

**Andrea Pisani Tedesco**

# **Il problema della responsabilità civile compensativa**

**Studio per un rimedio risarcitorio effettivo**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

---

*Direttore:*

Loredana Garlati

*Comitato editoriale:*

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

Andrea Pisani Tedesco

# Il problema della responsabilità civile compensativa

Studio per un rimedio risarcitorio effettivo



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4237-4

*Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.*

*I saggi pubblicati nel presente volume sono stati sottoposti a procedimento di peer review da parte di revisori anonimi e hanno ottenuto una valutazione positiva.*

*Stampa:* LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*A Giuseppe,  
fratello e mentore*



# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	1
CAPITOLO I	
IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MERAMENTE COMPENSATIVA	
1.1. Le diverse funzioni della responsabilità civile	15
1.1.A) La funzione compensativa	20
1.1.B) La funzione sanzionatoria	22
1.1.C) La funzione preventiva o deterrente	28
1.1.D) La (efficiente) distribuzione delle “perdite” e l’allocazione dei costi	32
1.1.E) La funzione organizzativa	34
1.1.F) La funzione moralizzatrice, anche tramite la pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari	35
1.2. La posizione della dottrina tradizionale	38
1.3. Le regole di R.C. non sono neutrali rispetto all’incentivo di condotte virtuose e, specularmente, alla deterrenza di illeciti	47
1.4. Un rimedio esclusivamente compensativo impedisce una reazione efficace contro gli illeciti dolosi e/o lucrativi, almeno fin quando il guadagno atteso dall’illecito superi il costo del risarcimento	50
1.5. Sulla desiderabilità e necessità di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo in Italia	62
1.6. Risarcimento ultra-compensativo e diritto UE	64
1.7. Sul dogma della riparazione integrale: sconfessato dalla Corte costituzionale e da puntuali interventi del legislatore, anche recenti	70
1.8. Origine antidemocratica della scelta “positiva” di rimettere il monopolio della sanzione alla pubblica accusa, espungendola dal processo civile	73
1.9. Problema di tenuta costituzionale del vigente sistema di R.C. Irragionevolezza di sanzioni slegate dalla gravità del fatto, quindi anche ove sproporzionate per difetto	76



	<i>pag.</i>
1.10. Necessità di far emergere una regola (quella punitiva) invero praticata nell'ombra: "si fa ma non si dice"	78
1.11. <i>Rationes</i> giustificative del rimedio ultra-compensativo	89
1.11.A) Argomento storico	89
1.11.B) Coerenza sistematica	95
1.11.C) Deterrenza generale e speciale	98
1.11.D) Messaggio simbolico-educativo e di denuncia	99
1.11.E) Incentivo all'azione e <i>law enforcement</i>	101
1.11.F) Argomento socio-antropologico	104
1.12. Le risposte del sistema immunitario umano alle offese: un modello utile al giurista?	108
1.12.A) La cornice epistemologica di " <i>Law and Biology</i> " e i razionali del lavoro	109
1.12.B) <i>Segue</i> : il confronto tra le caratteristiche fondamentali della risposta immunitaria e quelle della risposta di un sistema di R.C. della <i>western legal tradition</i>	117
1.12.C) <i>Segue</i> : proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di descrizione e misurazione della risposta alle offese civili bioispirato al sistema immunitario umano	122

## CAPITOLO II

### I MATERIALI ESISTENTI IN ITALIA: PER UNA SISTEMATICA DELLA REAZIONE PROPORZIONATA ALLE CONDOTTE ILLECITE

2.1. I tre paradigmi di reazione presenti nel vigente ordinamento: <i>risarcimento puro</i> , <i>indennizzo</i> e <i>risarcimento ultra-compensativo</i> (o <i>punitivo</i> )	130
2.2. Indennizzo, l'arte del temperamento degli interessi: un rimedio mite. Sottocompensazione a fronte di un danno <i>non</i> antiggiuridico	133
2.3. Le diverse fattispecie di indennizzo: una panoramica	138
2.4. Indennizzo per immissioni c.d. liceizzate	142
2.4.A) Caso "Malpensa" ed immissioni con prevedibile durata <i>sine die</i> : tra danno da atto lecito ed "espropriazioni larvate"	146
2.4.B) Poteri equitativi e compensazione delle esternalità di segno opposto	148
2.5. Lo stato di necessità e il caso di studio del diritto all'abitazione. Inquadramento giuridico e struttura della fattispecie	149
2.5.A) <i>Segue</i> : sulla nozione di persona e gli altri elementi costitutivi della fattispecie	156
2.5.B) <i>Segue</i> : stato di necessità e diritto all'abitazione	160
2.6. Espropriazione per pubblica utilità e indennizzo. Premessa: proprietà privata e diritti fondamentali: una relazione pericolosa che influenza i rimedi	167

	<i>pag.</i>
2.7. <i>Segue</i> : panoramica sulla nozione di espropriazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: uno “slalom tra contenuto economico del diritto e parità di trattamento”	170
2.8. <i>Segue</i> : Strasburgo ha parlato: la causa è finita? Influenza sul diritto interno in tema proprietario	174
2.9. Espropriazione per pubblica utilità e acquisizione sanante: le nuove norme, critica	183
2.10. <i>Quantum</i> dell’indennizzo ed interventi di riforma economico-sociale	188
2.11. <i>Segue</i> : espropriazione, acquisizione sanante e indennizzo: valutazioni conclusive	190
2.12. Le fattispecie ultra-compensative: una risposta forte e perentoria alle aggressioni. <i>Overcompensation</i> a fronte di un danno <i>molto</i> antigiuridico. Panoramica delle diverse fattispecie	191
2.13. La condanna aggravata per lite temeraria	197
2.14. L’apparato deterrente e sanzionatorio della legge sulla subfornitura	211
2.15. L’ <i>astreinte</i> italiana e la dissociazione tra i formanti dell’ordinamento	221
2.16. Il risarcimento del danno ambientale: tra punizione e risarcimento in forma specifica	226
2.17. Responsabilità da contratto e da fatto illecito: perduranti differenze di regime ma sostanziale identità funzionale?	233
2.18. La funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità da inadempimento e il dolo del debitore	238
2.19. <i>Overcompensation</i> e contratto: lo strano caso dell’inadempimento “efficiente”	244
2.20. <i>Overcompensation</i> e contratto. <i>Segue</i> : il danno non patrimoniale da inadempimento	246

### CAPITOLO III

#### UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO: IL SISTEMA FRANCESE

3.1. Tra prestigio e potere: la circolazione dei modelli giuridici di responsabilità	255
3.2. I caratteri tradizionali della responsabilità civile in Francia	268
3.3. <i>Segue</i> : il mito della <i>équivalence entre dommage et réparation</i>	275
3.4. Il cantiere francese di riforma del <i>Code civil</i> : gli obiettivi dichiarati e il metodo utilizzato	278
3.5. Le proposte di riforma della R.C. Dal <i>dommage punitif</i> all’ <i>amende civile</i> : alchimie linguistiche per evitare (formalmente) l’ <i>américanisation du droit</i>	283
3.6. La <i>faute lucrative</i> e il beneficiario della sanzione	287
3.7. <i>Caution! Legislator (and lobbyist) at work</i>	289

## CAPITOLO IV

## I PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA STATUNITENSE

4.1. I <i>punitive damages</i> : nozione e breve inquadramento storico nell'ordinamento di origine	293
4.2. I danni punitivi nell'ordinamento statunitense: <i>functions and rationales</i>	300
4.3. L'addomesticamento del "mostro": il percorso di "costituzionalizzazione" (forzata) ad opera della <i>Supreme Court</i> . La svolta impressa con il caso "BMW"	313
4.4. <i>Segue</i> : il successivo percorso di "costituzionalizzazione": i casi "State Farm", "Philip Morris" ed "Exxon"	316
4.5. Le leggi statali in funzione di contenimento degli eccessi delle giurie e il sistema degli <i>split recovery schemes</i>	328
4.6. Nuovi movimenti alle frontiere dei <i>torts</i> : anche in America "si fa ma non si dice" ... proprio tutto	334
4.7. Una suggestione sistemologica	337

## CAPITOLO V

UN RIMEDIO RISARCITORIO EFFETTIVO:  
UNA RILETTURA DEL SISTEMA ITALIANO DI RESPONSABILITÀ  
CIVILE

5.1. Danno non patrimoniale (morale) come figura generale a vocazione ultra-compensativa. Inquadramento della fattispecie e funzioni	339
5.2. <i>Segue</i> : origine storica e successiva interpretazione costituzionalmente orientata	346
5.3. Portata espansiva della fattispecie. Vocazione generale alla sanzione delle condotte più odiose e sede "naturale" di quella "intermediazione legislativa" richiesta dalle Sezioni Unite	351
5.4. Perimetrazione di una fattispecie ultra-compensativa entro i confini dell'art. 2059 c.c.: <i>l'an</i>	353
5.5. <i>Segue</i> : il <i>quantum</i>	361
5.6. Possibili strade per la (ri)costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo nell'ordinamento italiano	365
<i>Bibliografia</i>	371

## PREMESSA

*“I do not think so ill of our jurisprudence as to suppose that its principles are so remote from the ordinary needs of civilised society and the ordinary claims it makes upon its members as to deny a legal remedy where there is so obviously a social wrong”.*

LORD ATKIN<sup>1</sup>

Che cos'è la responsabilità civile? O, meglio, a che serve la responsabilità civile?

La domanda, secca e “grave”, così posta ha un sapore evangelico. E non sembra il caso di rispondere con un lapidario – quanto fallace – aforisma, o *tweet*, secondo la moda odierna<sup>2</sup>. Probabilmente qualche decennio fa si sarebbe potuto rispondere alla domanda con un'affermazione semplice e condivisa nella comunità degli interpreti; oggi il quadro è notoriamente più complesso. In parte ciò è fisiologico: è la stessa forza dirompente della fattualità ad impedire che le regole di responsabilità siano cristallizzate una volta per tutte in un testo normativo.

Nel nostro ordinamento, ad esempio, decenni orsono già si denunciava l'“esplosione” dell'istituto<sup>3</sup>, la quale è continuata invero senza sosta, se non altro sino al noto tentativo della Cassazione di porre un argine formale all'espansione dell'area della risarcibilità (operato nel 2008 con le c.d. sentenze di “San Martino”<sup>4</sup>). Acuta dottrina ha evidenziato diverse ragioni di tale deflagrazione della

---

<sup>1</sup> *Donoghue v. Stevenson*, UKHL, 26 May 1932, AC 562.

<sup>2</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 1, osserva come, in considerazione delle peculiarità del diritto contemporaneo della responsabilità civile, non esista una definizione unitaria e “soddisfacente”.

<sup>3</sup> Basti pensare all'impatto dirompente di quelle sentenze storiche che, sulla base del lavoro incessante della dottrina, hanno aperto le frontiere di nuove, ed ampie, aree di danno risarcibile. Ci si riferisce in particolare al caso “Meroni” (Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174) che ha dato la stura alla risarcibilità del danno derivante da lesione del diritto credito, e alla più recente Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500 che ha aperto al risarcimento del danno in caso di violazione dell'interesse legittimo.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

responsabilità civile (in avanti anche “R.C.”<sup>5</sup>). In primo luogo, vi è l’intuitivo, e statisticamente accertato, *incremento delle occasioni e del costo dei danni* tipico delle società industriali<sup>6</sup>. In secondo luogo, si segnala la vera e propria *trasformazione culturale* intervenuta dopo l’avvento della Costituzione repubblicana che ha mutato il quadro valoriale di riferimento. Cosicché, il diritto della R.C., sorto nel contesto dell’egemonia liberale (centrata sulle coordinate di un’economia di concorrenza e una cultura individualistica), comincia a confrontarsi con la cultura solidaristica ed egualitaria sponsorizzata dalla Carta del ’48<sup>7</sup>. In tale rinnovato contesto valoriale, la protezione della vittima diventa un vero e proprio caposaldo della costituzione materiale del *Welfare State*, «e gli individui avvertono il ‘diritto’ a una compensazione, che restauri lo *status quo*, per le conseguenze dannose di un novero sempre più ampio di rischi»<sup>8</sup>.

Il quadro della *tort law*, nelle società opulente del XXI secolo, è dunque oggi più complesso e frastagliato. Tuttavia, sembra possibile tracciare dei punti fermi che aiutino a rispondere alle domande d’apertura.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere la polifunzionalità della responsabilità civile<sup>9</sup>. Fra le diverse funzioni esprimibili dall’istituto si devono

<sup>5</sup> Nel presente lavoro, per responsabilità civile si intenderà, unitariamente, sia la responsabilità aquiliana sia quella contrattuale. Per le differenze di regime normativo tra le due forme di responsabilità e per l’analisi funzionale delle medesime si rinvia al § 2.17.

<sup>6</sup> C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale* (*dir. vig.*), in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1258 s.

<sup>7</sup> Una pietra miliare in materia resta senz’altro l’opera di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. V. in proposito M. FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, p. 653 ss., che dà atto di come negli anni ’70, anche per il grande merito di Rodotà, fosse cominciata una stagione nuova, invero ancora aperta, che ha portato a impiegare la R.C. per la tutela dei diritti fondamentali. Stagione identificabile con la felice espressione di sintesi de “*l’età dei diritti*” (titolo di un fondamentale libro di Norberto Bobbio del 2005).

<sup>8</sup> C. SALVI, *ibidem*; l’A. prosegue: «l’estensione dell’ambito della responsabilità civile (attraverso la revisione della nozione di danno risarcibile, e l’ampliamento delle ipotesi di responsabilità diverse dalla colpa) costituisce la risposta più immediata, anche perché per lo più conseguibile attraverso un’opera di reinterpretazione del diritto vigente, all’istanza di una più estesa protezione contro i danni».

<sup>9</sup> Può pertanto dirsi superata la visione tradizionale che ne predicava, invero apoditticamente, la mera funzione compensativa: cfr. *ex multis* S. DEAKIN-A. JOHNSTON-B. MARKESINIS, *Tort Law*, VII ed., Oxford, 2013, spec. p. 43 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 19 ss.; nonché il pionieristico e magistrale lavoro di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970. Anche la Suprema Corte, nel suo più autorevole consenso, ne ha ormai preso piena coscienza, valorizzando le funzioni sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile, soprattutto a fronte di un marcato *animus nocendi* – sebbene in assenza di una figura di diritto comune di risarcimento ultra-compensativo o comunque punitivo: cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, e le riflessioni di autorevole dottrina originate da tale sentenza: M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 4/2017, p. 1107 ss.; G. ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, *ivi*, p. 1084 ss.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel*

menzionare perlomeno le seguenti: *compensativa, preventiva o deterrente, sanzionatorio-punitiva, (efficiente) distribuzione delle perdite e allocazione dei costi, organizzativa e moralizzatrice*<sup>10</sup>. Tali funzioni, il cui peso specifico varia in ciascun ordinamento, nel tempo e nello spazio, *dovrebbero* cooperare armonicamente in vista di uno scopo desiderabile di politica del diritto<sup>11</sup>: garantire al singolo, e al corpo sociale nel suo complesso, un adeguato sistema di difesa e reazione contro le offese ingiuste (in avanti anche lo “Scopo complessivo”).

Su tale Scopo complessivo gli interpreti si trovano *grosso modo* d'accordo. Sulle strade rimediali da percorrere per realizzarlo, invece, la concordia svanisce.

Invero, e al di là delle preferenze concettuali sul tema, si deve ammettere che, per conseguire il predetto scopo generale, il *quantum* risarcitorio rappresenta una variabile fondamentale. Tramite un'adeguata modulazione del livello di risarcimento, infatti, la responsabilità civile può esprimere pienamente (e con effettività) le funzioni sopra richiamate.

Si può dunque intendere il *quantum* risarcitorio come una variabile per la regolazione della risposta giuridica di R.C. Poiché non si può ripristinare perfettamente lo stato del mondo preesistente al fatto illecito, il risarcimento per equivalente monetario integra una risposta convenzionale (una  *fictio iuris* ) che rappresenta, in qualche modo, il corrispettivo del danno<sup>12</sup>. Ciò è particolarmente evidente con riguardo al danno non patrimoniale, il quale, a ben vedere, integra

---

*risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9/2017, p. 1787 ss.; A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017, p. 1405 ss.; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 4/2017, p. 437 ss.; G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, *ivi*, p. 435 ss.; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018. Lo “storico” provvedimento, oggetto di raffinate analisi, può leggersi altresì in *Nuova giur. civ.*, 10/2017, p. 1392 ss., con nota di M. GRONDONA-P.G. MONATERI-G. PONZANELLI; in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, p. 767 ss., con nota di N. RIZZO; in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE, e P.G. MONATERI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 1053, con nota di C. CONSOLO; in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, p. 273 ss., con i commenti di A. ZACCARIA, F. FERRARI, M. FRANZONI, G. PONZANELLI, M. SESTA, A. LAMORGESE, C.C. VIAZZI. Più di recente cfr.: E. AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 6/2018, p. 995 ss.; A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019, p. 222 ss.

<sup>10</sup>Ciascuna di tali funzioni sarà analizzata partitamente nel prosieguo: cfr. i paragrafi 1.1.A)-1.1.F).

<sup>11</sup>Si utilizza il modo condizionale giacché nella realtà, come si vedrà, non è sempre così. Basti qui considerare che le predette funzioni, in un sistema giuridico efficiente e ben congegnato, *dovrebbero* tendere verso lo scopo complessivo indicato.

<sup>12</sup>Una traccia di ciò sembra rivenirsi anche da uno dei diversi significati che *damnum* esprime nelle fonti giuridiche romane: da queste risulta che *damnum* può indicare il prezzo di composizione per il danneggiamento arrecato; nonché pure l'accezione più ristretta di “pena”: così G. CRIFÒ, voce *danno (storia)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 617 s.

un “danno” soltanto in senso normativo. Da un punto di vista strettamente economico, dunque, l'importo del risarcimento rappresenta il prezzo che l'ordinamento assegna a un determinato bene giuridico. Ma tale prezzo sarà di natura stipulativa, dal momento che non esiste – ed è opportuno che non esista – un valore di mercato di beni come la salute, la dignità, il diritto a non essere discriminati, il diritto a un ambiente salubre, *et cetera*.

Diventa allora intuitivo vedere come il livello del risarcimento influenzi la percezione dei consociati circa il *valore* dei diversi beni giuridici. Ne segue che al crescere del valore assegnato da parte di una collettività ad un determinato bene, dovrà crescere, proporzionalmente, il *quantum* del risarcimento per il caso di lesione (il suo “prezzo”). Fino al punto di spingere i beni giuridici di più alto valore fuori mercato (verso la c.d. *inalienability*)<sup>13</sup>.

Da un punto di vista di politica del diritto, dunque, anche il livello del risarcimento dei singoli beni giuridici lesi integra un fondamentale parametro per la regolazione della risposta giuridica ai torti; un chiaro monito ai trasgressori potenziali circa il reale valore – tendenzialmente incommensurabile – di taluni interessi. Ciò si rannoda all'esigenza che il nostro sistema di responsabilità e i suoi rimedi siano in linea con le istanze etiche che promanano dalla «coscienza sociale in un dato momento storico»<sup>14</sup>.

Se può indentificarsi con chiarezza lo Scopo complessivo della R.C. nel corrente momento storico, resta, tuttavia, la questione generale di una efficace e “giusta” quantificazione del risarcimento del danno.

Si anticipa sin d'ora la conclusione di un ragionamento che sarà sviluppato compiutamente nelle pagine successive: il risarcimento meramente compensativo (liquidato in stretta aderenza al principio di riparazione integrale) non sembra idoneo, da solo e in ogni circostanza, a raggiungere lo scopo di cui si diceva.

Il mondo contemporaneo, infatti, vede l'individuo<sup>15</sup>, titolare di diritti soggettivi, sempre più solo ed in balia dei grandi attori istituzionali, stretto tra lo stato e la *corporation*. Quest'ultima, in particolare, sembra avere oggi una forza supe-

<sup>13</sup> Così con penetrante lucidità G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven-London, 2016, *passim*. Cfr. anche M. BARCELONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011, p. 302, per il quale la stessa “patrimonialità” del diritto privato «rappresenta... “un significato sociale”: salvo ciò che il diritto espressamente sottrae alla sua competenza, è la società che, *di volta in volta*, ne produce il significato concependo ciò che è commensurabile, convertibile in denaro e ciò che non lo è»; nonché E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2008, p. 506 ss.

<sup>14</sup> Secondo la felice sintesi adoperata dalla Cassazione nelle pronunce c.d. di “San Martino”, cit.

<sup>15</sup> *Mutatis mutandis* il discorso vale anche per la piccola impresa che non ha, evidentemente, la medesima forza contrattuale della grande impresa, spesso multinazionale. Esempio ne siano, al riguardo, le norme sull'abuso di dipendenza economica, sull'abuso di posizione dominante, nonché quelle a tutela del subfornitore (l. n. 192/1998). Tali norme prendono atto della strutturale asimmetria di taluni rapporti tra imprese ed approntano dei rimedi in chiave di contrasto delle condotte abusive.

riore a quella del tradizionale Leviatano<sup>16</sup> e, sovente, gli ordinamenti giuridici statuali non sono adeguatamente attrezzati per spingere gli attori sociali forti economicamente alla sopportazione integrale dei costi, anche sociali, delle proprie azioni (c.d. internalizzazione). La realtà economico-sociale mostra che ove i profitti stimati siano di gran lunga in esubero rispetto ai danni inferti, il danneggiante si determini ad operare con disinvoltura, sapendo che tutt'al più dovrà risarcire un importo pari al mero controvalore del danno cagionato alla vittima; se, e nella misura in cui, peraltro, quest'ultima abbia accesso al rimedio e abbia affrontato vittoriosamente l'alea di un (tipicamente) lungo ed estenuante processo<sup>17</sup>. In altre parole, ove restino in ombra le finalità deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile, il danneggiante (razionale) sarà portato a intendere la compensazione come un semplice costo implicito della propria azione anti-giuridica, una mera voce negativa da appostare in bilancio<sup>18</sup>. Con la conseguenza che molti danni restano dove sono caduti "naturalmente".

Insomma, il paradigma compensativo mostra la corda quando sia chiamato a reagire contro illeciti dolosi e lucrativi, sovente posti in essere in contesti caratterizzati da significativa asimmetria economica e informativa<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. del dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 1120 s.; e A. SANTA MARIA, *European Economic Law*, III ed., AH Alphen, 2014, p. 357 ss. Sul ruolo del diritto privato quale tecnica di regolazione del mercato cfr. per tutti A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, spec. cap. V.

<sup>17</sup> In particolare, nel caso di condotte plurioffensive che originino microdanni diffusi, i soggetti danneggiati sono disincentivati ad agire in giudizio, posto che i costi di attivazione della giustizia superano sovente il beneficio atteso. Inoltre, come noto, la vecchia *class action* all'italiana (*ex art. 140 bis cod. cons.*) non si è dimostrata assolutamente all'altezza delle finalità istituzionali cui era chiamata. C'è da augurarsi che la nuova azione di classe, introdotta con la l. n. 31/2019, possa rivelarsi un rimedio effettivo ed incisivo. Milita positivamente in tale direzione la nuova collocazione del rimedio (Titolo VIII *bis* del codice di rito, art. 840 *bis* ss.) che dà all'azione collettiva una vera e propria dignità sistematica, finora negatagli nel nostro ordinamento, sia dal legislatore, sia dalla giurisprudenza. Per un primo commento positivo della nuova *class action* italiana, v. per tutti M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 3/2019, p. 309 ss., il quale, acutamente, osserva la necessità che, oltre allo strumento tecnico, si crei una "cultura" del contenzioso di classe; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 3/2019, p. 301 ss.; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 6/2019, p. 1572 ss.

<sup>18</sup> Osserva opportunamente P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 16, che «ogniquale volta l'arricchimento supera i danni effettivamente inferti, l'imposizione di un obbligo risarcitorio manca di un vero effetto deterrente per il futuro: infatti, adempiuto l'obbligo risarcitorio, il responsabile dell'illecito potrebbe poi far proprio il residuo arricchimento».

<sup>19</sup> Prendendo spunto dai repertori di giurisprudenza e dalle ricorrenti cronache di stampa, si consideri ad esempio quell'impresa che dolosamente decida di non fare gli investimenti necessari per adottare le misure prescritte *ex lege* in un proprio stabilimento, cagionando la morte di sette operai (Caso "Thyssenkrupp": Cass. pen., Sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 52511). Oppure, si pensi a un gestore di autostrade che, pur lucrando pedaggi milionari, decidesse di omettere, in ipotesi per studiata convenienza economica, indifferibili interventi manutentivi su un viadotto, determinandone così il crollo e la morte di *n* persone. O, ancora, a una casa farmaceutica che, dopo aver



Sul versante contrattuale si assiste, invece, al c.d. inadempimento “razionale”<sup>20</sup>.

Quest’ultimo, come ci mostra l’economia, riposa sull’assunto che ciascun soggetto, in una relazione contrattuale, punti a massimizzare la propria utilità. Sicché, sarà razionale quell’inadempimento che conferisce al suo autore un’utilità maggiore o semplicemente preferibile – secondo la propria idiosincrasia – rispetto alla fedeltà al patto originario. Secondo la teoria classica dell’analisi economica del diritto di marca posneriana, tale inadempimento sarebbe anche efficiente ogni qualvolta il guadagno dell’inadempiente (c.d. *reluctant party*) fosse maggiore della perdita subita dalla parte fedele<sup>21</sup>.

Tuttavia, sembra appena il caso di anticipare che, fuori dai casi fisiologici di recesso (legale e convenzionale), non sembra opportuno consentire a cuor leggero al debitore la facoltà di sciogliersi dal vincolo monetizzandone il costo economico tramite il mero risarcimento del danno compensativo<sup>22</sup>. Si arriverebbe al completo sovvertimento del dato positivo *ex art.* 1453 c.c. che alloca invece in capo al creditore adempiente la scelta tra esatto adempimento e la risoluzione – più i danni. Non pare equo consentire alla parte infedele al contratto di arricchirsi mediante un comportamento antiggiuridico (inadempimento doloso). L’ordinamento deve compiere una scelta inequivoca: stare dalla parte del trasgressore o dalla parte dell’attore leso. In punto di giustizia (qualità cui il diritto talvolta ambisce e che ne rappresenta primigenia fonte di legittimazione<sup>23</sup>), sembra

---

ricevuto milioni di finanziamento dalla controparte pubblica e aver garantito uno sforzo di diligenza elevatissimo, ritenga conveniente un inadempimento “tattico” perché, putacaso, ha ricevuto *medio tempore* un’offerta più vantaggiosa per una quota parte di dosi vaccinali. Per ulteriori esempi di illeciti dolosi e lucrativi, quasi neppure scalfiti dalla R.C. compensativa, sia consentito rinviare alle cronache quotidiane.

<sup>20</sup> Basti qui considerare che il c.d. *inadempimento razionale* rappresenta una realtà concreta ed assai frequente, soprattutto tra grandi attori globali come le società multinazionali. Per un esempio eloquente v. Trib. Monza, 11 febbraio 2016, n. 1461, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1423 ss. In generale, cfr. M. TORSELLO, *Remedies for Breach of Contract*, in J.M. SMITS (edited by), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, II ed., 2012, p. 754 ss.

<sup>21</sup> Cfr. R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992, p. 117 ss.; R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 321 s. Sia detto *per incidens*: non sembra possibile concordare con un approccio che guardi acriticamente all’efficienza allocativa delle risorse, indicata come stella polare per l’interprete. A tacer d’altro, ciò significherebbe cantare il *requiem* a valori fondamentali e risalenti come la buona fede contrattuale, la stabilità dei traffici, l’equità etc.

<sup>22</sup> Sull’inadempimento contrattuale e l’inadeguatezza rimediabile di un risarcimento ingessato sul paradigma della riparazione integrale v. Cass., 7 ottobre 2016, n. 20251, con nota di P. PARDOLESI, *La camicia di Nesso e il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale*, in *Foro it.*, 2017, c. 990 ss. Cfr. anche F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 386 s., che considera come «nel nostro ordinamento ... l’inadempimento non è una delle opzioni indifferentemente esercitabili dal debitore», sol che esso risulti maggiormente profittevole o efficiente.

<sup>23</sup> Non è un caso che taluna dottrina abbia individuato anche la *justice* tra gli scopi della R.C., intesa sia come giustizia retributiva (*ethical retribution*), sia come gratificazione per l’offeso (*ethi-*

più ragionevole la regola che obblighi il convenuto a restituire il profitto conseguito, o una parte di esso<sup>24</sup>.

Ora, sebbene, come osservato, il paradigma compensativo si dimostri inadeguato a gestire (da solo) la variegata fenomenologia dell'illecito, taluni interpreti – in particolare in seno al formante dottrinale – sembrano restii ad oltrepassare l'etereo limite della riparazione integrale e, quindi, a utilizzare le feconde possibilità rimediali dischiuse dalla variabile del *quantum* risarcitorio. Il principio della riparazione integrale, infatti, elevato a vero e proprio dogma<sup>25</sup>, sembra aver generato la nota e diffusa avversione del giurista italiano per le sanzioni di diritto civile<sup>26</sup>. Tale avversione viene talvolta giustificata col timore per asseriti effetti

---

*cal compensation*): così Glanville Williams, come riportato da G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 51. V. anche le appassionante pagine di R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 232 ss.; ID, *Perché l'armato ubbidisce all'inerte?* (Saggio sulla legittimazione del diritto e del potere), in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 1 ss.; e H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. Cattaneo, Torino, 1965, spec. capp. VIII e IX, pp. 185 ss. e 216 ss. Risuona attualissima l'incisiva considerazione di T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 181: «il diritto non è solo certezza, e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo, non dispiaccia vederlo scritto da un empirico preoccupato assai di ciò che è stato detto “al di qua” del diritto, e cioè di economia, anche in cerca di giustizia che è in noi, una giustizia che un empirico scrive magari con la g maiuscola, che non crede appesa fuori dal mondo, ma in noi, in una storia che è “commedia umana”, ma pur sempre storia etica e dove veramente sacro è l'uomo».

<sup>24</sup> Tale conclusione è oggi rafforzata da un dato positivo di recente conio: la retroversione degli utili (art. 125 c.p.i.) nell'alveo del diritto industriale, che pur essendo un istituto speciale (di responsabilità extracontrattuale) testimonia la mutata attenzione dell'ordinamento per la deterrenza ottimale – o quanto meno efficace – e la velata presa di coscienza dei limiti del mero approccio riparatorio (semplice *compensation*). Per un classico in argomento, cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p. 152 ss.

<sup>25</sup> Esso potrebbe essere qualificato come una “mitologia giuridica della modernità”; l'espressione è un cortese prestito di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Milano, 2007.

<sup>26</sup> Ad esempio, per C.M. BIANCA, *La responsabilità*, V, in *Trattato di diritto civile Bianca*, III ed., Milano, 2021, p. 136, non sono ammessi i c.d. danni punitivi: «non è cioè ammesso il risarcimento in funzione punitiva del danneggiante. È infatti estranea al nostro ordinamento l'idea che il risarcimento del danno possa avere una funzione afflittiva per il danneggiante». Nella stessa ottica sembra, oggi, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021, spec. p. 9 ss., per il quale non sarebbe appropriato attribuire alla R.C. una funzione punitiva, neppure per supplire ad eventuali insufficienze dell'azione pubblica. Ma si v. P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, p. 108 s. e in specie nt. 63, ove l'A. osservava come l'obbligazione risarcitoria presentasse due funzioni inscindibilmente legate: quella riparatoria e quella sanzionatoria; atteso che «la riparazione del danno... non costituisce in sé e per sé un risultato socialmente utile: essa elimina il danno per il danneggiato, ma non per la società, poiché si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo». L'A. considerava poi che, di norma (e nel contesto ordinamentale vigente nel 1970, quando tale voce enciclopedica fu redatta), il peso della responsabilità (patrimoniale) non è commisurato alla gravità della colpa dell'agente. Per converso, con riguardo al danno non patrimoniale è ravvisabile chiaramente una funzione sanzionatoria dettata dall'esigenza di colpire più duramente gli atti illeciti più gravi. Ove si parametrasse poi l'ammontare del danno non patrimoniale

incontrollabili che potrebbero derivare dalla franca ammissione di istanze sanzionatorie nell'“atto costitutivo” del diritto civile<sup>27</sup>.

In ogni caso, e al di là delle riserve che ciascun interprete ritenga di esprimere nei confronti delle sanzioni di diritto civile, sembra possibile concordare su una questione di fondo: se la responsabilità civile non si dimostra in grado, concretamente, di raggiungere lo scopo di politica del diritto proprio dell'istituto, ci si trova dinanzi a un *problema*. E, sia consentito aggiungere, un problema giuridico significativo<sup>28</sup>. Per questa ragione, già nel titolo del lavoro, citando la straordinaria opera di un Maestro che ha scritto pagine indimenticabili in materia<sup>29</sup>, si è scelto di identificare come problematica una R.C. meramente compensativa.

Il corollario di tale considerazione, come si vedrà diffusamente in avanti, è che l'assenza di una fattispecie generale ultra-compensativa, dai chiari presupposti applicativi e limiti, comporta un insopportabile *deficit* di effettività rimediabile e un *vulnus* alla certezza del diritto<sup>30</sup>.

Una volta identificati i problemi che affliggono la R.C. compensativa, nel prosieguo del lavoro si è cercato di comprendere:

*i) quali siano le reali risposte date dal formante giurisprudenziale.*

Al di là dei dati strettamente positivi e delle formule declamatorie, s'è voluto indagare come le corti civili – anche a livello di crittotipi giuridici<sup>31</sup> – si facciano

alla gravità dell'illecito, il rimedio «acquisterebbe il carattere di una vera e propria pena privata [omessi autori citati, N.d.A.] simile agli *exemplary damages* della *common law*». Cfr. anche ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 53 ss., spec. nt. 5.

<sup>27</sup> La riferita “paura” filtra chiaramente, ad esempio, dai numerosi provvedimenti giurisdizionali nei quali non è stata concessa, con vari argomenti, la misura coercitiva indiretta *ex art. 614 bis c.p.c.*; dimostrando i nostri giudici un generoso *self-restraint* proprio in una materia ove c'è stata un'inequivoca “intermediazione legislativa”. Sono manifesti, in particolare, il timore di sanzionare il debitore inadempiente beneficiando così la controparte di un arricchimento, in ipotesi, ingiustificato assai simile al colpo di fortuna (il c.d. *windfall*), nonché la tema di frustrare l'ispirazione liberal-individualistica del processo civile, mercé un'ingerenza statuale nei rapporti tra privati cittadini. Si v. in avanti il § 2.15.

<sup>28</sup> Rappresenta altresì un problema la mancanza di una sistematica per la reazione proporzionata ed efficace ai diversi illeciti. In tale vuoto, come si vedrà, si può insinuare la discrezionalità del singolo giudicante, rendendo così un pessimo servizio proprio a quella certezza del diritto che si vorrebbe omaggiare.

<sup>29</sup> Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*.

<sup>30</sup> Sicché la responsabilità civile non sembra riuscire a tenere il passo dei mutamenti macroscopici e repentini veicolati dalle strutture economico-sociali contemporanee.

<sup>31</sup> Per le nozioni di *crittotipo* e di *formante* dell'ordinamento v. la straordinaria opera di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992, p. 43 ss.; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, Vol. 39, No. 1, p. 1 ss.; nonché A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, IV ed., Torino, 2018, p. 3 ss. D'altronde, il compito della dottrina è proprio

carico delle domande di giustizia sostanziale legate alla deterrenza e alla sanzione di comportamenti particolarmente riprovevoli (offensivi beni giuridici di inestimabile valore come la dignità della persona e l'ambiente), suscettibili di reiterazione pedissequa e seriale, in accordo al ruolo del giudice quale decisore istituzionale. In particolare, si è cercato di portare ad emersione le regole effettivamente adoperate dalla giurisprudenza per rispondere alle istanze di giustizia nei casi di più forte ed evidente asimmetria (che sembrano essere la maggior parte in una realtà globalizzata<sup>32</sup>); e

*ii) come sia possibile rispondere – de iure condito – al bisogno sociale di tutela identificato.*

Ossia, evitare che i danni, derivanti da determinate attività, restino ove si siano prodotti “naturalmente”: in capo alla vittima dell'illecito.

Il problema sostanziale sullo sfondo del presente lavoro, come si intravede dalle precedenti considerazioni, è dunque la *quantificazione della risposta efficace* ai torti.

Gli interrogativi da sciogliere sono molteplici. Quando è sufficiente la risposta risarcitoria *de minimis*: *i.e.* il risarcimento del danno secondo il principio della riparazione integrale? A fronte di quali offese l'ordinamento deve, invece, scatenare una reazione perentoria e severa, in chiave deterrente<sup>33</sup>? Quali sono i criteri idonei a commisurare il *quantum* ottimale del risarcimento del danno in grado di esprimere armonicamente le diverse funzioni della responsabilità civile? Ancóra, come coniugare il bisogno di deterrenza delle condotte più gravi – che destano maggior allarme sociale – con l'esigenza di tendenziale prevedibilità dell'orizzonte dei risarcimenti<sup>34</sup>?

---

quello di utilizzare il proprio apparato critico per lumeggiare ciò che accade in profondità, all'ombra delle declamazioni superficiali. «Looking into dark places is exactly what the academy is paid to do. Without it we would retain rules and concepts that reflect timeworn values or continuing effects of past explorations»: così G. CALABRESI, *The Complexity of Torts – the Case of Punitive Damages*, Chapter X, in M. STUART MADDEN (ed. by), *Exploring Tort Law*, New York, 2005, p. 348.

<sup>32</sup> Come osservato da A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2008, p. 239 ss., le dinamiche della globalizzazione portano a rendere necessaria la formazione di norme sovranazionali elaborate presso i sistemi economico-giuridici dominanti, e, dal momento che i protagonisti di tali sistemi sono influenzati prepotentemente dalla cultura giuridica nordamericana, codeste norme «tendono ad accentuare lo slittamento in favore della prospettiva civilistica dei metodi di prevenzione delle condotte illecite». Sui motivi della preferenza dei grandi attori transnazionali per l'ordinamento U.S.A., nonché sulla capacità di costoro di produrre la disciplina delle loro attività anche in altri sistemi si rinvia a M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

<sup>33</sup> In altri termini: l'*an* di una fattispecie civile ultra-compensativa.

<sup>34</sup> Prevedibilità necessaria anche per evitare che il livello dei premi assicurativi diventi insostenibile per gli assicurati. Sul punto cfr. D. CERINI, *The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability: an Italian perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018, p. 1 ss.

A tali quesiti si può dare una risposta seguendo una pluralità di approcci metodologici. La ricerca qui compendiata ha cercato di seguire le direttrici dell'effettività della tutela<sup>35</sup>, del metodo rimediale<sup>36</sup>, e del metodo comparato. Come noto, la comparazione giuridica non rappresenta un esercizio puramente accademico e culturale. L'argomento di diritto comparato, anche nel nostro ordinamento, va assumendo un'importanza crescente. Esso, infatti, è sempre più utile e necessario in un contesto di sistemi giuridici interconnessi dalla rete mercatoria globale. I nostri giudici ne sembrano consapevoli e, sempre più spesso, adoperano il diritto comparato, seppur con finalità diverse tra loro, le quali oscillano, grosso modo, tra un uso *ad colorandum* e un uso normativo vero e proprio<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>Per il significato di tale principio alla luce dei valori costituzionali e del diritto UE, v. il noto arresto *Fininvest c. CIR* (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, § 3.4.2., che sarà commentato *infra* nel testo). Per la Suprema Corte, il diritto ad un *rimedio adeguato* si traduce nel «soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato». Del pari, il diritto alla tutela giurisdizionale non può ridursi a mero accesso formale al giudizio, ma significa, piuttosto, «diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela». Cfr. altresì G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017, p. 666 ss., e A. ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2019, p. 676 ss.

<sup>36</sup>Metodologia di lavoro antiformalistica che guarda con attenzione alle diverse regole operazionali rinvenibili nei diversi formanti dell'ordinamento, e che non si lascia sedurre dalle formule declamatorie dei dati positivi o da massime tratlative e "mentitorie". Più in dettaglio, si tratta di una prospettiva che pone al centro dell'indagine il consociato ed i suoi interessi. «L'effettività delle soluzioni offerte e non le declamazioni sui diritti guidano l'analisi, l'interpretazione e la valutazione delle regole formali ed informali che descrivono ed organizzano i rimedi offerti dall'ordinamento»; così U. MATTEI, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 107 ss. Per una riflessione generale sul metodo giuridico in materia di R.C. cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pp. 1-14. Per una voce che considera il sistema dei rimedi come indice rivelatore della situazione soggettiva sottostante, cfr. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 57. Cfr. altresì S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e impr.*, 3/2019, p. 831 ss.; e G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2014, p. 165 s.

<sup>37</sup>Si v. per tutti il caso "Englaro": Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. Cfr. il pionieristico lavoro di G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964; e le riflessioni di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto Civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1980, p. 375, sull'uso del diritto comparato come canone interpretativo del diritto positivo. In tempi più recenti si v. A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; B. MARKESINIS-J. FEDTKE, *The Judge as Comparatist*, in *80 Tul. L. Rev.*, 2005, p. 11 ss.; G.F. FERRARI-A.GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006; G. SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, in L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi*, Napoli, 2011, p. 291 ss., spec. p. 296 ss., che individua tre diversi possibili usi giudiziari della comparazione giuridica: a) normativo, b) dialettico o problematico, c) esornativo (o superfluo); A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 1 ss. e 39 ss.; C. BALDUS, *Fluctuat nec mergitur: per un doppio incoraggiamento del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2019, p. 1106 ss. Anche per le preziose riflessioni sul metodo si può rinviare

Ne è avvertito il legislatore, che quando si accinge a modificare il diritto domestico guarda regolarmente alle esperienze giuridiche degli altri paesi. Di ciò v'è traccia nei lavori preparatori di quasi ogni nuova legge. In un certo senso, e specie con riguardo alle novelle legislative implementate altrove, si può vedere questo fenomeno di osservazione delle esperienze straniere – da parte del legislatore nazionale – come una sorta di esperimento *in vivo*. Osservazione imprescindibile quando ci si accinga ad ipotizzare il trapianto legale di un istituto. Avere a disposizione modelli sperimentali di innovazioni giuridiche implementate in altri sistemi – che siano, va da sé, il più possibile vicini alla situazione del sistema dell'osservatore – permette di valutarne gli effetti in maniera molto più completa e significativa rispetto a quanto consentirebbe un ipotetico modello meramente teorico.

Qualche ulteriore chiarimento metodologico sembra dunque necessario.

Nel presente lavoro non si propone affatto un trapianto legale o un innesto<sup>38</sup>. Non si suggerisce l'introduzione per via legislativa o pretoria dei *punitive damages* tipici dei paesi di *common law*. Si è ben consapevoli delle caratteristiche istituzionali del sistema giuridico italiano e del fatto che, a tacer d'altro, un simile *legal transplant* avrebbe un'alta probabilità di rigetto. D'altronde, prima di provare a ipotizzare un trapianto, anche il chirurgo tenta un approccio correttivo/riparatorio, consapevole dell'opportunità di lavorare con i materiali autologhi del paziente<sup>39</sup>.

In questa sede, quindi, sarà adoperato l'argomento di diritto comparato secondo il c.d. *uso dialettico o problematico*, ossia allo scopo «di suggerire all'inter-

---

a R.B. SCHLESINGER-H.W. BAADE-P.E. HERZOG-E.M. WISE, *Comparative Law*, VI ed., New York, 1998, spec. p. 47 ss.

<sup>38</sup> In generale sul tema cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, II ed., Athens (GA), 1993; ID., *Aspects of Reception of Law*, in 44 *Am. J. Comp. L.*, 1996, p. 335 ss.; M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in 10 *Theoretical Inq. L.* 723 (2009); D. BERKOWITZ-K. PISTOR-J.-F. RICHARD, *The Transplant Effect*, in 51 *Am. J. Comp. L.*, 2003, p. 163 ss.; K. PISTOR-D. BERKOWITZ-J.-F. RICHARD, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, in 47 *European Economic Review*, 1999, p. 165 ss.; J.O. OGBONNAYA-C.V. ITESHI, *The Jurisprudential Issues Arising from Legal Transplant: An Appraisal*, in 50 *J.L. Pol'y & Globalization*, 2016, p. 1 ss.; M.F. LAWRENCE, *An Appraisal of the Influence of Legal Transplant on National Legal Systems, The Case of Cameroon*, in 7 *Eur. J. Comp. L. & Governance*, 2020, p. 89 ss. Da parte sua, H.P. GLENN, *On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants*, in 1 *J. Comp. L.* 358 (2006), mostra luci ed ombre dell'uso di metafore biologiche in ambito giuridico: l'analisi si concentra sul "trapianto legale" ma, come osserva lo stesso A., essa potrebbe estendersi ad altre fortunate metafore: la costituzione vista come "*living tree*"; la nozione di "*legal families*" adoperata nella tassonomia giuscomparatistica e via discorrendo. Con specifico riguardo a un trapianto di *punitive damages* cfr. E. MUNOZ-R. VAZQUEZ-CABELLO, *New Punitive Damages in Mexican Law – Or the Chronicle of a Failed Legal Transplant Foretold*, in 42 *Hastings INT'l & Comp. L. Rev.*, 2019, p. 203 ss.

<sup>39</sup> Ed è quel che si tenterà di fare nel Cap. V, proponendo una rilettura sistematica e costituzionalmente orientata di istituti di diritto interno.

prete paradigmi di ragionamento giuridico che sfuggirebbero ad una lettura puramente interna del problema»<sup>40</sup>. Lo studio di un ordinamento straniero potrebbe servire a indicare, infatti, nuovi itinerari da percorrere nell'analisi di un dato problema, oppure servire a verificare come una certa soluzione funzioni effettivamente nella pratica, consentendo a dottori, legislatori e giudici di formulare un argomento di tipo empirico sulle conseguenze di quella soluzione<sup>41</sup>.

In altre parole, e con riguardo a ciò che anche nel titolo è stato individuato come un problema (R.C. meramente compensativa), in avanti si utilizzerà il metodo comparato per attuare una *verifica* del *reasoning* e anche delle ragioni che presiedono all'istituto giuridico indagato<sup>42</sup>.

Passiamo ora a illustrare brevemente lo schema del presente studio monografico.

Il primo capitolo, anche grazie agli strumenti forniti dalla scienza comparatistica, si concentra sulle diverse funzioni della R.C. nell'ordinamento italiano e analizza criticamente il problema di un approccio esclusivamente riparatorio. Si passa poi ad indagare il *deficit* di effettività rimediale che ciò comporta nel sistema, nonché le strade, tortuose, percorse dalla giurisprudenza per soddisfare un bisogno di tutela ("si fa ma non si dice"). Constatata la desiderabilità di un rimedio generale ultra-compensativo, il capitolo ne proporrà, sistematicamente, i diversi razionali giustificativi, chiudendo con un innovativo parallelismo con il sistema immunitario umano (possibile base per un futuro modello matematico per la misurazione della risposta alle offese).

Nel secondo capitolo viene presentato un inquadramento sistematico della risposta di R.C. basata su tre paradigmi rimediali: *risarcimento puro*, *indennizzo* e *risarcimento ultra-compensativo* (o *punitivo*): in grado di abbracciare le molteplici sfumature della condotta e dell'elemento soggettivo del danneggiante. Vengono puntualmente censite le fattispecie di indennizzo e quelle sanzionatorio-punitive presenti nell'ordinamento; se ne analizza in dettaglio un campione scelto per la rilevante importanza sistemica e applicativa.

I capitoli terzo e quarto sono dedicati alla comparazione giuridica. In via preliminare, si analizzano le principali dinamiche di circolazione dei modelli giuridici e si espongono le ragioni della scelta dei Paesi *target* della comparazione (Francia e Stati Uniti).

Nel terzo capitolo viene analizzata l'evoluzione della riforma della responsabilità civile francese (ancora in cantiere), che, tra l'altro, vede gli interpreti discutere sulla nuova figura dell'*amende civile*.

<sup>40</sup> G. SMORTO, *op. ult. cit.*, p. 297.

<sup>41</sup> G. SMORTO, *ibidem*.

<sup>42</sup> F. DE FRANCHIS, voce *Diritto comparato*, in *Diz. Giur.*, Inglese-Italiano, 1, Milano, 1984, p. 663, individua tale verifica come la funzione principale – e più feconda, aggiungiamo – del metodo comparato, tra le pur svariate che si possono immaginare.

Nel quarto capitolo, invece, l'attenzione è posta sui *punitive damages* nell'ordinamento statunitense: vengono analizzate le funzioni e la struttura dell'istituto e il percorso di "costituzionalizzazione" ivi avviato a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Particolare attenzione è prestata alle decisioni delle corti statali dopo le rigide prese di posizione della *U.S. Supreme Court*.

Infine, nel quinto capitolo si ritorna al sistema domestico, con la ricostruzione di una fattispecie generale ultra-compensativa azionabile a diritto positivo invariato, l'identificazione dei suoi presupposti applicativi e dei relativi limiti. Si valuta, inoltre, il tenore di un'eventuale riforma del codice civile per l'introduzione di una simile fattispecie di diritto comune per via legislativa<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> *Rectius*: per la ricognizione dei presupposti applicativi e dei limiti, invero *già* esistenti nell'ordinamento positivo.





## CAPITOLO PRIMO

# IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MERAMENTE COMPENSATIVA

SOMMARIO: 1.1. Le diverse funzioni della responsabilità civile. – 1.1.A) La funzione compensativa. – 1.1.B) La funzione sanzionatoria. – 1.1.C) La funzione preventiva o deterrente. – 1.1.D) La (efficiente) distribuzione delle “perdite” e l’allocazione dei costi. – 1.1.E) La funzione organizzativa. – 1.1.F) La funzione moralizzatrice, anche tramite la pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari. – 1.2. La posizione della dottrina tradizionale. – 1.3. Le regole di R.C. *non* sono neutrali rispetto all’incentivo di condotte virtuose e, specularmente, alla deterrenza di illeciti. – 1.4. Un rimedio esclusivamente compensativo impedisce una reazione efficace contro gli illeciti dolosi e/o lucrativi, almeno fin quando il guadagno atteso dall’illecito superi il costo del risarcimento. – 1.5. Sulla desiderabilità e *necessità* di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo in Italia. – 1.6. Risarcimento ultra-compensativo e diritto UE. – 1.7. Sul dogma della riparazione integrale: sconfessato dalla Corte costituzionale e da puntuali interventi del legislatore, anche recenti. – 1.8. Origine antidemocratica della scelta “positiva” di rimettere il monopolio della sanzione alla pubblica accusa, espungendola dal processo civile. – 1.9. Problema di tenuta costituzionale del vigente sistema di R.C. Irragionevolezza di sanzioni slegate dalla gravità del fatto, quindi anche ove sproporzionate per difetto. – 1.10. Necessità di far emergere una regola (quella punitiva) invero praticata nell’ombra: “si fa ma non si dice”. – 1.11. *Rationes* giustificative del rimedio ultra-compensativo. – 1.11.A) Argomento storico. – 1.11.B) Coerenza sistematica. – 1.11.C) Deterrenza generale e speciale. – 1.11.D) Messaggio simbolico-educativo e di denuncia. – 1.11.E) Incentivo all’azione e *law enforcement*. – 1.11.F) Argomento socio-antropologico. – 1.12. Le risposte del sistema immunitario umano alle offese: un modello utile al giurista? – 1.12.A) La cornice epistemologica di “*Law and Biology*” e i razionali del lavoro. – 1.12.B) *Segue*: il confronto tra le caratteristiche fondamentali della risposta immunitaria e quelle della risposta di un sistema di R.C. della *western legal tradition*. – 1.12.C) *Segue*: proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di descrizione e misurazione della risposta alle offese civili bioispirato al sistema immunitario umano.

### 1.1. *Le diverse funzioni della responsabilità civile*

Prima di considerare in dettaglio le diverse funzioni dell’istituto aquiliano, giova premettere che il diritto della R.C. è essenzialmente un diritto elaborato

dagli interpreti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>1</sup>. È opinione comune che in nessun altro settore dell'ordinamento vi sia stato (e vi sia) un protagonismo creativo degli interpreti di pari entità, al punto da definire la R.C. come il “magnifico giocattolo della dottrina”<sup>2</sup>.

Tale caratteristica dell'istituto è riconducibile alla scelta del legislatore di modificare la materia per clausole generali, le quali, per definizione, assegnano all'interprete un ruolo di primo piano<sup>3</sup>. D'altronde, i concetti cardine su cui si

<sup>1</sup> Né tale considerazione dovrebbe suscitare scandalo ove si comprenda che, in realtà, non sussiste un «netto contrasto fra interpretazione e creazione del diritto»; così M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 13. È chiaro che in un sistema di *civil law* la decisione del giudice deve necessariamente fare riferimento alla legge. Ma la realtà pretoria ci rivela continui cambi di giurisprudenza con testo legale immutato. Il mutamento giurisprudenziale viene giustificato allora come una più esatta interpretazione della fonte *autoritativa* (la legge). Tuttavia, «la fonte *storica* di un tale mutamento di giurisprudenza può... risiedere in una serie di precedenti giudiziali, oppure nell'autorità della dottrina, che prospetta la soluzione attraverso l'*invenzione* di argomenti ermeneutici, che permettono al giudice di invocare in modo credibile le fonti *autoritative* a sostegno della nuova soluzione»; così P.G. MONATERI, *La Responsabilità civile*, cit., p. 16. Da ultimo v. anche M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, Cap. I, e in particolare p. 49, il quale, muovendo dalle condivisibili premesse di un necessario *antiformalismo giuridico* e di una rilettura dei rimedi in chiave di *effettività*, sottolinea come i mutamenti di giurisprudenza avvengano (debbono avvenire) per via argomentativa, ossia nel rispetto della ragion pratica, tramite la competizione dei diversi argomenti, che sottendono, a propria volta, diversi interessi; sicché, «la scelta ragionevole è scelta razionale, come tale, infatti, fondata su elementi e criteri passibili di un controllo a sua volta razionale, donde il carattere scientifico del controllo medesimo (...) da cui l'esclusione *in radice* della legittimità di decisioni o incontrollabili o argomentativamente deboli, entrambe, in questo senso, non scientificamente fondate».

<sup>2</sup> P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 17, il quale aggiunge che «in pochi altri campi, come in questo, gli interpreti portano la responsabilità (è il caso di dirlo) delle loro scelte ermeneutiche. In pochi altri campi, come in questo, è palese come l'ermeneutica dei testi sia una *forma del discorso*: un modo di presentare soluzioni, che sono, in realtà, derivate da considerazioni ampie di *policy* generale, di *funzione* degli istituti, e di ruolo assegnato ai vari attori (giudici, dottori e legislatori) protagonisti del modo concreto di funzionare del *legal process*». In altre parole, si tratta di un'opera di vera e propria “ingegneria sociale” fortemente indirizzata dalla politica del diritto che si intende portare avanti.

<sup>3</sup> Come noto, gli interpreti italiani, tradizionalmente, hanno guardato con scetticismo alle clausole generali, a lungo considerate prive di un autonomo contenuto precettivo. Per un brillante confronto (luci ed ombre) tra il sistema *fattispecie*-sussunzione e quello *clausole generali*-bilanciamento, guidato dall'osservazione empirica sull'effettiva evoluzione che il sistema giuridico ha subito, cfr. il saggio di F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in ODCC, 2/2016, p. 419 ss., spec. § 3. La cornice nella quale l'illustre A. dipana il suo discorso è quella del “problema weberiano” del rapporto tra razionalità formale, calcolabilità e modernità del diritto. Denozza, *inter alia*, sottopone a critica l'assunto – solitamente accettato senza le dovute riserve – secondo cui il sistema a *fattispecie* assicurerebbe una maggiore certezza del diritto. Pur ritenendo tale premessa verosimile, l'A. osserva come vi siano, nella realtà, diversi fattori che abbassano in misura cospicua il livello di certezza del ragionamento per sussunzione: l'analogia, l'eccessiva quantità di norme, l'incertezza nella definizione della premessa maggiore del sillogismo, che aumenta in presenza di *fattispecie* non esattamente definite (c.d. concetti giuridici indeterminati), etc. Per converso, pur ammettendo, tendenzialmen-

appunta tutto il diritto della responsabilità civile (fatto, danno ingiusto, nesso eziologico, colpa e dolo) sono definiti da parole polisemiche: ancora una volta sarà l'interprete a scegliere il senso da attribuire alla parola, in accordo ad una pluralità di variabili, fra cui occorre menzionare, schiettamente, il proprio orientamento ideologico<sup>4</sup>.

Inoltre, come ricordato in Premessa, è la forza dirompente della fattualità ad impedire che le regole di responsabilità siano costringibili tutte e definitivamente in un testo normativo. La "esplosione" dell'istituto, denunciata dalla dottrina decenni fa, è stata propiziata da fattori materiali e giuridici. Da un lato, lo sviluppo economico e industriale della seconda metà del Novecento ha moltiplica-

---

te, la possibile contrapposizione dei due sistemi in termini di valori (certezza del diritto *vs* attuazione dei valori costituzionali e affermazione del pluralismo), l'A. mostra i limiti di una visione che si lasciasse sedurre acriticamente dalle clausole generali. Con la consueta lucidità S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2/2016, p. 241 ss., svolge una distinzione tra principi e clausole generali, e si focalizza sui diversi significati del termine "principio"; l'autorevole dottrina, inoltre, considera il generale *favor* espresso dagli ordinamenti europei per le clausole generali, vere e proprie "valvole" in grado di conferire elasticità al tessuto normativo. In particolare, esse esplicano una pluralità di funzioni, fra le quali: a) colmare le lacune, anche sopravvenute; b) ausilio per interpretare il contratto; c) guida per la corretta esecuzione del contratto (*i.e.* contemperamento dei contrapposti interessi); d) «correggere i risultati cui si perverrebbe applicando una norma specifica». In argomento, con varietà di accenti, cfr. per tutti N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 4/2015, p. 1103 ss., spec. § 4; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015, p. 245 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 4/2015, p. 1115 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, p. 5 ss.; nonché G. ZACCARIA, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2016, p. 753, per il quale «la flessibilità non è necessariamente in contrasto con la certezza del diritto, ma al contrario essa può essere utile per garantire un tasso di certezza non astratto e irrealistico». Sul tema cfr. anche G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della "pre-contrattualità"*, in *Giust. civ.*, 3/2019, p. 575, per il quale «la visione critica nei confronti di questa peculiare tecnica di normazione si alimenta anche di ragioni culturali più ampie e più profonde, rappresentate, in estrema sintesi, dal rischio di decisionismo giudiziale, dal pericolo della possibile e irreversibile incrinatura del principio di certezza del diritto e da pregiudizi di carattere ideologico, intimamente connessi al contesto storico-politico in cui la codificazione prende vita».

<sup>4</sup>Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1258 ss.; ID., *La responsabilità civile*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto privato*, III ed., Milano, 2019; nonché P.G. MONATERI, *La Responsabilità civile*, cit., p. 17, che icasticamente osserva: «si interpreti la colpa e l'ingiustizia in senso tradizionale, e la responsabilità civile diventerà il completamento di un ordinamento liberale classico. Si interpretino la colpa e l'ingiustizia in modo *aggressivo*, e lo stesso istituto diverrà il cardine di un ordinamento assai diverso». G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 43, sottolinea che «solo in apparenza "neutro", l'approccio metodologico ai problemi di responsabilità che esse [*le funzioni della responsabilità*, N.d.A.] fondano denuncia infatti con chiarezza la stretta connessione tra sistemi giuridici e strutture economiche». Per un'idea plastica di come l'ideologia influenzi il diritto cfr. U. CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, che riporta le dottrine di Stučka, Pašukanis, Vyšinskij e Strogovič.

to significativamente le occasioni di danno. È fin banale osservare come un'automobile di grossa cilindrata manifesti una maggiore attitudine al danno rispetto ad una carrozza a cavallo. Dall'altro lato, le costituzioni novecentesche, e in particolare quella italiana, hanno rinnovato le coordinate valoriali del sistema giuridico, cercando di portare l'individuo e i suoi diritti fondamentali in una posizione di primazia. Sicché, anche la *tort law* ha ricevuto una spinta significativa verso la socializzazione dei danni.

Infine, come ulteriore causa di continua espansione della R.C., si deve menzionare la fisiologica attitudine di tale istituto ad offrire tutela a nuovi diritti, anzi, a garantire una vera e propria forma di "controllo sociale" – come si vedrà meglio in avanti – nei confronti di attività rischiose o riprovevoli<sup>5</sup>.

Venendo alle funzioni dell'istituto in parola, come anticipato, è ormai pacifico, e scolastico, l'insegnamento sulla polifunzionalità della R.C. Si tratta di un'acquisizione invero risalente in dottrina<sup>6</sup>, sospinta, fra l'altro, dagli apporti del diritto comparato e dell'analisi economica del diritto, che hanno consentito di andare oltre le formule declamatorie e tralatizie che, ancora recentemente, continuavano a recitare il mantra della monofunzionalità<sup>7</sup>.

Un'autorevole conferma viene oggi anche dalle Sezioni Unite della Cassazione che nel recente, storico, *revirement* del 2017 hanno affermato: «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale... che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preven-

<sup>5</sup> Per uno sguardo attento alle sfide della R.C. nell'ambito del c.d. nuovo ordine mondiale cfr. F. DI CIOMMO, *Valori e funzioni della responsabilità civile nell'epoca del post-turbo-capitalismo*, in *Danno e resp.*, 2/2021, p. 137 ss. Sulla morfologia dei "nuovi danni" e le funzioni della R.C. cfr. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, spec. cap. XIII, p. 560 ss., e Cap. XVII, p. 737 ss. In generale, sulle forme di tutela e di responsabilità che possano operare efficacemente in un contesto privo di distanze spazio-temporali e connotato dalla virtualità cfr. C. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015.

<sup>6</sup> G. CRIFÒ, voce *danno (storia)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 615, osservava che «come problema giuridico, quello del danno è... il problema di individuare limiti e criteri di determinazione, sul cui fondamento possa entrare in vigore una disciplina (giuridica) che garantisca la repressione degli atti illeciti, permetta di ripristinare situazioni alterate da fatti nocivi, garantisca il rispetto della convivenza sociale, punisca insomma l'autore del danno e ripristini la situazione preesistente al danno: con il limite naturalistico, certamente, ben chiaro alla sensibilità latina, per cui *'factum est illud; fieri infectum non potest'* (PLAUTO, *Aulularia*, 741)». V. anche G. Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.; e G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, III ed., Milano, 2001, p. 22 ss.

<sup>7</sup> Per una trattazione sistematica delle diverse funzioni della R.C. si rinvia a D. CERINI, *Sanzioni civili, pene private, danni punitivi: funzioni e assicurabilità*, Milano, in corso di pubblicazione; e a C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985. Per uno sguardo ampio sul tema cfr. le magistrali riflessioni che possono leggersi in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.

tiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»<sup>8</sup>.

Se questo è l'argomento di autorità (condivisibile, peraltro), non sarà vano considerare partitamente le diverse funzioni della R.C., al fine di indagare, in prosieguo, come esse si combinino nell'attuale struttura vivente del rimedio<sup>9</sup>, e valutare se essa consenta di raggiungere efficacemente gli scopi declamati dell'istituto: in primo luogo una reazione *effettiva* ai torti<sup>10</sup>.

Su un piano descrittivo generale, la responsabilità civile si può considerare come uno degli "*institutional devices*" cui una collettività demanda la risoluzione dei conflitti originati da un fatto che incrina l'armonia sociale<sup>11</sup>. In dottrina s'è poi messo in luce come il nostro istituto assolvà – in ogni tempo e in ogni luogo – almeno quattro funzioni essenziali, e talaltre funzioni ancillari. L'osservazione storica delle diverse esperienze giuridiche suggerisce, poi, che mutando ambiente sociale e periodo storico una funzione si imponga sulle altre, assumendo il ruolo di guida<sup>12</sup>.

Sullo sfondo di tali considerazioni, e senza pretesa di esaustività, si devono menzionare perlomeno le seguenti funzioni<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, § 5.1.

<sup>9</sup> C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale* (*dir. vig.*), cit., p. 1200, osserva che «in realtà, nessuna 'funzione' è sufficiente da sola a spiegare l'intera struttura del giudizio aquiliano; inoltre, le diverse funzioni operano in differenti fasi del giudizio».

<sup>10</sup> Come rilevava già A. DE CUPIS, voce *Danno* (*dir. vig.*), in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. «l'effetto giuridico causato dal danno consiste in una reazione che il diritto appresta al fine della repressione del danno: agisce, quindi, in senso contrario a quello nel quale opera il danno, in opposizione, cioè, ad esso; e da ciò il danno medesimo, considerato nel sistema dei fatti giuridici, resta caratterizzato». Si può aggiungere che, come insegnato dalla fisica, ad ogni azione corrisponde (nel nostro caso, *dovrebbe* corrispondere) una reazione uguale e contraria.

<sup>11</sup> Così M. BUSSANI-M. INFANTINO, in M. BUSSANI-A.J. SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, II ed., Cheltenham-Northampton, 2021, p. 10. Gli AA. osservano condivisibilmente che i percorsi della *tort law* possono variare in base ai regimi di responsabilità «designed by official and unofficial law and according to the different features of the dispute resolution systems», tra le quali annoverano *inter alia* la presenza o meno di azioni collettive e danni punitivi.

<sup>12</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 41 s.; Ma si v. anche il risalente contributo di B. STARK, *Essai d'une théorie Générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 355, riportato in P. TRIMARCHI, voce *Illecito* (*dir. priv.*), cit., p. 108.

<sup>13</sup> M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, II ed., Bologna, 2020, p. 5, distingue tra la funzione della R.C. – che «consiste nel risolvere il problema del *se* e del *come* rendere responsabile un soggetto di un certo fatto dannoso» – e la funzione del risarcimento del danno che consiste, invece, «nel risolvere il problema del *quanto* e del *modo* in cui compensare il danneggiato». M. SERIO, *La responsabilità civile a un bivio: i paradigmi italiano ed inglese*, in M. GRAZIADEI-M. SERIO (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro*, Torino, 2017, spec. pp. 117 e 121, osserva che, in entrambi gli ordinamenti messi a raffronto, la R.C. assume una molteplicità di ruoli, capaci di tradursi in una pluralità di scopi perseguibili, e discute di una serie di «incroci pericolosi» che possono rendere tortuoso il percorso dell'istituto. Fra questi v'è senz'altro il «sovraccarico di aspettative» che può portare a intendere la

### 1.1.A) La funzione compensativa

Lo scopo principe del risarcimento è quello di riportare la vittima nello *status quo ante* illecito<sup>14</sup>. Tra gli interpreti v'è unanime accordo sul fatto che la *compensation* sia il primo obiettivo della responsabilità civile in tutti gli ordinamenti europei<sup>15</sup>.

Il fatto illecito cambia il mondo. E il danno integra sempre una modificazione peggiorativa nella sfera della vittima. Tale mutato stato del mondo non può essere cancellato, neppure dalle “alchimie” giuridiche. L'ordinamento giuridico può soltanto *riparare*, per equivalente monetario o in forma specifica (compensare, appunto)<sup>16</sup>.

Con il linguaggio degli economisti, tramite il risarcimento si tende a riportare il danneggiato sulla medesima curva di indifferenza su cui si trovava prima che si verificasse il fatto illecito<sup>17</sup>. Si intende con tale espressione che la vittima ha ricevuto un'utilità sostitutiva e (tendenzialmente) corrispondente al valore delle conseguenze economiche negative patite, tale da assicurarle il ripiano della perdita. In altre parole, l'illecito rappresenta uno spartiacque nella sfera giuridica del danneggiato. Esiste un *prima* e un *dopo*. Tali due stati del mondo sono utilizzati dall'ordinamento, oltre che sul piano declamatorio per affermare, come visto, lo scopo ripristinatorio della R.C., anche per la *stima* e la *liquidazione* del danno. In base alla tradizionale teoria differenziale, infatti, occorre misurare la differenza di consistenza patrimoniale determinatasi a causa dell'illecito. Tale differenza patrimoniale sarà oggetto dell'obbligazione risarcitoria: un'utilità giuridicamente equivalente al nocimento patito dall'attore. Se la predetta teoria può svolgere ancora una degna funzione descrittiva nell'ambito del danno pa-

---

R.C. come la panacea di ogni male o contenitore omnicomprensivo di problemi insoluti. Per l'A. è preferibile costruire un argine – per frenare eccessivi entusiasmi e approfittamenti indebiti dell'istituto – intorno a un nugolo stabile di principi generali dalla solida base normativa, anziché sopra regole minute, contingenti e di breve durata. E tale argine ben potrà imbrigliare la polifunzionalità dell'istituto «una volta che sia chiara e diffusa l'enunciazione di ogni singola funzione, ne sia delimitato precisamente lo spazio applicativo, e ne siano circoscritti i limiti». Per uno sguardo attento e penetrante alle diverse funzioni della R.C. cfr. da ultimo M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020, p. 125 ss., ed ivi bibliografia.

<sup>14</sup>V. per tutti F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 159 ss. Si tratta della dimensione interindividuale dell'illecito (e più propriamente privata), che coinvolge, immediatamente, i due estremi della vicenda lesiva: danneggiante e danneggiato. Si vedrà in seguito come le altre funzioni della R.C. attengano invece alla dimensione superindividuale del torto (quindi sociale e pubblica). Cfr. anche M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, p. 18 ss.

<sup>15</sup>EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wien-New York, 2005, p. 150.

<sup>16</sup>Cfr. A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, Bologna, 2014, p. 149 ss.

<sup>17</sup>V. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1998, p. 71 ss.

trimoniale (posto che esistono valori di mercato e comunque l'estimo e l'economia consentono di dare un valore condiviso a qualsiasi bene), in relazione al danno non patrimoniale la teoria della differenza proprio non aiuta ai fini del risarcimento<sup>18</sup>. Infatti, quando le conseguenze della lesione si riflettono su beni o diritti della persona, per loro intrinseca natura non patrimoniali, ci si trova di fronte a perdite che, tecnicamente, non possono essere compensate, neanche ragionando in termini di equivalenza giuridica<sup>19</sup>. Muta, anzi, lo stesso significato della parola "danno", posto che il referente naturalistico non è univoco.

Inoltre, come rilevato da autorevole dottrina, per lo stesso legislatore il sostantivo "danno" è affetto da polisemia, indicando, a seconda del contesto, la *perdita patrimoniale* da liquidare con i criteri *ex art. 1223 c.c.*, l'*evento lesivo* («o il termine finale della sequela della causalità di fatto, il momento di saturazione della condotta per dirla con i penalisti: l'evento di danno»<sup>20</sup>), l'*interesse meritevole di tutela* (il "danno ingiusto" *ex art. 2043 c.c.*), il *danno non patrimoniale*, il *danno morale soggettivo* (evocato dall'art. 185 c.p.)<sup>21</sup>.

Pertanto, la nozione di "danno risarcibile" utilizzata incide, inevitabilmente, sul ruolo, o sulla funzione se si preferisce, del risarcimento visto come rimedio per reagire a un torto: l'alterazione di uno stato del mondo cui l'ordinamento deve dare una risposta.

Se questo è vero, si può affermare che a fronte di un danno non patrimoniale, tecnicamente, non si compensa alcunché<sup>22</sup>. Dinanzi ad esso, evidente-

---

<sup>18</sup> Sulla *Differenztheorie* e i criteri di stima del danno cfr. per tutti M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., spec. p. 587 ss. e 863 ss.

