

Remo Martini

Sul risarcimento del «danno morale» in diritto romano (*)

1. In una recente voce enciclopedica, dedicata al «danno morale» il Bonilini¹ dà per scontato che per esso in diritto romano sarebbe stata prevista una «sicura possibilità riparatoria».

La cosa non è nuova. Come si legge in una ampia ricerca svolta nel 1904 dal Marchi (e che è rimasta praticamente l'unica in materia)² anche in quel tempo i civilisti ritenevano³ che «in diritto romano fosse ammesso il risarcimento del danno morale». Ma ciò essi deducevano principalmente dal regime dell'*actio iniuriarum*, non tenendo sufficientemente conto, come metteva già in luce lo stesso Marchi, della necessità di non confondere fra pena e risarcimento.

Su ciò tuttavia ritorneremo fra poco.

Come prima cosa vorrei fare qualche notazione circa la storia del nostro sistema normativo.

Nella già ricordata voce enciclopedica – come del resto ovunque si tratti il tema del danneggiamento – si mette in luce come per il combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e 185 c.p. viga da noi un principio positivo, ma al tempo stesso restrittivo, in ordine alla risarcibilità del cd. danno morale o, per dirla con le parole dei codici, del danno «non patrimoniale». E ciò nel senso appunto che la risarcibilità di tale danno, che in altra voce sul «danno alla persona» viene indicato dal Monateri⁴ come danno da sofferenza senza riflessi patrimoniali, sarebbe ammessa sì, ma limitatamente alla ipotesi di illecito penale. Nell'ultima voce di cui si diceva viene infatti esposta dal Monateri la seguente interessante distinzione fra: 1°) danno alla salute psico-fisica con riflessi patrimoniali; 2°) danno alla salute psico-fisica senza riflessi patrimoniali; 3°) danno da sofferenza con riflessi patrimoniali; 4°) danno da sofferenza senza riflessi patrimoniali. Il 1° e il 3° troverebbero la loro tutela nell'art. 2043 c.c.; il 2° sarebbe da identificare con il cd. danno biologico (che è com'è noto una recente creazione giurisprudenziale e dottrinale) e il 4° sarebbe appunto il «danno morale» di cui all'art. 2059.

Per ritornare alla prima voce enciclopedica, quella del Bonilini, vorrei segnalare tuttavia un'interessante affermazione del suo autore, secondo cui basterebbe abrogare l'art. 2059 c.c. (di cui si è tentato vanamente di far dichiarare l'incostituzionalità) per poter finalmente anche da noi, come nel sistema francese, intendere il riferimento generico al danno ingiusto contenuto nell'art. 2043 come comprensivo di ogni tipo di danno. In tal modo, sempre secondo il Bonilini, verrebbe fra l'altro tolto agli interpreti l'impaccio di «qualificare il cd. danno alla salute, alla vita di relazione, edonistico, da

*) Si tratta del testo di una lezione tenuta agli studenti di una scuola di specializzazione non romanistica, il che spiega certe enunciazioni di tipo istituzionale e giustifica anche la scarsità di note limitate all'indispensabile. Alcune considerazioni in qualche maniera più originali, specie nella prima parte, mi è sembrato che ne potessero comunque consentire la dedica all'amico carissimo Sergio Antonelli da Urbino («Studi in onore di Sergio Antonelli», Napoli, 2002, p. 525-432).

1) In «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», V, Torino, 1989, p. 84.

2) *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in «BIDR.», XVI, 1904, p. 206-289.

3) *Op. cit.*, p. 287.

4) Nello stesso volume del «Digesto⁴», p. 74 ss.

spavento etc.»).

Per conto mio vorrei invece far notare come in effetti la limitazione derivante dal combinato disposto degli art. 2059 c.c. e 185 c.p. non fosse stata voluta dai compilatori del codice penale e, entro certi limiti neppure da quelli del codice civile.

