<sup>33</sup> Sul tema: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., p. 190 ss. ed anche le riflessioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 675 e di P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Utet, Torino, 2012, p. 4.

<sup>34</sup> Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.* 1986, I, 534, con nota di G. ALPA, *Danno biologico. Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*; in *Foro it.*, 1986, I, 2976, con nota di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico*; in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.

<sup>35</sup> Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno resp.*, 2003, 816, con note di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 va in paradiso*.

interessi costituzionalmente garantiti<sup>36</sup>. Di conseguenza, il risarcimento per equivalente, pur essendo uno strumento valido nella maggior parte dei casi, non è più considerato idoneo a coprire l'intera area dei danni risarcibili<sup>37</sup>.

A partire da queste constatazioni, la dottrina ha cominciato ad interrogarsi sulla possibilità di applicare l'art. 2058 c.c. a tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Alcuni Autori hanno escluso in maniera categorica l'applicabilità dell'istituto<sup>38</sup>, ritenendo in linea generale che il danno non patrimoniale non possa essere riparato in forma specifica, perché deriva dalla lesione di un bene immateriale, per sua natura insostituibile e infungibile. La natura del bene leso impedirebbe, così, al risarcimento in forma specifica di esercitare la sua funzione, che è quella di ricostituire materialmente la situazione nello stato *quo ante*, cioè la situazione preesistente al danno<sup>39</sup>.

Queste conclusioni sono state particolarmente criticate, perché non terrebbero in considerazione tutte le fattispecie di danno non patrimoniale connesse all'alterazione materiale del bene e derivanti, ad esempio, dalla lesione di un oggetto privo di valore economico, ma carico di "valore di affezione" per il proprietario, o ancora del caso in cui si verifichi un danno alla salute. In

<sup>36</sup> G. CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., p. 784: «In particolare l'emergere di "interessi non proprietari" o, comunque, rispondenti a beni o valori attinenti alla persona umana in quanto tale (diritti della personalità, salute, ambiente) deve costituire un serio motivo di riflessione per il civilista circa la validità di un sistema di responsabilità che troppo spesso è stato "incentrato" su di un concetto di danno inteso quale pregiudizio puramente economico» e in *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., p. 784: «La dottrina civilistica già da tempo ha sottolineato l'esigenza di sottrarre alla "logica compensativa" la tutela di interessi e di situazioni giuridiche rilevanti (in quanto costituzionalmente protette) e di natura non patrimoniale o, comunque, attinenti alla persona umana (...)».

<sup>37</sup> M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 342: «(...) la riparazione in denaro, riducendo tutti i danni alla forma tipica di merce, appariva strumento più semplice e funzionale, nonché maggiormente rispettoso della libertà di azione non solo del soggetto condannato a risarcire, ma anche dello stesso danneggiato (in grado di scegliere tempi, modi e qualità della concreta riparazione). In tempi ancor più recenti si sono denunciati i limiti di quest'ultima concezione, rilevando che, anche in una società di capitalismo avanzato, non tutti i beni possono ridursi a merce ed essere monetizzati, sicché la sola riparazione in danaro appare strumento sì valido nella maggior parte dei casi, ma non idoneo a coprire l'intera area dei danni risarcibili».

<sup>38</sup> G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 438 ss.

<sup>39</sup> G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 440 ss.: «La conseguenza non patrimoniale derivante dall'omicidio di una persona cara, quella generata da un atto di violenza, quella conseguente alla violazione di un segreto, ovvero la stessa conseguenza derivante dalle lesioni all'onore od all'integrità fisica, presenta tali caratteristiche da mostrare all'evidenza quell'impossibilità cui si è prima fatto cenno. Allorché si abbiano presenti i caratteri del danno non patrimoniale, invero, è facile avvedersi come il medesimo sia frutto della lesione di un bene immateriale, di un bene, cioè, che per sua natura si qualifica insostituibile ed infungibile ed appunto di tale natura che deve inferire l'ulteriore conseguenza che il pregiudizio non patrimoniale è intollerante dell'attività risarcitoria in senso tecnico». L'Autore riprende la definizione data da A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 306, rispetto alla funzione svolta dal risarcimento in forma specifica.

quest'ultima fattispecie, infatti, la diretta rimozione del danno può realizzarsi attraverso la condanna alle cure mediche in capo al danneggiante, compresa a pieno titolo nel risarcimento in forma specifica<sup>40</sup>. Tali argomentazioni, in ogni caso, non terrebbero neppure in adeguata considerazione la finalità riparatoria svolta da alcuni rimedi previsti a tutela dei diritti della personalità, quali la rettifica e la pubblicazione della sentenza<sup>41</sup>. L'impostazione sopra delineata, infine, risentirebbe anche di una concezione particolarmente restrittiva imposta al risarcimento in forma specifica, che appare finalizzato a ricostituire la situazione preesistente da un punto di vista meramente materialistico, mentre l'idoneità del rimedio risarcitorio dovrebbe essere valutata sulla base della sua effettiva capacità di eliminare le conseguenze dannose<sup>42</sup>.

Secondo un'altra parte della dottrina, il risarcimento in forma specifica è, in linea di principio, applicabile anche ai danni non patrimoniali, sebbene la disposizione di cui all'art. 2058 c.c. si riferisca unicamente ai pregiudizi di natura prettamente economica. I presupposti applicativi del rimedio risarcitorio, in particolare "la non eccessiva onerosità per il debitore" ex art. 2058, comma 2, c.c., si baserebbero, infatti, sulla rilevanza economica della perdita

<sup>40</sup> A. D'ADDA, *Sub art. 2058*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Comm. Cod. civ.*, U. CARNEVALI (a cura di), *Dei fatti illeciti – v. II: artt. 2044-2059*, Utet, Torino, 2011, p. 650 ss., che sottolinea come nell'ordinamento tedesco le spese mediche, ad esempio quelle relative ad un intervento chirurgico, vengono qualificate come riparazione in natura del danno non patrimoniale alla salute; sul tema v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., p. 220, e, in particolare, nota n. 360

<sup>41</sup> A. D'ADDA, *Sub art. 2058*, cit., p. 650 ss.; in contrasto rispetto alle argomentazioni di G. BONILINI, v. anche C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, cit., p. 483, nota n. 4: «L'argomento è, innanzitutto, singolare perché adopera qualificazioni proprie delle cose per asseverare la natura immateriale di un bene. In secondo luogo, prova troppo, perché dovrebbe coerentemente indurre ad escludere *tout court* il risarcimento del danno non patrimoniale, contro la previsione dell'art. 2059 ove pure si voglia ritenere che il risarcimento previsto da tale norma abbia natura affittiva e sanzionatoria, non potrà sfuggire che proprio l'art. 186 c.p. prevede, in funzione ulteriormente affittiva rispetto alla pena, la pubblicazione della sentenza, che è misura risarcitoria in f.s.». Bisogna rimarcare il fatto che non sussiste unanimità di vedute per quanto concerne la natura risarcitoria di tali rimedi. Ad esempio, G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, cit., p. 78 ritiene che la rettifica non consenta di creare una situazione uguale o simile rispetto a quella preesistente rispetto al verificarsi dell'evento lesivo e che, pertanto, debba essere più correttamente qualificata come un'esecuzione in forma specifica del diritto di rettifica.