<sup>19</sup> In termini generali, G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 42, rileva che la funzione compensativo/ripristinatoria fa parte di un modello di normazione dell'illecito astrattamente razionale ma difficilmente attuabile in concreto, già che «l'evento dannoso non può mai e in nessun modo esser posto nel nulla da un "ritorno" alla situazione anteriore, posto che ogni forma di risarcimento provoca sempre il depauperamento di un soggetto (volta a volta coincidente con il danneggiato, se le perdite "si lasciano dove cadono", o con il danneggiante, se su di questo si trasferisce la perdita) senza che si possa recuperare il valore distrutto».

<sup>20</sup> M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 56.

<sup>21</sup> M. FRANZONI, *ibidem*. Per un'interessante lettura della nozione di danno, in chiave funzionale e non più statica – nel contesto del diritto privato europeo – cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 21, per il quale il giudizio di rilevanza del danno, posto in connessione a una serie di fattori (fondamento dell'imputazione, natura e prossimità del danno, aspettative ragionevoli della vittima, considerazioni di ordine pubblico), «non è più *tel quel*, quale un "re nudo", ma deve assumere rilevanza al fine di (poter) giustificare la somministrazione di un rimedio, *fair e reasonable*».

<sup>22</sup> Come osservato da C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1201, il danno non patrimoniale, sul piano funzionale, «risponde quindi a una finalità che ben può essere definita 'satisfattiva' della vittima. L'idea della 'soddisfazione' come base dell'istituto implica il rifiuto della ricorrente tendenza ad ammettere invece una fittizia 'equivalenza' tra un danno economicamente irrilevante e una somma di denaro».



mente, la R.C. fa (e deve fare) qualcos'altro, come si vedrà in avanti<sup>23</sup>.

Tale piana considerazione risulta fondamentale sia per un corretto inquadramento dei materiali normativi già esistenti in Italia (si pensi, in particolare, all'art. 2059 c.c.), sia per la costruzione (per via pretoria o legislativa) di un rimedio risarcitorio *effettivo*<sup>24</sup>.

### 1.1.B) La funzione sanzionatoria

Il primo e immediato significato di tale funzione risiede nella stessa scelta compiuta a monte dall'ordinamento di intervenire, per ragioni di politica del diritto, nella vicenda dell'illecito, sovvertendone gli esiti "naturali". In altre parole, la scelta di non lasciare i danni prodotti da un incidente ove siano caduti, e quindi di traslarne il costo sul danneggiante, impone su costui un fardello che può essere inteso come una *sanzione* per la sua condotta<sup>25</sup>. Tale considerazione si dimostra cor-

---

<sup>23</sup> Cfr. Cass., Sez. I, ord., 16 maggio 2016, n. 9978: «quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del *quantum* è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato».

<sup>24</sup> Cfr. *infra* Cap. V.

<sup>25</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 20. Per G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 41, trattasi de «la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o "punitivo") dello stato». Cfr. anche F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989, p. 6, per il quale «la responsabilità per colpa è caratterizzata da una funzione complessa: vi confluiscono, insieme alla fondamentale componente compensativa, una *componente sanzionatoria* (riferita al comportamento colpevole del danneggiante) e una componente preventiva (che riguarda l'intera società, indirettamente stimolata a comportarsi secondo diligenza)». Similmente R. MARA, voce *Sanzione*, in *Digesto*, IV, Disc. priv. (sez. civ.), Torino, 1998, § 9, 153 ss., osserva che «la misura riparativa per eccellenza, il risarcimento del danno, evidenzia anche una *funzione retributiva* (il male della violazione è ripagato con un altro male)». Si rinvia a tale A. anche per un'interessante analisi etimologica della parola "sanzione". Svolge una doviziosa analisi etimologica del medesimo lemma pure F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 308, il quale, in conclusione, afferma che «la sanzione – nella prospettiva che ci viene svelata dall'analisi etimologica – consiste essenzialmente in un giudizio sul mondo, in quel giudizio attraverso il quale l'uomo qualifica il mondo. E l'uomo qualifica il mondo distinguendo e separando; la sanzione si iscrive perciò, a suo modo, nella logica di quell'*Ur-Theil*, che secondo l'ermeneutica di Hölderlin, ripresa poi da Hegel, Heidegger e da ultimo da Foucault, corrisponde ad una partizione originaria tra senso e non senso. Sanzionare è giudicare; giudicare è distinguere, saper distinguere. Qui si colloca l'inizio di ogni discorso sulla sanzione». Se questo è vero, sembra ragionevole affermare che la sanzione – e, dal punto di vista tecnico, il risarcimento ultracompensativo in funzione (anche) sanzionatoria – ha pieno diritto di cittadinanza nel diritto civile. Anzi, si rivela strumento indispensabile per il civilista che voglia distinguere, anzi, "saper distinguere", le peculiarità di ogni fattispecie concreta, alla luce del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost. In generale, si. v. anche T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 56, ove l'A. svolge una disamina delle tre categorie di sanzioni tradizionalmente riconosciute: reintegratorie, restitutorie-risarcitorie, e punitive; E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p.

retta a prescindere dal criterio di imputazione di responsabilità adoperato (colpa, dolo o responsabilità oggettiva); in quest'ultimo caso, infatti, si sanziona un investimento in misure (preventive) di sicurezza giudicato inadeguato.

Tuttavia, la mera scelta di spostare giuridicamente le conseguenze dell'illecito sul danneggiante non garantisce, di per sé, l'osservanza della norma (*neminem laedere*). Ne deriva che la sanzione deve essere *adeguata* ed *effettiva*. V'è infatti una precisa relazione funzionale che lega la sanzione alla giuridicità: «si tratta del contributo delle sanzioni alla finalità complessiva del sistema giuridico, vale a dire la guida dei comportamenti degli individui ad esso sottomessi»<sup>26</sup>.

In tale ottica, la sanzione come tecnica di controllo sociale manifesta diverse funzioni: a) una funzione *retributiva* (bene per bene o male per male); b) una funzione *riparativa* (atteso che la sanzione-pena cerca di eliminare o attenuare le conseguenze dell'atto deviante); c) una funzione di «*impulso* attivo della conformità presso i destinatari delle norme»<sup>27</sup>.

Evidentemente, nessun ruolo di impulso e guida del comportamento dei consociati può essere concretamente assunto dalla sanzione ove questa sia solo nominale e non effettiva. Anzi, se è vero che i premi, gli incentivi, e le attenuazioni di una sanzione negativa integrano, a tutti gli effetti, una *sanzione positiva*<sup>28</sup>, un risarcimento sol compensativo, in talune circostanze, lungi dall'esprimere una funzione di indirizzo della condotta dei consociati, in concreto, per una peculiare eterogenesi dei fini, si trova a benedire, a “sponsorizzare” il comportamento deviante; ovvero a sanzionarlo positivamente. Risultato inaccettabile per un ordinamento che punti all'effettività e che voglia avere ancora la giustizia nella propria cornice assiologica.

Da quanto sopra deriva la necessità, da parte del sistema giuridico, di parametrare – anche tramite la modulazione del *quantum debeatur* dell'obbligazione risarcitoria – la reazione ai torti al concreto disvalore sociale della condotta dell'agente<sup>29</sup>.

1 ss., riteneva che la nozione di “sanzione” fosse eminentemente equivoca e, addirittura, non giuridica ma sociologica. Tale impostazione era autorevolmente contrastata da F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.; F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 237 ss.; e C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, p. 86 ss. Sul tema in discorso sono altresì fondamentali le pagine di N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.

<sup>26</sup> R. MARRA, *ibidem*. Sul punto v. anche J. HALL, *Foundations of jurisprudence*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1973, e in particolare il Cap. V, *Sanctions and concepts of law*, p. 101 ss.

<sup>27</sup> R. MARRA, *ibidem*.

<sup>28</sup> R. MARRA, *ibidem*.

<sup>29</sup> Tale necessità è stata evidenziata (almeno implicitamente) dalle nostre corti di vertice che hanno riconosciuto, fin dagli anni '80 del secolo scorso, la funzione sanzionatoria della responsabilità civile. Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641: tramite la R.C. si può «provvedere non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire ed a sanzionare l'illecito. Il tipo di responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori»; nonché Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, e, da ultimo, Corte cost., 23 giugno

Infatti, come anticipato, la vicenda lesiva oltre a incidere la sfera giuridica del danneggiato, influenza il piano superindividuale della convivenza sociale, «ponendosi in contrasto con norme diversamente posizionate rispetto alla gerarchia delle fonti e perciò idonee a segnalare la diversa distanza del fatto del danneggiante dal limite del giuridicamente tollerabile»<sup>30</sup>. Se per riparare la lesione provocata nella sfera della vittima potrebbe anche bastare il risarcimento compensativo<sup>31</sup>, quest'ultimo sarebbe *inutiliter dato* per il danno sociale provocato. Per scongiurare quest'ultimo, in una prospettiva deterrente o perlomeno – riprendendo la felice espressione di D'Agostino<sup>32</sup> – per esprimere un corretto “giudizio sul mondo”, occorrerà necessariamente il ricorso alla sanzione<sup>33</sup>. Ché altri-

---

2016, n. 152, che ha riconosciuto la funzione chiaramente sanzionatoria, con finalità deflattiva, del rimedio *ex art.* 96, comma 3, c.p.c. La Cassazione, dal suo canto, già prima dello storico arresto a Sezioni Unite del 2017, aveva riconosciuto a chiare lettere la funzione punitiva in argomento: cfr. Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in materia di responsabilità degli amministratori di società. Per una riflessione sulle traiettorie della punizione nell'ambito della R.C. cfr. anche A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018; e A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017; ID., *Responsabilità civile e “danni punitivi”, rectius risarcimenti punitivi*, in D. Mantucci-G. Perlingieri-M. D'Ambrosio (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021, p. 1029 ss.

<sup>30</sup> F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 200. Cfr. anche ID., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2016, p. 1159 ss.

<sup>31</sup> Il condizionale è d'obbligo poiché un rimedio sol compensativo, non potendo esplicare un'autentica funzione deterrente, si limita, quando il latte sia stato irrimediabilmente versato, a «direzionare flussi di cassa in conseguenza di un evento dannoso; flussi di cassa, per lo più gestiti mediante assicurazione»: così F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 201. Inoltre, come osservato da A. TUNC, *La responsabilité civile*, II ed., Paris, 1990, p. 143, nonché ID., *La pena privata nel diritto francese*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 349 ss., la compensazione presenta talune criticità. Anzitutto, non è mai automatica (essendo rimessa all'iniziativa del danneggiato e, quindi, agli incentivi – personali e di sistema – che costui avrà o meno ad esperire l'azione), con la conseguenza che molti danni restano, di fatto, là dove si sono prodotti. Per di più, la funzione risarcitoria non è mai completamente soddisfatta, essendoci, di norma, uno scarto tra il danno effettivo e la sua soddisfazione. Da ultimo, vi sono alcune conseguenze del danno non sempre adeguatamente considerate nel contesto risarcitorio (si pensi al periodo di convalescenza conseguente a una lesione fisica; e quand'anche tale disutilità fosse compensata monetariamente, resterebbe il dato ontologico di un cambiamento nella sfera della vittima che impedisce, a rigore, di parlare di piena restaurazione: prima dell'illecito la vittima era povera e sana, dopo si trova ad essere ricca e scalcagnata). Sicché, il principio declamato – di collocare la vittima sulla curva di indifferenza su cui si trovava prima che occorresse il danno – rappresenta, allo stesso tempo, un *voto* e un'illusione.

<sup>32</sup> F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 308.

<sup>33</sup> Osserva F. D'AGOSTINO, *ibidem*, p. 306, che la sanzione, oltre a incidere sulla sfera emozionale dell'agente (il timore del male minacciato che orienta l'azione), influenza le facoltà gnoseologiche dell'uomo. Essa, infatti, esercita una «funzione rinnovatrice ed integratrice del sapere del soggetto, consentendogli, anzi imponendogli, di “espriare”, cioè di misurarsi con la durezza della realtà e di trarre da questa “durezza” elementi vitali per la vita della coscienza. È in questa prospettiva che la sanzione appare come una delle chiavi ermeneutiche di accesso alla verità dell'uomo: di qui la necessità, oltre che di descriverla e di esaminarne la funzione, di tornare a ricercarne il senso, per comprenderne l'ineludibile presenza nella vita del diritto. La sanzione chiede di essere “risemantizzata”,

menti, negando cittadinanza alla sanzione, ci si troverebbe a misurare con lo stesso metro situazioni diverse, connotate da un diverso grado di disvalore sociale, avallando, come ordinamento, risposte ai torti profondamente inique, in scoperta violazione del principio di eguaglianza sostanziale<sup>34</sup>.

Inoltre, merita una risposta l'obiezione secondo la quale la torsione sanzionatoria della R.C. porterebbe a snaturare la "purezza" del diritto civile e ad una sovrapposizione con il diritto criminale, il quale avrebbe, in tesi, il monopolio della punizione. Premesso che una concezione manichea dei diversi settori dell'ordinamento è antistorica e non sembra rispecchiare la effettiva realtà ordinamentale (che non è costituita da steccati rigidi, i quali, semmai, possono avere una funzione didattica nei primi anni di una facoltà giuridica), si deve convenire con chi ha osservato come «la responsabilità civile svolg[a] un ruolo di supplenza nei confronti dei canali amministrativi e penali di prevenzione e di repressione, che si rivelano inadeguati nella loro tradizionale strutturazione, e dei quali peraltro non è agevole la revisione, che implicherebbe un mutamento delle regole di organizzazione produttiva e sociale»<sup>35</sup>.

Né sembra possibile convenire con la autorevole dottrina che ritiene addirittura un ossimoro l'accostamento di risarcimento e punizione<sup>36</sup>. Tale tesi, in real-

---

di essere reinserita nel circuito della prassi. La "patologia della ragione e della modernità" (...) va combattuta riabilitando quell'ambito del "mondo della vita", in cui la comunicazione intersoggettiva non è mai pienamente formalizzabile e nel quale la sanzione opera come (ultimo) criterio di individualizzazione dell'azione». Per tale A., inoltre, la sanzione – dal punto di vista della sua Ontofenomenologia – rinvia ad una specifica modalità di intendere l'essere dell'uomo; ove tale modalità venga meno e/o deformata, viene meno la categoria stessa della sanzione: «al posto di questa... non può che collocarsi la mera forza o comunque il mero arbitro» (F. D'AGOSTINO, *ibidem*, p. 308). In altre parole, la sanzione giuridica è opportuna, anzi necessaria, per contenere la forza brutta tipica dello stato di natura. La forza che passa per l'alambicco della ragione si distilla in sanzione giuridica. Se questo è vero, sembra quantomeno improvvido negare che il diritto civile (e la R.C. in particolare) abbia bisogno della sanzione. Sulla dimensione emozionale della sanzione come punto di concentrazione della coattività del diritto cfr. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1971, p. 109.

<sup>34</sup> In tal senso cfr. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., p. 61, il quale, incisivamente, muovendo dalla rilevanza sociale del danno, da considerare nella modulazione della reazione giuridica, rileva la necessità della componente sanzionatorio-punitiva del risarcimento, ché se tale componente mancasse «ci troveremmo di fronte a un ordinamento che rifiuta di proteggere una situazione individuale socialmente rilevante, la quale, appunto nella prospettiva della responsabilità sociale, segnala una patologia (in sostanza, l'aver superato il limite di tollerabilità sociale dell'esercizio di libertà individuale)». È allora necessario restituire centralità alla gravità dell'offesa, trattandosi proprio di «quell'elemento che, in chiave funzionale (e quindi dinamica, orientata alla fattualità), consente all'interprete, su base esclusivamente argomentativa, di affermare se una certa condotta... stia al di qua o al di là di quella soglia del socialmente lecito, del socialmente accettabile».

<sup>35</sup> C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1262.

<sup>36</sup> Pur con diverse varianti argomentative, sono contrari all'idea di un rimedio generale ultracompensativo: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 897 ss.; G. PONZANELLI, *La funzione della responsabilità civile nell'ordinamento italiano: compensativo-consolatorio o poli-*

tà, riporterebbe la (acquisita) specificità rimediale del risarcimento nel tradizionale letto di Procuste della riparazione: risultato che, in base ai diversi argomenti che saranno svolti analiticamente di seguito, non sembra desiderabile (cfr. §§ 1.11.A)-1.11.F)<sup>37</sup>. Come è stato osservato, la responsabilità civile può ben concorrere con quella penale. Invero, il risarcimento del danno integra, di per sé, una sanzione a carico dell'autore dell'illecito, la quale, in caso di lesione di natura non patrimoniale, deve essere parametrata alla gravità del fatto e alle conseguenze che la lesione stessa ha determinato nella sfera giuridica della vittima. In tale cornice di senso, non sembra disputabile che tra lesione e sanzione debbano sussistere proporzionalità e ragionevolezza. Sicché, «il risarcimento del danno è da liquidare in ragione sia della “gravità del fatto illecito”, sia del “suo disvalore socio-giuridico”, in modo che la sanzione inflitta al danneggiante risulti idonea a risarcire la vittima per la lesione subita e a soddisfare l'interesse generale a che non si perpetuino più ulteriori gravi e deplorabili condotte lesive di diritti fondamentali della persona. L'ossimoro, dunque, non sussiste»<sup>38</sup>.

---

*funzionale?*, in D. CERINI-R. CAMINITI-P. MARIOTTI-A. PISANI (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle sezioni unite della Corte di cassazione*, Rimini, 2018, p. 24 s., in particolare, da sempre studioso e cultore dei *punitive damages* nordamericani, ritiene che per le caratteristiche domestiche – tra le quali si dovrebbero considerare gli alti valori risarcitori di cui alle tabelle per la liquidazione del danno alla persona – non sarebbe necessaria, né opportuna l'introduzione di un rimedio punitivo di diritto interno; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4/2017, p. 1142 ss., sebbene sia contrario all'inclusione di una componente sanzionatoria nel risarcimento del danno, ritiene che le sanzioni pecuniarie civili (introdotte dalla legislazione speciale) siano da ricomprendere nell'alveo della R.C.: un rimedio ulteriore che concorrerebbe con quello risarcitorio rafforzandolo in chiave deterrente; A. MONTANARI, *Del “risarcimento punitivo” ovvero dell'ossimoro*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2019, p. 377 ss.; nonché, nei suoi lavori più recenti, Trimarchi: cfr. per tutti P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2020, p. 687 ss., il quale, tuttavia, osserva che «per gli illeciti che siano causa di danno non patrimoniale risarcibile, le esigenze cui intendono rispondere i “*punitive damages*” possono essere soddisfatte considerando, nella stima del danno non patrimoniale, che questo può essere oggettivamente aggravato dall'atteggiamento offensivo dell'autore dell'illecito» (ID., *op. ult. cit.*, p. 721). Per una compiuta disamina della posizione della dottrina contraria al concetto di risarcimento ultra-compensativo si rinvia al § 1.2., *infra*.

<sup>37</sup> Cfr. G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 334: «too often, those who view tort law in a “goal oriented” way move quickly to a single, simple goal – whether it be economic efficiency, furthering loss spreading, or anything else – and, having examined tort doctrines and cases on that basis, are properly attacked for being reductionists».

<sup>38</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, IV ed., Napoli, 2020, p. 399. L'illustre A. aggiunge appropriatamente: «la stessa *overcompensation* sarebbe congrua qualora risulti che il danneggiante abbia agito con *malice* o *gross negligence* sì da cagionare una lesione grave alla sfera esistenziale della vittima». Parte della dottrina considera il principio di proporzionalità di ordine pubblico economico: cfr. per tutti N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto Marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, spec. p. 180 ss., il quale colloca il principio evocato nella gerarchia delle fonti; G. PERLINGIERI-A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I e II, Napoli, 2017; A. FACHECHI,

A ciò si aggiunga che, come noto, il diritto penale talvolta non risulta in grado di esprimere, in concreto, i propri obiettivi general e special-preventivi, con riferimento a numerose fattispecie di microcriminalità<sup>39</sup>; ciò sia per l'ormai endemico sovraccarico delle Procure, le quali, quindi, pur in costanza dell'obbligatorietà dell'azione penale si trovano nella necessità di scegliere quali reati perseguire con priorità<sup>40</sup>, sia per l'inadeguatezza della pena ordinariamente adoperata dal nostro sistema (quella detentiva) in relazione a numerose fattispecie, soprattutto di crimini economici<sup>41</sup>. Pertanto, sembra opportuno che i rimedi civilistici cooperino con quelli di diritto penale e amministrativo al fine dell'unitario obiettivo dell'ordinamento: l'*effettività della tutela*<sup>42</sup>. Anche a costo di "sporca-

---

*Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2020, p. 1132. In generale sul tema della ragionevolezza nel diritto civile v. per tutti le belle pagine di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; e G. CARAPEZZA FIGLIA-S. SAJEVA, *Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi*, in G. Perlingieri-A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 161 ss. Si v. anche S. TROIANO, voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Annali VI, 2013, p. 763 ss.

<sup>39</sup> Oppure, si pensi alla «scarsa efficacia delle tecniche penalistiche di tutela dei diritti della personalità, le quali, stante la necessaria tipizzazione della condotta, finirebbero con il lasciare sprovvisti di protezione aspetti emergenti che pure sono meritevoli di tutela»: così P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 319, nt. 50; si v. anche ID., *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1/1997, p. 107.

<sup>40</sup> E in definitiva, quindi, a scegliere quali reati perseguire in valore assoluto, posto che dare (la giusta) priorità ai reati che destino maggiore allarme sociale significa lasciare numerose fattispecie di microcrimini non perseguite e, mercé il decorso della prescrizione, impunte. V. in argomento C. SARZOTTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Milano, 2007.

<sup>41</sup> V. in generale M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. Alcesti Tarchetti, Torino, 2014. Non è un caso, ad esempio, che di recente il legislatore abbia scelto di depenalizzare talune fattispecie di reati "minori" con i d.lgs. nn. 7 e 8/2016, al duplice scopo di deflazionare il carico delle procure e dei tribunali penali ed assicurare, al contempo, una maggiore efficacia della sanzione/risarcimento in favore dei danneggiati. Per i temi qui trattati, assume rilievo particolare il d.lgs. n. 7/2016 (artt. 3-5), il quale ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva. L'importo di tali sanzioni pecuniarie civili è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: *gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile*, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità e *condizioni economiche dell'agente*. Cfr. E. MATTEVI, *L'illecito punitivo disciplinato dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in G. FORNASARI-E. MATTEVI (a cura di), *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, Napoli, 2020, p. 55 ss.

<sup>42</sup> F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, pp. 36 e 41, dopo aver preso atto di una vivace propensione alla depenalizzazione rilevava che «in tale ottica l'esistenza di sanzioni civili più adeguate, etichettate o meno come 'pene private', sembra auspicabile», atteso che «sul terreno dei diritti della personalità la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze 'punitive'

re” una purezza sistematica che, tuttavia, rischia di sacrificare la stessa *ratio essendi* del diritto (*Ius est ars boni et aequi*).

### 1.1.C) La funzione preventiva o deterrente

Si tratta dell’ultima (non certo per ordine di importanza<sup>43</sup>) funzione che si suole annoverare tra quelle principali esplicate dalla R.C.<sup>44</sup>. Un rimedio effettivo di reazione ai torti dovrebbe essere in grado di *prevenire* la commissione dell’illecito, tramite la minaccia di un carico di conseguenze negative in capo all’offensore (obbligazione risarcitoria, costi del processo, pubblicità negativa etc.)<sup>45</sup>.

---

emergenti, potrebbe intervenire... addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipizzazione ... del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione». Cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell’illecito*, cit., p. 239, che rileva come la svolta compiuta dal nostro ordinamento in favore del modello di processo penale accusatorio, fortemente garantistico, è idonea a giustificare l’incremento delle funzioni deterrenti dei rimedi civilistici onde evitare vuoti di tutela. Cfr. anche F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 53 ss.; E. RAJNERI, *L’efficacia dissuasiva del sistema sanzionatorio pubblico e privato e la responsabilità sociale d’impresa. Qualche riflessione suscitata dal caso Volkswagen*, in U. MATTEI-A. CANDIAN-B. POZZO-A. MONTI-C. MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, p. 1677 ss.; e da ultimo anche G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020.

<sup>43</sup> Al contrario, rappresenta forse la funzione più importante del rimedio aquiliano (ove correttamente tarato), atteso che essa punta a scongiurare *ex ante* il danneggiante dalla commissione o reiterazione dell’illecito. Ove l’ordinamento riesca a prevenire gli illeciti evidentemente i consociati massimizzano la propria utilità giacché il danno viene evitato *tout court* e le vittime restano tali solo in potenza. Non a caso G. PONZANELLI, *L’attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 297, ha osservato icasticamente che «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile».

<sup>44</sup> Sembra appena il caso di sottolineare come la funzione di deterrenza, nell’ordinamento civile, possa essere svolta anche da altri strumenti, oltre al risarcimento. Si tratta, in particolare, dell’*inibitoria* assistita da misure coercitive e dalle *azioni collettive*. Invero, per aumentare la deterrenza complessiva del sistema giuridico, pare opportuno che tali rimedi siano effettivi (cosa che non può dirsi, ad es., per la vecchia *class action* italiana ex art. 140 *bis* cod. cons.) e possano operare congiuntamente – pur con le cautele tese ad evitare una sovradeterrenza; ma non è questo, evidentemente, il problema attuale dell’ordinamento italiano che presenta, se mai, un palese *deficit* di effettività. V. in argomento A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell’illecito*, cit., p. 240 ss.

<sup>45</sup> Tale conclusione è avvalorata anche dalle indicazioni provenienti dai *Principles of European Tort Law*-Principi di diritto europeo della responsabilità civile, elaborati dallo *European Group on Tort Law* (in avanti *Principles*) – sui quali cfr. M. BUSSANI, *L’illecito civile*, cit., p. 853 ss. In via preliminare si osserva che l’autorevolezza dei *Principles* è ampiamente riconosciuta ed è testimoniata, *inter alia*, dalla circostanza che numerose Corti Supreme di diversi paesi hanno iniziato a citarli o a riferirsi ad essi: si possono ricordare in tal senso Italia, Spagna, Portogallo, Lituania, Israele e Colombia (per più ampi riferimenti si cfr. il sito <http://www.egtl.org/materials.html>, nonché Cass., 22 giugno 2017, n. 15536, per la quale i *Principles*, pur non avendo un valore squisitamente normativo, costituiscono un utile criterio guida per l’interprete). In particolare, l’art. 10:101, rubricato «*Nature and purpose of damages*», recita: «il risarcimento dei danni consiste nel pagamento

Da diverso tempo la dottrina ha chiarito infatti che «un sistema il quale si fondi sul presupposto della colpevolezza, e guardi all'obbligo del risarcimento non soltanto come ad un mezzo di riparazione ma anche come ad un male minacciato al trasgressore, costituisce, con il suo trattamento differenziato dei soggetti colpevoli e non colpevoli, un valido strumento di giustizia per indurre i singoli a quella condotta accorta e prudente che può esimerli da responsabilità e rappresenta perciò sempre un forte mezzo di tutela preventiva degli interessi protetti»<sup>46</sup>.

---

di una somma di denaro per rimettere il danneggiato nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso. Il risarcimento dei danni ha anche per scopo la *prevenzione* del danno». In tale *corpus* sembra altresì chiara la scelta di imprimere una curvatura sanzionatoria al nuovo corso della responsabilità civile a livello europeo – ideale sintesi delle tradizioni di *civil* e *common law*. L'art. 10:301 dei *Principles*, infatti, prescrive che nella liquidazione del danno non patrimoniale debbano essere «prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto». Inoltre, l'elemento psicologico del danneggiante gioca un ruolo chiave «ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima». Un interessante chiarimento in punto di elemento soggettivo del *tortfeasor* si legge nel Commentario ai *Principles*, p. 175: «a few systems allow punitive or exemplary damages; most do not and they are excluded by Art. 10:101. However, even among the majority group there is a discernible tendency to take account of the conduct of the tortfeasor in determining what is just "satisfaction" by way of damages for non pecuniary-loss. While that may often be legitimate, it arguably involves a "drift" towards a punitive element. In our view the way to take conduct into account but remain faithful to the principle of compensation is to provide that the conduct of tortfeasor only comes into the picture when it contributes to the grievance of the victim»: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wien-New York, 2005. Per S. PATTI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, p. 102, nei *Principles* si rinviene «un ampliamento della categoria degli interessi protetti e del concetto di danno risarcibile»; infatti, la definizione di danno, particolarmente ampia, ivi accolta è in grado di ricomprendere ogni tipo di violazione di un *legally protected interest*. «Presupposto del danno risarcibile è quindi unicamente il pregiudizio subito da un interesse, materiale o ideale, tutelato dalla legge. Si noti, inoltre, che tra gli interessi tutelati, al primo posto, sono indicati quelli alla vita, all'integrità fisica e mentale, alla dignità umana e alla libertà, per i quali è espressamente prevista la tutela più ampia (art. 2:102)». Tale articolo recita: «(1) L'ambito di tutela di un interesse dipende dalla sua natura; quanto maggiore sia il suo valore, la precisione della sua definizione e la sua evidenza, tanto più ampia è la sua tutela. (2) La vita, l'integrità psico-fisica, la dignità umana e la libertà ricevono la più ampia tutela. (3) Ampia tutela è garantita ai diritti di proprietà, compresi i diritti di proprietà su beni immateriali. (4) La tutela degli interessi puramente economici o dei rapporti contrattuali può essere più limitata in estensione. In tali casi, specifico rilievo deve essere attribuito specialmente alla prossimità tra il soggetto agente e quello danneggiato, o alla circostanza che l'autore sia consapevole del fatto che causerà danno e sappia anche che i suoi interessi sono necessariamente di minor valore rispetto a quelli del danneggiato. (5) L'ambito della tutela può essere influenzato anche dalla natura della responsabilità così che un interesse può trovare tutela più ampia contro lesioni dolose rispetto ad altre ipotesi. (6) Nel determinare l'ambito della tutela devono essere presi in considerazione gli interessi del soggetto agente, specialmente in ordine alla libertà di agire e all'esercizio dei propri diritti, così come gli interessi pubblici».

<sup>46</sup> G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966,



Invero, le regole di responsabilità sono state viste come strumenti di prevenzione generale degli incidenti<sup>47</sup>. Esse, quindi, tenderebbero a mantenere un livello ottimale di investimenti in sicurezza. L'imposizione del carico risarcitorio sul danneggiante potenziale – ipotizzandolo come un agente razionale – dovrebbe spingere costui a ritenere più economica l'adozione di misure di sicurezza preventive, rispetto alla sequenza illecito-danno-risarcimento<sup>48</sup>.

Inoltre, si deve considerare che non è scontato che un apparato rimediale civile, anche ove ben congegnato ed effettivo, riesca sempre ad esprimere il suo portato deterrente. Sulla capacità dissuasiva della R.C. sono stati avanzati invero taluni dubbi<sup>49</sup>. In primo luogo, chi non ha un patrimonio, essendo “*judgement proof*”, non è dissuaso dalla minaccia dell'obbligazione risarcitoria. In secondo luogo, ove sia possibile ricorrere all'assicurazione saranno gli azionisti, tramite il pagamento dei premi, a coprire i danni causati dagli amministratori. Inoltre, si ritiene la responsabilità civile addirittura senza effetto per i crimini di violenza: chi è determinato ad uccidere a sangue freddo o con dolo d'impeto non si ferma pensando razionalmente al risarcimento che dovrà pagare agli eredi. Si tratta di dubbi che hanno un qualche fondamento ma che non sembrano in grado di eclissare la generale funzione preventiva dell'istituto aquiliano (testimoniata, a tacer d'altro, dalla spontanea osservanza dei più al precetto del *neminem laedere*, presidiato proprio dalle norme che portano al risarcimento del danno in caso di infrazione). Quando si valuta l'efficacia deterrente di un istituto, infatti, si deve aver riguardo al suo portato sull'agente medio. Per quanto un rimedio possa essere efficace ed effettivo ci sarà sempre un certo numero di soggetti devianti che, in base alle proprie idiosincrasie, riterranno preferibile la condotta illecita. Ciò, a ben guardare, accade anche con le sanzioni schiettamente criminali. Non a caso già il Beccaria dimostrava che finanche la pena di morte, tradizionalmente ritenuta il deterrente

---

p. VI s. L'Autore aggiunge che, per converso, «un sistema che consideri semplicemente la causazione del danno, con l'inevitabile conseguenza del ricorso quasi necessario a forme varie di assicurazione, può anche risolversi, nel formarsi del costume, in una diminuita sorveglianza della propria condotta»; quindi con una deterrenza minima, tendente a zero. Cfr. altresì S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

<sup>47</sup> Per tutti si v. il miliare lavoro di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, cit., *passim*.

<sup>48</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 21 s. e 26. L'A. rileva altresì che tale visione economicistica, seppur non si adatti a tutte le situazioni possibili, corrisponde bene alla realtà e al grosso dei casi che ricadono nell'illecito. Per converso, in taluni casi «il mero ristoro del valore di mercato del danno subito dalla vittima non è il deterrente ottimale, e perciò non è lo strumento autoregolativo sufficiente di prevenzione generale delle condotte sociali. Gli illeciti intenzionali, ad es., non si prevengono con la mera internalizzazione dei costi creati. Occorre spesso un disincentivo maggiore».

<sup>49</sup> Si vedano per tutti A. TUNC, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, *Studi AnceI*, I, Paris, 1975, p. 407 e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 21.

per eccellenza, non spiega una puntuale e sicura efficacia general-preventiva<sup>50</sup>. E per il caso in cui la R.C. dovesse fallire la sua missione deterrente, l'obbligazione risarcitoria servirà comunque a compensare la vittima del pregiudizio patito e, stante un'adeguata modulazione del *quantum respondeatur*, a sanzionare l'idiosincratico agente che ha ritenuto preferibile infrangere la norma primaria.

Vi sono poi ambiti – come quello degli illeciti finanziari, la concorrenza sleale o i contesti connotati da marcata asimmetria informativa e/o da dipendenza economica – ove la dissuasione potrà operare solo a misura che il risarcimento sia in grado di neutralizzare concretamente il guadagno sperato dal malfattore (incentivo per l'illecito)<sup>51</sup>.

Negli ordinamenti continentali va crescendo la consapevolezza di dover rafforzare la tutela preventiva degli interessi tutelati, anticipandone, in varia guisa, la soglia di protezione. In Francia, ad esempio, con la versione definitiva del *Projet de réforme de la responsabilité civile* (di cui si dirà ampiamente nel Cap. III), si mira ad inserire nel *Code Napoléon* un riconoscimento espresso della funzione preventiva della R.C. Invero, si compie un'apprezzabile scelta di campo per la generalizzazione della tutela giurisdizionale preventivo-inibitoria<sup>52</sup>. L'art. 1266 del *Projet*, infatti, recita: «in materia extracontrattuale, indipendentemente dal risarcimento per qualsiasi danno subito, il giudice può prescrivere misure ragionevoli per prevenire lesioni o porre fine all'illegalità a cui è esposto il richiedente». Al giudice è riconosciuto quindi un generale potere inibitorio che gli consente di agire efficacemente alla fonte del danno e non solo *ex post* quando si tratti ormai di liquidare i danni<sup>53</sup>.

Del pari, in Italia – in disparte il dibattito ancora non sopito sull'esistenza o meno di una generale tutela giurisdizionale preventivo-inibitoria<sup>54</sup> – il legislatore ha recentemente introdotto nel codice di rito la nuova *azione collettiva inibitoria* (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.<sup>55</sup>). In attesa di vederne le applicazioni pretorie, si deve senz'altro accogliere con favore tale nuovo istituto che sembra conferire significativa effettività in un sistema afflitto da atavica sotto-deterrenza.

In conclusione, e anticipando qui parte della tesi che si cercherà di dimostra-

---

<sup>50</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Ristampa, Milano, 1950.

<sup>51</sup> In argomento cfr. anche P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

<sup>52</sup> Cfr. A. CARRATTA, *Il progetto francese di riforma della responsabilità civile: profili processuali*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2020, p. 139 ss., spec. § 4.

<sup>53</sup> Si v. A. CARRATTA, *ibidem*, per il quale, tuttavia, la norma, nella sua attuale formulazione, risulta forse eccessivamente generica, e «finisce per riconoscere al Giudice un ampio potere discrezionale di intervento».

<sup>54</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974; nonché, da ultimo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 330 ss., ed ivi riferimenti.

<sup>55</sup> V. per tutti A. TEDOLDI-G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2021, p. 234 ss.

re con i diversi argomenti svolti in avanti, per l'istituto aquiliano la deterrenza è forse la missione principale, che potrà essere concretamente perseguita a misura che il risarcimento sia parametrabile alle circostanze del caso concreto, alla condotta dell'agente e all'effettivo disvalore della medesima<sup>56</sup>. In caso contrario la deterrenza sembra destinata ad avere una vita meramente libresca.

#### 1.1.D) *La (efficiente) distribuzione delle "perdite" e l'allocazione dei costi*

Per quanto il giudizio aquiliano si mostri segnato da un processo di diversificazione, e di continua evoluzione, che impedisce conclusioni definitive al quesito sulle funzioni dell'istituto<sup>57</sup>, rimane la possibilità di rinvenire una funzione unitaria che caratterizza i diversi modelli di responsabilità: una distribuzione delle perdite ritenuta efficiente e l'amministrazione dei costi relativi agli illeciti, dal punto di vista dell'ordinamento<sup>58</sup>.

Si è già accennato della stretta connessione esistente tra sistemi giuridici e strutture economiche. Ciascun sistema giuridico – più o meno consapevolmente – tende a seguire modelli economici che consentono di selezionare schemi di riparazione meno costosi e maggiormente "razionali". Tali modelli economici implicano un'analisi costi-benefici di ciascun sistema di compensazione. Analisi che «confluisce in quella, più articolata, inerente alla scelta dei "tipi" di sistemi di *compensation* coerenti con le esigenze di una società opulenta»<sup>59</sup>.

In tale visione di sistema, l'allocazione dei costi e dei rischi risulta essere esito di un processo socio-culturale che muove lo sguardo da una prospettiva schiettamente individualistica – che vede il problema dell'illecito come una relazione esclusivamente interindividuale e privata<sup>60</sup>, sintetizzabile nella regola "chi rom-

<sup>56</sup> Come giustamente osservato da G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 181, nt. 7, «oltre alla posizione del danneggiato, esiste anche la posizione del danneggiante, che deve essere attentamente monitorata». Per una posizione che cerca, con cautela, di ricordare le ragioni della solidarietà con quelle della deterrenza cfr. E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, cit., p. 506 ss.: l'A. ritiene che nel nostro ordinamento ben si possa configurare una funzione punitiva o (individual-deterrente) del risarcimento per il danno morale, coi seguenti caveat: «solo nella prospettiva della liquidazione di quest'ultimo e nel rispetto della logica risarcitoria subordinata alla prova del pregiudizio. Per converso, non sembra fondata una funzione punitiva che si rifletta sull'*an* della regola di risarcibilità né pare accreditarsi l'immagine di un danno morale visto come pena privata».

<sup>57</sup> Si potrebbe parlare di un equilibrio a geometria variabile tra le diverse funzioni dell'istituto, cangiante nel tempo in base a *rationes* di politica del diritto.

<sup>58</sup> C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1201.

<sup>59</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 43. E cfr. A. HELDRICH, *Compensating Non-Economic Losses in The Affluent Society*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, Issue 1, 1970, p. 26 ss.

<sup>60</sup> Emblematica di tale, superata, visione era la posizione del giudice O.W. HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, p. 144 s., per il quale «civil liability, in its immediate working, is simply a

pe paga” – ad una prospettiva sociale. In altre parole, la preoccupazione del legislatore diventa, oltre a quella immediata ed ineludibile dell’individuazione del responsabile e delle condizioni alle quali scatta la di lui responsabilità, quella di individuare criteri di ripartizione dei rischi che consentano, al contempo, di assicurare la massima ampiezza di tutela alle vittime e la distribuzione delle perdite secondo la via più economica. Sicché, il problema del danno, e dei suoi corollari economici, diventa, giova ribadirlo, di carattere sociale<sup>61</sup>. Ciò almeno da quando le teorie solidariste – sponsorizzate dalle costituzioni sociali fiorite in Europa dopo il secondo conflitto mondiale del ’900 – hanno preso il posto dello schema tradizionale proprio delle codificazioni liberali ottocentesche, centrato, come noto, sulla colpa come criterio di imputazione. Le teorie solidariste hanno consentito di ampliare la platea dei potenziali responsabili, annoverando fra di essi, in particolare, l’imprenditore<sup>62</sup>: sia perché costui *crea il rischio* generatore di danno, sia poiché, comunque, lucrando i profitti dell’attività dannosa risulta essere il soggetto meglio idoneo a sopportarne gli oneri (*cuius commoda, eius et incommoda*)<sup>63</sup>. Avviene così, storicamente, il parziale spostamento di attenzione dell’ordinamento dalla figura del danneggiante al soggetto che ha creato il rischio o che lo può meglio (di altri) amministrare. «A fianco di considerazioni di ordine morale, che impongono di colpire chi ha commesso il fatto dannoso, si affermano così criteri di valutazione di ordine “politico” ed “economico”, che investono degli oneri connessi all’esercizio di attività dannose i soggetti che – ritenuti per l’appunto “responsabili” – possono ridurre al minimo le probabilità del ripetersi del danno o ne possono contenere le conseguenze, anche sul piano del “costo”, per così dire, “sociale”»<sup>64</sup>.

Ulteriori teorie, di stampo economicistico, contribuiscono a consolidare tale spostamento di fuoco dalla figura del danneggiante (e dal giudizio morale sulla

---

redistribution of an existing loss between two individuals». Per un’analisi del programma di politica del diritto sotteso alla regola “chi rompe paga”, riferito a una società preindustriale, v. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, cit., p. 24 ss.

<sup>61</sup> Per un recente, significativo, contributo sul tema, seppur in una prospettiva liberale non pienamente condivisibile, si rinvia a M. GRONDONA, *op. ult. cit.*, e in particolare al Cap. I, *La portata sociale della responsabilità civile*, p. 9 ss.; cfr. anche ID., *Dalla monofunzionalità alla polifunzionalità della responsabilità civile italiana, ovvero: la tecnica giuridica al servizio della politica del diritto*, in D. Mantucci-G. Perlingieri-M. D’Ambrosio (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021, p. 1065 ss.

<sup>62</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv)*, cit., p. 90 ss.

<sup>63</sup> Si vedano anche le interessanti considerazioni di analisi economica del diritto (*ante litteram*) svolte da justice Traynor nella sua *concurring opinion* resa nel celebre caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, giudicato nel 1944 dalla *California Supreme Court* – 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (1944). Ivi si considera che i costi di un incidente, così come la perdita di salute o tempo da parte del consumatore, integrano dei rischi assicurabili, che possono essere distribuiti sul pubblico da parte del produttore, «*as a cost of doing business*».

<sup>64</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 44, e cfr. la bibliografia ivi citata.

sua condotta) ad altri soggetti che vengono attratti, man mano, nell'orbita del giudizio di responsabilità. Come ulteriori criteri di imputazione si devono menzionare quello basato sulla *prevedibilità* del danno, sulla sua *prevenzione*, nonché sulla agevole *distribuzione* fra i consociati. Per tale ultima teorica assume centralità lo strumento assicurativo che consente a taluni soggetti (e in particolare all'imprenditore) di garantirsi dai costi della R.C., spalmando, poi, il costo assicurativo sulla platea dei consumatori tramite il meccanismo dei prezzi<sup>65</sup>. Per descrivere tale fenomeno, si è parlato di "socializzazione" dei rischi, e quindi dei danni. Siffatta operazione che, almeno idealmente, dovrebbe (avrebbe dovuto) estendere a ogni persona i vantaggi delle società opulente, concretamente è stata operata, nei sistemi giuridici della *western legal tradition*, con meccanismi conformi alle direttive del mercato<sup>66</sup>. Sebbene, com'è stato osservato, essi tendano non tanto alla internalizzazione dei rischi, quanto alla loro *esternalizzazione*. In breve: traslare il rischio dall'impresa al pubblico, tramite le manovre dei prezzi, fa gravare sulla società in generale il grosso dei costi sostenuti dall'impresa. Sicché, il consumatore che nel prezzo del prodotto o del servizio paga la quota parte di un sistema di R.C. più esteso eroga, in sostanza, un *sussidio all'impresa*<sup>67</sup>.

### 1.1.E) La funzione organizzativa

Le considerazioni svolte *supra* aiutano a comprendere la posizione di quella dottrina che ritiene codesta funzione essere oggi quella principale nei sistemi giuridici occidentali. Forse è lecito dubitare della sua autonomia operativa<sup>68</sup>, ma essa ha senz'altro un rilevante valore euristico. La funzione organizzativa dell'istituto aquiliano tende a produrre un coordinamento (soddisfacente) delle azioni sociali, basato su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti, e non già su comandi centrali (tipicamente regole amministrative). V'è pertanto, chiara, l'esigenza di non inceppare, neppure indirettamente, lo svolgimento di attività utili<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. G. CALABRESI-J.T. HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, in *Yale L.J.*, 81, 1972, p. 1055 s.; e J. FLEMING, *C'è un futuro per i torts?*, trad. it. a cura di C. Rossello e R. Pardolesi, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 271 ss., il quale individua come ulteriore scopo della R.C. la riduzione dei costi transattivi operata, ad es., dai sistemi *no fault* rispetto a quelli tradizionali.

<sup>66</sup> Dunque, una socializzazione non certo socialista dei costi degli incidenti. Sulla nozione di "tradizione giuridica occidentale" cfr. V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, VII ed., Torino, 2021, *passim*, spec. Cap. V, in relazione agli incontri di tale tradizione con altri paesi; nonché M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994; e H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983.

<sup>67</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 45.

<sup>68</sup> Infatti, essa pare essere piuttosto un effetto delle principali funzioni della R.C. descritte *supra*, anziché un'autonoma funzione dell'istituto.

<sup>69</sup> Così, incisivamente, P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, cit., § 14, p. 101.

Le regole di responsabilità, dunque, «si comportano come l'imposizione di una tassa su determinate attività, importando costi eventuali, che possono venire traslati dai danneggianti potenziali, tramite il mercato o in altri modi, su soggetti diversi. Le regole di R.C. *distribuiscono* tra determinati soggetti il costo delle loro attività, ed in questo modo *regolano*, o meglio *inducono* un loro regolamento *spontaneo*»<sup>70</sup>. Ne segue che tali regole hanno chiaramente effetti redistributivi<sup>71</sup>.

In conclusione, si può affermare come la funzione in discorso mostri, fra l'altro, la *trasversalità* del diritto della responsabilità civile, il quale ha inevitabili risvolti superindividuali che lo portano ad uscire dall'universo dei privati, fino a lambire i territori presidiati dal diritto pubblico – senza che ciò debba destare particolare scandalo sul piano dogmatico, sol che si ricordi come, in generale, uno degli scopi principali dell'ordinamento giuridico, unitariamente inteso, sia la tenuta dell'ordine pubblico e il contenimento della ragion fattasi (*ne cives ad arma veniant*). Sul punto, in ottica comparata, è senz'altro interessante notare *common lawyers* che guardano ai *torts* scoprendone l'aspetto meramente privato, caratterizzato dalla figura del diritto soggettivo (cosa tradizionalmente inusuale per uno studioso di *common law*); «mentre in *civil law* si sta compiendo il percorso inverso, superando il dogma dei diritti soggettivi e cominciando a studiare la responsabilità civile in una prospettiva di contaminazione diritto privato-diritto pubblico»<sup>72</sup>.

### 1.1.F) *La funzione moralizzatrice, anche tramite la pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari*

La sopra riferita lettura della funzione organizzativa delle regole di responsabilità (soprattutto ove declinata esclusivamente in chiave efficientistica<sup>73</sup>) non

---

<sup>70</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 22.

<sup>71</sup> Cfr. G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in 70 *Yale L.J.* 499, 1961. Sul portato redistributivo dei risarcimenti ultra-compensativi v. per tutti A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1/2016, p. 3238 ss., ed ivi bibliografia. In generale, sul rapporto tra i meccanismi redistributivi di R.C. e altre tecniche di compensazione tipiche dei sistemi di sicurezza sociale, v. U. IZZO, *La "giustizia" del benefico, fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018.

<sup>72</sup> Considerazione di Calabresi, in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 29.

<sup>73</sup> Non sono infatti condivisibili quelle critiche alla coloritura etica e di "controllo sociale" della R.C., fiorite in particolare negli anni '80 del secolo scorso e propuginate dalla c.d. scuola di Chicago. Si tratta, più in generale, di un orientamento dichiaratamente ideologico e critico nei confronti dello Stato sociale – sovente definito neoconservatore – che punta a restringere in tutti i campi, compreso quello aquiliano, i compiti dello Stato e delle regole giuridiche, ritenendo preferibile l'allocazione "automatica" delle risorse operata dalla saggezza intrinseca del mercato. Per una panoramica critica di tali teorie cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1262 s.

deve, tuttavia, essere irrigidita al punto da obliterare il portato assiologico delle regole medesime<sup>74</sup>; probabilmente legato all'origine arcaica dell'istituto, ma perdurante in ciascuna stagione e ad ogni latitudine, fino a diventare un tratto di carattere socio-antropologico dell'istituto aquiliano. S'è visto come quest'ultimo oscilli, quasi come un pendolo, tra i poli opposti dell'ufficio *individuale* e quello *sociale* del giudizio di responsabilità. Nella valutazione critica di tale oscillazione, occorre considerare gli scopi che si vogliono raggiungere con le regole di R.C. Se, come si ritiene nel presente lavoro, obiettivo fondamentale dell'ordinamento è l'*effettività rimediale* – in grado di riconciliare la responsabilità civile dei vari agenti con la loro responsabilità sociale, nel quadro dei valori costituzionali – appare indispensabile recuperare il ruolo “ammonitorio” e le basi etiche dell'istituto<sup>75</sup>. Per giungere a tale risultato, in primo luogo si sottolinea l'opportunità di riflettere sulla *funzione ordinante del principio della colpa*, da intendere come giudizio sull'effettiva riprovevolezza della condotta, in grado di rappresentare un criterio di responsabilità “a misura d'uomo”<sup>76</sup>. In secondo luogo, occorre riflettere, senza pregiudiziali ideologiche, sui limiti di un modello (esclusivamente) solidaristico. Siffatto modello, infatti, ove irrigidito, porta a considerare solamente la tutela della vittima, obliterando dalla camera di consiglio la posizione del responsabile. Ma la riparazione (esigenza ineludibile, certo) non può essere costruita in modo da «impedire quella commisurazione dell'entità della ‘sanzione’ al grado di riprovevolezza del comportamento, che sola potrebbe coerentemente fondare una concezione etica della responsabilità»<sup>77</sup>.

Siffatta concezione etica della R.C. – che porta poi a riconoscere e ad auspicare il rafforzamento di una funzione moralizzatrice della medesima – riposa su almeno due premesse, difficilmente revocabili in dubbio.

Da un lato, l'eticità del rimedio aquiliano è espressione della capacità del

<sup>74</sup> Basti pensare che il precetto laico del *neminem laedere* esprime una precisa etica sociale.

<sup>75</sup> Per un inquadramento psicologico delle regole di responsabilità cfr. J.K. ROBBENOLT-V.P. HANS, *The Psychology of Tort Law*, New York-London, 2016.

<sup>76</sup> Cfr. P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481 ss.; e F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 47 ss., come riportati in C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., nt. 54, p. 1197. Nella direzione segnalata nel testo sembra andare, fra gli altri, il recente intervento del legislatore italiano che all'art. 7, comma 3, l. n. 24/2017 (c.d. “Gelli-Bianco”) prevede che il giudice, nella determinazione del risarcimento, tenga conto della *condotta* dell'esercente la professione sanitaria. Per una riflessione, anche di sistema, su tale novella sia consentito rinviare ad A. PISANI, «*Delitto e castigo*»: *appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2019, p. 1052 ss.

<sup>77</sup> C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 1197. Cosicché le dottrine ricordate *supra* (cfr. nt. precedente) sembrano indicare una politica del diritto che mira ad affidare la tutela delle vittime agli istituti di sicurezza sociale (logica solidarista pura), e riservi la responsabilità individuale del danneggiante alle ipotesi in cui possa riconoscersi e apprezzarsi una condotta riprovevole (logica deterrente-sanzionatoria).

medesimo di “sanzionare” le condotte umane – in senso etimologico, quindi, di separazione, discernimento e apprezzamento delle peculiarità del singolo caso – segnalandone il diverso grado di disvalore sociale<sup>78</sup>. Tale sanzione esprime appieno il necessario collegamento tra responsabilità civile e responsabilità sociale, e rappresenta, altresì, un fondamentale elemento di legittimazione della prima, ché altrimenti resterebbe affidata soltanto alla forza del braccio secolare dello Stato (perdendo, però, il necessario legame con la fattualità e con la percezione dei consociati di un sistema “giusto”, oltreché cogente). In altre parole, il rischio da scongiurare è che il rimedio risarcitorio «diventi in sostanza un modo per sottrarsi ai doveri etici derivanti dall'appartenenza, e dunque dalla responsabilità sociale – doveri connaturati all'esistenza della comunità»<sup>79</sup>. Per evitare tale rischio, allora, la via maestra sembra il ri-orientamento delle funzioni della R.C. secondo una linea di espansione della libertà individuale, e non già di una sua restrizione come potrebbe apparire ad una considerazione superficiale della tematica dei risarcimenti ultra-compensativi. «Si assiste quindi a un fenomeno ... per cui il *plus* di libertà individuale, importando un *plus* di considerazione individuale e sociale per tale libertà, importa altresì un *plus* di rilevanza e d'incidenza etica del significato del termine responsabilità, che appunto, unitamente alla libertà, è l'altro asse portante delle società autenticamente aperte»<sup>80</sup>.

Dall'altro lato, il rimedio risarcitorio è vocato all'esigenza di “rendere giustizia” tra il danneggiante e la sua vittima. Si tratta di un'esigenza ancestrale e ancora attualissima, nata in seno ai meccanismi vendicativi che il diritto moderno ha contenuto e raffinato<sup>81</sup>. Ma rimane pur sempre un obiettivo imprescindibile, anzi un *voto* dell'istituto. E tale giustizia non può essere soltanto formale, una “giustizia” purché sia. Deve trattarsi di una giustizia distributiva, “in senso totale”<sup>82</sup>. Per raggiungere tale assetto, fondato su una giusta distribuzione di *premi* e *sanzioni*, occorre valorizzare la proporzione della reazione ordinamentale rispetto alle virtù e ai vizi, ai meriti e ai demeriti riscontrabili nel caso di specie. «L'attribuire a ciascuno in misura proporzionale al contributo offerto, nel bene e nel male, è ciò che sul piano della giustizia distributiva, assicura una soluzione giu-

---

<sup>78</sup> Cfr. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 36 ss., il quale, incisivamente, dimostra l'opportunità che la R.C. valorizzi la condotta del danneggiante, distinguendo tra danno e danno, anche in punto di *quantum debeatur*.

<sup>79</sup> M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., p. 51.

<sup>80</sup> M. GRONDONA, *ibidem*, p. 52.

<sup>81</sup> V. *infra* § 1.11.F.

<sup>82</sup> Si tratta di un'acquisizione che dobbiamo ad Aristotele, il quale nella sua *Politica* ha rappresentato l'imperativo della giustizia come supremo bene politico, ovvero sia “ciò che è utile alla società” (Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, a cura di C.A. Viano, Milano, 2002, Cap. 12, p. 281). Si v. fra l'altro i raffinati riferimenti all'*Etica Nicomachea* riportati da F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 202 ss.



sta. Perciò... la proporzione nella giustizia distributiva diventa di tipo geometrico, coinvolgendo elementi fra loro disomogenei»<sup>83</sup>.

Da quanto sopra discende *de plano* la necessità, per un sistema giuridico raffinato, di valorizzare la funzione moralizzatrice dell'istituto aquiliano, anche tramite il ricorso alle sanzioni di diritto civile: preziosi strumenti operativi per riportare in auge il sostrato etico della R.C.

Infine, e *a fortiori*, occorre considerare come nell'attuale contesto economico-mediatico l'effetto moralizzatore dei procedimenti di responsabilità civile risulta amplificato, almeno rispetto all'epoca in cui è stato emanato il Codice civile, e, ancor più, rispetto ai tempi in cui Aristotele discorreva di "giustizia totale". Infatti, con la velocità di informazione oggi raggiunta dalla tecnica, e con la crescente sensibilità per gli interessi dei consumatori e, più in generale, per l'eticità dei comportamenti degli agenti economici, le grandi e medie imprese sono portate ad adottare comportamenti prudenti tesi ad evitare il danno; o comunque a soddisfare rapidamente la vittima, evitando di fare melina. L'alternativa sarebbe, infatti, di affidare ai *mass media* (e al portato dirompente della rete *internet*) la notizia dell'illecito, scatenando ondate di curiosità e di reazioni negative da parte dei consumatori<sup>84</sup>. In breve: una pubblicità negativa, senz'altro enfatizzata da eventuali risarcimenti punitivi, in grado di orientare virtuosamente, a monte, le scelte dell'*homo oeconomicus*.

## 1.2. La posizione della dottrina tradizionale

Prima di passare in rassegna l'approccio del formante giurisprudenziale in relazione al risarcimento ultra-compensativo, nonché le diverse *rationes* che, a nostro avviso, ne giustificano l'esistenza e la desiderabilità, occorre esaminare con attenzione gli argomenti adoperati da parte della dottrina per distinguere nettamente la dimensione risarcitoria da quella sanzionatoria, e quindi per negare cittadinanza a un simile rimedio generale. Tali argomenti, oltre a provenire da una dottrina civilistica molto autorevole, meritano di essere presi in seria consi-

---

<sup>83</sup> F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 206.

<sup>84</sup> In tal senso cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 51. La considerazione crescente per la reazione dell'utente-consumatore è presente anche nel contesto delle teoriche che, rifacendosi, principalmente, a ideali di giustizia correttiva, sottolineano l'insufficienza del mero rimedio risarcitorio e, per converso, la potenza delle *public apologies*, nella odierna società dell'immagine. Tuttavia, non sembra possibile, né auspicabile, un superamento secco dell'istituto aquiliano in favore delle pubbliche scuse, almeno nei contesti di capitalismo maturo, come quello eurounitario. Come osservato da Calabresi, in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, cit., p. 30, le *public apologies* nella *corrective Justice* presentano almeno un punto critico: «non è la stessa cosa fare *apology* volontariamente ovvero per ordine del giudice. In quest'ultimo caso, l'atto è meramente formale e tradisce la propria funzione riparatoria».

derazione poiché toccano questioni fondamentali non solo per il diritto civile, ma per l'ordinamento in generale: fra gli altri, l'essenza di *cosa* sia risarcimento e cosa no, il principio di legalità, i limiti del potere giudiziario, i canoni interpretativi delle norme giuridiche. Pertanto, di séguito – sebbene senza pretesa di esautività – si cercherà di esporre sistematicamente i predetti argomenti. Essi, inoltre, nel corso della trattazione saranno puntualmente richiamati in chiave dialettica rispetto alla tesi sostenuta nel testo.

A) *Principio del danno effettivo o della riparazione integrale*. Per insegnamento tradizionale il risarcimento dovrebbe adeguarsi perfettamente al danno effettivamente subito dal creditore, il quale non deve ricevere né più e né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'illecito o dell'inadempimento. Si tratta di un principio che viene desunto da diverse regole codicistiche, prima fra tutte quella sulla causalità *ex art.* 1223 c.c. «Altre regole concorrono poi a delimitare l'ambito del danno risarcibile: la regola della causa sopravvenuta ipotetica; del concorso di colpa; del dovere del danneggiato di evitare il danno; della compensazione del lucro col danno; della prevedibilità»<sup>85</sup>. Dal ricordato principio generale si suole poi ricavare l'inammissibilità del risarcimento in funzione punitiva del convenuto, ritenendosi «estranea al nostro ordinamento l'idea che il risarcimento del danno possa avere una funzione afflittiva per il danneggiante»<sup>86</sup>. Particolarmente eloquente sul punto è quella dottrina che ritiene “insostenibile” sul piano dogmatico la figura del “risarcimento sanzionatorio”: «il risarcimento ha infatti il suo limite trascendentale nel danno che ne costituisce l'oggetto e la misura; altrimenti non si comprende che risarcimento del danno sia. Il risarcimento che intenda essere sanzionatorio, eccedendo il danno, non è più risarcimento, sicché, fin quando la legge parla di risarcimento, non si può intendere quest'ultimo come altro dal semplice ristoro integrale del danno, e nulla di più»<sup>87</sup>. In senso analogo, si è affermato che è logicamente im-

---

<sup>85</sup> C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 135.

<sup>86</sup> C.M. BIANCA, *La responsabilità*, *ibidem*.

<sup>87</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 30. L'illustre A. sostiene che la stessa idea di una funzione sanzionatoria della R.C. sia «frutto di un abbaglio che ricorre ogniqualvolta si dà corso alla sensazione che il risarcimento non sia sufficiente a ‘ripagare’ il mal fatto, onde bisogna ‘punirne’ l'autore». Secondo M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili*, cit., p. 1150, il risarcimento non può essere commisurato a grandezze diverse dal danno subito (come la gravità della violazione o il profitto conseguito dal responsabile) assumendo quindi una connotazione sanzionatoria. Tuttavia, sembra opportuno considerare che la nozione di “danno” non è univoca e immutabile nel tempo e nello spazio: cfr. per tutti G. CRIFÒ, voce *Danno (storia)*, cit., p. 617 ss. Paradigmatico in tal senso è il danno non patrimoniale che è ‘danno’ soltanto in senso normativo (cfr. *amplius* Cap. V). Sicché, anche ammettendo che il danno sia l'oggetto e la misura (invalidabile) del risarcimento sembra necessario considerare come si tratti di una misura variabile, nel tempo e nello spazio, funzione della nozione di danno in concreto adoperata dagli interpreti. M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., p. 129 osserva che l'approccio meramente compensativa

possibile «trasformare il rimedio risarcitorio in un rimedio (anche) afflittivo, perché tanto il danno quanto il suo risarcimento sono costrutti normativi sottratti alla disponibilità dell'interprete»<sup>88</sup>. In tale prospettiva, si è dunque definito un ossimoro lo stesso sintagma “risarcimento punitivo”<sup>89</sup>.

Invero, non si nega *tout court* l'opportunità di assegnare rilevanza alla gravità del fatto lesivo nella commisurazione del *quantum* risarcitorio. Tuttavia, si concentra tutta l'attenzione sulla vittima e, in omaggio alla teoria differenziale del danno, si afferma che «tanto maggiore è il danno della sofferenza psichica quanto più grave è il fatto lesivo per la sua intenzionalità o per l'entità dell'offesa arrecata alla dignità morale della persona»<sup>90</sup>.

Il principio del danno effettivo o della riparazione integrale aleggia poi, direttamente o indirettamente, nelle argomentazioni utilizzate per negare ingresso, anche in una prospettiva *de iure condendo*, a una fattispecie generale ultra-compensativa. Dalla letteratura sembra possibile trarre i seguenti corollari del principio citato.

*i) La lite non può essere fonte di arricchimento per l'attore.* Si osserva l'esistenza di un principio base del nostro ordine economico-giuridico per il quale non si dovrebbe favorire il conseguimento di un lucro senza merito. «Si tratta di un principio fondamentale in un'organizzazione economica che voglia essere efficiente e fondamentale anche ai fini di un'organizzazione coesa, nella quale il profitto sia meritevole di rispetto»<sup>91</sup>. Ancora, si concentra l'attenzione sul-

---

tivo alla R.C. dà «largamente per scontata la possibilità di fissare con precisione il termine di partenza e di arrivo del processo risarcitorio: il danno valutato giudizialmente come astrattamente risarcibile da un lato, e la sua traduzione economica, dall'altro lato. Notorio è però come il percorso dall'uno all'altro termine sia lontano dall'essere lineare».

<sup>88</sup>L. NIVARRA, *La Cassazione e il punitive damage: un mondo piccolo per grandi danni*, in L. NIVARRA-A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, p. 14.

<sup>89</sup>A. MONTANARI, *Del “risarcimento punitivo” ovvero dell'ossimoro*, cit., p. 377 ss.: «il sintagma “risarcimento punitivo” rivela un ossimoro, giacché l'ordine giuridico contemplato dal diritto privato, ove la tutela risarcitoria trova la sua forma giuridica, accoppia inesorabilmente il risarcimento al danno, collegando il secondo al primo in termini di causa-effetto (art. 1223 c.c.)». E più avanti: «supera il limite segnato dal principio di non contraddizione disquisire, quindi, di risarcimento senza riferirsi a un danno per cui dare ristoro oppure parlare di responsabilità senza postulare un danno del cui costo si debba stabilire chi ne debba rispondere». Sono critici nei cfr. del concetto di “risarcimento sanzionatorio”, con varietà di accenti, anche C. GRANELLI, *In tema di “danni punitivi”*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2014, p. 1762 ss.; N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2018, p. 1811, spec. § 2; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019, p. 40 ss. Già A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1971, p. 16 affermava che il fine della R.C. sarebbe riparatario, «e nulla più che riparatario»; si v. anche ID., *Sul tema del danno e del risarcimento*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 321 ss.

<sup>90</sup>C.M. BIANCA, *La responsabilità*, *ibidem*. In senso analogo sembra P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 703.

<sup>91</sup>P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 713, che indica le seguenti manifestazioni di tale principio nel sistema giuridico: la nullità di gioco e scommessa, il principio indennitario nell'assicurazione, il

la giustificazione normativa del trasferimento di ricchezza operato con un risarcimento ultra-compensativo: «il fatto è che dispositivi come quelli dei c.d. danni punitivi attuano trasferimenti di ricchezza che non trovano “giustificazione” nel sistema generale secondo il quale è positivamente strutturata l’attribuzione e la conservazione della ricchezza»<sup>92</sup>. Pertanto, la ragione principale che impedirebbe di introdurre una fattispecie generale ultra-compensativa per via interpretativa andrebbe rinvenuta «negli stessi principî che presiedono all’istituto dell’ingiustificato arricchimento e nella necessità che, almeno nei sistemi giuridici continentali, ogni spostamento di ricchezza non convenuto tra le parti abbia una “causa” legale, che, quando non sia *generale* (o sistemica), abbia carattere *particolare*, ossia risalga ad una specifica *voluntas* del potere legislativo»<sup>93</sup>. Rinviando ad altra sede l’esposizione dei diversi argomenti che possono spingere verso una conclusione diversa (cfr. spec. §§ 1.5. e 1.11.E), sia consentito osservare che, almeno in base ai valori della coscienza sociale nell’attuale momento storico, difficilmente si potrà considerare “meritocratico” e degno di rispetto il lucro ottenuto dal danneggiante tramite l’illecito. Sicché, se da un lato occorre analizzare rigorosamente la causa di ogni spostamento patrimoniale, ed approntare le cautele per evitare tattici opportunismi, d’altro canto occorre altresì evitare che l’ordinamento, tra due scelte possibili, premi il danneggiante privo di scrupoli consentendogli tranquillamente di conservare il plusvalore determinato dal fatto illecito<sup>94</sup>;

*ii) in ogni caso, il beneficiario della sanzione dovrebbe essere lo Stato e non l’attore privato (vittima); ché, altrimenti, sarebbe indotto a vestire i panni di un arcaico “cacciatore di taglie”, figura della quale, si ritiene, non vi sia alcun bisogno. Si argomenta in tal senso: «se il danno sociale che si tratta di prevenire è di sufficiente importanza, la reazione sanzionatoria può e deve essere at-*

---

principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali, la regola sulla ridicibilità della penale eccessiva, il divieto di abuso di informazioni privilegiate o *insider trading* (giustificato, secondo il Trimarchi, dal biasimo verso quei profitti, potenzialmente enormi, che hanno un carattere parassitario).

<sup>92</sup>M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Trattato del Diritto Privato*, diretto da S. Mazamuto, VI, Torino, 2021, p. 439 s.

<sup>93</sup>M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, *ibidem*. Si concentrano particolarmente sul principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008, p. 334, per il quale la natura puramente compensativa del risarcimento sarebbe «corollario di un principio trascendentale del diritto privato, secondo cui ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla, mentre così non è per il risarcimento punitivo, al quale per definizione non corrisponde una perdita del danneggiato»; e E. AL MUREDEN, *L’apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, cit., p. 1008 s. In generale, sul tema dell’arricchimento ottenuto tramite l’illecito cfr. le riflessioni di R. SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

<sup>94</sup>In generale, sul tema, cfr. per tutti P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

tribuita alla pubblica accusa, il che è e deve essere sufficiente. Se invece si tratta di danni minori, per i quali non si ritiene opportuno che la pubblica accusa sia distratta da compiti più importanti, ma che siano pur sempre di importanza sufficiente ad indurre il privato leso ad agire in giudizio, e per i quali si ritenga opportuna una più energica dissuasione in considerazione di una concorrente esigenza sociale, è possibile disporre che in occasione della causa civile proposta dal privato leso il giudice disponga anche una sanzione civile ulteriore. Questa però deve andare a beneficio dello Stato e non del privato: da una parte, attribuirle al privato non è necessario per indurlo ad agire in giudizio, perché in ipotesi si tratta di giudizi che sarebbero proposti comunque; e, d'altra parte, per il privato si tratterebbe di un lucro senza merito, in contrasto con un principio fondamentale dell'organizzazione economica e sociale»<sup>95</sup>. L'autorevole dottrina citata, dunque, se da un lato recusa la figura della vittima come una sorta di *private attorney general* (visto come un cacciatore di taglie), dall'altro lato ritiene che le sanzioni pecuniarie civili, introdotte con il d.lgs. n. 7/2016 (sebbene paradigmatiche, secondo l'A., del rifiuto dell'idea di risarcimento punitivo da parte del legislatore) possano rappresentare, in taluni casi, un complemento opportuno quando, altrimenti, la dissuasione sarebbe insufficiente. A tale preferenza teorica, tuttavia, lo stesso Trimarchi accompagna l'amara constatazione che la depenalizzazione del 2016, che ha introdotto le sanzioni pecuniarie civili, è stata "infelice" e inefficace: «poiché il costo di un'iniziativa giudiziaria a fini di risarcimento del danno è apprezzabilmente maggiore del costo di presentazione di una querela, la sanzione civile ivi prevista resta di fatto disapplicata, come l'esperienza sta dimostrando»<sup>96</sup>;

*iii) nel nostro ordinamento non occorre affatto una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo.* Tale affermazione viene sostenuta con due argomenti. Da un lato, per via dell'esistenza di sanzioni penali e amministrative che basterebbero a presidiare il rispetto di quelle regole poste a tutela dei valori ritenuti fondamentali dal legislatore<sup>97</sup>. Dall'altro lato, e rimanendo nel

---

<sup>95</sup> P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 712. Diversamente, per F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, cit., p. 29 ss., la sanzione civile/pena privata si caratterizza, generalmente, proprio per essere applicata su iniziativa di una parte privata e a suo beneficio.

<sup>96</sup> P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 709, nt. 54; e a p. 718 espone: «in realtà va detto che non solo in questo settore [proprietà intellettuale, N.d.A.], ma in generale, una responsabilità civile per somme importanti può avere un'efficacia deterrente ben superiore a quella delle sanzioni penali minori».