Cominciando da questi ultimi, basterà leggere la «Relazione» al codice per accorgersi di come essi, pur non avendo ritenuto di poter estendere la risarcibilità o compensabilità di «quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale» oltre la soglia dell'art. 185 del codice penale, che la prevedeva soltanto per i reati e ciò – come essi scrivono al § 803 – in considerazione dalla «resistenza della giurisprudenza a tale estensione» (giurisprudenza sia detto fra parentesi magnificata come «dimpida espressione della nostra coscienza giuridica»), non escludessero, in realtà, che il «danno non patrimoniale» potesse essere risarcito in seguito anche in altre ipotesi. Essi affermavano infatti testualmente di essersi limitati a dichiararne la risarcibilità nei casi «determinati dalla legge presente o futura». Anzi, per dirla tutta, a me parrebbe che con questa frase non solo non si escludesse, ma in certo senso addirittura si auspicasse un sistema come quello di tipo tedesco, che, diversamente dal sistema francese (pur felicemente ancorato all'interpretazione dell'art. 1382 del *Code Napoleon* come «comprensivo di qualsivoglia conseguenza pregiudizievole di un illecito»), prevedeva espressamente nel «BGB.» la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi determinati dalla legge, come si legge nel §. 253, e cioè, come si specifica nel successivo § 847, in quelli di lesione corporale, offesa alla salute (*sic!*) e privazione integrale della libertà.

Non meno significativo è che dalla «Relazione» al famigerato art. 185 del Codice Rocco emerge come con tale articolo (previsto come 191) non si fosse inteso far altro che accogliere in pieno il principio della «risarcibilità di tutti i danni materiali e morali cagionati dall'illecito», principio già consacrato ormai – come si ricordava nella «Relazione» medesima – nell'art. 85 del *Progetto di un codice delle obbligazioni, comune all'Italia e alla Francia* che una Commissione di giuristi italo-francesi promossa dal nostro Vittorio Scialoja, ministro italiano della giustizia, aveva – com'è noto – elaborato qualche anno prima. Codesta Commissione infatti, come dichiarava essa stessa (p. LXXXVI), aveva voluto risolvere «affermativamente la vessatissima questione sulla risarcibilità dei danni morali, dichiarando in modo esplicito – sono sempre parole della Commissione – che qualunque danno materiale o morale deve essere risarcito, intendendosi per danno morale quello che in nessun modo tocca il patrimonio, ma arreca solo un danno morale alla vittima, come è previsto dalle esemplificazioni (*sic!*) che seguono nello stesso art. 85». Se andiamo infatti a leggere tale articolo vi troviamo che, parlando espressamente di qualsiasi danno patrimoniale e non patrimoniale, si esemplificava dicendo: « In particolare il giudice potrà attribuire una indennità alla vittima in caso di lesione alla persona, di attentato all'onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa».

E' evidente che se questo articolo del *Progetto* fosse divenuto legge, si sarebbero davvero risparmiata tante fatiche giurisprudenziali e dottrinali come quelle che hanno portato alla elaborazione dei vari tipi di danno di cui parla il Monateri e fra questi del famigerato «danno biologico».

Verrebbe fatto di aggiungere che, in tempi in cui si torna a parlare di un diritto comune europeo e si discute delle varie strade attraverso le quali codesto diritto potrebbe essere costruito, una riletture dei lavori di quella Commissione italo-francese forse non sarebbe improduttiva.

Ma per noi è tempo di tornare al diritto romano.

2. Già nel ricordato studio del 1904 il Marchi⁵ faceva riferimento ad «un numero assai considerevole di scrittori antichi e moderni» – esclusi s'intende i civilisti – i quali avevano sostenuto che «nella stima del danno il diritto romano escluse del tutto l'interesse d'affezione e accordò il risarcimento solo dei pregiudizi di indole patrimoniale».

Non si nascondeva però che altri studiosi e anche di rilievo avevano ammesso che in vari casi

⁵) *Op. cit.*, p. 208.

il giudice romano avrebbe tenuto conto ai fini della condanna, che era sempre pecuniaria, di aspetti morali come *affectus, verecundia, pietas* etc. e come il famoso ‘*id quod interest*’ non avesse significato solo «l’interesse pecuniario».

Per conto suo comunque egli aveva riesaminato attentamente tutte le fonti già considerate dallo Jhering e dal Pernice, in conflitto fra loro, e, conformandosi a quest’ultimo, aveva concluso che parlare di risarcibilità del danno morale sarebbe stato «assolutamente erroneo perché contrario ai principi del diritto romano»⁶.

Anche più di recente del resto un romanista che si è occupato incidentalmente della questione, Lucio Bove, ha avuto modo di affermare, a proposito del danno risarcibile che in esso «non sono ricompresi i cd. danni morali, i quali non costituiscano una diminuzione patrimoniale per colui che li ha subiti»⁷.