<sup>42</sup> V. C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 596: «La soluzione negativa che ne asserisce la "impossibilità", muove dall'idea che funzione del risarcimento sia quella di ricostituire l'identica situazione naturale preesistente, e che il danno non patrimoniale si esaurisca nella sfera psichica della vittima. Il problema della riparazione, come rimedio che interviene *ex post* rispetto al fatto lesivo, è invece quello della reazione più adeguata al fine di rimediare alle conseguenze di quel fatto, le quali poi non rilevano solo sotto il profilo meramente soggettivo del c.d. danno morale (dolore, perturbamento d'animo ecc.), ma anche sotto quello oggettivo, ad es. dell'alterazione del bene costituito dalla proiezione sociale della personalità (reputazione, identità personale)». Dalle parole dell'Autore emerge, dunque, il concetto stesso di danno morale, che in quel momento rappresentava l'unica forma di danno non patrimoniale risarcibile in base all'art. 2059 c.c., in cui sarebbe possibile ravvisare due distinti profili, oggettivo e soggettivo.

subita dal danneggiato<sup>43</sup>. A partire da questa constatazione è stata prospettata l'applicazione in via analogica dell'art. 2058<sup>44</sup> c.c. anche ai danni non patrimoniali, grazie alla forza espansiva che governa il principio del risarcimento in forma specifica, in virtù del quale il danneggiato può chiedere l'eliminazione di quanto è stato illecitamente realizzato a danno di un proprio interesse patrimoniale o non patrimoniale<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 596, riprende, seppur non espressamente la posizione di A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 338.

Sull'applicazione del risarcimento in forma specifica anche ai danni non patrimoniali merita di essere evidenziata anche la particolare teoria elaborata da M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Cedam, Padova, 2000. L'analisi dell'Autrice è incentrata sulla griglia elaborata da Calabresi e Melamed (G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, n. 6, 1972, p. 1089 ss.), basata sull'alternativa tra *property rules* e *liability rules*. Si parla di *property rules* (regole di proprietà) là dove il rimedio mira a proteggere l'assetto allocativo dato, impedendo che avvengano dei trasferimenti di risorse al di fuori dello scambio contrattuale (M. R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., p. 163; G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., p. 4: «An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller»). Le *liability rules* (regole di responsabilità) sono, invece, quei rimedi in forza dei quali il titolare del diritto leso non può negoziare il corrispettivo dello scambio: l'ammontare del danno è, infatti, oggettivamente determinato (M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., p. 164 ss.; G. CALABRESI-D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., p. 1092: «Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule. This value may be what it is thought the original holder of the entitlement would have sold it for. But the holder's complaint that he would have demanded more will not avail him once the objectively determined value is set»). L'Autrice ritiene che l'alternativa regole di proprietà/regole di responsabilità non sussista nell'ipotesi di esternalità istantanea, data l'impossibilità di configurare un accordo *ex ante* tra danneggiato e danneggiante. In questi casi, si porrebbe il rischio della c.d. *undercompensation*, per cui la soluzione della *liability* risulta insoddisfacente. Alla luce di ciò, in alternativa alla regola di responsabilità c.d. pura, viene prospettata una regola di responsabilità mista, rappresentata per l'appunto dall'art. 2058 c.c. (analoghe considerazioni riguardano anche il sistema tedesco, in riferimento al § 249 comma 2 del BGB). Con l'applicazione della regola di responsabilità mista la valutazione del danno non si baserà più su criteri astratti, autoritativamente imposti, ma su una valutazione più prossima a quella del titolare del diritto leso. Viene detto, a tal proposito, che il risarcimento in forma specifica diverge dal risarcimento per equivalente proprio per tale caratteristica, che è quella di riflettere dei valori idiosincratici. In questo modo, viene, infatti, data rilevanza alla «dimensione esistenziale soggettiva della lesione risarcibile». (v. in particolare p. 163 ss. e p. 255 ss.). Muovendo da tali considerazioni, la dicotomia tra patrimonialità/non patrimonialità del danno non si baserà più sull'entità intrinseca dell'interesse protetto o sulla sua oggettiva rispondenza sul mercato, ma sul riconoscimento della dimensione esistenziale del danno all'interno del sistema giuridico (v. nello specifico p. 255 ss.). Di conseguenza, come sottolineato dai critici, la stessa distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale diventa sempre più sfumata, là dove il danno assuma connotati materiali (A. D'ADDA, *Sub art. 2058*, cit., p. 652 ss.).

<sup>44</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 338.

<sup>45</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 338: «La reintegrazione in forma specifica può trovare applicazione anche per il danno non patrimoniale, e più particolarmente per il danno che colpisce

Il ricorso in via analogica all'art. 2058 c.c. è stato, però, criticato a livello metodologico, contestando l'esistenza di una vera e propria lacuna normativa e, dunque, la necessità di procedere alla creazione di una nuova norma per il caso analogo. L'art. 2059 c.c., letto in chiave sistematica, rimanderebbe, infatti, alle modalità risarcitorie già disciplinate senza fare alcuna distinzione. Di conseguenza, non sarebbe necessario creare una nuova norma per il danno non patrimoniale, ma sarebbe sufficiente interpretare estensivamente il riferimento all'eccessiva onerosità, che pure ha una natura prettamente economica, in modo tale da adattarlo alle caratteristiche stesse del danno non patrimoniale<sup>46</sup>. Secondo altri, invece, il ricorso all'analogia determinerebbe il sorgere di un nuovo potere discrezionale in capo al Giudice, che potrebbe ordinare qualsiasi prestazione adeguata alla tutela dell'interesse leso, pur in assenza di qualsiasi legittimazione normativa<sup>47</sup>. In questo modo, il principio della riserva di legge in materia di prestazioni personali, di cui all'art. 23 della Costituzione, verrebbe pregiudicato in nome del principio costituzionale di effettività della tutela<sup>48</sup>.

l'interesse relativo ad un bene morale della persona, mediante l'eliminazione di quanto illecitamente fatto (scritti ecc.) in contrasto colla tutela giuridica di tale interesse, così restaurando per il futuro l'interesse compromesso. La detta eliminazione può essere chiesta dal soggetto danneggiato in base al principio accolto nell'art. 2058 cod. civ., suscettibile di espansione al di là della sfera del danno patrimoniale (...). Come messo in evidenza da C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., p. 196, nota n. 94, pur ammettendo l'applicazione in via analogica dell'art. 2058 c.c., i presupposti riguardanti la possibilità e la non eccessiva onerosità del rimedio dovrebbero essere adattati rispetto alle peculiarità del danno non patrimoniale. Di conseguenza, il risarcimento in forma specifica in caso di danno non patrimoniale si attergerebbe in maniera diversa rispetto al caso di danno riguardante un interesse di natura non patrimoniale: «I due rimedi desumibili per tale via dall'art. 2058 (rispettivamente per il danno patrimoniale e, per quello non patrimoniale) non avrebbero insomma in comune molto più del nome, e della differenziazione (in negativo) rispetto alla condanna pecuniaria» *contra* A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 248, nota n. 57: «È vero che il limite dell'eccessiva onerosità sembra pensato solo per il pregiudizio patrimoniale: ma, nel momento in cui se ne accrediti un'interpretazione analogica od estensiva, non si vede come ritenere che la riparazione in natura di danno patrimoniale e danno non patrimoniale non sia più la "stessa" che presiede alla riparazione del danno patrimoniale. Anzi, paradossalmente, la comune finalità di reintegra della riparazione in natura induce a ritenere che, quanto meno sotto il profilo funzionale, riparazione in natura di danno patrimoniale e non patrimoniale siano meno distanti di quanto lo siano, invece, le riparazioni pecuniarie del danno patrimoniale e non patrimoniale (...). L'affermazione sembra configurare più un tributo all'impostazione sistematica di Salvi, che mira a distinguere nettamente il sistema risarcitorio del danno non patrimoniale da quello del danno patrimoniale, piuttosto che una rigorosa conseguenza imposta dal tenore dell'art. 2058 c.c.».

<sup>46</sup> A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 247, nota n. 56. Sul riferimento all'art. 2059 c.c. l'Autore riprende quanto già affermato da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, p. 482, nota n. 4.

<sup>47</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 597.

<sup>48</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 597: «Dovrebbe parlarsi, se mai, di applicazione analogica dell'art. 2058. È dubbio, però, che nel nostro sistema possa riconoscersi il potere del Giudice di ordinare "qualsiasi prestazione adeguata a reintegrare l'interesse leso" indipendentemente da espresse previsioni che lo consentano. Il principio costituzionale dell'effettività della tutela va coordinato con l'altro principio della riserva di legge in tema di prestazioni personali (art. 23 Cost.)».