<sup>97</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 712; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 328, afferma: «la prevenzione per così dire aggravata è svolta ampiamente dal diritto penale, e non si comprende perché ora debba essere accollata al diritto civile». E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 1006 s., nel suo *focus* sulla responsabilità da prodotto, sembra ritenere che sia il sistema giuridico nel suo

perimetro del diritto civile, si sostiene che allo stato il danno alla persona è già adeguatamente risarcito, considerando, ad esempio, che le Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale avrebbero – in tesi – i valori più alti d'Europa<sup>98</sup>;

iv) *quando è insufficiente la R.C. compensativa si dovrebbe intervenire, tutt'al più, sulla nozione di danno risarcibile e con semplificazioni probatorie.* Per l'evenienza in cui la responsabilità compensativa non si riveli in grado di prevenire i danni ingiusti sofferti dall'attore in giudizio – e non ritenendosi possibile/auspicabile superare la soglia dell'integrale riparazione – si propone piuttosto di lavorare sulla nozione di danno risarcibile e sui principî relativi alla prova. «Il problema di un'efficace tutela del danneggiato, anche quando la natura del danno implichi difficoltà di prova, si risolve con l'introduzione di semplificazioni probatorie e liquidazioni forfettarie. Fermo restando il principio, di indiscutibile validità, secondo il quale l'onere della prova dell'ingiusta lesione incombe sull'attore e deve essere assolto in modo soddisfacente, una volta che la lesione sia provata qualche semplificazione ragionevole nella stima e liquidazione del danno, limitatamente a certi settori e a certi tipi di danno, può essere non solo accettabile, ma anche opportuna per un'equilibrata soluzione dei conflitti... tutto ciò non ha nulla a che fare con finalità punitive o esemplari, ma semplicemente con la finalità di approssimare, nella misura del possibile, un'efficiente compensazione del danno da illecito»<sup>99</sup>.

B) *Secolarizzazione della R.C. Piena separazione dalla responsabilità penale.* Argomento tradizionale usato per negare cittadinanza al risarcimento ultra-compensativo è l'attuale secolarizzazione della R.C. (almeno negli ordinamenti continentali), ossia la sua emancipazione da quella penale: «la piena civilizzazione che una teoria disincantata della responsabilità civile deve considerare un approdo ormai irrinunciabile»<sup>100</sup>. Sicché, una teorica o una disposizione che esplicitamente riconoscesse il risarcimento ultra-compensativo verrebbe vista come un'indesiderata involuzione in materia. S'è affermato enfaticamente che una tale disposizione potrebbe «scardina[re] il sistema civilistico faticosamente costruito

---

complesso a essere “polifunzionale”, considerando l'operare sinergico delle norme privatistiche di R.C. e di quelle penali e amministrative (funzionali al *public enforcement*).

<sup>98</sup> G. PONZANELLI, *La funzione della responsabilità civile nell'ordinamento italiano: compensativo-consolatorio o polifunzionale?*, cit., p. 24 s.

<sup>99</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *ibidem*, p. 710 s.; anche F. EPISCOPO, *Rapporto fra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, p. 2075, discute la possibilità di valorizzare per tale via la dimensione deterrente-sanzionatoria della R.C.

<sup>100</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 328. Sulla separazione fra responsabilità civile e responsabilità penale, nonché sulla diversità di struttura e funzione siccome storicamente determinatesi, cfr. per tutti le magistrali riflessioni di M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 5 ss.

da Domat e Pothier, comporta[ndo] il ritorno all'originaria funzione punitivo-sanzionatoria che la responsabilità assolveva in un periodo in cui essa era indistinta ed inautonoma da quella penale, cancellando le conquiste teoriche del giusnaturalismo»<sup>101</sup>. Ancóra, si sostiene che una curvatura sanzionatoria della R.C. non sia in linea – anzi in controtendenza – con l'evoluzione subita dall'istituto nell'ultimo secolo, considerata l'espansione delle ipotesi di responsabilità oggettiva, finalizzate ad assicurare il risarcimento a prescindere da una valutazione della condotta del responsabile in termini di colpa o dolo<sup>102</sup>. Inoltre, si ritiene che una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti ultra-compensativi «contrasterebbe con il principio di legalità che presiede alla pena» ex art. 25, comma 2, Cost.<sup>103</sup>, e richiederebbe, altresì, una verifica di compatibilità con l'art. 23 Cost., che prevede una riserva (relativa) di legge per ogni prestazione personale o patrimoniale. Rinviando ad altra sede un'analisi più compiuta del rapporto tra sanzione civile, suoi limiti edittali e poteri del giudice (cfr. §§ 2.13. e 5.5.), qui si osserva soltanto che sia la dottrina penalistica più autorevole, sia il Giudice delle leggi hanno escluso che le guarentigie di cui all'art. 25 Cost. si estendano anche alle sanzioni civili, assolvendo tale norma «un'esclusiva funzione di garanzia della libertà personale direttamente o potenzialmente (per quanto concerne le sanzioni pecuniarie convertibili) colpita dalla sanzione penale»<sup>104</sup>. D'altro canto, non sembra potersi dubitare che la riserva relativa di legge prevista dall'art. 23 Cost. si applichi anche alle sanzioni civili, quale che sia il loro *nomen iuris*. Tuttavia, la Corte costituzionale, sebbene abbia ampliato l'ambito concettuale della nozione di

---

<sup>101</sup> P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 4/2009, p. 525, con specifico riguardo alla proposta di riforma francese contenuta nell'*avant-projet Catala*: introduzione del *dommage punitif* all'interno del *Code civil*: v. *infra* per la genesi e lo stato dell'arte del cantiere di riforma della R.C. francese.

<sup>102</sup> Così C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit., p. 7. Anche E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 1009, parla di netta separazione tra rimedi risarcitori del diritto civile, da un lato, e sanzioni amministrative e penali dall'altro lato.

<sup>103</sup> C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 331. L'A., in nota 39, ricorda che autorevole dottrina penalistica (Bricola) non riteneva estensibile la garanzia ex art. 25, comma 2, Cost. alle pene private e alle sanzioni civili.

<sup>104</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 50; e già ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, Padova, 1984. Per la posizione del Giudice delle leggi cfr. da ultimo Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139. Sull'art. 25, 2° comma, Cost. inclusi i precedenti, l'origine e le linee evolutive cfr. per tutti M. D'AMICO-G. ARCONZO, *sub art. 25*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, consultabile in banca dati *Leggid'Italia*. Peraltro, e nel rispetto della separazione tra diritto civile e penale, si consideri che la prospettiva di un incremento delle alternative civilistiche di tutela consente di inverare quella irrinunciabile aspirazione del diritto penale moderno di rivestire il ruolo di *extrema ratio* (concezione sussidiaria del diritto penale): in senso analogo v. le riflessioni di F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, cit., *passim*.

“prestazione imposta”, ha ridotto in misura significativa il “contenuto legislativo minimo” della predetta riserva di legge, fino a rendere “alquanto evanescente” il vincolo derivante *ex art. 23 Cost.*<sup>105</sup>. E, soprattutto, come si vedrà diffusamente più avanti, s’è consolidato l’orientamento per cui una prestazione patrimoniale è rispettosa del parametro costituzionale evocato quando la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dalla legge o dal *diritto vivente*. In altre parole, il legislatore, esercitando la sua discrezionalità, ben può fare affidamento sulla giurisprudenza – soprattutto di legittimità – per specificare il precetto legale, e quindi i limiti edittali della prestazione sanzionatoria<sup>106</sup>.

C) *La R.C. conosce anche le sanzioni civili, ma esse sono diverse e fuori dal perimetro del risarcimento del danno*. Si suole poi distinguere nettamente il risarcimento, necessariamente ed esclusivamente commisurato al danno subito dalla vittima, dalle sanzioni civili rinvenibili nell’ordinamento italiano<sup>107</sup>. Queste ultime, quali figure speciali introdotte dal legislatore da annoverare nell’orbita della R.C., «supportano la funzione deterrente dell’istituto nelle situazioni in cui non risulta essere adeguatamente implementata dal risarcimento del danno»<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> L. ANTONINI, *sub art. 23*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, § 2.3, consultabile in *Leggid'Italia*. Ma si veda l’insegnamento di M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, p. 296, per il quale «la nostra tradizione ... ci impedisce di punire sulla base di una norma in bianco o di una norma talmente elastica da sconfinare in clausola generale». Con specifico riguardo alla delibazione di sentenze straniere cfr. M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, *ivi*, p. 305 ss.

<sup>106</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 11. Ma v. già Corte cost., 10 giugno 1994, n. 236, § 7, che, confermando il proprio orientamento storico, statuiva: «il principio della riserva di legge previsto dall’art. 23 della Costituzione, è di carattere relativo, essendo richiesto che la prestazione sia imposta “in base alla legge”: come tale, esso può dirsi rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l’ambito di discrezionalità dell’amministrazione, purché gli stessi siano in qualche modo desumibili (dalla composizione o funzionamento dell’autorità competente, dalla destinazione della prestazione, dal sistema procedimentale che prevede la collaborazione di più organi) al fine di evitare arbitrii dell’amministrazione». Di diverso avviso sembrano C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 5 s.; e M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 1173 s., per il quale l’art. 23 Cost. osterebbe – *de iure condito* – ad una curvatura sanzionatoria del risarcimento, non potendosi rinvenire nella disciplina codicistica della R.C. un sufficiente fondamento normativo a tale scopo.

<sup>107</sup> Svolgono una tale distinzione, pur con varietà di accenti, tra gli altri C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 4; P. TRIMARCHI *op. ult. cit.*, p. 722; e M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 1150 ss. C. GRANELLI, *In tema di “danni punitivi”*, *cit.*, p. 1762 distingue le “prestazioni risarcitorie” da quelle sanzionatorie e colloca queste ultime al di fuori del sistema della R.C.: «allorquando una prestazione è volta a riparare il danno effettivamente sofferto dalla vittima di un illecito, si tratterà di una “prestazione risarcitoria”, disciplinata dalle regole in tema di responsabilità civile; allorquando una prestazione è invece volta a sanzionare una condotta illecita, a prescindere dal danno che ne sia concretamente conseguito, si tratterà di una “prestazione sanzionatoria”, del tutto estranea alla tematica della responsabilità civile ed alle sue regole».

<sup>108</sup> M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 1151, il quale osserva anche che spesso tali ipotesi ricorrono al verificarsi dei medesimi presupposti che consentono la comminatoria dei *punitive damages* negli ordinamenti che conoscono tale istituto.



Inoltre, esse dovrebbero beneficiare lo Stato e non già l'attore vittorioso in giudizio, per le ragioni riepilogate sopra<sup>109</sup>.

D) *Sovraccarico di funzioni del private enforcement. Quasi una rentrée libéristica.* Sebbene la critica di un sovraccarico del nostro istituto sia piuttosto risalente, recentemente, e con particolare riguardo alla funzione sanzionatoria della R.C., si è posto con vigore l'accento sopra un possibile «eccesso di funzione della responsabilità civile»<sup>110</sup>, dettato, nella prospettiva di tale A., essenzialmente da tre fattori: i) dalla (relativa) semplicità dei meccanismi dell'illecito, «la quale induce una certa faciloneria a parlare di risarcimento ogni volta che... si metta in luce un illecito»<sup>111</sup>; ii) dalla moda – invalsa tra i giuristi – che ha reso celebre l'istituto nell'attuale tornante della Storia; e iii) dal contributo della legislazione UE, di taglio spiccatamente rimediale<sup>112</sup>. Da altro punto di vista, si sostiene che le ricostruzioni di un risarcimento ultra-compensativo in funzione di *deterrence* – soprattutto con riguardo agli illeciti lucrativi – sarebbero figlie del mutamento del sistema politico in senso neoliberale. Si dice: «l'altra faccia di questo potenziamento del privatistico rimedio aquiliano è, infatti, rappresentata dalla legittimazione del progressivo smantellamento delle discipline del mercato, degli apparati pubblici di controllo e governo della circolazione delle merci: il *private enforcement*, diffuso e mosso dall'interesse singolare, in luogo di un *public enforcement* appesantito da burocrazie inefficienti e opache. Disputabile è, però, non solo questa strategia sostitutiva che sovraccarica di compiti impropri il diritto privato, ma anche, e soprattutto, la via interpretativa, attraverso la quale la si vorrebbe perseguire. A leggere queste rideterminazioni interpretative del “con-

---

<sup>109</sup> Cfr. per tutti P. TRIMARCHI *op. ult. cit.*, p. 722. Si osserva incidentalmente che tale auspicio di parte della dottrina, tuttavia, risulta difficilmente riconciliabile con il panorama di diritto positivo dal quale risulta che, nel grosso dei casi almeno, il beneficiario della sanzione civile/quota ultra-compensativa del risarcimento è la vittima (cfr. *infra* § 2.12. ss.). C. DE MENECH, *op. cit.*, p. 204 ss., individua nel beneficiario (soggetto pubblico o attore privato) il *discrimen* tra le pene pecuniarie civili e le pene pecuniarie private – e sembra porre queste ultime oltre i confini del sistema di R.C.

<sup>110</sup> *Ex multis* C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 76 s.

<sup>111</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile, ibidem*, che soggiunge: «la irresistibile tentazione di risolvere *in tort* problemi che in altri frangenti storico-sociali non sarebbero stati letti in simile chiave traluce come epifenomeno giuridico di quella propensione sociale a trovare ai propri mali in ogni caso un responsabile, nella quale l'ancestrale capro espiatorio diventa oggi colui che si vuole obbligare al risarcimento del danno».

<sup>112</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile, ibidem*. Il giudizio dell'A. su tale *corpus* normativo è piuttosto severo: «di marca più burocratica che tecnico-giuridica, essa [la legislazione UE, N.d.A.] è più attenta a mostrare la cura e l'orientamento di politica del diritto europeo che a descrivere in maniera precisa i fatti da regolare e a calibrare in maniera appropriata le soluzioni. In questo è consistita la c.d. morte della fattispecie e l'esplosione dei rimedi, delle quali non si sa se sia maggior fonte di confusione la prima o la seconda, visto che alla fattispecie, come a Dio che è morto, non si è sostituito nulla, e dei rimedi non si riesce a dare una definizione in grado di illuminarci su ciò che veramente siano».

retto” di danno e dei compiti della condanna aquiliana sembra, quasi, di fare un salto nel passato, quando la responsabilità civile appariva centrata sull’idea di illecito e si concepiva, innanzitutto, come reazione del diritto alla “colpa” del suo autore. Il che potrebbe non sembrare sorprendente, se si pensa alla *rentrée* liberistica nel quadro della quale maturano simili propositi<sup>113</sup>. È senz’altro condivisibile la preoccupazione dell’Autore per l’eventuale smantellamento dei meccanismi di *public enforcement* e per il clima culturale che favorisce simili opzioni<sup>114</sup>. Tuttavia, sembra opportuno considerare che i rimedi – pubblicistici e privatistici – non sono alternativi fra loro. Ben possono, anzi debbono, cooperare sinergicamente per il perseguimento degli obiettivi di *policy* dell’ordinamento – fra gli altri: tutela piena delle vittime e deterrenza effettiva. Non sembra possibile negare, infatti, il formidabile ruolo di impulso che può dare il privato (leso) alla produzione di giustizia, specie quando, in un determinato ambito, la pubblica autorità deputata al controllo non sia obbligata all’azione (es. emblematico in tal senso è il potere discrezionale in materia di repressione degli abusi di dipendenza economica conferito all’AGCM ai sensi dell’art. 3 *bis*, l. n. 192/1998).

### 1.3. *Le regole di R.C. non sono neutrali rispetto all’incentivo di condotte virtuose e, specularmente, alla deterrenza di illeciti*

Dall’analisi svolta *retro* sulle diverse funzioni che esprime l’istituto aquiliano, per come realmente è, deriva, di necessità, la seguente conseguenza logica: le regole di responsabilità *non sono neutrali* rispetto all’incentivo di condotte virtuose e, specularmente, alla deterrenza di illeciti. Almeno ove si adotti il paradigma della giustizia distributiva.

Si tratta allora di intendersi sugli scopi da assegnare alla R.C., in accordo alla politica del diritto reclamata, in un dato momento storico, dalla “coscienza sociale”, tarando, di conseguenza, il peso da assegnare a ciascuna funzione che, di per sé, l’istituto può esprimere. In tal modo la responsabilità civile può giungere ad incarnare una vera e propria *funzione sociale*. Sulla falsa riga di quella funzione sociale che la Costituzione vuole assicurare alla proprietà privata (v. art. 42 Cost.) e che è stata concretamente adoperata dalla giurisprudenza per temperare le asperità del “terribile diritto” e renderlo vieppiù in linea con il programma solidaristico veicolato dalla Carta fondamentale.

---

<sup>113</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 436.

<sup>114</sup> Sebbene, almeno con riferimento alle istituzioni e al diritto UE, sia dato osservare una certa espansione del *public enforcement* e non già un suo arretramento: cfr. E. GAMBARO-P. MISSANELLI, *La “riscoperta” dell’abuso di dipendenza economica tra Public e Private Enforcement*, in *Ntplusdiritto.ilsole24ore.com*, 23 dicembre 2020, <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-riscoperta-abuso-dipendenza-economica-public-e-private-enforcement-AD9XMj9>, nonché *infra* § 1.6.

Più in dettaglio, in questa materia la funzione sociale diventa “*controllo sociale*”, in linea con la ristrutturazione delle tutele civili richiesta dal peso crescente assegnato dalla coscienza sociale ai valori postacquisitivi e alle istanze di partecipazione e controllo diffuso<sup>115</sup>. Tale controllo sociale è affidato all’iniziativa individuale e diffusa dei promotori dell’azione civile, e alle successive decisioni delle corti nei confronti di talune attività, sovente a presidio di *interessi non patrimoniali e meta-individuali*, che, attraverso la tutela *ex art. 2043 ss. c.c.*, entrano a far parte del novero delle situazioni giuridicamente rilevanti. Il momento risarcitorio, allora, diventa «funzionale a effetti di *monito sociale*, di prevenzione, di punizione, che determinano un’indubbia torsione rispetto ai connotati tradizionali dell’istituto» (l’enfasi è nostra)<sup>116</sup>.

Ma v’è di più. Non soltanto le regole non sono neutre di per sé<sup>117</sup>. L’ordina-

---

<sup>115</sup> C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1262. Molto chiaramente l’A. rileva che «la tutela aquiliana non è infatti tecnica neutra, giacché coinvolge problemi di non secondario rilievo sociale: gli strumenti più adeguati di garanzia delle vittime dei danni, le reazioni da adottare nei confronti di antiche e nuove figure di attività antisociali, l’individuazione del punto di equilibrio tra libertà individuale e tutela dei terzi».

<sup>116</sup> C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 1261.

<sup>117</sup> Come, d’altronde, non è neutrale il giurista, il quale, invero, è un politico del diritto. Cfr. sul punto le vibranti e condivisibili pagine di T. ASCARELLI, *Giustizia Migliore*, ne *Il mondo*, 23 dicembre 1950, n. 51, p. 14, e L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, ‘Introduzione 1980’, p. 14, come riportati in M. GRONDONA, *op. cit.*, nt. 3, p. 11 ss. Ascarelli scriveva: «lasciare ai tecnici [*scil.* giuristi] la formulazione delle norme limitando l’opera politica ad una generica indicazione di fini, significa in pratica affidare a degli organi apparentemente tecnici, ma sostanzialmente politici, un compito politico senza le relative responsabilità. Politici sono anche, per quanto tecnici, i giuristi (...). Politica è non solo l’impostazione politica, ma quella che si dice tecnica dei codici recenti, *così come ad una concezione costituzionale si riporta alla fine la tecnica del metodo interpretativo* prevalente tra i giuristi italiani o francesi o inglesi e così come risale ad una differenza di concezione e tradizione dell’organizzazione politica la differenza di queste varie tecniche. Ed il compito dei politici... è proprio quello di controllare i tecnici per impedire che la “politica” dei tecnici finisca per prevalere su quella affermatasi nel gioco democratico: perciò si deve riportare continuamente la pubblica opinione a discutere problemi che sotto il manto del tecnicismo si vorrebbero sottrarre al suo sindacato. Vorrei aggiungere che la desiderabile perfezione tecnico-giuridica di una legge può a sua volta presentare i suoi eccessi perché può tradursi (ciò che pure è avvenuto nei codici del 1942) nel sanzionare legislativamente, oltre che delle disposizioni, una dogmatica. Col che viene poi limitata proprio quella che è la naturale attività del giurista (e attività che concorre con lo sviluppo del diritto ed i cui risultati sono anch’essi soggetti alla discussione da parte della pubblica opinione), cioè l’interpretazione e la ricostruzione del sistema, allora reso suscettibile di rinnovamento e sviluppo. (...) Il concetto della democrazia si lega necessariamente ad un concetto del diritto che esclude qualunque esoterismo della scienza giuridica. E, nella giusta ricerca del rigore metodologico, noi giuristi abbiamo forse finito per dare a volte ai nostri studi un accento bizantino, mentre la stessa esigenza di dare corpo alla Costituzione e di ridurre a unità i contrastanti orientamenti espressi nella legislazione vigente, richiede uno sforzo in una direzione opposta» (nostra è l’enfasi). Dal canto suo, Lombardi Vallauri scriveva eloquentemente che «spiegare in quale misura, in quali precisi punti i giuristi non si limitano a essere dei puri logici legalisti non equivale ad affermare in blocco che i giuristi fanno dire alla leg-

mento «non può apparire neutrale ed indifferente rispetto alla violazione dei diritti e comunque rispetto al fenomeno dei fatti che arrecano gravi pregiudizi di ordine economico, sociale ed affettivo ai soggetti»<sup>118</sup> (nostra l'enfasi).

Si può allora tracciare una conclusione parziale.

L'ordinamento non è e non può apparire neutrale e indifferente rispetto al concreto disvalore della condotta illecita. Similmente, non può rinunciare a misurare (indi a "sanzionare") l'intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante, valorizzandolo (anche) nella commisurazione dell'importo dell'obbligazione risarcitoria<sup>119</sup>. Una diversa traiettoria ordinamentale – ferme tutte le ulteriori criticità che saranno esaminate in avanti<sup>120</sup> – che benedicesse un assetto di regole incapace di misurare e valorizzare la distanza della condotta dal lecito, nonché l'intensità dell'elemento soggettivo, allontanerebbe, pericolosamente, il sistema giuridico dal suo ideale orizzonte di giustizia. Come rilevato con parole di estrema attualità da una risalente dottrina: «dire agli uomini che saranno tenuti a risarcire i danni causati ai loro simili esattamente nella stessa misura, senza indagare se la loro condotta sia stata irreprensibile, leggermente imprudente o gravemente colposa, significa fissare una regola profondamente immorale e sicuramente nociva»<sup>121</sup>.

Pertanto, nel prosieguo del lavoro, in primo luogo dovrà essere pesato sulla bilancia il rimedio risarcitorio (a trazione compensativa) come maneggiato dal diritto vivente, sia a livello declamatorio che crittotipico, per comprendere se esso consenta di scoraggiare – e sanzionare – adeguatamente la commissione di fatti illeciti, nella cornice del perseguimento di una "giustizia totale" (v. § 1.4.).

In secondo luogo, si evidenzierà come, in mancanza di regole chiare, la giurisprudenza sia costretta a sanzionare nell'ombra, redigendo massime mentitorie,

---

ge qualsiasi cosa vogliamo... E insieme va mantenuto con fermezza tutto quanto una metodologia serena obbliga a riconoscere di *ineliminabile politicità, valutabilità, libertà della giurisprudenza rispetto alla legge*. Vanno coafferme l'una e l'altra faccia della verità. Abbiamo avuto sufficienti esempi di parti ideologiche che affermano la libertà o politicità della scienza giuridica fino a quando sono all'opposizione e tornano a parlare di oggettività e neutralità quando sono al potere e si tratta di applicare disciplinatamente il diritto fatto da loro come vogliono loro» (nostra l'enfasi).

<sup>118</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 170 s.

<sup>119</sup> P.G. MONATERI-G.M.D. ARNONE-N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, p. 73 ss., rilevano che particolari illeciti cambiano il mondo, «così come la risposta sanzionatoria che si sceglie di dare a quegli stessi illeciti è in grado di migliorarlo o peggiorarlo, orientando nei consociati il modo di dirigere le proprie condotte, in un senso o nell'altro».

<sup>120</sup> Fra cui, sembra il caso di anticipare, l'*incoerenza sistematica* che espone il sistema a censure di incostituzionalità, atteso che, come si vedrà *infra*, nel quadro della R.C. vigente, decisamente mutato rispetto al sistema del Codice del '42, in base ai principi costituzionali non sembra ragionevole una diversità di trattamento fra i titolari di posizioni sostanzialmente omogenee.

<sup>121</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, 1947, p. 356, come riportato da F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 40.

pur di soddisfare il bisogno di tutela effettiva promanante dalla “coscienza sociale”, vulnerando, tuttavia, l’esigenza nomofilattica e di (tendenziale) prevedibilità delle decisioni (v. § 1.10.).

Infine, saranno esaminate le *rationes* giustificative di un risarcimento *efficace, proporzionato e dissuasivo* che, abbandonata definitivamente la narrazione tossica della neutralità del rimedio, sia costruito e calibrato prudentemente per essere in grado di scoraggiare effettivamente la commissione di fatti illeciti. Senza che la forza o la malizia del danneggiante potenziale possano portarlo a carezzare velleità, quando non vere e proprie acquisizioni, di impunità e privilegio (v. §§ 1.11.A)–1.11.F).

#### 1.4. *Un rimedio esclusivamente compensativo impedisce una reazione efficace contro gli illeciti dolosi e/o lucrativi, almeno fin quando il guadagno atteso dall’illecito superi il costo del risarcimento*

“*Mene, Tekel, peres*”<sup>122</sup>: *il rimedio è stato pesato, ed è stato trovato mancante sulla bilancia.*

---

<sup>122</sup> Daniele, 5:1-8 e 25-28, Sacra Bibbia, versione CEI 2008: «il re Baldassar imbandì un grande banchetto a mille dei suoi dignitari e insieme con loro si diede a bere vino. Quando Baldassar ebbe molto bevuto, comandò che fossero portati i vasi d’oro e d’argento che Nabucodonosor, suo padre, aveva asportato dal tempio di Gerusalemme, perché vi bevessero il re e i suoi dignitari, le sue mogli e le sue concubine (...). In quel momento apparvero le dita di una mano d’uomo, che si misero a scrivere sull’intonaco della parete del palazzo reale, di fronte al candelabro, e il re vide il palmo di quella mano che scriveva. Allora il re cambiò colore: spaventosi pensieri lo assalirono, le giunture dei suoi fianchi si allentarono, i suoi ginocchi battevano l’uno contro l’altro. Allora il re si mise a gridare, ordinando che si convocassero gli indovini, i Caldei e gli astrologi. Appena vennero, il re disse ai saggi di Babilonia: “chiunque leggerà quella scrittura e me ne darà la spiegazione, sarà vestito di porpora, porterà una collana d’oro al collo e sarà terzo nel governo del regno”. (...) E questo è lo scritto tracciato: *Mene, Tekel, Peres*, e questa ne è l’interpretazione: *Mene*: Dio ha contato il tuo regno e gli ha posto fine; *Tekel*: tu sei stato pesato sulle bilance e sei stato trovato insufficiente; *Peres*: il tuo regno è stato diviso e dato ai Medi e ai Persiani». Come noto, trattasi del celeberrimo episodio del banchetto di Baldassar, illustrato *supra* in un meraviglioso dipinto di Rembrandt. L’ignota mano che incide il graffito sul muro, nel generale sbigottimento di una notte di bagordi a corte, fa un bilancio del potere esercitato dal monarca, e lo trova mancante rispetto ad un ideale di buon governo. Il graffito è interessante per plurimi profili, non ultimo quello del rapporto tra la forma espressiva del graffito e il concetto di potere. Tanto che la fortunatissima iconografia citata è stata adoperata come sottotesto visivo di una serie numerosa di operazioni intertestuali che hanno messo in scena l’abuso di potere, la sua cecità, e la sua condanna da parte di un misterioso e raccapricciante graffito sovranaturale. Per una panoramica delle diverse interpretazioni del celebre graffito v. M. LEONE, *Il graffito di Dio*, Torino, 2011, <https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/86534/12118/Massimo%20Leone%202011%20-%20Il%20graffito%20di%20Dio%20per%20E%3AC.pdf>.



Rembrandt. 1635 circa. *Il banchetto di Baldassàr*. Olio su tela. Cm 167,6 x 209,2. Londra: National Gallery

Dopo aver analizzato le principali funzioni che la R.C. può assolvere in astratto (e nelle concrete epifanie storiche nelle quali essa si è invertea nei diversi sistemi), occorre indagare se il rimedio aquiliano presente nel nostro ordinamento integri attualmente una risposta equilibrata, effettiva e dissuasiva contro i torti. In sintesi, come suggerito dal graffito riportato sopra, occorre pesare idealmente il rimedio sulla bilancia e valutarne l'*efficacia* in relazione agli *scopi* di politica del diritto che concordemente si affidano alla responsabilità civile. Per effettuare tale valutazione di pesa sembra opportuno mettere a sistema le indicazioni provenienti, in argomento, dai tre principali formanti dell'ordinamento.

Sul *deficit* di effettività rimediale manifestato da un risarcimento esclusivamente compensativo, legislatore, giurisprudenza e dottrina sono ("singolarmente") concordi.

A) Il legislatore, dopo l'emanazione del codice civile, ha fatto un uso vieppiù frequente delle sanzioni civili, intensificatosi in misura significativa negli ultimi due decenni.

Il *conditor legum*, infatti, ha introdotto numerose disposizioni normative che hanno conferito al risarcimento un connotato chiaramente sanzionatorio e

deterrente, o, con le parole della Suprema Corte: «rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria»<sup>123</sup>: oltre venti fattispecie speciali. Esse spaziano in settori molto diversi del nostro ordinamento. Si va dalla legge sulla stampa al testo unico sulla finanza, dal diritto di famiglia alla responsabilità medica (per una panoramica completa delle fattispecie ultra-compensative esistenti v. § 2.12. in seguito; basti qui richiamare, per la loro importanza sistematica e frequenza applicativa, l'*astreinte* (art. 614 *bis* c.p.c.), la *responsabilità aggravata per lite temeraria* (art. 96 c.p.c.), il *risarcimento e la pena pecuniaria in ambito medico* (artt. 7, comma 3, e 8, l. n. 24/2017, c.d. "Gelli-Bianco"), l'*ingiuria depenalizzata* (artt. 3-5, d.lgs. n. 7/2016), il *risarcimento (sanzionatorio) contro gli illeciti endofamiliari* (art. 709 *ter* c.p.c.), la *retroversione degli utili nel diritto industriale e autoriale* (art. 125 c.p.i. e art. 158 l.d.a.).

Preme sottolineare che trattasi di un significativo novero di fattispecie che per *numero*, *trasversalità* ed *incidenza* sul sistema, pare in grado di incrinare il rapporto regola-eccezione. Dalla pacifica presenza delle predette fattispecie ultra-compensative sembrano potersi desumere due conclusioni, la prima delle quali difficilmente revocabile in dubbio.

Da un lato, è manifesta la consapevolezza del legislatore dell'opportunità di ricorrere alla sanzione civile in chiave di effettività rimediale (e di incentivo all'azione); proprio per colmare un riscontrato *deficit* di tutela del mero risarcimento compensativo<sup>124</sup>.

Dall'altro lato, come si argomenterà in prosieguo, tali norme inserite nel nostro ordinamento, pur senza un originario disegno sistematico, si dimostrano oggi all'occhio dell'interprete *espressione di una (unitaria) regola immanente nel sistema*<sup>125</sup>, che abilita il giudice a imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento, passando per l'intermediazione legislativa già offerta dall'art. 2059 c.c., che proteg-

<sup>123</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>124</sup> Tali norme dimostrano il *favor* legislativo per il risarcimento ultra-compensativo, al sussistere di condotte particolarmente connotate. Esse, dunque, smentiscono la tesi di chi sostiene che la gravità della condotta, nel diritto interno, si limiterebbe «a ripristinare la normale simmetria tra il *quantum* del risarcimento e la dimensione del danno»: così C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., p. 45. La tesi dell'A., inoltre, non trova riscontro nell'*acquis* giurisprudenziale ratificato dalle Sezioni Unite del 2017. Come dimostrano gli orientamenti della *law in action* trattati nel presente capitolo e le fattispecie ultra-compensative che verranno analizzate nel Cap. II, i due termini della gravità della condotta e intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante servono, operazionalmente, ad elevare il *quantum* risarcitorio oltre l'entità del pregiudizio misurabile – seppure talvolta le corti redigano massime mentitorie per omaggiare formalmente il principio della riparazione integrale.

<sup>125</sup> D'altronde sarebbe arduo sostenere che una regola speciale trovi un così esteso campo di applicazione, in istituti e settori giuridici tanto diversi. In altre parole, il consistentissimo numero di riconoscimenti concessi dalla lettera della legge alla regola in parola testimonia di per sé che essa non è *contra tenorem rationis*.

ge, dunque, dal rischio di un incontrollabile soggettivismo giudiziario<sup>126</sup>. Non sembra possibile invocare la specialità delle predette disposizioni normative per negare cittadinanza alla citata regola immanente nel sistema. Come autorevolmente osservato, «le norme giuridiche hanno una loro logica, talora oscura o ardua da scoprire: basta abrogarne una, o introdurne altra, perché norme dormienti si ridestino, e tornino ad occupare spazi applicativi, resi vuoti e disponibili da altre norme del codice»<sup>127</sup>. A ben guardare, questo è proprio ciò che è accaduto all'art. 2059 c.c., il quale deve essere oggi interpretato *insieme* ai (numerossimi) frammenti normativi successivamente introdotti dal legislatore, espressivi di una medesima *ratio* di deterrenza e sanzione<sup>128</sup>. D'altronde, esistono diversi precedenti nei quali la Corte di cassazione ha adoperato la tecnica del

---

<sup>126</sup> *Contra* la possibilità di una simile operazione *de iure condito* sembra L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 1/2017, p. 3 s., il quale, tuttavia, riconosce che «l'art. 2059 c.c. si presenta, almeno sotto il profilo funzionale, come quanto di più vicino ad un rimedio sanzionatorio generale offra attualmente l'ordinamento».

<sup>127</sup> N. IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione Civile*, Milano, 2017, p. 15. Nello stesso ordine di idee, cfr. G. IORIO, *Corso di diritto privato*, IV ed., Torino, 2020, p. 10; nonché P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2020, p. 11: «...l'interpretazione di ciascuna norma va condotta con riferimento al complesso dell'ordinamento giuridico e ai problemi della società. Ne segue che, pur rimanendo immutata la formulazione di una norma di legge, la sua interpretazione può dover mutare se cambiano altre leggi, o se cambia la società (interpretazione evolutiva)» – l'enfasi è nostra. È inoltre da condividere l'insegnamento dell'illustre A. sulla differenza esistente tra norme speciali e norme eccezionali (che ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c. non possono essere oggetto di procedimento analogico). L'eccezionalità di una disposizione non può essere definita in base a un criterio meramente logico-formale, ma soltanto in base a una valutazione di politica del diritto, onde comprendere «quelle leggi la cui applicazione analogica sia pericolosa o inopportuna ai fini di un corretto funzionamento del meccanismo di produzione del diritto». Si deve inoltre considerare che «la norma che deroghi ad altra norma è sovente l'applicazione di una regola che ha anch'essa la dignità di un principio, sia pure in un ambito limitato, e che solitamente non vi è ragione di mortificare con un'applicazione limitata ai soli casi espressamente previsti»; *ibidem*, p. 13 s. – l'enfasi è nostra. Posta tale premessa, l'A. distingue tra *regole di struttura* del sistema giuridico – che esprimono principi relativamente stabili e si prestano, pertanto, a un'elaborazione tecnica basata su giudizi di valore piuttosto consolidati – e *regole congiunturali*, dettate da *rationes* contingenti e mutevoli (ad es. quelle emanate per far fronte a un terremoto o ad un ciclo economico avverso). Soltanto queste ultime rappresentano, in senso proprio, norme *eccezionali*, e, come tali, non sono suscettibili di applicazione analogica *ex art. 14 disp. prel. c.c.*, poiché tale procedimento ermeneutico richiederebbe giudizi di valore incerti e valutazioni giocoforza emergenziali e passeggeri, riservate al potere politico e precluse a quello giudiziario. Infine, anche nella prefazione alla XXII ed. del Manuale citato, l'A. riferisce di aver provveduto a una revisione generale di talune parti, proprio «là dove il progressivo depositarsi di novità ha finito per modificare l'aspetto complessivo di un istituto giuridico». Il che, a ben guardare, è proprio quello che è accaduto alla R.C., a fronte delle novità, legislative e giurisprudenziali, degli ultimi decenni (v. *amplius* nei Capp. II e V del presente lavoro).

<sup>128</sup> V. le considerazioni svolte al Cap. V.



“collage” per affermare la rintracciabilità, in seno all’ordinamento, di un principio o di un valore immanenti: veicolati da taluni indici normativi ma non ancora espressi in forma compiuta. È emblematico in tal senso il caso “Soraya”, ove nel 1975, ben prima che intervenisse il legislatore con una normativa *ad hoc*, la Cassazione riconobbe la sussistenza del diritto soggettivo alla riservatezza, in allora presente allo stato di latenza<sup>129</sup>. Per compiere tale operazione, la giurisprudenza ha sempre invocato l’autorità di un precetto di rango costituzionale che funzionasse da collante interpretativo per quelle “sparse membra” presenti nelle pieghe dell’ordinamento. Con riguardo al risarcimento ultra-compensativo, la regola immanente che legittima il giudice a imprimere una curvatura sanzionatoria all’art. 2059 c.c. è sostenuta (perlomeno) dagli artt. 3, 24 e 111 Cost. In estrema sintesi: poiché il diritto di azione sia *effettivo*, nella cornice di un *giusto processo*, con le parti poste in condizioni di *parità sostanziale*, l’ordinamento deve offrire un rimedio efficace in grado di neutralizzare (tutte) le conseguenze dell’illecito<sup>130</sup>, portando il convenuto, a prescindere dalla propria caratura, a internalizzare i costi delle proprie azioni. Occorre colmare, dunque, con ogni strumento ermeneutico a disposizione quei vuoti di tutela che rischiano di avvantaggiare una parte meglio attrezzata, con maggiore forza economica o, semplicemente, più spregiudicata.

B) La giurisprudenza, di merito e di legittimità, per parte sua, si dimostra pienamente consapevole del *deficit* di effettività espresso dalla mera *compensation* per contrastare condotte dolose che destano grave allarme sociale. Tale consapevolezza, tuttavia, per lungo tempo non ha potuto esprimersi apertamente, alla luce del sole, con la dignità assiologica e sistematica che pur le competerebbe. Almeno fin quando ha governato il dogma della riparazione integrale,

---

<sup>129</sup> Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, I, 1976, c. 2895 ss. Come osservava Domenico Rubino, sebbene in talune ipotesi il confine tra interpretazione e *creazione* della regola giuridica sia piuttosto sfumato, si resta nel terreno della pura interpretazione «se l’interprete estrae dal sistema una regola in esso implicita; perché... per ricavare quella norma l’interprete deve tener conto anche di tutto il sistema e dell’esigenza che esso comporta»: D. RUBINO, *La valutazione degli interessi nell’interpretazione della legge*, in *Foro it.*, 1949, IV, c. 15; cfr. altresì P. PERLINGIERI, *L’interesse e la funzione nell’ermeneutica di Domenico Rubino*, in ID.-S. POLIDORI (a cura di), *I Maestri italiani del diritto civile: Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 8 ss.

<sup>130</sup> Anche perché «termini quali ‘conflitto’, ‘senso’ e ‘rimedio’ esprimono quel rapporto tra fattualità e giuridicità su cui sempre e da sempre si concentra il *proprium* del lavoro del giurista, cioè la costante elaborazione e rielaborazione teorica dell’ordinamento a partire dagli avvenimenti – un’elaborazione, dunque, che muove dalla fattualità (...). Che non possa essere persa di vista la prospettiva ordinamentale è ovvio, ma che il senso di un istituto e quindi, ai nostri fini, che il rimedio individuabile sia da mettere in relazione con i (ma direi di più: sia la conseguenza dei) conflitti socialmente rilevanti dovrebbe essere, se non altrettanto ovvio, almeno auspicabile, nella direzione della massima flessibilità ordinamentale e della massima espansione di quello spazio giuridico liberal-democratico che è appunto garanzia di sviluppo ordinamentale non traumatico»; così M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 45.

con il suo corollario sulla monofunzionalità della R.C.<sup>131</sup>. Ciò non ostante, in caso di patente ingiustizia e condotta gravemente disvaloriale la giurisprudenza si trovava (e si trova) correntemente nella condizione di imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento del danno (non patrimoniale), pur omaggiando formalmente il principio della riparazione integrale, con la conseguenza di redigere una “massima mentitoria” o di rendere pronunce non perfettamente coerenti tra massima e dispositivo<sup>132</sup>. In altre parole, “si fa, ma non si dice” (v. *amplius* al § 1.10.). Nondimeno, recentemente, la Suprema Corte ha cominciato a riconoscere espressamente i limiti del paradigma compensativo per la reazione ad illeciti dolosi e/o lucrativi.

Invero, già con le sentenze a Sezioni Unite c.d. di “San Martino” recupera centralità (assiologica e tecnica) la *gravità dell’offesa*, ivi adoperata, in particolare, come filtro per chiudere la porta ai pregiudizi futili e ai danni bagatellari (bilanciandosi il principio di solidarietà con quello di tolleranza)<sup>133</sup>. Ma la gravità dell’offesa non può essere considerata soltanto in funzione di *ius moderandi*, come “attenuante” in grado di escludere addirittura la responsabilità nei casi di pregiudizio futile<sup>134</sup>. Specularmente, e in chiave funzionale, la gravità dell’offesa consente all’interprete di segnalare *quanto* la condotta dell’agente sia distante dal socialmente lecito, secondo il parametro della «coscienza sociale in un determinato momento storico», evocato proprio dalle pronunce di “San Martino”<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> Le affermazioni spesso apodittiche che ancora, talvolta, vengono usate nelle massime giurisprudenziali per predicare la monofunzionalità della R.C. sembrano, a tacer d’altro, antistoriche. Né vengono giustificate dialetticamente se non tramite uno scarno rinvio alla tradizione.

<sup>132</sup> Cfr. R. SACCO, *La massima mentitoria*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 51 ss.; e D. CERINI, *Il danno alla persona in prospettiva comparata*, in P. MARIOTTI (a cura di), *Le novità sul risarcimento del danno alla persona tra norme e giurisprudenza*, Rimini, 2015. Si v. anche G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 6/2018, p. 665 ss., che rileva una situazione non univoca in cui le Corti spesso affermano di aderire formalmente al principio del risarcimento (soltanto) compensativo ma, nella sostanza, decidono in modo da valorizzare la funzione sanzionatoria della R.C.

<sup>133</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

<sup>134</sup> M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 56, osserva che «da questo punto di vista, allora, chi ha letto la pronuncia in esame [Sez. Un. Di “San Martino”, N.d.A.] come se fosse esclusivamente mossa da un intento restrittivo (ma è vero che la Corte, almeno in parte, si è mossa lungo questa prospettiva, donde una motivazione forse meno lineare di quanto sarebbe stato lecito attendersi), *sub specie* di limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale – ancorandone e circoscrivendone la rilevanza a una lettura bensì costituzionalmente orientata ma rigidamente testualista –, certamente ha scambiato una propria speranza con la realtà delle cose, poiché, e lo si ribadisce, l’espansione della sfera della libertà individuale non può non portare con sé l’espansione della sfera della risarcibilità... altrimenti ci troveremmo di fronte a una clamorosa contraddizione, sociologica e politica prima che giuridica».

<sup>135</sup> Cfr. M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 61.

Tale indicazione ermeneutica, appena abbozzata negli arresti del 2008, diventa esplicita e inequivoca nella giurisprudenza successiva. Valgano tre esempi eloquenti.

*i)* Secondo Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126<sup>136</sup>, la gravità dell'offesa rileva ai fini della quantificazione del risarcimento del danno, in caso di atti discriminatori subiti da un giovane omosessuale da parte di un pubblico funzionario.

*ii)* In un recente caso giudicato da Cass., 12 aprile 2018, n. 9059<sup>137</sup>, avente ad oggetto una condotta denigratoria svoltasi attraverso «una serie di atti e com-

---

<sup>136</sup> In *Danno e resp.*, 2015, p. 511 ss. con note di G. PONZANELLI e F. QUARTA; e in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 827 ss., con nota di G. CITARELLA, *Identità sessuale, riservatezza e danno non patrimoniale*. Sempre in relazione alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale si veda il caso "Taormina", giudicato da Trib. Bergamo, 6 agosto 2014 (ord.) – che accertava il carattere discriminatorio della condotta tenuta dal noto avvocato «per avere più volte affermato, nel corso dell'intervista radiofonica alla trasmissione "La zanzara" di non voler assumere nel proprio studio persone omosessuali» – e App. Brescia, 11 dicembre 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 106 ss.; e in *Resp. civ. e prev.*, 1/2018, p. 69 ss., con nota di F. BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*. La vicenda approdava dinanzi alla Corte di giustizia UE – a séguito di rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte di cassazione – per l'esatta interpretazione della nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" ex art. 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Cfr. Corte giust., 23 aprile 2020, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, C-507/18, EU:C:2020:289). Infine, applicando i principi di diritto enucleati dalla CG, la Cassazione rigettava il ricorso e confermava la correttezza dell'iter logico seguito dalle corti di merito. Ai nostri fini risulta particolarmente rilevante il passaggio in cui la Suprema Corte, richiamando il *leading case* del 2017 sulla polifunzionalità della R.C., afferma: «nel panorama normativo, molteplici sono le disposizioni che dimostrano la funzione *lato sensu* sanzionatoria della responsabilità civile. Tra queste, può essere menzionato proprio il d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. Inoltre - e il rilievo appare dirimente - la Corte d'appello... ha sì dato rilievo al prestigio e alla pubblica notorietà del dichiarante, ma solo nella prospettiva, del tutto corretta in termini di apprezzamento dell'intensità del pregiudizio, della risonanza mediatica e della propagazione delle sue dichiarazioni; ne ha valutato la portata in linea oggettiva, in termini di chiarezza e offensività; ha considerato altresì l'atteggiamento soggettivo del dichiarante che non le aveva mai smentite, dimostrando una certa pervicacia nella sua condotta; in buona sintesi, ha dato conto in modo lineare e comprensibile degli elementi soppesati ai fini della liquidazione, tutti congrui, pertinenti e dotati di attitudine inferenziale: le critiche del ricorrente scivolano inevitabilmente pertanto sul versante del merito insindacabile in sede di legittimità»: Cass., 15 dicembre 2020, n. 28646, § 7.6. s. Riepiloga la vicenda processuale e riporta le frasi giudicate discriminatorie nel caso di specie V.A. POSO, *Orgoglio e pregiudizio. Le dichiarazioni pubbliche omofobe, gravemente discriminatorie, e la libertà di manifestazione del pensiero. Il caso è chiuso, in Labor*, 22 dicembre 2020, <<https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2020/12/tccg.pdf>>.

<sup>137</sup> In *Resp. civ. e prev.*, 5/2018, p. 1531 ss., con nota di F. DE LEO, *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*

portamenti univocamente e pervicacemente intesi a ledere l'onore, il prestigio e la stessa dignità dell'insegnante», attrice in primo grado, così ledendo valori e principi di rango costituzionale e sovranazionale, per la Suprema Corte è necessario che il giudice civile consideri nella valutazione e liquidazione del *quantum debeatur* la gravità della condotta, in accordo a considerazioni di politica del diritto<sup>138</sup>. Per la Cassazione, la giurisprudenza «non può e non deve ignorare – quasi che la dimensione della giurisdizione si collochi entro un asettico territorio di pensiero tanto avulso dal reale, quanto insensibile ai mutamenti sociali e culturali in cui essa viene esercitata – il preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il processo educativo e formativo delle giovani e giovanissime generazioni»<sup>139</sup>.

iii) Infine, deve essere richiamata la pronuncia resa dal Trib. di Bergamo, 30 marzo 2018, (ordinanza)<sup>140</sup>, in materia di discriminazione nell'accesso al lavoro e condotta antisindacale. La nota società Ryanair, da sempre fermamente ostile all'idea stessa di sindacato (tale società, infatti ha rifiutato pubblicamente e sistematicamente l'instaurazione di relazioni sindacali su tutte le basi italiane ed europee<sup>141</sup>), poneva in essere una serie di condotte gravemente discriminatorie e lesive del diritto di accesso al lavoro e del diritto di libera associazione (anche sindacale) sancito dalla nostra Costituzione e da diverse fonti sovranazionali. In particolare, tra le diverse condotte antisindacali accertate dal Tribunale v'era un atteggiamento di forte ostruzionismo e respingimento delle rivendicazioni contrattuali dei dipendenti, culminato con una lettera che intimava a piloti e assistenti di volo di non aderire ad uno sciopero ritualmente indetto, a pena di sanzioni, tra cui la perdita di futuri aumenti in busta paga, trasferimenti e/o promozioni. L'acme della condotta abusiva si sostanziava nella pratica di far sottoscrivere al personale, al momento dell'assunzione, una clausola risolutiva espressa secondo la quale il rapporto di lavoro si sarebbe risolto in caso di sindacalizzazione del lavoratore. Per il Tribunale tale clausola, fortemente limitativa della libertà di associazione, palesava un carattere discriminatorio sia in punto di accesso al lavoro, «avendo un impatto demoralizzante e dissuasivo nei confronti di quelle persone che aspirerebbero ad essere assunte presso la compagnia», sia in

---

<sup>138</sup> Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, §§ 5.5.1. e 6.

<sup>139</sup> Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, § 7. Per conseguenza, la Corte cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello per la liquidazione del danno sul piano equitativo, con la chiara indicazione di valutare tutte le circostanze emerse nel corso del giudizio, ivi compresa la *pervicace e reiterata* condotta denigratoria tenuta dal convenuto.

<sup>140</sup> In *Giur. it.*, 10/2018, p. 2191 ss., con nota adesiva di M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*.

<sup>141</sup> Eloquenti, sul punto, sono le parole dell'Amministratore Delegato, Michael O'Leary, riportate nella sentenza, pronunciate nel settembre 2017 a seguito di una fuga di personale verso altre compagnie che offrivano condizioni migliori: prima che la Ryanair venga sindacalizzata si "ghiaccerà l'inferno".

punto di libera espressione delle proprie convinzioni e libertà di associazione. Accertato il carattere scopertamente discriminatorio delle condotte citate, il Tribunale si soffermava sul tema del risarcimento del danno e sulle funzioni di quest'ultimo (*ex art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011*). In proposito, si rilevava che «a seguito del recente intervento delle Sezioni Unite [16601/2017, N.d.A.], non v'è dubbio che tale danno sia annoverabile tra quelli c.d. “punitivi” la cui funzione è appunto quella di “punire” l'autore dell'illecito condannandolo al pagamento di una somma il cui importo è superiore all'effettivo pregiudizio patito dal danneggiato». Un precipuo rilievo, poi, viene assegnato alla valutazione della *gravità della condotta*, anche in relazione alle odiose peculiarità della medesima e alla *personalità dell'agente*<sup>142</sup>: «nella situazione in esame si è di fronte ad una delle maggiori compagnie *low cost*, il che attribuisce maggiore risonanza, rilievo e dissuasività alla clausola ed alle dichiarazioni in questione». Ancora, nella valutazione equitativa del *quantum debeatur*, i giudici consideravano il numero delle decisioni straniere che avevano già interessato Ryanair per il disconoscimento delle organizzazioni sindacali, l'ampia diffusione mediatica avuta dalle pubbliche dichiarazioni discriminatorie, il contenuto e la forza offensiva delle stesse, nonché la notorietà del danneggiante.

In conclusione, oltre a convenire con l'impeccabile *iter* logico della decisione in commento, occorre considerare che l'arresto citato sembra affermare che si sarebbe potuti arrivare al medesimo risultato (condanna al risarcimento ultracompensativo/“punitivo”), passando per l'art. 2059 c.c. Infatti, per il giudice del lavoro di Bergamo, da un lato andrebbe considerato l'orientamento giurisprudenziale «che riconosce un autonomo risarcimento del danno non patrimoniale (2059 c.c.), poiché interesse tipizzato già in via legislativa ed a protezione di situazioni giuridiche costituzionalmente protette»<sup>143</sup>; e, d'altro canto, in base alle direttive UE in materia di diritto antidiscriminatorio, anche qualora non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione del diritto europeo, devono essere «*effettive, proporzionate e dissuasive*, poiché una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace delle direttive stesse»<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Una *hubris* degna de “Il Marchese del Grillo” del noto film diretto da Mario Monicelli (1981): tracotanza sfacciata che porta a calpestare, fra l'altro, quei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale che dovrebbero informare ogni relazione contrattuale (art. 2 Cost.).

<sup>143</sup> Trib. Bergamo, in *op. cit.*, p. 2195.

<sup>144</sup> Trib. Bergamo, *ibidem*. Considerazione condivisibile, anche in relazione alla generale funzione deterrente/sanzionatoria che deve esprimere, in ciascun ambito, la R.C. In base a tale principio sembra, tuttavia, stonare la decisione finale del Tribunale in punto di *quantum* che condanna Ryanair a corrispondere la somma di 50.000 euro: somma invero irrisoria, considerata la forza economica e la potenza offensiva in concreto dimostrata dal danneggiante.

C) Autorevole dottrina, da svariati anni denuncia un *deficit* di effettività del nostro sistema di R.C. e propone delle letture coraggiose del vigente ordinamento che consentano al rimedio aquiliano la necessaria *elasticità funzionale* onde reagire con efficacia e proporzionalità ai torti<sup>145</sup>.

Il giudizio dottrinale sull'*underdeterrence* manifestata dal sistema di responsabilità si appunta su diverse considerazioni di ordine morale, razionalità economica e politica del diritto, ciascuna delle quali sembra avere, finanche singolarmente, una forza decisiva per imporre un trasparente cambio di registro.

Taluna dottrina, ad esempio, analizzando le diverse figure ultra-compensative presenti nell'ordinamento italiano, riconosce la «presa d'atto, da parte del legislatore, che, nel caso concreto, una tutela imperniata esclusivamente sul rimedio risarcitorio compensativo sarebbe *inadeguata* rispetto all'esigenza di una *tutela effettiva*. In alcuni casi, la percezione di non effettività della tutela si ricollega alla speciale rilevanza, nel quadro dei valori protetti dal sistema normativo nel suo complesso, della situazione giuridica incisa dal fatto illecito; altre volte essa si spiega per la difficoltà di provare, nel caso concreto, l'esistenza di un danno, inteso come perdita; altre volte ancora essa discende dalla consapevolezza che una condanna del responsabile ad una prestazione risarcitoria parametrata al solo danno subito dalla vittima sarebbe priva di qualsiasi efficacia deterrente, per essere il profitto dell'autore della violazione assai maggiore; in ulteriori casi, infine, essa si riannoda all'esigenza di reagire con peculiare intensità, e dunque giustapponendo alla tutela compensativa anche una tutela genuinamente sanzionatoria, ad ipotesi di illeciti connotati da un elemento soggettivo particolarmente qualificato» (nostra l'enfasi)<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Cfr. per tutti le ipotesi ricostruttive di P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 141 ss.; P.G. MONATERI-G.M.D. ARNONE-N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., p. 76 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., pp. 204 ss. e 372 ss. Sul *deficit* di effettività della mera *compensation* v. anche M.W. MONTEROSSO, *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2019, p. 695 ss., che denuncia una mancanza di effettività della direttiva danni, e della normativa italiana di recepimento, anche per la scelta del legislatore UE – poco razionale, aggiungiamo – di rinunciare *in subiecta materia* al rimedio dei risarcimenti ultra-compensativi; P. PARDOLESI, *La camicia di Nesso e il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale*, cit., *passim*, in materia di inadempimento contrattuale e *deficit* di tutela di un risarcimento sbilanciato sulla funzione compensativa; nonché A. CARRATTA, *Il progetto francese di riforma della responsabilità civile: profili processuali*, cit., p. 139 ss., spec. § 6, che osserva come, e in taluni settori in particolare (fra gli altri quello della tutela dei diritti della personalità: dignità, reputazione, riservatezza etc.), il risarcimento riparatorio manifesti la sua «limitatezza e inadeguatezza».

<sup>146</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustizia civile.com*, 7 marzo 2017, p. 16. L'A. pur valorizzando la funzione sanzionatoria della R.C., in termini di effettività della tutela, sembra ritenere non praticabile, *de iure condito*, la costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo, in difetto di una corrispondente previsione di legge.

L'inadeguatezza del rimedio meramente compensativo risulta lampante, poi, nel caso degli *illeciti lucrativi e seriali*.

Infatti, ipotizzando la razionalità del soggetto agente, come predicato dall'economia – ipotesi invero confermata empiricamente le volte che costui sia un imprenditore, istituzionalmente portato ad un'organizzazione razionale e "scientifica" del lavoro, nonché alla massimizzazione del profitto, risulta evidente come il (potenziale) risarcimento sia una "posta" a bilancio, né più né meno che un fattore economico considerato dall'agente per valutare *pro e contra* del suo operare. Cosicché, «trasformata in un costo dell'attività dannosa, quante volte la *deterrence* induce il soggetto agente a considerare che le conseguenze del suo operare sono più svantaggiose dei profitti che gli possono derivare dall'attività esercitata si ha un controllo per così dire "indotto" (e fondato sui meccanismi di mercato) delle attività private. Qualora invece le conseguenze dannose non erodano il profitto, ogni forma di *deterrence* sarà facilmente superata dal desiderio di realizzare utilità economiche»<sup>147</sup>.

In altre parole, la compensazione pura si dimostra essere una reazione del tutto inadeguata contro gli illeciti dolosi e lucrativi. Si tratta invero di un limite strutturale che impedisce alla R.C., in tali contesti, di essere un autentico rimedio. Tale limite risulta amplificato nel caso degli *illeciti seriali*, ove il danno per la singola vittima è magari minimo, o comunque inferiore ai costi di attivazione della giustizia (giova ricordare che il solo contributo unificato per una causa di valore indeterminabile costa all'attore 518 €<sup>148</sup>), e, per converso, il lucro atteso dal danneggiante, mercé la "economia di scala" dell'illecito, costituisce un formidabile incentivo all'azione illecita. In tali casi, la lacuna di tutela «tende ad essere tanto meno colmabile tramite l'organizzazione spontanea degli interessati quanto più sono diffusi i danni prodotti dall'illecito (e, conseguentemente, ampi i profitti del suo autore e i relativi effetti distorsivi dell'allocazione delle risorse)»<sup>149</sup>.

In breve, il denunciato *deficit* di effettività comporta il rischio concreto che si verifichino gravi illeciti (poiché lesivi di posizioni soggettive di rango costituzionale) sostanzialmente non assistiti da un rimedio adeguato all'importanza dell'interesse leso; «la sola logica compensativa rischia di condurre a risarcimenti

<sup>147</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 48. V. anche G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2018, p. 489 ss., e in particolare § 4. Anche quella dottrina che non ritiene desiderabile un risarcimento ultra-compensativo riconosce tuttavia che «vi sono dei campi, come quelli della disciplina *antitrust* o della difesa dei consumatori nelle relazioni di mercato o della protezione della proprietà industriale, nei quali gli illeciti sono frequenti ma la responsabilità non sempre appare in grado di porvi rimedio o – meglio – di spingere ad evitarli»: M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435.

<sup>148</sup> V. art. 13, comma 1, d.p.r. n. 115/2002. A ciò si aggiunga l'onorario del difensore tecnico, nonché il costo di attivazione della mediazione obbligatoria o della negoziazione assistita da avvocati in un numero significativo di materie.

<sup>149</sup> A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 242. Considerazioni che militano, altresì, a ritenere necessaria la presenza di azioni collettive snelle ed efficaci.

irrisori, se non del tutto inesistenti o ridotti a “mera espressione simbolica”, con un *vulnus* evidente di quel dovere di solidarietà di cui la responsabilità civile deve essere il braccio armato. La questione assume una rilevanza particolare per le c.d. microviolazioni, che, senza una chiara visione ultra-compensativa del danno non patrimoniale, rischierebbero non solo di non trovare effettiva riparazione ma anche di essere, paradossalmente, incentivate (con evidenti ulteriori impatti di ordine costituzionale)»<sup>150</sup>.

Da ultimo, sembra opportuno ricordare che oltre mezzo secolo fa autorevole dottrina (Sacco<sup>151</sup>) aveva dimostrato l'esistenza di un principio generale, immanente nell'ordinamento, per cui l'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto dovrebbe essere riservato al titolare dell'interesse leso.

In senso analogo, altra autorevole dottrina (Trimarchi) rilevava icasticamente che la “minaccia” della condanna alla riparazione del danno non può svolgere alcuna funzione preventiva efficace nelle ipotesi in cui l'atto illecito procuri a chi lo compie un arricchimento superiore al danno che esso cagiona alla vittima. «In tal caso, *se si vuole scoraggiare l'illecito occorre renderlo inutile* affermando l'obbligo di restituire l'intero arricchimento ottenuto, eventualmente oltre la misura del danno cagionato»<sup>152</sup> (nostra l'enfasi).

In un mondo connotato da forti asimmetrie strutturali, quale quello contemporaneo descritto in Premessa, sembra allora necessario continuare in tale direzione, razionalizzando al meglio i materiali esistenti e procedendo a letture non riduzionistiche del sistema della R.C.<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019, p. 236.

<sup>151</sup> R. SACCO, *L'arricchimento mediante fatto ingiusto*, cit., *passim*.

<sup>152</sup> P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, cit., p. 109. Il rimedio della retroversione degli utili era all'epoca adottato dalla giurisprudenza tedesca in materia di diritto industriale, ben prima che il legislatore UE lo introducesse espressamente con la Direttiva 2004/48/CE, c.d. *Enforcement*: v. oggi il nostro art. 125 c.p.i.; ciò testimonia come la giurisprudenza ben possa, anche in un sistema *civilian*, concedere una tutela effettiva prima che intervenga il legislatore, ormai endemicamente in affanno sui bisogni sociali di tutela. E cfr. ID., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; nonché S. GIANI, *I criteri di risarcimento del danno nel diritto industriale*, a cura di D. CERINI-R. CAMINITI-P. MARIOTTI-A. PISANI, cit., p. 27 ss.

<sup>153</sup> Il riduzionismo è infatti un veleno per il diritto, e in particolare per la *tort law*. Come osservato da G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 334, forse il riduzionismo può essere anche perdonato agli accademici, perché possono fare poco danno, almeno nel breve periodo. Anzi, è proprio la mancanza di responsabilità per quel che accade nel mondo dei casi reali che può conferire loro la massima libertà di dire le proprie “verità”. Ma, «reductionism is much more dangerous when it infects courts (or, for that matter, legislatures). In the hands of decision makers, reductionism can too easily result in quick responses to single-minded views, and those responses, although well intentioned, can destroy the complex balance that our legal system... has long struck between multiple goals».



### 1.5. Sulla desiderabilità e necessità di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo in Italia

Quanto considerato finora consente di identificare due criticità di non poco momento del nostro sistema di R.C.

Da un lato, si osserva un generale *problema di sottodeterrenza* che impedisce al rimedio aquiliano di spiegare, armonicamente, le sue diverse funzioni in chiave di effettiva e adeguata reazione contro gli illeciti dolosi e lucrativi.

Dall'altro lato, si registra in materia soverchia *incertezza*. In particolare, v'è un contrasto giurisprudenziale a livello della nostra Corte di vertice (nell'ambito della medesima Sezione III) che sembra minare la fondamentale esigenza di certezza del diritto, nonché l'esigenza di controllo, anche democratico, della razionalità delle decisioni<sup>154</sup>.

Infatti, allo stato non sembra essere consolidato un (esplicito ed univoco) orientamento giurisprudenziale che valorizzi la gravità della condotta per imprimere una (proporzionata) coloritura ultra-compensativa al risarcimento. Seppure, come considerato nel paragrafo precedente, esista un condivisibile orientamento di merito e di legittimità, che – rinvigorito dai punti fermi e dall'argomento di autorità provenienti dalle Sezioni Unite sui “danni punitivi”<sup>155</sup> – suggerisce apertamente di valorizzare la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento soggettivo al fine della liquidazione del danno, si registrano ancora prese di posizione di segno diverso. Queste ultime talvolta ripropongono, ormai insostenibilmente, e contro il precedente delle Sezioni Unite, la teorica della monofunzionalità della R.C.<sup>156</sup> Talaltra, riferiscono che l'interprete non sarebbe autorizzato a valorizzare la «odiosità della condotta del responsabile» in assenza di una tipizzazione legislativa che renda prevedibile l'orizzonte quantitativo massimo del risarcimento<sup>157</sup>.

La presa di coscienza di tali gravi limiti del sistema vigente, come incarnato dalla *law in action*, porta a concludere nel senso della desiderabilità, e dell'urgenza, di definire una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo. In

<sup>154</sup> Infatti, come anticipato, in difetto di un esplicito rimedio generale ultra-compensativo, la giurisprudenza si trova costretta ad agire nell'ombra. Con la conseguenza di redigere massime mentitorie e, cosa più grave, di *rendere impossibile al convenuto ed ai consociati il controllo sulla razionalità della decisione*, pur nel ridotto spazio operativo concesso oggi dall'art. 360, n. 5, c.p.c. Sul punto cfr. M. GRONDONA, *op. ult. cit.*, p. 49; e sia consentito rinviare ad A. PISANI, *I motivi di ricorso per cassazione*, in A. TEDOLDI (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Bologna, 2019, Cap. XXIV, § 5, p. 628 ss.

<sup>155</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>156</sup> V. Cass., Sez. III, 10 maggio 2018, n. 11250, Rel. Armano, predica la natura «*solo riparatoria o consolatoria del risarcimento del danno civile*». Tale affermazione, tuttavia, oltre a sembrare una petizione di principio, è sconfessata, empiricamente, dai numerosi indici normativi censiti e messi a sistema nel presente lavoro.

<sup>157</sup> Cass., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5829, Rel. Dell'Utri.

tale direzione sembrano militare anche le riflessioni di quella dottrina che, dopo aver constatato la «insufficienza dei tradizionali strumenti di tutela», segnala «l'esigenza di superare le regole tradizionali di quantificazione del danno»<sup>158</sup> (l'enfasi è nostra).

Ancora una volta, giova ripeterlo, il razionale retrostante di *policy* del diritto è l'effettività del rimedio<sup>159</sup>. Non sembra vano tenere costantemente di mira la stella polare di un *equo sistema di reazione ai torti*<sup>160</sup>: «rendere inutile l'illecito» (riprendendo le parole di Trimarchi)<sup>161</sup>. Sicché gli sforzi interpretativi protesi a calare tale scopo<sup>162</sup>, concretamente, nelle elastiche regole codicistiche sembrano

<sup>158</sup> S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, p. 216. A p. 214, l'A. considerava che per rafforzare la funzione preventiva della responsabilità civile «uno degli strumenti consiste nell'introduzione dei danni punitivi, tenendo comunque presente che lo stesso fine può essere realizzato mediante alcune norme del diritto vigente».

<sup>159</sup> Occorre essere realisti. I rimedi giuridici, e la R.C. in particolare, non vivono in una dimensione di vuoto pneumatico o nelle opere d'arte dei giuristi (*law as literature*). Essi sono creati e posti per servire specifici obiettivi degli esseri umani. Sicché, le diverse teoriche, e il modo in cui esse sono applicate, devono essere valutati – e criticati o confermati – «on the basis of how well they do their jobs and serve their functions. But to say this is very far from saying that these functions or goals are simple, let alone unidimensional. Too often, those who view tort law in a “goal oriented” way move quickly to a single, simple goal – whether it be economic efficiency, furthering loss spreading, or anything else – and, having examined tort doctrines and cases on that basis, are properly attacked for being reductionists»; così, con la consueta lucidità, G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, *ibidem*.

<sup>160</sup> È appena il caso di rammentare che l'equità rappresenta il contrario dell'arbitrio, e assolve, fra l'altro, alla fondamentale funzione di «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale», con la rimozione delle diverse «disparità di trattamento» e delle ingiustizie, assumendo quindi il significato di proporzione e adeguatezza. Cfr. Cass., 7 giugno 2011, n. 12408. V. anche G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., prefazione alla terza edizione, per i quali proprio (e soltanto) ragioni di equità e di ragionevole distribuzione delle risorse dovrebbero sorreggere l'espansione dell'area della responsabilità verso nuove, mobili, frontiere. Inoltre, per il perseguimento dell'equità e della giustizia (in senso totale) di cui si parlava *retro*, occorre rammentare che sanzione e risarcimento non sono rimedi antitetici, *ma parti del tutto* rimediale; cfr. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 210.

<sup>161</sup> Non è un caso che i *punitive damages*, ad esempio, siano definiti negli ordinamenti nativi anche come *smart money*, proprio a dare l'idea di un rimedio adattivo, “intelligente”: cfr. Cfr. voce *damages*, in *Black's*, *Law dictionary*, VII ed., St. Paul, Minn., 1999, p. 396.

<sup>162</sup> Si osserva *per incidens* che tale sforzo ermeneutico si lega anche al ruolo della dottrina rispetto agli altri formanti dell'ordinamento. Come osservato acutamente da S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 216, «raccolgendo un insegnamento e un monito di Rodolfo Sacco, credo che la dottrina non possa limitarsi ad attendere le innovazioni della giurisprudenza e a commentarle, ma debba riprendere in mano il timone ed avere il coraggio di indicare la strada da seguire al giudice e al legislatore». E ciò quantunque il giurista sia legato per definizione al diritto vigente. Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, Milano, 1982, p. 241: è storicamente accertabile una spiccata diffidenza del legislatore che si accinga ad attuare una riforma «nei confronti dei giuristi, futuri interpreti – e quindi fatali trasformatori – della legislazione nuova»; più che un'avversione del ceto giuridico, pur conservatore per istinto, nei confronti del cambiamento.

in grado di raccordare la R.C. con la responsabilità sociale dei consociati (inevitabile contrappeso della libertà individuale); nella necessaria cornice di una concezione (anche) etica della responsabilità<sup>163</sup>.

### 1.6. Risarcimento ultra-compensativo e diritto UE

Per quanto concerne l'ambito sovranazionale, sembra possibile affermare che il diritto UE guardi in modo sostanzialmente ondivago al tema dei danni punitivi. Invero, da un lato talvolta sembra emergere un atteggiamento possibilista quanto all'ammissione della suddetta categoria nell'ordinamento UE, comprovato *inter alia* dal margine lasciato, in alcuni arresti della Corte di giustizia, ai giudici nazionali per l'applicazione di rimedi ultra-compensativi<sup>164</sup>. Tale apertura si è del resto tradotta, con l'adozione della Direttiva 2004/48/CE in materia di proprietà intellettuale<sup>165</sup>, in un avanzamento del riconoscimento (positivo) di tali rimedi, per quanto limitato ad uno specifico settore.

Altrove, invece, si registra una ferma "chiusura" e, segnatamente, ciò avviene nell'ambito del c.d. *private enforcement antitrust*, materia sulla cui disciplina è di recente intervenuta con funzione armonizzatrice la Direttiva 2014/104/UE<sup>166</sup>, che, come noto, limita espressamente alla sfera compensativa il risarcimento dei

<sup>163</sup> Si rinvia a C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1197, per il quale la «commisurazione dell'entità della 'sanzione' al grado di riprovevolezza del comportamento ... potrebbe coerentemente fondare una concezione etica della responsabilità».

<sup>164</sup> Cfr. in particolare le sentenze della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, *Brasserie de Pêcheur*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79; del 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461; e, da ultimo, del 25 gennaio 2017, *Stowarzyszenie «Oławska Telewizja Kablowa»*, C-367/15, EU:C:2017:36.

