

Remo Martini

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

La ristampa su questa rivista di un mio sintetico saggio sul danno morale in diritto romano, apparso alcuni anni fa negli studi in onore di un caro amico costituzionalista urbinato¹ oltretutto la messa a punto da parte mia di una lezione sul tema per il dottorato senese diretto da Emanuele Stolfi mi hanno dato modo di tornare a riflettere su quanto avevo scritto e ne sono scaturiti diversi ripensamenti, dei quali mi è parso opportuno far consapevoli gli eventuali lettori di quel saggio.

Resta ferma la prima parte in cui avevo dato uno sguardo alla situazione giuridica attuale e in particolare quella italiana, dove – in linea di principio – vige un criterio limitativo, derivante dal combinato disposto di due articoli, il 2059 del codice civile e il 185 di quello penale, per cui i danni «non patrimoniali» sono risarcibili solo se derivanti da un fatto che costituisce reato ancorché non perseguito come tale e ciò a differenza di quanto accade in Francia, in Germania e nei paesi di Common Law². In proposito mi era sembrato utile andare a rivedere la Relazioni introduttive ai due Codici ed i rilievi che avevo potuto fare mi parrebbero conservare un certo interesse sul piano storico, specie per quanto riguarda l'attenzione dei legislatori del tempo nei confronti della giurisprudenza e del pensiero dottrinale.

Quanto invece al diritto romano mi ero mosso sulla scia di quelli fra i pochi studiosi che se ne erano occupati, i quali – nonostante la contraria opinione dei civilisti – avevano ritenuto che per i Romani non si potesse parlare di un risarcimento del cd. danno morale o non patrimoniale (anche se i due concetti non sono del tutto sinonimi). E ciò anche se avevo avuto modo di accennare ad alcune possibili eccezioni, com'è per il caso delle offese al *dominus* realizzate percuotendo un servo e valutate badando non alla persona del servo ma del *dominus* stesso (*Iust. inst.* 4.4.4)³, e soprattutto per la singolare sentenza *extra ordinem* di un governatore provinciale, ricordata in *coll.* 1.11.1 ss., dove la somma di denaro che gli autori della morte colposa di un ragazzo erano stati condannati a pagare al padre – pur non mancando altre interpretazioni⁴ – potrebbe perfino alludere ad una sorta di *pre-*

¹) *Sul risarcimento del «danno morale» in diritto romano*, in «Studi in onore di Sergio Antonelli», Napoli 2002, p. 525-32, ora in «RDR.» VI, 2006.

²) Come si ricava per la Francia della già da me ricordata interpretazione ampia dell'art. 1382 del Codice di Napoleone e per la Germania dai §§ 253 e 847 del «BGB.», nel secondo dei quali si parla espressamente altresì di danno alla salute (cfr. MARTINI, *Sul risarcimento*, cit., p. 526 s.), mentre quanto ai paesi di Common Law – vorrei aggiungere ora – non sarà male tener presente che con l'azione di *negligence* si può avere una «condanna ai danni compensatoria (*compensatory*), nel senso che essa deve coprire tutto il danno cagionato alla vittima dal fatto illecito», prevedendo «anche un compenso per il dolore e la sofferenza fisici e mentali ...» (cfr. Max RHEINSTEIN, '*Common law - equity*' in «ED.» VII, Milano, 1960, p. 966).

³) Accanto al quale esempio si sarebbero potuti senza dubbio aggiungere quelli utilizzati da Jhering, come ricordava V. SCIALOJA, *Sunti di scritti giuridici tedeschi*, in «AG.», XXV, 1880, p. 482, e riguardanti la tutela di «interessi non economici» attraverso la stessa *actio iniuriarum* per l'ipotesi di ingiuria fatta ai figli o alla moglie, nonché attraverso l'*actio de servo corrupto utilis* data al padre per la corruzione dei propri figli.

⁴) Cfr. al riguardo, MARTINI, *Sul risarcimento*, cit., p. 531s., dove si ricorda come per altri si sarebbe potuto trat-

tium doloris, ossia a quello che sarebbe ai nostri giorni un caso di «danno biologico», una nuova, molto discussa, figura di danno, creata negli anni ottanta del secolo scorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, fondandosi essenzialmente sull'art. 32 della Costituzione⁵.

Come dicevo all'inizio, tuttavia, essendo tornato incidentalmente a rimeditare sul tema, mi sono trovato ad avere dei ripensamenti che vorrei subito prospettare agli interessati, pur in attesa di leggere gli *Atti* di un recente convegno finalmente dedicato al tema stesso, per iniziativa dell'«ARISTEC», al quale purtroppo non ho potuto partecipare.