Alla luce di ciò, un'ulteriore soluzione potrebbe essere quella di applicare in via analogica i rimedi previsti dal legislatore a tutela dei diritti della personalità, quali la rettifica e la pubblicazione della sentenza<sup>49</sup>.

#### 4. I presupposti applicativi: possibilità e non eccessiva onerosità

Già prima che si delineasse in sede giurisprudenziale un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c., la dottrina più avveduta aveva sostenuto la risarcibilità in forma specifica dei danni non patrimoniali basandosi su un'interpretazione sistematica di tale disposizione. Considerando che l'art. 2059 c.c. prevede il risarcimento del danno non patrimoniale senza indicarne le modalità e che, sulla base delle norme precedenti, il risarcimento può avvenire per equivalente o in forma specifica, non vi sarebbe alcuna ragione per limitare il risarcimento in forma specifica ai soli danni patrimoniali<sup>50</sup>. Una parte della dottrina più recente ha, però, rimodulato tale impostazione, ritenendo che i limiti di risarcibilità di cui all'art. 2059 c.c. riguardino esclusivamente il risarcimento per equivalente. Di conseguenza, l'art. 2058 c.c. non sarebbe connesso a tale disposizione, ma dovrebbe essere considerato autonomo nella sua funzione di ripristino della situazione preesistente, a prescindere dalla natura patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse leso<sup>51</sup>. Questa impostazione sembrerebbe riflettere l'idea per cui la limitazione del risarcimento diventa rilevante solo quando si tratti di prestazioni pecuniarie, dovute a titolo di risarcimento per equivalente e non quando si tratti di costi finalizzati al restauro della situazione giuridicamente protetta. Solo nel primo caso, infatti, emergerebbe la necessità di evitare il rischio di mercificazione dei valori immateriali<sup>52</sup>. Di conseguenza, seguendo questa impostazione, l'art. 2059 c.c. non avrebbe alcun tipo di rilevanza a livello sistematico rispetto alla risarcibilità in forma specifica dei danni non patrimoniali.

<sup>49</sup> C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 598.

<sup>50</sup> C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, cit., p. 482, nota n. 4: «L'interpretazione sistematica dell'art. 2058 sembrerebbe far ritenere che il r.f.s. sia previsto esclusivamente con riguardo al danno patrimoniale poiché solo successivamente, con l'art. 2059, il tit. IX, libr IV, c.c. disciplina il danno non patrimoniale. nessuna ragione milita però in favore di una simile limitazione onde *in limine* non sembra ingiustificato attenersi all'interpretazione letterale della norma in questione, ritenere che il r.f.s. sia riferibile anche al danno non patrimoniale. A riguardo di quest'ultimo, infatti, l'art. 2059 fa parola della possibilità, pur limitata di risarcimento, senza indicare quale forma essa debba assumere; altrettanto genericamente, senza distinguere tra danno patrimoniale e non, l'art. 2058 accorda al danneggiato il potere di domandare il risarcimento anche in forma specifica. A ben vedere, proprio un'interpretazione sistematica più avveduta induce a tale conclusione. Poiché l'art. 2059 prevede un risarcimento del danno senza ulteriore connotazione e poiché nelle norme precedenti tale risarcimento si rende alternativo in due forme, all'una e all'altra dovrà ritenersi che la norma intenda riferirsi».

<sup>51</sup> A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 173.

<sup>52</sup> G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., p. 762 ss.

L'evoluzione giurisprudenziale, che ha condotto ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ha determinato nuove giustificazioni ancora più incisive rispetto alla risarcibilità in forma specifica dei danni non patrimoniali. Il pregiudizio immateriale arrecato ai diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione deve necessariamente trovare tutela a prescindere dalle modalità risarcitorie attivabili<sup>53</sup>. Nello specifico, la limitazione del risarcimento in forma specifica ai soli danni patrimoniali sarebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché i pregiudizi immateriali conseguenti alla lesione di diritti inviolabili verrebbero diversamente considerati a seconda della modalità risarcitoria scelta<sup>54</sup>.

Una volta individuate le argomentazioni di ordine sistematico, volte a dare una giustificazione normativa rispetto all'applicabilità del risarcimento in forma specifica, si tratta di verificare come tale modalità risarcitoria possa trovare concreta applicazione rispetto ai danni non patrimoniali.

La prima considerazione riguarda i presupposti normativi legati all'applicabilità dell'istituto, a cui si è accennato precedentemente. Come previsto, infatti, dall'art. 2058 c.c. il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Il giudice può disporre, tuttavia, che il risarcimento avvenga solo per equivalente, là dove il rimedio risulti eccessivamente oneroso per il debitore. Quando si parla di impossibilità del risarcimento in forma specifica, ci si intende riferire generalmente a due ipotesi distinte, rappresentate dall'impossibilità materiale e dall'impossibilità giuridica. L'impossibilità materiale è strettamente connessa alla natura del bene, che è stato leso o sottratto. Il rimedio non sarà applicabile là dove si sia verificato il perimento, la sottrazione o la distruzione di un bene considerato come "unico", e, dunque, non perfettamente sostituibile con un altro appartenente al medesimo genere e alla medesima specie<sup>55</sup>. Si parla, invece, di impossibilità giuridica per indicare tutti i casi in cui la prestazione sia oggetto di uno specifico divieto normativo<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 176.

<sup>54</sup> A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 176: «Sarebbe contro l'idea di irragionevolezza dell'art. 3 Cost., il pensiero che beni immateriali elevati a rango di diritti inviolabili, una volta lesi, ricevano considerazione diversa a seconda che li si voglia risarcire pecuniariamente o in forma specifica, precludendo questa seconda via». Come messo, in evidenza dall'Autore, già prima della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., la risarcibilità in forma specifica dei danni non patrimoniali, conseguenti a diritti inviolabili, era stata considerata in contrasto con i principi costituzionali e, in particolar modo con l'art. 24 della Costituzione, che esprime il principio di effettività della tutela: v. G. CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., p. 789.

<sup>55</sup> P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Utet, Torino, 1998, p. 269, che riprende le argomentazioni di A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e risarcimento in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 156 ss.

<sup>56</sup> P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 269. Sul punto v., altresì, M. FRANZONI, *Sub art. 2058*, cit., p. 1125 ss., secondo il quale l'impossibilità giuridica del risarcimento in forma specifica riguarderebbe anche l'ipotesi in cui le spese di riparazione del bene superino il valore venale del bene, che sia fungibile e, dunque, facilmente reperibile sul mercato. In questo

Il concetto di impossibilità materiale, così delineato, non rileva rispetto al risarcimento in forma specifica dei danni non patrimoniali. Si è già visto precedentemente come l'infungibilità dei beni lesi non limiti l'applicabilità del rimedio, così come testimoniato dalle specifiche previsioni normative in materia. Nel caso in cui vengano lesi beni come la salute o l'onore di un soggetto non ha senso parlare di sostituzione del bene con un altro, ma di riparazione, perché il bene in sé non può considerarsi perso definitivamente, ma unicamente pregiudicato dalla condotta altrui<sup>57</sup>. Tuttavia, il risarcimento in forma specifica di tali beni non può mai determinare una reintegrazione totale del bene lesso, inteso come eliminazione completa del danno arrecato. Ad esempio, là dove venga disposto il risarcimento in natura del danno biologico mediante cure mediche, la riparazione non sarà mai in grado di eliminare completamente l'invalidità temporanea del soggetto danneggiato. Nello specifico, il pregiudizio sofferto dal danneggiato fino all'esito positivo del trattamento medico dovrà essere necessariamente risarcito in forma monetaria<sup>58</sup>. Uguali considerazioni possono essere fatte anche per quanto concerne la pubblicazione della sentenza di condanna *ex artt.* 120 c.p.c. e 186 c.p.<sup>59</sup> e della rettifica di cui all'art. 8 della legge n. 47 del 1948 (così come modificata per effetto delle leggi n. 416 e n. 689 del 1981)<sup>60</sup>, previste dal legislatore in caso di lesione all'identità per-

caso, il risarcimento in natura sarebbe giuridicamente impossibile, perché non consentirebbe la riparazione effettiva del danno.