<sup>165</sup> Direttiva 2004/48/CE del Parlamento e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, G.U. L 157 del 30 aprile 2004, pp. 45-86. Un'altra significativa apertura si rinviene nella recente proposta di Direttiva relativa alla responsabilità delle imprese (Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)). Ivi, nel capo relativo alla R.C., l'art. 19 da un lato sembra invertire l'onere della prova, allocando sull'impresa il peso della dimostrazione di aver agito con tutta la dovuta diligenza per evitare il danno. D'altro canto, si chiede agli Stati membri di assicurare «di disporre di un regime di responsabilità in virtù del quale le imprese possano, conformemente al diritto nazionale, essere ritenute responsabili e offrire riparazione in relazione a qualsiasi danno derivante da impatti negativi *effettivi o potenziali* sui diritti umani, sull'ambiente o sulla buona *governance* che esse, o imprese da esse controllate, hanno causato o cui hanno contribuito con atti od omissioni». La "riparazione" di un danno da impatto negativo *potenziale* sul bene giuridico protetto rivela chiaramente la funzione preventiva (prima) e sanzionatoria (poi) della R.C. e, sebbene con una formulazione tecnicamente imprecisa, supera l'idea della pura *compensation*.

<sup>166</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, G.U. L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1-19.

danni derivanti da illecito anticoncorrenziale, vietando danni punitivi, multipli e qualsiasi altro tipo di sovra-compensazione.

A ben vedere, la scelta di escludere i danni punitivi dagli strumenti repressivi degli illeciti *antitrust* si discosta dalla prassi invalsa in quegli ordinamenti in cui la tutela della concorrenza è storicamente più avanzata – in particolare da quello degli Stati Uniti – e pertanto è stata anche severamente criticata in dottrina. In effetti, oltre che dare luogo ad un'ingiustificata diversità di trattamento giuridico rispetto alla contigua materia del diritto industriale (ove vengono consentiti rimedi ultra-compensativi)<sup>167</sup>, la scelta effettuata dal legislatore comunitario con la Direttiva 2014/104/UE ha l'effetto di dissuadere, anziché incoraggiare, le vittime di illeciti *antitrust* dal fare causa ai danneggianti, e ciò specialmente nei casi di *small claims* di entità inferiori o pari ai costi di attivazione della giustizia<sup>168</sup>.

Tuttavia, ciò non è avvenuto né per caso né per imperizia legislativa. Al contrario, l'esclusione di ogni forma di sovra-compensazione dall'ambito applicativo del *private enforcement* si deve alla logica e razionale scelta di politica *antitrust* delle Istituzioni UE di privilegiare il *public enforcement*, ossia l'azione sanzionatoria della Commissione europea e delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza. È noto, infatti, che da decenni l'azione amministrativa di contrasto alle forme più dannose di illecito *antitrust* perpetrate a danno di imprese e consumatori – ossia i cartelli volti a concordare aumenti coordinati dei prezzi e ripartizioni dei mercati tra concorrenti – si fonda su sistemi di auto-denuncia (c.d. programmi di clemenza) che consentono ai *cartelists* di ottenere totali o quantomeno ampie riduzioni delle sanzioni pecuniarie altrimenti applicabili. Orbene, è evidente che l'introduzione di rimedi sovra-compensativi all'interno della disciplina sul *private enforcement* avrebbe potuto scoraggiare i *cartelists* dall'autodenunciarsi e così indebolire l'azione repressiva (e il ruolo?) della Commissione e delle altre autorità della concorrenza, prospettiva che il le-

---

<sup>167</sup> Come osservato da M. LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. comm. int.*, 2/2017, p. 435 ss., «non è chiaro, però, per quali motivi la violazione del diritto della concorrenza dia luogo a rimedi meno rigorosi di quelli previsti per la violazione del diritto d'autore». In generale, si veda A.M. MANCALEONI, *Diritto europeo e tort(s) law*, Torino, 2018, spec. p. 58 ss.; sul danno da illecito concorrenziale cfr. F. ROSSI DAL POZZO-B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; M. MAUGERI-A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017; L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2019; G. PULEIO, *Lo statuto dell'illecito civile anticoncorrenziale tra giustizia compensativa e regolazione del mercato*, Napoli, 2021.

<sup>168</sup> Sicché, in questo caso l'ammontare del risarcimento sembra rendere più agevole mutamenti di titolarità a beneficio del *tortfeasor*: Cfr. G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 145.

gislatore comunitario ha voluto evitare<sup>169</sup>. Ciò posto, si tratta di una scelta derivante da considerazioni di ordine politico, e non già giuridico-sistematiche. Essa, non solo non smentisce, ma anzi conferma implicitamente il potenziale deterrente che avrebbe l'introduzione di rimedi punitivi, tale da entrare virtualmente in frizione con forme istituzionalizzate di clemenza e patteggiamento<sup>170</sup>.

L'atteggiamento non lineare del diritto UE che abbiamo sinora descritto non deve eccessivamente stupire e, anzi, è inerente alla natura stessa dell'ordinamento comunitario e alla sua capacità adattiva alle diverse fasi, e ai mutevoli bisogni, della costruzione europea. Pertanto, se in questo dato momento storico non è possibile rinvenire nell'ordinamento UE una posizione univoca sui danni punitivi, non è detto che tale strumento non possa essere introdotto in futuro, anche e soprattutto in ragione dei segni di insofferenza per l'inefficacia spiegata dal quadro giuridico attuale.

A titolo d'esempio si può menzionare il *corpus* di diritto dell'Unione posto contro le discriminazioni, ambito ove è dato registrare l'esigenza di contrastare efficacemente condotte tipicamente dolose, nonché un'abitudine a ragionare in termini rimediali e antiformalistici. Si pensi alla Direttiva 2006/54/CE<sup>171</sup>, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione. Come da prassi invalsa nella tecnica redazionale degli atti legislativi comunitari, tale fonte dà ampia enfasi all'elemento dissuasivo e deterrente che dovrà caratterizzare le misure rimediali demandate agli Stati membri. In particolare, questi dovranno garantire «un

<sup>169</sup> Per approfondire, cfr. C. CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *The Competition Law Review*, 7 (2), 2011, p. 181 ss.; J.M. CONNOR, *Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011*, in *European Competition Law Review*, 34, 2013, p. 58 ss.; B. BRAAM, *The Relation between Leniency and Private Enforcement. Towards an Optimum of Overall Competition Law Enforcement?*, Paris, 2018; B. CORTESE (edited by), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014; nonché P. BUCCIROSSI-C. MARVÃO-G. SPAGNOLO, *Leniency, damages, and EU competition policy*, in *VoxEU*, 14 luglio 2015, <https://voxeu.org/article/leniency-damages-and-eu-competition-policy>.

<sup>170</sup> In generale, vale la pena sottolineare l'importanza fondamentale della collaborazione tra *public* e *private enforcement*. Un esempio virtuoso, sebbene perfettibile, è dato in materia di abuso di dipendenza economica. Ai sensi dell'art. 9, comma 3 *bis*, l. n. 192/1998, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può procedere d'ufficio a contrastare quelle condotte di abuso di dipendenza economica (che abbiano una rilevanza concorrenziale) con le diffide e le sanzioni previste dall'art. 15 della legge *Antitrust*. La descritta facoltà, discrezionale dunque, sembra lasciare notevoli vuoti di tutela, almeno in difetto di una auspicabile prassi di attivismo in materia da parte dell'Autorità. Sull'importanza della collaborazione tra versante pubblicistico e privatistico cfr. per tutti M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili*, cit., p. 1181; E. AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, cit., p. 1005 ss.; e F. DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: la responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 3/2020, p. 327.

<sup>171</sup> Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, G.U. L 204 del 26 luglio 2006, pp. 23-36.

*indennizzo o una riparazione reali ed effettivi in modo da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito»* (art. 18). Inoltre, una volta stabilite le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della medesima direttiva, gli Stati membri dovranno prendere «*tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione»* facendo in modo che le sanzioni siano «*effettive proporzionate e dissuasive»* (art. 25)<sup>172</sup>. Insomma, si registra una tensione verso la realizzazione concreta dell'obiettivo che la nuova normativa si propone, quasi un "obbligo di risultato" per gli Stati membri quanto alla effettiva applicazione delle disposizioni della direttiva, prescrivendosi a tale fine l'istituzione di rimedi *effettivi* e, pertanto, *dissuasivi*.

Vero è che la Corte di giustizia, richiesta di pronunciarsi in via pregiudiziale da un giudice del lavoro spagnolo, ha escluso che la Direttiva 2006/54/CE imponga a tutti gli Stati di prevedere un risarcimento maggiore della riparazione integrale in funzione deterrente/punitiva, ove il singolo Stato non contempli i danni punitivi nel proprio ordinamento<sup>173</sup>. Ciò posto, se questa è la conclusione della Corte di giustizia – alla quale sembra lecito muovere più d'una critica, poiché di fatto avalla, almeno indirettamente, letture rimediali inefficaci<sup>174</sup>, che quindi tradiscono la

---

<sup>172</sup> In argomento, non appare condivisibile la scelta del legislatore italiano di non consentire l'azionabilità dell'*astreinte* nelle controversie di lavoro. Invero, la riflessione (italiana) moderna sulla *astreinte* è coeva proprio all'introduzione dello Statuto dei lavoratori, per l'esigenza di ottenere l'obbedienza del datore recalcitrante al provvedimento di reintegra del lavoratore. Pertanto, l'art. 614 *bis* c.p.c. che ne esclude "beffardamente" l'applicabilità alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato risulta irragionevole *in parte qua* e stride con le parole e la *ratio* del suddetto fraseggio normativo (oltreché con gli artt. 3, 4 e 24 Cost., nonché, fra gli altri, con gli art. 151 ss. TFUE). Proprio l'*astreinte* dimostra di essere, in pratica, lo strumento per rendere la riparazione consacrata in un provvedimento giurisdizionale "reale", effettiva e dissuasiva. Squarcia il velo, parlando giustamente di differenti opzioni ideologiche tra chi è favorevole a soluzioni di esecuzione indiretta e chi invece le ostacola nel nome della prudenza, B. CAPPONI, *Limiti all'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2011, p. 189.

<sup>173</sup> Corte di giustizia, 17 dicembre 2015, *María A. Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España SA*, C-407/14, EU:C:2015:831.

<sup>174</sup> Un'analoga critica – in termini di eccessiva prudenza, che non consente di riconciliare in misura pienamente logica e conseguente le conclusioni alle premesse – sembra potersi muovere alla recente Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194, in *Foro it.*, 1/2019, I, c. 70 ss., con nota di GIUBBONI, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale del "Jobs Act", in punto di risarcimento per illegittimo licenziamento (previsto dal legislatore in misura fissa: 2 mensilità per ogni anno di servizio). La Consulta ha dichiarato la contrarietà a Costituzione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, il quale, prevedendo una *tutela risarcitoria* contro i licenziamenti ingiustificati *rigida e inadeguata*, violava gli artt. 3, 4, 35 e 76 e 117, comma 1, Cost. – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea. Decisione condivisibile *in parte qua*, che riposa sui seguenti assunti, applicabili trasversalmente alla R.C.: a) recare un "adeguato ristoro" per il pregiudizio subito; b) necessità di un'effettiva dissuasione dal compimento dell'illecito; c) evitare gli automatismi risarcitori che non consentono di valorizzare opportunamente le peculiarità del caso concreto. Non condivisibile si palesa, invece, la decisione della Corte di non intaccare il limite superiore fisso di tale risarcimento (oggi pari a 36 mensilità). Infatti, la Consulta premette che

*ratio* della Direttiva citata – ai nostri fini rivestono sicuro interesse le conclusioni dell’avvocato generale nella suddetta causa. Quest’ultimo, infatti, se da un lato prende atto che la Corte non vuole spingersi a imporre, in via pretoria, l’introduzione di una categoria dei “danni punitivi” valida in tutti i paesi dell’Unione – sia pure limitatamente all’ambito di tutela del lavoratore ingiustamente discriminato, dall’altro lato osserva che «*di ciò ci si può sicuramente rammaricare, perché sono consapevole che il sistema di responsabilità sopra descritto [quello meramente compensativo, N.d.A.] è lungi dall’adempiere in maniera sistematicamente soddisfacente la sua funzione riparatrice*»<sup>175</sup>. Si tratta quasi di una “confessione” di inefficacia del diritto UE sul punto – almeno allo stato dell’arte.

Ci si potrebbe domandare, allora, quanto senso (giuridico) abbia continuare a rammaricarsi per un *deficit* rimediale di così grave portata quando esso può essere colmato in via interpretativa con gli strumenti esistenti nell’ordinamento<sup>176</sup>; anzi, quando, come si proverà a dimostrare nel presente lavoro, tale interpretazione aumenti finanche la coerenza sistematica del microsistema di R.C., proteggendolo, quindi, da censure di irragionevolezza e incostituzionalità. Inoltre, si darebbe un significato concreto all’espressione tipica del diritto UE circa la effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni<sup>177</sup>; espressione che, altri-

---

«il legislatore ben può, nell’esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza» (§ 9.2.); e che «l’adeguatezza del risarcimento forfettizzato richiede che esso sia tale da realizzare un *adeguato contenimento degli interessi in conflitto*» e in grado di esprimere, in sintesi, una «*adeguata dissuasione* del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente» (§12). In altre parole, in tanto si può barattare la tutela reale con quella risarcitoria, in quanto quest’ultima sia ragionevole, dunque effettiva e dissuasiva. Se questo è vero, non si può condividere la conclusione della Corte che ritiene non contrastare con tale nozione di adeguatezza il limite fisso previsto dal *conditor* (36 mensilità). Come aveva dimostrato il giudice rimettente (Trib. di Roma, 26 luglio 2017, n. 195 – consultabile in Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3, 1° serie/2018), la sanzione non esprime carattere dissuasivo giacché «il licenziamento illegittimo disposto dopo pochi mesi di lavoro assistito dalla fruizione dello sgravio contributivo costituisce un “affare” per il datore di lavoro che incentiva, anziché dissuadere, comportamenti di *free riding* senza rischio alcuno, dal momento che, appunto, l’indennità che il datore dovrà pagare all’esito del giudizio è fissa, predeterminata e prescinde dalla gravità dell’illegittimità, per cui una “pseudomotivazione” come quella all’esame (parafrasabile in un “ti licenzio perché ci sono le condizioni per licenziarti”) equivale, *quod poenam*, a qualsiasi altra motivazione riscontrata nei fatti come infondata».

<sup>175</sup> Conclusioni avv. gen., Paolo Mengozzi, par. 52.

<sup>176</sup> Cfr. *infra* § 5.4. ss.

<sup>177</sup> Recentemente, anche l’art. 113 del Regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici (c.d. MDR) prescrive che le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni del regolamento medesimo – sanzioni che ciascuno Stato membro è incaricato di definire – debbano essere, appunto, «effettive proporzionate e dissuasive». Peraltro, taluni dispositivi medici (si pensi ad es. alle microcapsule robotiche), e ancor più i robot biomedici, sollecitano riflessioni urgenti e regole chiare (anche) sul criterio di imputazione della responsabilità, soprattutto in relazione ai con i d’ombra ove si interfacciano più soggetti (si pensi al difetto di funzionamento di una tecnologia robotica dovuto a mancanza di manutenzione e/o aggiornamento): in argomento cfr. per tut-

menti, e nonostante la sua chiara vocazione precettiva, rischierebbe di rimanere un inutile e retorico orpello stilistico.

In realtà, l'amara considerazione dell'avvocato generale deve essere letta come un invito ad un futuro "balzo in avanti" del diritto dell'Unione, che consentirebbe di guardare pragmaticamente ai bisogni di tutela, senza pregiudiziali d'ordine dogmatico per un rimedio generale ultra-compensativo. Il che consentirebbe di aumentare l'efficacia deterrente della responsabilità civile e mandare un messaggio chiaro ai consociati: «committing torts is morally wrong and calls for the issuance of afflictive measures, especially when the wrongdoer takes advantage of its economic power to the detriment of weak parties»<sup>178</sup>.

Tale invito è in linea con il procedere stesso, lo ribadiamo, della costruzione europea, che sovente ha visto in un primo momento accantonare soluzioni giuridiche che in seguito sono state, talvolta dopo anni, riprese e avallate vuoi dalla Corte di giustizia, in sentenze successive, vuoi dallo stesso legislatore europeo<sup>179</sup>. Del resto, la costruzione europea è essa stessa un graduale processo verso «un'unione sempre più stretta» o, se vogliamo, verso uno spazio giuridico comune e ciò implica, di per sé, il succedersi di tentativi, arretramenti e ripartenze<sup>180</sup>. A un simile processo non potrebbe sfuggire la disciplina della R.C. e, al suo interno, la vicenda dei danni punitivi: soprattutto ove si consideri la incalzante necessità di adeguare la responsabilità da prodotto all'attuale era digitale<sup>181</sup>.

---

ti le mirabili riflessioni di C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020, spec. p. 165 ss.

<sup>178</sup> M. CAPPELLETTI, *Punitive damages and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy*, in *Ariz. J. Of Int'l & Comp. L.*, 3/32, 2015, p. 848; e v. in particolare il § IV. *The normative desirability of adopting punitive damages in Italy*, p. 843 ss. In senso analogo, sulla desiderabilità di un rimedio ultra-compensativo per un'efficace tutela dei beni comuni, in particolare ambientali, cfr. U. MATTEI-A. QUARTA, *Punto di svolta*, Sansepolcro, 2018. *Contra*, nel senso della non necessarietà di un rimedio generale ultra-compensativo cfr. per tutti G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus civile*, 5/2017, p. 392; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 897 ss., per il quale «un risarcimento che sia maggiore del danno al quale si riferisce somiglia a colui che voglia saltare al di là della propria ombra»; cfr. inoltre § 1.2.

<sup>179</sup> Per un esempio concreto si guardi all'evoluzione della disciplina comunitaria degli appalti e delle concessioni. Inizialmente l'ordinamento UE disciplinava positivamente solo i primi, mentre le concessioni rimanevano al di fuori del perimetro normativo e dunque apparentemente senza tutele. In seguito, la Corte di giustizia ha applicato alle concessioni i principi generali tratti dalla disciplina degli appalti, così contribuendo a creare un vero e proprio "*droit des concessions*" fondato esclusivamente su base pretoria. La Commissione europea ha poi sistematizzato i principi espressi nelle pronunce giurisprudenziali in strumenti di *soft law* che hanno costituito la base della successiva disciplina positiva delle concessioni pubbliche. Per un approfondimento cfr. V. RANDAZZO-P. MISSANELLI, *La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4 (2014), p. 663 ss.

<sup>180</sup> A. VON BOGDANDY, *Il diritto europeo oltre l'"Unione sempre più stretta": ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2017, p. 9 ss.

<sup>181</sup> Cfr. ELL, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*,



Come illustrato nella visionaria dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, «l'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto»<sup>182</sup>.

### 1.7. Sul dogma della riparazione integrale: sconfessato dalla Corte costituzionale e da puntuali interventi del legislatore, anche recenti

Come noto, il principale argomento addotto a sostegno della asserita incompatibilità di una fattispecie ultra-compensativa con il nostro ordinamento è il principio della riparazione integrale (*tout le dommage, mais rien que le dommage*). Esso poi viene solitamente elevato a dogma, sebbene vi siano chiare prese di posizione di segno opposto – e della Consulta, e del legislatore – che hanno modificato la struttura e la fisionomia del nostro ordinamento rispetto a quelle del 1942. Su tale dogma, si tenta infatti di proporre (o di riproporre) la teorica della monofunzionalità della R.C.: giacché se non fosse possibile – in tesi – superare l'asticella dell'integrale riparazione, si dovrebbe negare cittadinanza a un rimedio generale ultra-compensativo<sup>183</sup>.

La Corte costituzionale si è pronunciata numerose volte, e in una pluralità di settori, giungendo sempre alla medesima conclusione: *il principio di integrale riparazione del danno non ha copertura costituzionale*, potendosi dunque bilanciare, ad esempio, il diritto inviolabile all'integrità della persona con altri valori di rilievo costituzionale<sup>184</sup>.

In particolare, la Consulta ha sconfessato il predetto dogma con riferimento al *contratto di trasporto di persone*<sup>185</sup>, all'*espropriazione per pubblica utilità* (an-

---

ELI Innovation Paper Series, 21 gennaio 2021, [https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Guiding\\_Principles\\_for\\_Updating\\_the\\_PLD\\_for\\_the\\_Digital\\_Age.pdf](https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf).

<sup>182</sup> Come noto, nella sua dichiarazione del 9 maggio 1950, il ministro degli Esteri francese Robert Schuman proponeva la creazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio.

<sup>183</sup> Cfr. P. G. MONATERI-G. M. D. ARNONE-N. CALCAGNO, *op. cit.*, p. 73 ss.

<sup>184</sup> V. per tutte Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303: «questa Corte ha affermato a più riprese che “la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)». In generale, sull'influenza della giurisprudenza costituzionale sul rimedio aquiliano cfr. A. P. MIRABELLI DI LAURO, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77 ss.

<sup>185</sup> Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132, in occasione della denunciata previsione di limiti alla responsabilità del vettore aereo in tema di trasporto di persone, aveva chiarito come non si configuri ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile alla integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore

che in relazione all'illecito noto come "occupazione acquisitiva"<sup>186</sup>, al settore delle *lesioni micropermanenti*<sup>187</sup>, nonché al *risarcimento dovuto per licenziamento illegittimo*<sup>188</sup>.

Il legislatore, da parte sua, è stato, probabilmente, ancor più eloquente.

Da un lato, nel sistema del codice vi sono numerosi esempi di deroga al principio in commento (forse di una vera e propria sconfessione del medesimo, ove elevato a dogma). Anzitutto, l'integralità della riparazione trova una sua precisa limitazione nell'art. 1229 c.c., in materia di disciplina generale delle obbligazioni. In forza di tale disposizione, debitore e creditore possono raggiungere un accordo preventivo in virtù del quale la responsabilità del primo viene esclusa o limitata, nel caso di inadempimento/fatto illecito commessi con colpa lieve. La libertà prevista dal codice per i contraenti (o per la vittima e il danneggiante nel campo dell'illecito) incontra gli unici limiti del dolo e della colpa grave, in guisa di «assicurare una più ampia protezione dei valori offerti racchiusi nella coercibilità dell'obbligazione»<sup>189</sup>. Sicché, l'art. 1229 c.c. permette *de plano* ai contraenti di derogare al principio di riparazione integrale del danno (fino ad escluderlo del tutto); senza che «nessuno [abbia] mai sollevato il dubbio che l'art. 1229 c.c. sia in contrasto con la Costituzione»<sup>190</sup>. Inoltre, il principio *de quo* è superato dalle numerose ipotesi di indennizzo previste nel Codice ove, ancora una volta, il diritto del danneggiato ad una compensazione piena viene bilanciato con altri interessi meritevoli di tutela (d'indole sociale, come accade icasticamente nell'art. 834 c.c.), e ne esce ridimensionato in punto di *quantum*<sup>191</sup>.

Dall'altro lato, la legislazione speciale ha superato in plurime occasioni, con

di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il valore dell'iniziativa economica privata connesso all'attività del vettore. In quel caso poi la Consulta dichiarò incostituzionale la limitazione fissa di cui alla Convenzione di Varsavia in tema di trasporto internazionale. Tuttavia, l'illegittimità costituzionale non fu individuata nella limitazione di responsabilità *per se*, ma nella mancanza di adeguate garanzie di certezza e di *adeguatezza* per il ristoro del danno. Cfr. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *op. cit.*, p. 71 s.

<sup>186</sup> Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369, § 8.1., in *Foro it.*, 1996, I, c. 3257 ss., con nota di BENIN. In senso conforme la successiva Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148, § 5., in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1933, con nota di DE SANTIS.

<sup>187</sup> Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

<sup>188</sup> Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194.

<sup>189</sup> G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, p. 69. Tale norma testimonia, dunque, la indubbia centralità spiegata dall'elemento soggettivo nell'economia del giudizio risarcitorio. Pertanto, anche alla luce di tale indice normativo, come si dirà meglio *infra*, appare insostenibile l'affermazione di irrilevanza delle sfumature dell'elemento psicologico nella parametrizzazione del *quantum respondeatur*.

<sup>190</sup> G. PONZANELLI, *ibidem*, p. 70.

<sup>191</sup> Per un approfondimento SULLA distinzione tra danno, indennizzo, risarcimento o mero riferimento alla condanna cfr. D. CERINI, *The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability*, *cit.*, *passim*.

estrema disinvolture si potrebbe dire, sia verso il basso, sia verso l'alto, l'ideale orizzonte di riparazione integrale.

Come esempi di "sfondamento" verso il basso di quest'ultimo, si possono menzionare – a titolo di esempio e senza pretesa di esaustività – i seguenti rimedi (meno che) compensativi: la *riparazione per l'ingiusta detenzione* (art. 314 c.p.p.), *l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati* (art. 1, l. n. 210/1992), e *l'indennizzo per il ritiro dell'opera dal commercio* (nell'ambito del c.d. diritto di pentimento dell'autore: art. 142 l.d.a.) – cfr. *amplius* § 2.2. ss.

Vi sono poi i numerosi casi di superamento verso l'alto del principio in parola. Essi integrano, a ben vedere, delle vere e proprie fattispecie di risarcimento ultra-compensativo. In estrema sintesi, si tratta di quelle norme del nostro ordinamento considerate dalle Sezioni Unite della Cassazione nel noto *leading case* del 2017, che concorrono, unitariamente, a ridefinire la fisionomia e la traiettoria del nostro sistema di R.C., e consentono di affermarne la inequivoca polifunzionalità. Rinviando ai paragrafi 2.12. e seguenti per un'analisi di tali fattispecie, basti qui richiamare la *responsabilità aggravata per lite temeraria* (art. 96 c.p.c.) e gli *interessi aggravati e la penale a tutela del subfornitore* (art. 3 l. n. 192/1998) come esempi, recenti e assai significativi, di rimedi ultra-compensativi che sembrano cantare il *requiem* alla riparazione integrale in versione dogmatica.

In conclusione, sembra ragionevole affermare che il principio di riparazione integrale, il quale pacificamente non ha copertura costituzionale, può svolgere ancora una degna funzione teoretica, ma di principio, appunto, e non già di dogma al quale piegare, contro le esigenze della fattualità, l'istituto aquiliano. Pertanto, pare opportuno che esso continui a essere invocato a tutela della vittima, perché essa riceva una compensazione piena di tutte le perdite subite a causa dell'illecito (obiettivo minimo e tendenziale della R.C.). Non dovrà, tuttavia, essere irrigidito ad "articolo di fede", ridondando a vantaggio del *tortfeasor*, garantendo a costui un senso di impunità e la possibilità di lucrare sull'illecito<sup>192</sup>. Infatti, la *overcompensation* in chiave deterrente-sanzionatoria, in talune circostanze (di cui si dirà *infra*), non solo non desta allarme, ma si rivela un rimedio efficace, dunque necessario, per spingere i beni giuridici di maggior valore sociale fuori del mercato (verso la c.d. *inalienability*).

---

<sup>192</sup> Com'è stato osservato da G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, pp. 69 e 74, il risarcimento meramente compensativo va «a scontrarsi, inevitabilmente, con gli obiettivi di deterrenza, irrinunciabili in un moderno sistema di responsabilità civile»; inoltre, «il principio dell'integrale riparazione del danno solleva non facili problemi perché un danno integralmente riparato potrebbe non essere il miglior strumento di deterrenza economica».

### 1.8. Origine antidemocratica della scelta “positiva” di rimettere il monopolio della sanzione alla pubblica accusa, espungendola dal processo civile

Come emerso nell’analisi delle funzioni dell’istituto aquiliano, esso può essere ben adoperato per misurare e valorizzare il livello di antiggiuridicità della condotta lesiva e l’intensità dell’*animus nocendi*, con il fine, collaterale a quello riparatorio, di rafforzare l’effettività della legge attributiva o anche solo ricognitiva della prerogativa violata. Per consentire un tale risultato, non solo raggiungibile in astratto, ma altresì *desiderabile e necessario* per le ragioni sopra esposte, occorre riconoscere apertamente lo statuto (anche) sanzionatorio della R.C.

S’è già detto di come i rimedi civili e penali non siano mutuamente esclusivi, ma anzi possano e debbano cooperare nella produzione di giustizia – e concretamente accade che lo facciano, fuori da ricostruzioni dal sapore prettamente dogmatico. Tuttavia, sembra ancora diffusa l’opinione che vorrebbe circoscrivere il monopolio della punizione al solo potere pubblico. Non si dubita certo (dell’opportunità) della titolarità statale della potestà sanzionatoria, quale precipua manifestazione del monopolio sull’uso della forza in capo allo Stato-apparato. Piuttosto, pare lecito domandarsi se sussistano ancor oggi validi motivi per escludere i privati anche dalla fase di *impulso processuale*, «privandoli in radice del potere di promuovere e portare fino in fondo un procedimento giudiziale cui non sia precluso un esito sanzionatorio nei riguardi del responsabile»<sup>193</sup>.

Al riguardo, in punto di riparto di competenza tra diritto privato e diritto pubblico, sembra chiaro che l’attribuzione al primo di una funzione tendenzialmente compensativa non derivi da una «necessità logica o ontologica», sibbene da «una scelta positiva da parte del legislatore»<sup>194</sup>. Ora, come osservato, per comprendere quando e perché fu compiuta tale scelta “positiva”, sembra necessario procedere a ritroso lungo le tappe fondamentali del processo di codificazione europea fintantoché non sia dato rinvenire una frattura, ossia il momento cui riferire il compimento di tale scelta<sup>195</sup>.

Tale frattura è stata registrata nella Francia post-rivoluzionaria. Vale la pena riepilogare brevemente le tappe storiche del processo che portò alla separazione

<sup>193</sup> F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, cit., p. 43. L’A. ritiene peraltro che tale possibilità sia oggi aperta dal diritto positivo, e in particolare dall’art. 96, comma 3, c.p.c.

<sup>194</sup> P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 829.

<sup>195</sup> Così acutamente F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, cit., p. 43 ss., nonché p. 29. Tanto poiché i compilatori del nostro codice del ’42 “scelsero di non scegliere”, riassumendo, in buona sostanza, nel vigente art. 2043 c.c. gli artt. 1151 e 1152 del codice civile Pisanelli. Questi ultimi, come noto, altro non erano se non la traduzione in lingua italiana dell’art. 1382 ss. del *Code Napoléon*. Sicché, abbiamo ereditato un’accezione minima del criterio della colpa, utile al fine della nascita dell’obbligazione risarcitoria (come criterio di imputazione, dunque), ma amputato delle sue (utili) potenzialità espansive in relazione alle declinazioni dell’elemento soggettivo.

netta tra azione pubblica e azione privata, espediente processuale che ha sottratto al privato la legittimazione a sollecitare nel processo civile l'applicazione di una sanzione.

A settembre del 1791, e all'indomani della Dichiarazione dei diritti inviolabili e naturali del cittadino, l'Assemblea costituente, in aperta discontinuità con i modelli dell'antico regime, varò una riforma del processo criminale che riconosceva al popolo il potere di accusare sé stesso. Nasceva così la figura del "procuratore generale privato", quale logico sviluppo della predetta dichiarazione<sup>196</sup>. Ad essa era sotteso altresì un ideale di democrazia processuale diretta. Tuttavia, l'interessante figura, nata sotto gli ottimi auspici dell'*enforcement* processuale dei diritti fondamentali, quale pionieristico strumento idoneo a rafforzarne l'effettività, trovandosi a coincidere con gli anni della politica del Terrore (ove, peraltro, si manifestò una pericolosa commistione tra inquirenti e giudicanti), mostrò i suoi limiti. Cosicché, il nuovo modello processuale rivoluzionario fu piegato a finalità diverse (ove non antitetiche) rispetto alla protezione dei diritti inviolabili appena proclamati. Tale clima segnò pertanto l'ascesa e il declino della figura del "procuratore generale privato"<sup>197</sup>, e prestò il fianco ad una controriforma in senso reazionario della tutela dei diritti. Essa si consumò nel 1795, quando con il codice dei delitti e delle pene (c.d. di Brumaio) fu consacrata la distinzione tra *action publique* e *action privée*, per effetto della quale il ruolo dei privati fu ridimensionato a quello di mero tutore dei propri affari, e di null'altro<sup>198</sup>.

Il carattere reazionario di tale scelta processuale (di indubbio rilievo sostanziale) si può cogliere in ciò: il modello processuale rivoluzionario, al di là degli abusi, riconosceva un potere di impulso processuale ai cittadini (anche) a tutela del bene comune. Un tale modello, insieme al retrostante ideale di democrazia diretta, «avrebbe rappresentato un minaccioso *vulnus* all'interno del percorso di formazione dell'ordine nuovo, assolutistico e centralizzato. Andava, perciò, debellato»<sup>199</sup>.

La conseguenza più evidente di tale scelta reazionaria, confluita nel Codice civile francese del 1804 e nel codice d'istruzione criminale del 1808, fu la "scelta positiva" di assegnare al diritto della R.C. una funzione esclusivamente riparatoria del danno sofferto dai privati, estromettendoli dalla cura dell'interesse pub-

<sup>196</sup> J. LEROY, *La place de la partie lésée dans le procès pénal révolutionnaire*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n. 328, p. 113, <https://journals.openedition.org/ahrf/617>.

<sup>197</sup> V. E. BERGER, *Ordre public et poursuites criminelles sous le Directoire (1795-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n. 4, p. 136 ss., <https://journals.openedition.org/ahrf/11274>.

<sup>198</sup> Primo e fondamentale passo verso la restaurazione che portò, peraltro, il potere esecutivo a soggiogare quello giudiziario: v. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 46, ed ivi bibliografia.

<sup>199</sup> F. QUARTA, *ibidem*, p. 48.

blico; con significative conseguenze deteriori, in punto di effettività, su quei diritti proclamati come solenni pochissimi anni prima.

Come anticipato, la regola del codice di Brumaio, che ha posto l'azione privata di danno nel letto di Procuste, ha consegnato alla tradizione dei sistemi giuridici continentali un risarcimento dogmaticamente avvitato sulla mera *compensation*<sup>200</sup>. Tuttavia, non sembra trattarsi di una tradizione virtuosa, indi da mantenere; al contrario, essa risulta «basata su premesse manifestamente reazionarie: esclusive, non inclusive; e sorge il sospetto che quelle premesse siano tuttora attive, nonostante la radicale trasformazione della cornice istituzionale»<sup>201</sup>. Sembra appena il caso di chiarire come tale giudizio, lungi dall'essere una petizione di principio, riposi sulla presa d'atto dei limiti oggettivi dell'approccio meramente compensativo, denunciati nei paragrafi 1.3. ss.

Ne segue la necessità di verificare la compatibilità di tale scelta risalente (lo si ribadisce, in controtendenza rispetto all'attuazione piena e incondizionata dei diritti fondamentali) con il vigente ordinamento giuridico, profondamente mutato nei suoi valori di riferimento rispetto alla codificazione borghese ottocentesca che cristallizzò la riferita regola di Brumaio<sup>202</sup>.

L'antica scelta "positiva" non sembra compatibile con l'attuale quadro assiologico dell'ordinamento civile<sup>203</sup>. Anzi, essa rappresenta un freno – da rimuovere – per l'*enforcement* dei diritti<sup>204</sup>. Almeno ove si vogliano trarre le logiche con-

<sup>200</sup> È interessante notare come anche in Inghilterra (v. Bill of Rights del 1689) e Stati Uniti d'America (v. Costituzione del 1787 e suoi emendamenti successivi) fosse stata originariamente concepita l'azione privata in funzione (anche) punitiva, evidentemente, come strumento a presidio dell'effettività dei diritti. Sicché, com'è stato notato da F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 50, la breve esperienza del "procuratore generale privato" francese non può portare a concludere per l'intrinseca fallibilità del modello, giacché altrove, e in particolare nelle richiamate esperienze di *common law*, l'azione privata ha continuato a svolgere per secoli, e lodevolmente, funzioni di *punizione* e *deterrenza* degli illeciti, accanto a quella *de minimis* di *compensation*.

<sup>201</sup> F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 49; il quale aggiunge in nt. 95: «apparentemente innocuo per ciò che consente (il risarcimento integrale del danno), il giudizio di responsabilità meramente compensativo può rivelarsi problematico esattamente per ciò che impedisce di realizzare (l'evidenziazione, in vista della conseguente sanzione, del precipuo livello di repressibilità giuridica delle condotte lesive)».

<sup>202</sup> Si tratta dei valori, peraltro cogenti sul piano normativo, presenti nella nostra Costituzione repubblicana, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, da ultimo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Documenti nei quali, pur in misura diversa, riecheggiano le acquisizioni della Dichiarazione francese del 1789.

<sup>203</sup> Come osservato da M. GRONDONA, *op. ult. cit.*, p. 45, è auspicabile leggere il senso di un istituto e il rimedio individuabile come la conseguenza dei (e in ogni caso in relazione ai) conflitti socialmente rilevanti, «nella direzione della massima flessibilità ordinamentale e della massima espansione di quello spazio giuridico liberal-democratico che è appunto garanzia di sviluppo ordinamentale non traumatico».

<sup>204</sup> Non a caso tale antica scelta si trova in sintonia con l'ideologia neoconservatrice che, a partire dagli inizi degli Anni '80 del secolo scorso, ha cominciato a criticare con crescente veemenza le funzioni e prospettive della R.C. protese a inverare le traiettorie assiologiche scolpite nella Co-

clusioni dal registrato *deficit* di effettività rimediale che affligge il nostro sistema di reazione ai torti.

### 1.9. *Problema di tenuta costituzionale del vigente sistema di R.C. Irragionevolezza di sanzioni slegate dalla gravità del fatto, quindi anche ove sproporzionate per difetto*

Il riscontrato *deficit* di tutela non si limita a offendere il diritto del singolo a un rimedio efficace. La mancata distinzione di trattamento risarcitorio tra situazioni profondamente diverse (condotte deliberate e scopertamente preordinate alla lesione dell'interesse altrui *vs.* danni cagionati per semplice colpa) integra un *vulnus sistematico*, che pare in grado di minare la stessa tenuta costituzionale del vigente sistema di responsabilità. Invero, l'irrazionalità del potere non si palesa soltanto nell'imposizione di sanzioni "mostruose" o comunque sproporzionate per eccesso (come opportunamente avvertito dagli interpreti contrari ai danni punitivi). L'irrazionalità filtra altresì – seppur secondo un disegno più sfumato da cogliere – da un «sistema che rinunci a sanzionare laddove invece dovrebbe»<sup>205</sup>; ove, quindi, le sanzioni pecchino per difetto<sup>206</sup>.

Quanto sopra deve essere letto anche insieme al *trend* intrapreso dal diritto penale (moderno e democratico), il quale va nella direzione della massima riduzione dell'area operativa della pena criminale (detentiva *in primis*)<sup>207</sup>. Ma al riti-ro dei rimedi penalistici non possono essere lasciati vuoti di tutela. Sembra che sia dunque compito del processo civile, e della R.C. in particolare, ergersi a presidio contro condotte incompatibili con le regole basali del vivere sociale e col dovere di solidarietà economica e sociale predicato dalla Costituzione.

L'ordinamento, si diceva, sarebbe irrazionale se non facesse ricorso alla sanzione ove necessario. La ragionevolezza del sistema e la sua tenuta costituzionale, tuttavia, sembrano potersi ancora mantenere per via ermeneutica. Infatti, quella

---

stituzione, e, più in generale, ad attaccare frontalmente il modello di Stato sociale. Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig)*, cit., p. 1262 s.

<sup>205</sup> F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 357.

<sup>206</sup> Cfr. Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, la quale, nel censurare il limite massimo – asseritamente insuperabile – dei parametri tabellari di base o il limite di oscillazione in aumento dei medesimi, statuisce che «la determinazione dell'ammontare del risarcimento può invero risultare non congrua con riferimento al caso concreto, in quanto irragionevole e sproporzionata per difetto, e pertanto sotto tale profilo non integrale»; come conseguenza, «il sistema di quantificazione verrebbe per ciò stesso a palesarsi inidoneo a consentire al giudice di pervenire ad una valutazione informata ad equità, legittimando i dubbi in ordine alla sua legittimità».

<sup>207</sup> V. per tutti M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., *passim*; e F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984, I, p. 189 ss., sull'opportunità di promuovere una generale deflazione dell'intervento del diritto penale nella società.

regola immanente nel sistema – che abilita il giudice, in taluni casi, a imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento (v. *retro* § 1.4.) – si rivela essere espressione di un «più vasto e organico principio, intitolato alla repressione della malizia»<sup>208</sup>.

E non pare irrilevante considerare che l'esistenza di un siffatto principio, e delle conseguenti regole operative, sembrano discendere *de plano* dalla fonte al vertice del sistema gerarchico. In altre parole, è la stessa Costituzione che autorizza a – meglio: che richiede di – valorizzare in maniera diversa, anche in punto di *quantum* risarcitorio dunque, condotte dannose connotate da un *diverso grado di antisocialità*. Il principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* rappresenta l'anello di congiunzione tra *giustizia sociale e libertà individuale*. Unitamente al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, che nella sua lettura sostanziale impone all'interprete di trattare diversamente situazioni base differenti, esso rappresenta un pilastro assiologico che deve informare, altresì, l'intero diritto civile<sup>209</sup>. Inoltre, deve ricordarsi anche il *principio di differenziazione*, oggi evocato espressamente dal riformato art. 118 Cost.<sup>210</sup>.

Se questo è vero, si pongono chiaramente in contrasto con la vocazione solidaristica espressa dalla Carta i responsabili di condotte dannose *volontarie* o, comunque, caratterizzate da *evidente disprezzo* per le prerogative degli altri consociati<sup>211</sup>; da cui deriva, lo si ribadisce, il diverso grado di antisocialità di una condotta maliziosa, crudele o scopertamente noncurante dei diritti altrui, rispetto ad altra realizzata con colpa. «Quanto più evidente è la partecipazione volitiva dell'agente alla realizzazione dell'evento dannoso, tanto più grave è l'inadempimento del dovere inderogabile di solidarietà e, di conseguenza, in considerazione del rango supremo della norma violata, tanto più s'intensifica il bisogno di una r[e]azione sanzionatoria»<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 344. V. anche ID., voce *Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Digesto*, Torino, 1991, p. 29 ss.

<sup>209</sup> F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 12, ha rilevato che il principio di solidarietà rappresenta il «presupposto indispensabile in vista della positivizzazione di ogni altro valore socialmente rilevante e per la fondazione di un criterio ordinatore di interessi coerente con il tipo di vita sociale proprio della comunità che si intende organizzare politicamente».

<sup>210</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, di P. SIRENA (a cura di), *op. cit.*, p. 273 s., che a proposito delle funzioni della R.C. evoca «una questione di metodo che, lungi dall'essere formalistico o concettualistico, deve ispirarsi al principio di differenziazione del quale ora v'è traccia nel riformato art. 118 della Carta costituzionale»; e aggiunge: «il problema principale è individuare parametri legali, regole, e convenire sulla necessità che tali parametri, purché ragionevoli, vengano rispettati».

<sup>211</sup> F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 364.

<sup>212</sup> F. QUARTA, *ibidem*.



A ben guardare, una diversa conclusione risulterebbe in contrasto con i parametri costituzionali evocati, col serio rischio di porre l'edificio della R.C. fuori dall'orbita della legalità costituzionale, e fuori da una necessaria, ragionevole, coerenza sistematica.

#### 1.10. *Necessità di far emergere una regola (quella punitiva) invero praticata nell'ombra: "si fa ma non si dice"*

Al di là delle declamazioni formali, ancora oggi (parzialmente) nel senso dell'asserita impossibilità di imprimere una curvatura sanzionatoria alla R.C. fuori dalle fattispecie speciali ultra-compensative<sup>213</sup>, dall'analisi critica della giurisprudenza emerge che i nostri giudici civili puniscono e come<sup>214</sup>. In particolare, emerge come essi, nei casi che destano maggiore allarme sociale, siano soliti tenere in conto la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento psicologico del danneggiante, anche in punto di liquidazione. Come si vedrà, ciò avviene con una pluralità di giustificazioni, talvolta non sempre lineari, e talaltra tramite una vera e propria massima mentitoria<sup>215</sup>: affermando di omaggiare il principio di integrale riparazione e condannando poi ad un risarcimento... scopertamente esemplare. In altre parole, «si fa, ma non si dice»<sup>216</sup>. Altre volte ancora, la punizione del danneggiante passa per un'ulteriore finzione giuridica: si punta come sempre all'integralità della riparazione, ma si afferma che se la condotta è stata

---

<sup>213</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5829, Rel. Dell'Utri. Afferma, apoditticamente, la monofunzionalità della R.C., contro la presa di posizione delle Sezioni Unite, Cass., Sez. III, 10 maggio 2018, n. 11250, Rel. Armano; ma la pronuncia sembra isolata.

<sup>214</sup> Si tratta di un *trend* puntualmente registrato da attenta dottrina, sensibile al tema dell'effettività. Si v. per tutti A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., p. 18, per il quale i giudici italiani sarebbero autorizzati all'utilizzo di un rimedio deterrente «proprio in funzione di un bisogno differenziato di tutela, che ponga attenzione al comportamento gravemente riprovevole del danneggiante. In *common law* la risarcibilità dei *punitive damages* è condizionata al fatto che il danneggiante abbia agito con *malice* o *gross negligence*. In buona sostanza, a tale esito già arrivano i nostri giudici sul terreno equitativo (art. 1226 c.c.), specie ove la esigua incidenza del danno (patrimoniale) sia tale da rappresentare una evidente ingiustizia». V. anche F. DE LEO, *op. cit.*, § 2, che parla di morte solo "apparente" della funzione sanzionatoria della R.C.

<sup>215</sup> Parla esplicitamente di "inganni" P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 890.

<sup>216</sup> Cfr. M. DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, in *Persona e danno*, 2015, in particolare § 4, <https://www.personaedanno.it/articolo/i-danni-punitivi-lelemento-psicologico-e-le-impugnazioni-mauro-di-marzio>. Un simile *modus operandi* è osservabile anche in altri sistemi: si veda *infra* § 4.6. in relazione al sistema USA investigato; e M.I. FELIU REY, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. e imp./Europa*, 2017, p. 28 ss., che esamina le vie di penetrazione dei danni punitivi in Spagna e le forme nascoste di "punizione civile" ivi comminate.

particolarmente odiosa certamente la vittima ha sofferto di più, indi deve ricevere un risarcimento maggiore (compensazione +  $x^{217}$ ).

Tale approccio “carsico” alla punizione di diritto civile, in primo luogo, dovrebbe indurre la dottrina ad abbandonare quelle teoriche tralatizie che non hanno un riscontro effettivo nel mondo reale<sup>218</sup>. Proprio non si vede quale sia l'utilità – anche sistematica e dogmatica – nella conservazione di simili narrazioni giuridiche, svincolate dalla realtà pretoria a tal punto da riuscire ipocrite<sup>219</sup>.

In secondo luogo, e si va ben oltre i limiti, in parte fisiologici, della “ipocrisia” di un qualsivoglia sistema giuridico, nascondere o criptare il vero statuto della R.C., e in particolare gli scopi e la *policy* sottesi al giudizio risarcitorio, mina fortemente l'esigenza di certezza del diritto, nonché quella di controllo, an-

<sup>217</sup> V. caso del “Liceo di Rivoli”, ove il distacco di un controsoffitto cagionò la morte di uno studente: Trib. Torino, 3 giugno 2015, n. 4007, in *Danno e Resp.*, 7/2015, p. 723 ss., con nota adesiva di P.G. MONATERI. Il Tribunale ha affermato che «nella liquidazione del danno la gravità dell'illecito può assumere rilevanza quale danno conseguenza da allegare e provare, che la somma liquidata è destinata a ristorare».

<sup>218</sup> Si v. l'autorevole opinione del Giudice Calabresi riportato in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, p. 34, che nel riepilogare il principale insegnamento metodologico dell'analisi economica del diritto esorta: «bisogna sempre rapportarsi al mondo reale, non si può pensare, se le condizioni reali differiscono rispetto alla teoria, che sia il mondo ad essere folle. In questi casi, probabilmente è la teoria che non è abbastanza complessa». In una prospettiva analoga cfr. A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, cit., p. 224 ss., il quale, commentando l'arresto delle Sezioni Unite del 2017 sulla polifunzionalità della R.C., definisce la soluzione fatta propria dalla Cassazione come “cerchiobottista”, atteso che essa, forse per eccessiva prudenza, rinvia le concrete declinazioni del rimedio ultra-compensativo alla “intermediazione legislativa”. Sicché l'A. si domanda: «questa soluzione regge davvero a un'analisi scevra da pregiudizi del diritto interno sulla responsabilità civile così come esso effettivamente è e funziona?».

<sup>219</sup> P. CENDON, *op. ult. cit.*, p. 888, circa tre decenni fa denunciava, con particolare efficacia, l'ipocrisia dei “rendiconti di scuola”. Da questi ultimi emergeva «o il silenzio puro e semplice, la mancanza totale di citazioni e di riscontri: come se, nell'ordinamento italiano, materiali legislativi e giurisprudenziali del genere neppure esistessero. Oppure brevi tratti frettolosi, menzioni che la dottrina effettua in modo esitante, talvolta con imbarazzo: comunque accenni estranei, formalmente, al ponte di comando di quel determinato saggio, commentario o trattato – al luogo in cui si provvede, cioè, ad illustrare al lettore quale sia ufficialmente la struttura dell'illecito, quali i compiti essenziali, lo schema del giudizio di responsabilità, la fisiologia dell'istituto nel suo insieme». Tale ipocrisia è attuale solo in parte: si deve infatti registrare una maggiore, apprezzabile, tensione verso il realismo giuridico. Cosicché lo scenario comincia a cambiare e la dottrina più avveduta insegna apertamente la struttura dell'illecito così come esso si presenta nella *law in action*. V. per tutti D. CERINI, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. La responsabilità civile*, Torino, 2009, che utilizza i diversi “ferri del mestiere” del comparatista per lumeggiare anche le funzioni e la struttura del giudizio aquiliano di casa nostra; e G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., pp. 403 e 603 ss., nonché p. 786 s., il quale già in un manuale istituzionale destinato agli studenti del primo anno di giurisprudenza insegna alla *cupidae legum iuventuti* che la R.C. assolve a una pluralità di funzioni, e che altre grandi narrazioni civilistiche (come quella della parità dei contraenti) oggi non sono idonee a descrivere compiutamente la realtà.

che democratico, sulla razionalità delle decisioni. Sembra piuttosto evidente che affidare la sanzione delle condotte più odiose e delle sfumature di dolo più sfacciate e deplorabili alla sensibilità del singolo magistrato, e alla di lui capacità argomentativa di rendere tale punizione coerente con gli antichi dogmi, porta, inevitabilmente, a ledere il principio di eguaglianza; e a rendere senz'altro imprevedibili le decisioni. Sicché, si rischia di rendere al sistema – e alla sua coerenza – un ufficio peggiore di quello che pur, in tesi, si vorrebbe evitare, ove si ammettesse esplicitamente una componente sanzionatoria (di *default*) nel giudizio risarcitorio. Infatti, coloro che sono contrari a tale impostazione sostengono che sarebbe pericoloso affidare al giudice civile un rimedio generale punitivo, stanti le ipotizzabili, e indesiderate, derive di soggettivismo sanzionatorio, in grado attentare, fra l'altro, alla certezza del diritto.

Vi sono buoni argomenti per sostenere il contrario. È con il favore delle tenebre che si espande, massimamente, un incontrollabile soggettivismo giudiziario. Per converso, la costruzione di una fattispecie generale ultra-compensativa – con chiarezza sui requisiti della fattispecie, e con un'adeguata perimetrazione dei criteri di commisurazione della punizione al disvalore della condotta accertata in giudizio – consentirebbe: *i*) una tendenziale prevedibilità delle decisioni; *ii*) di trattare in modo diverso situazioni differenti; *iii*) di controllare *ex post* la ragionevolezza della motivazione (pur nell'angusta prospettiva del vigente art. 360, n. 5, c.p.c.).

Pare adesso opportuno passare brevemente in rassegna talune sentenze che dimostrano la solidità della tesi affermata. Ne saranno analizzate quattro – quand'anche l'elenco sarebbe davvero esteso, e in continuo, quotidiano, aggiornamento<sup>220</sup> – poiché paradigmatiche di modi diversi di veicolare e “giustificare” (ma non sempre) la funzione punitiva nel giudizio risarcitorio.

A) *Strage di Bologna: Stato italiano c. G.V. Fioravanti e F. Mambro* (Trib. Bologna, 10 ottobre 2014<sup>221</sup>). L'antefatto è invero impresso nella memoria collettiva. La mattina del 2 agosto 1980, alle ore 10:25, alla stazione ferroviaria di Bologna esplodeva una bomba che uccideva 85 persone e ne feriva altre 200. Si tratta dell'episodio più grave riconducibile alla c.d. strategia della tensione. Con la pronuncia in commento il Tribunale felsineo condannava gli esecutori materia-

---

<sup>220</sup> Si v. altresì, *ex multis*, il caso “Vieri” (Trib. Milano 3 settembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, p. 51 ss., con nota di R. FOFFA, *Il caso “Vieri”: quanto vale la lesione della privacy*; e in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 214 ss., con nota di S. PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*); il caso di una testata gratuita inferta a un vigile urbano (giudicato dalla Corte d'Appello di Roma, riportato in DI MARZIO, *op. ult. cit.*, § 11); nonché il caso di danno da diffamazione a mezzo stampa, risarcito utilizzando il parametro del lucro del danneggiante (Trib. Venezia, 8 marzo 2006, in *Persona e danno*, 2006, <https://www.personaedanno.it/articolo/trib-venezia-8-marzo-2006-gu-simone-criteri-di-quantificazione-del-danno-da-diffamazione-a-mezzo-stampa>).

<sup>221</sup> In *Danno e resp.*, 2015, p. 713 ss., con nota di M. FRANZONI, *Il commento*.

li<sup>222</sup>, individuati come tali dalla Cassazione penale, a pagare l'importo di 2 miliardi di Euro allo Stato italiano, a titolo di danno non patrimoniale<sup>223</sup>.

La pronuncia è di notevole interesse poiché, soprattutto in considerazione dell'estrema gravità della condotta, in sé e per sé considerata, i convenuti vengono condannati a pagare un risarcimento palesemente ultra-compensativo (anzi, esemplare), quantificato tramite valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.* Il che dimostra peraltro come l'equità, in taluni casi, richieda il ricorso schietto alla sanzione.

Nella specie, si è considerato lo Stato titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale violata con riferimento al delitto di banda armata, reato contro la *personalità* e *l'integrità dello Stato* (art. 306 c.p.), nonché tutore dell'*incolumità pubblica* protetta dalla norma che punisce il delitto di strage (art. 422 c.p.). I riferiti beni giuridici sono stati attaccati dall'azione commessa dai convenuti «ad un livello di gravità estremo».

Infatti, se è vero, come affermavano i convenuti, che negli anni immediatamente precedenti si erano già verificati numerosi e gravi “atti sanguinosi” che avevano effettivamente minacciato la personalità dello Stato con l'instaurazione della c.d. strategia della tensione, è altresì vero che la Strage di Bologna manifestava un disvalore ulteriore, una sua peculiare odiosità. La gravità di *quel fatto, in sé e per sé considerato*, per l'entità delle conseguenze lesive a persone e cose, per lo sgomento e il senso di insicurezza che provocava nell'opinione pubblica, dovuto anche alla circostanza che si trattasse di un attentato ad una via di comunicazione, tale da colpire in modo imprevedibile e indiscriminato, è stato ritenuto di livello senza pari nella storia italiana (e secondo, in ambito europeo, per il numero delle vittime, solo agli attentati di Madrid dell'11 marzo 2004). Inoltre, la vastissima risonanza della notizia ha creato un danno all'immagine dello Stato, sia nella percezione che ne hanno i suoi cittadini, sia agli occhi delle altre nazioni<sup>224</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale ha affermato che «il fatto commesso dai convenuti [ha] lesa, con gravità estrema, una molteplicità di beni, di cui è titolare lo Stato italiano, e che sono di rango fondamentale».

---

<sup>222</sup> I militanti di estrema destra appartenenti ai Nuclei Armati Rivoluzionari (NAR), Giuseppe Valerio Fioravanti e Francesca Mambro.

<sup>223</sup> In particolare, trattasi di 1 miliardo di Euro concesso a titolo di danno non patrimoniale (in misura esattamente pari al *petitum* dell'attore), al quale si aggiunge la somma di 1 miliardo di Euro come danno da ritardo, calcolato anch'esso in via equitativa (ma pare potersi dire in via sanzionatoria) devalutando le somme alla data del fatto – 2 agosto 1980 – e calcolando gli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata.

<sup>224</sup> Il Paese, infatti, a ridosso della strage è apparso agli occhi dei cittadini come incapace di proteggere la loro incolumità nello svolgersi della vita quotidiana, in quanto vittima di persone e organizzazioni capaci di colpire repentinamente e ovunque, animati dal dichiarato scopo di sovvertire l'ordine democratico. Agli occhi delle altre nazioni, l'Italia appariva uno Stato in lutto, vulnerabile dinanzi a gruppi estremisti e incapace a difendersi dai nemici interni.

Appare allora evidente la totale assenza dello scopo riparatorio nella condanna in commento. È intuitivo comprendere che «ben difficilmente lo Stato italiano potrà ricevere anche soltanto un piccolo vantaggio compensativo o satisfattivo da questa sentenza»<sup>225</sup>, poiché la garanzia patrimoniale dei responsabili non si avvicina, neppure lontanamente, all'ordine di grandezza del risarcimento. Si deve pertanto concludere che nel caso concreto il risarcimento del danno non patrimoniale si appunta su altri scopi, diversi dalla *compensation*. La *punizione*, certo; il Tribunale sottolinea più volte la “gravità estrema” della condotta, foriera di un evento «rimasto impresso in modo indelebile nella coscienza collettiva della nazione, come un vero e proprio danno permanente»<sup>226</sup>. Ma sono rinvenibili altresì ragioni di *law enforcement*, *simbolico-educative* e di denuncia. Il Tribunale parla ai condannati e, allo stesso tempo, ai consociati di oggi e di domani. E quasi a voler blindare tali scopi, che vengono fatti transitare per l'art. 1226 c.c., il giudice osserva che in caso di valutazione equitativa la relativa decisione non può essere censurata in sede di legittimità, a meno che difetti totalmente una giustificazione o essa si discosti macroscopicamente dai dati di comune esperienza, ovvero sia radicalmente contraddittoria. Il che equivale a dire che nel caso di condotte gravemente odiose la punizione inflitta dal giudice del merito (pur passando per la giustificazione formale della condanna in via equitativa e a condizione che sia ragionevole e proporzionata) non può essere censurata in Cassazione.

B) *Il danno per la corruzione di un giudice: CIR c. Fininvest, c.d. “lodo Mondadori”* (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255<sup>227</sup>).

Anche tale vicenda è arcinota per aver tenuto banco lungamente sui *media*, giusta la caratura delle parti processuali contrapposte e l'oggettivo disvalore della condotta alla base del contenzioso, *i.e.* la corruzione di un magistrato, accertata con sentenza passata in giudicato.

L'episodio corruttivo era stato posto in essere da Fininvest, la quale, comprando gli uffici di un giudice del collegio d'Appello giudicante, si era assicurata

<sup>225</sup> M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 718.

<sup>226</sup> Trib. Bologna, 10 ottobre 2014, *cit.*, p. 716.

<sup>227</sup> Cfr., fra gli altri, i commenti di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 353 ss., che ribadisce «la conclusione della risarcibilità del c.d. danno meramente patrimoniale nei casi in cui l'illecito si presenti particolarmente qualificato dal punto di vista dell'elemento soggettivo dell'agente, al punto da essere la conseguenza di una condotta penalmente sanzionata»; e in senso adesivo di M. BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova» (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 4/2014, p. 505 ss.; nonché, in senso critico, di P.G. MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, in *Danno e resp.*, 2/2014, p. 189 ss.

una sentenza favorevole (che dichiarò la nullità del lodo arbitrale c.d. “Mondadori”, favorevole a CIR, per contrarietà all’ordine pubblico).

Sulla base di tale sentenza inquinata da corruzione, le parti si risolvevano, successivamente, a stipulare una transazione che prevedeva il versamento, da parte di CIR (all’epoca ignara della macchinazione corruttiva), di un’ingente somma di denaro (365 miliardi di Lire).

In seguito alle indagini della magistratura penale, e al giudicato che accertava in via definitiva i fatti, CIR adiva il giudice civile di Milano per ottenere il risarcimento dei danni, anche in forza della considerazione per cui l’annullamento del lodo, frutto di corruzione, aveva pregiudicato la propria posizione negoziale nelle susseguenti trattative transattive. Ad esito del gravame, Fininvest veniva condannata a risarcire a CIR la somma di 564 milioni di Euro, ridotta poi dalla Cassazione a un importo inferiore.

Il caso in commento rileva qui per tre essenziali motivi:

*i)* si afferma espressamente, in premessa, di omaggiare il principio della riparazione integrale, pur lasciando intenderne i limiti, e un’opportuna, quanto prosima, rilettura; tuttavia,

*ii)* la considerazione della gravità della condotta e della peculiare intensità del dolo del danneggiante costituisce il *leitmotiv* dell’intera decisione, consentendo di pervenire ad una decisione sostanzialmente giusta, superando talune (pur divise<sup>228</sup>) criticità formali che, ove irrigidite, avrebbero provocato conseguenze inaccettabili in punto di deterrenza (speciale e generale) e di politica del diritto<sup>229</sup>;

---

<sup>228</sup> V. ad es. V. COLESANTI, *Variazioni (in “re minore”) in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 286.

<sup>229</sup> Insomma, sarebbe passato il messaggio per cui, tutto sommato, si può anche corrompere impunemente un magistrato, purché si abbiano scaltrezza, malizia e ricchezza tali da sfruttare, a proprio vantaggio, le leve della giustizia e i banchi del sistema giuridico. Ancora una volta, la mente torna al Marchese del Grillo (di monicelliana memoria) e alla celebre scena della morte della Giustizia. In breve, il Marchese, volendo dimostrare al Papa le disfunzioni della giustizia del suo regno, costruisce ad arte un caso di patente ingiustizia e corruzione giudiziaria. A fronte di un credito certo, liquido ed esigibile del povero Aronne Piperno, ebanista, il Marchese si rifiuta di pagare per mero capriccio, adducendo “motivazioni” surreali, fra cui il legittimo – in tesi – livore perché gli antenati ebrei del Piperno avevano fabbricato la croce su cui fu inchiodato il Signore Gesù Cristo. Poi, nella spiegazione della *ratio* del suo gesto, il Marchese dice al Papa: «Santità, io avevo fatto un torto a ‘n povero falegname giudio, ma, corrompendo giudici, testimoni, militari, guardie, avvocati, cardinali, abati, funzionari, periti, amministratori a far condannare quel poveraccio, solo perché lui, povero giudio, e io ricco e cristiano. Comunque, sono disposto ad andare in galera, purché in compagnia dei Monsignorini: Rolla, Fanti e Bellarmino, dei cardinali Fioravanti e Bucci...». Il Papa risponde: «tu me stai decimando tutto il Sacro Collegio e bona parte della Guardia Nobile; ricordati figliolo, che la giustizia non è di questo mondo, ma dell’altro». E il Marchese chiosa: «lo so, Santità, Giustizia dell’altro mondo». Come osservato da F. BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1/2014, p. 56, in presenza di una gravissima condotta come la corruzione di un giudice non si può escludere che la scelta della Cassazione sia derivata

iii) il *quantum* elevato del risarcimento suggerisce uno scopo (anche) punitivo della condanna. A ciò si aggiunga il ragguardevole, e inusuale, ammontare delle spese di lite concesse: 900.000 Euro (tanto che, in effetti, la difesa di Fininvest/Mediaset si doleva di una condanna per danni punitivi «in assenza dei presupposti di legge per una pronuncia risarcitoria di tipo riparatorio»<sup>230</sup>).

Come anticipato, dunque, la Suprema Corte si sottomette formalmente al principio di integrale riparazione, affermando che l'azione aquiliana resta[va] «tutta iscritta nella tradizionale orbita riparatoria/compensativa della responsabilità civile, nella quale l'intensità del dolo e la gravità della colpa non sono (*ancora*) destinati a giocare un ruolo decisivo ai fini della pronuncia risarcitoria» (nostra l'enfasi)<sup>231</sup>.

Tuttavia, l'avverbio “ancóra”, «collocato tra parentesi, pesa in questo caso più di un macigno ed autorizza a supporre che, al di là delle stringenti argomentazioni tecniche che sorreggono tale pregevole pronuncia, ciò che sta veramente alla base della decisione adottata (soprattutto... per quanto riguarda il superamento dell'eccezione di giudicato derivante dalla mancata impugnazione per revocazione) altro non è che il principio assolutamente incoercibile secondo cui il delitto – in questo caso la corruzione del giudice – non può pagare mai e in nessun caso»<sup>232</sup>.

Infatti, la gravità della condotta e l'intensità del dolo del danneggiante vengono valorizzati in diversi punti della pronuncia<sup>233</sup>.

Ne discende che, ove non si voglia parlare schiettamente di pronuncia (an-

da un bilanciamento di interessi. Bilanciamento che vede le esigenze di deterrenza e sanzione prevalere su quelle di coerenza del sistema (e della decisione); dappoiché, «il mancato risarcimento avrebbe potuto causare... conseguenze altrettanto, se non più gravi, sul piano collettivo di una mascherata introduzione di danni sanzionatori».

<sup>230</sup> E la dottrina ha puntualmente rilevato come sia lecito nutrire dei dubbi sulla natura compensativa dei danni liquidati. V. per tutti il commento alla sentenza di F. BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 55.

<sup>231</sup> La massima sopra riferita deve oggi essere letta in combinazione con l'acquisito statuto della polifunzionalità della R.C. (di cui alle S.U. n. 16601/2017). Sicché, se la responsabilità civile si iscrive oggi, pacificamente, in un'orbita (anche) deterrente/sanzionatoria, è ragionevole predicare che l'intensità dell'elemento soggettivo *debba* giocare un ruolo decisivo ai fini della pronuncia risarcitoria.

<sup>232</sup> M. DI MARZIO, *ibidem*, § 4.

<sup>233</sup> Fra gli altri, si segnala il passaggio in cui la Cassazione afferma: «non coglie nel segno la doglianza relativa alla pretesa liquidazione di un danno c.d. “punitivo” in favore della CIR perché ... di danni punitivi ... è lecito discorrere tutte le volte che la quantificazione del risarcimento non sia riferibile al danno lamentato, ma alla gravità dell'offesa arrecata, e da quello del tutto prescindendo (al punto che la liquidazione è dovuta anche in assenza di danno)». Il che equivale a dire, sembrerebbe, che è ben possibile parametrare il livello del risarcimento alla gravità dell'offesa, purché, in ogni caso, vi sia un aggancio concreto al danno sofferto dalla vittima, senza che da esso, dunque, si prescindano del tutto, svincolando, in ipotesi, la punizione del danneggiante dalla sofferenza dell'attore.

che) punitiva, si dovrà ammettere che la linea di confine tra riparazione e sanzione è quantomai incerta. Ciò poiché il risarcimento sembra trovare fondamento non già nella sentenza viziata da corruzione<sup>234</sup>, ma nella condotta complessiva di Fininvest che «non si esaurì nella violazione della buona fede precontrattuale... ma ebbe a dipanarsi, diacronicamente rispetto alle trattative stesse, in una ben più ampia ed eterogenea dimensione – della quale la condotta in violazione della buona fede *ex art. 1337 c.c.* costituisce il solo momento terminale – prima del quale si consumò in origine il fatto di corruzione di un magistrato».

Sicché, pare di assistere ad una dissociazione tra massima e dispositivo, dal momento che si predica l'impossibilità (all'epoca della decisione) di valorizzare l'intensità dell'elemento soggettivo, ma si decide assegnando una rilevanza centrale al dolo, che sembrerebbe integrare, in sé e per sé, causa di danno, a prescindere dalla verifica in concreto del pregiudizio patito<sup>235</sup>.

C) *Il danno per indebito utilizzo dell'immagine altrui valorizzato come... danno da morte: Liliana De Curtis c. Popolo della Libertà* (Trib. Bari, 9 gennaio 2013, n. 32<sup>236</sup>).

Il caso è legato incidentalmente alla vicenda degli "ecomostri" di Punta Perrotti, a Bari. È noto che le predette costruzioni furono ritenute urbanisticamente illegittime, confiscate in forza di un giudicato penale, e abbattute in diretta TV<sup>237</sup>. In seguito a tali fatti, il partito politico PDL tappezzò la città di Bari con dei manifesti che riproducevano l'immagine addolorata del Principe Antonio de Curtis (Totò), accanto a un fotogramma degli ecomostri durante la demolizione, unitamente alla notissima esclamazione di Totò: "... e io pago!". La città era stata letteralmente invasa da tali manifesti – affissi financo sui cassonetti dell'immmondizia – che associavano indebitamente l'immagine e il motto del grande artista al partito politico PDL-Berlusconi presidente.

---

<sup>234</sup> Sul punto sono fiorite sottilissime disquisizioni che hanno portato a dubitare della possibilità di parlare di sentenza "ingiusta" in assenza di giudizio rescissorio, nonché in assenza della prova dell'influenza spiegata dal giudice corrotto sugli altri due membri del collegio. In altre parole, si è parlato pure dell'impossibilità di qualificare la sentenza come "ingiusta", giacché la statuizione adottata avrebbe potuto essere la medesima anche se il procedimento decisionale non fosse stato turbato dalla corruzione. Il che equivarrebbe, in sostanza, a rafforzare il senso di impunità del corruttore, che troverebbe dalla sua parte quello che pare, invero, uno stucchevole formalismo.

<sup>235</sup> In tal senso F. BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 56 s., per la quale, al di là delle declamazioni, l'intensità dell'elemento soggettivo influenza «sensibilmente la valutazione del giudice nell'esame della fattispecie»

<sup>236</sup> Consultabile in *Danno e resp.*, 8-9/2013, p. 879 ss., con nota di A. PUTIGNANO, *Abuso dell'immagine della persona nota: "e io pago ..."*.

<sup>237</sup> È altresì noto che la Corte di Strasburgo ritenne in seguito illegittima la confisca, condannando, per conseguenza, l'Italia a pagare agli ex proprietari degli ecomostri la somma di 49 milioni di Euro.



La figlia ed erede dell'attore si doleva pertanto dinanzi al giudice civile dell'illecito e abusivo sfruttamento dell'immagine di Totò, giacché ella, titolare dei relativi diritti di sfruttamento, non aveva mai prestato il consenso all'utilizzo in parola. Inoltre, i manifesti *de quibus* distorcevano l'effettiva identità personale del Principe della comicità, alterandone e travisandone il patrimonio intellettuale e politico, tramite un improprio e gratuito accostamento dell'immagine e del suo repertorio artistico ad un'associazione politica estranea alla sensibilità culturale e politica di Totò. Il Tribunale, riconoscendo la fondatezza della domanda dell'attrice, condannava il partito convenuto al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti.

E fin qui niente di nuovo sotto il sole. Il precedente merita un commento per il criterio adoperato per la liquidazione del danno.

Anche in questo caso la massima omaggia l'insegnamento tradizionale sulla riparazione integrale<sup>238</sup>. Si legge: «sinora la nostra giurisprudenza di legittimità è saldamente attestata nel senso di ritenere che, nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive – restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta»<sup>239</sup>.