I. Innanzitutto bisognerà considerare che l'esclusione in linea di principio della «possibilità di tener conto di danni diversi da quelli meramente patrimoniali» che anch'io avevo creduto di ricavare da due testi di Gaio, in entrambi i quali (D. 9.1.3 e D. 9.3.7) si nega la risarcibilità di semplici cicatrici e deformità cagionate da oggetti caduti o buttati da finestre o balconi altrui, sulla base del principio secondo cui *'liberum corpus nullam recipit aestimationem'*⁶, è frutto sicuramente di una affrettata generalizzazione.

Se così non fosse non si spiegherebbe – come del resto scriveva già il Marchi al principio del secolo scorso⁷ – perchè mai le formule dell'*actio iniuriarum* e di altre azioni *ex bono et aequo* come l'*actio sepulchri violati*, l'*actio funeraria* etc. consentissero al giudice di stimare equitativamente diversi tipi di offese sia fisiche che morali (il Marchi parlava di «lesioni personali e di danni non stimabili a danaro») ⁸.

II. In secondo luogo è sicuramente troppo sbrigativo, per non dire errato, ancorarsi, come anch'io avevo creduto di fare, all'uso dogmatico rigoroso di una distinzione tutta moderna come quella fra

tare di un indennizzo per le spese di cura incontrate dal padre (ma il ragazzo era morto dopo pochi giorni!) o invece per i mancati guadagni ricavabili dall'attività del figlio (attività tuttavia per la quale non abbiamo alcun appiglio testuale).

⁵) Non sarà male notare come, a parte il ridetto danno biologico, definito ora incidentalmente anche in via normativa (D.Lgs. 209 del 2005, art.138 e139), si sia prospettata negli ultimi tempi la possibilità di parlare più in generale di un danno non patrimoniale tutelabile, oltre che nei casi determinati dalla legge, in quello «di lesione di specifici diritti inviolabili della persona e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata», rigettandosi peraltro la configurabilità di una autonoma categoria di danno «esistenziale», come mi parrebbe emergere da una complessa e articolata sentenza della Cassazione a sezioni unite, la n. 26973 dell' 11 novembre 2008.

⁶) Muovendomi nello stesso ordine di idee di Bianca Maria Penco in un articolo – *Sul criterio per la determinazione dell'ammontare del danno a seguito di infortunio (breve considerazione 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, 1961-1962 – al quale mi ero espressamente richiamato: cfr. ancora *Sul risarcimento*, cit., p. 531 nt. 12.

⁷) In un lungo articolo già da me ampiamente sfruttato, ossia *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in «BIDR.», XVI, 1904, p. 222, dove, a proposito di D. 9.3.7 di Gaio, si legge appunto che «non si capisce perché dovesse far difficoltà la stima del corpo umano, mentre ... la formula dell'*actio iniuriarum* rendeva possibile al giudice l'aestimatio delle lesioni personali e di danni non stimati a danaro si teneva pur conto nell'*actio sepulchri violati*, nell'*actio rei uxoriae* e nell'*actio funeraria*». Pur non essendo molto esplicito al riguardo, si direbbe che il Marchi avesse finito col sospettare di interpolazione il passo di Gaio in questione (cfr. p. 224 nt. 5, dove, in modo invero alquanto singolare si argomenta dal fatto che nelle Istituzioni di Giustiniano non fosse stata riportata – cfr. *infra*, nt. 14 – la frase relativa alle cicatrici e al principio *'liberum corpus ...'*).

⁸) E ciò in qualsiasi modo debbano spiegarsi le limitazioni contenute nei due testi gaiani, sui quali avremo modo di tornare a soffermarci *infra*, nt. 15. Quanto al principio *'liberum corpus ...'* che compare sempre nei due passi di Gaio (ma non si trova in D. 9.2.7 di Ulpiano che la Penco citava accanto ai passi gaiani), esso potrebbe anche essere considerato una sorta di «duogo comune» adoperato appunto come argomento topico, al pari di quello impiegato per escludere l'applicabilità della *lex Aquilia* al ferimento o all'uccisione dell'uomo libero, derivante già di per sé dal contenuto normativo della legge, ma qui giustificato col dire *'quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur'* (cfr. D. 9.2.13.pr. di Ulpiano). Senza trascurare che, come era stato acutamente notato dal Beretta (*Condemnatio in bonum et aequum*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 282 s.) in un lavoro ricordato sempre dalla Penco (nt. 8 di p.11), se rettamente inteso, il principio secondo cui non sarebbe stata possibile una stima ossia una valutazione commerciale del corpo umano non avrebbe affatto escluso che il giudice potesse «fissare equitativamente una somma di denaro a titolo di compenso e riparazione per le ferite cagionate».

pena e risarcimento.

