

INTRODUZIONE *

Partendo da un'indagine già esaurientemente approfondita nella produzione comparatistica italiana sul dovere di mitigare i danni nell'illecito civile¹, mi si è presentato un ulteriore campo d'indagine, meno battuto ma non per questo più ristretto. L'idea che le scuse (*apologies*) possano essere oggetto di una comparazione giuridica è dovuta alla progressiva attenzione, soprattutto nell'ambito di *common law*, al ruolo riparatorio di tali comportamenti riconciliativi. L'ipotesi che si cercherà di verificare nelle pagine che seguono è l'emergere di una rilevanza giuridica delle scuse come suggerisce un orientamento sovranazionale di indubbia consistenza. Si tratta di un tema che investe problematiche molto diverse fra loro.

Il nostro lavoro si articola in 7 capitoli. In primo luogo abbiamo tentato di ricondurre ad una collocazione sistematica una figura tanto sfuggente e poliedrica, osservando una sua possibile attrazione all'interno dei rapporti di mera cortesia, alla stregua di una dichiarazione di sentimento priva di rilevanza giuridica. Tale inclusione ci è apparsa, tuttavia, degna di ulteriore approfondimento critico, in caso le scuse intervengano con il fine di comporre o prevenire un contenzioso avente ad oggetto interessi giuridicamente protetti (*Capitolo primo*).

Si è quindi valorizzata un'analisi tassonomica degli atti di scuse diffusi nella prassi, da cui è stato possibile evidenziare molteplici funzioni. Fra queste spicca un'attitudine riparatorio-correttiva capace di influenzare positivamente il componimento amichevole della controversia in linea con obiettivi di contenimento dei costi e di deflazione del contenzioso (*Capitolo secondo*).

* Questa ricerca è stata resa possibile da una *fellowship* congiunta dell'Università di Padova e dell'University of New South Wales di Sydney fruita presso quest'ultima e dal soggiorno, quale *visiting scholar*, presso l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. Desidero, inoltre, ringraziare il Professor Guido Calabresi per i suoi preziosi suggerimenti.

¹ Cfr. S. SICA, *Responsabilità civile e duty to mitigate damages*, in P.G. MONATERI-A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni* (XIX Colloquio biennale, Associazione Italiana di Diritto Comparato, Ferrara, 10-12 maggio 2007), Napoli, 2009, 1067 ss.

Si sono successivamente trattati i profili interdisciplinari delle *public apologies* di matrice istituzionale, con particolare riferimento alle riconciliazioni nazionali.

È stato così possibile definire, con l'ausilio del metodo comparatistico, i contorni delle riparazioni immateriali in grado di tutelare il sentimento di appartenenza alla comunità e di restituire dignità a singoli e gruppi. Sulla scorta di tali indicazioni s'intravede, però, un'area grigia nella quale possono ravvisarsi effetti controproducenti che potrebbero paradossalmente alimentare le controversie: quelli ammissivo-ricognitivi di circostanze sfavorevoli a chi si scusa (*capitolo terzo*).

La funzione performativa ed autoevidente delle scuse sembra passare in secondo piano in vista di un contenzioso civile, il cui principale portato appare quello di implicare una confessione che nuocerebbe allo scusante. La citata funzione riconciliativa ed i benefici connessi risulterebbero, così, paralizzati come confermato anche in *common law* dal forte disincentivo rappresentato dalle *admissions against interests*. In presenza di tale sovrapposizione, l'alternativa è se relegare comunque l'atto di scuse ad una irrilevanza giuridica, perché appartenente alla sfera della cortesia, oppure attribuirgli una qualche valenza positiva. Nel nostro ordinamento, nonostante lo scarso interesse finora dedicato al tema, non mancano riscontri giurisprudenziali e ipotesi qualificatorie utili a valorizzare un impegno vincolante in senso compositivo-transattivo (*Capitolo quarto*).

Nei sistemi di *common law* si è a lungo dibattuto sulle possibili soluzioni da adottare per salvaguardare le *apologies* da un'interpretazione pregiudizievole al dichiarante (c.d. *Safe Harbor Legislations*). Dall'analisi degli ordinamenti che si sono dotati di formule protettive *ad hoc* si ricavano una pluralità di modelli caratterizzati da una diversa estensione e capacità di tutela.

Una *ratio* protettiva è ravvisabile in maniera meno nitida anche in Italia, non solo – come si è visto – richiamando la prevalenza della finalità transattivo-mediativa sul momento confessorio, ma facendo leva sulle norme (d.lgs. 28/2010) a tutela della riservatezza nel procedimento di mediazione (*Capitolo quinto*).

Abbiamo cercato, infine, ulteriori punti di emersione della rilevanza giuridica delle *public apologies* nel trattamento sanzionatorio e risarcitorio più mite che contraddistingue la loro presenza nella valutazione dei danni immateriali. Una riflessione su scuse pubbliche, ravvedimento operoso e *tätige reue* ha costituito fecondo spunto per valorizzare un'istanza riparatorio-transattiva di ampio raggio. Attraverso il dato comparatistico ed interdisciplinare si riconosce una funzione “espressiva” alle *public apologies* nel promuovere

la consapevolezza sociale su certi temi, spesso assegnata al rimedio risarcitorio. A dimostrazione di ciò abbiamo osservato una omogeneità tra le *public apologies* e le forme risarcitorie a contenuto immateriale (pubblicazione della sentenza, rettifiche nei settori stampa-radiotelevisione, provvedimenti atti a rimuovere gli effetti dell'illecito). Tutte queste misure contribuiscono a riparare il danno, riflettendosi sulla sua quantificazione. Ma, a differenza delle *apologies* e delle rettifiche che intervengono in una fase precedente al processo, gli altri rimedi, richiedendo il ricorso al giudice, comportano notevoli costi ed incognite processuali (*Capitolo sesto*).

In questo lavoro emerge un consolidamento delle *public apologies* come elemento chiave nella transazione e nell'“accordo processuale” (*consent orders*), mentre più circoscritto è il loro uso sotto forma di vero e proprio obbligo giuridico e rimedio giurisdizionale (*judge ordered apologies*). Quest'ultimo modello si affaccia in quelle esperienze di *common law* dove le potenzialità degli *equitable remedies* si prestano a compiti riparatori *sui generis*, spesso diretti ad includere obiettivi sociali. Ci troviamo di fronte ad uno dei casi dove è prolifica la riflessione sul ruolo del giudice tra diritto pubblico e diritto privato². Si pensi alle riconciliazioni nazionali che hanno segnato Australia, Canada, Sudafrica e, in qualche misura, Stati Uniti e che sembrano influenzare anche l'apparato rimediale circa la lesione delle libertà fondamentali e dei *civil rights*. Sono invece radicati nella tradizione i modelli delle *apologies* giuridicamente dovute (Giappone, Cina) dove esiste una forte immedesimazione tra istituzioni e società ed un indissolubile legame tra destino individuale e sentimento collettivo (*Capitolo settimo*).