Tuttavia, il magistrato liquidava, poi, il risarcimento in base alle tabelle milanesi per il danno da morte, condannando il convenuto a pagare 175.000 Euro. *Come se*, per effetto dell'illecito, Liliana de Curtis avesse perduto, una seconda volta, il rapporto parentale con il padre<sup>240</sup>.

Sembra qui evidente la torsione sanzionatoria del rimedio aquiliano, torsione non deprecabile in sé – anzi, forse necessaria nel caso di specie per assicurare alla condanna, anche *pro futuro*, un'efficacia deterrente. Non appare tuttavia condivisibile il meccanismo carsico con cui si giunge a tale risultato, ovvero sia tramite una massima decettiva, indotta dall'allora soverchiante teorica della monofunzionalità.

D) *Il filmato della Comunione e il danno "punitivo" per inadempimento contrattuale doloso* (Giudice di pace di Torre Annunziata, 18 ottobre 2017<sup>241</sup>).

<sup>238</sup> Per quanto il Tribunale aggiungesse: «questo Giudice a titolo personale si pone in prospettiva dialettica rispetto alla possibilità di introdurre anche da noi la categoria dei *punitive damages* nei debiti casi (tra i quali, potrebbero rientrare quelli, analoghi al presente, nei quali, cioè, vengono in considerazione beni direttamente protetti a livello costituzionale, ed il risarcimento dei danni ben potrebbe anche adeguatamente "sanzionare", a scopo dissuasivo, condotte che non è augurabile abbiano a ripetersi, anche per cercare di assicurare la correttezza della propaganda politica e di evitare "appropriazioni indebite" più o meno selvagge di personaggi noti in essa)».

<sup>239</sup> E si citano anche le Sezioni Unite c.d. di San Martino, predicando di volersi adeguare ad esse.

<sup>240</sup> DI MARZIO, *op. ult. cit.*, § 4.

<sup>241</sup> Sentenza annotata da A. CASTIGLIONI, *Risarcito il danno per il filmato eseguito male, con dolo*, in *Persona e danno*, 2018, <https://www.personaedanno.it/articolo/risarcito-il-danno-per-il-filmato-eseguito-male-con-dolo-giudice-di-pace-torre-annunziata-18-10-2017>.

La pronuncia merita un commento per almeno due ragioni. Da un lato, essa è espressione di quella casistica “minuta”, ma frequentissima, che quotidianamente viene trattata nelle nostre aule di giustizia. Pertanto, essa rappresenta una cartina al tornasole della *law in action*, forse più “veridica” e accurata delle grandi sentenze-trattato della corte nomofilattica (poiché, *inter alia*, statisticamente significativa)<sup>242</sup>. Insomma, si tratta di un ottimo banco di prova per analizzare le regole operazionali concretamente applicate dalle corti di prossimità, istituzionalmente più vicine, anche geograficamente, ai bisogni di tutela dei consociati.

D’altro canto, tale sentenza, resa in materia di inadempimento contrattuale caratterizzato da dolo, mostra, in sostanza, come l’intensità dell’elemento soggettivo venga utilizzato ai fini della parametrizzazione del *quantum debeatur*. In particolare, si liquida un danno patrimoniale di 70 Euro (prezzo della prestazione eseguita male). E un danno non patrimoniale di 3.000 Euro. Si tratta di un rapporto di 1:42 tra danno compensativo e danno non patrimoniale (qui adoperato palesemente in funzione sanzionatoria).

In breve i fatti. In occasione della prima Comunione di una ragazzina, la sua famiglia, molto credente, acquistava il servizio di videoregistrazione dell’evento. I genitori, evidentemente, intendevano conservare il ricordo di un momento fondamentale nell’alveo della crescita anche spirituale della figlia.

Senonché, l’operatore addetto alla videoregistrazione non riprendeva la scena più importante della funzione, *i.e.* il ricevimento del *Corpus Christi*, il momento più atteso e significativo (poiché denso di simbolismo) per una famiglia profondamente cattolica. E fin qui si tratta di inadempimento “canonico”. Il magistrato rileva poi una peculiare gravità della condotta, caratterizzata da dolo. Dal filmato, infatti, si evince che l’operatore *si rendeva conto* di aver saltato la ripresa e, tuttavia, mostrando superficialità e disinteresse, nel momento in cui aveva ancora il pieno dominio (tecnico e volitivo) dell’azione, sceglieva di non fare nulla. Non tentava una ripresa suppletiva, né di colmare il vuoto con un’immagine statica. Di più, sottaceva la circostanza ai committenti, i quali, se-

---

<sup>242</sup> Sembra appena il caso di ricordare che il precedente giudiziale, nel nostro sistema *civilian*, non è vincolante; per quanto il suo ruolo si sia rafforzato notevolmente negli ultimi decenni. Infatti, non pare possibile negare che il *dictum* delle Sezioni Unite, in ragione dell’autorità istituzionale loro propria, abbia un significativo valore di “precedente”, quand’anche non formalmente *binding*. Ciò anche in ragione del mutamento istituzionale della Corte di cassazione (da ultimo impresso con la recente riforma del 2016), e in particolare della funzione nomofilattica delle pronunce a Sezioni Unite, che tendono ad avvicinare vieppiù la Cassazione italiana, almeno nelle intenzioni del legislatore, ad un’alta Corte di *common law*; sul punto cfr. A. PISANI, *I motivi di ricorso*, cit., cap. XXIV, § 5, p. 628 ss. In termini generali cfr. M. TORSELLO, *Foreign Judge-made Law e sua ricezione nel diritto interno*, in G. AJANI *et alii* (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 479 ss.; e U. VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998. Sul generale *trend* di convergenza dei sistemi di *civil* e di *common law*, appartenenti entrambi alla unitaria *western legal tradition*, cfr. per tutti A. GAMBARO-R. SACCO, *op. cit.*, p. 31 ss.

condo la ricostruzione del giudice, riponevano una grande attesa nella corretta esecuzione della prestazione che avrebbe dovuto lasciare loro un ricordo tangibile di un evento significativo e irripetibile.

Nella sentenza viene valorizzata in più punti la *gravità della condotta*, pervicace e ostinata del convenuto. Non v'era stata in corso di causa nessuna resipiscenza. Se mai, lo scoperto tentativo del convenuto di addossare a terzi (la parrocchia) la responsabilità del danno. E, ancora, il rifiuto dell'invito rivolto più volte dal giudice di addivenire a una conciliazione, ulteriore indice di "menefreghismo" e manifesta noncuranza per la controparte.

Ciò detto, la sentenza in commento pare criticabile perché predica un "diritto alla serenità" dei consociati – in tesi turbato gravemente dalla condotta del convenuto – che non trova riscontro nel nostro ordinamento. E che, anzi, è stato apertamente sconfessato dalle Sezioni Unite c.d. di San Martino, che affermano la necessità di bilanciare il principio di *solidarietà* verso la vittima con quello di *tolleranza*. Quest'ultimo impone a ciascuno, per il fatto di essere inserito nel complesso contesto sociale, taluni doveri di convivenza (art. 2 cost.), e, quindi, di sopportare quei pregiudizi connotati da futilità<sup>243</sup>. Inoltre, il giudice afferma apoditticamente che la "brutta sorpresa" ricevuta dalla ragazzina, quando si è trovata a guardare, insieme ai familiari, il filmino monco della scena eucaristica le avrebbe creato "certamente" stati depressivi. Il che, non pare potersi affermare sulla base di massime di esperienza, senza una C.T.U.

Per contro, la pronuncia è condivisibile nella parte in cui valorizza la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento soggettivo al fine della liquidazione. E dimostra l'opportunità di addivenire alla sistemazione di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo che eviti ai giudici di dover ricorrere a ragionamenti non sempre lineari per soddisfare un, oggettivo, bisogno di tutela. E che consenta, altresì, di controllare la ragionevolezza degli importi erogati (anche) per fini di punizione e deterrenza<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> Pertanto, *gravità della lesione* e *serietà del danno* sono i due requisiti che il giudice deve accertare secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Sembra che il Giudice di pace di Torre Annunziata abbia posto un accento eccessivo sulla serietà del danno, probabilmente considerando che dietro al diritto all'esatta prestazione contrattuale v'era, nella specie, un bene di rilievo costituzionale ("l'identità religiosa").

<sup>244</sup> Si può osservare, infatti, un peculiare dialogo tra le corti di prossimità e la Cassazione. Le corti di merito, e i giudici di pace in particolare, valorizzando la gravità della condotta, aprono ai danni criptopunitivi, talvolta eccedendo, aumentando il livello dei risarcimenti anche in casi futili (v. le Sezioni Unite c.d. di San Martino, intervenute per porre un argine a tale fenomeno). La Cassazione, opportunamente, chiude la porta al risarcimento dei danni bagatellari, ma, condividendo l'esigenza di tutela già espressa dai giudici di merito, ammette, in caso di condotte particolarmente odiose, il precipuo rilievo dell'elemento soggettivo e della gravità della condotta (v. per tutti i casi già citati di omofobia "di Stato" e grave ingiuria contro un insegnante: rispettivamente Cass. civ., 22 gennaio 2015, n. 1126, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 827 ss., con nota di CITARELLA; e Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2018, p. 1531 ss., con nota di DE LEO).

### 1.11. Rationes giustificative del rimedio ultra-compensativo

A questo punto, sembra opportuno mettere a sistema i punti fermi già raggiunti, i quali derivano, in gran parte, come logica conseguenza della pluralità delle funzioni della R.C., del constatato *deficit* rimediale presente nel nostro sistema, e dalla collaterale attività cripto-punitiva svolta dalla giurisprudenza per contrastare le condotte più odiose. Si passeranno brevemente in rassegna, quindi, le *rationes* che giustificano un rimedio generale ultra-compensativo, che sia in grado di esprimere, armonicamente e proporzionalmente, le diverse funzioni esaminate nei paragrafi precedenti.

#### 1.11.A) Argomento storico

Ci si chiederà a questo punto perché si premetta l'argomento storico (e in particolare quello di diritto romano) alla trattazione sui diversi razionali che giustificano un rimedio ultra-compensativo. Non si tratta di una semplice "ricercata" e blasonata fonte di sponsorizzazione per qualsivoglia teorica giuridica – e non solo nella *western legal tradition*, ove si consideri, ad esempio, il grande interesse che il diritto romano suscita presso i giuristi cinesi del terzo millennio.

L'argomento storico può apportare due rilevanti contributi a una trattazione sistematica sull'adeguata reazione agli illeciti (contrattuali o extracontrattuali che siano). Esso mostra come le esigenze di deterrenza e sanzione di quei comportamenti avvertiti come massimamente riprovevoli fossero ben presenti nei rimedi privatistici del diritto romano, che continua ad essere una delle più lunghe e significative esperienze di diritto "scientifico" della storia umana. Inoltre, l'attenzione del diritto privato romano per le peculiarità dei casi concreti rappresenta un fondamentale insegnamento, valido ancor più oggi in quei contesti in cui la tirannia dei concetti pare soffocare le istanze di giustizia provenienti dal corpo sociale. Come osservato dal Cannata, «si tende a smarrire coscienza del fatto che la lezione della giurisprudenza romana in materia di responsabilità è una lezione di analisi penetrante delle diverse situazioni pratiche, la quale non è unicamente sboccata in un patrimonio di soluzioni raggiunte, ma si è pure – e soprattutto – concretata nella costruzione degli strumenti appropriati a raggiungere»<sup>245</sup>.

L'andamento storico della R.C., a far tempo dalla fase arcaica del diritto ro-

---

<sup>245</sup> C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. X della Prefazione. L'A. soggiunge che «si tratta di una vicenda intellettuale di straordinaria linearità e chiarezza, dotata di intensa potenzialità didattica, ove si sappia apprezzare come le conquiste dommatiche si siano susseguite, incatenate l'una all'altra secondo una logica scaturente dalla traduzione in strutture giuridiche delle esigenze socio-economiche via via percepite». Cfr. anche F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, III ed., Milano, 1992; e M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010.

mano sembra descrivere una sinusoide tra punizione e riparazione<sup>246</sup>, di modo che è idealmente possibile distinguere gli illeciti civili per i quali è previsto il solo rimedio del risarcimento compensativo, da altri tipi di situazioni giuridiche tutelate con una *poena pecuniaria*<sup>247</sup>.

Particolarmente rilevante a tal fine è il trattamento decemvirale delle lesioni personali (Tab. 8.2-4<sup>248</sup>) cagionate a terzi. Per il *membrum ruptum*, illecito nel quale erano ricomprese le lesioni personali di maggiore gravità, la sanzione era individuata in via principale in un'offerta pecuniaria che l'aggressore avrebbe dovuto presentare alla vittima per evitare la vendetta di quest'ultima e, solo qualora la proposta non fosse stata accettata, l'offeso avrebbe potuto esigere il taglione. Per l'*os fractum*, invece, la pena era di 150 o 300 assi, a seconda dello *status* della vittima (servile o libero). Per lesioni fisiche di minore gravità, come percosse o schiaffi, ossia per l'*iniuria*, la pena era di 25 assi<sup>249</sup>.

La vendetta si pone, dunque, all'origine dell'idea di riparazione del torto subito: prima della fase della composizione pecuniaria, infatti, anche l'*os fractum* e l'*iniuria* erano perseguiti in tal modo, atteso che, durante l'epoca più arcaica, «trovava estesa applicazione il regime della vendetta di sangue»<sup>250</sup>. Ad un punto imprecisato dell'evoluzione giuridica romana, tuttavia, inizia a farsi strada l'idea che ai torti si possa reagire tramite un rimedio pecuniario, offrendo pertanto all'offeso o alla sua famiglia una somma di denaro abbastanza generosa da evitare la vendetta. Si può quindi ritenere, sia pure con qualche approssimazione, che le sanzioni che si trovano nella legislazione decemvirale inizialmente si basassero su «pene pecuniarie concordate tra le parti per pagare il prezzo del riscatto che, nei limiti dell'effettività della composizione, avrebbero dovuto scongiurare la *vindicta*»<sup>251</sup>, lasciando il taglione come alternativa percorribile solo nei casi più

<sup>246</sup> Per. A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni, in Europa e dir. priv.*, 4/2018, p. 1309, «secondo Thon, pena e risarcimento, in base al diritto romano, non erano concetti contrapposti. E, a causa del delitto e, per conseguenza, come pena, la *lex Aquilia* imponeva 'al danneggiatore colpevole di una proprietà altrui l'obbligazione del risarcimento'».

<sup>247</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Il danno risarcibile nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 9 ss.; e A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001.

<sup>248</sup> 451-450 a.C.

<sup>249</sup> Si trattava di pene piuttosto severe, considerando che al tempo delle XII Tavole una pecora valeva 10 assi e un bue ne valeva 100.

<sup>250</sup> B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 3.

<sup>251</sup> M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in *Rev. Intern. des droits de l'ant.*, LVIII, 2011 p. 173. Cfr. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, p. 152 s., per il quale la legge delle XII Tavole rappresenta una profonda fase di transizione dell'ordine giuridico romano, ove si fa ricorso a sanzioni afflittive, per taluni delitti, e a pene pecuniarie per talaltri. L'A. spiega inoltre che «la individuazione di un delitto e di una pena privata stava in ciò: che questa vendetta privata, alla quale non erano pure estranei elementi religiosi, era riscattabile, e normalmente la legittimazione alla vendetta doveva portare, attraverso trattative, ad un riscatto.

gravi, coincidenti con il *membrum ruptum*, e qualora la *pactio* non fosse stata accettata dalla vittima.

Col passar del tempo, il taglione apparve un rimedio brutale (e inefficace) a tal punto che cadde in desuetudine e la composizione pecuniaria finì, pertanto, per affermarsi come regola. D'altro canto, però, le pene pecuniarie fisse decemvirali, a cagione della svalutazione monetaria, cominciarono a mostrare i propri limiti, apparendo irrisorie, specialmente a partire dalle vittorie riportate da Roma nelle Guerre Puniche, che riversarono nell'Urbe un flusso considerevole di ricchezza<sup>252</sup>.

Sul punto, un vero e proprio caso di scuola (ancora attualissimo giacché rappresenta un archetipo comportamentale) è quello del cavaliere Lucio Verazio, un ricco romano che andava in giro divertendosi a schiaffeggiare coloro che gli erano antipatici, ordinando poi al suo servo, che lo seguiva dappresso con una borsa piena di denaro, di pagare il fio dell'*iniuria*<sup>253</sup>. Invero, la pena di 25 assi era divenuta ormai simbolica e le sanzioni decemvirali non spiegavano più alcuna funzione di deterrenza, specie nel caso di individui di capacità economica rilevante.

In particolare, nel III sec a.C. si registrò una progressiva perdita del potere d'acquisto del denaro, con diverse riduzioni di peso delle monete concentrate in tale torno di tempo<sup>254</sup>. Franchini nota a tal proposito che le riforme legislative che presero atto della perdita di valore dell'asse debbano collocarsi nel corso del III secolo a.C., a causa della svalutazione sestantaria del 268 a.C. e di quella onciaria del 217 a.C.<sup>255</sup>.

Tale constatata inefficacia della pena fissa, verosimilmente palesatasi attorno

---

Di qui si passò ad uno stadio ulteriore coll'affermarsi dell'obbligatorietà del riscatto e colla determinazione dell'ammontare di questo da parte dello stesso ordinamento giuridico, specificamente ... ad opera di una *lex*. Sanzione del *delictum* privato diventò allora la *poena* pecuniaria stabilita dall'ordinamento giuridico, *poena* privata che il privato perseguiva coi mezzi con cui faceva valere le sue pretese».

<sup>252</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, p. 509 ss. Cfr. anche F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 1984; e F. BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario*, Padova, 2012.

<sup>253</sup> «Un tale L. Verazio fu un uomo eccezionalmente sfrontato e di mostruosa follia. Egli aveva il capriccioso divertimento di percuotere con il palmo della sua mano il volto di un uomo libero. Un servo lo seguiva portando una borsa piena di assi; non appena schiaffeggiava qualcuno, gli ordinava di pagare all'istante 25 assi secondo la legge delle XII tavole». Aneddoto che sarebbe stato riferito da Labeone, secondo le parole di Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XX, p. 13. Esempio invero eloquente di pagamento del prezzo del comportamento antigiuridico.

<sup>254</sup> Cfr. G.G. BELLONI, *La moneta romana. Società, politica, cultura*, Roma, 1993, p. 241 ss. Nel 217 a.C., più precisamente, la *lex Flaminia* impose l'adozione dell'asse onciale, il cui peso venne abbassato a quello di un'oncia, ovvero a 1/12 della libbra romana; sul punto, cfr. R. BARTOLONI, *Monete di Roma imperiale*, Milano, 1996, p. 13. Cfr. inoltre E. GALAVOTTI, *Cultura e società romana*, 2014, p. 24.

<sup>255</sup> L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, p. 51.

alla metà del II sec. a.C., offrì l'occasione alla giurisprudenza romana – prima nelle persone dei *recuperatores*, poi anche in quella del pretore – di dare agli atti dolosi e ingiusti di violenza fisica contro le persone una considerazione unitaria, qualificandoli come *iniuria*<sup>256</sup>. Nel frattempo, invero, il paradigma di questo *delictum* aveva assorbito il *membrum ruptum* e l'*os fractum*, e ricomprendeva dunque tutte le lesioni fisiche; di lì a poco, si estese fino a riferirsi anche alle offese di carattere morale<sup>257</sup>.

Fu così istituita l'*actio iniuriarum aestimatoria*, con la quale si perseguiva una pena pecuniaria, stabilita caso per caso dal giudice, e parametrata all'entità dell'offesa<sup>258</sup>. È interessante considerare che la *formula* dell'azione faceva riferimento all'*equità*<sup>259</sup> e che coinvolgeva attivamente la vittima nell'apposizione di una *taxatio*. Tale meccanismo era volto a chiedere all'offeso quanto ritenesse sufficiente per il torto subito: la somma indicata dalla vittima, inserita nella formula, fungeva da limite alla condanna pecuniaria in quanto imponeva ai giudici di non superare tale ammontare. Tuttavia, nei casi più gravi, ovvero quelli coincidenti con l'*iniuria atrox*, «la *auctoritas* del pretore era tale che il giudice, o i *recuperatores*, accertata la responsabilità del convenuto, non avrebbero condannato per meno»<sup>260</sup>.

Questo è un punto che merita particolare attenzione: in presenza di un'*iniuria atrox*, ovvero di una lesione all'integrità fisica e morale della vittima particolarmente grave, come informa Gaio<sup>261</sup>, il giudice avrebbe condannato esattamente a quanto richiesto dall'attore, chiaramente a titolo sanzionatorio e punitivo del

<sup>256</sup> Per tutti, G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano, 1941, *passim*.

<sup>257</sup> Sulla figura dell'*iniuria* cfr. A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle Dodici Tavole*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005; E. POLAY, *'Iniuria' Types in Roman Law*, Budapest, 1986; G. PUGLIESE, *Studi*, cit., p. 3 ss.; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977; F. MILAZZO (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, *passim*.

<sup>258</sup> Sulla struttura dell'*actio iniuriarum*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, Cagliari, 1912, p. 30 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. Anno Accademico 1918-1919*, Camerino, 1919, p. 127 ss.; G. PUGLIESE, *Studi*, cit., p. 83 ss.

<sup>259</sup> Il giudice avrebbe dovuto condannare il convenuto responsabile all'importo che sarebbe parso alla sua prudenza buono ed equo («*in quantum ob eam rem bonum et aequum videbitur*»). Cfr. P. BERETTA, *'Condemnatio in bonum et aequum'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 269 ss.

<sup>260</sup> M. MARRONE, *op. cit.*, p. 511.

<sup>261</sup> Gai. 3.224: *Permittitur etiam nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quanta pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hanc ipsa quantitate taxamus formuam et iudex quamvis possit vel monoris damnare, plerumque tamen propter ipsum praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

responsabile dando piena soddisfazione alla richiesta della vittima<sup>262</sup>. Ad ogni modo, anche dottrina recente sottolinea lo scopo punitivo dell'*actio iniuriarum*<sup>263</sup>.

Inoltre, sembra rilevante considerare il carattere infamante dell'azione di "in-giuria". Secondo le fonti<sup>264</sup>, chi commetteva *iniuria* veniva allontanato dal corpo sociale e stigmatizzato di infamia, sanzione comminata specialmente all'esito dei *iudicia publica*, ma anche di talune azioni private tra cui proprio l'*actio iniuriarum*. Sicché, tale scelta dell'ordinamento di ostracizzare il colpevole di *iniuria* sarebbe «un'ulteriore riprova del concetto di deterrenza che informa il *delictum* in oggetto, raggiunta sia attraverso un risarcimento ultra-compensativo, sia mediante l'irrogazione dell'infamia»<sup>265</sup>. Anzi, secondo Betti, un vero residuo della primitiva *vindicta* si può trovare nell'*infamia*, in quanto menomava la capacità giuridica del trasgressore<sup>266</sup>.

Tralasciando gli altri *delicta* che oggi appartengono all'ambito prettamente penalistico, ovvero *furtum* e *bona vi rapina*, qualche parola merita la celebre *lex Aquilia* e le figure di responsabilità ivi contenute. Com'è noto, la *lex Aquilia* è un plebiscito<sup>267</sup> di incerta datazione, sebbene certamente successivo alle XII Tavole, del quale sono giunti sino ai giorni nostri il primo e il terzo capitolo: nel primo *caput* viene sanzionata l'uccisione volontaria di uno schiavo o di un *quadrupedemve pecudem* altrui; il terzo, invece, si occupa di alcune ipotesi di danneggiamento (*urere, frangere, rumpere*) dirette contro qualsiasi *res*. Entrambe le

<sup>262</sup> Si tratta esattamente di quello che ha fatto qualche millennio dopo il Trib. di Bologna, 10 ottobre 2014, cit., nel caso Stato italiano c. G.V. Fioravanti e F. Mambro.

<sup>263</sup> Cfr. P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, p. 16: «l'ordinamento giuridico assegna quindi rilevanza all'interesse non patrimoniale colpito dall'offesa, e lo fa ai fini di una vendetta: l'interesse non patrimoniale rileva perché è stato offeso e va vendicato, non perché è stato lesa e va risarcito».

<sup>264</sup> Cfr. fra le altre Iul. 1 ad. ed. D. 3.2.1; Marc. 2 iud. publ. D.48.1.7. In tema di infamia e ignominia, cfr. J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia*, in A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (a cura di), *'Homo', 'caput', persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, 2010, p. 491 ss.

<sup>265</sup> S. ROMANÒ, *Brevi note in tema di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona e funzione deterrente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Ius civile europeum, pena privata e risarcimento del danno*, Pisa, 2020, p. 316.

<sup>266</sup> E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., p. 229 s.

<sup>267</sup> D. 9.2.1 pr.-1 Ulp. 18 ad ed.: *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de danno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse. 1. Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*. Sul fatto che il plebiscito aquiliano *derogavit* alle previsioni precedenti in materia di danno, v. E. GRUEBER, *The Roman Law of Damage to Property being a Commentary on the Title of the Digest 'Ad Legem Aquilianam' (IX. 2) with an Introduction to the study of the 'Corpus Iuris Civilis'*, Oxford, 1886, 185, secondo il quale non si deve essere drastici nel ritenere che la *lex Aquilia* abbia abolito tutte le disposizioni precedenti sul danneggiamento, se non altro perché quest'ultima prende in considerazione determinati casi di *damnum*.



previsioni, tuttavia, specificano che l'atto debba essere commesso *iniuria*. C'è, poi, una terza condotta da menzionare, ovvero quella di chi, dolosamente, resisteva in modo infondato alla domanda proposta ai sensi della *lex Aquilia (infinitatio)*, condotta sanzionata *in duplum*<sup>268</sup>.

L'*actio legis Aquiliae* era un'azione qualificata come penale già dai tempi di Catone<sup>269</sup>, mista in età giustiniana, che individua, ai sensi del tenore letterale del primo *caput*, una *condemnatio* "maggiorata" dal fatto che è parametrata sul maggior valore raggiunto dal bene nell'anno precedente il delitto, e non sul danno cagionato. Nel caso del terzo *caput*, invece, la condanna è addirittura duplicemente aumentata, in quanto non si liquida il danno occorso, ma il bene per intero, e per giunta nel valore più alto raggiunto nei trenta giorni precedenti il fatto.

In estrema sintesi, si può osservare come il diritto romano, sin dalla sua prima origine, abbia diviso gli illeciti a seconda che "meritassero" una condanna pecuniaria parametrata al solo valore della lesione, oppure se dovessero essere sanzionati in misura maggiore del pregiudizio occorso, in quanto percepiti come più gravi in un'ottica anche di deterrenza (come dimostra l'aneddoto di Lucio Verazio).

In questo senso, è palese che «l'*actio furti*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* davano luogo all'irrogazione di sanzioni civili sostitutive di quelle penali, all'origine circoscritte al solo campo degli illeciti contro lo Stato e contro la pace del Regno: non ne discendeva il semplice risarcimento del danno ma l'attribuzione di una somma calcolata come multiplo, fino al quadruplo, dell'importo necessario a compensare la lesione»<sup>270</sup>.

In progresso di tempo, vi fu una crescente attrazione dei delitti nella giurisdizione criminale e una graduale depenalizzazione delle azioni penali private.

<sup>268</sup> Come attestato da Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2.1 E. GRUEBER, *The Roman Law*, cit., p. 5 s.: «in addition to the quotation of the fundamental precept, it is said that it is provided in a following part of the law, that the defendant who denies his liability may be sued for double damages, for the *actio legis Aquiliae* belongs to those cases in which it is said, 'lis infinitando crescit in duplum' ... Accordingly if the defendant admitted his liability the object of the action was only compensation for the loss sustained, which was to be fixed in the peculiar way provided by the Aquilian law; but if he denied that he had done the damage and thus compelled the plaintiff to prove his claim, the double of the sum due in case of admission was to be paid».

<sup>269</sup> M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, p. 214 ss., ricorda come, in origine, l'azione avesse natura penale, e ciò fosse già affermato da Catone (*Cat. pro Rhod.* 167). Tra i giuristi che concordano con la natura penale dell'azione si possono ricordare: Gai. 3.182, 202; Gai. *ad ed. prov.* D. 9.2.32 pr.; Gai. 2 *ad ed. prov.* D. 50.17.111.1; Gai. 4.112; Paul. 22 *ad ed.* D. 9.2.30.3; Iul 86 *dig.* D. 9.2.51.2; Iul 86 *dig.* D. 9.2.51.1; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.8; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.2, che si riporta: *sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*

<sup>270</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, § 2.

Ciò rappresentò la premessa per quella complessiva depenalizzazione del diritto privato che si realizzò nell'età intermedia, medievale e moderna; con la conseguenza che il risarcimento del danno diventerà l'unico rimedio di reazione contro l'illecito<sup>271</sup>.

Tuttavia, tali opere di depenalizzazione sembrano potersi qualificare come un "vizio storico", concordando perciò con la dottrina che ha rilevato come, posta la polifunzionalità, anche diacronica, della R.C., «è innegabile... che, mutando periodo storico e ambiente sociale (come si può verificare anche dalla "lettura" dei sistemi codificati in Europa), una funzione diviene preminente rispetto ad un'altra, e viceversa»<sup>272</sup>.

### 1.11.B) Coerenza sistematica

S'è detto come nel nostro ordinamento abbiano attualmente piena cittadinanza oltre venti rimedi risarcitori speciali, eccentrici rispetto al paradigma della riparazione integrale. Possiamo chiamarli risarcimenti punitivi, possiamo qualificarli come fattispecie ultra-compensative o in altro modo ancora. Tuttavia, onde evitare di trasformare il dibattito in un esercizio puramente nominalistico gioverà ricordarne la sostanza: si tratta di rimedi che accreditano alla parte vittoriosa qualcosa di più della mera *compensation* (riparazione integrale + *x*). Sicché, in una pluralità di materie, l'attore ha a disposizione, nella sua faretra, uno strumento dissuasivo più efficace del rimedio risarcitorio ordinario (uno strumento maggiormente *effettivo*, e in linea con l'indicazione dell'art. 24 Cost.)<sup>273</sup>. Ora, poiché è difficile immaginare che il legislatore faccia macchina indietro rispetto a tali rimedi speciali (né ciò sembra auspicabile), siamo di fronte ad una palese diversità di trattamento.

Diversità di trattamento che, all'interno del medesimo sistema giuridico, sembra irragionevole ove: *i*) si comparino i diritti presidiati dai rimedi speciali con gli

<sup>271</sup> M. MARRONE, *op. cit.*, p. 499.

<sup>272</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 42. Cfr. anche F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1/2008, p. 74 ss., e in particolare il § 1. Il fatto illecito nella storia del diritto civile: dalla *lex Aquilia* alla compilazione giustiniana, e il § 2. *Continua*: dalla Glossa alla Scuola del diritto naturale.

<sup>273</sup> V'è di più. La possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie *punitive damages*, dischiusa dalle S.U. n. 16601/2017, rischia di discriminare ingiustamente, *ex art. 3 Cost.*, i creditori nazionali, rispetto a quelli esteri (appartenenti a sistemi che ammettono esplicitamente i danni punitivi). Infatti, ove non si volesse ammettere l'esistenza di una generale fattispecie ultra-compensativa, ai creditori nazionali sarebbe precluso un rimedio efficiente e "performante", riconosciuto, invece, seppur indirettamente tramite i meccanismi di d.i.p., ai creditori stranieri. V. App. Trento, Sez. Bolzano, 16 agosto 2008, n. 151, in *Danno e resp.*, 2009, p. 92 s., con nota di G. PONZANELLI. Cfr. anche M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *Lav. dir. Europa*, 1/2017, p. 2 ss.

altri, di eminente rango costituzionale, affidati alle regole risarcitorie ordinarie<sup>274</sup>; e *ii*) si consideri la numerosità dei rimedi speciali e la trasversalità delle materie coinvolte: ci avviciniamo quasi al sovvertimento del rapporto regola/eccezione.

In altre parole, nel quadro della R.C. vigente, decisamente mutato rispetto al sistema del Codice del '42 per l'avvento degli innumerevoli rimedi speciali citati, nonché per la pluralità dei modelli di responsabilità esistenti (sanitaria, da prodotto, ambientale etc.), in base agli artt. 2, 3, 24, 111 e 118 Cost., non sembra ragionevole una diversità di trattamento fra i titolari di posizioni (sostanzialmente) omogenee<sup>275</sup>. Anzi, il vigente ordinamento, guardato nel prisma dei rimedi, si risolve a tutelare più energicamente la proprietà (immateriale) rispetto ad altri interessi che, a livello costituzionale, sono a questa sovraordinati<sup>276</sup>.

L'ammissione di una generale fattispecie ultra-compensativa – istituzionalmente deputata a reagire alle condotte più odiose – potrebbe restituire coerenza al sistema di responsabilità. Coerenza necessaria, oltreché desiderabile, sol che si consideri come il diritto (*ars boni et aequi*), al pari dell'arte musicale, ad esempio, si nutre di armonia e proporzione. Nella notazione musicale esiste il *bemolle* (indennizzo), ma esiste altresì il *diesis* (sanzione). Alla necessità di abbassare, talvolta, di un semitono l'intonazione, segue quella speculare di alterarla, talaltra, in senso crescente.

Non si tratta di una banale metafora.

V'è anche nel diritto civile l'esigenza, armonica, di perseguire quella giustizia in senso totale di cui parlava già Aristotele<sup>277</sup>. O, in altre parole, l'esigenza di raccordare la responsabilità civile con quella sociale, in un sistema di *equilibrio dinamico delle libertà*<sup>278</sup>.

Come osservato in filosofia del diritto, «il momento della massima rilevanza del riconoscimento sanzionatorio sarà quello in cui ci si avvede che un'azione

<sup>274</sup> Tanto che in caso di patente ingiustizia, come dimostrato, la giurisprudenza si trova nella condizione di imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento (del danno non patrimoniale), con la conseguenza di redigere una massima decettiva o di rendere pronunce non perfettamente coerenti tra massima e dispositivo (v. *retro* § 1.10.). Cfr. anche D. CERINI, *Il danno alla persona in prospettiva comparata*, in MARIOTTI (a cura di), *Le novità sul risarcimento del danno alla persona tra norme e giurisprudenza*, Rimini, 2015; nonché da ultimo Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 853 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*. Sul c.d. “decalogo” approntato dalla pronuncia citata cfr. D. SPERA, *Time out: il “decalogo” della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino*, in *Ridare.it*, 4 settembre 2018.

<sup>275</sup> Per una lettura del rimedio risarcitorio nel prisma dell'art. 3 Cost. v. per tutti QUARTA, *op. ult. cit.*, 364 s.

<sup>276</sup> Sia consentito rinviare ad A. PISANI, *Indennizzo, risarcimento e i confini mobili della proprietà*, in *Turin L. Rev.*, 3 giugno 2017, pp. 3 ss. e 175 ss.

<sup>277</sup> Cfr. F. QUARTA, *op. ul. cit.*, p. 199 ss.

<sup>278</sup> M. GRONDONA, *op. cit.*, osserva che, almeno dal punto di vista della filosofia politica, l'accento sanzionatorio rappresenta una diretta espansione della libertà individuale; la quale deve avere, come necessario contraltare, proprio una responsabilità (sociale e civile) effettiva.

infrange la coesistenzialità, fuoriesce dalla simmetria, massimizza la libertà del singolo, ma col risultato di rendere non praticabile il sistema globale delle libertà. In alcune circostanze ... l'azione entra in contraddizione con sé stessa; essa, che è, in quanto relazionale e coesistenziale, perde l'armonica corrispondenza con l'insieme delle altre azioni sociali e introduce nell'armonia del sistema una stonatura. La sanzione interviene a correggere la dissimmetria, a ricostituire l'ordine violato. E tale correzione avrà sempre un'apparenza punitiva (anche nel caso delle mere sanzioni civili riparatrici)». La correzione, in tale prospettiva, «implicherà un giudizio sull'azione di non conformità alla logica del vivere sociale (giudizio in grado di retroagire sul soggetto agente), e sarà, altresì, ineludibile, rilevando come vera e propria condizione di sussistenza dell'ordine coesistenziale. Non è pertanto ipotizzabile un sistema sociale che non reagisca, in via di principio, alla violazione del principio di coesistenzialità. Ove un tale sistema rinunci a reagire, proporzionalmente ed effettivamente, s'intende, esso sancirebbe la propria auto-dissoluzione»<sup>279</sup>.

Infine, si avverte come indifferibile l'esigenza di coerenza sistematica anche in relazione alla (parzialmente) diversa posizione dei formanti del nostro ordinamento, nonché alla (sempre meno accentuata, ma ancor presente) divergenza tra Corti di merito e Suprema Corte nomofilattica. Non si tratta di una questione marginale dato che si suole insegnare che un sistema giuridico deve essere improntato alla coerenza interna. Eppure, nel nostro ordinamento civile, tale coerenza sembra infrangersi contro i dati sistemologici obiettivamente rilevabili (cfr. quanto registrato al § 1.10.), laddove una parte della giurisprudenza «continua con decisione – ed ostinazione – ad affermare l'inconciliabilità del danno punitivo con i principî cardine dell'ordinamento, dimenticando che gli argini della mera *compensation* sono a più riprese infranti dalle Corti di merito»<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> F. D'AGOSTINO, *voce Sanzione (teoria gen.)*, cit., p. 310. In una simile cornice di senso, prosegue l'A., «il carattere spettacolare che storicamente tende ad assumere l'amministrazione della giustizia – e in specie di quella penale – ha il significato fenomenologico di *riassicurazione dell'ordine del coesistere* e solo secondariamente quello psicologico di induzione a certi modi concreti di azione; il “monopolio qualificato degli usi più gravi della forza fisica” serve non solo a ridurre al minimo gli inconvenienti provocati dall'uso eventuale (ma frequente) della forza fisica nell'applicazione della sanzione, ma anche a testimoniare l'unitarietà dell'ordine coesistenziale che reagisce alla violazione della simmetria sociale» (nostra l'enfasi).

<sup>280</sup> D. CERINI, *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006*, in *Dir. ed economia ass.*, 2008, p. 142; l'A. continua osservando che le Corti di merito «nel condannare i colpevoli alla refusione dei danni, traducono l'esigenza della società civile di un irrigidimento della sanzione in presenza di comportamenti riprovevoli e non altrimenti sanzionati sul piano penalistico; il che, appunto, si riconcilia pienamente con il fine e l'essenza stessa del danno punitivo».

### 1.11.C) Deterrenza generale e speciale

S'è visto come la funzione deterrente sia di importanza maiuscola e che il risarcimento compensativo non è idoneo ad esprimerla in misura efficace. Dunque, per spingere i trasgressori ad una completa internalizzazione dei costi, talvolta, sembra necessario andare oltre la mera compensazione del danno. In pratica, occorre eliminare l'incentivo economico al delitto<sup>281</sup>. Si rinvia sul punto a quanto già considerato *amplius* nei paragrafi 1.3. e 1.4. Si possono aggiungere due casi concreti che hanno scosso l'opinione pubblica e che dimostrano con una certa (macabra) eloquenza la *ratio* in argomento, circa la necessità di una fattispecie generale ultra-compensativa.

Da un lato, la tristemente nota vicenda “Thyssenkrupp”, nella quale, a seguito della calcolata scelta del *management* di non spendere denari per l'adozione delle misure di sicurezza prescritte *ex lege* (in funzione del risparmio di spesa da conseguire su uno stabilimento destinato alla chiusura), perivano 7 operai in un gravissimo incendio<sup>282</sup>. I famigliari delle vittime hanno ricevuto, complessivamente, circa 13 milioni di Euro di risarcimento. E la cronaca mostra la corda del rimedio penale: non si riesce (ancora) a eseguire il giudicato nei confronti dei manager tedeschi condannati; e sembra che la loro pena sarà notevolmente scontata al massimo di 5 anni (massimo edittale previsto dalla legge tedesca per l'omicidio colposo aggravato)<sup>283</sup>.

Il messaggio che si ricava all'esito della vicenda processuale, in termini di deterrenza generale, appare a dir poco inadeguato. Non è dato rinvenire, da parte dell'ordinamento, una reazione proporzionata all'estrema gravità di un torto odioso. Torto che denota una cinica disinvoltura nel sacrificare i valori della sicurezza e della vita umana sull'altare del profitto.

Dall'altro lato, v'è la recentissima vicenda del crollo del “Ponte Morandi”, a Genova: anche in tal caso, sulla base delle ricostruzioni emerse dai *media*, la condotta del danneggiante sembrerebbe caratterizzata da inusuale gravità, *sub specie* di fatto lucrativo, declinatosi come risparmio di spesa in manutenzione

---

<sup>281</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., p. 17, osserva che la commisurazione simmetrica del danno risarcibile a quello realmente prodotto rappresenta un elemento di vantaggio pel danneggiante, il quale può contare sulla garanzia di non (dover) subire un sacrificio maggiore di quello cui è andato incontro la vittima. Si tratta di una garanzia non sempre opportuna sul piano della politica del diritto. E, infatti, «ove ciò si metta in discussione, aumentando il livello di quanto viene posto a carico del danneggiante, si elimina a priori ogni possibile convenienza nella scelta dell'alternativa lesiva. Si tratta di togliere cioè spazio alla valenza compensativa, aumentando l'effetto di *deterrenza*».

<sup>282</sup> Cass. pen., Sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 52511.

<sup>283</sup> Cfr. articolo de *Ilfattoquotidiano.it*, ThyssenKrupp, *condannati ma liberi in Germania: ora i manager chiedono di archiviare*. “Processo Italia non corretto”, 19 febbraio 2019: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/02/19/thyssenkrupp-condannati-ma-liberi-in-germania-ora-i-manager-chiedono-di-archiviare-processo-italia-non-corretto/4983133/>.

(salva ovviamente una verità processuale di segno opposto che dovesse emergere dal giudicato)<sup>284</sup>.

In conclusione, perché in consimili casi il sistema di R.C. possa spiegare un'efficacia effettivamente deterrente, e non soltanto declamata, sembra palesarsi la necessità di andare oltre la mera riparazione.

#### 1.11.D) Messaggio simbolico-educativo e di denuncia

Come anticipato, il danno non patrimoniale è “danno” soltanto in senso normativo. Giacché non si può ripristinare perfettamente lo stato del mondo preesistente al fatto illecito, il risarcimento per equivalente monetario integra una risposta convenzionale (una *fictio iuris*) che rappresenta, in un certo senso, il prezzo della lesione<sup>285</sup>.

Da un punto di vista strettamente economico, dunque, l'importo del risarcimento rappresenta il prezzo che l'ordinamento assegna a un determinato bene giuridico. Ma tale prezzo sarà di natura stipulativa, dal momento che non esiste un valore di mercato di beni come la salute, la dignità, il diritto a non essere discriminati *et cetera*<sup>286</sup>. In realtà, anche con il risarcimento del danno patrimoniale si sostituisce una *property rule* con una *liability rule*, assegnando un prezzo allo spostamento di titolarità del diritto<sup>287</sup>.

Diventa allora chiaro, a questo punto, vedere come il livello del risarcimento influenzi la percezione dei consociati circa il *valore* dei diversi beni giuridici. Ne segue che al crescere del valore assegnato da parte di una collettività ad un determinato bene, dovrà crescere, proporzionalmente, il *quantum* del risarcimento

<sup>284</sup> Esempio proposto anche da M. RINALDO, *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, in C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 122 ss., per segnalare l'esigenza di rafforzare la tutela con una sanzione “esemplare” – secondo l'A. – contro illeciti gravi, specie se di dimensioni catastrofiche, ove espressione di una marcata riprovevolezza. In consimili casi, conclude l'A., «la risposta punitiva è probabilmente il segnale più evidente del controllo statale sulle condotte illecite dei consociati».

<sup>285</sup> Cfr. G. CRIFÒ, voce *danno (storia)*, cit., p. 617 s. Effacemente F. GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, XX ed., Napoli, 2021, p. 743, osserva che il risarcimento del danno non patrimoniale rappresenta «una *fictio*, inidonea a restituire o compensare, onde il risarcimento ha funzione essenzialmente sanzionatoria di tipo punitivo, sorta di pena privata...».

<sup>286</sup> Osserva P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 87, che in condizioni normali la vita umana ha per ciascuno di noi un valore che tende all'infinito; «la situazione può però mutare in situazioni limite, come per esempio nei casi di estrema indigenza; si pensi per esempio agli abitanti dell'India, i quali per pochi soldi cedono organi quali reni, cornee e così via. O si pensi ancora ad un vecchio ormai al termine dei suoi giorni, il quale acconsenta a sottostare a pericolosi esperimenti, come per esempio un vaccino contro l'AIDS, in cambio di una cospicua somma di danaro da lasciare ai suoi eredi».

<sup>287</sup> Cfr. G. CALABRESI-A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *85 Harvard Law Review*, 1972, p. 1089 ss.; nonché G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, cit., *passim*.

per il caso di lesione (il suo prezzo). Fino al punto di spingere i beni giuridici di più alto valore fuori mercato<sup>288</sup>.

Da un punto di vista di politica del diritto, quindi, (anche) il livello del risarcimento dei singoli beni giuridici integra un messaggio simbolico-educativo e di denuncia. Un chiaro monito ai trasgressori potenziali circa il reale valore, tendenzialmente incommensurabile, di talune prerogative. Ciò si lega all'esigenza che il nostro sistema di R.C. ammetta nel suo "atto costitutivo" le istanze etiche che promanano dalla «coscienza sociale in un dato momento storico»<sup>289</sup>.

Quello riferito sembra il logico punto di arrivo – foss'anche in termini di traguardo intermedio o frontiera mobile – di quel faticoso percorso iniziato negli anni '60 del secolo scorso, che, grazie all'ermeneutica costituzionale, ci ha consegnato un modello solidaristico, incardinato sul rilievo della persona umana e l'esigenza che il diritto favorisca lo sviluppo di equi rapporti sociali. Alla fase della "depatrimonializzazione" dovrebbe quindi seguirne una di franca "eticizzazione"<sup>290</sup>. E tanto, volendo usare un'utile semplificazione, non al fine di rompere gli argini, per arrivare a risarcire qualunque "pregiudizio", ad un barbarico e temibile "risarciamo tutto". Piuttosto, allo scopo di "risarcire meglio", senza negare che dietro alla responsabilità civile v'è pur sempre «un conflitto sociale permanente che, in questo senso, non ha nulla né di patologico né di istituzionalmente distruttivo, ma è al contrario, la presenza sociale della libertà, che come tale va presa sul serio»<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Cfr. G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, trad. it. di D. Maltese, Milano, 2018, p. 144 ss.; M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 302; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, cit., p. 506 ss., la quale rileva che «la riflessione sulle funzioni del risarcimento per danni non patrimoniali nasce in simbiosi con il tentativo di quantificazione dei medesimi»; nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, IV ed., Napoli, 2020, p. 305, che osserva magistralmente: «la trattazione del tema della responsabilità civile esige un metodo plurale, un approccio funzionale che non può che essere anche assiologico, idoneo ad individuare soluzioni adeguate all'odierna realtà».

<sup>289</sup> Secondo la felice sintesi adoperata dalle Sezioni Unite c.d. di San Martino.

<sup>290</sup> In tal senso, per F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, cit., p. 48, «l'eventuale *revival* della pena privata o, comunque, l'accentuarsi di profili non esclusivamente riparatori della responsabilità civile stimola riflessioni del civilista sulla funzione della sanzione e sembra aprire la strada a un processo di eticizzazione... della responsabilità civile». In senso analogo, v. F. TOPPETTI (a cura di), *Il risarcimento del danno da "lite temeraria"*, Milano, 2014, p. 8, la quale, aderendo alla ricostruzione giurisprudenziale dell'art. 96 c.p.c. come misura di ispirazione sanzionatoria, ne loda gli effetti sistematici, «soprattutto se letto come impulso volto ad adeguare il nostro diritto civile a criteri più moderni di equità e di impiego etico degli strumenti giudiziari».

<sup>291</sup> M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 155. Più in generale, si può osservare che il diritto, anche tramite la "sanzione", influenza le decisioni individuali. Se è vero che l'autonomia – intesa come 'libertà di' – si sostanzia nella possibilità di scegliere tra il fare e il non fare assumendosi la responsabilità della scelta, è altrettanto vero che l'ordinamento, tramite il sistema di incentivi e disincentivi costituito dalle norme giuridiche, quando definisce un quadro di responsabilità sta indirizzando un mes-

1.11.E) *Incentivo all'azione e law enforcement*

L'aumento di deterrenza complessiva, conseguente ad una fattispecie generale ultra-compensativa, sembra derivare non soltanto dalla sottrazione dell'incentivo al fatto illecito al trasgressore potenziale. Ma pure dal conferimento alla vittima di un incentivo all'azione. In modo da amplificare il *complessivo disincentivo* contro l'illecito<sup>292</sup>.

Per ottenere un simile risultato di *law enforcement* pare, fra l'altro, auspicabile la generalizzazione del meccanismo della retroversione degli utili al titolare del diritto leso (rimedio correntemente azionabile nel diritto industriale e autoriale). Tale meccanismo, lungi dal rappresentare una "pena" eccessiva e incalcolabile, ha il vantaggio di essere facilmente prevedibile proprio dal trasgressore potenziale. Chi meglio di costui potrebbe prevedere e calcolare il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria, ove questa venisse parametrata proprio al profitto generato dall'illecito?

Ma al di là della retroversione degli utili, ogni qualvolta si ragioni di livello del risarcimento e *law enforcement*, occorre considerare il tema dell'incentivo all'azione.

Da un punto di vista strettamente patrimoniale la quota di risarcimento ultra-compensativo arricchisce la vittima, è vero. Ma proprio non sembra possibile affermare che tale arricchimento sia privo di causa (indebito) e dunque bandito dall'ordinamento.

La prospettiva tradizionale (riportata nel § 1.2.) non pare considerare che l'attribuzione patrimoniale al danneggiato trova giustificazione e causa proprio nel fatto illecito del *tortfeasor*, di cui il danneggiato è stato delatore in giudizio, e nell'accertata responsabilità del malfattore, oltre che, in taluni casi, nell'esigenza (anche etica) di sottrarre a costui il profitto lucrato approfittando delle conseguenze dell'illecito<sup>293</sup>.

---

saggio ai consociati in ordine ai valori (quantomeno) da ponderare al momento dell'atto di autonomia. In relazione a tale tema, in connessione con le ulteriori sfide poste dagli *autonomous artificial systems*, cfr. S. SALARDI, *Autonomia e responsabilità alla prova di autonomous artificial systems: profili filosofici, etici e giuridici*, in D. CERINI-A. PISANI TEDESCO (a cura di), *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, Torino, 2019, spec. § 3.2.2., p. 131 ss.

<sup>292</sup> In tal senso milita anche Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 498, con nota di GHIRGA, che ha rigettato la q.l.c. sollevata in relazione all'art. 96 c.p.c. per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost., nella parte in cui dispone che, in caso di condanna officiosa, la somma equitativamente determinata vada a beneficio della controparte, anziché dell'erario. Per il Giudice delle leggi tale scelta del legislatore oltre ad essere costituzionalmente ineccepibile risulta anche efficiente in chiave di effettività rimediaria, poiché è ricollegabile all'obiettivo di assicurare «una più incisiva efficacia deterrente allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico».

<sup>293</sup> A ben vedere, si tratta anche di un modo indiretto per concretizzare la funzione sociale della proprietà (arg. ex art. 42 Cost.) e di inverare in chiave rimediaria le prescrizioni dell'art. 41 Cost., a mente del quale: l'iniziativa economica privata è libera, ma «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».



Pertanto, da un lato, come visto, tale arricchimento va a “ristorare” la lesione di un bene che non ha un valore di mercato, per il quale, dunque, qualsiasi tetto risulterebbe artificiale. D’altro canto, tale arricchimento costituisce un utile incentivo all’azione processuale – in prospettiva di politica del diritto e di *law enforcement*<sup>294</sup>.

In altre parole, invece di vedere l’arricchimento della vittima come un *windfall* (immeritata frutta caduta dall’albero, o giro fortunato alla “lotteria forense”), appare più corretto inquadrarlo come *incentivo* all’azione, la quale, a tacer d’altro, *non* viene esercitata quante volte il costo di attivazione della giustizia superi il valore della domanda<sup>295</sup>.

Tale funzione incentivante della quota ultra-compensativa, in chiave di effettività rimediabile, emerge nitidamente ad uno sguardo attento sui *punitive damages* nordamericani, secondo la fisionomia che questi hanno assunto nella *law in action* a seguito del percorso di costituzionalizzazione, cominciato con il noto caso *BMW of North America Inc. v. Gore* del 1996<sup>296</sup> (di cui si dirà diffusamente *infra*, § 4.3.).

È ormai frequente che le corti nordamericane riconoscano fondamento alla richiesta di condanna a *punitive damages* in situazioni ove la funzione schiettamente sanzionatoria cede il passo ad altre *rationes* e, segnatamente, per pura *deterrence* come esigenza sociale e al fine di garantire una *maggior tutela economica alla vittima* – in un contesto processuale in cui i costi delle liti sono notoriamente alti e non vige la regola del *victus victori*. Inoltre, il *fumus boni iuris* della pretesa attorea, unito alla richiesta di danni punitivi da questi svolta, sovente svolge un effetto leva che porta a definire una transazione “tombale”, che tiene conto anche dell’eventuale condanna che avrebbe potuto essere pronunciata a titolo punitivo<sup>297</sup>. Molti casi, dunque, si risolvono con danni punitivi non esorbitanti, «proprio perché la loro funzione non è (davvero) punitiva ma implica piuttosto

<sup>294</sup> Incentivo all’azione e disincentivo contro i mutamenti di titolarità non consensuali. Come riferito da P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 94 s., «le pene private nella misura in cui rafforzano la tutela del titolare del diritto, disincentivando ogni forma di scambio non desiderata da quest’ultimo, integrano chiaramente gli estremi di un rimedio di natura proprietaria al pari dell’inibitoria». *Mutatis mutandis*, la considerazione vale anche per il risarcimento ultra-compensativo e, in generale, per le altre sanzioni di diritto civile.

<sup>295</sup> *Contra*, come discusso nelle pagine precedenti, cfr. P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 702.

<sup>296</sup> 517 U.S. 559 (1996), commentata da G. PONZANELLI, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421.

<sup>297</sup> Tale, ad esempio, è il caso della pronuncia nordamericana oggetto di deliberazione in Italia e affrontata dalla storica Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601. Inoltre, si deve segnalare l’effetto redistributivo – se non altro di secondo livello – dei *punitive damages*. Infatti, spesso una parte del “premio” punitivo viene versata, in base a norme statali, ad enti e associazioni che tutelano interessi affini a quelli lesi dalla condotta oggetto di giudizi. Sul punto v. per tutti C.M. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, in 113 *The Yale law Journal*, 2003, p. 347 ss.

il riconoscimento di un “*bonus*” similcompensativo nella più complessa dinamica risarcitoria»<sup>298</sup>.

Dalla prassi del *common law* emerge dunque che talvolta il risarcimento ultra-compensativo è riconosciuto in casi nei quali manca finanche l'accertamento di una condotta particolarmente odiosa, “*egregious*”.

Pertanto, «si deve constatare come oggi la condanna al pagamento di *punitive damages* sia, in USA, uno strumento polifunzionale o “multicausale”. È, infatti, più che evidente come per i giuristi del sistema nordamericano, notoriamente poco inclini a privilegiare le tassonomie, il dato linguistico che pur continua a indicare come “punitiva” una certa componente della somma che il responsabile deve versare si riduca sovente a mero strumento utile non tanto per introdurre un momento *veramente* punitivo, quanto piuttosto per mantenere la possibilità di applicare, nel conflitto, tutte quelle ormai sedimentate formule e regole in termini di quantificazione e prova che si collegano nella prassi ai *punitive damages* stessi e che deviano rispetto alle regole che governano l'attribuzione del danno compensativo»<sup>299</sup>.

Ancora qualche considerazione sul tema dell'incentivo all'azione. Come è stato osservato nel contiguo campo degli illeciti seriali/azioni di classe, può anche accadere che un attore “eroico”, a fronte di un piccolo danno economico, decida comunque di dissanguarsi, anche accettando un risultato economico negativo, pur di far valere un proprio diritto. Svolgendo, così, un ufficio a vantaggio della collettività e al superiore interesse di giustizia, aprendo pure la strada agli altri attori in posizione analoga. Dato, però, che «è fortunato il paese che non ha bisogno di eroi, si ritiene di solito indispensabile introdurre incentivi alla proposizione della domanda giudiziale nelle situazioni in discorso, in modo da non dover fare affidamento su atti di eroismo irrazionale»<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> D. CERINI, *Polifunzionalità della responsabilità civile e polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, in D. CERINI-R. CAMINITI-P. MARIOTTI-A. PISANI (a cura di), *op. cit.*, p. 84.

<sup>299</sup> D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 86.

<sup>300</sup> A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 242, che cita la felice espressione di Brecht. V. anche M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultra-compensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 96 s. Di diverso avviso è invece P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, *cit.*, p. 702, per il quale non occorre fornire incentivi per la creazione o il rafforzamento di una “industria delle liti”: «se ammettere che la lite possa essere fonte di arricchimento è, a mio avviso, sempre inaccettabile, ammettere che mediante la lite si possano ricercare o conseguire arricchimenti maggiori in funzione della ricchezza dei convenuti appare ancora più pregiudizievole per la qualità della litigiosità e della convivenza sociale». M. BUSSANI-M. INFANTINO, *op. cit.*, p. 16 ss., ricorrendo alla metafora della “piramide”, mostrano come «whatever the subject matter or the setting of the dispute, most tort law cases in the West do not reach the judicial stage». Infatti, muovendo dalla base della piramide, ove sono situate le *perceived injuries*, ad ogni successivo passaggio di elaborazione da parte della vittima (secondo la scansione: *grievances, claims, disputes, decided cases*), per una pluralità di ragioni che vengono puntualmente indagate, si assottiglia la massa di offese perceptive che innescano una compiuta risposta di R.C.; per-

Insomma, l'ordinamento giuridico a fronte del plusvalore determinato dall'illecito deve decidere se stare dalla parte del malfattore<sup>301</sup>; oppure se stare dalla parte della vittima, riversando a costei, almeno in parte, anche in chiave di incentivo all'azione, l'arricchimento lucrato dal danneggiante, prendendo quindi una posizione assiologica netta e precisa: l'illecito non può pagare! Favorendo, altresì, un generale effetto di potenziamento delle norme primarie attributive di diritti (*law enforcement*)<sup>302</sup>.

### 1.11.F) Argomento socio-antropologico

I detrattori dei rimedi ultra-compensativi sostengono l'opportunità di espungere la sanzione dai raffinati meccanismi di diritto civile, in quanto, in qualche modo, essa sarebbe il residuo di una concezione arcaica del diritto, ancora intrisa di elementi vendicativi.

Invero, non sembra possibile espungere del tutto la vendetta dal diritto<sup>303</sup>.

---

tanto, il grosso dei fatti illeciti, fenomenicamente intesi, non accede al circuito delle corti e/o viene 'processato' fuori dal dominio del diritto ufficiale. In altre parole, solo una piccola frazione di torti arriva alla punta della piramide, ove si situano i casi decisi in tribunale. È significativo osservare che nel (mancato) passaggio dalle *grievances* ai *claims*, secondo gli AA. possono giocare un ruolo, *inter alia*, il sospetto sulla imparzialità del sistema giudiziario o la mancanza di risorse per contrastare il convenuto. Il tema dell'incentivo all'azione sembra dunque di rilievo non trascurabile.

<sup>301</sup> E, forse, per una singolare eterogenesi dei fini, per ottenere tale iniquo risultato basterà ostinarsi sul principio della riparazione integrale, che unito ad altri fattori – come la ritrosia dell'attore a fare causa a fronte di microdanni, o le lungaggini processuali che tendono a scoraggiare anche attori maggiormente motivati – beneficerà chi voglia arricchirsi tramite il fatto ingiusto. Sembra ancora attuale la riflessione di T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1928, p. 194: «in tanta morbosa sensibilità pei ladri, pei sicari, per gli aggressori, che trovano nelle scusanti prevedute dai codici, nelle agevolazioni di regimi carcerari, nella cura dei manicomi criminali, tanto larga, generosa, intelligente, sagace e precisa valutazione dei loro sentimenti, è deplorabile la noncuranza nella quale si vogliono abbandonare i sentimenti offesi, conculcati, distrutti, della gente onesta». Sugli effetti redistributivi dell'istituto in argomento cfr. in generale A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit., *passim*.

<sup>302</sup> V. in argomento F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 338 ss. e 347. Una mutata sensibilità nel senso indicato nel testo è rinvenibile nelle recenti decisioni delle Sezioni Unite che hanno definito lo stato dell'arte sulla c.d. *compensatio lucri cum damno*. Stabilito che il criterio di selezione in base al quale ammettere o negare il cumulo tra risarcimento del danno e somme percepite a titolo di beneficio collaterale è rappresentato dalla funzione svolta dalle attribuzioni, la Cassazione si premura di evitare che le regole adottate si «traduca[no] in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito (...). Non corrisponde infatti al principio di razionalità-equità, e non è coerente con la poliedricità delle funzioni della responsabilità civile, che la sottrazione del vantaggio sia consentita in tutte quelle vicende in cui l'elisione del danno con il beneficio pubblico o privato corrisposto al danneggiato a seguito del fatto illecito finisca per avvantaggiare esclusivamente il danneggiante, apparendo preferibile in tali evenienze favorire chi senza colpa ha subito l'illecito rispetto a chi colpevolmente lo ha causato»: Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12564, § 3.8.

<sup>303</sup> Cfr. le mirabili considerazioni di E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta*, Milano, 2007; e di R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

Certo, il diritto può (e deve) sublimare la vendetta nella forma più raffinata possibile. Ma non si può tralasciare il sostrato socio-antropologico su cui si innesta qualsivoglia sistema di reazione ai torti.

A meno di non velarsi gli occhi per non guardare una realtà scomoda, occorrerà ammettere che un'azione giudiziale in *tort* ha la stessa funzione di un atto di vendetta: ricollocare la vittima e il responsabile su un piano di parità (inclinato dal fatto illecito)<sup>304</sup>.

Infatti, vi sono taluni tratti strutturali tipici della sanzione – la *reciprocità* e la *doverosità*, ad esempio – che la avvicinano inevitabilmente al fenomeno culturale vendicativo<sup>305</sup>. Si tratta del *dovere di reagire* alla intollerabilità del torto. Da un punto di vista fenomenologico è ben possibile che la vendetta venga assunta da un soggetto estraneo sia all'offeso, sia all'offensore; da un "cavaliere errante", che senta il dovere di rimediare al torto in quanto tale, senza essere spinto da alcun interesse o sentimento privato. È dunque la logica della coesistenza sociale il presupposto trascendentale su cui poggiano le diverse epifanie culturali della vendetta, sì come della sanzione.

Se il "cavaliere errante" si trasforma in un soggetto o un'entità/apparato che si fa carico, istituzionalmente, di reagire al torto la vendetta si inverte in sanzione<sup>306</sup>. Diventa meno cruenta. Maggiormente controllabile, "statale"<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> In argomento cfr. S. HERSHOVITZ, *What Does Tort Law Do? What Can it Do*, in 47 *Val. U. L. Rev.*, 2012, p. 99 ss.

<sup>305</sup> F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 312, che aggiunge: «una rigorosa analisi fenomenologica della vendetta ci imporrà di metter da parte molti suoi tratti caratteristici, ma accessori, per sottolineare il suo nucleo di senso, che è identico a quello della sanzione (...). La vendetta coincide con la dimensione privata di quel fenomeno pubblico che siamo soliti designare come sanzione. Non ci si inganni, però, su ciò che in questo contesto significa "privato": la vendetta è privata, non perché arbitraria o priva di misura, ma solo perché manca un organo istituzionale cui sia demandato il componimento delle controversie». V. anche A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1959, p. 11 ss. e 123 ss.; e G. LORINI-M. MASIA (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Napoli, 2015, ed ivi bibliografia.

<sup>306</sup> Per F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 313, «la vendetta deve, certo, essere superata; deve inverarsi (nel senso hegeliano del termine) nella sanzione; ma questo invero non va letto sulla falsariga di un passaggio da uno stato presociale, primitivo, pregiudiziale – dominato dalla passionalità, dall'istintualità cieca, immerso in una violenza irrefrenabile – ad uno stato civile, regolato, ordinato, che sa condannare e sublimare la violenza. Gli uomini 'civilizzati' non devono affatto affannarsi a spiegare ai 'primitivi' quanto la violenza sia odiosa; è proprio perché costoro ne sono pienamente convinti che si sentono in dovere di vendicarla. La vendetta, come già aveva osservato Mitteis, appartiene indubbiamente a quella stessa dimensione del giuridico cui appartiene la sanzione».

<sup>307</sup> Cfr. S. HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in J. OBERDIEK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, 2014, p. 86 ss.; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., pp. 144 e 152 s., sottolinea, da un lato, come lo stesso punto di partenza dell'*actio* fosse la ragion fattasi, la lotta con cui il titolare realizzava il suo diritto nella fase primitiva. Questa lotta viene arrestata dallo Stato, a tutela della pace pubblica: sicché, l'azione viene conigliata dal magistrato verso una risoluzione pacifica. Dall'altro lato, la stessa legge delle XII Ta-

In altre parole, «la sanzione invero, non nega la vendetta, perché la libera dal suo aspetto soggettivistico; perché la sua doverosità non appare inquinata neppure nella forma dalla presenza di interessi contingenti. Lo Stato, organizzando, sostenendo o comunque garantendo l'amministrazione della giustizia come imparziale, fornendole effettualità attraverso le sanzioni, si pone al servizio del dovere giuridico (pre-statuale, perché essenzialmente strutturale) di coesistere»<sup>308</sup>.

Occorre tenere in mente tale radice comune di vendetta e sanzione: l'esigenza ancestrale di reagire *adeguatamente* ai torti<sup>309</sup>. Tale bisogno non solo è antico quanto *homo sapiens*; ma ben più risalente. Come l'etologo mostra al giurista, esso viene altresì manifestato da numerose specie animali<sup>310</sup>. Infatti, quando i primatologi descrivono il c.d. "*revenge system*", ci parlano di un sistema che – se pure diverso nelle sue declinazioni da quello studiato dagli antropologi nelle società umane – è intrinsecamente basato su *meccanismi di reciprocità attitudinale*. Ossia, «essere ostili a chi ci ha dimostrato ostilità, negare aiuto a chi non ci ha aiutato»<sup>311</sup>. E, a sua volta, la reciprocità ci rimanda al sostrato sociale e antropologico di un altro istituto giuridico cardine delle società umane: il *contratto*. Non è un caso che la stessa costituzione materiale alla base della convivenza politica sia stata definita da Rousseau proprio tramite la metafora del "contratto sociale".

---

vole rappresenta una profonda fase di transizione dell'ordine giuridico romano. Infatti, essa per alcuni delitti rifletteva ancora lo stadio della vendetta (taglione per il *membrum ruptum*, *addictio* con le sanzioni afflittive per il *furtum manifestum*); per altri delitti, invece, fissava già la pena pecuniaria. «La pena pecuniaria privata si generalizzò presto anche in casi per cui le dodici Tavole conoscevano ancora l'esposizione del colpevole alla vendetta privata, o come vendetta in senso stretto o come appropriazione. E l'obbligo di prestare la *poena* veniva quindi assunto nella *obligatio*, e così nella sistematica delle obbligazioni, accanto alle *obligationes ex contractu*, si ponevano le *obligationes ex delicto* (o *ex maleficio*), che avevano particolari caratteristiche derivanti dalla loro posizione storica di surrogato dell'antica vendetta privata».

<sup>308</sup> F. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 314.

<sup>309</sup> Invero, per R. SACCO, *Vendetta*, in G. LORINI-M. MASIA (a cura di), *op. cit.*, p. 183 ss., la vendetta sarebbe una forma regolare e normale della sanzione. L'A. osserva inoltre che la vendetta *strutturalmente* e ontologicamente si ispira alla *reciprocità* (meccanismo alla base delle relazioni giuridiche restitutorie – *i.e.* quasi contratti, contratti reali); e che «di norma l'idea di vendetta *implica* l'idea di *corrispettivo* e di *parità*, per cui la qualità della vittima della vendetta deve uguagliare la qualità (rango e sesso) della vittima della lesione originaria» (nostra l'enfasi).

<sup>310</sup> Cfr. A. GIANOLA, voce *Diritto ed etologia*, in *Digesto*, 2010, § 4 ed *ivi* bibliografia.; e M. BEKOFF-J. PIERCE, *Giustizia selvaggia*, trad. it. di S. Petrucci, Milano, 2010, p. 167 ss. In generale, sul tema della normatività nel mondo animale cfr. L. DANÓN, *Animal Normativity*, in *Phenomenology and Mind*, 17/2019, p. 176 ss.; e C. BURELLI, *Norms from Nature. Etiological Functions as Normative Standards*, *ivi*, p. 188 ss.

<sup>311</sup> R. CATERINA, *La reciprocità: alle origini della vendetta e dello scambio*, in G. LORINI-M. MASIA (a cura di), *op. cit.*, p. 214. L'A. prosegue osservando che «la reciprocità attitudinale può essere anche reciprocità negativa, e probabilmente anche in questa veste fa parte integrante del sistema di altruismo reciproco, per indirizzare al meglio le tendenze cooperative umane».

Sicché, non sembra peregrina l'ipotesi in base alla quale i sistemi di vendetta, e gli istituti da loro in qualche modo derivati, siano, almeno parzialmente, «un prodotto collaterale della interiorizzazione di quel senso di regolarità che consente di dar vita ad un sistema di *reciprocità calcolata*, di quel *gusto dell'equilibrio* che vuole che favori e torti siano sempre restituiti»<sup>312</sup> (nostra l'enfasi). Sia consentito aggiungere che non sempre i meccanismi vendicativi denotano rozzezza giuridica da consegnare alla (prei)storia dei fatti umani. Anzi, in alcune esperienze concrete la vendetta si è declinata come istituto in grado di favorire, almeno tendenzialmente, il gioco cooperativo. «Dalla catena della vendetta spesso si esce con una prestazione positiva a favore del soggetto offeso: la reciprocità negativa deve trasformarsi in reciprocità positiva, la vendetta si chiude riavviando la catena della cooperazione. La più sofisticata applicazione della reciprocità calcolata, del “bilancio mentale” dei favori e dei torti, è quella che consente di riequilibrare l'atto ostile di A verso B non con un atto ostile di B verso A, ma con un atto amichevole di A verso B»<sup>313</sup>.

Ciò considerato, occorre domandarsi se il vigente rimedio aquiliano si riconcili con il descritto bisogno di tipo socio-antropologico, ossia d'una reazione effettiva e armonica rispetto all'offesa (risolto ineludibile di un meccanismo di reciprocità).

Non si tratta di una mera speculazione teorica. Se i consociati percepiscono sacche di ingiustizia nel sistema o che, addirittura, quest'ultimo si limita a ratificare la legge del più forte, senza alcun tentativo di efficace reazione ai torti, il rischio è che allo sconforto e alla frustrazione<sup>314</sup> segua la tentazione di tornare alla ragion fattasi<sup>315</sup>.

<sup>312</sup> R. CATERINA, *op. ult. cit.*, p. 214.

<sup>313</sup> R. CATERINA, *ibidem*. Come osservato magistralmente da R. SACCO, *Vendetta, op. cit.*, p. 184: «la vendetta si radica in un'idea di reciprocità, di corrispettivo, di equivalenza. Non ci stupiamo, allora, nel constatare che in alcune culture il gruppo responsabile d'un omicidio può liberarsi offrendo una nubile alla comunità lesa affinché un suo membro la renda incinta. Il bambino sarà mantenuto dal gruppo obbligato e, quando avrà l'età adatta per portare le armi, raggiungerà la comunità paterna».