<sup>57</sup> A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 174; sulla stessa linea già A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 242 ss.

<sup>58</sup> A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 174: «Di rado si potrà avere una soddisfazione completa dell'*Integritätsinteresse*: ad esempio, per il danno biologico, la riparazione in mediante cure mediche non sarà in grado di eliminare appieno l'invalidità temporanea: i farmaci possono elidere il pregiudizio psichico, riportando al pregresso stato di integrità, ma nel frattempo, e fino al positivo esito del trattamento, il soggetto ha sofferto un pregiudizio; dovrà intervenire il risarcimento monetario».

<sup>59</sup> Art. 120 c.p.c.: «Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, compreso quello derivante per effetto di quanto previsto all'articolo 96, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione, nelle forme specificamente indicate, in una o più testate giornalistiche, radiofoniche o televisive e in siti internet da lui designati. Se l'inserzione non avviene nel termine stabilito dal giudice, può procedervi la parte a favore della quale è stata disposta, con diritto a ripetere le spese dall'obbligato»; art. 186 c.p.: «Oltre quanto è prescritto nell'articolo precedente e in altre disposizioni di legge, ogni reato obbliga il colpevole alla pubblicazione, a sue spese, della sentenza di condanna, qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato».

<sup>60</sup> Art. 8, legge n. 47 dell'8 febbraio 1947: «Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a fare inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale. Per i quotidiani, le dichiarazioni o le rettifiche di cui al comma precedente sono pubblicate, non oltre due giorni da quello in cui è avvenuta la richiesta, in testa di pagina e collocate nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia cui si riferiscono. Per i periodici, le dichiarazioni o le rettifiche sono pubblicate, non oltre il secondo numero successivo

sonale, alla reputazione o all'onore<sup>61</sup>. È, infatti, opinione comune in dottrina che tali rimedi non siano in grado di ripristinare totalmente, in maniera specifica, i beni e gli interessi lesi<sup>62</sup> e che la parte di danno che non possa essere riparata in forma specifica, sia risarcita per equivalente<sup>63</sup>. Malgrado ciò, non è mai stata messa in dubbio l'adeguatezza del risarcimento in forma specifica rispetto alla lesione di tali beni, considerato che la loro natura personale rende di fatto impossibile la traduzione in termini monetari del danno subito<sup>64</sup>.

Maggiori questioni hanno sicuramente riguardato l'applicabilità del secondo presupposto, rappresentato dalla "non eccessiva onerosità" del risarcimento

alla settimana in cui è pervenuta la richiesta, nella stessa pagina che ha riportato la notizia cui si riferisce. Le rettifiche o dichiarazioni devono fare riferimento allo scritto che le ha determinate e devono essere pubblicate nella loro interezza, purché contenute entro il limite di trenta righe, con le medesime caratteristiche tipografiche, per la parte che si riferisce direttamente alle affermazioni contestate. Qualora, trascorso il termine di cui al secondo e terzo comma, la rettifica o dichiarazione non sia stata pubblicata o lo sia stata in violazione di quanto disposto dal secondo, terzo e quarto comma, l'autore della richiesta di rettifica, se non intende procedere a norma del decimo comma dell'articolo 21, può chiedere al pretore, ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile, che sia ordinata la pubblicazione. (...)».

<sup>61</sup> Per una bibliografia essenziale sul tema, oltre alle opere generali (e per ulteriori riferimenti A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 179 ss.): E. COLUCCI, *Riflessioni in tema di rettifica quale forma di «reintegrazione»*, in *Giur. mer.*, 1981, p. 1174 ss.; M. DI MATTIA, nota a Cass., 24 novembre 2010, n. 23835, in *Dir. inf.*, 2011, p. 231 ss.; G. GIACCHERO, *Luci e ombre in materia di rettifica nell'illecito di diffamazione a mezzo stampa*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2001, p. 121; Jorio, *La pubblicità della sentenza come mezzo di risarcimento del danno*, in *Dir. giur.*, p. 281; V. MELI, *La pubblicazione della sentenza nei procedimenti in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2001; V. RICCIUTO, *Diritto di rettifica, identità personale e danno patrimoniale all'uomo politico*, nota a Trib. Roma, 7 novembre 1984, in *Dir. inf.*, 1985, p. 215 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Prime applicazioni delle nuove norme in materia di rettifica: innovazioni, conferme e di dubbi*.

<sup>62</sup> Sul tema: G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, cit., p. 70 ss.: «(...) riesce difficile credere che la pubblicazione della sentenza di condanna o la rettifica possano realmente ripristinare in maniera, appunto, specifica beni e/o interessi quali l'onore, la reputazione, l'identità personale o comunque ogni altro elemento che concorra ad identificare la personalità del soggetto o a salvaguardare intorno ad essa una certa sfera di riservatezza». L'Autrice mette, altresì, in evidenza come tali rimedi potrebbero addirittura risultare controproducenti, perché potrebbero ulteriormente divulgare delle notizie, rispetto alle quali si voglia mantenere il riserbo. Più recentemente: A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 177; v. già sul problema le considerazioni di L. MONTESANO, *Sulla riparazione del danno aquiliano a bene non patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1023 ss., che motiva su queste considerazioni la necessità di ricorrere ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. L'Autore ritiene, nello specifico che nessuna sanzione può essere in grado di riparare completamente al danno derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona. Di conseguenza, l'attesa della condanna seguendo il procedimento ordinario di cognizione aggraverebbe non farebbe altro che aggravare la situazione di pregiudizio in capo al soggetto leso.

<sup>63</sup> Sul tema, tra gli altri: A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 332 e M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, cit., p. 468.

<sup>64</sup> G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, cit., p. 73 ss. che riprende quanto già affermato da L. MONTESANO, *Sulla riparazione del danno aquiliano a bene non patrimoniale*, cit., p. 1019, secondo il quale: «Devono, da un lato, rimanere del tutto estranee alla materia in esame condanne risarcitorie quantificate secondo i criteri economici o "equitativi" di valutazione del danno dettati negli artt. 1223, 1226, 2056 c.c.».

del risarcimento, che, come ampiamente evidenziato, si verifica in tutti i casi in cui il sacrificio economico di tale rimedio non superi in maniera eccessiva il valore da corrispondere in base al risarcimento per equivalente.

Una parte della dottrina muove dall'idea per cui il risarcimento in forma specifica costituisca la sola possibilità di riparazione dei danni derivanti dalla lesione di beni o interessi non patrimoniali. In virtù di ciò, l'applicazione di tale presupposto, che potrebbe rendere inoperante il rimedio, deve essere totalmente esclusa. Di conseguenza, a differenza di quanto avvenga nel caso in cui sia lesa un bene di natura patrimoniale, il Giudice dovrà scegliere la reintegrazione in forma specifica meno gravosa per il soggetto responsabile, ma non potrà mai escluderla perché eccessivamente onerosa, a meno di determinare l'applicabilità del risarcimento per equivalente e privare così «(...) il diritto soggettivo su bene non patrimoniale di ogni tutela sua propria<sup>65</sup>».