Nelle conclusioni abbiamo analizzato le principali critiche alla rilevanza giuridica delle *apologies*: il rischio di mercificazione (*commodification*), la possibile violazione della libertà di espressione e di altre garanzie costituzionali, il problema dell'insincerità e del fallimento della deterrenza. Il principale timore è che i propositi efficientisti e correttivi possano andare a detrimento della riparazione integrale dei danni, favorendo ulteriormente un modello di giustizia alternativa e privata. Poiché il giurista non può disinteressarsi di questi temi, ciò giustifica una riflessione sulle modalità e sull'intensità dell'intervento da parte dell'ordinamento giuridico.

In sistemi giuridici di *civil law*, come il nostro, il ruolo delle *apologies* non è ancora del tutto chiarito, diviso tra una valenza extragiuridica quale atto di cortesia ed una qualificazione confessoria. Nonostante ciò alcuni pun-

² Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, in *Nomos*, 2000 (1), 86-87.

ti di emersione della loro rilevanza giuridica sembrano collocarsi in una linea di incentivo e promozione (mitigazione del danno, allocazione delle spese giudiziali, rilevanza conciliativa). Condividendo le osservazioni di Calabresi sui *merit goods*³, ci sembra sostenibile la tesi che riguardo al rapporto fra *law & apologies* una logica premiale si addica di più a valorizzarne le opportunità riparatorie rispetto ad un approccio impositivo (*command*).

L'opzione di proteggere giuridicamente le *apologies* per incentivarne l'uso e il rilievo loro attribuito sul piano dei rimedi appaiono temi vivacemente dibattuti in *common law*, ricchi di spunti per lo studioso italiano ed aperti ad una riflessione in sede legislativa e giurisprudenziale.

³ Cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, New Haven and London, 2016, cap. 5.

I

DICHIARAZIONI DI SCUSE: TRA FATTI DI SENTIMENTO E RAPPORTI DI CORTESIA

SOMMARIO: 1. “Scuse formali” e loro “ontologica estraneità alle regole di diritto”: una recente decisione dell’ABF. – 2. Richiamo alla dottrina dei rapporti di cortesia. – 3. Scuse, quale gesto di routine, scuse formali e *apologies*. – 4. Il problema delle dichiarazioni di sentimento. – 5. La contestualizzazione dell’atto di scuse: dal piano della cortesia a quello litigioso. – 6. Punti di emersione della rilevanza giuridica delle *apologies*: il paradigma transattivo-riparatorio.

1. “*Scuse formali*” e loro “*ontologica estraneità alle regole di diritto*”: una recente decisione dell’ABF

Una recente pronuncia dell’Arbitro Bancario Finanziario (ABF) affronta una questione inedita. Un cliente, rivolgendosi all’ABF, pretende le scuse formali da parte di una banca che, a suo dire, si sarebbe rifiutata indebitamente di dar seguito alla sua richiesta di aprirvi un conto corrente¹. La banca si oppone a tale domanda, sostenendo di non essere tenuta ad accettare il cliente.

Secondo l’ABF il rifiuto della banca appare giustificato dall’esercizio della libertà contrattuale ed è supportato da una valutazione prudentiale, peraltro mai diffusa all’esterno, del merito creditizio del cliente. Dunque, non essendo emersa alcuna violazione o addebito giuridicamente rilevante a carico dell’istituto, le considerazioni dell’ABF si inoltrano sul tema delle scuse formali, concludendo: “L’Arbitro Bancario Finanziario è chiamato a pronunciarsi applicando solo regole di diritto (Sez. VI, par. 4, Disposizioni sui si-

¹ Cfr. ABF, Collegio di Milano, 23 settembre 2010, n. 959, Presidente Antonio Gambaro (reperita all’indirizzo web <http://www.dirittobancario.it/node/2279/pdf>).

stemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari), con esclusione di qualsivoglia pronuncia avente ad oggetto la richiesta di formali scuse che si colloca sul piano dei rapporti di cortesia o di etichetta, ovvero richiama regole che sono ontologicamente estranee alle regole di diritto”².

Occorre subito chiarire che “la decisione dell’ABF sul ricorso è motivata e comunicata alle parti entro 30 giorni dalla pronuncia; essa è assunta sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e di regolamento in materia, nonché dei codici di condotta cui l’intermediario aderisca. Essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti”³.

Si pensi ad un codice di buona condotta amministrativa dedicato al personale della banca nel quale, all’interno di una prescrizione dedicata alla “Cortesia”, si preveda che “in caso di errore, il dipendente presenta le sue scuse”⁴.

² *Ibidem*. Non vi è dubbio che, in assenza di illecito, avendo agito la banca nel pieno esercizio di un proprio diritto, il cliente non possa pretendere alcuna tutela, tanto meno una condanna totalmente atipica come quella alle scuse. Comprensibile è dunque che l’ABF non entri nel merito di quest’ultimo aspetto, se non *per incidens*, affermando un’ontologica estraneità della dimensione delle scuse (richiesta di formali scuse) a quella delle norme giuridiche. Sulle attribuzioni dell’ABF e, in particolare, sulla natura reputazionale della pubblicazione delle sanzioni, v. A. PIERUCCI, *L’arbitro bancario finanziario: l’esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 4, 811-845; A. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. impr.*, 2013, 1, 104 ss. Sulla natura della decisione dell’ABF, come uno degli aspetti ancora nebulosi della relativa disciplina, evidenzia la necessità di adottarla in via equitativa, piuttosto che in via di diritto, G. ALPA, *I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria*, in *Econ. e dir. del terziario*, 2/2010, 243; in tema cfr. anche F. RIGANTI, “*Nomina sunt substantia rerum*”. Oppure no? *L’arbitrato bancario finanziario tra “dispute resolution” e funzioni di vigilanza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, fasc. 14, 52-69.

³ Cfr. art. 6, comma 5, delib. CICR n. 275/2008 consultabile all’indirizzo web: http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/CICR/documenti/2008-07-29_Delibera_n275.pdf. Cfr. inoltre, M. BONA, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all’art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali c.d. “bagatellari”*, in *Giur. it.*, 2009, 2642 ss.; B. BUTTAZZI, *La Corte di Cassazione sul risarcimento del danno non patrimoniale nel giudizio di equità necessaria*, in *Resp. civ.*, 2009, 960 ss.; F. FERRARI, *Ambito della pronuncia secondo equità ex art. 113, comma 2, c.p.c.*, in *Giudice di pace*, 2010, 34 ss.; M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost. 6.7.2004, n. 206 e di Cass. 11.1.2005, n. 382*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 56 ss.; R. MARTINO, *Decisione equitativa e “principi informatori della materia”*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1353 ss.

⁴ Cfr. art. 9 (Cortesia), *Codice di buona condotta amministrativa del personale della Banca europea per gli investimenti nei rapporti con il pubblico*, consultabile sul sito web: http://www.eib.org/attachments/general/code_it.pdf.

Nonostante la questione riveli zone d'ombra, stando all'art. 113 c.p.c., il giudice ordinario non sembra poter considerare *motu proprio* rilevanti "i codici di condotta cui l'intermediario aderisca", in base al principio *iura novit curia*. Semmai di questi ultimi andrebbe vagliata la rilevanza obbligatoria, *iuxta alligata et probata partium*⁵ Si tenga conto, poi, che ai sensi dell'art. 128-bis Tub, le banche e gli altri intermediari finanziari vigilati dalla Banca d'Italia sono tenuti ad aderire all'Abf e, qualora essi non diano esecuzione alle sue decisioni, sono suscettibili di essere assoggettati alla procedura sanzionatoria di cui agli artt. 145 ss. Tub (Testo unico bancario)⁶. Comunque, gli intermediari inadempienti subiscono la sanzione reputazionale che è costituita dalla segnalazione del loro inadempimento in un apposito elenco pubblico, il quale è tenuto dalla Banca d'Italia⁷.