<sup>314</sup> Sentimenti che portano, storicamente, alla *sfiducia* nelle istituzioni e nel diritto. Si veda il noto grido di lamento del profeta ebreo Abacuc lanciato verso la divinità, ritenuta, dallo scrittore, fonte per eccellenza del “diritto naturale”. «Fino a quando, Signore, implorerò aiuto e non ascolti, a te alzerò il grido: “Violenza!” e non salvi? Perché mi fai vedere l'iniquità e resti spettatore dell'oppressione? Ho davanti a me rapina e violenza e ci sono liti e si muovono contese. *Non ha più forza la legge né mai si afferma il diritto. Il malvagio infatti raggira il giusto e il diritto ne esce stravolto*» (Abacuc 1:2-4, Sacra Bibbia, versione CEI 2008).

<sup>315</sup> Glanville Williams, come riportato da G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 51, individuava tra i fini della R.C. l'*appeasement*, ossia lo scopo di porre fine all'autotutela. Cfr. anche C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1197, il quale riporta le teorie che individuano l'obiettivo essenziale dell'istituto aquiliano nell'esigenza di “rendere giustizia” tra il danneggiante e la sua vittima.

### 1.12. *Le risposte del sistema immunitario umano alle offese: un modello utile al giurista?*

Il problema giuridico sullo sfondo, come anticipato in Premessa, è la *quantificazione della risposta efficace* ai torti in un sistema di R.C. Gli interrogativi da sciogliere sono diversi: gioverà riproporli. Quando è sufficiente la risposta risarcitoria *de minimis*: i.e. il risarcimento del danno secondo il principio della riparazione integrale? A fronte di quali offese l'ordinamento deve, invece, scatenare una reazione perentoria e severa, in chiave deterrente? Quali sono i criteri idonei a commisurare il *quantum* ottimale del risarcimento del danno in grado di esprimere armonicamente le diverse funzioni della responsabilità civile<sup>316</sup>? Ancora, come coniugare il bisogno di deterrenza delle condotte più gravi – che destano maggior allarme sociale – con l'esigenza di tendenziale prevedibilità dell'orizzonte dei risarcimenti?

A tali quesiti, come visto, si può cercare di rispondere seguendo una pluralità di approcci metodologici. In questo paragrafo si proverà ad uscire dal seminato dello stretto diritto chiedendo aiuto alla biologia umana.

L'intuizione di base è la seguente. La risposta immunitaria espressa dal corpo umano è stata ottimizzata in millenni di evoluzione. E l'obiettivo di quest'ultima è il medesimo della risposta civile alle offese: tutelare al meglio il soggetto contro le aggressioni esterne. In un caso si tratterà di immunizzare il c.d. ospite, ossia il corpo fisico cui il sistema biologico di difesa inerisce<sup>317</sup>. Nell'altro caso si dovrà immunizzare il titolare del bene giuridico sotto scacco da parte del danneggiante (patogeno sociale) e, al contempo, il corpo sociale nel suo complesso – puntando a sterilizzare, peraltro, il rischio di recidiva.

Dovendo semplificare, si potrebbe vedere l'apparato rimediabile civile (e quello risarcitorio in particolare) come *il sistema immunitario della società*<sup>318</sup>. D'al-

<sup>316</sup>In avanti ci si riferirà a tale parametro di investigazione anche come “regolazione della risposta” del sistema di R.C.

<sup>317</sup>Secondo la definizione tradizionale data dalla medicina, la funzione fisiologica del sistema immunitario è quella di difendere l'organismo contro gli agenti patogeni. Si tratta, dunque, di fornire «una risposta a sostanze estranee all'organismo (tra cui i microbi, ma anche macromolecole quali proteine e polisaccaridi), indipendentemente dalle conseguenze fisiologiche o patologiche di tale risposta»: A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, IX ed., trad. it. a cura di S. Sozzani, Milano, 2018, p. 3. In senso analogo v. anche A.C. GUYTON-J.E. HALL, *Fisiologia medica*, XIII ed. it., Milano, 2017, *passim*. Sembra opportuno precisare che il sistema immunitario fornisce anche protezione da “insulti cellulari” intrinseci che rappresentino un rischio per l'individuo. Classico esempio: una cellula tumorale, o una cellula che ha subito un evento oncogenico, può essere riconosciuta ed eliminata dal sistema immunitario. Tale cellula non è un patogeno esterno, bensì un'entità autologa con un comportamento aberrante.

<sup>318</sup>Poste le diverse funzioni che i giuristi – anche se appartenenti a diversi sistemi giuridici – sogliono riconoscere alla responsabilità civile, si può sicuramente inquadrare la R.C. come sistema sociale di difesa e reazione alle azioni illecite. Sembra appena il caso di precisare che non si tratta

tronde la parola latina *immunitas*, da cui deriva quella italiana “immunità”, s’è sempre riferita ad un’idea di intangibilità: la non perseguibilità penale di cui godevano i senatori romani nell’esercizio delle proprie funzioni, l’esenzione da taluni doveri civici, così come l’intangibilità fiscale di cui beneficiavano gli enti ecclesiastici durante il medioevo. Col tempo la parola passò a significare anche una generale protezione dalle malattie e in particolare da quelle infettive<sup>319</sup>.

Ci si chiede allora se il giurista possa trarre qualche utile insegnamento dal biologo e dal medico, studiando anch’egli tale straordinario e ottimizzato sistema di difesa, e provando a fondere saperi e punti di vista propri di domini scientifici differenti (per tradizione accademica). La risposta sembra essere affermativa. E quand’anche non dovessero giungere al giurista pratico delle indicazioni operazionali spendibili nella realtà processuale – sebbene si confidi nel contrario, a valle dell’affinamento del modello di cui si dirà *infra* – l’esercizio promette di apportare un contributo significativo alla teoria generale del risarcimento del danno.

Una bella metafora dirà qualcuno. L’ennesimo parallelismo esotico, commenterà qualcun altro. Invero, è nostra convinzione che, nella cornice euristica di *Law & Biology*, si possa costruire un vero e proprio modello di confronto tra il sistema di responsabilità civile e il sistema immunitario: utile ad affinare le conoscenze del giurista in punto di adeguata reazione alle offese.

#### 1.12.A) *La cornice epistemologica di “Law and Biology” e i razionali del lavoro*

Di seguito saranno brevemente descritti la metodologia di lavoro utilizzata e i razionali del presente confronto.

A) Il rapporto tra diritto e scienze naturali è piuttosto risalente. È noto come importanti esponenti del pensiero giuridico europeo ottocentesco abbiano subito il fascino di teorie e modelli biologici dell’epoca, considerati come ideale paradigma di “scientificità”<sup>320</sup>. Il pensiero va, in particolare, all’influenza spiegata

---

dell’unica reazione giuridica ai torti: vi sono altresì le risposte penali e amministrative. Ora non pare opportuno introdurre troppe variabili, complicando eccessivamente il modello che si propone in queste pagine. Giova semplificare il più possibile la costruzione del confronto tra le grandezze in gioco, per testarne le potenzialità euristiche. Se il presente modello dovesse risultare soddisfacente, si potrebbe pensare, in un secondo tempo, di raffinarlo ulteriormente, studiando un parallelismo tra il sistema immunitario e il complessivo sistema giuridico di reazione ai torti.

<sup>319</sup> A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*. Cfr. anche la voce *immunità*, Treccani online: <http://www.treccani.it/vocabolario/immunita/>.

<sup>320</sup> Tra gli altri si possono menzionare von Jhering (e il metodo storico-naturale da lui adottato), von Kirchmann, nonché Emerico Amari e Henry Sumner Maine: discute della propensione di tali autori alla comparazione con le scienze naturali G. RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, 62:4 McGill LJ (2017) 1153, spec. pp. 1156 e 1171 ss. Cfr. R. VON JHERING, *Scena di storia del diritto romano*, in ID., *Serio e faceto nella giurisprudenza* (1884), trad. it. G. Lavaggi, Firenze, 1954, p. 145 s. che racconta della sua “smania” di comparare tutto quanto gli capitasse a tiro; ID., *Geist*



dalla teoria evolutivista di Darwin. Si riscontra sicuramente una varietà di accenti nell'utilizzo di modelli naturali da parte della dottrina dell'epoca, così come – lo si dirà ampiamente *infra* – anche oggi si possono fare diversi usi del metodo *Law & Biology*. Talvolta sono stati presi in prestito parole, nozioni e concetti dalla biologia in chiave descrittiva e metaforica<sup>321</sup>: si pensi alla fortunata – sebbene più recente – teoria dei *legal transplants*<sup>322</sup>. Talaltra s'è cercato di replicare in ambito giuridico il paradigma epistemologico di altro dominio scientifico, al malcelato fine di apporre il sigillo di “esattezza”, tipico delle scienze naturali, alle speculazioni degli umanisti. Dalle passate contaminazioni tra diritto e biologia lo studioso contemporaneo ricava un monito importante: una ricezione acritica dei modelli epistemologici delle scienze naturali in ambito giuridico può essere pericolosa e fuorviante. A tacer d'altro, tale influenza non è stata, storicamente, neutrale e, anche per tale ragione, essa è stata fermamente criticata da segmenti significativi delle scienze sociali<sup>323</sup>.

---

*des römischen Rechts*, Leipzig, 1852-1865; ID., *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. it. di M.G. Losano, Vol. I, Torino, 1972; F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA-V. VILLA-M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, spec. p. 28 ss.; J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), trad. it. di P. Frezza, in ID.-E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, spec. p. 12: si tratta del celebre discorso sul problema della legittimità del diritto come scienza, una sorta di dialogo con le scienze biologiche: «una nuova singolarità dell'oggetto della giurisprudenza si dimostra in ciò, che il diritto non consiste solo in un sapere, ma anche in un sentire; che il suo oggetto non ha la sua sede soltanto nella testa, ma ancora nel petto degli uomini. L'oggetto delle altre scienze è immune da questa aggiunta. Sia la luce un'ondulazione dell'etere o un movimento rettilineo di corpuscoli, siano la ragione e l'intelletto una sola cosa oppure due cose distinte; si possano le equazioni algebriche di quarto grado risolvere direttamente o no; tutti questi quesiti sono invero interessanti; ma il sentimento non influisce in alcun modo sulla loro soluzione. L'una o l'altra risposta è ugualmente ben accetta; non si domanda che la verità. Nel diritto, al contrario, quale fanatismo, quali passioni, quali partigianerie si mescolano nella ricerca della verità. (...) Questa particolarità del diritto non deve certo venire riguardata come un suo difetto; al contrario, proprio qui può risiedere il suo più alto valore. Ma il tema della mia ricerca è soltanto se la scienza del diritto ne risulti facilitata o inceppata». V. anche E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), rist. con introduzione di V. Frosini, Palermo, 1969; H. SUMNER MAINE, *Village-Communities in the East and West*, III ed., London, 1876, spec. p. 8.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. di U. Santarelli e S.A. Fusco, Vol. II, Milano, 1980, spec. p. 35 ss.; nonché H. ROTTLEUTHNER, *Biological Metaphor in Legal Thought*, in GUNTHER TEUBNER (edited by), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York, 1988, p. 97 ss.

<sup>321</sup> Cfr. G. RESTA, *op. cit.*, p. 1177.

<sup>322</sup> In generale sul tema cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, II ed., Athens (GA), 1993. Da parte sua, H.P. GLENN, *On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants*, 1 J. Comp. L. 358 (2006), mostra luci ed ombre dell'uso di metafore biologiche in ambito giuridico. L'analisi si concentra sul “trapianto legale” ma, come osserva lo stesso Glenn, essa potrebbe estendersi ad altre fortunate metafore: la costituzione vista come ‘*living tree*’; la nozione di ‘*legal families*’ adoperata nella tassonomia giuscomparatistica e via discorrendo.

<sup>323</sup> Cfr. H.P. GLENN, *op. cit.*, p. 359 ed ivi bibliografia.

Venendo a tempi più recenti, nella seconda metà del Novecento sono fioriti – soprattutto oltreoceano – lavori di “*Law &...*”. I più noti sono senza dubbio *law and economics*, *law and literature*, *law and art*, *law and geography* etc.<sup>324</sup>.

Pur nelle diverse declinazioni, si tratta in sostanza di un tentativo di confronto dialettico tra il diritto e altre scienze e forme di linguaggio influenti. Talvolta v'è un collegamento marcato con il realismo giuridico. Talaltra il collegamento si allenta, ma si rinviene, comunque, quella sua tensione tipica al dialogo interdisciplinare. Con mirabile sintesi che compendia quattro secoli di cultura giuridica, Sacco ha mostrato l'enorme potenziale del dialogo con le altre discipline: «con Grozio abbiamo creduto che il diritto nascesse dalla ragione. Con Savigny, abbiamo capito che il diritto nasce dalla cultura. Con l'etologo, abbiamo saputo che il diritto nasce dall'imitazione. Il genetista ci ha insegnato che il diritto ci è dato dal DNA. Il neuroscienziato ha messo a punto quali neuroni ci leghino alla norma concettualizzata e a quella inconscia»<sup>325</sup>.

Da diversi anni è venuto affermandosi un movimento di Law and Biology (in avanti anche “*Law&Bio*”)<sup>326</sup>. Sebbene si tratti di un cantiere ancora aperto – un

<sup>324</sup> Per una panoramica v. G. CALABRESI, *An introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in 55 *Stan. L. Rev.*, 2002, p. 2119 s., il quale osserva che «legal scholars should look, as appropriate, to economics, philosophy, history, psychology, sociology, literature, or virtually any other field or combinations of fields of study for guidance in developing a scholarly critique of the current legal landscape or of particular parts of it. Law was not to be viewed as independent or autonomous, but rather as dependent on these other fields. Its strength lay in the fact that it could gather together the wisdom (and values) of as many of these fields as were relevant to the issue at hand into one complex and, by tradition, rigorous system»; nonché U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, V ed., Torino, 2018, p. 264 ss.

<sup>325</sup> R. SACCO, *Questo nostro diritto (tra la metafisica e la biologia)*, in *Osserv. del dir. civ. e comm.*, 1/2016, p. 7.

<sup>326</sup> Si devono menzionare anzitutto i pionieristici lavori di Margaret Gruter e William Rodgers, considerati tra i fondatori del movimento: tra gli altri cfr. M. GRUTER, *Law in Sociobiological Perspective*, in 5 *Fla. St. U. L. Rev.* 181 (1977); M. GRUTER-P. BOHANNAN (eds.), *Law, Biology and Culture: The Evolution of Law*, Santa Barbara (California), 1983; M. GRUTER-R.D. MASTERS (eds.), *Ostracism: A Social and Biological Phenomenon*, New York, 1986; W.H. RODGERS, Jr., *Bringing People Back: Toward a Comprehensive Theory of Taking in Natural Resources Law*, 10 *Ecology L.Q.* 205 (1982); W.H. RODGERS, Jr., *The Lesson of the Owl and the Crows: The Role of Deception in the Evolution of the Environmental Statutes*, in 4 *J. Land Use & Envtl. L.* 377 (1989). Merita particolare attenzione il lavoro di E.D. ELLIOTT, *Law and Biology: The New Synthesis*, in 41 *St. Louis U. L.J.* 595 (1997): si tratta di un interessante *progress report* sul movimento *Law&Bio*; analizza inoltre le differenze di approccio metodologico rinvenibili al suo interno ed evidenzia talune fallacie logiche da evitare (tra di esse: *The Genetic Determinism Fallacy*, *The Evolution of Behaviors Fallacy*, *The Adaptationist Fallacy*, *The Panglossian Fallacy* – i.e. pensare che la biologia possa spiegare tutto); si v. anche gli altri lavori dell'A. ivi citati, nonché E.D. ELLIOTT, *The Genome and the Law: Should Increased Genetic Knowledge Change the Law*, in 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 61 (2001). Come studi che possono iscriversi nell'orbita di *Law and Biology*, con varietà di approcci e accenti, si segnalano anche R.D. ALEXANDER, *Biology and law*, in 7 *Ethology and Sociobiology*,

vero e proprio *work in progress* – è stata prodotta una significativa letteratura che ha aiutato il giurista a portare (meglio) la *reality of human nature back into the picture of law*<sup>327</sup>.

Prima di definire l'uso del metodo Law&Bio che si intende fare nel presente lavoro, sembrano necessari alcuni *caveat*.

Come elegantemente affermato, vale la pena cominciare con «what “Law and Biology” is not about»<sup>328</sup>. Inteso come metodo di lavoro, esso *non* è deterministico: «it does not posit that there is a unique, legal rule for every situation that ought to be adopted because of biology»<sup>329</sup>. Come movimento, invece, Law&Bio «does not claim that the characteristics that biology builds into our species are somehow normatively privileged. The notion is *not* that the function of the law should somehow be to codify the behavioral tendencies that biology has built into the species»<sup>330</sup>.

Chiarito “ciò che non vogliamo” dal Law and Biology, occorre decidere cosa attendersi. In estrema sintesi, si tratta del tentativo di usare le informazioni che provengono dalla moderna biologia (“*insights of modern biology and the biological models*”) per uno studio critico del diritto.

Elliott ha mostrato che ci sono essenzialmente tre strade metodologiche o usi possibili. Il primo è l'uso dei modelli biologici «to describe the dynamics of legal systems; how law works by analogy to other complex systems including biological systems». Il secondo utilizzo possibile è quello che punta a sviluppare almeno «pieces of a natural law basis for law through a better understanding of

Issues 3-4, 1986, p. 167 ss., il quale osserva come, in generale, «the terms “biology” and “biological” are widely used in ways that confuse and denigrate possible contributions of biologists to human self-understanding. As with social scientists, biologists deal with learning, developmental plasticity, and strategizing in virtually all species they study. It is from theories about how human strategizing is molded by selection that biologists can contribute to understanding topics like law»; O.D. JONES, *Law and Evolutionary Biology: Obstacles and Opportunities*, in 10 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 265 (1994); O. D. JONES-T. H. GOLDSMITH, *Law and Behavioral Biology*, in 105 *Colum. L. Rev.*, 2005, p. 405 ss.; D. MOBBS *et alii*, *Law, Responsibility, and the Brain*, in 5(4) *PLoS Biol.*, 2007, p. 693 ss.; J. W. BUCKHOLTZ *et alii*, *The Neural Correlates of Third-Party Punishment*, in 60 *Neuron.*, 2008, p. 930 ss.; cfr. anche A. GIANOLA, voce *Diritto ed etologia*, in *Digesto*, 2010, § 4 ed *ivi* bibliografia; H. GOMMER, *Integrating the Disciplines of Law and Biology: Dealing with Clashing Paradigms*, in 11 *Utrecht L. Rev.* 34 (2015).

<sup>327</sup> La bella espressione è di E.D. ELLIOTT, *Law and Biology: The New Synthesis*, cit., p. 614, che parafrasa William Rodgers, considerato uno dei fondatori del movimento.

<sup>328</sup> Così E.D. ELLIOTT, *op. ult. cit.*, p. 596 s. Il che è in linea anche con il pensiero del Poeta, che esprime la atavica difficoltà umana ad identificare in positivo ciò che si desidera: «codesto solo oggi possiamo dirti/ciò che non siamo, ciò che non vogliamo»: E. MONTALE, *Non chiederci la parola*, in ID., *Tutte le poesie*, ristampa, Milano, 2018.

<sup>329</sup> E.D. ELLIOTT, *op. ult. cit.*, p. 597.

<sup>330</sup> E.D. ELLIOTT, *ibidem*. L'Autore chiarisce inoltre che il movimento/metodo Law&Bio *non* è socio-biology, *non* è darwinismo sociale e *non* è imperialista («it does not purport that biology is the only factor determining human behavior – quite the contrary»).

how and why human beings are the way they are»<sup>331</sup>. In base alla terza via – che ci sembra la più feconda e percorribile – si può usare la biologia *as a guide to legal design*. L'idea è che gli studi di Law&Bio possano darci «some insight into how we can design legal systems more effectively. If we have a better understanding of human nature – of the raw materials that we are working with a legal system – then perhaps we can gain some insight into how to design laws to work more effectively»<sup>332</sup> – nostra l'enfasi.

Ciò posto, il problema giuridico esposto in Premessa – e sintetizzato nel titolo dell'opera – sarà qui affrontato con “metodo” Law and Biology, secondo la terza via decritta sopra. L'idea è quella di analizzare la fattibilità di una bioispirazione al sistema immunitario umano, sistema biologico di difesa per eccellenza<sup>333</sup>. Infatti, in quest'ultimo possiamo osservare i) un efficace sistema di difesa contro gli attacchi esterni (e, in generale, contro gli “insulti patologici”) e ii) un'alta sensibilità al grado di offensività e tipologia/caratteristiche del patogeno. Si tratta di due proprietà importanti che dovrebbero contraddistinguere altresì un sistema di responsabilità civile. Il punto di caduta finale di queste riflessioni è il tentativo di avviare un filone di indagine interdisciplinare che possa portare a rispondere – in maniera soddisfacente – al problema giuridico evidenziato;

B) entrambi i sistemi oggetto di investigazione – quello giuridico di R.C. e quello immunitario umano – sono complessi. Ed ambedue potrebbero essere studiati secondo gli approcci della fisica dei sistemi complessi.

In particolare, il sistema immunitario è stato già oggetto di diversi studi nella comunità dei fisici dei sistemi complessi, mentre non sembra che quello giuridico sia stato studiato a fondo con questo tipo di analisi<sup>334</sup>.

<sup>331</sup> E.D. ELLIOTT, *op. cit.*, p. 599, il quale seguita: «particularly in comparison to other animals and particularly in terms of cooperative or aggressive behavior in groups». E aggiunge a p. 606: «the second major claim advanced by Law and Biology is that biology can give us some insight into features of human nature that are of concern to law».

<sup>332</sup> E.D. ELLIOTT, *op. cit.*, p. 599.

<sup>333</sup> Le cellule e le molecole che lo compongono, infatti, coordinano una risposta contro l'introduzione di sostanze estranee nell'organismo (c.d. risposta immunitaria). Il sistema immunitario reagisce anche contro sostanze non fisiologiche prodotte dall'organismo stesso. Ad esempio, nella cellula tumorale mutazioni genetiche causano la formazione di proteine aberranti che possono essere riconosciute dal sistema immunitario, il quale, a sua volta, può neutralizzare la cellula tumorale. V'è un campo di studi che prende il nome di Immunoncologia ed è considerato una delle “promesse” per la cura del cancro. Cfr. per tutti la *review* di J. F. MILLER-M. SADELAIN, *The Journey from Discoveries in Fundamental Immunology to Cancer Immunotherapy*, in *27 Cancer Cell*, April 13, 2015, p. 439 ss., ove gli AA. mostrano che la ricerca in materia di *cancer immunotherapy* «not specifically designed to bring relief or cure to any particular disease, can, when creatively exploited, lead to spectacular results in the management of cancer. The discovery of thymus immune function, T cells, and immune surveillance bore the seeds for today's targeted immune interventions and chimeric antigen receptors».

<sup>334</sup> Si trova qualche studio quantitativo di stampo statistico: cfr. ad es. F. TARONI *et alii*, *Bayesian networks and probabilistic inference in forensic science*, Chichester, 2006.

Lo studio dei sistemi complessi è un campo piuttosto nuovo, che si caratterizza, *inter alia*, per essere sommamente interdisciplinare: si pensi soltanto alle connessioni con la biologia, la teoria dei sistemi, l'informatica, la finanza e, non per ultima, l'ecologia<sup>335</sup>.

La maggior parte dei sistemi complessi ha un comportamento *caotico* assai interessante: «un piccolo cambiamento nella forma delle leggi che ne regolano il movimento ne cambia completamente il comportamento macroscopico»<sup>336</sup>. Il fenomeno è ben studiato in biologia: «la sostituzione di un singolo amminoacido in una proteina può alterarne la funzionalità, una singola mutazione in un essere vivente può portare alla comparsa di una nuova specie o alla morte»<sup>337</sup>. Similmente, la mutazione di un singolo frammento normativo può alterare la funzionalità di un intero settore del diritto<sup>338</sup>. È interessante osservare come sistemi complessi, diversissimi fra loro nelle proprie caratteristiche macro-strutturali (si pensi a un formicaio, all'universo, a un sistema giuridico), tendano ad assomigliarsi; o, comunque, sia dato osservare delle regolarità<sup>339</sup>;

C) molte caratteristiche del sistema immunitario sono state descritte e riprodotte attraverso modelli numerici del medesimo, in seguito validati sperimentalmente;

D) siccome il sistema immunitario è un sistema complesso, sarebbe insensato immaginare un modello che simuli il funzionamento dell'intero sistema<sup>340</sup>. Tut-

<sup>335</sup> Cfr. G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, 2007, *Treccani online*: [https://www.treccani.it/enciclopedia/sistemi-complessi-fisica-dei\\_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/sistemi-complessi-fisica-dei_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/). Dal punto di vista di un fisico, lo scopo da raggiungere sta nel trovare le leggi macroscopiche, c.d. fenomenologiche, che regolano il comportamento globale di tali sistemi, le quali non sono facilmente deducibili dalla mera analisi delle leggi microscopiche che controllano ciascuno dei singoli costituenti. Un esempio classico è quello delle reti neurali. «Il comportamento dei singoli neuroni è probabilmente ben compreso, ma non ci è affatto chiaro perché dieci miliardi di neuroni, collegati da centomila miliardi di sinapsi, formino un cervello che è in grado di pensare come quello dei primati. In certi contesti la comparsa di comportamenti collettivi è un fenomeno ben studiato dalla fisica: la cooperazione di molti atomi e molecole è responsabile delle transizioni di fase (tipo liquido-solido o liquido-gas)»: G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*.

<sup>336</sup> G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*.

<sup>337</sup> G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*. Al di là degli effetti di una singola mutazione, l'accumularsi nel tempo di singole mutazioni, insieme a fattori ambientali, può dar vita ad una nuova specie.

<sup>338</sup> Come riferito con eloquenza da N. IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione Civile*, Milano, 2017, p. 15, «le norme giuridiche hanno una loro logica, talora oscura o ardua da scoprire: basta abrogarne una, o introdurne altra, perché norme dormienti si ridestino, e tornino ad occupare spazi applicativi, resi vuoti e disponibili da altre norme del codice». Cfr. anche O.W. HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in *12 Harv. L. Rev.* 443 (1898-1899).

<sup>339</sup> Cfr. A. GANDOLFI, *Formicai, imperi, cervelli. Introduzione alla scienza della complessità*, Torino, 2008.

<sup>340</sup> Lo stesso dicasi per il sistema giuridico. Anche a voler restare ai meccanismi di reazione ai

tavia, diversi lavori svolti in questa direzione dimostrano che si possono trovare dei compromessi soddisfacenti tra i principi essenziali che governano il sistema immunitario e una opportuna semplificazione. A titolo paradigmatico si riporta l'esempio del modello suggerito da Celada-Seiden in *Immunology Today* del 1992<sup>341</sup>;

E) per analogia si può pensare alla costruzione di un modello del sistema di R.C. che replichi la struttura essenziale di “regolazione della risposta” di un modello del sistema immunitario<sup>342</sup>. L'obiettivo è di implementare soltanto gli aspetti che ci permettono un confronto utile e fruttuoso<sup>343</sup>, eliminando gli aspetti che rappresenterebbero un inutile, seppur elegante, esercizio di stile. A tale scopo l'utilizzo di un modello numerico semplificato – che mantenga sensibilità verso i parametri di investigazione, come la “regolazione della risposta” – ci sembra un'opzione percorribile<sup>344</sup>;

F) ci sono diversi tipi di modelli matematici costruiti per investigare la dinamica immunologica e utili, *inter alia*, per fare predizioni<sup>345</sup>. Fra di essi si devono

---

torti si pensi alla complessiva e complessa interazione delle risposte di diritto civile, amministrativo e penale.

<sup>341</sup> F. CELADA-P. E. SEIDEN, *A computer model of cellular interactions in the immune system*, in *Immunology Today*, Vol. 13, No. 2, 1992, p. 56 ss.

<sup>342</sup> Si chiarisce sin d'ora che l'obiettivo del lavoro non è la ricerca di una legittimazione di diritto “naturale” sponsorizzata dalla biologia. Sul punto si tornerà in dettaglio *infra*.

<sup>343</sup> Cfr. F. CELADA-P. E. SEIDEN, *A computer model of cellular interactions in the immune system*, cit., p. 60.

<sup>344</sup> Come riferito da U. BEHN-F. CELADA-P. E. SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, in *Treccani online*, 1998, [http://www.treccani.it/enciclopedia/modelli-matematici-in-immunologia\\_%28Frontiere-della-Vita%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/modelli-matematici-in-immunologia_%28Frontiere-della-Vita%29/), la modellizzazione favorisce l'espansione del processo scientifico: «il *modelling* è reso possibile dal fatto che la realtà fisica e quella biologica sono definibili da quantità e relazioni numeriche. Il primo passo nella costruzione di qualsiasi modello consiste nel simulare da vicino un fenomeno fisico o biologico, usando termini puramente matematici. La scelta di questi termini, e delle loro relazioni, richiede l'impiego dell'immaginazione». E in queste pagine si cercherà proprio di approfondire un simile sforzo di immaginazione. In generale, per una magistrale riflessione sulle tecniche cognitive dell'innovazione cfr. G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2013.

<sup>345</sup> Per una panoramica sui diversi metodi v. *ex multis* R. EFTIMIE-J.J. GILLARD-D.A. CANTRELL, *Mathematical Models for Immunology: Current State of the Art and Future Research Directions*, in *Bulletin of Mathematical Biology*, (2016) 78:2091-2134, p. 2094 ss., *passim*, ed ivi bibliografia: in particolare P. KIM-D. LEVY-P. LEE, *Modeling and simulation of the immune system as a self-regulating network*, in *Methods Enzymol.*, (2009) 467:79-109. Per U. BEHN-F. CELADA-P. E. SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, *ibidem*, è possibile descrivere il sistema immunitario sia mediante modelli discreti, sia tramite modelli continui. Tuttavia, ciascuno di essi può rivelarsi maggiormente indicato in funzione del singolo problema immunologico oggetto di studio. Inoltre, ognuna delle due tecniche offre numerose varianti, ed è anche ipotizzabile una sintesi dei due approcci. Gli AA. riportano diversi modelli e metodi, alcuni dei quali validi per descrivere le interazioni tra molecola e molecola, ma utilizzati anche per descrivere dinamiche più complesse come quelle predatore-preda. Sembra poi di particolare interesse per il fenomeno giuridico il c.d. modello della selezione clonale sviluppato inizialmente da G.I. BELL, *Mathematical Model of Clo-*

menzionare in particolare: i) il c.d. approccio dei *Cellular Automata* (“CA”) <sup>346</sup>, ii) gli *Agent-based models* (“ABMs”) <sup>347</sup>, e iii) gli approcci *ibridi* <sup>348</sup>. Tali approcci fanno uso di componenti discrete in tempo e spazio <sup>349</sup>: rispettivamente “*cellular automata*” ed “*agents*” (cellule o molecole) che interagiscono, tra di loro e con l’ambiente, secondo regole definite. Il vantaggio dell’utilizzo di simili approcci, rispetto all’utilizzo di modelli matematici basati su equazioni differenziali <sup>350</sup>, è

---

*nal Selection and Antibody Production*, in 228 *Nature*, 1970, p. 739 ss. Tale A. ha sviluppato equazioni «to describe the effects of interaction between antigen and target cell. The model shows promise in predicting the constants of simple experimental systems». L’elemento che desta più interesse per il giurista risiede in ciò: la risposta del sistema verso l’antigene, calcolata numericamente, mostra un comportamento *ragionevole*. Cfr. anche G. PARISI, *An introduction to the immune network*, in <http://arxiv.org/abs/cond-mat/9501046>, 1993; e G. ALTAN-BONNET-T. MORA-A. M. WALCZAK, *Quantitative Immunology for Physicists*, in <https://arxiv.org/abs/1907.03891>, 28 luglio 2019.

<sup>346</sup> «Cellular Automata (CA) is a modelling framework related to ABMs, which defines a set of rules for updating the state of cells on a grid (this state can be “on” or “off”); inoltre, “Cellular Automata (CA) models are appealing to non-mathematicians because of the simple rules they incorporate. The CA models are computationally intensive and more difficult to parametrize and analyse mathematically»: così R. EFTIMIE-J.J. GILLARD-D.A. CANTRELL, *op. cit.*, p. 2123. Inoltre, come considerato da F. CELADA-P. E. SEIDEN, *A computer model of cellular interactions in the immune system*, *cit.*, p. 56, pionieri nell’utilizzo di tali modelli per descrivere il sistema immunitario, «the advantage of such a technique is twofold. First, it represents the components and processes of interest in biological terms, so that the approximations made in allowing the simulation to be carried out are usually more biological than mathematical in character. Second, it is easy to modify the complexity of the interactions without introducing any new qualitative difficulties in solving the model. (...) A cellular automaton is a dynamic system, the evolution of which is completely described by local interactions, and is discrete in both space and time».

<sup>347</sup> «Agent-based models (ABMs) are a modelling framework to simulate the dynamics of the components of the system (called “agents”), in discrete time and space. Agents could be individual cells or molecules. This dynamics is described by rules, which are usually literature-derived. The agents are mobile and can interact with other agents or with the environment. Moreover, they can update their states independently of one another»; inoltre, «Agent-Based Models (ABMs) are appealing to non-mathematicians because of the simple, logical rules they incorporate (Chavali et al. 2008). These models can easily account for stochasticity in immunological interactions and individual diversity in a population. However, they are relatively difficult to parametrise. Moreover, these models are computationally very intensive and difficult to analyse mathematically»: R. EFTIMIE-J.J. GILLARD-D.A. CANTRELL, *ibidem*.

<sup>348</sup> Si tratta di «models that could combine ODEs, with PDEs, ABMs or CA»: R. EFTIMIE-J.J. GILLARD-D.A. CANTRELL, *ibidem*.

<sup>349</sup> L’aggettivo “discreto” è adoperato in ambito scientifico e tecnico – e talora nell’uso letterario e filosofico – nel senso di «diviso, distinto, discontinuo (e anche, in qualche caso, sinonimo di digitale o numerico): voce *Discreto*, vocabolario Treccani online, 5° significato, <https://www.treccani.it/vocabolario/discreto/>.

<sup>350</sup> *Ordinary Differential Equations (ODEs)* o *Partial Differential Equations (PDEs)*: cfr. R. EFTIMIE-J.J. GILLARD-D.A. CANTRELL, *op. cit.*, p. 2122, Appendix 1.

principalmente il seguente: la descrizione delle entità e delle interazioni è definita in termini biologici più che matematici, rendendo la loro formulazione più diretta e fruibile anche dai non matematici;

G) ad esempio, il pionieristico Modello di Celada-Seiden citato, nonostante la sua risalenza, basato sui “*Cellular Automata*”, viene usato, fra l’altro, per valutare la regolazione della risposta immunitaria alle offese (*Regulation of the Response*);

H) al fine della costruzione di un modello matematico/numerico del sistema di responsabilità civile – bioispirato a quello del sistema immunitario – si deve quindi cominciare con un confronto tra il sistema di R.C. (semplificato) e il sistema immunitario (semplificato);

I) si procederà con la costruzione e la formalizzazione di un parallelismo tra gli attori in gioco (*Cast of Characters*<sup>351</sup>) e la definizione della scala di osservazione dei fenomeni messi a raffronto. Si tratta della tabella con una preliminare proposta di ontologia formale a base del futuro modello matematico<sup>352</sup>.

#### 1.12.B) Segue: *il confronto tra le caratteristiche fondamentali della risposta immunitaria e quelle della risposta di un sistema di R.C. della western legal tradition*

Come anticipato, per la costruzione del futuro modello, il primo passo è il confronto delle caratteristiche fondamentali della risposta immunitaria con quelle espresse da un sistema di responsabilità civile tipico della *western legal tradition*<sup>353</sup>. Se ne ricava un interessante parallelismo funzionale che suggerisce l’opportunità di svolgere un passaggio successivo di modellazione, *i.e.* la definizione delle identità nei due sistemi, a livello “cellulare” (*Cast of Characters*).

Orbene, le diverse risposte immunitarie, umorale e cellulare<sup>354</sup>, palesano ta-

---

<sup>351</sup> In altri termini si tratta di una definizione delle identità a livello cellulare, nei due sistemi confrontati.

<sup>352</sup> Si premette che tale parallelismo è ancora in fase embrionale e soggetto alla validazione da parte di esponenti del mondo medico e biologico. Tuttavia, si ritiene che anche in questa fase “sperimentale” il lavoro possa apportare utili elementi ad un ordinato discorso su una teoria generale delle sanzioni giuridiche di diritto civile, e su una sistematica della reazione in particolare. Per completezza, si consideri che nella redazione del presente studio sono stati coinvolti medici, biologi, bioingegneri e fisici.

<sup>353</sup> A beneficio di (necessaria) semplificazione vengono qui “appiattite” le differenze esistenti, in materia di responsabilità civile, tra *civil law* e *common law*, un tempo segnalate dai comparatisti come demarcatori sistemologici (ad es. il ruolo del precedente giudiziale nei diversi sistemi).

<sup>354</sup> Per immunità umorale si intende quella mediata da molecole circolanti denominate anticorpi, prodotte da cellule note come linfociti B. Con immunità cellulare (o cellulo-mediata) si intende quella mediata dai c.d. linfociti T.



lune caratteristiche basilari che rispecchiano le caratteristiche dei linfociti che mediano tali risposte. In particolare, in immunologia sono state identificate: la *specificità*, la *diversificazione*, la *memoria*, la *specializzazione*, l'*auto-limitazione* e la *non reattività al self*<sup>355</sup>.

Tali qualità sono descritte sinteticamente secondo il loro significato biologico e, accanto, viene puntualmente proposta una concordanza con l'omologa caratteristica rilevante del sistema di R.C.

A) *Specificità*. Questa proprietà del sistema immunitario garantisce l'univoco riconoscimento di un antigene con conseguente attivazione di una risposta immunitaria adeguata al patogeno portante tale antigene – massimizzando l'efficienza dei meccanismi di difesa antimicrobica<sup>356</sup>. «Così, l'immunità umorale e l'immunità cellulare sono messe in moto da classi diverse di microbi, o da uno stesso microbo in fasi differenti d'infezione (extracellulare o intracellulare), ed ogni tipo di risposta immunitaria protegge l'ospite contro quella particolare specie di agente patogeno»<sup>357</sup>. Esiste una specificità davvero fine se si considera che ogni singolo linfocita riconosce specificamente una porzione di antigene (c.d. determinante o epitopo). Tale raffinata specificità è determinata dai recettori di membrana espressi dai linfociti, in grado di discernere le sottili differenze esistenti nella composizione chimica dei diversi antigeni.

Dal suo canto, anche il sistema di diritto civile è dotato di specificità rimediale. Alla varietà di situazioni patologiche corrisponde una varietà di "effettori": la nullità, la restituzione, la reintegrazione in forma specifica, l'inibitoria, il risarcimento, l'indennizzo, l'azione di classe, etc.<sup>358</sup>. Sicché, l'osservazione della *specificità* immunitaria e dei suoi meccanismi operazionali conferma la desiderabilità di un paradigma rimediale ottimizzato rispetto alle caratteristiche specifiche del fatto ingiusto (e, segnatamente, proporzionato alla condotta del danneggiante e all'intensità del suo elemento soggettivo).

B) *Diversificazione*. Ciascun individuo è dotato di un numero assai vasto di specificità antigeniche dei linfociti (c.d. repertorio linfocitario). In pratica, grazie a taluni meccanismi molecolari, esistono numerosissimi "cloni" di linfociti, ciascuno dotato di una specificità antigenica diversa (ogni linfocita è dotato di un recettore specifico per un particolare antigene). Ciò comporta che nei mam-

<sup>355</sup> A.K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 8, Tabella 1-3.

<sup>356</sup> In sostanza, la specificità consente il riconoscimento dell'antigene da parte di un recettore o anticorpo.

<sup>357</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, p. 9.

<sup>358</sup> Si tratta di un vero e proprio sistema integrato di difesa/tutela che, in una fase più avanzata della costruzione del modello, potrà essere studiato nella sua globalità. Per ora ci si concentrerà sulla risposta risarcitoria.

miferi il repertorio linfocitario consenta di discriminare, si stima,  $10^9$ - $10^{11}$  determinanti antigenici diversi<sup>359</sup>.

Similmente, il sistema rimediale civile tende vieppiù ad esprimere una diversificazione di risposta, specifica per il tipo di offesa giuridica in atto (patogeno sociale). In particolare, la valorizzazione (in teoria generale, così come nella prassi forense) dei tre diversi paradigmi rimediali riconducibili al risarcimento – *risarcimento puro*, *indennizzo* e *risarcimento ultra-compensativo/danno punitivo*, di cui si dirà ampiamente nel Capitolo 2, paragrafi 2.1. ss. – andrebbe ad assecondare quell'esigenza di opportuna diversificazione del repertorio rimediale. Il riconoscimento e la valorizzazione delle differenze intercorrenti tra indennizzo, risarcimento compensativo e danno punitivo consentono infatti di moltiplicare le specificità “antigeniche” di diritto civile.

C) *Memoria*. «L'esposizione del sistema immunitario ad un antigene estraneo potenzia la sua futura capacità di rispondere a quell'antigene. La risposta ad ogni successiva riesposizione ad un medesimo antigene, chiamata risposta immunitaria secondaria, è di solito più rapida, più intensa e spesso qualitativamente differente rispetto alla risposta immunitaria primaria»<sup>360</sup>. Venendo al sistema di R.C. amministrato dalle Corti, si può affermare che anch'esso è dotato di memoria, con delle sfumature sistemologiche cangianti in base al ruolo giocato dal precedente giudiziale nell'ordinamento considerato<sup>361</sup>. Infatti, il sistema di “risposta” civile è decentrato e in grado di apprendere a séguito di ogni nuovo caso giudiziario (la puntuale risposta giuridica alla singola offesa)<sup>362</sup>. Decentrato perché, seppure le regole formali siano determinate a livello centrale (tipicamente dal Parlamento nazionale nei sistemi di *civil law*), la reazione viene concretamente implementata nel singolo tribunale competente (tipicamente quello del *locus commissi delicti*)<sup>363</sup>. Il dialogo tra i tre principali formanti dell'ordinamento (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) concorre a rendere più rapida, più intensa e qualitativamente “superiore” la risposta secondaria. Infatti, quando si risolve un nuovo caso, la regola così stabilita dalla giurisprudenza (la sentenza) introduce nuova conoscenza nell'ordinamento giuridico. Nuova cono-

<sup>359</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

<sup>360</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

<sup>361</sup> Tal che si può affermare, ad es., che il *common law* è dotato di un'ottima memoria, attesa la regola dello *stare decisis* ivi operante.

<sup>362</sup> Sulla possibilità del sistema giuridico di “apprendere” dalla vicenda del caso concreto v. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., p. 31: «...l'insieme espresso da fatti e interessi oggetto di giudizio interagisce, in virtù del procedimento argomentativo, con quello che possiamo chiamare assetto ordinamentale di partenza, da cui la conseguenza che, da tale interazione, discenderanno regole le quali andranno a conformare l'assetto ordinamentale di arrivo. Sempre tenendosi presente, però, che si tratta comunque di assetti parziali, cioè relativi alla specifica interazione in atto».

<sup>363</sup> Decentramento ancor più evidente nei sistemi ove (prevalentemente) *judges-made law*.

scenza che verrà processata dagli altri formanti, in un incessante dialogo che porta il diritto ad essere, in definitiva, in perenne evoluzione. Sicché, il sistema si dimostra in grado di apprendere e di serbarne *memoria* (precedente)<sup>364</sup>.

D) *Specializzazione*. Si tratta di un corollario della specificità. In particolare, l'immunità umorale e quella cellulare sono attivate da classi diverse di microbi, oppure da uno stesso microbo in fasi diverse d'infezione (extracellulare e intracellulare). Tale caratteristica di specializzazione fa sì che ogni tipo di risposta immunitaria protegga l'ospite contro una particolare specie di agente patogeno<sup>365</sup>. Inoltre, «anche nell'ambito di ciascuno dei due tipi di risposta immunitaria, la natura degli anticorpi o dei linfociti T che si generano può variare a seconda del microbo coinvolto»<sup>366</sup>. Con perfetta simmetria, il risarcimento compensativo (immunità umorale) da un lato, e il risarcimento ultra-compensativo (immunità cellulare) dall'altro, sono attivati da classi diverse di illeciti ("microbi"), oppure da uno stesso illecito con grado diverso di anti giuridicità (differente grado d'infezione).

E) *Auto-limitazione*. Le risposte immunitarie normali, dopo la stimolazione antigenica, si esauriscono col tempo, e il sistema torna allo stato di riposo (c.d. omeostasi). Tale situazione di "quiete" si regge in gran parte perché le risposte immunitarie vengono azionate dagli antigeni e hanno lo scopo di neutralizzarli, «eliminando così al contempo lo stimolo essenziale per l'attivazione linfocitaria»<sup>367</sup>. Il processo che determina la risposta immunitaria specifica è di grande interesse per il giurista. Schematizzando al massimo: ogni risposta immunitaria ha inizio con il riconoscimento specifico dell'antigene (fase 1). Esso porta all'attivazione dei linfociti che hanno svolto il riconoscimento e culmina con l'attivazione dei meccanismi effettori che mediano la funzione fisiologica della reazione, *i.e.* la neutralizzazione dell'antigene stesso (fase 2). Dopo l'eliminazione del patogeno ("*carrier*" dell'antigene), la risposta immunitaria degrada progressivamente e il sistema torna all'omeostasi (fase 3). Anche nel sistema giuridico di responsabilità dopo il riconoscimento specifico dell'illecito ad opera dei diversi

---

<sup>364</sup> E.D. ELLIOTT, *Law and Biology*, cit., p. 600, fa un'analisi dell'evoluzione della *common law*, simile, per certi versi, all'evoluzione di un sistema biologico: «the basic notion is that law is an open system, influenced by interactions with its larger environment. The open system consists of an internal logic, which is what we call rules and doctrines, and that internal logic becomes a selection system that we use to store the results of past experience. We then use that "memory" to generate a proposed solution when we are confronted with a new problem. That is very similar to the way that biology uses the information stored in a genetic form to store the results of past experience». Cfr. anche ID., *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, in 13 *J. Legal Stud.* 113 (1984).

<sup>365</sup> In pratica, si tratta di una caratteristica che si esprime a valle del riconoscimento dell'antigene e dipende dal tipo di patogeno/infezione.

<sup>366</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 9.

<sup>367</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *op. cit.*, p. 10.

giuristi coinvolti, a vario titolo, nel processo, si attivano i giudici, i quali attivano i rimedi (meccanismi effettori) che mediano la funzione fisiologica della reazione giuridica. Dopo la neutralizzazione della condotta *contra ius* la risposta di R.C. degrada sino a portare il sistema all'omeostasi, atteso che il supremo valore dell'ordinamento è la pace sociale (*ne cives ad arma veniant*)<sup>368</sup>.

F) *Non reattività verso il self*. Si tratta di una straordinaria peculiarità del sistema immunitario normale. Quest'ultimo, come visto, è capace di riconoscere, rispondere e neutralizzare antigeni estranei all'organismo (*nonsel*), senza, però, riconoscere e danneggiare i costituenti antigenici propri dello stesso organismo (*self*)<sup>369</sup>. Tale non responsività immunologica, nelle condizioni descritte, è nota come *tolleranza*. Essa viene mantenuta tramite l'intervento di un novero di meccanismi biologici. Fra questi si devono menzionare l'eliminazione di quei linfociti che esprimono recettori specifici per alcuni antigeni *self*. «Per altri antigeni autologhi l'incontro con i linfociti si verifica in particolari condizioni che non portano all'attivazione dei linfociti autoreattivi, o che addirittura ne provocano l'inattivazione funzionale»<sup>370</sup>, o apoptosi (morte cellulare programmata). Tale caratteristica basilare e peculiarissima si può ritrovare anche nel sistema delle risposte di R.C. Infatti, come palesato dall'analisi strutturale e funzionale del rimedio indennitario (uno dei tre paradigmi della possibile risposta "risarcitoria"), a fronte di un danno da atto lecito, il sistema di responsabilità non reagisce aggressivamente<sup>371</sup>. In pratica, riconoscendo l'offensore, e la relativa condotta, che provochi il danno come *self* – in quanto "autorizzati"<sup>372</sup> – il sistema giuridico media la risposta in particolari condizioni che portano ad un'attivazione dei giudici (linfociti) deputati ad amministrare il rimedio (funzione effettrice) con un certo grado di "tolleranza".

---

<sup>368</sup> Cfr. la riforma cinese della *tort law* che annovera tra le funzioni della R.C. «*the social harmony and stability*»: art. 1, Chapter I (General Provisions), *Tort law of the People's Republic of China*, 26 december 2009, effective 1° July 2010, disponibile in lingua inglese in [www.lawinfochina.com](http://www.lawinfochina.com); cfr. X. LI-J. JIN, *Concise Chinese Tort Law*, Heidelberg, 2014; J.M. ZIMMERMANN, *China law deskbook*, IV ed., Chicago, 2014. Sull'importanza di una forma di compensazione sociale a fronte di un illecito cfr. il fondamentale contributo di C.M. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., *passim*.

<sup>369</sup> Sul tema, anche filosofico, del "confine degli individui" cfr. T. PRADEU, *The limits of the self: immunology and biological identity*, New York, 2012.

<sup>370</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

<sup>371</sup> V. per tutti C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012, ed ivi bibliografia.

<sup>372</sup> Si pensi al caso emblematico dell'espropriazione per pubblica utilità. Il danno economico cagionato al privato espropriando deriva da un atto lecito, anzi virtuoso ove siano rispettati i presupposti di legge (v. art. 42 Cost.). Sicché il sistema riconosce l'offensore – e la condotta – come *self*, e appronta una risposta mite (indennizzo), non attivando i linfociti autoreattivi (risarcimento pieno).

1.12.C) Segue: *proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di descrizione e misurazione della risposta alle offese civili bioispirato al sistema immunitario umano*

In forza delle predette osservazioni, *mutatis mutandis*, sembra applicabile alla risposta di R.C. la sintesi delle caratteristiche dell'immunità acquisita svolta nella letteratura medica: essenziali perché il sistema immunitario svolga il suo compito fisiologico di difesa dell'ospite. Varrà la pena, pertanto, riportarla direttamente. «La *specificità* e la *memoria* consentono al sistema immunitario di montare risposte sempre più potenti verso stimolazioni persistenti o ricorrenti da parte di uno stesso antigene, combattendo così efficacemente infezioni prolungate o ripetute. La *diversificazione* è fondamentale perché il sistema immunitario possa fronteggiare gli innumerevoli agenti patogeni presenti nell'ambiente. La *specializzazione* consente all'ospite di modulare le sue risposte in maniera tale da combattere al meglio i diversi tipi di microbi. L'*auto-limitazione* permette al sistema di tornare ad uno stato di riposo dopo aver eliminato un certo antigene estraneo, preparandosi così a rispondere ad altri antigeni. La *tolleranza* e la capacità di distinguere tra *self* e *nonsel*f sono vitali per prevenire risposte contro cellule e tessuti autologhi, pur mantenendo un'ampia diversificazione del repertorio di linfociti specifici per gli antigeni estranei»<sup>373</sup>.

Oltre ai meccanismi di difesa naturali apparecchiati dal sistema immunitario, si deve menzionare un potente coadiuvante/effettore esterno. Vero è che il sistema di difesa umano si prepara in qualche modo per le offese che non conosce. Tuttavia, la propria forza interna può non essere sufficiente. Allora che si fa? A scopo preventivo e di piena deterrenza si adopera il vaccino: un induttore che prepara e coadiuva il sistema allo scopo di massimizzare l'efficacia di una veloce risposta immunitaria secondaria<sup>374</sup>. L'obiettivo finale è quello di ottenere una reazione proporzionale, ma perentoria, domani: *if and when* quel patogeno dovesse rappresentare una concreta minaccia per l'ospite.

Ancora una considerazione sul confronto tra il paradigma giuridico ultracompensativo e la fisiologia della risposta immunitaria. Talvolta, in entrambi i sistemi messi a confronto, per una pluralità di razionali diversi, sembra necessaria una *overreaction*. Le ragioni giuridiche che portano a concludere per la necessità di quest'ultima sono essenzialmente riconducibili al registrato *deficit* di effettività rimediale determinato dalla mera compensazione dei danni, perlome-

<sup>373</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 10 s.

<sup>374</sup> Secondo A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *op. cit.*, p. 3, «l'evoluzione dell'immunologia come disciplina sperimentale è dipesa dalla nostra capacità di manipolare in maniera controllata le funzioni del sistema immunitario. Storicamente il primo chiaro esempio di tale capacità, che rimane ancora uno degli eventi più drammatici mai registrati, fu il successo ottenuto da Edward Jenner nella vaccinazione contro il vaiolo». Si pensi anche agli immunomodulatori farmacologici, richiamati al n. 10 della tabella *infra*.

no quando ci si trovi dinanzi a condotte commesse *i*) con dolo o colpa grave in violazione di un diritto fondamentale o *ii*) a fine di profitto o altra utilità.

Come noto, però, in entrambi i sistemi di difesa vi sono dei rischi potenziali associati a una reazione “sproporzionata”. Lato biologico, si possono menzionare le reazioni allergiche. Si tratta di un classico caso di *overreaction* in cui l’esposizione all’antigene provoca una sproporzionata risposta immunitaria che può finanche risultare deleteria per l’organismo<sup>375</sup>. Lato giuridico si può osservare, ad esempio, che i danni punitivi sono un’arma potente dotata di «devasting potential for harm»<sup>376</sup> e, pertanto, da maneggiare con cura.

Tanto considerato, di seguito si presenta una *Proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di descrizione e misurazione della risposta alle offese civili bioispirato al sistema immunitario umano*<sup>377</sup>.

### Primo passo: definizione delle identità a livello cellulare

Classi di identità	Sistema giuridico di R.C.	Sistema immunitario
<b>1. Scala di osservazione</b>	<b>Ambiente sociale</b>	<b>Ambiente fisico:</b> ossia, spazio in cui organo <i>target</i> , patogeno e sistema immunitario coesistono (e hanno equiprobabilità di interagire).
<b>2. Intervallo temporale di osservazione</b>	<b>A regime (a transitorio esaurito)</b> <sup>378</sup>	<b>A regime (a transitorio esaurito)</b>
<b>3. Offesa</b>	<b>Fatto illecito</b>	<b>Patologia</b>
<b>4. Offensore</b> Es. 1: offensore semplice  Es. 2: offensore sofisticato	<b>Trasgressore</b> Omicida/rapinatore/pirata della strada Colletto bianco/Impresa rispettabile	<b>Agente patogeno</b> Patogeno semplice (es. Influenza Virus) Patogeno sofisticato (es. HIV)

*segue*

<sup>375</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., Cap. 19, p. 449 ss.

<sup>376</sup> Justice O'Connor nella sua *dissenting opinion* in U.S. Supreme Court, *Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip et alii* del 1991, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 235 ss., con commento di G. Ponzanelli. Il *multiple punishment*, ad esempio, se usato in difetto di precisi criteri informati alla proporzionalità della reazione, può portare al rischio di *overkill* per le imprese.

<sup>377</sup> Si precisa che il parallelismo qui proposto è ancora oggetto di studio e necessita di un’analisi più approfondita delle grandezze nei due sistemi, dell’identificazione delle relative dinamiche e di una definitiva validazione.

<sup>378</sup> Si intende la situazione in cui il sistema, dopo un transitorio dovuto alla variazione delle sue variabili di ingresso, si è portato in una condizione di regime.

5. <i>Target</i>	Vittima/danneggiati collaterali	Sistema, organo, tessuto, cellula
6. Interpretare in grado di riconoscere l'offesa	<p>Giuristi (classi di)</p> <p>N.B. Forse meglio: <i>Avvocati (classi di)</i>, dal momento che l'avvocato è il soggetto più vicino, istituzionalmente, alla vittima e tramite un lavoro di interpretazione dà veste giuridica al fatto fenomenico e rende possibile – in un sistema processuale basato sull'iniziativa di parte – l'attivazione del giudice che amministra il rimedio (meccanismo effettore).</p>	<p>Macrofagi (classi di), come elementi attivi ed effettori del sistema di immunità innata.</p>
7. Interpretare che reagisce all'offesa	<p>Giudici (classi di): attivano i rimedi – meccanismi effettori – che mediano la funzione “fisiologica” della reazione giuridica.</p> <p>N.B. Essi sono capaci di avere una <i>memoria</i> (precedente) che consente una reazione più rapida ed efficace. Se ogni decisione azzerasse la memoria del sistema la nuova risposta sarebbe scarsamente efficiente.</p>	<p>Linfociti B e T (classi di): elementi attivi del sistema di immunità acquisita/specifica, capace di avere una <i>memoria</i> che consente di reagire più rapidamente ed efficacemente.</p>
8. <i>Environment</i> micro e macro	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Sovrastruttura economica</li> <li>– <i>Lobby</i></li> <li>– Variabili religiose/etiche</li> <li>– Variabili politiche</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Fisiologia del sistema</li> <li>– Ormoni</li> <li>– Tiroide</li> <li>– Fegato</li> <li>– Reni</li> </ul>

segue

<p><b>9. Azioni/Rimedi/Mecanismi effettori</b><sup>379</sup></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nullità</li> <li>– <i>Class action</i></li> <li>– Restituzione</li> <li>– <b>Risarcimento in forma specifica</b></li> <li>– <b>Inibitoria</b>: il comando del giudice volto a far cessare un comportamento anti-giuridico <i>in fieri</i>;</li> <li>– <b>Risarcimento del danno</b>: somma di danaro che può essere commisurata secondo tre diversi paradigmi.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Reazione chimica</b></li> <li>– <b>Riduzione di energia/nutrienti</b> (es. glucosio). Uno dei meccanismi è il blocco totale o parziale di nutrienti, tramite il <i>quantum</i> di Citochine;</li> <li>– <b>Vaccino (coadiuvante esterno)</b>.</li> </ul>
--	--	--

	<p>Nello specifico, in riferimento al <b>Risarcimento del danno</b>, fra le diverse risposte immunitarie sembra possibile individuare tre paradigmi di reazione, confrontabili in modo biunivoco con quelli risarcitori della colonna di sx<sup>380</sup>.</p>	
	<p><b>Indennizzo/sottocompensazione</b></p>	<p><b>Mecanismi di immunità innata</b> (barriere epiteliali/Fagociti/Celule NK) <b>e/o meccanismi di immunità specifica</b> anticorpo mediata dai linfociti B;</p>
	<p><b>Risarcimento puro/compensazione piena</b></p>	<p><b>Immunità umorale (tipo di risposta specifica), mediata da anticorpi prodotti da linfociti B.</b> Essi riconoscono specificamente gli antigeni microbici, ne neutralizzano l'infettività e li destinano all'eliminazione da parte di vari meccanismi effettori. <i>L'immunità umorale costituisce il principale meccanismo di difesa contro i microbi extracellulari e contro le tossine da essi prodotti;</i></p>

segue

<sup>379</sup> Si inseriscono qui soltanto i rimedi civilistici azionabili in un contesto di R.C. Abbiamo però considerato che la molteplicità rimediale (civile, penale e amministrativa) potrebbe essere identificata con la complessità della chimica.

<sup>380</sup> Come riportato in letteratura, ad es. «esistono due tipi di risposte immunitarie specifiche, denominate immunità umorale ed immunità cellulare; esse sono mediate da componenti diverse del sistema immunitario, e sono preposte all'eliminazione di tipi di microbi differenti»: così A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 5.



	<p><b>Risarcimento punitivo/overcompensation</b></p>	<p><b>Immunità cellulare, mediata dai linfociti T.</b> «I microbi intracellulari, quali i virus e alcuni batteri, sopravvivono e proliferano all'interno dei fagociti e di altre cellule dell'ospite, rendendosi così inaccessibili agli anticorpi circolanti»<sup>381</sup>. La difesa contro questo tipo di infezioni è svolta dall'immunità cellulare, che favorisce la distruzione dei microbi endocitati dai fagociti o la lisi delle cellule infettate.</p> <p>N.B. Si consideri che <i>in alcune infezioni virali</i> – in risposta all'antigene e ai fattori di crescita prodotti dai linfociti stimolati dall'antigene stesso o da altre cellule – <i>il numero di linfociti T specifici per il virus può aumentare fino a 100.000 volte</i><sup>382</sup>.</p>
<p><b>10. Regolatore della risposta</b></p>	<p><b>Assicurazione (volontaria o imposta ex lege)</b> Tramite l'istituto assicurativo è possibile "rimodulare" la complessiva risposta di R.C.: in particolare la difesa giuridica non viene soppressa, bensì direzionata verso un soggetto diverso dal patogeno sociale. Es.: nell'assicurazione automobilistica, in caso di incidente il giudice non condanna il danneggiante (patogeno sociale-assicurato), ma il suo assicuratore. La variabile assicurativa si può vedere come: – "immunostimolante": ad es., nel caso di assicurazione obbligatoria per legge (come quella automobi-</p>	<p><b>Immunomodulatore molecolare e/o farmacologico</b> L'immunomodulazione è un fenomeno complesso che può essere affrontato sotto diversi profili (molecolare, fenotipico/comportamentale e farmacologico). Al fine della presente comparazione si possono considerare: – <i>molecole immunomodulatorie</i>: da un lato, un patogeno può esprimere molecole che ad es. inibiscono la duplicazione dei linfociti o l'attivazione di macrofagi. Dall'altro, si può considerare la rete molecolare esistente che può modulare – favorendo o reprimendo</p>

segue

<sup>381</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 6.

<sup>382</sup> A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *op. cit.*, p. 15.

	<p>listica), l'assicurazione esprime un effetto di <i>amplificazione degli effetti rimediale</i>. Essa aumenta la complessiva attività di risposta del sistema (soprattutto di <i>compensation e deterrence</i>); ma anche come</p> <p>– “<i>immunosoppressore</i>” che limita, fino ad inibirlo, l'operatività del rimedio risarcitorio.</p>	<p>mendo – la reazione dei linfociti<sup>383</sup>;</p> <p>– <i>farmaci immunomodulatori</i>: composti esterni che aiutano a regolare – aumentando o sopprimendo – la risposta immunitaria, modificando con precisione l'equilibrio del sistema.</p>
--	---	--

La proposta di ontologia formale qui presentata rappresenta il primo – e necessario – passo verso l'obiettivo della costruzione di un modello matematico/numerico per la descrizione e misurazione della risposta di R.C., e sua successiva validazione, basato sulle dinamiche osservabili della risposta immunitaria (bioispirazione). Idealmente, tale modello, ricevute in ingresso le variabili significative che definiscono l'offesa, dovrebbe essere in grado di restituire, in *output*, il *quantum* di reazione (minima) efficace per massimizzare gli obiettivi di *policy* giuridica definiti a monte (*i.e.* massimizzazione della deterrenza generale e speciale, tutela piena delle vittime – anche collaterali, adeguata retribuzione, proporzionalità, etc.).

Al momento non è ancora stato definito quale degli approcci (CA, ABMs, o ibrido) sia più utile/*suitable* alla misurazione della risposta nella modellazione di un sistema di R.C. bioispirato a quello immunitario: nella possibile e auspicata fase successiva del lavoro si dovrà, quindi, prioritariamente definire l'approccio da utilizzare.

Si tratta di un'opera sicuramente impegnativa che dovrà coinvolgere saperi e competenze diverse, nella logica di ogni approccio trasversale tipico del “*Law &...*”.

Tale fatica, però, promette di essere fruttuosa. L'uso dei modelli matematici (in funzione di verifica) già sperimentati in campo immunologico, potrebbe essere di notevole aiuto in ambito giuridico.

Solo per fare un esempio eloquente, già negli anni '70 del secolo scorso, G.I. Bell aveva sviluppato un modello matematico minimo della c.d. selezione clonale e della produzione di anticorpi, in grado di calcolare numericamente la risposta del sistema verso l'antigene. Quest'ultima, come anticipato, mostrava un comportamento *ragionevole*<sup>384</sup>. Simili esperienze, finalizzate alla misurazione

<sup>383</sup> Cfr. S. EMMING-N. BIANCHI-S. POLLETTI-C. BALESTRIERI-C. LEONI-S. MONTAGNER-M. CHIRICHELLA-N. DELALEU-G. NATOLI-S. MONTICELLI, *A molecular network regulating the proinflammatory phenotype of human memory T lymphocytes*, in *Nat Immunol.*, 4/2020, p. 388 ss.

<sup>384</sup> «Nella fase iniziale vi è un aumento esponenziale di anticorpi. Per una stessa quantità di antigeni il sistema risponde in maniera più marcata a un'esposizione prolungata che non a una mo-

dell'intensità di una risposta di difesa, sono di grande interesse per il giurista. Soprattutto in quest'epoca di crisi della certezza del diritto e di mutamento del ruolo del giudice nei sistemi di *civil law* nella quale cresce l'esigenza di prevedibilità del diritto. Inoltre, il fatto che anche il sistema di difesa biologico per eccellenza mostri un comportamento ragionevole, senza però rinunciare alla piena deterrenza, suggerisce l'opportunità di bilanciare il valore della prevedibilità con altri valori e obiettivi di pari rango, fra i quali primeggia, come *primus inter pares*, quello di deterrenza.

Si precisa infine che i dati che dovessero emergere dal modello dovranno essere vagliati criticamente alla luce dei complessivi valori che informano l'ordinamento giuridico e delle diverse *rationes* che giustificano un rimedio ultra-compensativo. In altre parole, il suggerimento che concretamente dovesse giungere dalla biologia – *sub specie* di regola operativa – dovrà essere valutato in base ai diversi scopi di politica del diritto propri della responsabilità civile. Senza giungere, necessariamente, alla conclusione che la soluzione biologica, quantunque ottimizzata dal processo evolutivo, *debba* essere applicata anche nel campo del diritto<sup>385</sup>. Insomma, la biologia potrà concretamente aumentare la conoscenza critica del giurista sul proprio oggetto di studio in generale, e sulla R.C. in particolare. Occorre, però, rifuggire dalla tentazione di facili, quanto fallaci, riproposizioni di teoriche ispirate al diritto “naturale”, magari con una nuova veste scienziata, che sembrano essere state consegnate dagli studi degli ultimi due secoli alla storia del diritto<sup>386</sup>.

---

mentanea. La risposta secondaria è molto più rapida di quella primaria a causa del maggior numero di cellule della memoria che, grazie a una proliferazione selettiva, sono anche dotate di una maggiore affinità. Il modello offre anche una possibile spiegazione per la tolleranza a basso dosaggio: in caso di piccole dosi di antigene la stimolazione produce poche o nessuna cellula della memoria, cosicché il compartimento delle cellule bersaglio e delle cellule della memoria si svuota»: U. BEHN-F. CELADA-P.E. SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, in *Treccani online*: [http://www.treccani.it/enciclopedia/modelli-matematici-in-immunologia\\_%28Frontiere-della-Vita%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/modelli-matematici-in-immunologia_%28Frontiere-della-Vita%29/).

<sup>385</sup> Tale precisazione è da leggere insieme al fondamentale insegnamento della comparazione giuridica per cui lo stesso diritto, alla maniera dei sistemi biologici, evolve ed è oggetto di mutazione: cfr. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 23 ss., ed ivi bibliografia. Similmente, anche le offese e le strategie dell'offensore (soprattutto di quei raffinati “patogeni” sociali) si evolvono, allo scopo di sfuggire alla risposta giuridica. Ciò è coerente con quello che fanno i “parassiti”, che cercano di sopravvivere nei vertebrati. Si tratta di un adattamento verificatosi nel corso dell'evoluzione che consente a tali organismi di scappare/resistere ai meccanismi immunologici dell'ospite. I parassiti hanno sviluppato infatti strategie raffinatissime per resistere all'immunità specifica, riconducibili essenzialmente alla possibilità di: a) modulare o alterare la propria immunogenicità; b) inibire attivamente la risposta immunologica dell'ospite (cfr. A.K. ABBAS-A.H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, *ibidem*).

<sup>386</sup> Sul punto si v. però M. GRAZIADEI, *Natural Law in the Story of Comparative Law: Considerations on Its Continuing Relevance*, in 8 *J. Comp. L.* 13 (2013), che considera *inter alia* i buoni servizi resi dai richiami fatti alla «classical natural law to ‘reason’»; rintracciabili, ad esempio, nella Universal Declaration of Human Rights del 1948.

## CAPITOLO SECONDO:

# I MATERIALI ESISTENTI IN ITALIA: PER UNA SISTEMATICA DELLA REAZIONE PROPORZIONATA ALLE CONDOTTE ILLECITE

SOMMARIO: 2.1. I tre paradigmi di reazione presenti nel vigente ordinamento: *risarcimento puro*, *indennizzo* e *risarcimento ultra-compensativo* (o *punitivo*). – 2.2. Indennizzo, l'arte del contemperamento degli interessi: un rimedio mite. Sottocompensazione a fronte di un danno *non* antiggiuridico. – 2.3. Le diverse fattispecie di indennizzo: una panoramica. – 2.4. Indennizzo per immissioni c.d. liceizzate. – 2.4.A) Caso “Malpensa” ed immissioni con prevedibile durata *sine die*: tra danno da atto lecito ed “espropriazioni larvate”. – 2.4.B) Poteri equitativi e compensazione delle esternalità di segno opposto. – 2.5. Lo stato di necessità e il caso di studio del diritto all'abitazione. Inquadramento giuridico e struttura della fattispecie. – 2.5.A) *Segue*: sulla nozione di persona e gli altri elementi costitutivi della fattispecie. – 2.5.B) *Segue*: stato di necessità e diritto all'abitazione. – 2.6. Espropriazione per pubblica utilità e indennizzo. Premessa: proprietà privata e diritti fondamentali: una relazione pericolosa che influenza i rimedi. – 2.7. *Segue*: panoramica sulla nozione di espropriazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: uno “slalom tra contenuto economico del diritto e parità di trattamento”. – 2.8. *Segue*: Strasburgo ha parlato: la causa è finita? Influenza sul diritto interno in tema proprietario. – 2.9. Espropriazione per pubblica utilità e acquisizione sanante: le nuove norme, critica. – 2.10. *Quantum* dell'indennizzo ed interventi di riforma economico-sociale. – 2.11. *Segue*: espropriazione, acquisizione sanante e indennizzo: valutazioni conclusive. – 2.12. Le fattispecie ultra-compensative: una risposta forte e perentoria alle aggressioni. *Overcompensation* a fronte di un danno *molto* antiggiuridico. Panoramica delle diverse fattispecie. – 2.13. La condanna aggravata per lite temeraria. – 2.14. L'apparato deterrente e sanzionatorio della legge sulla subfornitura. – 2.15. L'*astreinte* italiana e la dissociazione tra i formanti dell'ordinamento. – 2.16. Il risarcimento del danno ambientale: tra punizione e risarcimento in forma specifica. – 2.17. Responsabilità da contratto e da fatto illecito: perduranti differenze di regime ma sostanziale identità funzionale? – 2.18. La funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità da inadempimento e il dolo del debitore. – 2.19. *Overcompensation* e contratto: lo strano caso dell'inadempimento “efficiente”. – 2.20. *Overcompensation* e contratto. *Segue*: il danno non patrimoniale da inadempimento.