Questa impostazione è stata, però, parzialmente contestata. Sebbene il risarcimento in forma specifica rappresenti la modalità di tutela più adeguata in tale ambito, non può ammettersi tuttavia l'inoperatività del limite dell'eccessiva onerosità. La sua disapplicazione, infatti, andrebbe a discapito della sua funzione, che è quella di «contenere nella ragionevolezza i costi della riparazione in forma specifica<sup>66</sup>». In caso di danno non patrimoniale, il Giudice dovrà verificare la non eccessività onerosità del rimedio attraverso un confronto tra il rango del bene lesa ed i costi da sostenere per la sua riparazione in forma specifica<sup>67</sup>. Trattandosi di pregiudizi di natura personale, il metro di valutazione dovrà essere, ovviamente, meno rigoroso rispetto all'ipotesi in cui entrino in gioco pregiudizi di natura prettamente economica<sup>68</sup>. Il tipo di raffronto così proposto non riguarderà l'entità del danno non patrimoniale subito, bensì il rango dell'interesse lesa e i costi necessari per la sua reintegrazione in forma specifica<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> L. MONTESANO, *Sulla riparazione del danno aquiliano a bene non patrimoniale*, cit., p. 1021.

<sup>66</sup> A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 252.

<sup>67</sup> A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 248: «Quando il danno abbia natura non patrimoniale, l'eccessiva onerosità andrà quindi dedotta dal raffronto tra il rango del bene lesa ed i costi da sostenere per la sua riparazione in natura (...). Quando risulti una vistosa sproporzione tra i due termini della comparazione, il limite dell'eccessiva onerosità non può che entrare in azione escludendo l'operatività del rimedio in natura; in caso contrario l'offeso potrà vedere riparato in forma specifica il danno patrimoniale subito». Alla base di questa impostazione vi è l'idea per cui l'articolo 2058 c.c. non sia direttamente applicabile ai danni non patrimoniali in virtù del limite suddetto. Si propone, pertanto, un'interpretazione estensiva dell'articolo 2058, comma 2, c.c. Più recentemente A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 133 ha ritenuto che la limitazione dell'eccessiva onerosità ai soli danni patrimoniali determinerebbe un'interpretazione teleologica riduttiva della norma.

<sup>68</sup> A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 250: «I criteri per valutare la ragionevolezza dei costi saranno così più rigorosi quando si tratti di riparare un'autovettura piuttosto che nell'ipotesi in cui si debba procedere alla tutela contro attacchi a valori personali».

<sup>69</sup> Sul tema v. i rilievi di A. GNANI, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 178, che considera, il limite dell'eccessiva onerosità come espressione del principio di buona fede (p. 123 ss.).

### 5. L'ammissibilità di misure atipiche: la posizione della dottrina e della giurisprudenza

Una delle questioni più dibattute, cui si è fatto cenno nella parte introduttiva, riguarda la possibilità per il Giudice di adottare delle misure atipiche di risarcimento in forma specifica. Si tratta di un quesito di particolare importanza, tenuto conto del fatto che tale rimedio rappresenta lo strumento più adeguato di riparazione in caso di lesione di diritti inviolabili e considerando, altresì, l'esiguità dei rimedi previsti dal legislatore, ricompresi nell'ambito del risarcimento in forma specifica.

Sebbene, i riferimenti giurisprudenziali siano piuttosto esigui, è possibile individuare due pronunce particolarmente significative sotto tale aspetto.

La prima sentenza risale agli anni Novanta del secolo scorso. Si tratta di un'ordinanza del Pretore di Genova<sup>70</sup> con cui era stata ordinata in via cautelare la cancellazione di alcune affermazioni, contenute in un verbale del consiglio di amministrazione di una società, perché considerate lesive della reputazione e dell'onore degli *ex* amministratori. Tale ordinanza ha rappresentato una fonte di discussione piuttosto accesa in sede dottrinale, per quanto concerne l'utilizzazione in via cautelare del risarcimento in forma specifica<sup>71</sup> e, sotto il profilo che maggiormente interessa il presente lavoro, per l'inserimento della cancellazione tra le modalità di risarcimento *ex art. 2058 c.c.*

Il Pretore muove dall'idea per cui la cancellazione di espressioni sconvenienti ed offensive, già disciplinata in altri ambiti dell'ordinamento giuridico (artt. 89 c.p.c. e 598 c.p.), è espressione di una regola generale, «*che si appalesa come la sanzione civilistica specifica dei casi in cui lo scritto costituisce una illegittima violazione del diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.) all'onore e alla reputazione, nonché come la più idonea riparazione applicabile a tali casi a norma dell'art. 2058 c.c.*». Dalle parole del Pretore emerge l'esistenza di un collegamento tra l'art. 2 della Costituzione e l'art. 2058 c.c., che si pone come rimedio generale adeguato a reintegrare l'interesse o il bene leso dal fatto dannoso, in corrispondenza con l'orientamento generale in materia<sup>72</sup>. Non sussistono, inoltre, dubbi in dottrina sulla qualificazione della cancella-

<sup>70</sup> Pret. Genova, ord. dell'8 marzo 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, con nota di R. FRAU, *Provvedimenti d'urgenza e tutela della personalità*, in *Giur. it.*, 1992, c. 10, con nota di F. MONTALDO, in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, p. 195, con nota di R. BIANCO, *La tutela dell'immagine di amministratori di società revocati attraverso il risarcimento in forma specifica*;

<sup>71</sup> Sul punto v. le osservazioni di G. CECCHERINI, *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova modalità di tutela?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 78 ss., secondo la quale l'utilizzo della tutela cautelare riapre la discussione riguardante il fondamento della distinzione tra forme e tecniche di tutela restitutoria, cui sarebbe riconducibile l'inibitoria – e dunque anche i provvedimenti urgenti e cautelari – e la tutela risarcitoria, alla quale dovrebbe comunque ricondursi sia il risarcimento per equivalente, sia la reintegrazione in forma specifica; tali osservazioni sono riprese da C. EBENE COBELLI, *Risarcimento in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 485 ss.

<sup>72</sup> C. EBENE COBELLI, *Risarcimento in forma specifica*, cit., p. 668.

zione come risarcimento in forma specifica. Con la cancellazione, infatti, viene eliminato il risultato materiale del comportamento illecito, rimuovendo in tal modo lo stato di cose antiggiuridico e ricostituendo, così, la situazione anteriore rispetto al verificarsi dell'evento dannoso<sup>73</sup>.

Questa pronuncia rappresenta sicuramente un primo punto di svolta rispetto alla possibilità di applicare delle misure atipiche di risarcimento in forma specifica, in tutti quei casi in cui la tutela per equivalente non sarebbe adeguata rispetto alla tipologia di beni lesi. Viene, dunque, prospettata una situazione di discrezionalità del giudice, rispetto alla possibilità di individuare il provvedimento più adeguato al caso concreto.

La seconda sentenza, emessa dal GUP del Tribunale di Roma<sup>74</sup>, è, invece, tristemente nota perché legata ad un caso di prostituzione minorile, che ha ricevuto notevole attenzione da parte degli organi di stampa. La pronuncia si caratterizza per alcuni punti chiave, attinenti principalmente agli aspetti di natura processuale, che coinvolgono i poteri attribuiti al Giudice, nonché alla funzione del risarcimento in forma specifica rispetto alla commissione di alcuni reati peculiari. Nello specifico, il GUP ha affermato che il risarcimento per equivalente non sia applicabile alla richiesta di risarcimento del danno morale, derivante dalla commissione del reato di cui all'art. 600 *bis*, comma 2, c.p., che disciplina lo sfruttamento della prostituzione. La lesione alla dignità e libertà individuale, perpetuata attraverso il suddetto reato, non è monetizzabile e, nel caso in cui ciò avvenisse, si aggraverebbero e procrastinerebbero le conseguenze dannose subite dalla vittima<sup>75</sup>. Il denaro rappresenta, infatti, lo strumento attraverso il quale l'imputato ha reso la vittima una merce, negandole di essere una persona unica ed irripetibile. La scelta del risarcimento in forma specifica viene, altresì, giustificata alla luce dei principi costituzionali volti alla tutela della dignità umana, e della normativa europea, tesa a proteggere le vittime di reato dalla cosiddetta "vittimizzazione secondaria"<sup>76</sup>. Alla luce di tali esigenze, il GUP ha condannato l'imputato all'acquisto di li-

<sup>73</sup> G. CECCHERINI, *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova modalità di tutela?*, cit., p. 80 ss.