Si ha l'impressione che le attribuzioni dell'ABF presentino tratti peculiari, che non coincidono necessariamente con il raggio d'azione di un'eventuale pronuncia giurisdizionale⁸. In particolare, la decisione dell'ABF po-

⁵ In particolare, l'espresso riferimento dell'art. 6, comma 5 delib. CICR n. 275/2008 cit., ai codici di condotta ed alle indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti, sembra autorizzare l'ABF ad esercitare poteri di sindacato, anche officiosi, in termini non omogenei a quelli previsti per la giurisdizione ordinaria dagli artt. 112-113 c.p.c. Cfr. Cass. civ., sez. III, 5 luglio 1999, n. 6933, in *Arch giur. circ.*, 1999, 980: il principio *iura novit curia*, laddove eleva a dovere del giudice la ricerca del diritto, si riferisce alle vere e proprie fonti di diritto oggettivo, cioè a quei precetti contrassegnati dal duplice connotato della normatività e della giuridicità, dovendosi escludere dall'ambito della sua operatività, sia i precetti aventi carattere normativo, ma non giuridico (come le regole della morale o del costume), sia quelli aventi carattere giuridico, ma non normativo (come gli atti di autonomia privata, o gli atti amministrativi), sia quelli aventi forza normativa puramente interna (come gli statuti degli enti e i regolamenti interni); Cass. 25 marzo 2019, n. 7190; nonché in dottrina, P. CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 120 ss.; A. PIZZORUSO, *Iura novit curia, I, Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1989, 1 ss.; G. FINOCCHIARO, *Art. 114, L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA* (diritto da), *Commentario del Codice di procedura civile*, II – artt. 99-162, Torino, 2012, 248 ss.

⁶ Cfr. P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016, 5.

⁷ *Ibidem*.

⁸ In tal senso, invece, V. SANGIOVANNI, *Arbitro Bancario Finanziario: regole procedurali e poteri decisori*, 14/09/2013, consultabile all'indirizzo web <http://www.altalex.com/documents/news/2014/03/17/arbitro-bancario-finanziario-regole-procedurali-e-poteri-decisori>, che osserva come "Sotto questo profilo, la decisione secondo diritto assunta dall'ABF assicura un maggiore grado di osservanza spontanea in capo alle parti: se l'ABF ha identificato la "giusta" soluzione del caso di specie, le parti sono incentivate a darvi seguito in quanto la successiva azione in giudizio si concluderebbe probabilmente come indicato dall'ABF".

trebbe includere soluzioni che esorbitano da una decisione secondo diritto, senza però contemplare il ricorso all'equità previsto in via eccezionale dall'art. 113, cpv. c.p.c. per il modesto valore della controversia⁹.

Nel complesso, pronunciarsi secondo diritto significherebbe porsi nella prospettiva di poter anticipare quella che sarà la futura decisione di un giudice investito della medesima controversia, mentre la tutela apprestata dall'ABF avrebbe una funzione prognostica, non equivalente ad un accertamento giurisdizionale dei diritti, né ad un mezzo di risoluzione della controversia di carattere negoziale¹⁰. Ciò differenzia, nel suo impianto, il procedimento in oggetto anche da larga parte dei c.d. metodi alternativi di risoluzione delle controversie e dalla stessa conciliazione di matrice giurisdizionale *ex art.* 185 c.p.c.¹¹.

Dal breve *excursus* si deve concludere che il potere decisionale dell'ABF sembra incompatibile con l'adozione di rimedi ispirati a criteri extragiuridici, come le scuse formali, a meno che non si rinvenzano indicazioni, in tal senso, nei codici di condotta citati. Ciò giustifica la presa di posizione sul punto da parte dell'organo arbitrale che, tra l'altro, chiarisce di non aver riscontrato neppure un illecito della banca, avendo essa agito nel pieno esercizio di un proprio diritto.

⁹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 305-306. Il giudizio secondo equità consente al giudice di togliere rilevanza alle prescrizioni rigide del legislatore, ma non di prescindere completamente dalle norme di diritto, dovendo seguire i principi informativi della materia. Cfr. Cass. 18 dicembre 1998, n. 12691; C. Cost. 6 luglio 2004, n. 206. Può riguardare solo diritti disponibili delle parti e non può prescindere dalle norme processuali (Cass. 23 novembre 2009, n. 24661) dovendo altresì, ripetere norme costituzionali e comunitarie (Cass. SS.UU., 30 novembre 2006, n. 25520).

¹⁰ Cfr. C. CONSOLO-M. STELLA, *L'“arbitro bancario finanziario” e la sua “giurisprudenza precognitrice”*, in *Società*, 2013, (2), 185 ss. secondo i quali si tratterebbe di una forma sperimentale di ADR [Alternative Dispute Resolution – Risoluzione alternativa delle controversie], la cui satisfattività per i piccoli risparmiatori (e le imprese) non va tuttavia ricercata né sul piano negoziale, arbitrale o meno, né tanto meno su quello autoritativo del giudicato sostanziale e della efficacia esecutiva, non promananti dalle decisioni dei collegi ABF.

¹¹ Cfr. G. ALPA-R. DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004; B. CAPPONI, *La crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, 10, 1277-1290; V. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corr. merito*, 2011, fasc. 1, 5-14; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Rass. for.*, 2/2011, 327 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla Mediation: quale attuazione?*, in G. AJANI (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 541-552; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie, Vol IV, Attuazione e tutela dei diritti II. L'attuazione dei diritti*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 561-562.

La formula “rapporti di cortesia” viene, però, evocata dall’ABF per proclamare un’ontologica estraneità alle regole del diritto delle scuse formali, collocandole nell’ambito delle regole di cortesia ed etichetta. L’occasione è utile per mettere a tema tale ontologica estraneità, discutendo, in primo luogo, la riconducibilità delle scuse formali entro i rapporti di cortesia ed i fatti di sentimento.

2. Richiamo alla dottrina dei rapporti di cortesia

I rapporti di cortesia si caratterizzano per dare luogo a manifestazioni, appunto gli atti di cortesia, che sono ispirate a doveri etico-sociali (benevolenza e amicizia o generica solidarietà sociale) e consistono in un comportamento liberale e spontaneo, secondo alcuni connotato da gratuità¹². Risalente è, infatti, l’accostamento dei rapporti *intuitu personae* e dei contratti gratuiti, come il comodato, il mandato *cum amico* e la donazione, alla cortesia¹³. Portando all’estremo tale accostamento si potrebbe sostenere che neppure la consegna della *res* nel comodato valga ad escludere che le parti abbiano voluto mantenere il rapporto su un piano non giuridico o meramente

¹² Cfr. N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 5; cfr. M.E. LA TORRE, *Premesse generali per uno studio sull’ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 105; F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Napoli, 2003, 302 ss.; L. SANTORO, *L’atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Contr. impr.*, 2001 fasc. 2, 652-678; L. PANNARALE, *Gratuità ed interesse. Un saggio di Jhering su “La mancia”*, in *Pol. dir.*, 1998 fasc. 3, 535-554; V. PANUCCIO, voce *Prestazioni di cortesia*, in *Dig. disc. div.*, Torino, 1996, XIV, 268.