## 2.1. I tre paradigmi di reazione presenti nel vigente ordinamento: risarcimento puro, indennizzo e risarcimento ultra-compensativo (o punitivo)

Dalle considerazioni svolte nelle pagine precedenti è emerso che il rimedio risarcitorio ha la principale finalità di riportare l'attore leso sulla curva di indifferenza sulla quale si collocava prima che l'atto illecito lo strattonasse verso il basso, di restaurare la condizione *ante* illecito, insomma. Tale finalità è adempiuta tipicamente con un *equivalente monetario* – che rappresenta pertanto il *contenuto minimo dell'obbligazione risarcitoria*. Le norme di cui agli artt. 1223, 1226, 2056 c.c. consentono al giudice di utilizzare i propri poteri equitativi per tenere conto delle irripetibili circostanze del caso di specie e del grado dell'elemento psicologico del danneggiante. Ciò lascia filtrare l'idea di *sanzione* pur sotto le più leggiadre vesti dell'*equità*, e quindi consente al sistema di discostarsi dal mero equivalente monetario della lesione subita, liquidando, per le diverse *rationes* analizzate sopra, all'attore leso un qualcosa di più.

Risultato auspicabile e necessario in taluni casi di cui s'è dato ampiamente conto (le diverse fattispecie ultra-compensative saranno esaminate di seguito ai § 2.12. ss.).

L'osservazione dei fatti umani e dell'ordinamento positivo, così come esso effettivamente è, suggerisce che se l'equità talvolta richiede di andare oltre il mero equivalente monetario della lesione (poniamo, a beneficio di semplificazione, verso una dimensione punitiva), essa stessa reclama, in altre ipotesi, di recare al danneggiato qualcosa di meno del "prezzo" della lesione calcolato a valore di mercato.

Come noto, in forza del principio della riparazione integrale<sup>1</sup>, non esiste nel nostro ordinamento una regola generale di *ius moderandi*<sup>2</sup>, ovvero il potere del giudice di ridurre il *quantum* del risarcimento rispetto a ciò che sarebbe dovuto<sup>3</sup>. Tuttavia, in talune ipotesi peculiari, il legislatore ha apparecchiato le condizioni per non obliterare l'equità dalla camera di consiglio. E difatti il nostro di-

<sup>1</sup>Non sembra vano sottolineare che trattasi di un principio orientativo, e non già di una regola ferrea. Principio orientativo che, come dimostrato nel capitolo precedente, non vanta una copertura costituzionale, sebbene sia un'utile indicazione – meglio: necessario punto di reperi – per gli interpreti.

<sup>2</sup>Il quale è rinvenibile ad esempio nell'ordinamento svizzero. L'art. 43, comma 1, del *Codice delle Obbligazioni* elvetico recita: «il modo e la misura del risarcimento per il danno prodotto sono determinati dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze e della gravità della colpa». Si tratta di una norma del 1911, apprezzabilmente elastica, che sembra consentire di discostarsi dall'equivalente monetario tanto verso il basso, quanto verso l'alto.

<sup>3</sup>«(...) al fine di tenere conto del grado di colpevolezza (...) oppure di evitare un peso eccessivo per le condizioni finanziarie del responsabile (come era nei diritti dei paesi socialisti)»: così C. SALVI, *La responsabilità civile*, II ed., in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 258.

ritto positivo è costellato di ipotesi di *indennità/indennizzo* che istituzionalmente si fanno carico della necessità appena evocata (tali fattispecie verranno analizzate in avanti nei § 2.3. ss.).

Prima di addentrarsi nel riepilogo delle fattispecie indennitarie, da un lato, e ultra-compensative, dall'altro, nonché nell'analisi di talune di esse che paiono emblematiche e significative in una prospettiva sistematica, sembra opportuno soffermarsi sui diversi paradigmi rimediali che si possono trarre dal vigente ordinamento civile.

Da quanto considerato finora, è emersa l'opportunità che la reazione ordinamentale alle offese sia *proporzionata* all'effettivo *disvalore della condotta* e all'*intensità dell'elemento psicologico* del danneggiante. Il vigente sistema di responsabilità civile già mostra, in parte<sup>4</sup>, di valorizzare tali differenze offrendo, a seconda dei casi, un rimedio diverso riconducibile a tre paradigmi essenziali, definiti con parole differenti<sup>5</sup>. Si tratta del *risarcimento puro*, dell'*indennizzo*, e del *risarcimento ultra-compensativo* (o punitivo)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>In parte poiché, come rilevato nel Capitolo precedente, è dato riscontrare ancora un grave *deficit* in punto di effettività che, tuttavia, sembra colmabile con una fattispecie generale ultra-compensativa. Si deve precisare che la considerazione svolta nel testo vale già con riferimento al sistema del codice, all'interno del quale è dato rinvenire la presenza dei tre paradigmi rimediali di cui si dirà in appresso. Essa è poi confermata dalle numerosissime disposizioni extracodicistiche inserite negli ultimi decenni che influenzano, giocoforza, l'interpretazione dei dati positivi codicistici, almeno di quelli elastici che, quindi, lasciano fisiologicamente all'interprete il compito di specificare il precetto normativo. Cfr. N. IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., p. 15.

<sup>5</sup>È appena il caso di sottolineare quanto le parole siano importanti nel mondo giuridico. Di là del fenomeno straordinario del potere performativo delle parole del diritto di creare e mutare stati del mondo (si pensi alla potenza della *res iudicata*), si deve convenire con G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 347, che proprio in materia di *tort law*, osserva: «each “word” could then be attached to a different set of rules and requirements. The same could well be said of extracompensatory damages».

<sup>6</sup>Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 314 e 317: «mentre il risarcimento costituisce il rimedio per tutte le ipotesi di ingiustizia del danno, l'indennizzo, pur rientrando nel sistema della responsabilità civile, è configurabile per altre ipotesi di danni, non necessariamente ingiusti... per i quali *comunque* occorre prevedere un rimedio (riparatorio)». E ancora: «la varietà delle esigenze, pertanto, in chiave teleologico-funzionale, implicherà in alcuni casi un bilanciamento, in altri una neutralizzazione, in altri ancora una reazione alla lesione arrecata di una tale entità da superare la mera risarcibilità, a detrimento della ormai desueta teoria della differenza (*Differenztheorie*)»; e ID., *Relazione conclusiva*, in D. MANTUCCI-G. PERLINGIERI-M. D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, cit., p. 1096 «la trattazione della responsabilità è un tipico esempio di dogmatica tradizionale caratterizzata dal preconetto che la responsabilità civile sia solo riparatoria. (...) D'altronde, la responsabilità non è collegabile soltanto all'illecito; tale è anche quella conseguente ad attività lecita dannosa. Essa si dimostra polifunzionale e poliedrica: talvolta può avere un'unica funzione, talaltra più funzioni (compensativa, riparatoria, punitiva, deterrente etc.). Non v'è ragione per escludere la funzione punitiva della responsabilità civile».

A) Cominciamo con il considerare il *risarcimento puro* o meramente compensativo. Esso manifesta una funzione tipicamente (ed ontologicamente) riparatoria. Si tratta di un rimedio che, rannodandosi saldamente al principio di riparazione integrale, si dimostra idoneo a governare il grosso dei fatti illeciti generatori di R.C.; quelli situati al di sotto della campana della curva gaussiana, e che, dunque, non siano particolarmente connotati né da un'odiosità (o virtuosità) della condotta, né da una peculiare declinazione dell'elemento soggettivo dell'offensore. Si potrà definire tale risarcimento "ordinario" come il *rimedio istituzionale per il danno antiggiuridico*. O, in altre parole, il risarcimento ordinario per il danno... ordinario. Poiché si tratta della nozione classica di risarcimento, rinvenibile in ogni manuale istituzionale di Diritto privato, non sembra il caso di indulgere in ulteriori approfondimenti.

B) Al di sotto della completa riparazione vi sono le situazioni di *undercompensation*. Esse non verranno qui esaminate dal punto di vista patologico, ossia con riferimento ai casi in cui vi sarebbe il buon diritto ad una compensazione piena e, a cagione di una qualche inefficienza del sistema giuridico (fosse anche processuale), l'attore non riesca ad ottenere esattamente il *quantum* che pur gli spetterebbe. Interessa qui esaminare le situazioni di sottocompensazione fisiologica. Ossia quella casistica riconducibile al paradigma rimediale indennitario ove il legislatore, a fronte di un danno non antiggiuridico (o di un *danno da atto lecito*), assegna al soggetto leso una compensazione soltanto parziale<sup>7</sup>.

Strutturalmente, l'indennizzo integra una fattispecie rimediale di prevalenza. Nella comparazione tra il diritto che legittima la condotta realizzata dal danneggiante e il diritto che tale condotta lede (quello del danneggiato), prevale il primo. E proprio in forza di tale prevalenza accordata dall'ordinamento la lesione non è qualificabile come antiggiuridica. Tra due posizioni soggettive giuridicamente rilevanti e meritevoli di protezione, la cui contemporanea tutela sia però

---

<sup>7</sup> V. in argomento A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, cit., p. 624. Non sembra revocabile in dubbio che, nel grosso dei casi almeno, l'indennizzo venga dato dall'ordinamento a fronte di un danno derivante da un atto lecito. L'espropriazione per pubblica utilità cagiona un danno al proprietario ablato, certo, ma tale danno, a misura che il procedimento di esproprio sia stato rituale, deriva da un atto lecito, anzi, finanche virtuoso. Così come l'atto di pentimento dell'autore, che decida di revocare la propria opera dal commercio, è senz'altro un atto lecito, giacché, a tacer d'altro, consentito dalla legge (v. art. 142 l.d.a.). Tale atto (lecito) cagiona comunque un danno economico a coloro che avevano acquistati i diritti di riproduzione, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare il prodotto dell'ingegno dell'autore pentito. Danno che, però, il legislatore decide di compensare soltanto parzialmente (tramite il rimedio indennitario), ritenendo equo che una parte del danno resti dove sia caduto "naturalmente". Si v. C. BUONAURO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, Padova, 2012, e M.A. MAZZOLA, *Indennizzo e risarcimento*, in G. CASSANO (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, I, Padova, 2011, p. 785 ss. Da ultimo, sembra esprimersi a favore dell'autonomia concettuale della categoria degli atti leciti dannosi anche C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., p. 111 ss. L'A. osserva che le fattispecie da cui discende una prestazione indennitaria si distinguono da quelle generatrici di un'obbligazione risarcitoria sia sotto il profilo dell'ingiustizia, sia sotto quello delle conseguenze dannose giuridicamente rilevanti.

oggettivamente impraticabile, l'ordinamento opta per una di esse. La posizione soggettiva subvalente non viene azzerata, ma subisce un affievolimento. Si dà al titolare un rimedio mite (l'*indennizzo*), che contiene, geneticamente, un contemperamento dei diversi interessi in gioco compiuto a monte dal legislatore e/o esperibile a valle dal giudice tramite valutazione equitativa.

C) All'estremo superiore, invece, si situano le situazioni di *overcompensation*. Partendo dall'integrale riparazione, che rappresenta il *de minimis* dell'obbligazione risarcitoria ordinaria (e, chiaramente, fuori dai casi di atto lecito dannoso ove il legislatore ha compiuto a monte un contemperamento dei diversi interessi in contesa), attingono progressivo rilievo, per la parametrizzazione del *quantum respondeatur*, la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento psicologico del danneggiante. Sicché, come emergerà icasticamente nell'ultimo capitolo del presente lavoro, il *rimedio ultra-compensativo* (o danno punitivo, che dir si voglia) è dato per rispondere, proporzionalmente ed efficacemente, a un *danno molto anti-giuridico*. Detto altrimenti, si tratta di un rimedio "performante" in grado di essere effettivamente deterrente e scoraggiare il *tortfeasor*, attuale o potenziale, dal commettere l'illecito; specie in situazioni ove, in difetto di un simile istituto, il danneggiante si determinerebbe ad offendere, contando su uno scenario di impunità o puntando, in ogni caso, a incamerare il delta tra risarcimento (compensativo) e plusvalore cagionato dall'illecito<sup>8</sup>.

## 2.2. *Indennizzo, l'arte del contemperamento degli interessi: un rimedio mite. Sottocompensazione a fronte di un danno non anti-giuridico*

«*Tignum iunctum aedibus vinaeque concapae ne solvito*»<sup>9</sup>.

S'è detto che l'indennizzo si può qualificare come un rimedio riparatorio che prevede una compensazione soltanto parziale a fronte di un danno – di regola –

---

<sup>8</sup>D'altronde, la generale funzione deterrente della R.C. e la gravità della condotta sono considerati espressamente dai Principi di diritto europeo della responsabilità civile, elaborati dallo *European Group on Tort Law*. Cfr. l'art. 10:101 cit., nonché l'art. 10:301 – Danno non patrimoniale, comma 2: «di norma, nella valutazione di tali danni devono essere prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto. La colpa del danneggiante deve essere presa in considerazione solo ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima» (nostra l'enfasi).

<sup>9</sup>«Non si liberi, né si sciolga ogni materia congiunta alle case o alla vigna». Disposizione tratta dalle Leggi delle XII tavole (tavola VI) tesa ad evitare menomazioni alle costruzioni e turbamenti alla coltura della vite da parte del proprietario intenzionato a riprendersi i propri legni. Si tratta di risalente ed embrionale ipotesi di affievolimento del diritto di proprietà per ragioni iperindividuali contro una compensazione (prevista in prosieguo nella VI tavola) dovuta al legittimo proprietario, una volta che il magistrato avesse accertato una violazione; in altre parole, un indennizzo *ante litteram*. Cfr. D.G. SILVESTRI, *Breve interpretazione delle Leggi delle dodici Tavole de' Romani*, Padova, 1769, p. 176 ss.



non antiggiuridico. Si può anche discorrere di un danno da atto lecito. Come si vedrà *amplius* in appresso, poi, tale paradigma rimediabile ricorre in settori dell'ordinamento assai diversi, tanto che taluno ha dubitato della possibilità di rinvenire un senso rimediabile omogeneo.

Invero, le diverse – e talvolta eterogenee – ipotesi indennitarie sono comunque legate da un *fil rouge* che accompagna l'interprete alle scaturigini di un rimedio “mite”, in grado di bilanciare con sapienza i contrapposti interessi in gioco<sup>10</sup>. Da un punto di vista tecnico, il minimo comune denominatore delle diverse fattispecie indennitarie (almeno di quelle riconducibili a un rimedio riparatorio, oggetto della presente trattazione), risiede nel delta esistente tra danno effettivamente patito e misura dell'obbligazione riparatoria. In altre parole, e con perfetta specularità rispetto al paradigma ultra-compensativo, l'obbligazione “risarcitoria” non è parametrata esattamente all'effettivo sacrificio patrimoniale del danneggiato. Con ciò sconfessandosi puntualmente, peraltro, il principio di riparazione integrale. In ogni caso, e «indipendentemente dal richiamo che se ne faccia, i temi dell'indennità e dell'indennizzo sembrano in una certa misura legati a quello dell'equità»<sup>11</sup>. Anzi, l'equità costituisce propriamente un *criterio di misura* dell'indennizzo<sup>12</sup>. L'equità, infatti, consente al giudice di modulare la propria discrezionalità per apprezzare le irripetibili circostanze del caso e ritagliare il rimedio nella maniera più acconcia alla fattispecie concreta.

Sembra comunque opportuno avvertire che, ferma la validità generale della descrizione sopra riportata circa la struttura e l'operatività del paradigma indennitario, poiché riscontrabile puntualmente nella maggior parte delle fattispecie presenti nell'ordinamento, vi sono taluni fatti generatori di obbligazione indennitaria che non possono definirsi propriamente leciti. Un esempio in tal senso è l'ipotesi delineata dall'art. 129 *bis* c.c., riguardante la responsabilità del coniuge in mala fede cui sia addebitabile la nullità del matrimonio. Ivi non sembra che sia l'equità a governare i criteri di commisurazione dell'indennizzo. Infatti, il legislatore ha definito una serie di criteri precisi cui il giudice dovrà attenersi (la somma dovrà essere congrua, e comunque non inferiore al mantenimento per tre anni, e, soprattutto, da pagare anche in mancanza di prova del danno patito). In tal caso, dal regno dell'equità sembra di spostarsi sotto l'egida della sanzione<sup>13</sup>, seppur forfettizzata. Ad ogni buon conto, l'esistenza di talune fattispecie

<sup>10</sup> Per le implicazioni generali di un diritto mite si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>11</sup> C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012, p. 2.

<sup>12</sup> G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 149, citato da C. CARICATO, *ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr. C. CARICATO, *op. cit.*, p. 3, e in particolare cap. III, p. 93 ss.; nonché C. MARTI, *L'art. 129-bis cod. civ. nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in F.D. BUSNEL-

non riconducibili pienamente al paradigma descritto non sembra inficiare la tenuta generale del sistema rimediale qui ricostruito<sup>14</sup>.

Piuttosto, in argomento, si deve osservare come sia motivo sempreverde di critica prendersela con il legislatore per imprecisioni terminologiche. Esse, sovente un effetto spurio della caotica legislazione d'emergenza, possono recare effetti destabilizzanti di non poco conto nell'ordinamento.

Paradigmatico, in proposito, sembra essere il destino dei due referenti linguistici degli istituti oggetto di indagine nel presente capitolo<sup>15</sup>: ossia *risarcimento*, da un lato, e *indennizzo*, dall'altro.

La fondata critica, muovendo da giudizi di trascuratezza nella tecnica redazionale delle norme, arriva a parlare di deprecabile «ginepraio semantico che avvince il legislatore»<sup>16</sup>, o di vera e propria “incoscienza” del medesimo<sup>17</sup>. Effettivamente, dall'analisi, sincronica e diacronica, dei contesti normativi in cui ricorrono le nozioni “indennizzo” e “indennità” si evince la polisemia che le caratterizza<sup>18</sup>;

---

LI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 209 ss. In ogni caso, sia che si voglia leggere la fattispecie come indennitaria, sia che la si voglia inquadrare come ultra-compensativa, essa integra un esempio di “risarcimento” eccentrico rispetto a quello meramente compensativo e testimonial, dunque, l'attenzione del legislatore per la molteplicità fattuale, alla quale deve seguire, necessariamente, una molteplicità rimediale. Come ulteriori esempi di fattispecie indennitarie (parzialmente) eccentriche rispetto al paradigma descritto – perché derivanti comunque da un fatto generatore illecito – si possono menzionare l'indennizzo per danni derivanti da emotrasfusioni (art. 1, l. n. 210/1992) e la riparazione per l'ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.). Non sembra dubitabile che il fatto generatore, *per se*, sia qualificabile come illecito: la lesione è pur sempre antiggiuridica. In simili casi il legislatore conferisce un indennizzo, in luogo di una riparazione integrale, per mere ragioni di cassa. In ogni caso, da un punto di vista funzionale ci si trova davanti ad un rimedio che bilancia i contrapposti interessi in gioco ed esprime una quantificazione della riparazione inferiore al danno patito dalla vittima.

<sup>14</sup> *Mutatis mutandis*, pare certamente utile l'indicazione di metodo data da Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, § 5.2, nello speculare contesto delle fattispecie ultra-compensative, a mente della quale è «inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla “categoria”».

<sup>15</sup> Non ci si intratterrà a soverchio sopra un'analisi di ordine filologico; si tiene a mente l'insegnamento di Giacomo Devoto, recato al non certo improvvido Carnelutti. Cfr. G. DEVOTO, *Jus. Di là dalla grammatica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, II, p. 414 ss.

<sup>16</sup> Parole di P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, II, p. 1062. Cfr. anche ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 308 ss., per una critica alle distinzioni tra indennizzo e risarcimento basate unicamente sull'entità del danno, sul fatto causativo (illecito o lecito) o sulle modalità di liquidazione del *quantum debeatur*. Per l'illustre A. gli istituti esprimerebbero una *eadem ratio*: la riparazione della lesione cagionata. E la differenza atterrebbe al «diverso criterio di valutazione del danno conseguente a un giudizio che l'interprete esprime, valutando quell'atto gravemente lesivo di un interesse peculiarmente tutelato dall'ordinamento».

<sup>17</sup> Espressione di M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, p. 116.

<sup>18</sup> Le parole “indennizzo” e “indennità” possono essere trattate come sinonime. Più precisamente, esprimono «una trascurabilissima variante dello stesso sema o senema»: così D. BONAMO-

varietà di significati che per taluno impedirebbe al termine indennizzo di esprimere un preciso valore scientifico<sup>19</sup>.

Sennonché il destino della polisemia è toccato pure ad altre fondamentali nozioni come “buona fede”, “equità”, “danno”<sup>20</sup>; e ciò senza grandi crisi di panico da parte degli interpreti. In altre parole, la pacifica polisemia del termine indennizzo non costituisce un ostacolo insormontabile al fine di ritrovare un significato stabile e preciso dell’istituto, all’interno della sistematica della R.C.

A confondere le acque, tuttavia, contribuisce la vicinanza, là dove non si tratti di vera e propria sovrapposizione semantica, con la affine categoria del “risarcimento”; vicinanza che, se non aiuta immediatamente i necessari intenti ordinatori, costituisce «il primo termine di raffronto cui si è indotti a pensare, o come *genus* da cui ricavare la *species* [indennizzo, N.d.A.], o, almeno, come nozione idonea, per la ricchezza dei suoi contenuti, a tracciare dall’esterno i confini del fenomeno»<sup>21</sup>.

Dunque, grazie ad un raffronto strutturale con il risarcimento, di cui s’è trattato ampiamente nel I Capitolo, potranno emergere la fisionomia e la finalità del rimedio che meglio si attaglia a quei fatti umani che, pur produttivi di danno, non (sempre) sono sussumibili nella nozione di illecito: l’indennizzo.

La dottrina ha osservato come «per un giuoco semantico i due termini – “indennità” e “risarcimento” – si sono scambiati la funzione. Indennità, da *in* e *damnum*, dovrebbe significare eliminazione del danno; risarcimento invece, da *sarcire*, rappezzare, rammendare, sarebbe una ricucitura, un rammendo, un riatramento. I due termini hanno assunto ciascuno il significato dell’altro: il che non ha contribuito alla chiara rappresentazione dei loro elementi di contrasto»<sup>22</sup>.

Se è vero che la parola indennizzo non ha un significato univoco nel diritto vigente, «ben diverso è però convincersi dell’assenza nell’ordinamento italiano

RE, *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di «indennità, indennizzo, risarcimento» quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 3245. Ciò posto, a beneficio di chiarezza in prosieguo si farà sempre riferimento alla nozione di indennizzo, peraltro costituzionalizzata all’art. 42 Cost. Cfr. A. PUBUSA, voce *Indennità e Indennizzo*, in *Dig. disc. pub.*, VIII, IV ed., diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 223.

<sup>19</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 594.

<sup>20</sup> Cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 56, per la ricognizione dei diversi significati che il sostantivo “danno” assume nei vari luoghi del diritto della R.C.

<sup>21</sup> In tal guisa S. CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 99.

<sup>22</sup> G. GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1973, p. 360. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, Genova, 1973, p. 36, nota la tendenza, affermata già sotto l’impero del c.c. italiano del 1865, di abbandonare il significato etimologico del vocabolo “indennizzo”, onde accreditare il significato diverso e prevalente di compensazione. L’illustre A. conclude sottolineando come tale tendenza abbia ricevuto dalla Costituzione repubblicana una “sponsorizzazione” che renderebbe assai difficile un ulteriore sovvertimento di senso.

di elementi che qualifichino una o più figure generali unitarie»<sup>23</sup>. È difatti possibile identificare due, prevalenti<sup>24</sup>, significati di indennizzo ed altrettanti “ambienti giuridici” omogenei in cui essi vivono<sup>25</sup>:

A) compensazione per il sacrificio (totale o parziale) di un diritto o di un interesse, non necessariamente legata agli elementi costitutivi del fatto illecito. A titolo di esempio, si possono menzionare le tre fattispecie paradigmatiche che saranno esaminate in prosieguo: art. 844 (immissioni liceizzate dal giudice), art. 2045 (stato di necessità), e artt. 834 c.c. (espropriazione per pubblico interesse);

B) corrispettivo per una prestazione resa: più in generale compenso a tacitazione ovvero emolumento<sup>26</sup>. Tale accezione si rinviene di frequente nella legislazione del lavoro – si vedano gli artt. 2118-2122 c.c., ove «rimane (pressoché) irrilevante ogni riferimento all'illiceità del contegno delle parti (sia del datore di lavoro che del lavoratore)»<sup>27</sup> – e in materia assicurativa, ove nell'art. 1917 c.c., ad esempio, l'indennità assicurativa, corrisposta dall'assicuratore al terzo danneggiato, integra essenzialmente la controprestazione per il pagamento del premio da parte dell'assicurato.

*Ça va sans dire*, ci si concentrerà sulla nozione di indennizzo *sub* A), la quale, oltre ad essere qui oggetto di indagine, rappresenta, per pacifica opinione, il significato prevalente del lemma medesimo<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., p. 126.

<sup>24</sup> Vi sono, infatti, delle ipotesi spurie che non sono perfettamente riconducibili ai due paradigmi descritti in appresso. Cfr. A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 223 ss.

<sup>25</sup> Sul punto merita di essere richiamata la posizione di P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1066, per il quale non si potrebbe parlare di nozione omogenea, esistendo fattispecie eccentriche rispetto al modello generale ricostruito.

<sup>26</sup> In una prospettiva simile già L. LUCCHINI, voce *Indennità*, in *Dig. it.*, XIII, parte I, Torino, 1903, p. 585 s. Ricostruzione ribadita nel 1938 da M. D'AMELIO, voce *Indennità*, in *N. Dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 1006. Per S. CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, cit., p. 105, «si tratta di una prestazione che mira alla reintegrazione non tanto del patrimonio (nel suo complesso), quanto piuttosto del singolo bene (autonomamente considerato). Elementi caratterizzanti la categoria così descritta sono dunque: la corrispettività, la mancanza dell'illecito ed il carattere pecuniario della prestazione».

<sup>27</sup> Così S. CICCARELLO, *op. cit.*, p. 102.

<sup>28</sup> *Ex multis* cfr. A. PUBUSA, voce *Indennità e Indennizzo*, cit., p. 223, il quale rubrica il secondo paragrafo della voce enciclopedica citata proprio come «Prevalenza della nozione di “indennità” e di “indennizzo” come compenso non risarcitorio per il sacrificio di un diritto o un interesse» (nostra l'enfasi). V. anche C. CARICATO, *op. cit.*, p. 204 ss., che osserva come il rimedio indennitario sembri rispondere a una funzione generale unica, ossia ristorare parzialmente il danneggiato dal danno subito, senza alcuna vocazione sanzionatoria del danneggiante, essendo peraltro irrilevante l'elemento soggettivo di costui. Inoltre, la giurisprudenza, riconducendo al campo dell'equità i diversi aggettivi adoperati dal legislatore per parametrare, di volta in volta, il *quantum* dell'indennità (“congrua”, “adeguata”, “giusta”), suole moderare tale importo, tenendolo quasi sempre al di sotto del controvalore di mercato del bene leso.

### 2.3. Le diverse fattispecie di indennizzo: una panoramica

In questo paragrafo saranno brevemente passate in rassegna le diverse fattispecie indennitarie riconducibili alla riparazione “mite” di cui s’è detto, ossia ad un rimedio che genera una sottocompensazione. Per specifiche ragioni, cangianti da caso a caso, il legislatore ha ritenuto di addossare al danneggiante un onere riparatorio solo parziale, lasciando quindi, in una certa misura, il peso del danno in capo al danneggiato<sup>29</sup>.

Verranno citate in primo luogo le fattispecie presenti nel sistema del codice, con preliminare richiamo di quelle presenti in materia di R.C. Si passeranno poi in rassegna gli indennizzi previsti in altri luoghi dell’ordinamento.

Si devono richiamare, dunque, le seguenti fattispecie del Libro quarto (Titolo IX, *Dei fatti illeciti*) del codice:

- i) l’azione generale di arricchimento (art. 2041 c.c.)<sup>30</sup>;
- ii) lo stato di necessità (2045 c.c.);
- iii) il danno cagionato dall’incapace (art. 2047 c.c.)<sup>31</sup>.

Ancóra, nel sistema codicistico troviamo:

- iv) l’espropriazione per pubblico interesse (art. 834 c.c.)<sup>32</sup>;
- v) l’indennizzo dovuto per il danno derivato dall’accesso al fondo del vicino effettuato per riparare un muro o altra opera, ovvero per recuperare la cosa propria che ivi si trovi accidentalmente (art. 843 c.c.);
- vi) l’indennizzo per le immissioni liceizzate dal giudice (art. 844 c.c.);
- vii) l’indennità dovuta ai proprietari che sopportino una diminuzione del proprio diritto nel caso in cui un’acqua non pubblica venga destinata, in tutto o in

<sup>29</sup> Osserva autorevolmente G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 144 s., che «la sottocompensazione sistematica dei danni può esprimere la decisione collettiva di incentivare gli atti e le attività che conducono a mutamenti di titolarità!». Da un’analisi del diritto positivo A. BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974, p. 595, inferiva che in talune ipotesi, tra le quali annoverava gli artt. 2045 e 2047 c.c., l’obbligazione “risarcitoria” «ha per contenuto, anziché il risarcimento del danno effettivo, la prestazione di un’equa indennità, di entità più ridotta»; annoverando così a pieno titolo il rimedio indennitario entro l’orbita della R.C.

<sup>30</sup> Il fatto che l’indennizzo predicato dalla norma appartenga al paradigma rimediale mite qui analizzato trova conferma, fra l’altro, nel costante insegnamento della giurisprudenza che, con riferimento al *quantum*, calcola soltanto il danno emergente e non già il lucro cessante. V. Trib. Reggio Calabria, 1° febbraio 2004, in *In iure praesentia*, 2/2004, p. 6. Cfr. pure C. CARICATO, *op. cit.*, p. 187 ss.

<sup>31</sup> V. diffusamente C. CARICATO, *op. cit.*, p. 71 ss.

<sup>32</sup> Per un autorevole commento alle diverse fattispecie di indennizzo rinvenibili nel Libro III del codice civile v. per tutti A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, VIII, Milano, 1995, e U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II ed., 2015, spec. pp. 402 ss. e 442 ss.

parte, ad altri proprietari le cui attività, agricole o industriali, siano ritenute dal giudice di prioritario interesse produttivo (art. 912 c.c.)<sup>33</sup>;

viii) l'indennizzo per il *pregiudizio arrecato da opere di sistemazione agraria* di un fondo che modifichino il deflusso naturale delle acque di scolo (art. 913 c.c.);

ix) l'indennità dovuta al proprietario del fondo per *danni ad esso cagionati da chi abbia inseguito i propri sciami di api o gli animali mansuefatti* (artt. 924 e 925 c.c.);

x) la indennità pel caso di *accessione di opere fatte da un terzo con materiali altrui* (art. 937, comma 3, c.c.)<sup>34</sup>;

xi) la c.d. *accessione invertita* (art. 938 c.c.)<sup>35</sup>;

<sup>33</sup> Tale norma, a dispetto della scarsa applicazione pratica, riveste un notevole interesse sistematico per il discorso che andiamo svolgendo. Essa è rubricata «*Conciliazione di opposti interessi*». Nel concedere un indennizzo ai proprietari sacrificati dalla decisione del giudice che faccia prevalere, nel giudizio di temperamento, gli interessi relativi ad un uso maggiormente produttivo delle risorse, il legislatore mostra con eloquenza il carattere “mite” del paradigma rimediabile in oggetto. Come si vedrà in dettaglio con gli esempi portati in avanti nel testo, l'indennizzo sembra avere nel proprio DNA tale fisiologica conciliazione di opposti interessi, cosa che lo rende particolarmente idoneo a governare la reazione ordinamentale agli atti leciti dannosi, contro i quali sarebbe sproporzionata una reazione risarcitoria perentoria (o, peggio, ultra-compensativa). Cfr. C. CARICATO, *op. cit.*, p. 126 ss.

<sup>34</sup> In questo caso l'indennizzo costituisce un mero rimborso spese dei materiali del terzo. Invero, per dottrina e giurisprudenza tradizionali, sarebbero riconducibili al paradigma indennitario anche le diverse ipotesi di accessione previste dal legislatore negli artt. 935-937 c.c., quantunque il linguaggio tecnico non sia sempre preciso. *Contra v. C. CARICATO, ibidem.*, p. 132 ss., per la quale solo l'ipotesi *ex art. 937, comma 3, c.c.* sarebbe ascrivibile al rimedio in parola.

<sup>35</sup> La norma invero obbliga il costruttore che abbia sconfinato a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni. A colpo d'occhio la fattispecie potrebbe sembrare pertanto ultra-compensativa e non già indennitaria. Tuttavia, riflettendo sul danno – significativamente maggiore – che patirebbe il costruttore ove al proprietario del suolo si desse un rimedio reale che costringesse il primo a demolire la porzione di manufatto oltre confine, si comprende come tale fattispecie sia indennitaria, poiché il rimedio dato è “forfettizzato” e mite, già che contempera le esigenze del proprietario con quelle del costruttore vicino, senza far prevalere, seccamente, l'idiosincrasia proprietaria. V. per tutti U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 208 ss., che non ritiene pienamente giustificabile sul piano economico la previsione del risarcimento doppio. In ogni caso, l'A. osserva che il sistema del codice è attentissimo ad evitare esternalità, istituendo un dettagliato apparato che guida l'internalizzazione a mezzo di indennizzi e risarcimenti, risolvendo, in definitiva, il problema dell'uso incompatibile delle risorse allocando i costi a chi ne trae i benefici; sicché, «la regola risarcitoria, fondata sulla riprovazione del comportamento, scatta nel caso di malafede, allocando su chi viola la regola di condotta pure la perdita secca delle risorse sprecate». Cfr. pure ID., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987, p. 322 ss.; R. TOMMASINI-E. LA ROSA, *I modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario P. Schlesinger-F.D. Busnelli*, Milano, 2017, qualificano l'importo di cui all'art. 938 c.c. (il doppio valore) come rimedio ibrido indennitario-sanzionatorio. Più precisamente, secondo tali AA. oltre alla funzione indennitaria l'importo realizzerebbe una sorta di sanzione civile indiretta. *Contra* invece C. CARICATO, *op. cit.*, p. 133 ss., la quale ritiene non persuasiva la lettura che riconduce la fattispecie al paradigma indennitario, nonostante la costante giurisprudenza in tal senso.

xii) l'indennità dovuta per la *costituzione coattiva di servitù* (artt. 1032, 1034 e 1038 c.c.);

xiii) l'indennità dovuta per il *passaggio coattivo a favore di fondo intercluso* o nel caso di fondo con accesso disagiata alla via pubblica (art. 1053 c.c.);

xiv) l'indennità dovuta agli altri condomini per la *costruzione fatta sopra l'ultimo piano dell'edificio comune* (art. 1127 c.c.);

xv) indennizzo dovuto all'accettante che ha intrapreso in buona fede l'*esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca* della proposta contrattuale (art. 1328 c.c.)<sup>36</sup>;

xvi) l'indennizzo dovuto quando il *terzo rifiuta di obbligarsi o di compiere il fatto promesso da altri* (art. 1381 c.c.);

xvii) l'indennità dovuta per la *risoluzione del contratto nella vendita con riserva di proprietà* (art. 1526 c.c.)<sup>37</sup>;

xviii) l'indennità dovuta per la reciproca facoltà di *recesso dal contratto di appalto nel caso di variazioni necessarie del progetto* (art. 1660 c.c.)<sup>38</sup>;

xix) l'indennizzo previsto a fronte del *recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto e dal contratto d'opera* (rispettivamente artt. 1671 e 2227 c.c.)<sup>39</sup>;

xx) l'indennità in caso di *cessazione del rapporto di agenzia* (art. 1751 c.c.)<sup>40</sup>;

xxi) l'indennizzo/risarcimento dovuto dal *gestore di affari altrui* per i danni cagionati al gerito (art. 2030 c.c.)<sup>41</sup>;

<sup>36</sup> Cfr. A DE CUPIS, *op. cit.*, p. 624.

<sup>37</sup> Si tratta del diritto del venditore di ritenere le rate già pagate dall'acquirente. La fattispecie viene applicata dalla giurisprudenza anche al c.d. *leasing* traslativo. V. per tutte Cass., 2 marzo 2007, n. 4969.

<sup>38</sup> Anche tale fattispecie si dimostra emblematica del carattere mite del paradigma indennitario. In entrambi i casi previsti dalla norma si esclude il risarcimento (compensativo) del danno già che la prosecuzione dell'opera è impedita da fattori estranei alla volontà delle parti, che rendono necessarie modifiche rilevanti al progetto originario. A fronte di un danno comunque oggettivamente misurabile, la riparazione offerta dall'ordinamento tenta di conciliare i contrapposti interessi in gioco. Cfr. C. CARICATO, *op. cit.*, p. 146 ss.

<sup>39</sup> La Cassazione ha talvolta ritenuto tale obbligazione indennitaria sovrapponibile a un risarcimento compensativo. Anche se poi si ritiene che il danno debba essere quantificato in via equitativa, il che pare riportare inevitabilmente il rimedio al paradigma indennitario. V. C. CORICATO, *op. cit.*, p. 149 ss. e Cass., 8 gennaio 2003, n. 77.

<sup>40</sup> Ferme tutte le discussioni possibili sulla "natura" di tale indennità – frutto di una non sempre lineare mediazione delle valutazioni compiute a diversi livelli dal legislatore italiano, da quello eurounitario, nonché dalle associazioni rappresentative di agenti di commercio, da un lato, e di preponenti, dall'altro – sembra ragionevole ascriverla ad un paradigma riparatorio diverso da quello risarcitorio. Tant'è che l'art. 1751, comma 4, c.c. consente espressamente all'agente di ottenere *oltre* a tale indennità l'eventuale risarcimento dei danni.

<sup>41</sup> Invero la norma parla testualmente di "risarcimento", ma poi conferisce al giudice uno speciale *ius moderandi* onde considerare le circostanze che hanno indotto il gestore, nel caso di specie, ad assumere la gestione. Sicché appare coerente, sul piano sistematico, ascrivere tale fattispecie al paradigma indennitario. Cfr. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, II ed., Torino, 2008, p. 297 ss.

xxii) l'indennità per il *ritiro di opera dal commercio* (art. 2582 c.c.);  
 xxiii) nonché la responsabilità del *coniuge in mala fede al quale sia imputabile la nullità del matrimonio* (art. 129 *bis* c.c. – pur con le cautele di cui s'è detto sopra).

Fuori dal sistema del codice troviamo, invece, le seguenti fattispecie<sup>42</sup>:

- i) la *riparazione per l'ingiusta detenzione* (art. 314 c.p.p.)<sup>43</sup>;
- ii) l'*indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati* (art. 1, l. n. 210/1992)<sup>44</sup>;
- iii) l'*indennità per la perdita dell'avviamento da parte del conduttore di immobili commerciali* (art. 34, l. n. 392/1978);
- iv) l'indennizzo che l'autore deve corrispondere ai terzi che detengano i diritti di sfruttamento a fronte del *ritiro dell'opera dal commercio*, c.d. diritto di pentimento (art. 142 l.d.a.);
- v) gli indennizzi recati a fronte di *espropriazione per pubblica utilità e c.d. "occupazione acquisitiva"* (artt. 37 e 42 *bis*, d.p.r. n. 327/2001, in avanti anche "T.U. Espropri", da leggere e interpretare unitamente agli artt. 42 Cost. e 834 c.c.).

Le considerazioni in appresso sono tese a dimostrare, anche tramite l'analisi di tre fattispecie indennitarie (sì come maneggiate dal diritto vivente), che il rimedio "indennizzo", per i caratteri che saranno messi in luce, integra un istituto diverso ed altro dal risarcimento: distinzione non oziosa che, ove adeguatamente valorizzata, oltre a giovare in teoria generale del diritto, suffragando la sopra esposta sistematica di una reazione proporzionata al danno, può esplicare effetti pratici non trascurabili.

L'analisi sarà condotta su tre fattispecie paradigmatiche di indennizzo, che consentono, pertanto, di mettere in luce i caratteri strutturali del modello riparatorio oggetto d'indagine, e segnatamente:

A) Art. 844 c.c., *Immissioni*<sup>45</sup>, considerato dall'angolo visuale delle immissio-

<sup>42</sup> Pur nella consapevolezza che un elenco di tal fatta è incompleto per definizione.

<sup>43</sup> Cfr. F. BARONE, *La "legge Pinto" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2020, p. 1122 ss.

<sup>44</sup> Come modificata dalla l. 25 luglio 1997, n. 238. La giurisprudenza costituzionale ha via via esteso il diritto all'indennizzo anche ai casi di conseguenze dannose derivanti da specifiche vaccinazioni non obbligatorie, ma incentivate ("raccomandate") dall'autorità sanitaria: cfr. da ultimo Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118, che ha esteso l'indennizzo in parola anche al danno derivante da vaccinazione contro il contagio dal virus dell'epatite A. Cfr. A. QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011, spec. cap. V, *L'indennizzo quale ulteriore strumento di tutela*, p. 311 ss.; nonché ID., *I danni da vaccinazioni, fra indennizzo e risarcimento*, in A. BELVEDERE-S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, spec. p. 476 ss.

<sup>45</sup> «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano



ni rese lecite dal giudice a seguito del contemperamento degli opposti interessi in giuoco, poiché la contropartita alla possibilità di immettere è precisamente un indennizzo (§ 2.4. ss.);

B) Art. 2045 c.c., *Stato di necessità*<sup>46</sup> (§ 2.5. ss.);

C) Art. 834 c.c., *Espropriazione per pubblico interesse*<sup>47</sup>, il quale facendo espreso rinvio alla normativa speciale è da considerare in relazione all'art. 37 del T.U. Espropri<sup>48</sup>, come modificato dall'art. 2, comma 89, l. n. 244/2007; ultima novella normativa in materia<sup>49</sup>, che recepisce in maniera supina l'orientamento della Corte EDU che, come si vedrà, ha ridotto la varietà rimediale presente nel nostro ordinamento, secondo un disegno di politica del diritto non pienamente condivisibile, poiché tutto sbilanciato sulla tutela assoluta degli interessi proprietari (§ 2.6. ss.).

## 2.4. Indennizzo per immissioni c.d. liceizzate

Come noto, allo scopo di governare la convivenza tra proprietà e attività diverse, l'art. 844 c.c. prevede uno statuto composito delle immissioni immateriali<sup>50</sup>.

Invece di dettare una minuziosa e rigida casistica – incompleta per definizione – il legislatore ha scelto di demandare al giudice il potere di scegliere la rego-

---

la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. *Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso».*

<sup>46</sup> «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

<sup>47</sup> «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità. Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali».

<sup>48</sup> Art. 37, comma 1, d.p.r. n. 327/2001, *Determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile*: «l'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento».

<sup>49</sup> Da considerare insieme all'art. 42 *bis* del T.U. Espropri, che rappresenta l'ultima parola del legislatore sulla annosa questione della c.d. *acquisizione sanante*, nuova formulazione della fin troppo nota *accessione invertita*: risalente ed ambigua forma di espropriazione irrituale.

<sup>50</sup> Cfr. G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., p. 886 s.; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXV ed., Milano, 2021, p. 290 ss.; e L. FRANCIARIO, *La proprietà fondiaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, II ed., Torino, 2005, p. 472 s., che osserva come venga qui in rilievo una regola che appartiene alle tecniche conformative degli statuti proprietari, le quali trovano la propria giustificazione ordinamentale e valoriale nell'art. 42, comma 2, Cost. In generale sul tema v. per tutti l'esustivo volume di A.G. DIANA, *Le immissioni (Tipologie, azioni e tutele)*, Milano, 2013, p. 355 ss.

la di tutela applicabile al caso concreto, sulla base del portato dell'attività immittevole e del tenore dei pregiudizi causati o paventati. Il magistrato dovrà ritagliare il rimedio da applicare al caso di specie sulla base dei criteri legali previsti *ex art. 844 c.c.*: *normale tollerabilità* dell'immissione, *condizione dei luoghi*, *contemperamento tra le esigenze dell'industria e le ragioni della proprietà* (statica), e *priorità di un determinato uso*.

Le immissioni intollerabili, di regola, sono illecite. Esse, tuttavia, possono diventare lecite, anche se dannose, qualora il giudice, effettuato il contemperamento tra le ragioni della proprietà e le esigenze della produzione, ritenga di far prevalere queste ultime. In un simile contesto, il proprietario immesso subisce comunque un danno, derivante, però, da un'attività dichiarata lecita. E sarebbe dogmaticamente difficile – se non impossibile – accettare una regola che condannasse al risarcimento chi non abbia commesso un illecito. All'*impasse* apparente si ovvia tramite il rimedio indennitario che, strutturalmente, reca al danneggiato un ristoro inferiore all'integrale riparazione<sup>51</sup>.

Sicché, dall'art. 844 c.c. si ricavano tre scenari governati dalle seguenti regole giuridiche:

*i*) immissioni al di sotto della normale tollerabilità: colui che le subisce, in forza dei doveri di solidarietà richiesti dalla Costituzione e dal buon senso, deve sopportarle e non avrà azione, né per farle cessare, né per chiedere alcuna compensazione a fronte del pregiudizio, in ipotesi, sofferto. Il criterio della normale tollerabilità rappresenta la nozione-chiave dell'intera disciplina, da interpretarsi secondo criteri economici<sup>52</sup>, avendo riguardo all'uomo medio e non già alle condizioni soggettive di chi utilizza il fondo o all'attività da questi svolta (aspetti che ove valorizzati potrebbero portare a inibire qualsivoglia attività immissiva: si pensi all'eremita maniacale che abbia in uggia il benché minimo rumore);

*ii*) immissioni superiori alla soglia di normale tollerabilità, ma giustificate dalle esigenze della produzione (c.d. immissioni liceizzate dal giudice): l'immesso non ha il rimedio inibitorio, né quello risarcitorio. Deve pertanto sopportarle. Tuttavia, l'ordinamento, pur facendo prevalere l'uso della proprietà immittente, considerato socialmente vantaggioso, non azzera le sue prerogative dominicali, bensì le attenua. Il proprietario del fondo soggetto a tali immissioni avrà un rimedio indennitario, a ristoro del pregiudizio eventualmente sofferto (diminuzio-

<sup>51</sup> Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 332, anche per una critica di talune conseguenze non desiderabili – in punto di equità ed efficienza – derivanti dall'applicazione dell'art. 844 c.c.

<sup>52</sup> Per U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 331, «il requisito della normale tollerabilità, così come formule funzionalmente analoghe utilizzate da altri legislatori, costituisce la più evidente frattura con la tradizione (comune a giusnaturalismo e pandettistica) dell'assolutezza e inviolabilità proprietaria. Al giudice, e non all'idiosincrasia del proprietario, è conferito il potere di stabilire quali comportamenti, aventi un impatto sulla altrui sfera dominicale, sono consentiti e quali sono vietati. Si stabilisce così un *quantum* di violazione della "sovranità del volere" giuridicamente lecito».

ne del valore commerciale del fondo, sua minor redditività, spese sostenute per accorgimenti tecnici funzionali a mitigare gli effetti delle immissioni etc.<sup>53</sup>);

*iii*) immissioni superiori alla soglia di normale tollerabilità e non giustificate da alcuna esigenza della produzione ai sensi dell'art. 844 c.c. Chi le subisce ha un rimedio reale: per il futuro avrà il potere di inibire le immissioni, oppure, ove ciò sia concretamente praticabile, potrà pretendere che si adottino le misure tecniche necessarie a ricondurre le immissioni entro la "normale tollerabilità". Inoltre, per il passato, l'impresso ha diritto al pieno risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale patito<sup>54</sup>. In un caso del genere non vi sono ragioni costituzionalmente apprezzabili per comprimere le prerogative della proprietà statica e si riespande, dunque, la pienezza della signoria del volere del suo titolare.

Di seguito analizzeremo brevemente la fattispecie delle immissioni c.d. liceizzate, che siano dichiarate tollerabili dal giudice a séguito di contemperamento tra le ragioni del proprietario impresso e le esigenze della produzione<sup>55</sup>.

Una premessa sembra necessaria. Nel discorso che andiamo svolgendo occorre uscire dalla logica manichea e riduzionista della ragione e del torto: ove l'immissione non sia senz'altro intollerabile – ove, quindi, possa essere liceizzata d'autorità, senza calpestare il diritto alla salute ed altri diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione – non esiste un soggetto "buono" contrapposto al "cattivo", l'impresa profittatrice contro l'eremita maniacale ed ipersensibile. Occorre pertanto sortire da simili schematizzazioni eccessivamente riduzioniste<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> In relazione agli accorgimenti tecnici, da applicare anche alle strutture produttive immittenti, v. L. FRANCIARIO, *La proprietà fondiaria*, cit., p. 473; e Cass., 23 febbraio 1982, n. 1115, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1065 ss., che cassa la decisione del giudice di merito la quale, in presenza di immissioni intollerabili ma eliminabili mediante opportuni accorgimenti tecnici, consentiva la prosecuzione delle immissioni contro indennizzo senza motivare in modo congruo circa le ragioni di preferenza di tale soluzione.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., 1° febbraio 2017, n. 2611, che afferma come il danno non patrimoniale riferibile alla lesione del diritto alla tranquillità domestica, rinvenibile nell'art. 8 CEDU, conseguente ad immissioni illecite, è risarcibile indipendentemente dalla prova del danno biologico in senso stretto, allorquando sia dimostrabile anche solo mediante presunzioni basate su nozioni di comune esperienza. Inoltre, s'è ritenuto di risarcire il danno non patrimoniale anche nel caso di immissioni che, sebbene inferiori ai parametri pubblicistici, erano concretamente idonee a generare un turbamento psichico per la paura di aver contratto una malattia a seguito di un disastro ambientale: Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Giur. it.*, 4/2003, p. 691 ss., con nota di M. BONA e G. MIGLIORATI. Sul danno non patrimoniale da immissioni cfr. M. TAMPPIERI, *Il danno non patrimoniale. La lesione di valori costituzionalmente tutelati*, Padova, 2015, p. 158 ss.; e E. TAMMARO, *Prova e danno nelle immissioni*, Padova, 2014.

<sup>55</sup> Da intendersi non già nel senso riduttivo di industria, ma secondo quello più ampio di *uso produttivo*, contrapposto ad un uso meramente statico della proprietà. Sicché, anche un uso agricolo o commerciale dovrebbe rientrare nella nozione di "esigenze della produzione" di cui alla norma in commento.

<sup>56</sup> In termini analoghi cfr. L. FRANCIARIO, *op. cit.*, p. 477, che suggerisce di evitare la drastica

Nel caso considerato, si tratta, in buona sostanza, di usi incompatibili delle risorse. Il giudice, pertanto, deve svolgere un'analisi costi-benefici da condurre avendo in mente il solo interesse sociale. Se il primo giudizio – sulla tollerabilità – va a definire i limiti fra i diritti dei proprietari secondo criteri puramente interpretativi, il bilanciamento prescritto dall'art. 844, comma 2, c.c. va condotto tenendo in debito conto tutte le poste esterne – dunque superindividuali – al conflitto privato. Si tratta di un giudizio complesso, nel quale entrano variabili d'indole costituzionale come il diritto alla salute, al lavoro e la tutela ambientale. Sicché, la logica del conflitto tra due litiganti privati, tipica del processo civile, ha da essere integrata tramite la rappresentazione (reale o virtuale) di tali altri interessi in gioco<sup>57</sup>. In questa materia, molto più che altrove, il giudice è investito di un notevole potere di riallocazione di poteri e risorse<sup>58</sup> e, d'altronde, esso sembra essere il soggetto più idoneo a fare ciò, stanti la fallibilità e l'inefficacia di una normativa che pretendesse di dirimere *ex ante* le miriadi di conflitti possibili tra usi incompatibili delle proprietà<sup>59</sup>.

La fattispecie dell'indennizzo *ex art.* 844 c.c. mostra dunque a colpo d'occhio le caratteristiche strutturali di un paradigma riparatorio non aggressivo, mite, servente l'esigenza di reagire a un danno non antigiuridico.

In particolare, nel caso delle immissioni liceizzate dal giudice, in considerazione della prevalenza accordata all'attività produttiva del danneggiante (primazia dettata da superiori esigenze d'indole generale), il legislatore trasferisce su quest'ultimo soltanto parzialmente l'onere riparatorio derivante dall'attività dannosa (ma lecita). I casi concreti analizzati di seguito mostreranno plasticamente i caratteri del rimedio indennitario.

---

contrapposizione tra danno rilevante-cessazione dell'attività vs. danno irrilevante-prosecuzione dell'attività.

<sup>57</sup> Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 337. Trib. Palermo, Ord., 17 febbraio 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, p. 850 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, adottando un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c., nella valutazione comparativa degli interessi, assegna rilievo alla meritevolezza dell'attività immissiva, anche alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118 Cost. In argomento si v. altresì G. CARAPEZZA FIGLIA, *Immissioni e tutela della salute*, in G. Perlingieri-Id. (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II ed., Napoli, 2021, p. 59 ss.

<sup>58</sup> Ciò sembra testimoniato, fra l'altro, da una recente presa di posizione della Corte costituzionale, la quale ha ben individuato la funzione assiologica dell'art. 844 c.c.: «è consolidato il principio che differenzia – quanto ad oggetto, finalità e sfera di applicazione – la disciplina contenuta nel codice civile dalla normativa di diritto pubblico: *l'una posta a presidio del diritto di proprietà e volta a disciplinare i rapporti di natura patrimoniale tra i privati proprietari di fondi vicini*; l'altra diretta – con riferimento ai rapporti tra i privati e la p.a. – alla tutela igienico-sanitaria delle persone o comunità esposte» (l'enfasi è nostra): Corte cost., ord., 24 marzo 2011, n. 103.

<sup>59</sup> V. per tutti U. MATTEI, *La proprietà, ibidem*.

#### 2.4.A) Caso “Malpensa” ed immissioni con prevedibile durata *sine die*: tra danno da atto lecito ed “espropriazioni larvate”

La sentenza della Cassazione, 3 luglio 2014, n. 15223, ha giudicato il caso dell'aeroporto di Malpensa, in materia di immissioni con prevedibile durata *sine die*: un interessante caso di studio tra danno da atto lecito ed “espropriazioni larvate”. La pronuncia citata conclude un importante contenzioso che vedeva contrapposti la proprietaria di una grande tenuta agricola nei pressi dell'aeroporto di Milano Malpensa e la Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. unitamente al Ministero dei Trasporti. I terreni dell'attrice in primo grado, essendo sorvolati giorno e notte, venivano ad essere interessati da importanti immissioni sonore e di residui chimico-gassosi<sup>60</sup>.

Al di là della complessiva statuizione, preme qui considerare l'inquadramento giuridico dato all'indennizzo in argomento. Esso viene ricondotto, opportunamente, alla teorica degli *atti leciti dannosi*. Tale qualificazione si rivela preziosa per una complessiva sistemazione dei tre paradigmi di reazione ai torti di cui s'è detto dianzi.

Con riferimento alla generale nozione di danno, la Cassazione considerava che «di funzione risarcitoria in senso lato si parla in dottrina e giurisprudenza [anche] in riferimento alle ipotesi indennitarie evocate e... proprio in ragione di tale natura, al debito indennitario la stessa Corte di legittimità riconosce natura di debito di valore».

Inoltre, la Corte di vertice, al fine di delimitare l'effetto perseguito dalla parte con la domanda, considerava dirimente, da un lato, l'esplicito riferimento all'art. 844 c.c. e, dall'altro lato, la deduzione di un'espropriazione di fatto della proprietà, per l'effetto della durata prevedibilmente *sine die* delle immissioni prodotte dai sorvoli degli aerei del vicino aeroporto, con esplicito riferimento all'art. 44 del T.U. Espropri: «evidente è l'evocazione, in tal modo, nell'unitario contesto della responsabilità da atto lecito dannoso, dell'indennizzabilità dei danni da atti non illeciti per ragioni di perequazione e giustizia distributiva, in riferimento ad ambiti giusprivatistici e ad ambiti collegati alla realizzazione di un'opera pubblica»<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Il caso delle immissioni derivanti da attività aeroportuale si dimostra interessante anche per valutare il rapporto tra tutela risarcitoria e inibitoria. Chi acquista un alloggio vicino a un aeroporto solitamente paga un prezzo basso che sconta la rumorosità della zona. Oltre quale soglia, dunque, il proprietario (statico) può inibire l'attività economica aeroportuale, che integra altresì un servizio pubblico essenziale? Si v. il caso dell'aeroporto di Caselle riportato in appendice a U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, II ed. a cura di A. Chianale, Torino, 1995.

<sup>61</sup> Cass., 3 luglio 2014, n. 15223, cit., § 1.2. Sul punto la Corte séguita osservando che «la giurisprudenza, unitamente alla dottrina, ricollega all'art. 844 c.c., comma 2, l'insorgenza di un obbligo indennitario a carico dell'autore delle immissioni non illecite perché consentite dal giudice, pur eccedenti la normale tollerabilità. (...) Così come, giurisprudenza e dottrina riconoscono l'indennizzo previsto dall'art. 46 della legge sulle espropriazioni [ora art. 44 “T.U. Espropri”, N.d.A.] come ipotesi di c.d. espropriazione larvata, autonoma, rispetto alla diversa

Da ultimo, bisogna svolgere qualche considerazione in ordine al *quantum* dell'indennizzo liquidato nel caso in commento.

Secondo la ricorrente, il Tribunale, dopo aver riconosciuto la funzione reintegratrice del patrimonio dell'indennizzo in parola, avrebbe, arbitrariamente, decurtato il reale deprezzamento della sua proprietà secondo percentuali discrezionali; tale doglianza è una testimonianza concreta e puntuale del censurabile *trend* macrosistemico di cui s'è dato conto, che porta a sbiadire le differenze tra indennizzo e risarcimento, con un'essenziale convergenza del primo verso il secondo, quasi comportando una *reductio ad unum* della varietà rimediale presente nell'ordinamento.

Nel caso di specie, la Cassazione rigettava la censura della ricorrente sul punto, ritenendo l'*iter* argomentativo seguito dal giudice di merito immune da vizi logici e privo di contraddizioni. La Corte di appello aveva, infatti, modificato in aumento l'importo dell'indennizzo concesso dal Tribunale, soprattutto in considerazione della sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2011, n. 181, *medio tempore* intervenuta, che aveva dichiarato illegittimo il riferimento al valore agricolo medio per le aree agricole e boschive<sup>62</sup>; pertanto, la Corte territoriale faceva riferimento, di base, al valore di mercato, decurtando tale "indennità virtuale di espropriazione" del 20%<sup>63</sup>. I giudici di secondo grado, facendo uso del potere equitativo conferito dalla fattispecie in parola, motivavano siffatta riduzione in considerazione dei seguenti fattori: «l'ipotesi, valutata solo teorica, della cessazione dei fattori inquinanti e i costi infiniti di eventuale ripristino dello stato dei luoghi, con conseguente privazione del bene di qualsiasi concreta appetibilità commerciale; l'esistenza di diverse e variegate destinazioni all'interno delle aree definite sinteticamente come agricole e boschive; la conservazione della proprietà del suolo, sia pure inteso nella sua estensione fisica»<sup>64</sup>.

---

fattispecie di asservimento del fondo, e indipendentemente dall'espropriazione, per l'ipotesi di danno permanente consistente nella perdita o diminuzione di un diritto, in conseguenza, anche, di immissioni derivanti dall'opera pubblica». Talché i Supremi magistrati, rigettando il relativo motivo di ricorso, enunciavano il seguente principio di diritto: «non viola il principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato sotto il profilo del limite costituito dal divieto di immutazione degli effetti giuridici che la parte intende conseguire, il giudice di merito che, nell'esercitare il potere di interpretare la domanda e di qualificarla giuridicamente, individuando la norma applicabile, qualifica quale domanda di indennizzo, *ex art. 844 c.c.* ed *ex art. 46 della l. n. 2359 del 1865*, quella proposta – in via alternativa alla domanda principale di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* – ponendo a fondamento l'intollerabilità delle immissioni con prevedibile durata *sine die*, provenienti dal sorvolo degli aerei del vicino aeroporto, costituente opera pubblica, e l'irreversibile diminuzione del valore originario della proprietà, atteso che ad entrambe le norme individuate è riferibile l'indennizzo richiesto in connessione a danni derivanti da attività lecita».

<sup>62</sup> Presa di posizione della Consulta evidentemente derivante dal recepimento dell'orientamento della Corte di Strasburgo di cui si dirà in avanti, spec. § 2.8.

<sup>63</sup> Il Tribunale, invece, aveva operato una decurtazione del 30%.

<sup>64</sup> Cass., 3 luglio 2014, n. 15223, cit., § 12.2.

Pertanto, si arrivava, infine, ad un indennizzo pari esattamente all'80% del valore di mercato degli immobili sorvolati<sup>65</sup>.

#### 2.4.B) *Poteri equitativi e compensazione delle esternalità di segno opposto*

Un altro arresto significativo, in grado di lumeggiare i caratteri del paradigma rimediario indennitario, è quello del Trib. Mondovì, 16 giugno 2009, n. 207<sup>66</sup>. La pronuncia si contraddistingue, fra l'altro, per un uso parsimonioso dei poteri equitativi del giudice e per un'attenzione, non comune, alla compensazione fra esternalità di segno opposto provenienti dal fondo imminente.

L'attrice (società Zecchino S.a.s.) vocava in giudizio l'ANAS per ottenere un indennizzo, a fronte di una pluralità di danni lamentati a carico delle sue proprietà, intervenuti a séguito della costruzione di una variante stradale ad opera della convenuta.

Occorre premettere che una porzione della proprietà dell'attrice era stata ritualmente espropriata, ed essa aveva sottoscritto verbali di accettazione di indennità definitiva concernenti l'avvenuta espropriazione parziale. In conseguenza di ciò, la società Zecchino, già parte del procedimento di esproprio nel cui ambito era stata quantificata la relativa indennità di esproprio, in giudizio integrava la veste di terzo, in ordine alla valutazione dei danni subiti dalla sua proprietà per effetto della realizzazione e dell'utilizzazione pubblica dell'opera.

Come anticipato, l'attrice lamentava diverse e numerose voci di danno, tutte asseritamente derivanti dalla strada costruita dall'ANAS: danni da rumore, una servitù di veduta a favore della strada, pregiudizio panoramico, *et cetera*.

Il Tribunale, tra tutte le richieste indennitarie avanzate, ne accoglieva una soltanto, quantificata in 31.000 Euro: indennizzo equitativamente riferito all'imposizione di una fascia di rispetto a carico della proprietà attrice, e all'accertato abbattimento del valore di talune villette di Zecchino, come conseguenza del panorama deterioro godibile da queste ultime per via della variante stradale.

È di sicuro interesse por mente al cuore della motivazione che portava il giudice a non ritenere meritevoli di indennizzo le altre asserite voci di danno. Egli sosteneva, a ragione, che nella valutazione dei danni sofferti dal vicino a cagione della realizzazione o esercizio di opera pubblica si dovesse tenere conto, in una *valutazione di insieme*, anche degli eventuali benefici da costui ricevuti: delle esternalità positive, in altre parole. Si tratta di un principio di ragionevolezza che obbedisce, peraltro, a pregnanti istanze di equità.

Orbene, nel caso di specie, la variante realizzata dall'ANAS non si inseriva *ex*

---

<sup>65</sup> Invero, questo computo valeva per le aree agricole. Per il complesso edilizio, invece, la Corte territoriale decurtava il valore di mercato di una percentuale compresa tra il 35 ed il 40%, sempre con apprezzamento equitativo, facendo riferimento alle risultanze del C.T.U.

<sup>66</sup> Consultabile in banca dati *Dejure*.

*novo* in un contesto ameno e bucolico, ma comportava, di fatto, la traslazione della precedente strada che lambiva la proprietà della società attrice sull'altro lato. Praticamente, la costruzione della variante consentiva di trasferire il grosso del traffico veicolare (ivi compreso, si noti, il relativo inquinamento acustico ed atmosferico) da un luogo ad un altro, entrambi vicini, adiacenti ai terreni della società Zecchino. Non essendo stata cancellata la vecchia arteria viaria, supponendo invariato (e non c'erano elementi per ipotizzare il contrario) il volume di traffico, il dato totale della percorrenza delle due strade, e quindi il volume complessivo delle diverse voci di inquinamento, non poteva che essere uguale allo *status quo ante*, alla precisa situazione cui la proprietà attrice già era soggetta. Insomma, la variante non apportava nuove ed ulteriori immissioni, le spostava semplicemente.

Ciò considerato, il giudice, anche sulla base di una consulenza tecnica, statuiva che «deve escludersi ogni tipo di indennità quando danni e benefici sostanzialmente, come nel caso di specie, si equivalgono, essendosi semplicemente verificato uno spostamento – senza aggravio – delle sorgenti di immissione, quantitativamente rimaste invariate».

Ancora, i vantaggi ora esposti, che conducevano alla compensazione descritta, non erano gli unici provenienti dall'opera pubblica in parola e sfruttati dalla società attrice. Invero, essa si era avvantaggiata del primigenio deprezzamento degli immobili – atteso che il rogito di questi ultimi portava data di un anno posteriore rispetto alla notifica della dichiarazione di utilità e indifferibilità dell'opera pubblica. In pratica, le esternalità negative preesistenti erano state già valorizzate dall'attrice in sede di acquisto del bene, già che, notoriamente, il prezzo di mercato sconta comodi e scomodi della *res*. Pertanto, sembra in malafede, o quanto meno *naïf*, quell'attore che prima sfrutti una data esternalità, per spuntare un prezzo di mercato stracciato o assai di favore, e poi vada a “battere i pugni” in corte per essere indennizzato di un asserito pregiudizio, del quale, a ben guardare, egli si sia ampiamente giovato.

In ogni caso, le puntuali osservazioni e conseguenti statuizioni del giudice dimostrano come nel DNA del rimedio indennitario sia codificato un diverso paradigma di reazione al danno (non antigiusdittico): paradigma mite e attento alle esigenze del temperamento di opposti interessi, declinato, nella fattispecie astratta analizzata, per dirimere un conflitto fra usi incompatibili delle proprietà.

## 2.5. *Lo stato di necessità e il caso di studio del diritto all'abitazione. Inquadramento giuridico e struttura della fattispecie*

La fattispecie dello stato di necessità *ex art. 2045 c.c.* è inserita nel sistema di R.C., ed è considerata dalla dottrina maggioritaria un'esimente di responsabili-



tà<sup>67</sup>, in accordo alla natura della omonima esimente operante nel diritto penale<sup>68</sup>.

Se nel sistema di quest'ultimo lo stato di necessità esclude la punibilità dell'imputato, nel diritto civile l'esimente ha come effetto pratico, e finale, quello di comportare la condanna al pagamento di un indennizzo, apprezzato equitativamente dal giudice, in luogo del risarcimento. Insomma, la risposta dell'ordinamento al fatto necessitato non è perentoria ed aggressiva, ma parsimoniosa, ragionata: frutto di due contemperamenti: l'uno effettuato dal legislatore *ex ante*, e l'altro rimesso alla prudenza del giudice, *ex post*<sup>69</sup>.

Sulla natura dello stato di necessità (fattispecie di diritto civile) sono state scritte molteplici pagine e la dottrina ha paventato diverse teoriche: ricostruzioni talvolta divergenti per sfumature classificatorie minime. Così si è parlato di *causa di esclusione della responsabilità*, della *teorica dei "diritti di necessità"*, della *c.d. teoria del rischio e/o del pericolo*, nonché della dottrina dell'*atto lecito dannoso*<sup>70</sup>.

Non sembra necessario entrare nei particolari di ciascuna di esse. Basti qui rilevare che tutte le teoriche evocate hanno un minimo comune denominatore, ovvero sia l'idea che lo stato di necessità vesta i panni della eccezionalità e sia caratterizzato da una funzionalità negativa rispetto al paradigma dell'art. 2043 c.c. In altre parole, lo stato di necessità, che integra un'ipotesi peculiare di *forza maggiore*<sup>71</sup>,

<sup>67</sup> Fra gli altri v. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 665 ss.; nonché G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., p. 799, e C. CARICATO, *op. cit.*, p. 19 s., che qualificano la figura come causa di giustificazione. Cfr. pure A. THIENE, *commento sub art. 2045*, in *Commentario breve al Codice Civile*, diretto da Cian e Trabucchi, Padova, 2020, p. 2197 ss., ed ivi riferimenti. Per uno studio monografico vedi invece B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988.

<sup>68</sup> Ovviamente il riferimento è all'art. 54 c.p., il quale, per la dottrina, contribuisce pacificamente ad integrare, con i suoi elementi e la relativa giurisprudenza, la previsione civilistica. *Ex multis* v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 240 ss. Da ultimo v. le riflessioni di L. NONNE, *Profili critici dello stato di necessità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017, p. 582 ss. Per il formante giurisprudenziale cfr. S. PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità*, nota a Trib. Bologna, sez. II, 7 maggio 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2008, p. 1885, per la quale «nonostante le differenze che indubbiamente sussistono tra le finalità che sono proprie del settore penale e quelle tipiche del settore civile, non può non considerarsi in maniera unitaria la rilevanza giuridica che l'ordinamento, inteso nel suo complesso, attribuisce alla situazione di necessità» (nostra l'enfasi).

<sup>69</sup> Ci si riferisce al bilanciamento operato in sede legislativa, il quale ha portato a scegliere, di *default*, l'indennizzo come rimedio azionabile dal danneggiato, e al bilanciamento che deve compiere il giudice, *ex post*, valorizzando tutti gli elementi del caso di specie e utilizzando lo *ius moderandi* conferito dalla legge per stabilire l'ammontare dell'indennizzo, onde ritagliare il rimedio adatto al caso di specie.

<sup>70</sup> Svolge una compiuta panoramica degli inquadramenti proposti, negli anni, dalla dottrina B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 69 ss.

<sup>71</sup> «Si tratta infatti di un evento che rende impossibile il rispetto del diritto altrui, in quanto implica un sacrificio superiore a quello richiesto dal normale dovere di diligente salvaguardia degli interessi tutelati nella vita di relazione. Lo stato di necessità è tuttavia particolarmente qualificato

impedirebbe *ab origine* la nascita della anti-giuridicità<sup>72</sup>, quindi dell'illecito. Ci si confronta con un danno sopportato dal terzo incolpevole (in senso economico: disutilità), è vero, tuttavia l'operatività di questa esimente consente di elidere il profilo dell'ingiustizia del danno<sup>73</sup>.

Inoltre, l'arguta intuizione della dottrina che sostiene la completa autonomia della fattispecie *ex art* 2045 c.c., e dal danno aquiliano, e da analoghe fattispecie previste dalla legge riconducibili ad istanze di equità<sup>74</sup>, non è incompatibile con la teorica dell'atto lecito dannoso sostenuta nel presente lavoro. Al contrario, la conferma e le conferisce solidità. In breve: poiché la fattispecie stato di necessità contiene taluni elementi obiettivi altri e diversi rispetto all'art. 2043 c.c. – la *forza maggiore* che si concreta in un *pericolo attuale ed inevitabile alla persona* – pare logico ritenerne l'autonomia concettuale e normativa, ed è altresì ragionevole qualificare il danno prodotto nelle peculiari circostanze evocate non anti-giuridico; poiché causalmente riconducibile ad un atto lecito, e, potenzialmente, finanche virtuoso.

A spazzare via le incertezze sulla retta qualificazione della fattispecie militano le considerazioni di una dottrina attenta al temperamento degli interessi in conflitto nella norma *de qua*<sup>75</sup>. L'autore, con raffinato argomentare, qualifica la

---

dal vantaggio che l'autore del fatto ne trae in termini di salvezza»: C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 665 s.