<sup>74</sup> Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2048.

<sup>75</sup> «Il valore del bene violato dal fatto illecito, cioè la dignità e la libertà individuale della vittima, nel caso di specie, proprio alla luce delle parole chiare, in più riprese ribadite da Laura, di avere avuto come principale parametro valoriale ed unità di misura il denaro, strumento necessario per comprare qualsiasi cosa non necessaria, per il quale è stata disposta anche a distruggere la propria adolescenza ("a me sti anni non me li ridarà mai più nessuno") non è monetizzabile da parte dell'Autorità giudiziaria se non con il rischio di aggravare e procrastinare, paradossalmente proprio attraverso lo strumento risarcitorio che ha finalità compensative della vittima, le conseguenze stesse del reato commesso dall'imputato».

<sup>76</sup> «Un risarcimento liquidato in termini (esclusivamente o principalmente) economici, come chiesto dalla parte civile ed in mancanza di qualsiasi allegazione sul punto, contrasterebbe con l'obbligo dell'Autorità giudiziaria di impedire la vittimizzazione secondaria perché accrescerebbe e confermerebbe (...) la convinzione che, anche per lo Stato, il suo valore non è la sua unicità e dignità di persona, in quanto tale non monetizzabile e non compensabile, ma è, ancora una volta, un valore quantificabile ed indennizzabile solo attraverso il denaro cioè lo

bri e film, indicati specificatamente in sentenza, che consentano alla vittima di appropriarsi e acquisire consapevolezza della propria dignità umana come persona e come donna. Questa condanna, come messo in luce dalla sentenza, non guarda solamente alla vittima, ma svolge una funzione rieducativa anche rispetto all'imputato stesso<sup>77</sup>.

Dal punto di vista processuale, è necessario sottolineare come la pronuncia riconosca un largo margine di discrezionalità al Giudice rispetto alla scelta della modalità risarcitoria. Nel caso specifico, infatti, era stata presentata una semplice domanda di risarcimento del danno morale subito dalla vittima, senza alcuna indicazione circa la modalità risarcitoria prescelta. Basandosi su alcune pronunce della Corte di Cassazione, il GUP ha ritenuto che, là dove la domanda formulata dalla parte civile non indichi specificatamente la forma di risarcimento – per equivalente oppure in forma specifica – il Giudice possa applicare la modalità risarcitoria che ritenga più adeguata rispetto al fatto oggetto del giudizio<sup>78</sup>. Di conseguenza, la scelta del risarcimento in forma specifica, secondo le modalità indicate, trova una propria giustificazione non solamente sul piano dei valori lesi, ma anche dal punto di vista prettamente processuale.

Sebbene si collochino in epoche lontane tra di loro, le due pronunce sono accomunate dalla possibilità per il Giudice di scegliere la modalità risarcitoria più appropriata e adeguata rispetto alla fattispecie concreta, dal rifiuto del risarcimento per equivalente legato ad una monetizzazione del danno non patrimoniale e dal chiaro riferimento ai valori costituzionali quale fondamento normativo della tutela accordata al danneggiato.

Il problema dell'atipicità delle misure adottabili *ex art. 2058 c.c.* si colloca indietro nel tempo. Già sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso, un

strumento attraverso il quale l'imputato l'ha resa una merce, negandole il riconoscimento di essere una persona unica ed irripetibile».

<sup>77</sup> «La mera applicazione dei principi costituzionali e dell'Unione Europea nella materia risarcitoria e di tutela dei minori, come sopra indicati, consente che l'imputato utilizzi il denaro non per acquistare prestazioni sessuali da un'adolescente vulnerabile, ma per acquistare libri e film il cui contenuto lo costringe a confrontarsi con il reato commesso in cui l'uomo usa ed abusa del corpo delle donne in modo sopraffattivo, si serve delle minorenni come meri intrattenimenti sessuali».

<sup>78</sup> «Il Giudice di legittimità ha infatti precisato che qualora anche la reintegrazione in forma specifica consista nella dazione di una somma di denaro (ad esempio quella necessaria per la riparazione dei danni provocati ad un autoveicolo in seguito ad un sinistro stradale), la differenza tra riparazione in forma specifica e risarcimento per equivalente consiste nel fatto che, nel primo, la somma dovuta è parametrata ai costi occorrenti per la riparazione, mentre nel secondo è riferita alla differenza tra il bene integro, nel suo stato originario ed il bene leso e danneggiato (cfr. Cass. Civ., Sez. I, n. 5993 del 1997). Se trasponiamo dette coordinate ermeneutiche al caso in esame, si può concludere che la domanda in questa sede formulata dalla parte civile, concernente genericamente la dazione di € 20.000,00 in proprio favore, nulla specifichi in ordine alla forma di risarcimento (in forma specifica o per equivalente), tanto da consentire alla giudice, in applicazione dei principi generali del diritto civile, di ritenere più adeguato al fatto oggetto del giudizio il risarcimento del danno in forma specifica, proprio in quanto l'imputato ha commesso il reato di prostituzione minorile così ledendo un diritto un diritto assoluto costituzionalmente garantito come la libertà individuale».

Autore aveva teorizzato la necessità di superare la prevalenza di fatto del rimedio risarcitorio per equivalente, estendendo, al contempo, il risarcimento in forma specifica a qualsiasi prestazione adeguata o, addirittura necessaria in caso di incongruità del rimedio pecuniario, a reintegrare l'interesse leso<sup>79</sup>. Di conseguenza, qualsiasi prestazione poteva formare oggetto di condanna alla reintegrazione in forma specifica, purché astrattamente deducibile in obbligazione. Unico limite di ammissibilità veniva individuato nella "non eccessiva onerosità", intesa, questa volta, come necessaria proporzionalità tra il sacrificio imposto al danneggiante e l'entità dell'interesse leso<sup>80</sup>. Questa posizione teneva conto dell'evolversi del sistema della responsabilità civile, non più ancorato esclusivamente al danno meramente patrimoniale, e presupponeva il superamento del tradizionale collegamento tra tutela risarcitoria ed esecuzione in forma specifica. Infatti, il classico parallelismo tra sentenza di condanna e possibilità di esecuzione forzata portava a circoscrivere esclusivamente la tutela reintegratoria alla sola sfera possessoria del soggetto danneggiato. In virtù di ciò, la prestazione di *facere* addebitata al danneggiante poteva consistere unicamente nella riparazione/sostituzione del bene danneggiato<sup>81</sup>.

Queste argomentazioni nascono, però, dall'esigenza di individuare nel risarcimento in forma specifica il fondamento di una tutela inibitoria atipica, individuando il danno in qualsiasi situazione anti-giuridica perdurante nel tempo e nel risarcimento qualsiasi prestazione che il Giudice ritenga di ordinare per far cessare tale situazione<sup>82</sup>. Si tratta, dunque, di una costruzione interpretativa del tutto slegata rispetto alle necessità di tutela degli interessi non patrimoniali, ma che presenta un'impostazione generale che potrebbe essere applicata anche in questo ambito.

<sup>79</sup> M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto impr.*, 1987, p. 108.

<sup>80</sup> M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 110: «(...) non dovrebbero ravvisarsi ostacoli ad ammettere che una qualsiasi prestazione possa costituire oggetto della condanna di reintegrazione ex art. 2058 c.c., purché astrattamente deducibile in obbligazione secondo i principi. Il limite all'ammissibilità può essere visto, sul piano sostanziale, nella disposizione del secondo comma dell'art. 2058, intesa estensivamente: il giudice dovrà ammettere una prestazione di *facere* reintegratoria se e in quanto il sacrificio, imposto al responsabile, sia proporzionato all'entità dell'interesse leso».