¹³ Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 545, in G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, 509: “Il comodato dà luogo a rapporti giuridici che stanno ai margini di quelli di cortesia, e perciò può essere eccessivo considerare perfetto il contratto prima ancora della consegna della cosa comodata.” Cfr. F. SCAGLIONE, *Il comodato*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Codice civile. Commentario*, Milano, 2011, 71-72, che considera pregiudizio dogmatico l’idea che la gratuità sia sintomo di irrilevanza giuridica, atteso che una promessa non assistita da repromissione è priva di causa se non riveste la forma solenne idonea a conferire serietà al volere del promittente. Cfr. inoltre, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 83 ss.; G. GORLA, *Il dogma del “consenso” o “accordo” e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 923.

cortese. Il carattere provocatorio dell'affermazione risalta, rilevando che, nel silenzio, sarebbe possibile presumere la volontà delle parti di conferire il crisma della giuridicità al rapporto. Rimane ammissibile, tuttavia, la dimostrazione che le stesse parti abbiano voluto mantenersi su un piano amichevole (c.d. doppio amichevole del contratto di comodato, quale *shadow institution*)¹⁴.

La questione permette di comprendere che, per mantenere un rapporto di cortesia nell'ambito dell'extragiuridicità, occorre che all'interesse cortese di una parte, che impronta l'atto a scopo amichevole, corrisponda l'interesse cortese dell'altra. Insomma il fondamento di un rapporto extragiuridico di cortesia è l'intento giuridico negativo delle parti, cioè la volontà di mantenersi sul piano del *gentlemen's agreement*¹⁵. Solo riscontrando tale requisito l'attività di cortesia, e il relativo impegno ad intraprenderla, rimangono di norma improduttivi di effetti giuridici e confinati al piano delle relazioni sociali.

Alcuni classici esempi sono l'invito ad un pranzo o ad una festa, a trascorrere un periodo di vacanza nella propria casa, la promessa di fare un viaggio insieme, di procurare ad un amico un certo vantaggio, il passaggio in automobile dato all'autostoppista, l'aiuto al proprio vicino a sistemare i bagagli, atti di tolleranza per spirito di buon vicinato¹⁶. Come la condotta tollerante, occasionale e giustificata da situazioni di quieto vivere e di amicizia non rileva sul piano giuridico, così le dichiarazioni di scuse rispondenti a simili esigenze sembrerebbero parimenti irrilevanti.

¹⁴ Cfr. G. TAMBURRINO, voce *Comodato*, (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 996; F. SCAGLIONE, *op. cit.*, 73.

¹⁵ Cfr. ID., *op. cit.*, 74; sul concorso dell'interesse di entrambe le parti, ai fini del giudizio di imputabilità dell'inadempimento nel deposito retribuito e nel comodato anomalo in diritto romano, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 377; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 325 ss.; sulla rilevanza obbligatoria attribuibile al compimento di taluni atti di cortesia, in forza di un contratto e di annessa clausola penale, cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, 250 ss. (es. l'invito ad una cena o l'impegno a partecipare ad una partita di golf); sul tema dei *gentlemen's agreements* e sulla rilevanza dell'intento giuridico negativo, cfr. S. SICA, *Gentlemen's agreement e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e <risveglio giurisprudenziale>*, in *Contratti*, 2001, 85 ss.

¹⁶ Cfr. V. PANUCCIO, voce *Prestazioni di cortesia*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 269 ss. Cfr. di recente, per l'individuazione del c.d. "fine sociale", quale carattere distintivo dei rapporti di cortesia/atti di cortesia, rispetto agli atti e rapporti giuridicamente rilevanti, L. SANTORO, *op. cit.*, nota 5 (per gli esempi) e 674-675.

3. Scuse, quale gesto di routine, scuse formali e apologies

È evidente che il gesto dello scusarsi, se inteso come comportamento di routine, sia privo di interesse per l'ordinamento giuridico, dal momento che riguarda una reazione del tutto spontanea, quasi un riflesso condizionato del vivere sociale¹⁷.

L'ambito delle scuse cortesi abbraccia situazioni molto diverse tra di loro, ma tutte accomunate da un contesto nel quale sia da escludere una volontà di attribuire a certi atti, mossi esclusivamente da ragioni di opportunità, un effetto giuridico.

L'indice della giuridicità del vincolo è stato escluso, ritenendo di volta in volta determinante lo scopo "sociale", "gratuito" o "altruistico" e persino "la futilità" dell'atto cortese¹⁸. In realtà, questi aspetti appaiono difficilmente sondabili in astratto, se non interpretando la comune intenzione delle parti coinvolte ed il contesto fattuale in cui ha luogo il rapporto¹⁹.

Le scuse di routine sembrano un fenomeno distinto rispetto alle scuse formali di cui si è detto a proposito della pronuncia dell'ABF. Una definizione di scuse formali è fornita dalle Risoluzioni adottate dalle Nazioni Unite con la "Dichiarazione di Vienna" (§§ 27, 28) che specificamente incoraggia-

¹⁷ Cfr. V. PANUCCIO, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 87, 209; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 33 ss. Cfr. F. MASTROPAOLO, *I singoli contratti – I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Torino, 1999, 678: "Solo una dimostrazione concreta permetterà di ritenere, in singoli casi di specie, che il predetto intento di conferire regole giuridiche ad interessi economici dev'essere escluso, operando allora l'accordo soltanto su un piano extragiuridico, disciplinato da norme del galateo o della morale, e restando affidato alla libera discrezionalità delle parti". Sulle origini medievali delle regole di cortesia-etichetta, N. ELIAS, *La civiltà delle buone maniere. Il processo di civilizzazione*, Vol. I, Basilea, 1939, rist. Bologna, 1988, trad. it. G. Panziera, 216 ss.

¹⁸ Cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, 391.

¹⁹ Cfr. in tal senso, G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 63, secondo cui non si può negare che gli indizi oggettivi possano essere assunti in base al loro valore sintomatico, al fine di giudicare la serietà degli impegni delle parti e la loro conseguente determinazione di far derivare dal rapporto specifiche responsabilità giuridiche. Ma è certo che per giungere a questa conclusione la strada maestra rimane una valutazione, caso per caso, della comune intenzione delle parti. Cfr. anche K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato [Einführung in die Rechtsvergleichung, Band 2: Institutionen, 1984]*, vol. II, Istituti, ed it. a cura di A. DI MAJO-A. GAMBARO, Milano, 1995, 101 ss.

no programmi di riparazione e riconciliazione a largo raggio, indirizzati non solo alle vittime ed agli autori, quali destinatari privilegiati, ma anche alla comunità, interessata dalla commissione dell'illecito (o che comunque ne risente, generando al suo interno un aumentato bisogno di sicurezza). Secondo quest'ultima fonte, le scuse assumono una valenza riparatoria, essendo intese quale comunicazione verbale o scritta, in cui l'autore di una condotta potenzialmente offensiva, ma di cui non necessariamente è rilevata l'illiceità, descrive il proprio comportamento e dichiara di esserne pienamente responsabile²⁰. Considerata anche la dimensione oggettivamente attribuibile nel contesto sociale, la dichiarazione²¹ assumerebbe “un valore a sé stante, oggettivamente riconoscibile, che non dipende più dal pensiero dell'autore, e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che governano ogni comunicazione espressiva tra gli uomini”²².