Ritornando anche noi brevemente sul problema più da vicino, dovremo ricordare come nel sistema giuridico romano, escluso un momento storico di cui faremo cenno più avanti, tutti gli atti illeciti che non fossero *crimina*, come l’omicidio, la falsificazione di monete etc., i quali ultimi erano perseguiti con un processo pubblico di tipo accusatorio, avessero un carattere penale sì, ma privato, rientrando nei cd. *delicta*.

Essi, in altri termini, erano lasciati alla persecuzione da parte della vittima e, quel che più conta, davano luogo ad una pena privata consistente in una somma di denaro più o meno elevata, la quale veniva appunto corrisposta all’interessato.

Stando così le cose, è evidente che, pur parlandosi talora di danno, lo si faceva sempre nell’ambito di un’azione diretta ad una pena e non ad un risarcimento. E la differenza è basilare, perché, mentre il risarcimento tende a riparare il pregiudizio e quindi è commisurato al danno, la pena è destinata ad infliggere una sanzione all’autore dell’illecito e risulta tanto più efficace quanto più è elevata⁸.

La seconda cosa da dire è che il danneggiamento o danno Aquiliano, previsto dalla *lex Aquilia* del III sec. a.C., e che è poi quello che ha dato il nome al nostro danno extracontrattuale, rappresentava un *delictum* sanzionato – qualora il convenuto non confessasse – nel doppio del valore dell’animale o dello schiavo uccisi o feriti, o della cosa distrutta o deteriorata.

Come emerge già da queste ultime parole, il cd. danno aquiliano non aveva dunque niente a che fare con il danno cagionato ad un uomo libero. Lo schiavo, infatti, o l’animale o la cosa erano beni patrimoniali, mentre, come dice espressamente Ulpiano in un testo del Digesto (D. 9.2.13.pr.), proprio per giustificare il fatto che l’uomo libero non avesse l’azione prevista dalla *lex Aquilia* (anche se si era arrivati ad accordarla in via di adattamento o, come si diceva, in via utile), nessuno è padrone del proprio corpo (*dominus membrorum suorum nemo videtur*)!

Il ferimento o la lesione di un uomo libero, d’altronde, rientravano da gran tempo per i Romani in un altro delitto, previsto già dalle XII Tavole, quello dell’*iniuria*, il quale era giunto ad abbracciare anche le offese verbali e dava luogo ad una pena, il cui ammontare, proposto dall’attore, era oramai nell’epoca classica, stabilito liberamente dal giudice. Quando si trattava di ingiuria grave (*atrox*), tale per le modalità del fatto, per il luogo o la persona offesa, l’ammontare veniva invece

⁶) Cfr. *op. cit.*, ancora p. 287.

⁷) Cfr. L. BOVE, sv. ‘Danno’, in «NNDI.», V, Torino, 1957, p. 143 s. Nemmeno un accenno al problema ho trovato invece nella recentissima voce ‘Responsabilità extracontrattuale nel diritto romano’, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», XVII, Torino, 1998, p. 289 ss., a cura di S. LAZZARINI.

⁸) Per la differenza fra risarcimento e pena si veda P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 9 ss. Almeno con riferimento alla *lex Aquilia*, alcuni autori tendono peraltro più recentemente ad ammettere che già nel corso dell’età classica si sarebbe arrivati ad «anticipare la moderna visione risarcitoria»: cfr. in particolare G. VALDITARA, *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, 301, in conflitto tuttavia con Hans Ankum, *L’actio de pauperie e l’actio legis Aquiliae dans le droit romain classique*, in «Studi Sanfilippo», II, Milano, 1982, p. 57 ss., il quale per conto suo aveva ribadito (contro H. HAUSMAMINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia?*, Wien, 1980, p. 29) il carattere penale dell’*actio legis Aquiliae* per tutta l’epoca classica.

stabilito dal pretore (*taxatio*) e il giudice (che era un *iudex privatus*) non avrebbe osato diminuirlo, come ci dice Gaio (*inst.* 3.224).

Orbene, e siamo al punto che c'interessa, se con l'*actio iniuriarum* si poteva ottenere la condanna del convenuto anche per il caso che fosse stata recata offesa percuotendo uno schiavo e, come si ricava da un accenno di Giustiniano (*inst.* 4.4.4), per valutare l'ingiuria (*aestimatio iniuriae*) non si aveva riguardo alla persona dello schiavo, ma a quella del suo *dominus*, si potrebbe dire che in un caso come questo si stimasse in denaro un vero e proprio danno morale!