Per capirci meglio si potrebbe considerare come sempre il Marchi, dopo quello che aveva già scritto, arrivasse a minimizzare il dato, pur da lui medesimo ribadito, secondo cui in diverse azioni *in aequum et bonum conceptae* a cominciare dall'*actio iniuriarum* in effetti si sarebbe avuto a che fare con «danni di natura non patrimoniale», facendo leva sulla circostanza che si sarebbe trattato pur sempre di una «repressione da un punto di vista esclusivamente penale»⁹.

III. La cosa tuttavia più importante che qui vorrei mettere in luce è che per lo più, nell'avvicinarci alle fonti romane, si utilizzano – come avevo fatto anch'io – concetti moderni, senza tener conto che almeno in un testo di Ulpiano sempre in materia di *actio de effusis et deiectis* si parla a tutte lettere, da parte dello stesso giurista romano, di *damnum non pecuniarium* con brevi ma molto significative considerazioni al riguardo¹⁰.

Il testo che ci interessa è il seguente:

D. 9.3.5.5 (Ulp. 23 *ad ed.*): Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui ad finitatem cognatione defunctum contingat. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

La fattispecie è ancora quella piuttosto ambigua del danno cagionato da oggetti gettati dalla finestra o dal balcone, di cui si considerava responsabile non l'autore effettivo del gesto, ma il famigerato *habitor*, fattispecie che tuttavia, essendo l'*habitor* responsabile per un fatto altrui, gli stessi Romani avevano finito col collocare fra le obbligazioni *quasi ex maleficio*.

Ciò non aveva impedito di parlare dell'azione *de effusis et deiectis* – se il testo è genuino – come azione penale e come tale non trasferibile passivamente contro l'erede dell'*habitor* (il che nell'ambito dello stesso § 5 viene detto ben due volte)¹¹.

Essa però sarebbe stata parimenti intrasmissibile dal lato attivo (nonostante una forte contraddizione con la parte iniziale del testo, dove si legge che l'azione in oggetto '*perpetua est et heredi competit*'), il che veniva spiegato in due modi diversi (sempre se il testo è genuino):

- a) per il caso di uomo ucciso, con la circostanza che l'azione sarebbe stata *popularis*;
- b) per il caso di danno alla persona, con la motivazione apparentemente singolare: '*quasi non sit damnum pecuniarium*'.

Anche se non può ritenersi, come faceva il Marchi¹², sul precedente peraltro di Scialoja¹³, che nel secondo caso ci si riferisse davvero ad un danno non patrimoniale, poiché si dice '*quasi si*', quel che conta è che questa non pecuniarietà (da cui sarebbe derivata, come notava lo stesso Marchi, la

⁹) Cfr. MARCHI, *Il risarcimento*, cit., p. 225. Nello stesso senso la Penco già ricordata alle note precedenti scriveva nel suo articolo (p. 12), dopo essersi richiamata alle posizioni di Voci circa i rapporti fra pena e risarcimento, che in ogni caso «da valutazione dell'ammontare del danno» sarebbe avvenuta «all'unico scopo di applicare la pena».

¹⁰) Anche in altri due frammenti del commentario di Ulpiano *ad edictum* ricorre l'espressione '*damnum pecuniarium*', ma, purtroppo, in riferimento a casi che qui non ci riguardano, essendo il primo quello del danno «pecuniario» derivante, per l'acquirente di uno schiavo responsabile di un delitto privato, dal fatto che il padrone anziché cederlo a nostra avesse preferito sottostare alla *litis aestimatio* (D. 21.1.17.18), ed il secondo quello del liberto che avesse venduto a giusto prezzo una cosa del *dominus* che costui non avrebbe voluto si vendesse, ma solo per motivi affettivi, dal che non sarebbe derivato appunto alcun danno «pecuniario» (D. 38.5.1.15).

¹¹) Anche se la seconda volta lo si fa con una frase che nella *Florentina* non c'è e nei manoscritti bolognesi è alquanto diversa formalmente.

¹²) *Il risarcimento*, cit., p. 223.