<sup>81</sup> M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto impr.*, 1987, p. 109 ss. Nello specifico, l'Autore distingue in maniera netta il profilo risarcitorio da quello meramente esecutivo. Nel primo caso, il Giudice è chiamato in sede di cognizione a determinare un'obbligazione idonea a compensare il danno subito. Come nel risarcimento per equivalente si ha un'obbligazione pecuniaria di fonte giudiziale, così deve ritenersi per la reintegrazione in forma specifica. Il fatto che l'ordinamento preveda degli strumenti coattivi diretti o indiretti per l'attuazione della prestazione rappresenta una questione completamente diversa rispetto all'oggetto della prestazione prevista dal Giudice. L'Autore porta ad esempio l'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro. In questo caso, il provvedimento del Giudice trasforma in prestazione quello che potrebbe configurarsi unicamente come onere di cooperazione del datore di lavoro all'altrui adempimento, anche se scontato, secondo quanto da lui riferito, che l'obbligo rimanga in tutto o in parte suscettibile di esecuzione specifica.

<sup>82</sup> Sul punto v. l'analisi di C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 281 ss.

Alcuni Autori, però, non hanno accolto l'idea di atipicità delle misure risarcitorie, perché in questo modo si supererebbe il principio generale di incoercibilità degli obblighi di fare, contravvenendo così al principio costituzionale di cui all'art. 23, che sancisce la riserva di legge in materia di prestazioni personali o patrimoniali. L'articolo 2058 c.c. si trasformerebbe, di conseguenza, in una norma generale di delega al potere giudiziario, determinando così la possibilità di imporre dei comportamenti futuri ai soggetti privati, ancorché autori di condotte illecite<sup>83</sup>. Sembrerebbe, però, che l'unica ipotesi in cui tale potere possa essere riconosciuto riguardi proprio i pregiudizi di natura non patrimoniale, legati alla lesione di diritti personali<sup>84</sup>. La necessità di apprestare una tutela adeguata a tali bisogni sembrerebbe, dunque, autorizzare l'esercizio di un potere discrezionale in capo al Giudice, che in altri casi deve essere totalmente escluso.

Nella seconda sentenza in esame, non ci troviamo solamente di fronte ad una misura atipica di risarcimento in forma specifica, adottata tenendo conto dell'incongruità del risarcimento per equivalente nel caso concreto e, dunque, in linea con l'orientamento generale in materia, ma il Giudice ha disposto il risarcimento in forma specifica, pur in assenza di una domanda specifica da parte del danneggiato. In questo modo, il Giudice come sottolineato da una parte della dottrina, non avrebbe rispettato il principio della domanda che governa la scelta del risarcimento in forma specifica e che è chiaramente espresso dal legislatore nella formulazione dell'art. 2058 c.c.<sup>85</sup>.

A motivazione di tale scelta da parte del GUP, vi sarebbe l'assenza di qualsiasi indicazione da parte del danneggiato circa la modalità risarcitoria prescelta, che giustificerebbe la sua discrezionalità rispetto all'individuazione del

<sup>83</sup> M. BARCELLONA, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 629 ss.; in linea sul tema v. anche C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 597 ss.

<sup>84</sup> M. BARCELLONA, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, cit., p. 629 ss. e 632 ss.

<sup>85</sup> C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., p. 958: «Non sembra, perciò, conforme a tale regola una recente sentenza, che ha inteso decidere da sé non solo la modalità nella quale, in relazione al fatto concreto il r.f.s. doveva svolgersi da parte del danneggiante, ma pure la scelta della modalità risarcitoria, arbitrariamente (in assenza di una domanda in tal senso del danneggiato) convertita da quella ordinaria per equivalente in quella in forma specifica, evidentemente in ossequio a un'idea rieducativa che nonostante le buone intenzioni (...) non sembra propria del diritto civile». In giurisprudenza: Cass., 18 gennaio 2002, n. 552 («L'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, invece della richiesta reintegrazione in forma specifica, non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in quanto il risarcimento per equivalente, che il giudice del merito può disporre anche d'ufficio, nell'esercizio del suo potere discrezionale, costituisce un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica, sicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica; per contro non è consentito al giudice, senza violare l'art. 112 c.p.c., ove sia stato richiesto il risarcimento per equivalente, disporre la reintegrazione in forma specifica, non compresa, neppure per implicito, in quella domanda così proposta»); Cass., 25 luglio 1997, n. 6985; sul piano penale: Cass. Pen., 3 marzo 1986 in *Riv. pen.*, 1986, p. 188.

rimedio più adatto al caso concreto, sebbene il riferimento giurisprudenziale concretamente indicato non sembrerebbe, peraltro, giustificare la sussistenza di un potere di questo tipo<sup>86</sup>. L'unico potere discrezionale riconosciuto normativamente al Giudice rimane, dunque, quello previsto dall'art. 2058, comma 2, c.c., che consente di disporre d'ufficio il risarcimento per equivalente, là dove il risarcimento in forma specifica sia eccessivamente oneroso per il debitore, senza incorrere in una violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato<sup>87</sup>.

Tuttavia, la scelta del GUP rispetto all'applicazione del risarcimento in forma specifica, seppur in assenza di una domanda da parte del danneggiato, e l'individuazione di una misura atipica, che appare, comunque, potenzialmente idonea ad eliminare le conseguenze dannose, sono strettamente connesse al valore del bene leso, che esclude qualsiasi monetizzazione del danno. Il rango costituzionale del diritto leso porta, dunque, ad ampliare i poteri del Giudice alla ricerca degli strumenti e dei mezzi maggiormente idonei a tutelare la vittima del reato, aprendo così la strada al diritto vivente.

## 6. Segue: risarcimento del danno e rischio di vittimizzazione secondaria

Nella sentenza del GUP di Roma precedentemente esposta, si è visto come la tipologia di reato porti ad escludere totalmente l'applicabilità del risarcimento per equivalente, individuando nel risarcimento in forma specifica e, in special modo, in una misura atipica, lo strumento più adatto a tutelare la dignità della vittima.

Come già accennato precedentemente, l'attenzione del GUP è rivolta al rischio di vittimizzazione secondaria della minore, legato all'applicazione del risarcimento in forma monetaria<sup>88</sup>. Il fenomeno della vittimizzazione seconda-

<sup>86</sup> Si tratta della sentenza della Cassazione del 23 ottobre 1984, n. 5398, pubblicata su *Giur. it.*, I, 1985, c. 440 ss.

<sup>87</sup> L'esercizio di tale potere non lede il principio di cui all'art. 112 c.p.c. della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, considerato che, come sottolineato dalla giurisprudenza, il risarcimento per equivalente costituirebbe un *minus* rispetto al risarcimento in forma specifica e, di conseguenza, è implicito nella richiesta stessa di risarcimento in forma specifica.; si tratta di un principio, ormai assodato in ambito giurisprudenziale, v. tra le altre: Cass., 8 gennaio 2013, n. 259, cit.; Cass., 15 luglio 2005, n. 15021, cit.; Cass., 8 marzo 2006, n. 4965, cit.; nel merito tra le più recenti: App. Milano, 15 ottobre 2018, n. 4484, in banca dati *DeJure*, *Giuffrè*. Sul punto, anche se non recente, v. le considerazioni di C. EBENE COBELLI, *Risarcimento in forma specifica*, in G. ALPA – M. BESSONE (diretta da), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. sist. Bigiavi*, V, Utet, Torino, 1987, p. 371 ss.

<sup>88</sup> Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266, cit.: « Laura (*nome di fantasia*), per come risulta dagli atti presenti nel fascicolo processuale e sopra riportati, è un'adolescente a rischio di "vittimizzazione secondaria" proprio perché particolarmente vulnerabile, priva di strumenti culturali e di sostegni familiari; con un vissuto segnato da un'esperienza prostitutiva non occasionale, ma consistita in una vera e propria attività lavorativa con decine e decine di clienti che l'hanno scelta essenzialmente per la sua minore età; con un livello di autostima talmente basso da farle ritenere

ria indica, in linea generale, una condizione ulteriore di sofferenza e oltraggio che la vittima del reato subisce a causa di un atteggiamento di insufficiente attenzione o negligenza da parte delle c.d. agenzie di controllo formale, tra cui forze di polizia e organi giudiziari, nella loro fase di intervento. In forza di questa situazione, la vittima subisce ulteriori conseguenze negative dal punto di vista psicologico<sup>89</sup>, che vanno ad aggiungersi ai danni diretti subiti per effetto del reato<sup>90</sup>.