Ma, se su questa base si volesse parlare di risarcimento del danno morale, si commetterebbe un errore, poiché la *aestimatio* era diretta, come si è già detto, a stabilire l'ammontare di una pena e non di un risarcimento, e ciò anche se, in definitiva, la pena (pecuniaria) sarebbe andata nelle tasche della persona offesa.

Sarebbe stato del resto solo nel IV-V sec. d.C., al tempo del cd. diritto volgare, o meglio del «volgarismo» del diritto, che, specie nelle opere giuridiche occidentali – come ha messo autorevolmente in luce uno specialista della materia, il Levy⁹, cui si richiama il Kaser¹⁰ – anche i delitti sarebbero stati repressi con pena pubblica e che a tale pena si sarebbe affiancato o sostituito un risarcimento privato destinato a ricomprendere anche quello che i moderni chiamano «dommage moral» (il che, stando al Levy, emergerebbe dall'uso di espressioni tipiche che compaiono per la prima volta come '*satisfactio*' e '*compositio*').

3. Qui, comunque, non sarà male richiamare alcuni testi nei quali, già nell'ambito di azioni penali private, si affrontava esplicitamente da parte dei giuristi romani il problema della possibilità di tener conto di danni diversi da quelli meramente patrimoniali.

In riferimento alla già ricordata *lex Aquilia*, per l'ipotesi in cui fosse stato ucciso uno schiavo, Paolo in un fondamentale passo del Digesto (9.2.33) afferma che non si sarebbero potute calcolare le '*affectiones*', ossia, come si chiarisce con richiamo ad un giurista più antico, Sesto Pedio (richiamato anche in D. 35.2.63.pr.), che il prezzo delle cose non si poteva ricavare '*ex affectione nec utilitate singulorum*', ma dal mercato, sicché nel caso in cui lo schiavo ucciso fosse stato un figlio naturale del padrone, questi non avrebbe potuto pretendere che lo si stimasse tenendo conto di quanto egli sarebbe stato disposto a pagare per acquistarlo da chi lo possedesse.

Un altro testo importante per documentare la posizione dei giuristi in tema di lesioni corporali è quello di Gaio a proposito di una azione pretoria per un quasi-delitto, data per il doppio del danno cagionato da oggetti buttati da una finestra o da un balcone e che avessero colpito qualcuno. In questo testo (D. 9.3.7) si dice infatti che, trattandosi di un uomo libero che fosse stato ferito, il giudice avrebbe potuto computare le «mercedi pagate ai medici e le altre spese fatte nella cura, inoltre il valore delle opere che costui non poté prestare o che non avrebbe potuto più prestare essendo divenuto inabile al lavoro». Il giurista avverte però esplicitamente che non si sarebbe potuta fare alcuna stima delle «cicatrici» e delle deformità e ciò perché '*liberum corpus nullam recipit aestimationem*'.

Principio quest'ultimo che troviamo ribadito in un altro testo sempre di Gaio (D. 9.1.3), a proposito di un'azione ancora diversa, quella per i danni cagionati da un animale (*pauperies*). In esso si afferma che mentre potrà tenersi conto, al solito, delle spese fatte per la cura e del mancato guadagno per le opere non potute prestare, non si potrà considerare la semplice deformità derivante dal ferimento, poiché appunto '*liberum corpus non recipit aestimationem*'¹¹.

⁹) *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 306 s.

¹⁰) *Das römische Privatrecht*, II², München, 1975, 343 e 427.

¹¹) Su tale principio, da intendersi nel senso che «di altro danno non può tenersi conto ai fini della condanna», oltre quello «patrimoniale», si veda, con citazione bibliografiche anche circa vecchie discussioni sulla classicità o meno del medesimo, Bianca Maria PENCO, *Sul criterio per la determinazione dell'ammontare del danno a seguito di infortunio (brevi considerazioni intorno al fr.7 Dig.9,3, de his qui effuderint vel deiecerint)*, in «Bollettino della Scuola di perfezionamento e specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale» (Università di Trieste), VII/VIII, 21-22, 1961-62, p. 11 e nt.8. Circa la genuinità dei testi in cui in forma più o meno uguale si afferma che '*dominus membrorum suorum ne-*

Un testo tuttavia abbastanza singolare, sul quale per quanto riguarda altri aspetti si è accumulata una vasta bibliografia, è rappresentato da un brano di Ulpiano (*de officio proconsulis*) riportato più estesamente da un'operetta postclassica nota come «Confronto fra le leggi romane e quelle mosaiche» (*Coll.* 1.11.1 ss.), ma al quale si fanno dei richiami parziali anche nel Digesto di Giustiniano (D. 48.8.4 e D. 48.19.5.2). Da esso si viene a sapere di un governatore di una provincia spagnola, la Beticca, tale Taurino Egnazio, il quale, per la uccisione accidentale di un giovane, avvenuta in occasione di un gioco pericoloso fatto durante un banchetto, aveva relegato per cinque anni – escludendolo dal frequentare la sua città, la provincia e l'Italia – l'autore dell'omicidio ed in più lo aveva condannato a pagare al padre dell'ucciso la somma di duemila sesterzi.