¹³) *Sunti*, cit., p. 485.

non trasmissibilità attiva dell'azione all'erede!)¹⁴ si faceva discendere fittiziamente – come si vede – dal fatto che l'azione in parola fosse un'actio ex bono et aequo¹⁵.

Se ne potrebbe dunque desumere la consapevolezza, almeno da parte di Ulpiano, di come l'actio iniuriarum e le altre azioni ex bono et aequo fossero effettivamente volte a reprimere, sanzionare o comunque prendere in considerazione il danno non pecuniario, di cui si faceva una stima equitativa, ciò che, tuttavia, dando luogo ad una «pena privata» riscossa come tale dalla vittima, non avrebbe fatto sorgere, evidentemente, alcun problema di risarcibilità di natura, diremmo oggi, civilistica¹⁶, come invece si verificherà puntualmente quando, nel IV-V secolo d.C., anche certi illeciti privati verranno a configurarsi come crimina e, essendo essi puniti con pene pubbliche, si porrà appunto il problema del risarcimento del danno, da perseguire con un'azione civile, la qual cosa – come io avevo già avuto modo di sottolineare – è stata da tempo documentata egregiamente da Ernst Levy, il quale parrebbe addirittura lasciare intendere che sarebbe stata la stessa vecchia actio poenalis a fungere da azione civile per il risarcimento, in contrapposto all'actio criminalis¹⁷.

A chi obiettasse che già in riferimento al sistema delle pene private era stata prospettata la nota distinzione fra azioni penali e azioni cd. reipersecutorie, si potrebbe far notare che in effetti, per quanto riguarda i delitti, l'unico caso di coesistenza dei due tipi di azioni (lasciando da parte la discussa categoria delle azioni mixtae, per la quale oltretutto venivano offerte differenti spiegazioni da Gai., inst. 4.9 e da Inst. inst. 4.6.19), parrebbe quello del furto, dove non solo c'era una cosa che, essendo stata sottratta, si sarebbe voluto non a torto recuperare (non sembrando peraltro che di questo effettivo recupero ci si fosse più preoccupati per le res oggetto di rapina), ma dove si potrebbe ritenere che a ciò si fosse giunti 'odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur', come diceva Gaio (inst. 4.4), il quale arrivava a giustificare con questo ragionamento perfino l'incongruenza di una condictio accordata a chi non aveva giuridicamente perduto la proprietà della cosa rubatagli!

IV. Quanto detto sin qui potrebbe collegarsi al singolare atteggiamento di alcuni civilisti moderni, imbarazzati nel qualificare in maniera rigorosa il pagamento della somma di denaro utilizzata, come si dice, per risarcire il danno non patrimoniale, non essendo quest'ultimo a rigore risarcibile, poiché per definizione non valutabile in termini economici, in quanto appunto non patrimoniale.

¹⁴ Il che, ripensandoci, appare come una giustificazione molto più convincente di quella offerta dalla dottrina quando, a proposito di questa e simili azioni non trasferibili all'erede dell'attore, parla, com'è noto, di *actiones vindictam spirantes*.

¹⁵ Che il danno di cui si teneva conto in questo caso fosse in realtà solo quello pecuniario, lo si potrebbe desumere dal già citato testo di Gaio in D. 9.3.7, dove, sempre in ordine al *de effusis et deiectis*, si parlava del risarcimento solo per le spese fatte per le cure mediche, oltretutto per le opere perdute, con un discorso che si ritroverà nelle *Institutiones* (4.5.1) di Giustiniano (dove peraltro non si accenna più alle cicatrici e al principio '*liberum corpus ...*'). Considerando semmai che la stessa cosa, oltre che nell'altro testo gaiano citato all'inizio (D. 9.1.3) e relativo – si badi – al danno cagionato da un animale, ricorre altresì nel testo di Ulpiano – che la Penco aveva citato accanto ai due di Gaio – riguardante il caso di un precettore che, allo scopo semplicemente di ammonire e insegnare ('*monendi et docendi causa*') come aveva scritto Giuliano), aveva ferito il suo discepolo ad un occhio (D. 9.2.7), si potrebbe ipotizzare che queste limitazioni al *damnum pecuniarium* – ma il discorso andrebbe ovviamente approfondito – dipendessero dal fatto che in questi casi non si fosse in presenza di una vera e propria responsabilità penale, o perché si rispondeva per un fatto altrui o comunque mancava il dolo.