La figura delle scuse formali trova un corrispettivo nell'*apology*, propria della cultura anglosassone²³. Seppur la principale accezione riportata dall'*Oxford English Dictionary* sotto la voce “apology” sia quella di giustificazione, argomentazione a sostegno, scusante²⁴, nell'uso attualmente invalso il

²⁰ Da segnalare, ai fini dell'interpretazione delle Risoluzioni citate che l'*apology* è stata inclusa tra gli strumenti appartenenti al “paradigma riparativo” di cui tratta l'*International Scientific and Professional Advisory Council* (ISPAC) al X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei rei (Vienna, 2000). Cfr. A. CERETTI-F. DI CIÒ-G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001, 313

²¹ Dato caratterizzante della natura della dichiarazione è la necessaria destinazione ad altri (siano poi, questi altri, destinatari determinati o meno), mentre eccessivo ed illusorio, anche sul terreno sociale e giuridico, è ravvisarne la funzione nella «trasmissione del pensiero». Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Introduzione di G.B. Ferri, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, 18 (l'edizione originale risale al 1943 ed ha una diversa impaginazione), nella sua critica al pensiero di F. CARNELUTTI (cfr. ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, II ed., § 148, n. 119: 268; nn. 124-288).

²² Così, E. BETTI, *op. cit.*, 18.

²³ Sulla complessa interazione tra morale, norme sociali e diritto quale comune denominatore, seppur di intensità diversa, dei sistemi giuridici in ottica comparata (con particolare riferimento al diritto dei *torts* nell'ambito di *common law*), vedi l'approfondito ed originale apprezzamento di P. VINES, *Law and Justice in Australia: foundations of the legal system*, Oxford University Press, 2013, 75 ss.; ID., *The Power of Apology: Mercy, forgiveness or Corrective Justice in the Civil Liability Arena*, in *Public Space: The Journal of Law and Social Justice*, 2007, vol. 1, 5 ss.

²⁴ Si veda l'edizione del 2005. Cfr. inoltre, M. OWEN, *Apologies and Remedial Interchanges: A Study of Language Use in Social Interactions*, Berlin: Mouton de Gruyter, 1985,

termine consegna un significato diverso, indicando una manifestazione di rincrescimento offerta ad altri, in conseguenza di una propria mancanza o colpa verso di loro (“*to acknowledge and express regret for a fault without defense*”)²⁵.

In questa sede non intendiamo riferirci alle “scuse” nell’accezione di causa di giustificazione o circostanza attenuante, a difesa dell’autore di un illecito²⁶. Anche se il significato del verbo *to apologize* può cambiare a seconda dei contesti, nel nostro caso le “scuse formali” vengono trattate come espressione di empatia, dove l’abbassamento simbolico delle proprie difese può ridimensionare i conflitti, permettendo la comprensione delle ragioni altrui. In questo senso, l’elemento giustificativo lascia spazio all’aspetto autocritico. Anticipando un tema portante dell’indagine, si può fin d’ora richiamare un ricorso sempre più massiccio e frequente dell’*apology* a scopo riparatorio-rettificativo, nei *mass media*²⁷.

109-113; J. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge: Cambridge University Press, 1969). Il consiglio del monarca inglese Charles I è, infatti, “Never make a defence or apology before you be accused” (*Letter to Lord Wentworth, 3 September, 1636*). Questo è anche il principale significato del termine latino *excusatio* (su cui si veda l’adagio *excusatio non petita accusatio manifesta*). D’altra parte, la filosofia classica scolpita nelle opere di Platone e la stessa parola italiana “apologia” confermano e tramandano tale accezione. Cfr. PLATONE, *Apologia di Socrate, Critone. Testo greco a fronte*, trad. it. M. Valgimigli, Bari, 2008. Sull’apparente contraddittorietà della posizione socratica, D.M. FARRELL, *Illegal Actions, Universal Maxims, and the Duty to Obey the Law: The Case for Civil Authority in the Crito*, in *Political Theory*, 6, n. 2 (1978), 174.

²⁵ Cfr. C. SCHNEIDER, *What It Means To Be Sorry: The Power Of Apology In Mediation*, in *Mediation Quarterly*, vol. 17, n. 3 (2000), 2 ss.; R.L. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, vol. 2, *Comparative Studies*, Elsevier, 2014, 28 ss.

²⁶ In questo senso si legga, ad esempio, il termine francese *excuse* come “motif légitime de dispense ou de décharge” oppure come “une circonstance que la loi prend elle-même en considération”. Cfr. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, Coll. “Quadrige”, PUF, 2004, v° “Excuse”. Da notare, invece, il significato assunto dalla parola *apology*, in stretta correlazione al concetto di rettifica-correction (entrambe oggetto di *offer of amends*), nel AA.VV. *Butterworths Concise Australian Legal Dictionary*, 3rd edition, LexisNexis, Australia, 2004, 25, che la definisce: “An expression of regret for the publication of defamatory material coupled with an unqualified acknowledgment of the falsity of the statement and an offer to withdraw it. Generally such an apology will go to mitigation of damages: *David Syme & Co Ltd v Mather* [1977] VR 516; (VIC) Wrongs Act 1958 s 6”. Cfr. sulla nozione di illecito civile in generale, F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1-34.

²⁷ Cfr. B. FRASER, *On Apologising*, in F. COULMAS (ed.), *Conversational Routine. Explorations in Standardized Communication Situations and Prepatterned Speech*, The Hague, Mouton Publishers, 1981, 259; S.J. SCHER, J.M. DARLEY, *How Effective Are the Things Peo-*

4. Il problema delle dichiarazioni di sentimento

Data la tendenza oggettivante del diritto, i fatti emozionali, soggettivi e intersoggettivi tendono ad essere assorbiti in “situazioni oggettive, spesso formalizzate”²⁸. Si pensi al perdono di cui è stata a lungo dibattuta la natura di atto giuridico²⁹.

Considerata la limitata rilevanza giuridica del sentimento in quanto realtà psichica³⁰, sembra più facile che sia preso in considerazione non tanto il

ple Say to Apologize? Effects of the Realization of the Apology Speech Act (1997) 26 *J Psycholinguistic Research* 127; J.C. KLEEFELD, *Thinking Like a Human: British Columbia's Apology Act* (2007) 40: 2 *Univ. British Columb. Law Rev.* 769 at 789-790; D. CUYPERS *et al.* (a cura di), *Public Apology between Ritual and Regret. Symbolic Excuses on False Pretenses or True Reconciliation out of Sincere Regret?*, Amsterdam-New York, 2013; N. SMITH, *Justice Through Apologies: Remorse, Reform and Punishment*, Cambridge University Press, 2014, 1-402; C. KNÜTEL, *Tätige Reue im Zivilrecht – Eine Untersuchung der Auswirkung nachträglichen Wohlverhaltens auf die Folgen der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten und Obliegenheiten* (Hamburger Rechtsstudien, Heft 91), 2000, recensito da U. STEIN, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 201, Bd., H. 4 (2001), 622-628.