L'esigenza di protezione della vittima anche in relazione al rischio di vittimizzazione secondaria, di cui si è detto, trova una propria collocazione a livello normativo nella direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostituendosi alla decisione quadro 2001/220/GAI. Tale direttiva è stata poi successivamente adottata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. del 15 dicembre 2015, n. 212. Il legislatore europeo si è mosso in una nuova prospettiva per quanto concerne il concetto stesso di reato, che non è più visto solamente come un torto alla società, ma come una violazione dei diritti individuali della vittima. Quest'ultima prima di essere tale è un soggetto di diritti, diritti lesi per effetto della condotta delittuosa. Muovendo da tale presupposto, l'obiettivo della direttiva è quello di garantire la vittima del reato sotto tre aspetti principali: l'informazione e il sostegno, la partecipazione al procedimento penale, la protezione generale e specifica<sup>91</sup>.

Tra le principali preoccupazioni del legislatore europeo vi è sicuramente il rischio della vittimizzazione secondaria, che risulta particolarmente grave, soprattutto in relazione a determinate categorie di soggetti espressamente individuati, quali i minori e i disabili, le vittime di particolari tipologie di reato: tratta di esseri umani, terrorismo, criminalità organizzata, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o sfruttamento sessuale e crimini d'odio. Si tratta di un fenomeno che, secondo la direttiva, è, comunque, possibile prevenire anche provvedendo ad un'adeguata formazione di tutti gli operatori destinati ad entrare in contatto con le vittime, in maniera tale che siano sensibilizzati alle loro esigenze e siano in grado di operare secondo i loro bisogni<sup>92</sup>.

di non avere altro genere di futuro (...); con un contesto valoriale fondato esclusivamente sul denaro e sul suo potere incoercibile».

<sup>89</sup> G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. criminol. vittimol. secur.*, 2011, n. 3, p. 54.

<sup>90</sup> Le conseguenze dirette del reato, dunque, i danni che sono riferibili direttamente al reato costituiscono, invece, la c.d. vittimizzazione primaria (sulle diverse forme di vittimizzazione, v. tra gli altri: M. MONZANI, *Il modello circolare di vittimizzazione*, Key Editore, Milano, 2019, p. 103 ss.).

<sup>91</sup> V. le osservazioni di A. DIAMANTE, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

<sup>92</sup> V. anche per i riferimenti normativi specifici: S. C. CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

Come messo ben in luce dal GUP di Roma, la protezione della vittima sotto il profilo della vittimizzazione secondaria trova una propria legittimazione anche attraverso l'interpretazione dei principi costituzionali e di quanto stabilito dalla CEDU, dove occupa una posizione centrale il diritto fondamentale alla dignità umana. In base a tale interpretazione, l'obiettivo centrale dell'intervento giudiziario in caso di illecito penale è quello di non aggravare la situazione di pregiudizio patita dalla vittima, ma di restituirla, attraverso le forme più adeguate, la dignità violata per effetto della condotta delittuosa<sup>93</sup>.

Sulla base di queste argomentazioni, il GUP di Roma ritiene che il risarcimento per equivalente sia inadeguato rispetto ai principi sopra esposti. Infatti, la condanna in forma monetaria determinerebbe in concreto una condizione di vittimizzazione secondaria della minore. Il denaro rappresenterebbe un elemento costitutivo della fattispecie penale oggetto di condanna, e, al contempo, l'oggetto della prestazione risarcitoria<sup>94</sup>. In questo senso, la condanna al risarcimento per equivalente, così come richiesto dalla vittima, aggraverebbe le conseguenze psicologiche del reato, perché quest'ultima continuerebbe a sentirsi come una merce di scambio e ciò, paradossalmente, per effetto di una sua domanda specifica. Il denaro non potrebbe mai recuperare e ricostituire quella dignità che la vittima minorene ha perso, soprattutto alla luce della tipologia di reato di cui è purtroppo protagonista.

Il risarcimento in forma specifica, secondo le modalità individuate dal GUP, sarebbe, al contrario, la forma di risarcimento più adatta al caso specifico alla luce delle esigenze di protezione della vittima e della tipologia di reato. In particolare, il GUP evidenzia la continuità tra la soluzione adottata e le ipotesi di risarcimento in forma simbolica, ricordando la vicenda tristemente nota del Tribunale di Latina. Nella fattispecie, risalente alla fine degli anni Settanta, la vittima di violenza sessuale, costituitasi parte civile, aveva richiesto il risarcimento del danno nella misura simbolica di una lira, evidenziando la non monetizzabilità e quantificabilità della sua dignità di persona. I ragionamenti ricostruiti in tale sede ripercorrono, secondo il GUP, le stesse motivazioni che spingono a scegliere il risarcimento in forma specifica come la misura più idonea a tutelare la vittima nella fattispecie in esame<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266, cit., par. 4.5.

<sup>94</sup> Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266, cit., par. 4.6.

<sup>95</sup> Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266, cit., par. 4.6. È utile a questo proposito rimarcare quanto messo in evidenza da una parte della dottrina civilistica che si è occupata del tema. In alcune situazioni, come nei reati di violenza sessuale o di ingiuria, si verifica una situazione in cui al danneggiato ripugna l'idea di trarre un'utilità dalla lesione di diritti non monetizzabili. Di conseguenza, in questi casi, la semplice condanna all'obbligazione riparatoria – a prescindere dal quantum – e, di conseguenza, il riconoscimento di una condotta riprovevole, appare sufficiente per tutelare gli interessi lesi del danneggiato. La scelta del risarcimento in forma simbolica è, dunque, rimessa esclusivamente al danneggiato (G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, p.435 ss., e, in particolare, pp. 437-438; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., p. 250; sul tema in generale del risarcimento in forma simbolica e ivi per riferimenti dottrinali,

Alla luce di ciò, è possibile, dunque, affermare che la discrezionalità manifestata dal GUP e criticata da una parte della dottrina civilistica, troverebbe, comunque, la propria ragione di essere nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali di tutela della dignità umana e di protezione della vittima di reato.

*Abstract* [Ita]

Il risarcimento in forma specifica è considerato il rimedio più adeguato alla risarcibilità degli interessi di natura non patrimoniale, derivanti dalla lesione di diritti costituzionalmente garantiti. L'utilizzo del risarcimento in forma specifica a tutela di diritti costituzionalmente garantiti dà luogo, tuttavia, a diverse problematiche, riguardanti principalmente l'esistenza di un potere discrezionale in capo al Giudice e la possibilità di prevedere delle misure atipiche di risarcimento. Sono poche le sentenze sul tema, ma tra i provvedimenti più recenti si segnala una recente pronuncia del GUP del Tribunale di Roma, riguardante un noto caso di prostituzione minorile, che si caratterizza per l'estrema originalità della misura risarcitoria imposta.

*Parole chiave:* risarcimento in forma specifica; diritti inviolabili; potere discrezionale del Giudice; misure atipiche; danni non patrimoniali.

*Abstract* [Eng]

Restitution shall be considered as the most appropriate remedy for non-economic damages arising from the violation of constitutional rights. However, the restitution gives rise to several problems, concerning the existence of a judicial discretion and the possibility of providing for atypical compensation measures. There are few judgments on this subject, but one of the most recent measures is a recent ruling by the Criminal Court of Rome, concerning a well-known case of child prostitution, which is characterized by the extreme originality of the compensatory measure.

*Keywords:* restitution; constitutional rights; judicial discretion; atypical compensation measures; non-economic damages.