¹⁶ Senza trascurare che la *poena*, di cui specie in ordine alla *iniuria* come *os fractum* e *iniuria* semplice avrebbero parlato già le XII Tavole (VIII.3 e VIII.4), doveva verosimilmente essere stata percepita all'inizio, ma probabilmente continuava a percepirsi anche in seguito, come un sostanziale risarcimento legale, al pari di quello raggiunto attraverso la famosa *pactio* fra le parti a cui le stesse XII Tavole subordinavano la non applicazione del taglione nel caso di *membrum ruptum*. Per non dire dell'interesse che potrebbe suscitare, a questo riguardo, una comparazione con l'arcaico diritto greco, come emergente dal famoso processo relativo alla uccisione di un uomo, rappresentato sulla scudo di Achille e per il quale si parla di una *poimé* oggetto di possibile accordo fra le parti (cfr. R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, p. 98 s.).

¹⁷ Si veda Ernst LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 304 ss., dove, con citazioni di fonti, quali in particolare la *interpretatio* al Teodosiano e quella alle *Pauli Sententiae*, si mette appunto in luce come «Was früher actio poenalis hiess, wurde als actio (causa, res) civilis der actio criminalis gegenübergestellt».

Fra le soluzioni escogitate¹⁸ c'è infatti quella di utilizzare la categoria dalle «pena privata», come si legge in una voce enciclopedica del Bonolini, da me già utilizzata, dove, a parte certe considerazioni di carattere storico che lasciano alquanto perplessi, come gli accenni in proposito a «stagioni primitive e ingenuie del diritto» ed altresì ad «echi culturali effettivamente sgradevoli» – anche se queste frasi parrebbero citate come affermazioni altrui –, si trova perfino esaltata l'utilità che sul piano dogmatico potrebbe venire, come pare stia già venendo ad opera di alcuni interpreti, dalla riutilizzazione di un vecchio concetto come quello della pena privata¹⁹.

Come si vede, il cerchio si potrebbe chiudere felicemente.

Se perfino oggi infatti si ritiene – con riferimento al diritto attuale – di poter parlare di pena privata per qualificare la somma di denaro, di cui il giudice impone il pagamento per riparare il danno non patrimoniale, non si vede perché anche noi non potremmo, usando espressioni diverse da «risarcire» e «risarcimento», concludere tranquillamente per la riparabilità del danno morale in diritto romano attraverso l'impiego di azioni penali.

Questo potrebbe sembrare eversivo rispetto alla tesi anche da me sostenuta nello scrittarello dal quale abbiamo preso le mosse per queste riflessioni, per le quali non per niente sono arrivato a parlare di «ripensamenti», ma forse si tratta soltanto di un altro modo di interpretare la realtà storica che, se inquadrata dogmaticamente, utilizzando cioè categorie modernamente contrapposte come pena e risarcimento, non può che condurre alle considerazioni alle quali io stesso ero arrivato nel 2002, mentre, rivisitata da un punto di vista meno dogmatico e più aderente al linguaggio stesso delle fonti, consente forse la conclusione apparentemente opposta alla quale siamo appena approdati.

¹⁸) Oltre quella di attribuire alla somma natura «satisfattiva», quasi che, vivendo meglio e con più agi ci si potesse confortare del danno non patrimoniale patito, come era stato proposto da Windscheid e Jhering, ma che sarebbe da escludere al pari della tesi riarciatoria.

¹⁹) Si legge infatti in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», V, Torino, 1989, p. 87: «Relativamente alla tesi che individua nella riparazione del danno non patrimoniale una pena privata, va ricordato come essa sia stata vivacemente contestata, ma in virtù dei beffardi ritorni della storia, conosca oggi, dopo un assopimento relativamente lungo, un nuovo, vivace risveglio, specie dottrinale. Certo la pena privata è un istituto impiegato nelle 'stagioni primitive e ingenuie del diritto', il che non ne esclude, tuttavia, l'idoneità a svolgere ancora un utile ruolo di 'prevenzione e di retribuzione'; fini che può contribuire a realizzare e che permangono fondamentali fra quelli cui deve tendere l'ordinamento. Ancora di recente, un'attenta dottrina ha disvelato l'attitudine della pena privata, e della riparazione del danno non patrimoniale come pena privata, a rendere servigi alle tecniche di responsabilità civile. Non si nega, naturalmente, che è un istituto che giunge a noi carico di «echi culturali effettivamente sgradevoli»; il saperlo spogliare, però, del retaggio dell'exasperato sentimento di vendetta che pur ha conosciuto, potrà far rivivere il suo smalto di strumento adeguato allo scopo».