²⁸ Cfr. A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 631.

²⁹ Si fa riferimento agli istituti della riabilitazione dell'indegno (466 c.c.) e della riconciliazione tra coniugi (154 c.c.). Sulla rilevanza del perdono nella riconciliazione tra coniugi, Cass. 14.12.1949 n. 2954, in *Foro pad.*, 1951, I, 243 con nota adesiva di E. ONDEI, *Osservazioni sul concetto di riconciliazione fra coniugi*; conf. Cass. 21.3.1969, n. 891, in *Mass. Giust. civ.*, 1969. La tesi del perdono quale dichiarazione di volontà, in evidente analogia con la teoria del negozio giuridico, è stata espressa da C. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen u. Leipzig, 1902, 527 (citato, però, da MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, 629 nota 706, come sostenitore della teoria del perdono quale “evento spirituale”); cfr. anche H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des des deutschen Reichs und Preussens*, II, Halle, 1909, 134; R. HENLE, *Vorstellungs- und Willentheorie*, Leipzig, 1910, 364 (perdono come remissione del vincolo morale dell'offesa). Per una centralità della manifestazione esterna ai fini della produzione degli effetti giuridici ed un'irrilevanza del fatto interiore, P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht*, Berlin, 1903, 197. Per il perdono quale momento psicologico del negozio giuridico riabilitativo, cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo a una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 34 ss.; A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, 199 ss. In favore della rilevanza di indici esterni di obbiettivazione della fattispecie considerata dalla norma, cfr. E. BETTI, cit., 19 ss. Più di recente, v. anche G. BONILINI, *La riabilitazione dell'indegno*, in *Studium iuris* 1997, 1141; C. PARRINELLO, *Sub art. 157 c.c.*, Libro I, Titolo IV, *Del Matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile – Della famiglia – artt. 74-176*, diretto da Enrico Gabrielli, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, 813-814; P. ZATTI-M. MANTOVANI, *La separazione personale*, Padova, 1983, 230 ss.

³⁰ A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 545-546. Il “sentimento” può essere definito una

momento interiore, proprio della coscienza dell'individuo, quanto "un'atmosfera emozionale socialmente diffusa ed estesa ad ambienti più o meno larghi della comunità"³¹. Si è così osservato come l'emersione di fatti emotivi, quali manifestazioni della fenomenologia giuridica sia tutt'altro che impossibile³². Ciò avviene, in particolare, quando lo stato emotivo non costituisca esclusivamente esperienza strettamente personale ed episodica, ma assuma un certo grado di determinatezza e concretezza tale da essere oggetto di "una valutazione sociale tipizzata"³³.

Il comportamento e nella specie la dichiarazione hanno natura significativa: la dichiarazione di sentimento è cosa ben diversa dal fatto di sentimento. I

"presa di posizione della coscienza valutante rispetto al mondo esterno alla coscienza" (cit., 609).

³¹ *Ibidem*. Cfr. sul ruolo dell'emotività e dei sentimenti dei singoli nella formazione dell'opinione pubblica, MCCLUNG LEE, *Ricerca sulla funzione della «opinione pubblica»*, conf. 7 marzo 1961, in *Annali della Università di Macerata*, vol. XXIV, Milano, 1960, 45-36; C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle «regole sociali»*, Milano, 1965, 223. Sull'evoluzione dei servizi socio-assistenziali in ottica relazionale ed emotivamente orientata nel rapporto amministrazioni-cittadini, cfr. V. BERLINGÓ, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010, 9 ss.; e per un'idea di giustizia sociale che vada oltre le politiche assistenziali di matrice contrattualistica, verso una più difficile scelta di promozione sociale fondata sull'empatia e sull'apertura all'altro, si veda A. SEN, *The Idea of Justice*, London, 2009. Sulla c.d. giustizia della carità, cfr. H. KELSEN, *Justice et droit naturel*, in *Le droit naturel*, PUF, Paris, 1959, 42 ss.

³² Sul rapporto tra la realtà (immateriale) soggettiva della psiche umana e quella oggettiva (materiale) dei comportamenti esterni dei soggetti di diritto, S. PUGLIATTI, *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 437 ss.; A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 541 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969; F. CARNELUTTI, *Giustizia e carità*, Milano, 1957; A. HELLER, *Oltre la giustizia*, trad. it., Bologna, 1990; R. BARTOLI, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, fasc. 42, 101-122; per una recente riscoperta nell'ambito del diritto pubblico, F. GUELLA-C. PICIOCCHI, *Libera manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 849; V. BERLINGÓ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 1-2, 143-176; ID., *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010, 11-14.

³³ Cfr. A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 631. Con riferimento al valore dell'empatia nell'associazionismo, M. FRANCESCA, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto privato: associazionismo, terzo settore e tutela dei diritti sociali*, in R. DI RAIMO-M. FRANCESCA, A.C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2012, 41 ss.; cfr. A. BARBA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Commentario del codice civile – Delle persone – artt. 11-73*, Torino, 2014, nota 702; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1992, 433 ss.

fatti emozionali si possono concretizzare in atti esterni– trascendenti la coscienza– che valgono ad esteriorizzarli e manifestarli³⁴. Occorre avvertire, però, che per fatti emotivi, come il dispiacere e la compassione, il comportamento può non essere il mezzo adeguato per la manifestazione, laddove può essere insincero e di circostanza: così “l’atteggiamento esteriore può esprimere un sentimento che in realtà non si avverte”³⁵. Ciò può rendere molto arduo per il diritto accertare l’effettiva portata del fatto di sentimento e la sua coincidenza con la dichiarazione di sentimento, nella quale è estrinsecato il fatto emozionale.

Le scuse formali, pur potendo normalmente presupporre un fatto di sentimento³⁶ che nella fattispecie consiste nel pentimento per l’offesa arrecata– ovvero nel dispiacere e nella partecipazione al dolore– non sono esse stesse un fatto di sentimento. Esse più propriamente coincidono con la dichiarazione di sentimento. Dal “pentimento” in sé le scuse formali differiscono perché il primo consiste in un fatto interiore, non necessariamente esternato (privatamente o pubblicamente), mentre le seconde richiedono inevitabilmente tale ultimo elemento.

Le scuse formali si distinguono rispetto alle dichiarazioni di scienza e di conoscenza poiché le prime rappresentano una valutazione personale e di coscienza del dichiarante che non attesta necessariamente un fatto obiettivo ed empiricamente riscontrabile, ma più propriamente un *sentimento* dell’autore³⁷.

³⁴ Cfr. A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 607. Più di recente, v. C. COPPOLA, *L’ingratitude nel diritto privato*, Padova, 2012, 25 ss.

³⁵ Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, 608.

³⁶ Le voci sentimento, affetto, emozione vengono normalmente impiegate come sinonimi, anche se dotati di sfumature e specificazioni. “Più in generale, si guarda ad ogni processo della vita interiore, in quanto esprima una valutazione mediata o immediata della nostra coscienza: un’espressione della coscienza valutante tra valori negativi e valori positivi, tra beni e mali dell’esistenza”. Cfr. A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, 543, n. 3-bis.