Qui non siamo nell'ambito del processo ordinario o formulare, ma di un processo di tipo nuovo, la cd. *cognitio extra ordinem*, e abbiamo a che fare con un reato che viene sanzionato con una pena pubblica (*relegatio*), accanto alla quale viene disposto forse per la prima volta un vero e proprio risarcimento, come aveva notato già il Serrao¹². Non è da escludere che anche in questo caso si sia trattato di un compenso per la cura, dato che la morte del giovane era intervenuta dopo cinque giorni, e forse anche per il funerale¹³. Più difficile mi parrebbe che con la somma stabilita a favore del padre dell'ucciso lo si fosse voluto risarcire per le opere non prestate dal ragazzo, come pure scriveva già il Marchi¹⁴, sia perché si trattava di un ragazzo, sia perché non sappiamo se costui avesse un lavoro e sia perché, infine, non è detto che i suoi guadagni dovessero andare al padre. I duemila sesterzi non rappresentavano in ogni caso una gran somma, se si considera che uno schiavo, all'epoca, ne sarebbe costati cinque o seimila¹⁵. Nel testo si legge che il governatore ne aveva imposto il pagamento *impendii causa*, poiché la povertà del padre era manifesta, il che è sembrato a qualcuno un indizio del fatto che il ragazzo «contribuisse in qualche modo ai guadagni del padre»¹⁶. Il problema comunque secondo me è un altro. Ci si potrebbe infatti domandare se, nonostante il modo di esprimersi ambiguo del governatore, non si fosse trattato di una somma attribuita come consolazione, come risarcimento del dolore. Una cosa è certa ed è che il governatore si rendeva conto di innovare se aveva sentito il bisogno di rivolgersi all'imperatore (Adriano) perché approvasse il suo operato, il che mi parrebbe poco credibile che egli avrebbe fatto per quanto riguarda la irrogazione della *relegatio* per un omicidio colposo. Ma purtroppo in questa interpretazione non ci conforta la risposta generica di Adriano il quale si limita a lodare la moderazione usata da Taurino, nell'irrogare la pena per un omicidio più incidentale che altro¹⁷.

Come non ci conforta la dottrina, secondo la quale il cd. *praetium doloris* o «Schmerzensgeld» dei tedeschi sarebbe nato solo come una prassi giudiziaria in epoca successiva al diritto romano, nel periodo del cd. diritto comune, quando si sarebbe affermato anche il risarcimento delle cicatrici, come segnalano i Pandettisti dell'Ottocento, quali Windscheid¹⁸ e Dernburg¹⁹, i quali parlano di tracce di tale prassi per il XV secolo e di un primo punto di appoggio per lo «Schmerzensgeld» rappresentato da un'ordinanza di polizia giudiziaria (*Carolina*) la quale avrebbe previsto un risarcimento a favore di chi fosse stato torturato ingiustamente.

La sentenza del governatore Taurino Egnazio meritava comunque di essere richiamata.

mo videtur si veda E. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, p. 136 s.

¹² *Il frammento Leidense di Paolo*, Milano, 1956, p. 105 s.

¹³ Come riteneva Schulting: cfr. PENCO, *op. cit.*, p. 12 nt. 19.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 236.

¹⁵ Cfr. MARCHI, *op. cit.*, p. 236 nt. 1.

¹⁶ Cfr. PENCO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷ Dato che il gioco in cui aveva trovato la morte il giovane consisteva nel *iactare sago*, ossia come sembra nel lanciare in aria il medesimo mediante un mantello o una coperta.

¹⁸ *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1900-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, 1930, II, p. 764.

¹⁹ *Pandekten*, II. *Obligationenrecht*⁶, Berlin, 1897, trad. it. (F.B. Cicala) – *Diritto delle obbligazioni* –, Torino, 1903, p. 581.