³⁷ Sulla dichiarazione di sentimento, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 19, che osserva come, secondo il nesso della dichiarazione col suo contenuto, si può distinguere una “semplice rivelazione, manifestazione di uno stato d’animo, di un proposito, di un sapere sussistente nel soggetto indipendentemente da essa e dimostrabile anche in altra forma e successivamente in più forme diverse fra loro equipollenti, fungibili, ripetibili (si pensi a dichiarazioni di scienza, di opinione, di sentimento, di proposito, di desiderio etc.). Qui la dichiarazione, mirando unicamente a informare, a far sapere ad altri alcunché di sussistente al di fuori di essa, non ha che una funzione complementare, strumentale, rispetto a quanto vien comunicato. Essendo destinata a palesare e comunicare un dato contenuto della coscienza del dichiarante, essa non ha un valore proprio e a sé stante, ma una funzione meramente semanti-

A proposito delle partecipazioni di sentimento si è parlato significativamente di una funzione, in senso lato, “confessoria rivolta verso l’interno della coscienza del dichiarante” ... “funzione diretta a metterla in comunicazione con la mente altrui”³⁸. Che l’espressione di sentimento possa implicare l’ammissione di un fatto, oppure essere accompagnata dall’esposizione di un fatto e, dunque, rilevare come dichiarazione di scienza a sfondo confessorio rimane, tuttavia, problema degno di ulteriore approfondimento.

5. La contestualizzazione dell’atto di scuse: dal piano della cortesia a quello litigioso

Si può osservare come, a fronte della violazione di norme non giuridiche (sociali, cavalleresche, etico-religiose etc.), il ruolo delle scuse formali sia tradizionalmente considerato un vero e proprio rimedio, prodromico al perdono ed alla riconciliazione³⁹. Come evidenziato nel codice cavalleresco, le

ca, comunicativa e rappresentativa di quel contenuto, al quale per sua natura rimanda e rinvia”. Cfr. inoltre, A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 608. Nel senso che la dichiarazione costituisca assunzione, modo socialmente impegnativo, della paternità di un testo (nella specie quello delle scuse) contenente un chiarimento suscettibile di apportare un contributo alla disciplina di rapporti interindividuali dei quali chi dichiara è parte o sui quali ha comunque il potere di influire, v. P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 377; nonché S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, in CICU-MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 367 secondo cui “la dichiarazione è la formulazione e l’espressione, in termini di linguaggio, di un atto volitivo (dichiarazione di volontà), di una rappresentazione (dichiarazione di scienza), di un moto dell’animo (dichiarazione di sentimento)”.

³⁸ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 19.

³⁹ Come sottolineato da P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1986, 7: “l’osservanza delle altre norme [extrastatali n.d.r.] ha la sua coazione nella riprovazione della società, in cui vige la norma e può avere una coazione abbastanza fiera, talora più fiera della norma giuridica”. Sul punto v. anche le considerazioni sull’effettività di talune sanzioni sociali e reputazionali da parte di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 43; nonché G.B. FERRI, *Il diritto statuale e il suo doppio*, ora in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 126 ss. Cfr. G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 62. Cfr. per una eloquente testimonianza di cerimonie di scuse e di perdono della tradizione ebraica, dove spicca un’importante funzione di pacificazione sociale e prevenzione del conflitto, A. COHEN, *Il Talmud*, Bari, 1935, 276 ss.; più in generale cfr. N. TAVUCHIS, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation*, Stanford University Press, 1991, 3, 19;

scuse sono lo strumento per riparare un'offesa morale (all'onore della persona)⁴⁰.

C.L. GRISWOLD, *Forgiveness: A Philosophical Exploration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007); N. SMITH, *I Was Wrong: The Meanings of Apologies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 1-310; M.U. WALKER, *Moral Repair: Reconstructing Moral Relations after Wrongdoing*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 262; E.A. COLE, *Apology, Forgiveness, and Moral Repair*, in *Ethics & International Affairs*, Volume 22.4 (2008); sui benefici dell'*apology* nel favorire la risoluzione delle dispute, diminuendo i costi del contenzioso, N.N. ANTAKI-D.F. BOURCHEIX-L. MARIER-M. THERIAULT, *Les lois sur la présentation d'excuses. Aspects légaux, historiques et sociologiques*, Gatineau, Congrès du Barreau du Québec, June 3, 2011, reperibile sul sito web: www.caij.qc.ca/doctrine/congre_du_barreau/2011/2087/index.html; P.C. LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 268-269; S. MORIN, *S'excuser*, in *Revue juridique Thémis*, 2013-2014, 47-3, 469-495.

⁴⁰ Cfr. J. GELLI, *Codice Cavalleresco Italiano (Con note di commento e giurisprudenza)*, XV ediz., Milano, 1926. "Art. 45. Le scuse devono farsi con gli stessi mezzi con i quali si è arrecata l'offesa. Quindi, verbali, scritte o stampate, se l'offesa fu a parole, scritta o stampata. Le scuse verbali si fanno alla presenza dei due o dei quattro rappresentanti, i quali le assumono in verbale da essi sottoscritto e rilasciato all'offeso. Le scuse verbali possono anche esser fatte dai rappresentanti dell'offensore in nome e per conto di lui. Le scuse non esonerano dal risarcimento eventuale di un danno. Quando le scuse sono la espressione genuina e sincera di un elevato senso di giustizia, non umiliano, ma onorano chi le fa, perché sono prova di rettitudine. Se, invece, sono il prodotto della paura, sarà opportuno che, nel verbalizzarle, i rappresentanti usino le maggiori cautele, affinché non appaiano strappate con la minaccia, nel qual caso rappresenterebbero una magra soddisfazione per l'offeso". Secondo l'art. 46 (51, 52) "Le scuse di qualsiasi specie devono farsi prima del verbale di scontro. Offerte dopo la firma di questo verbale saranno considerate come rifiuto di scendere sul terreno". Nell'art. 47 (53, 54,55) si prevede che "Le scuse presentate sul terreno, prima del duello, equivalgono a rifiuto di battersi, e portano seco la squalifica di chi le fa. Se furono suggerite dai rappresentanti (o dai testimoni) la squalifica colpirà anch'essi. Le scuse fatte in extremis superano tutto ciò che havvi di più abietto, perché provano la mancanza assoluta di ogni sensibilità d'onore". Cfr. l'art. 48 (56) "Nel caso di scuse sul terreno apposito verbale dovrà giustificare la condotta dei rappresentanti dell'offensore, e sarà firmato anche dai rappresentanti dell'offeso. Questo verbale è necessario per impedire che ai testimoni si possa in avvenire far carico di aver assunto la rappresentanza di un offensore, il quale per vigliaccheria, loro consenzienti, abbia presentato le scuse sul terreno. Per altro le scuse presentate sul terreno, dopo lo scontro, onorano chi le fa". Art. 49 (57): Se l'offesa fu pubblica, o, se privata, fu risaputa da terzi, o se dopo le scuse offerte ed accettate mancò la riconciliazione degli avversari, l'offeso può pubblicare il verbale di scusa e pretendere, se del caso, in altra sede il risarcimento del danno causato dall'offesa. Infine vedi l'art. 50 (57): "Per le offese di turbata pace domestica e per quelle con vie di fatto non si ammettono scuse, a meno che le vie di fatto risultassero come conseguenza di un equivoco di persona. Se nelle offese con vie di fatto vi fu errore di persona, la soddisfazione potrà giustamente essere indicata da un giudizio cavalleresco, il quale potrebbe condannare l'offensore a presentare le scuse nel modo più soddisfacente e al pagamento di una ammenda a beneficio di una istituzione pietosa, designata dall'offeso".

Loro requisiti sono la tempestività e spontaneità, sul presupposto che presentarle *in extremis*, oppure sotto la pressione di minacce, sia sintomo di falsità ed opportunismo. Ricorrervi quale ultima *chance* per uscire da una situazione critica, insomma, ne indebolirebbe le capacità riparatorie, potendo risultare persino controproducente⁴¹.

Se da un lato si può considerare la giuridicità della norma sotto il profilo delle fonti di produzione, un altro criterio è individuabile sotto il profilo dei meccanismi coercitivi. Le regole giuridiche sono coercibili, mentre le regole di costume sono garantite unicamente dalla disapprovazione sociale⁴².

D'altra parte, la differenza tra diritto e costume è relativa e di carattere storico, riconducibile alla peculiarità degli ordinamenti, non alla diversità intrinseca delle regole. Di conseguenza, ciò che in alcuni ordinamenti è considerato costume (es. regole di etichetta o cortesia) potrebbe essere ritenuto diritto in altri. Considerando la storicità del fenomeno giuridico, il criterio non può che essere flessibile, individuando un nucleo costitutivo di giuridicità in quelle regole essenziali alla conservazione di una data comunità, distinte dalle regole inessenziali alla vita di quella stessa comunità⁴³.

La *ratio* delle regole cortesi sembrerebbe quella di agevolare le relazioni sociali e di minimizzare i conflitti, come avviene a proposito delle scuse formali in ambito cavalleresco, attraverso un gesto simbolico di pacificazione o una restituzione morale⁴⁴.

Nulla esclude che un atto o prestazione di cortesia possa intervenire unilateralmente in un contesto prelitigioso o litigioso, come spontaneo gesto di

⁴¹ Cfr. di recente, C. MCPHERSON FRANTZ-C. BENNINGSON, *Better late than never. The influence of timing on apology effectiveness*, 41 *Journ. Of Experimental Social Psychology*, 2005, 206.

⁴² Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, 18 ss.; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010, 73 ss. La coattività, propria delle regole giuridiche, è la forza materiale messa in atto per realizzare la sanzione in caso di inosservanza di una regola. La coattività, però, non è da considerarsi una nota caratteristica del diritto in genere, inteso come insieme di regole di organizzazione di una qualsiasi compagine sociale, ma solo del diritto statale. Si pensi alla differenza tra diritto statale e diritto consuetudinario. "In ogni società, accanto alle norme, la sanzione delle quali è abbandonata per lo più a una sanzione psicologica, vi sono norme la sanzione delle quali è affidata ad un'azione materiale", ID., (cit. 75). Vedi P. OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrsitte*, Leipzig, 1914, 10 ss.; di recente, su questi aspetti, P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla soft law*, Napoli, 2013, 10 ss.

⁴³ Cfr. N. BOBBIO, cit., 84-85; nello stesso volume v. anche, P. GROSSI, *Prefazione*, XXVI.

⁴⁴ Cfr. R. LAKOFF, *Talking Power. The Politics of Language*, Basic Books, 1990, 34.

riparazione e riconciliazione⁴⁵. Si pensi al deterioramento dei rapporti contrattuali di durata basati sull'*intuitu personae* che porta a contestazioni o a risoluzione, ovvero ai danni non patrimoniali consistenti nelle sofferenze morali della vittima.

Si possono condividere i dubbi sull'idea che la categoria degli atti di cortesia debba essere costruita sulla cifra caratteristica dell'amicizia, cioè dell'assenza di un conflitto di interessi sullo sfondo⁴⁶. Un simile approccio sembra influenzato da una certa autoreferenzialità del sapere giuridico, efficacemente denominata *litigation culture*, che porta a considerare con sospetto qualsiasi gesto di parte che non sia rigidamente improntato ad una logica tecnicamente difensiva⁴⁷.

In alcune esperienze, spesso ancorate a tradizioni etico-religiose e permeate di ideali collettivistici, le *apologies* incarnano il fondamentale principio dell'armonia sociale. Contrizione pubblica ed offerta di scuse sono particolarmente radicate in molte comunità asiatiche ed africane, dando vita ad una vera e propria cultura delle *apologies*⁴⁸. Qui risalta un radicamento delle

⁴⁵ Sul ruolo delle norme sociali/morali di comportamento nello svolgimento dei rapporti giuridici contrattuali e sull'eventuale riparazione di loro patologie, per via di precetti generali ispirati a correttezza e *fairness*, cfr. K. VINAYAGAMOORTY, *Apologies in the Marketplace*, 33, *Pace L. Review*, 1081 (2013), in particolare 1110; R. CARROLL-N. WITZLEB, "It's Not Just Money". *Enhancing the Vindictory Effect of Private Law Remedies*, in 37 *Monash U.L. Rev.*, 216, 233 (2011); A. ALLAN, *Functional Apologies in Law*, in 15 *Psychiatry, Psychol. & L.*, 369, 372-373 (2008).

⁴⁶ Cfr. G. CONTE, *op. cit.*, 62, nota 153, a proposito della ricostruzione di A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti*, cit., 137 ss.

⁴⁷ Sull'*adversarial style litigation*, contrapposto ad una cultura giuridica della *mediation*, cfr. D.L. LEVI, *The Role of Apology in Mediation*, 72, *N.Y.U.L. Rev.* (1997), 1171; J.K. ROBBENOLT, *Apology and Civil Justice*, in AA.VV., *Civil Juries and Civil Justice: Psychological and Legal Perspectives*, New York, 2008, 217 ss.; D.D. GIROLAMO, *Seeking Negotiated Order Through Mediation: A Manifestation of Legal Culture?*, in *Journ. Comp. Law*, vol. V, 2010, 118 ss.

⁴⁸ Si tratta di una cultura che potrebbe avere più anime, se è vero che a modelli antichi, radicati in tradizioni millenarie, si sovrappongono nuove tecniche autodifensive e di risoluzione dei conflitti, cfr. N. MILLS, *The New Culture of Apology, Dissent* 48, no. 4 (2001), 113-116; R. KRÜGER, *Small Steps to Equal Dignity: The Work of the South African Equality Courts*, in *The Equal Rights Review*, 2011, vol. 7, 31. Si avverte un ruolo centrale della vergogna nelle civiltà dell'estremo oriente, in quanto le persone devono rendere conto delle loro azioni alla comunità, al contrario delle società occidentali, per cui si può ritenere più appropriato l'accostamento alle c.d. "civiltà della colpa", in quanto si deve rendere conto a Dio dei propri comportamenti. In tal senso, risalta il contrasto delle due prospettive di organizzazione sociale, l'una a vocazione per il tutto (comunità), l'altra per la parte (individuo). Cfr. E.R. DODDS, *I*