<sup>72</sup> La teorica che esclude l'anti-giuridicità del fatto necessitato è autorevole e risalente. Cfr. fra gli altri D. RUBINO, *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso di persone nel fatto colposo*, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 1953, p. 206; e M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, p. 137, per il quale la non anti-giuridicità deriverebbe dal fatto che il soggetto necessitato agisce nell'esercizio di un diritto; spesso di rango superiore a quello leso, aggiungiamo noi. Invero, si può rintracciarne l'origine già nel diritto romano, se è vero che secondo Ulpiano (che riferiva il pensiero di Celso) non incorreva in legge Aquilia chi avesse abbattuto la costruzione del vicino per salvare la propria dalle fiamme, non potendosi rinvenire né il dolo, né lo stesso fatto ingiusto. Così in D. 47. 9. 3. 7. (Ulpiano, libro LVI ad Edictum); ancora, nel riferire la contraria opinione di Labeone, Ulpiano afferma: «non credo che sia responsabile: non commise infatti illecito chi si volle difendere non potendo fare altrimenti». Traduzione e riferimenti in C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 665, nota 28.

<sup>73</sup> V'è chi non è persuaso da questa ricostruzione, trovando contraddittorio parlare di danno "giusto", ritenendo che, in ogni caso, sarebbe giustificato il comportamento, ma non il danno (eventuale), il quale non perderebbe la qualifica di ingiustizia, donde l'obbligazione indennitaria. Così, sul punto, B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 69 ss. Invero, sembra si faccia del verbalismo: le argomentazioni tese a infirmare la fondatezza logico-giuridica della categoria "responsabilità da atto lecito" non reggono ad una osservazione non preconcepita dei fatti umani. Ovviamente l'art. 2045 c.c. non può essere inteso come una licenza in bianco di danneggiare, sol che si versi nell'esercizio di un diritto. La fattispecie, come si vedrà, è caratterizzata da elementi oggettivi assai stringenti.

<sup>74</sup> Si tratta fra gli altri di B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 92 ss., e di G. GIACOBBE, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, Torino, 2000, p. 75.

<sup>75</sup> C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 667 s.

fattispecie a seconda della natura del diritto del terzo sacrificato: ove sia leso o compresso un altrui diritto della personalità, lo stato di necessità opererebbe come esimente personale di responsabilità; ove, invece, sia sacrificato un diritto economico del terzo, la fattispecie opererebbe, ed andrebbe qualificata, come causa di esclusione dell'antigiuridicità.

Se, effettivamente, l'idea di un diritto alla salvezza non può essere perorata (con intransigenza) quando essa sia raggiunta sacrificando quella altrui – quando, in altre parole, siano in gioco interessi giuridici di pari rango<sup>76</sup>, non potendosi assumere come lecito un atto lesivo di un diritto fondamentale della persona – «la tesi che ravvisa la liceità del fatto necessitato appare invece fondata nell'ipotesi in cui la salvezza della persona richieda l'altrui sacrificio economico. *Il diritto patrimoniale trova infatti un sicuro limite nell'interesse alla sicurezza, alla libertà e alla dignità della persona.* L'esercizio del diritto patrimoniale che impedisca la salvezza di tali interessi costituisce un abuso. Pertanto, chi usa o lede il bene economico altrui per la salvezza di tali interessi non arreca un danno ingiusto»<sup>77</sup> (nostra l'enfasi).

Ed è proprio su questo peculiare conflitto che ci si concentrerà brevemente in prosieguo. In particolare, sulla collisione tra la proprietà e taluni diritti della personalità – segnatamente del diritto all'abitazione. È di tutta evidenza come la concezione proprietaria utilizzata a monte influenzi l'intero processo inferenziale nel conflitto in parola: nella denegata concezione che ricomprende la proprietà nel novero dei diritti fondamentali ci si troverebbe a dirimere un conflitto tra diritti di pari rango. Tuttavia, contrariamente al criticabile orientamento della Corte EDU che si analizzerà avanti, proprio non è possibile considerare la proprietà nella cornice sacralizzante dei diritti fondamentali, se non al costo di introdurre contraddizioni e fratture rovinose nel nostro sistema costituzionale<sup>78</sup>. La fattispecie dello stato di necessità testimonia l'opportunità di mantenere la proprietà fuori dal novero dei diritti fondamentali, e il caso di conflitto assiologico che verrà esaminato di seguito mostrerà le contraddizioni insite nella diversa opzione ideologica.

Inoltre, nell'art. 2045 c.c. è già il legislatore a compiere un primo contemperamento: la situazione di necessità origina un conflitto tra interessi di diversi soggetti che la legge dirime con riferimento all'interesse più rilevante; la fattispecie in questione rappresenta poi un'applicazione puntuale del principio di *ius moderandi*<sup>79</sup>, il quale esplica una funzione da un lato redistributiva, e di equa riparazione dall'altro.

<sup>76</sup> Poniamo salvezza di A *vs* la salvezza di B; non a caso in un esempio del genere se A provasse a conseguire la salvezza sulla pelle di B, quest'ultimo potrebbe agire in legittima difesa.

<sup>77</sup> C.M. BIANCA, *ibidem*.

<sup>78</sup> Si rinvia ai §§ 2.6.-2.8. di questo Capitolo. Per più ampie considerazioni sia consentito un rinvio ad A. PISANI, *Indennizzo, risarcimento e i confini mobili della proprietà*, cit., p. 9 ss.

<sup>79</sup> Che il giudice italiano non può fruire come regola generale.

Se, come detto sopra, la fonte dell'obbligazione indennitaria *ex art. 2045 c.c.* è autonoma, integrando il medesimo stato di necessità fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico, parimenti è da condividere la posizione di chi vede nell'ingiustificato arricchimento il criterio di imputazione della responsabilità per il pregiudizio recato al terzo incolpevole<sup>80</sup>. E tale arricchimento ben potrà consistere in un vantaggio d'indole non patrimoniale<sup>81</sup>.

Giova sottolineare che il profitto dell'arricchito (materiale o morale che sia) deve essere differenziale, ovvero non dev'essere apprezzato in sé e per sé, bensì, secondo una valutazione comparativa, in quanto eziologicamente correlato alla lesione dell'altrui posizione giuridica.

Per un'immagine immediata, si pensi al principio fisico dei vasi comunicanti: a causa di forza maggiore (il tubo che fa comunicare le posizioni giuridiche), A e B si scambiano delle utilità fuori mercato; a differenza che nel mondo fisico, ove il fluido raggiungerebbe giocoforza lo stesso livello nei due vasi, in quello giuridico il giudice ha il potere di stabilire, in funzione dell'equità, se sia opportuno lasciar raggiungere il medesimo livello nei due vasi, o mantenere un delta<sup>82</sup>.

Sottolinea adeguatamente il punto la dottrina che ritiene configurabile in capo al necessitato un vantaggio extrapatrimoniale, faccia immancabile e speculare del danno non patrimoniale, consistente, ad esempio, «nell'aver evitato la perdita o, sotto diversa prospettiva, conseguito la salvezza di un interesse fondamentale (o, comunque, non patrimoniale), nell'aver, cioè, evitato un danno grave alla persona. A meno che non si voglia far ricorso all'inutile artificio logico della "traduzione" in termini economici dell'acquisto compiuto o, per quel che ci riguarda, del danno evitato (una sorta di vantaggio patrimoniale "indiretto")»<sup>83</sup>.

Prima di passare ai singoli elementi della fattispecie di cui all'art. 2045 c.c., si

<sup>80</sup> Si tratta di B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 95 ss.

<sup>81</sup> Cfr. C. DIONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 649 ss., per una spiccata sensibilità nella ricostruzione del senso dei singoli indici normativi sulla base di canoni diversi da quelli economicistici. Inoltre, si consideri che il fine, il motivo soggettivo – contrariamente al pur necessario insegnamento scolastico semplificato – sovente è rilevante per il diritto: si ponga mente all'art. 1438 c.c. il quale prevede che «la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti»; se il fine – l'ottenimento di «vantaggi ingiusti» – nell'esempio citato può pregiudicare uno stato del mondo, quello contrattuale, nel caso dell'art. 2045 c.c. il fine di salvare sé o altri contribuisce a creare e specificare la fattispecie in termini di necessità. Con mirabile sintesi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 357, osserva che «nel rimeditare i concetti tradizionali e nell'elaborare nuovi strumenti operativi, si avverte la sensibilizzazione del diritto civile verso quei dati non configurabili in schemi e logiche di natura esclusivamente economica».

<sup>82</sup> E ciò in forza dell'art. 2045 c.c. Altrimenti le normali regole di responsabilità comporterebbero il raggiungimento del medesimo livello di fluido nei due vasi. Sarebbe a dire il dovere del danneggiante di riportare il convenuto sulla stessa curva di indifferenza sulla quale si collocava prima dell'avvenimento del fatto dannoso.

<sup>83</sup> B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 101.

considerino, pur telegraficamente, due spunti ricostruttivi volti ad ampliare il portato applicativo della medesima, giusta la considerazione dell'aumento quantitativo e qualitativo delle occasioni di danneggiamento che si manifestano quotidianamente nella nostra società tecnologicamente avanzata e dove, peraltro, il *welfare* batte in ritirata<sup>84</sup>.

Da un canto, la norma in oggetto è applicabile sia che il pericolo insista direttamente sulla persona che pone in essere la condotta, sia che esso riguardi un terzo. Questa seconda configurazione della fattispecie in commento, definita in dottrina e giurisprudenza come *soccorso necessitato*, è stata affinata nella fucina del diritto penale. Difatti, gli atti di soccorso oltre ad essere governati dalla spontaneità e dal buon cuore sono oggetto di un preciso dovere giuridico – segnatamente presidiato dall'art. 593 c.p. che, punendo l'omissione, sancisce il dovere di assistenza ad una persona inanimata, ferita o altrimenti in pericolo. Il dovere giuridico del comportamento necessitato importa, evidentemente, «un'autonomia e assorbente causa di esclusione dell'antigiuridicità, che fa venir meno l'obbligo dell'indennizzo»<sup>85</sup>.

Se ciò è vero, senza spingersi a paventare l'utopia di un obbligo giuridico, assistito da sanzione penale, gravante su ogni passante di farsi carico, poniamo, di quel senz'altro che rischi concretamente l'ipotermia in inverno, pare possibile utilizzare l'*analogia iuris*<sup>86</sup>, senza farsi velare gli occhi dalle partizioni accademiche del diritto, per ampliare le nozioni di *necessità*, *attualità* e *danno grave alla persona*. Non sembra ragionevole che lo stesso ordinamento che punisce con la reclusione fino ad un anno chi non si fermi a prestare soccorso a

<sup>84</sup> Osserva la dottrina che le occasioni di danneggiamento tendono a «determinare l'esigenza di una reazione sempre più ampia ed energica nei confronti della crescente incidenza dannosa dei processi sociali, così possono far affiorare, in relazione all'accresciuto bisogno di protezione, nuove ragioni di (auto-)tutela in funzione preventiva, e perciò, da un'altra prospettiva, nuove occasioni di danneggiamento cui il singolo sia “costretto” per raggiungere la propria o l'altrui salvezza»; così B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 110.

<sup>85</sup> C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 670.

<sup>86</sup> Sull'importanza della analogia nella materia che ci occupa – segnatamente dell'indennizzo come rimedio mite e diverso dal risarcimento – si consideri un breve inciso di Cass., Sez. lav., 19 dicembre 2003, n. 19472: «non può negarsi, infatti, che risponda a canoni di coerenza logica e che risulti in linea con l'uso che le norme codicistiche fanno dei termini “indennizzo” (o “indennità”) da una parte e “risarcimento del danno” dall'altro (cfr. al riguardo artt. 885, 924, 937, 938, 1017, 1032, 1053, 1328, 2045, 2047), ritenere che le conseguenze derivanti dal mancato compimento del fatto promesso vadano graduate in termini di severità sulla base della condotta in concreto tenuta dal promittente, così da concludere che quest'ultimo sia tenuto al mero indennizzo nel caso in cui sia stato diligente, e obbligato, di contro, a risarcire i danni secondo le generali regole risarcitorie allorquando siano ravvisabili colpa o negligenza». Sembra chiaro che solo con un sapiente utilizzo della *analogia iuris* la Corte riesce, qui, a scorgere il filo rosso che lega norme pur eterogenee. E lo fa, condivisibilmente, per rinforzare un'interpretazione che conferisce autonomia all'indennizzo come rimedio che reagisce ad uno stato del mondo in cui non albergano colpa grave o dolo.

terzi<sup>87</sup>, adoperi differenti canoni di valutazione (mostrando più riguardo alle cose ed ai titoli giuridici) quando sia stato il soggetto stesso ad attivarsi, in autotutela, per evitare di trovarsi concretamente riverso in terra privo di sensi<sup>88</sup>.

D'altro canto, e ragionando ancora sulla funzione assiologica della forza maggiore come causa idonea a modificare gli effetti giuridici di una fattispecie di responsabilità, si pensi a quanto previsto dall'art. 422 del Codice della navigazione. La norma è inserita nella disciplina del trasporto di cose, a governo di una fattispecie contrattuale. Tuttavia, gli spunti che possono trarsene sembrano valere, *mutatis mutandis*, pure per la responsabilità aquiliana. Al primo comma la norma prevede l'ordinaria responsabilità del vettore per la perdita o l'avaria delle cose consegnategli per il trasporto.

Ai fini del discorso che andiamo svolgendo, è interessante soffermarsi sulla presunzione di incolpevolezza del vettore, prevista al secondo comma, per quanto attiene alla perdita o avaria di cose trasportate in conseguenza di innavigabilità della nave, fortuna o pericoli di mare, pirateria *et cetera*<sup>89</sup>.

Insomma, la causa di forza maggiore introduce una *presunzione di non colpevolezza*, la quale comporta una traslazione dell'onere della prova della responsabilità sull'avente diritto alla riconsegna, fattualmente danneggiato. La norma essenzialmente esprime un *favor* per chi usualmente sia esposto all'alea funesta della forza maggiore. Sicché, anche questo frammento normativo può essere utilizzato, pur nella consapevolezza della specialità del medesimo<sup>90</sup>, per restituire allo stato di necessità *ex art.* 2045 c.c. un più ampio respiro, in accordo con la considerazione di favore che l'ordinamento già esprime, pur in differenti circostanze, verso chi subisca, proprio malgrado, l'imperversare di una causa di forza maggiore che attinge al rango di pericolo concreto per sé od altri. Non si tratta di spostare *sic et simpliciter* i costi da un soggetto ad un altro. Occorre, certa-

---

<sup>87</sup> Pena aumentata ove, alla persona ferita o altrimenti in pericolo, dall'omissione derivi una lesione personale; raddoppiata ove ne derivi la morte.

<sup>88</sup> Autotutela per sé o per la prole.

<sup>89</sup> Il comma 2 dell'art. 422 Cod. nav. prevede per intero: «deve invece l'avente diritto alla riconsegna provare che la causa della perdita, delle avarie o del ritardo è stata determinata da colpa del vettore o da colpa commerciale dei di lui dipendenti e preposti, quando il danno è stato prodotto da vizio occulto, o da innavigabilità della nave non derivante da inadempimento agli obblighi di cui all'articolo precedente, da colpa nautica dei dipendenti o preposti del vettore, da fortuna o pericoli di mare, incendio non determinato da colpa del vettore, pirateria, fatti di guerra, sommosse e rivolgimenti civili, provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, anche a scopo sanitario, sequestri giudiziari, scioperi o serrate, impedimenti al lavoro generali o parziali, atti o tentativi di assistenza o salvataggio ovvero deviazione del viaggio fatta a tale scopo, cattivo stivaggio, vizio proprio della merce, calo di volume o di peso, insufficienza degli imballaggi, insufficienza o imperfezione delle marche, atti od omissioni in genere del caricatore o dei suoi dipendenti o preposti».

<sup>90</sup> Ma si rammentino gli insegnamenti di Giovanni Iorio e Pietro Trimarchi citati *retro*, a proposito di norme eccezionali e vocazione espansiva di talune norme speciali (cfr. Cap. I, nota 127).

mente, attenersi a tutti gli elementi della fattispecie, lumeggiati, però, dal principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*

Volendo svolgere delle considerazioni di sintesi sulla natura della peculiare fattispecie *ex art. 2045 c.c.*, ove si abbandoni per un momento la prospettiva opacizzante di “eccezionalità” della previsione *de qua*, si potrebbe scorgere nitidamente la sua intrinseca e basilare funzione di autotutela. Per quanto, secondo una prospettiva strettamente positivista e dogmatica, l’apertura ermeneutica svolta sopra possa sembrare eretica, non sembra ragionevolmente possibile negare che, in peculiari circostanze, la funzione preventiva assolta dall’autotutela, quando siano minacciati i diritti più strettamente connessi alla persona umana, sia a) altamente desiderabile, b) infungibile<sup>91</sup>. Insomma, morto Tizio – poniamo di freddo – non se ne fa un altro col potere performativo della sentenza successiva. Perduta l’integrità psicofisica di un figlio minore, non la si ricostituisce a suon di euro corrisposti, putacaso, a titolo di risarcimento per equivalente.

Ora, queste considerazioni non vogliono essere un invito dissennato all’autotutela. Piuttosto, ed in accordo con lo spirito che anima il presente lavoro, una motivata esortazione a rimettere al centro della riflessione giuridica contemporanea, pur in costanza di dati normativi invariati<sup>92</sup>, la persona fisica ed i suoi bisogni, troppo spesso eclissata, e talvolta schiacciata, dal peso del “terribile diritto” e da interpretazioni tralatzie ad esso serventi<sup>93</sup>.

### 2.5.A) Segue: sulla nozione di persona e gli altri elementi costitutivi della fattispecie

Sembra intuitivo ritenere che la nozione di persona *ex art. 2045 c.c.* non debba essere interpretata in senso restrittivo, con mero riguardo ai pericoli minac-

---

<sup>91</sup> Cfr. B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile, ibidem*, nota 254, per cui la «funzione preventiva che – soprattutto in riferimento alla tutela dei diritti della persona umana – è ben più incisiva di quella meramente successiva».

<sup>92</sup> Tanto fuori dalla retorica delle roboanti declamazioni di diritti, sibbene negli scontri quotidiani tra le istanze della persona e le ragioni della proprietà. Lo *ius moderandi* dato al giudice dall’art. 2045 c.c. è uno strumento importante e versatile che consente di farsi carico delle esigenze sopra descritte. V. la felice sintesi di C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 675: «l’equo apprezzamento dell’indennità dovuta alla vittima del fatto necessitato è ... un giudizio di temperamento di due contrapposti interessi, quello del danneggiato ad ottenere l’integrale ristoro del danno, e quello del danneggiante ad essere totalmente esonerato dall’obbligo risarcitorio. Entrambi tali interessi dovranno allora essere considerati, *tenendo conto di quelle circostanze che sul piano morale e sociale possono renderli più o meno meritori (situazioni economiche delle parti, particolare gravità del pericolo evitato, particolare apprezzabilità della motivazione del fatto, in quanto ad es. compiuto per la salvezza altrui, ecc.)*» (nostra l’enfasi).

<sup>93</sup> Il riferimento è alla miliare opera di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, III ed., Bologna, 2013.

cianti il corpo fisico. Il riferimento alla persona serve in primo luogo a perimetrare il campo di esistenza dell'esimente in parola: ciò sta a significare che essa opera solamente quando il necessitato abbia agito, spinto dall'impeto della forza maggiore, a tutela di valori inerenti alla sfera della personalità umana; escludendo in radice, pertanto, che si possa ledere l'altrui diritto, con il *placet* esimente dell'ordinamento, per tutelare i valori patrimoniali inerenti ai propri o ad altrui beni. Tanto, per la buona ragione che le modalità operative della esimente coinvolgono gli interessi di un terzo del tutto estraneo (innocente si potrebbe dire) rispetto al fatto di pericolo.

Tracciato così il confine esterno della norma, nel concetto di persona «debbono essere inclusi tutti i valori della personalità: dai supremi "beni" della vita – quali l'incolumità e l'integrità psico-fisica – a quelli riguardanti l'integrità morale, l'identità personale, l'identità sessuale, le libertà civili, l'intimità privata, la paternità morale delle opere di ingegno e così via»<sup>94</sup>. Tale estensione è stata operata mercé il richiamo all'art. 2 Cost. il quale, evocando le formazioni sociali ove si svolge la personalità umana, ha in sé un significativo potenziale di espansività.

Resta da chiarire se la medesima norma costituzionale possa adoperarsi per – o quantomeno non osti a – estendere il portato dello stato di necessità pure alla lesione eventualmente subita dalla persona giuridica.

Le considerazioni fatte poco sopra, di primo acchito porterebbero ad escluderlo. E la dottrina maggioritaria, infatti, lo esclude. Tuttavia, v'è chi, valorizzando la logica equitativa dell'art. 2045 c.c., ritiene possibile tale estensione<sup>95</sup>. Muovendo dalla pacifica estensione dei c.d. diritti della personalità – come onore, nome e libertà – alla persona giuridica<sup>96</sup>, si ritiene che solo se la legge, rego-

<sup>94</sup> B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 16 ss. In accordo G. GIACOBBE, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, cit., p. 76 ss.

<sup>95</sup> M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 26 ss. In senso analogo cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 265.

<sup>96</sup> Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 11 agosto 2009, n. 18218, in *Danno e resp.*, 2010, p. 471 ss. In ogni caso, sembra criticabile l'eccessiva disinvoltura che è dato riscontrare nella ipostatizzazione della persona giuridica. Sarebbe il caso di tenere a mente che si tratta pur sempre di una *fictio iuris*. Cfr. F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica del diritto*, Padova, 2010, 68 ss., ove l'A. decostruisce il mito per cui già il diritto romano avrebbe costruito e conosciuto la nozione di persona giuridica; questa nasce «nel tardo Medioevo in virtù di una consapevole metafora, ossia con il trasferimento alle organizzazioni collettive del nome in precedenza usato per gli esseri umani, attese le analogie di situazioni che le prime presentano rispetto ai secondi, e considerata l'opportunità di trattarle alla stregua degli esseri umani, con propri diritti e propri doveri. Il "come se", sottinteso ad ogni metafora, e ad ogni *fictio iuris*, è convertito in un "è": le organizzazioni collettive ben possono, ma solo per fini del diritto, essere riguardate quali persone». Altra dottrina – E. GLIOZZI, voce *Persona giuridica*, in *Enc. Treccani delle Scienze soc.*, versione online, 1996 – ha giustamente osservato come il rafforzamento della metafora in parola fosse favorito da una cultura assai legata al soprannaturale; osservazione confermata «dalle discussioni – medievali, N.d.A. – che si svilupparono sul problema se una *universitas*, in quanto persona, potesse essere scomunicata, potesse tenere qualcuno a battesimo, potesse giurare sull'anima propria, potesse commettere delitti». Le riflessioni



lando lo stato di necessità, avesse in modo esplicito indicato diritti per certo configurabili solamente in capo alla persona fisica, si potrebbe escludere l'applicabilità dell'esimente alla persona giuridica. Poiché così non è, «si dovrà anche riconoscere che, allorquando si presenti un pericolo di danno qualificato ai sensi dell'art. 2045 diretto contro alcuno dei beni cui tali diritti ineriscono, il comportamento dannoso posto in essere per evitarlo deve essere considerato come compiuto in stato di necessità e quindi sottoposto alla relativa disciplina. Ogni fatto che minacci la limitazione di qualunque dei diritti che formano la sfera della personalità della persona giuridica costituisce un pericolo di danno alla "persona" come inteso nell'art. 2045; e tanto più vasto sarà il campo di applicazione di detta norma quanto più ampia sarà la sfera della personalità che, sotto il profilo in esame, verrà riconosciuta all'ente»<sup>97</sup>.

Ora, e considerata la pacifica estensibilità effettuata dalle corti di taluni diritti della personalità alla persona giuridica, possono effettivamente darsi dei casi reali in cui chi agisce in nome e per conto di una società si trovi a dover salvare la medesima, od altri (si pensi ai dipendenti ed ai livelli occupazionali), da un danno grave ed inevitabile. Tuttavia, questa estensione ermeneutica non può essere compiuta a cuor leggero, e richiede, qui più che altrove, una serrata verifica della presenza di tutti gli elementi oggettivi della fattispecie. Sembra difficile immaginare il soccorso necessitato, il quale eliderebbe, peraltro, in radice l'obbligo di corrispondere finanche l'indennizzo. Quanto a quest'ultimo, basta rammentare che lo *ius moderandi* conferito dalla legge al giudice gli consente di ritagliare il rimedio sul caso di specie, fino al limite della pratica coincidenza dell'indennizzo con il *quantum* del risarcimento. Ergo, non sembra che accettare l'estensione dell'esimente alla persona giuridica possa causare scossoni nel sistema.

---

critiche di tali autori sul concetto tradizionale di persona giuridica risalgono, invero, alla seconda metà del secolo scorso. Nello stesso periodo, altra dottrina, svolgendo una compiuta analisi del contenuto e della funzione del concetto di persona giuridica, evidenziava il filo rosso che legava le riflessioni critiche suddette alla teoria "individualistica" formulata già da Pufendorf (1632-1694): così A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, 118 ss., nt. 59, e cfr. ivi l'ampia bibliografia. L'A. suggeriva fosse più opportuno interrogarsi sulle condizioni d'uso del concetto di persona giuridica, con un'attenta «valutazione delle conseguenze che l'eventuale applicazione alle società "persone" (o alle associazioni riconosciute o alle fondazioni) di una certa disciplina determinerebbe nell'ambito del sistema giuridico. E solo nell'ipotesi in cui tale applicazione dia luogo a situazioni che l'ordinamento considera ammissibili, potrà essere risolto in senso affermativo il problema di fondo, si potrà, cioè, concludere che le società "persone" ... possono essere titolari di quel dato rapporto».

<sup>97</sup>M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 31. L'A. continua, a p. 79: «se il preposto viene a trovarsi in una situazione pericolosa (per sé o per gli altri, ivi compreso il preponente, persona fisica o giuridica che sia) che ha reso necessario il fatto dannoso, ciò non è avvenuto per suo capriccio, o comunque per sua volontà, ma per adempiere alle incombenze affidategli. Le condizioni perché le conseguenze del fatto dannoso compiuto dal dipendente ricadano nella sfera patrimoniale del padrone esistono: vi è infatti un danno causato dal dipendente nell'esercizio delle sue incombenze».

Anzi, ammetterlo, consente all'interprete di rivendicare un'applicazione meno stringente di tutti i requisiti della fattispecie *ex art. 2045 c.c.* quando ad invocarla sia una persona fisica. Consente insomma di adoperare, su tutti gli elementi della fattispecie, l'interpretazione *a fortiori*.

Venendo ora al pericolo, la norma richiede che esso debba essere *grave, attuale, inevitabile e non volontariamente causato*.

La *gravità* deve essere apprezzata in strettissima relazione al caso di specie, secondo gli elementi offerti dal comune senso giuridico<sup>98</sup>. Un corollario di tale considerazione è il requisito della proporzionalità (in questo caso il danno recato deve essere proporzionato al pericolo evitato), pur considerando che «si tratta... di danni gravi alla persona, dove il riferimento alla persona e la qualifica di gravità escludono in radice la possibilità di una forte differenziazione di valore morale tra il bene leso e il bene salvaguardato dall'azione necessitata»<sup>99</sup>.

In forza del requisito di *attualità* del *periculum*, l'evento sfavorevole deve essere altamente probabile ma, ovviamente, non si richiede un danno già verificato<sup>100</sup>: altrimenti si tratterebbe di una pura traslazione di un costo, *ex post*, incompatibile con la logica, pur sempre "eccezionale", di una fattispecie di autotutela. Inoltre, si ritiene che il necessitato non debba avere un particolare dovere di esporsi al pericolo.

Il pericolo *non volontariamente causato* è strettamente connesso alla inevitabilità del medesimo: esso deve manifestarsi al soggetto minacciato in guisa tale da legittimare la convinzione che sia possibile, fattualmente, eliminare l'evento dannoso soltanto sacrificando l'altrui diritto. Si ritiene che l'esimente non operi, oltretutto ove sia possibile rannodare al di là del ragionevole dubbio al soggetto necessitato la creazione del pericolo, anche quando questi non sia estraneo alla creazione del rischio<sup>101</sup>.

Va da sé che gli elementi della fattispecie ora analizzati non possano e non debbano essere interpretati con rigore estremo, soprattutto quando la gravità del fatto coinvolga beni (giuridici) primari della persona – come la salute psico-fisica – e induca nell'agente un grave turbamento psicologico, tale da impedire valutazioni certosine, le quali sono, evidentemente, esperibili *ex post* dall'interprete terzo con diverso grado di lucidità<sup>102</sup>. E ciò a pena di sterilizza-

<sup>98</sup> A. THIENE, *commento sub art. 2045*, cit., p. 2198.

<sup>99</sup> B. INZITARI, voce *Necessità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 858. È appena il caso di aggiungere «che anche i valori della persona umana vanno graduati, e che l'interesse sacrificato potrebbe allora essere di grado superiore rispetto al valore che si vuole salvare, rendendo sproporzionato il fatto in confronto al pericolo (es.: uccido una persona per salvaguardare la mia riservatezza)»: C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 673.

<sup>100</sup> A. THIENE, *commento sub art. 2045*, *ibidem*.

<sup>101</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 243 s.

<sup>102</sup> «Ai fini del possibile riconoscimento dell'esimente dello stato di necessità, *ex art. 54 c.p.*,

re il portato applicativo della fattispecie, condannandola ad una vita da *law in the books*.

### 2.5.B) Segue: *stato di necessità e diritto all'abitazione*

La possibilità di godere di un alloggio è un diritto universalmente riconosciuto<sup>103</sup>. Non a caso si è scelto di adoperare il verbo godere, il quale immediatamente evoca il valore d'uso della proprietà. In altre parole, il c.d. diritto all'abitazione non passa necessariamente per la proprietà esclusiva della medesima: la prerogativa dominicale qui in rilievo per soddisfare il bisogno essenziale in parola non si compendia, evidentemente, nello *ius excludendi alios*<sup>104</sup>. L'evocato diritto pur non essendo sancito espressamente dalla Costituzione, da essa si ricava agevolmente: senza necessità di interpretazioni azzardate. La norma più rilevante per il diritto all'abitazione è sicuramente la clausola aperta di cui all'art. 2 Cost.<sup>105</sup>, la quale ha in sé un potenziale generativo di nuovi diritti<sup>106</sup>.

Sembra chiaro, a colpo d'occhio, che la casa di abitazione sia il luogo d'elezione per lo svolgimento della personalità umana: lo spazio antropico necessario per ospitare le formazioni sociali nelle quali questa si sviluppa.

Inoltre, l'art. 47 Cost. evoca direttamente la proprietà dell'*abitazione*, pur in riferimento alla tutela del risparmio popolare votato a rendere diffusa la piccola

il concetto di "danno grave alla persona" può essere esteso, in armonia con quanto stabilito dall'art. 2 Cost., a situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica ovvero che attentano alla complessa sfera dei beni primariamente collegati alla personalità tra i quali si deve ricomprendere anche quello connesso all'*esigenza di un alloggio*, rientrando tra i *bisogni primari di una persona* (nostra l'enfasi)». Così Trib. Milano, 14 gennaio 2013, in *Corr. merito*, 8-9/2013, p. 854.

<sup>103</sup> Cfr. M. CIOCIA, *Lesione del diritto all'abitazione*, in *Danno e resp.*, 4/2013, p. 356 ss.; G. PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008; P. BASSO, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 2007; nonché U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980.

<sup>104</sup> In base alla teoria del *bundle of rights*, elaborata da Tony Honoré e Wesley Newcomb Hohfeld, si può vedere la proprietà come un fascio di prerogative: sono state identificate undici fondamentali prerogative connaturate al diritto di proprietà: 1) il diritto al possesso esclusivo; 2) il diritto al godimento personale; 3) il diritto a controllare e monitorare l'uso che altri ne facciano; 4) il diritto alla rendita; 5) il diritto sul valore del capitale, incluso quello di alienarlo, consumarlo o distruggerlo; 6) il diritto alla sicurezza della situazione proprietaria; 7) il diritto alla trasmissione gratuita *inter vivos* o *mortis causa*; 8) l'assenza di condizionamenti su tali diritti; 9) il dovere di usare la risorsa scarsa in modo da non danneggiare altri; 10) l'esposizione del bene all'esecuzione forzata per il pagamento dei debiti; 11) i diritti residuali derivanti dall'elasticità del dominio. Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 146 s.

<sup>105</sup> «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

<sup>106</sup> M. BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 819, parla addirittura di «natura generativa di nuovi infiniti diritti».

proprietà nel Paese, per realizzare il progetto di una proprietà accessibile a tutti tratteggiato dall'art. 42 capoverso Cost.<sup>107</sup>.

Si è detto che il tratto caratterizzante del diritto all'abitazione è l'uso, l'accesso, cosa che peraltro consente di parlare di un diritto e non di un privilegio adagiato sulla rendita, «dal momento che appare veramente difficile pensare che possa esserci parità di diritti sostanziali in un contesto in cui l'accesso all'abitazione (in proprietà o in locazione) non sia generalizzato, proprio perché è impossibile porre sullo stesso piano chi gode di un'abitazione, e quindi di un luogo nel quale sviluppare la propria personalità, e chi, al contrario, deve quotidianamente vivere di espedienti»<sup>108</sup>. A tacere del *vulnus* al diritto alla salute provocato dalla mancanza di un'abitazione: circostanza che la recente pandemia da Covid-19 ha cinicamente confermato.

Ciò detto, è agevole comprendere perché nella nozione ampia di persona, evocata dall'art. 2045 c.c., sembri opportuno ricomprendere anche il diritto all'abitazione: luogo fisico *par excellence* ove si può esplicare la personalità, e intorno al quale, materialmente, orbitano gli altri diritti di libertà d'indole primaria e fondamentale<sup>109</sup>.

Sul punto, un precedente significativo è quello deciso da Tribunale di Bologna, 27 marzo 2007<sup>110</sup>. Esso rappresenta un ottimo caso di studio per testare la tenuta delle argomentazioni sopra esposte, sia circa la natura giuridica dello stato di necessità civilistico – inteso come causa di esclusione dell'antigiuridicità – sia sul temperamento tra le ragioni della proprietà ed il diritto all'abitazione di un cittadino non proprietario.

Il Tribunale di Bologna, con una motivazione ampia e coerente, mostra di

<sup>107</sup> Ancora, si può evocare l'art. 14 Cost., il quale sancisce l'inviolabilità del domicilio e, pertanto, presuppone l'abitazione come bene primario. Non sembra, inoltre, indifferente la scelta lessicale operata dai costituenti, i quali all'art. 47 Cost. parlano non già di *casa*, sibbene di *abitazione*, a significare un collegamento funzionale col fondamentale bisogno dell'abitare, non potendosi, per conseguenza, ricomprendere nella definizione di abitazione ciascuna eccedenza rispetto al nucleo essenziale o il diritto ad una seconda, o ennesima casa. Cfr. sul punto A. QUARTA, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2013, p. 268.

<sup>108</sup> Così A. QUARTA, *ibidem*. L'A. arriva a ripensare l'accesso alla proprietà in connessione con il costituzionalismo dei bisogni, muovendo da questi ultimi e da una teorica modulare della proprietà, nella quale le prerogative dominicali si atteggiavano in modo diverso, in funzione del bene oggetto di appartenenza. In altre parole, un diritto di proprietà non edificato solamente sullo *ius excludendi alios*. Tale prospettiva, dopo aver riportato al centro del discorso civilistico sulla proprietà il tema della rendita immobiliare, apre, in relazione al diritto all'abitazione, fecondi spazi di riflessione per ripensare le forme di appartenenza in una contemporaneità assediata nuovamente da bisogni primari.

<sup>109</sup> In adesione alla tesi prospettata nel testo B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 18, nota 20. Cfr. Cass., 23 giugno 1983, n. 5924, in *Riv. dir. pen.*, 1984, p. 586.

<sup>110</sup> Consultabile in *Resp. civ. e prev.*, 9/2008, p. 1882 ss., con nota di S. PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità*.

aderire alla sopra riportata ricostruzione dello stato di necessità, sottolineando che l'operatività dell'art. 2045 c.c. impedisce di qualificare il fatto materiale come "illecito": «la prevalente dottrina, infatti, qualifica lo stato di necessità come causa di esclusione dell'antigiuridicità, che incide quindi sul piano oggettivo, prescindendo dal profilo della responsabilità personale ovvero della colpevolezza. Se, tuttavia, lo stato di necessità commuta oggettivamente la qualifica del fatto, rendendolo fatto lecito, non appare logicamente sostenibile circoscrivere la rilevanza all'ipotesi risarcitoria. Prescindendo, ovviamente, in questa sede da ogni profilo penale, occorre sottolineare che *la non antigiuridicità di un fatto*, ovvero la sua liceità, *lo permea completamente in tutti gli effetti giuridici che ne derivano*, e quindi non può rifrangersi unicamente sulla elisione del diritto risarcitorio che, qualora non fosse sussistito lo stato di necessità, sarebbe sorto nei confronti di chi il fatto ha posto in essere. L'ampiezza dell'art. 2045 c.c. al di là dei confini della responsabilità risarcitoria extracontrattuale, del resto, è stata già prospettata in dottrina dall'orientamento che ne ha sostenuto l'applicabilità anche nell'ambito della responsabilità contrattuale. La questione, invero, non può non considerarsi in modo globale, riflettendo, prima che sulle conseguenze applicative, sulla sostanza ontologica dell'istituto» (l'enfasi è nostra)<sup>111</sup>.

Dopo aver individuato gli elementi essenziali della fattispecie, il giudice proseguiva con un'aggiunta argomentativa, probabilmente conscio anche del portato innovativo (e progressista<sup>112</sup>) della emananda sentenza; sicché, arrivava fino alle scaturigini profonde della *ratio legis*. «Lo stato di necessità è, in effetti, un *istituto di autotutela fondato su una fattispecie di prevalenza...* tra due posizioni soggettive giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela, la cui tutela contemporanea è però nel caso concreto incompatibile – e in ciò consiste, in senso stretto, lo stato di necessità –, l'ordinamento opta per una di esse, per cui *ubi maior minor cessat*. La rilevanza giuridica della posizione soggettiva subvalente talora permane, sia pure contratta, a livello risarcitorio, o addirittura viene completamente espunta (come accade nel soccorso necessitato). L'art. 2045 c.c. regola quindi tale sopravvivenza parziale di un rilievo giuridico, ma al tempo stesso indica il presupposto perché, per così dire, il diritto minore sia "disapplicato", cioè perda nel caso concreto il rilievo giuridico ordinario. Emergono quindi due norme da tale articolo: quella che identifica il caso in cui la lesione del diritto minore non è antigiuridica e quella che disciplina l'eventuale eccezionale rilievo risarcitorio – *rectius*: indennitario, N.d.A. – di una lesione lecita» (nostra l'enfasi)<sup>113</sup>.

Tanto argomentato sulla fattispecie astratta, il Tribunale, sulla base dei fatti

<sup>111</sup> Trib. Bologna, 27 marzo 2007, *ibidem*.

<sup>112</sup> In una contemporaneità giuridica anestetizzata, talvolta finanche la mera ermeneutica costituzionale ha il sapore di un gesto rivoluzionario.

<sup>113</sup> Trib. Bologna, 27 marzo 2007, *ibidem*.

allegati dalla ricorrente e non contestati da controparte – mancanza di una occupazione, necessità di mantenere un nucleo familiare composto di tre persone (di cui due minori di 12 e 3 anni), assenza di altra prospettiva abitativa – e sulla considerazione che il pericolo non fosse stato da lei volontariamente causato<sup>114</sup>, né che le si potesse rimproverare di non aver espletato la ordinaria procedura di assegnazione di alloggio popolare, attesi i tempi notoriamente lunghi della medesima, incompatibili in radice con una situazione di imminente pericolo, rinveniva nella specie tutti presupposti dello stato di necessità *ex art.* 2045 c.c.

Invero, ed è l'elemento che rende la pronunzia in commento apprezzabilmente innovativa, il giudice riteneva la ricorrente autrice di un soccorso necessitato, avendo agito, oltre che per sé stessa, *per salvare altri* soggetti dal pericolo (in uno stato di “minorata difesa”, per giunta). Per il magistrato, «non appare allora discutibile che non avere abitazione costituisca un grave danno alla persona sotto molteplici aspetti, sia fisici che relazionali, danno tanto più severo per minorenni dell'età delle figlie della ricorrente, la quale, a questo punto, può ritenersi autrice di un soccorso necessitato (è significativo, infatti, che il padre non abbia assunto personalmente l'obbligo di occuparsi delle figlie minori, in quanto gli accordi per la separazione prevedono la loro convivenza con la madre quando questa già abitava nella casa occupata). Sono quindi evidenti i diritti in comparazione: da un lato, il diritto a un'abitazione inteso – a parte i plurimi profili esistenziali – nel suo nucleo più pregnante e inviolabile, e dunque come diritto alla salute psicofisica, precipuamente da considerarsi rispetto alle due minorenni coinvolte (...); dall'altro il diritto di proprietà dell'alloggio occupato»<sup>115</sup>.

Il corollario del dispositivo è pregno di interesse: rinvenendo i presupposti del soccorso necessitato veniva meno<sup>116</sup>, insieme all'antigiuridicità del fatto, an-

---

<sup>114</sup> Il giudice lo inferiva dal fatto che la separazione dal coniuge non fosse addebitabile alla ricorrente.

<sup>115</sup> Trib. Bologna, 27 marzo 2007, *ibidem*. Argomentazione analoga svolgeva, in sede penale, il Trib. Paola, sez. di Scalea, 25 maggio 2007, consultabile all'indirizzo: <http://www.iussit.com/occupazione-alloggio-popolare-stato-di-necessita-scriminante/>, per il quale «nella vicenda in esame, non è emersa la prova che alla prospettata “necessità” si potesse ovviare altrimenti (considerate la lesione delle strutture verticali del primo immobile in disponibilità di Tizio e la non ampliabile superficie del secondo)». Pertanto, il Tribunale, ritenendo provato lo stato di necessità, assolveva “perché il fatto non costituisce reato”. Da ultimo cfr. Cass. pen., Sez. II, 16 dicembre 2021, n. 46054: «l'abusiva occupazione di un bene immobile è scriminata dallo stato di necessità conseguente al pericolo di danno grave alla persona, che ben può consistere anche nella compromissione del diritto di abitazione ovvero di altri diritti fondamentali della persona riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., sempre che ricorrano, per tutto il tempo dell'illecita occupazione, gli altri elementi costitutivi della scriminante, quali l'assoluta necessità della condotta e l'inevitabilità del pericolo; ne consegue che la stessa può essere invocata solo in relazione ad un pericolo attuale e transitorio e non per sopperire alla necessità di reperire un alloggio al fine di risolvere in via definitiva la propria esigenza abitativa».

<sup>116</sup> Essendo il soccorso in parola presidiato dalla fattispecie *ex art.* 593 c.p.

che il presupposto teoretico per l'indennizzo, atteso che «la antiggiuridicità insita nel conflitto tra posizioni soggettive si sposta nella condotta di contrasto al fatto necessitato. Ciò significa che il titolare del diritto subvalente – soggetto privato o pubblico che sia – non è legittimato, né tramite autotutela, né tramite tutela giurisdizionale, a porre fine all'esercizio del diritto prevalente, cioè alla condotta necessitata». Il che, ovviamente, non a tempo indefinito, ma fino a che perduri lo stato di necessità, sempre per una causa non imputabile al soggetto necessitato; *ça va sans dire*, l'inerzia colposa non è una causa di forza maggiore: ove dovesse intervenire quest'ultima il quadro fattuale cambierebbe, donde la considerazione giuridica del medesimo.

Resta da sciogliere un ultimo nodo, afferente ai diversi diritti in conflitto in consimili casi. Oltre al diritto del proprietario, qui particolarmente qualificato dalla sua natura di soggetto pubblico, v'è da tenere nel dovuto conto il diritto all'abitazione dei soggetti in graduatoria per l'assegnazione dell'alloggio in questione. Trattasi di un problema articolato, di estrema attualità, atteso, da un canto, l'acuirsi dell'emergenza sfratti e, dall'altro, il moltiplicarsi delle occupazioni nei centri urbani. Un problema articolato per la molteplicità dei profili giuridici, politici e sociali coinvolti che non può certo essere liquidato con disinvoltura come di mero ordine pubblico. Tanto considerato, il giudice nel caso di specie, «in una prospettiva decisamente concreta e rigorosa»<sup>117</sup>, effettuava un oculato bilanciamento, che faceva pendere la stadera dalla parte della ricorrente, posto che il Comune non aveva in alcun modo dedotto l'esistenza di soggetti aventi diritto all'immobile occupato né, ancora, che, ove fossero stati individuati, versassero in una situazione della medesima gravità per identica urgenza unita a mancanza di alternative<sup>118</sup>. La sentenza in parola sembra rappresentare un esempio significativo di applicazione critica delle categorie giuridiche alla realtà dei fatti. Si rinviene un'attenzione benedettina a ciascun dettaglio, tanto giuridico, quanto fattuale. È stato fatto un corretto uso del portato precettivo delle

---

<sup>117</sup> Espressione di S. PORRECA, *ibidem*.

<sup>118</sup> *Iter* argomentativo condiviso da S. PORRECA, *ibidem*, la quale si chiede, tuttavia, se a conclusione diversa si sarebbe potuti giungere ove il Comune resistente avesse svolto piena difesa sul punto. Inoltre, manifesta perplessità in ordine alla ampia valorizzazione operata dal Tribunale di Bologna del criterio processuale di non contestazione, e ricorda che la suprema Corte è molto rigorosa nel valutare gli elementi della fattispecie ex 2045 c.c. in relazione al diritto all'abitazione, lasciando filtrare, tra le righe, l'idea che il giudice bolognese fosse stato di manica larga con la ricorrente: «non è certamente il terzo danneggiato, nella specie il soggetto (pubblico o privato) proprietario della casa occupata, a dover addurre fatti ostativi all'operatività della scriminante invocata dall'aggressore, ma è piuttosto quest'ultimo che deve dimostrare, ove intenda giustificare la propria condotta, la piena ed inconfutabile esistenza di tutti i presupposti che la legge richiede per tollerare la lesione cagionata a chi era assolutamente estraneo al contesto che ha generato un fatto altrimenti illecito». Dopo di che la A. evoca lo spauracchio della «breccia insanabile» che si creerebbe nello stato di diritto ove si consentisse il sacrificio del terzo (proprietario) senza pretendere una *prova positiva rigorosa* dell'effettiva sussistenza di tutti i requisiti dell'esimente.

norme della Costituzione, utilizzata per trarne delle conseguenze operazionali e non già come testo “sacro” ma... programmatico. E nell’importante *obiter dictum* riportato, il Tribunale ha anche dato conto di come le esigenze<sup>119</sup> di eventuali soggetti in graduatoria – per l’assegnazione degli alloggi popolari – non fossero rimaste estranee alla sua decisione, mostrando di interpretare con consapevolezza il proprio ruolo istituzionale.

Infine, si deve dare atto di un contrasto in materia insorto all’interno del TAR Lombardia, in ordine alla considerazione e al portato che debba assumere lo stato di necessità di un cittadino, da un lato, tipicamente *ex ante*, nelle ipotesi di assegnazione di alloggi popolari in deroga ai requisiti ordinari<sup>120</sup>, e dall’altro, tipicamente *ex post*, in una fase patologica intercorrente tra il cittadino e l’ente gestore dell’alloggio pubblico. Contrasto di importanza miliare perché l’orientamento che da esso dovesse prevalere è vocato a governare fenomeni sempre più rilevanti in termini qualitativi e quantitativi: in un quadro di emergenza che sovente attinge alla vera e propria disperazione.

Vi è un primo orientamento, più in linea con la tradizione, che opina per la prevalenza secca delle ragioni dell’ordine pubblico, senza alcuna apertura allo stato di necessità<sup>121</sup>. Vi è, poi, un secondo orientamento che, con raffinatezza e pazienza, prova a comporre le ragioni della proprietà e dello stato di diritto con quelle del costituzionalismo dei bisogni e dell’equità<sup>122</sup>: senza far prevalere la

---

<sup>119</sup> *Rectius*: interessi legittimi.

<sup>120</sup> Ad esempio, l’art. 14 del Regolamento Reg. Lombardia, 10 febbraio 2004, n. 1, prevede che il comune che abbia indetto il bando possa disporre in via di urgenza, con specifico atto, l’assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica ai nuclei familiari che ad esempio «siano assoggettati a procedure esecutive di sfratto e si trovino nelle condizioni previste dall’articolo 80, comma 20, della l. 23 dicembre 2000, n. 388», oppure «abbiano rilasciato o debbano rilasciare l’alloggio a seguito di calamità naturali quali alluvioni, terremoti, frane ovvero eventi imprevisi quali esplosioni, incendi, crolli o altro ad essi riconducibili»; ovvero, ancora, «necessitino di urgente sistemazione abitativa, anche a seguito di gravi eventi lesivi dell’integrità psico-fisica e personale, con particolare riguardo alle donne e ai minori».

<sup>121</sup> V. per tutti TAR Lombardia, Sez. I, Milano 22 aprile 2013, n. 1030, consultabile in banca dati *Dejure*.

<sup>122</sup> Cfr. TAR Lombardia, Sez. I, Milano, 20 dicembre 2010, n. 7602, consultabile in banca dati *Dejure*. In tale pronuncia, con approccio sistematico, si afferma che l’Amministrazione procedente, nell’applicare la norma che impone il rilascio all’occupante *sine titulo*, debba sempre considerare le condizioni personali del ricorrente, e – sul presupposto della valenza anche sanzionatoria dell’impugnato decreto di rilascio – ha ritenuto che lo stato di necessità debba ricevere attenta e necessaria considerazione anche sul piano amministrativo. Di conseguenza, anche la norma di fonte regolamentare deve essere interpretata in chiave teleologica e sistematica, escludendo che ricorra la situazione di “occupazione senza titolo” nei casi in cui tale condotta sia stata posta in essere *in stato di necessità*. Ancora, il TAR considera come tale esimente rilevi per il diritto penale (art. 54 c.p.), per il diritto civile (art. 2045 c.c.), ed anche per il diritto amministrativo, attesa l’espressa previsione dell’art. 4, l. 24 novembre 1981, n. 689. La valutazione in ordine alla effettiva sussistenza dell’esimente in parola sarebbe naturalmente rimessa al meditato apprezzamento dell’Ammini-



prospettiva riduzionistica di una questione problematica che investe peraltro taluni punti nevralgici del nostro tessuto democratico. In definitiva, tali orientamenti testimoniano due modi radicalmente alternativi di inquadrare la medesima questione, due visioni che rappresentano altrettante differenti *policies* del diritto: uno scontro fra principî insomma<sup>123</sup>.

Se questo è il quadro di sistema nel quale ci si muove, sono da condividere e valorizzare le posizioni emerse nella giurisprudenza (civile ed amministrativa<sup>124</sup>), ad oggi non maggioritarie, tese a mettere al centro della valutazione *ex art.* 2045 c.c. la persona umana vista nel prisma dei diritti ad essa riconosciuti dalla Costituzione, smarcandosi dalla tentazione di ridurre il conflitto tra persona e cose ad una mera questione di ordine pubblico. Di particolare interesse sembra così essere la proposta interpretativa del TAR lombardo che riconcilia la legalità del procedimento con lo stato di necessità effettivo e dimostrabile, facendo entrare quest'ultimo nell'istruttoria; necessità tanto più assorbente ove si consideri che l'Amministrazione procedente<sup>125</sup> è un proprietario qualificato, il quale trova la sua stessa ragion d'essere nella tutela e considerazione delle esigenze della persona/cittadino.

---

strazione competente, previa un'attività istruttoria in contraddittorio con l'interessato. Il che, si aggiunge, non significa revocare in dubbio il carattere tendenzialmente vincolato del potere di rilascio quanto, per converso, sottolineare la necessità che l'acquisizione dei fatti rilevanti in sede istruttoria sia piena ed effettiva. In termini analoghi v. TAR Lombardia, Sez. I, ord., 28 settembre 2011, n. 1502, consultabile all'indirizzo: <http://www.studiolegalelrs.it/2011/10/edilizia-residenziale-pubblica-secondo-il-tar-lombardia-prima-di-cacciare-di-casa-locupante-abusivo-lamministrazione-deve-accuratamente-esaminare-le-sue-condizioni-soggettive/>.

<sup>123</sup> In generale si vedano: P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021; F. ADDIS, *Il valore «normativo» dei principi*, in C. Cicero-G. Perlingieri (a cura di), *Libri amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.; ID., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2016, p. 1019 ss.; J. BRAITHWAITE, *Rules and Principles: A theory of Legal Certainty*, in *27 Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, p. 51; J. RAZ, *Legal principles and the Limits of Law*, apparso originariamente in *81 Yale Law Journal*, 1972, p. 823 ss., ora anche in M. ARNHEIM (Edited by), *Common Law*, Aldershot-Singapore-Sydney, 1994, p. 503 ss.

<sup>124</sup> Sulla stessa linea sopra commentata del Tribunale bolognese sembra porsi App. Palermo, 14 marzo 2012, n. 1173, in *Guida dir.*, 2012, f. 26, p. 77, per la quale: «lo stato di necessità conseguente al danno grave alla persona ben può consistere, oltre che in lesioni della vita o dell'integrità fisica, nella compromissione di un diritto fondamentale della persona come il diritto all'abitazione, sempre che ricorrano, per tutto il tempo dell'illecita occupazione, gli altri elementi costitutivi e cioè l'assoluta necessità della condotta e l'inevitabilità del pericolo». Nel caso di specie, tuttavia, la Corte non rinveniva l'esimente perché l'imputato non aveva fornito nessuna prova dello stato di necessità, oltre al fatto accertato di avere una famiglia numerosa.

<sup>125</sup> L'Ente che nelle singole realtà locali gestisce il servizio di edilizia residenziale popolare.

## 2.6. Espropriazione per pubblica utilità e indennizzo. Premessa: proprietà privata e diritti fondamentali: una relazione pericolosa che influenza i rimedi

La vulgata dominante oggi, tanto nel mondo di *civil* quanto in quello di *common law*, afferma, per petizione di principio, che il diritto di proprietà sarebbe un diritto (naturale) fondamentale dell'uomo<sup>126</sup>.

Sembra opportuno esporre brevemente le ragioni per cui non si aderisce a siffatta teorica, poiché l'ordine del discorso a venire ne sarà influenzato. Difatti, dalla considerazione assiologica che si ascrive, a monte, alla proprietà discendono regole operazionali diverse, quando sia azionato, a valle, il rimedio riparatorio.

Il principale appiglio normativo per la riferita teorica dominante è, senz'altro, l'art. 1, del Protocollo addizionale numero uno della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* (in avanti anche CEDU), che ripiglia, pur con toni moderati, il principio già affermato nell'art. 17 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in quel fatidico 1789: la proprietà individuale è sacra e inviolabile.

Le argomentazioni in prosieguito sono tese a dimostrare non soltanto l'estraneità della proprietà dall'ordito dei diritti fondamentali<sup>127</sup>, ma anche, e soprattutto, l'inopportunità di una simile opzione ermeneutica.

È evidente che il riconoscimento di naturalità conferisce una patente di forte legittimità al "terribile diritto"<sup>128</sup>; ciò accade, beninteso, non solo in riferimento al nostro istituto: la strizzata d'occhio da parte della natura rappresenta una fonte di sponsorizzazione che è stata cercata a vario titolo dal diritto, invero più per

<sup>126</sup> In sostanza si ripropone l'antica equivalenza (assiomatica) proprietà = libertà.

<sup>127</sup> Il significato da ascrivere all'endiadi "diritti fondamentali" è, in questa sede, quello fatto proprio dalla nostra Corte costituzionale: «nell'uso corrente, "diritti umani", "diritti inviolabili", "diritti costituzionali" e "diritti fondamentali" sono termini utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale: ciò sembrerebbe attestare, proprio a livello di un senso e "sapere comune", l'intimo e complesso rapporto che da sempre lega tra loro e indissolubilmente diritto naturale e diritto positivo». Così Corte cost., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006, consultabile all'indirizzo: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU185\\_principi.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf).

<sup>128</sup> Con efficace sintesi v. U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1124: «risulta del tutto evidente, e vale la pena di menzionarlo subito, che la proprietà privata ed individuale della terra non è un diritto in alcun modo naturale ed universale, né tanto meno l'essenza della libertà, ma un semplice requisito istituzionale del suo "efficiente" sfruttamento economico in una logica di breve periodo quale quella tipica dello sviluppo capitalistico. Storicamente, essa può leggersi come il presupposto della libertà di accumulazione borghese rispetto all'antico ordine feudale, il che è evidentemente un discorso politicamente e culturalmente del tutto contingente».

dare copertura ad una scelta ideologica che per consentire alla scienza giuridica di candidarsi a una sorta di ingegneria sociale della biomimesi.

Gli è che anche trovando un – improbabile – accordo su ciò che effettivamente sia naturale<sup>129</sup>, proprio non si vede come logicamente possa trarsi «un criterio per distinguere ciò che è giusto da ciò che è ingiusto, che è poi lo scopo ultimo di ogni teoria del diritto naturale. Che un certo evento sia naturale è o dovrebbe essere un giudizio di fatto, ricavato dall'osservazione di ciò che accade per lo più fra gli uomini, materia, oggi si direbbe, di ricerche empiriche come l'antropologia e la sociologia. Che quello stesso evento sia da approvarsi come giusto e condannarsi come ingiusto è invece un giudizio di valore. Ma è possibile dedurre un giudizio di valore da un giudizio di fatto?»<sup>130</sup>.

Ma anche ammettendo, solo per un attimo, la possibilità di trarre una prescrizione da un'indicazione del “libro della natura”, per quanto attiene la proprietà privata, anche sforzandosi, non si trovano le evidenze – né filosofiche, né antropologiche – per poterla ritenere, al di là di ogni ragionevole dubbio, istituto di diritto naturale<sup>131</sup>.

Riservando ad altro paragrafo l'analisi puntuale delle norme CEDU riguardanti la proprietà ed il loro impatto sul diritto interno<sup>132</sup>, occorre qui considerare che anche l'interpretazione delle norme sovranazionali deve essere coerente con la Costituzione. A tal proposito giova osservare anzitutto la collocazione che l'istituto proprietario trova nella Carta. Esso non trova cittadinanza fra i «Principi fondamentali», né tra i «Diritti e doveri dei cittadini», bensì nel Titolo dei «Rapporti

<sup>129</sup> N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 257, brillantemente scriveva: «un elenco completo delle opinioni in questa materia potrebbe costituire, come è stato più volte osservato, l'affascinante tema di un nuovo elogio della follia. Non vi è nessuna affermazione di corrispondenza alla natura di questo o quel diritto a cui non si possa contrapporre il riconoscimento della corrispondenza alla natura del diritto contrario».

<sup>130</sup> N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, cit., p. 259.

<sup>131</sup> N. BOBBIO, *ibidem*, p. 257 s., afferma che «Locke, ad esempio, aveva escogitato la teoria secondo cui la proprietà individuale era naturale perché discendeva da un atto naturale quale era il lavoro, ma Rousseau di rimando biasimò come il vero fondatore della società civile “*le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire 'Ceci est à moi' et trouva des gens assez simples pour le croire*”». In questo campo le due tradizioni parallele e contrapposte si richiamano entrambe alla invincibile legge della natura: da un lato il pensiero liberale-borghese che sfocia nella Dichiarazione dei diritti della fine del Settecento leggerà nel libro della natura la prescrizione che la proprietà individuale è un diritto naturale, “*inviolable et sacré*”; dall'altro il pensiero utopista socialista, da Campanella a Winstanley, a Morelly, si appellerà al codice della natura per dimostrare che il solo regime che la natura prescrive è quello della comunione dei beni». Anche l'antropologia giuridica sembra erodere la credibilità delle teoriche che vorrebbero la proprietà individuale come istituto di diritto naturale: cfr. per tutti R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, cit., spec. cap. 12. Per considerazioni ancora valide e appassionate, cfr. H. DEMSETZ, *La nascita del diritto di proprietà e la proprietà collettiva*, trad. it., in G. ALPA (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 155 ss.

<sup>132</sup> Cfr. § 2.8.

economici». Già questa considerazione “topografica” basterebbe a inferire il diverso peso specifico della proprietà rispetto alle altre categorie evocate<sup>133</sup>.

Si consideri, inoltre, che là dove la Costituzione «ha voluto riconoscere un diritto fondamentale, cioè un diritto dell'uomo preesistente alla Costituzione stessa ha usato la dizione “la Repubblica riconosce e garantisce, ecc.”. (...) A proposito della proprietà privata, la Costituzione non usa più la dizione “la Repubblica riconosce e garantisce, ecc.”, ma “la legge riconosce e garantisce”»<sup>134</sup>.

A suffragio di una simile ricostruzione è miliare il rilievo per il quale se davvero la proprietà nel sistema costituzionale fosse un diritto fondamentale ed inviolabile, sarebbe illogica ed inaccettabile la previsione che ne ammette l'ablazione, pur con le diverse garanzie di cui all'art. 42 Cost<sup>135</sup>.

Insomma, in un sistema giuridico di democrazia pluralista la proprietà non può essere intesa in senso ottocentesco, come attributo originario della personalità, ma deve giocoforza essere interpretata come diritto-valore fondato sulla Costituzione positiva; diritto-valore che grazie alla funzione sociale interiorizza una serie di limiti, intesi come corollario di valori di rango ad essa pari e superiore<sup>136</sup>. Sulla base delle diverse posizioni dottrinarie relative alla «funzione sociale» e, soprattutto, sull'uso fattone dalla P.A. e dalla giurisprudenza, si può qui svolgere una sintetica riflessione.

È stato giustamente osservato come la complessità della nozione faccia premio anche sull'effettiva molteplicità fenomenica del quadro di riferimento: si pensi alle diverse categorie di beni, alle figure dei soggetti proprietari e ai profili delle attività svolte<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> In adesione a questa ricostruzione cfr. A. BALDASSARRE, voce *Proprietà (dir. Cost.)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 3, per il quale «una nozione costituzionale della stessa (proprietà, N.d.A.) non può non dipendere dalla collocazione e dal ruolo che la Costituzione, intesa come struttura di valori giuridici superiori, assegna, nell'ambito del sistema sociale da essa strutturato, alla proprietà privata e ai suoi referenti soggettivi ed oggettivi». *Contra* A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 67, che sostiene l'irrelevanza del criterio topografico onde distinguere diritti di tipo personale o fondamentali da quelli economici.

<sup>134</sup> P. MADDALENA, *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, Incontro trilaterale di Lisbona, 10 ottobre 2009, p. 3, consultabile all'indirizzo [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Maddalena\\_8-10.10.2009.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Maddalena_8-10.10.2009.pdf).

<sup>135</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*, p. 5. E la stessa Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 22, in *Foro it.*, 1971, I, c. 527, ha riconosciuto che la proprietà non è un diritto «presidiato come primario e fondamentale».

<sup>136</sup> Esclude la proprietà dal novero dei diritti fondamentali ed inviolabili anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991 p. 1111. Per una riflessione sulla vitalità e l'attualità della clausola *ex art. 42 capoverso Cost.* ci permettiamo di rinviare ad A. PISANI, *Sulla funzione sociale del diritto di proprietà*, in *Turin L. Rev.*, 11 dicembre 2014, consultabile all'indirizzo: <http://turinlawreview.blogspot.it/>, ed ivi bibliografia.

<sup>137</sup> Pone l'accento su tale realtà, con ottima sintesi A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. 17.

Talvolta il legislatore è stato assai magnanimo nei confronti della discrezionalità amministrativa, ponendo in filigrana il principio di ragionevolezza; talché la Consulta è intervenuta in diverse occasioni, non soltanto per rafforzare *sic et simpliciter* la posizione dei proprietari di un dato momento storico, ma pure per temperare talune derive effettivamente inique poste in essere da maggioranze politiche “affamate” di consenso<sup>138</sup>; e lo ha fatto proprio in nome della funzione sociale.

Parimenti sembra difficile dubitare della razionalità, e fondamentale equità, di taluni interventi della Corte EDU che hanno tutelato una proprietà essenzialmente “personale” di fronte alla voracità di uno Stato non sempre animato da piani di consapevole ed equa redistribuzione delle risorse<sup>139</sup>.

Soprattutto oggi, giusta la presenza di due colossi impegnati in una lotta all’ultimo sangue – Leviatan *vs* Beemot (*Corporation*)<sup>140</sup> – si avverte la necessità di esperire una chiara perimetrazione del contenuto semantico della funzione sociale della proprietà; un’azione di consapevole e coraggiosa disambiguazione – che coinvolga a pieno titolo la dottrina, anche amministrativistica – tesa a rivitalizzare ciascuna possibile applicazione operativa connessa a quella dimensione del possedere che stinge in quella dell’essere. Una dimensione in cui l’accessibilità di tutti alla proprietà – almeno nella specie del valore d’uso – proclamata dalla Costituzione non sia ostacolata né dai possidenti storici (persone fisiche e giuridiche), né dai pubblici poteri talvolta ebbri di discrezionalità.

## 2.7. Segue: *panoramica sulla nozione di espropriazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: uno “slalom tra contenuto economico del diritto e parità di trattamento”*

A ridosso dell’entrata in vigore della Carta del ’48, mentre una parte della civiltà cercava strenuamente di costruire un’interpretazione costituzionalmente adeguata della posizione dominicale, che non rendesse la formula della funzione sociale mero orpello verbale, altri studiosi si impegnavano nella ricerca della “pietra filosofale”: il contenuto minimo del diritto di proprietà; la *quidditas* che nessun provvedimento legislativo avrebbe potuto intaccare a pena di adeguata compensazione, il nucleo irriducibile capace di resistere agli attacchi di guerriglia dei non possidenti<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. a titolo di esempio Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, p. 126 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*.

<sup>139</sup> Paradigmatico appare il caso “Scordino” che sarà considerato più avanti.

<sup>140</sup> Con il Leviatan nazionale in posizione recessiva rispetto alla forza economica della *corporation*. Forza economica e sempre più politica, indi anche giuridica, almeno nel senso della forza di imporre temi, agende e regole pratiche ai legislatori nazionali.

<sup>141</sup> Un alfiere della dottrina che ha sempre respinto la teorica del contenuto minimo è S. RODÒ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1315.

Secondo taluno, il concetto di contenuto minimo sarebbe chiaramente desumibile dal disposto costituzionale. «La proprietà di un bene comporta (e lo si legge nel comma 2 dell'art. 42) l'appartenenza di esso a un soggetto a fini di utilizzazione ("godimento"). E detta essenziale finalità implica necessariamente che il diritto (così come riconosciuto nella Costituzione) rimarrebbe svuotato e nullificato tutte le volte che l'appartenenza venisse regolata in modo da renderla (oggettivamente) priva (in riferimento alla categoria di beni di volta in volta considerata) di qualsiasi "utilità", e quindi di qualsiasi "valore" (di uso o di scambio) per il suo titolare»<sup>142</sup>.

Corollario di questa teorica è che là dove il legislatore sottrae una prerogativa appartenente al nucleo minimo, egli sta sostanzialmente espropriando valore, a prescindere dalla qualificazione formale dell'operazione. Donde, sarebbe incostituzionale quella legge di conformazione che non prevedesse un indennizzo.

Quella riportata è, in buona sostanza, la posizione sostenuta tradizionalmente dalla nostra Corte costituzionale – pur con minime varianti argomentative da pronuncia a pronuncia<sup>143</sup>. Invero, il cammino ermeneutico di quest'ultima, lungi dall'essere stato lineare, potrebbe definirsi come «slalom tra contenuto economico del diritto e parità di trattamento dei proprietari»<sup>144</sup>.

Il primo ampliamento dei concetti di espropriazione e limite indennizzabile – che da un lato rinvigoriscono la forza della posizione dominicale e dall'altro erodono spazio di manovra all'attività conformativa dei pubblici poteri – sembra rinvenirsi nella pronuncia del 20 gennaio 1966, n. 6, in tema di servitù militari<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 470 ss. Le idee di Sandulli influenzeranno in maniera determinante le posizioni assunte dalla Corte costituzionale. È dell'idea che le facoltà connaturate al diritto di proprietà possano essere conformate dal legislatore e dai pubblici poteri in vario modo, ma non fino al punto di privare il titolare di qualsiasi utilità o potere, anche A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 210. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, p. 86, ritiene che la proprietà non possa essere ridotta a mera forma priva di sostanza.

<sup>143</sup> Per una significativa ricognizione del contenuto minimo nelle pronunce dei giudici costituzionali cfr. T. PASQUINO, *Il «contenuto minimo» del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in M. TAMPONI-E. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 33 ss. Per una pronuncia recente che parla ancora di contenuto minimo v. Corte cost., 23 giugno 2000, n. 238, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1817. Per una prospettiva storica v. O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, trad. it. Bolaffi, Bari, 1982, p. 84.

<sup>144</sup> Espressione di C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (Artt. 832-833)*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 12.

<sup>145</sup> Consultabile in *Giur. cost.*, 1966, p. 72 ss. Preliminarmente, la Corte sposa una nozione atecnica e generica di servitù, mostrando di essere interessata, sostanzialmente, a «la natura, l'incidenza, l'entità del sacrificio che deriva dall'imposizione». I giudici continuano a mostrarsi sostanzialisti, fino a ritenere, in ossequio ad un'interpretazione sistematica, la violazione della garanzia di istituto (di cui all'art. 42 Cost.) non solo nei casi di evidente traslazione della titolarità do-

In pratica, nel ragionamento dei giudici costituzionali una limitazione alla proprietà è indennizzabile là dove:

*i)* sia imposta *singulatim*, ovvero quando non afferisca ad intere categorie di appartenenza stabilite *a priori*;

*ii)* essa vulneri il contenuto essenziale del diritto, da individuarsi avendo riguardo alla forma di godimento o al valore di scambio del bene, e alla diminuzione di quest'ultimo post-intervento pubblico.

In una pronuncia successiva, la Corte identifica meglio i caratteri di un intervento sostanzialmente espropriativo aggiungendo che esso deve<sup>146</sup>:

*iii)* incidere sul bene «oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico»;

*iv)* avere una durata illimitata ed indeterminata.

Questi criteri elaborati dalla Consulta<sup>147</sup> costituiscono il tentativo di sintetizzare due teoriche, invero già elaborate dalla dottrina tedesca<sup>148</sup>: la teorica «dell'atto singolare» e quella «della minorazione della sostanza».

Se non che, distinguere la limitazione posta a titolo generale da quella a titolo particolare non è operazione semplice<sup>149</sup>; lo stesso dicasi per ciò che sarebbe connaturale alla proprietà privata e che ne costituirebbe, dunque, il contenuto minimo.

Si diceva che il Giudice delle leggi ha tentato di svolgere una sintesi delle due teoriche citate, restituendo delle pronunce che su un grafico cartesiano apparirebbero sinusoidali: talvolta privilegiando l'idea di contenuto minimo economico da preservare, talaltra accordando preferenza all'equità intraproprietaria; raramente valorizzando l'equità "generale" dell'ordinamento<sup>150</sup>.

---

minicale, ma anche nei casi in cui, ferma restando quest'ultima, «il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo».

<sup>146</sup> Corte cost., 9 maggio 1968, n. 55, Pres. Sandulli, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838 ss.

<sup>147</sup> Criteri che hanno integrato il diritto vivente in materia almeno fino al 1977. Cfr. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 1377.

<sup>148</sup> Ne dà conto C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., p. 13 ss.

<sup>149</sup> Un distinguo esemplificativo è presente nelle sentenze della Corte cost., 9 maggio 1968, nn. 55 e 56, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 838 e 884 ss.

<sup>150</sup> Cfr. Corte cost., 22 dicembre 1977, n. 153, in *Giur. cost.*, 1977 p. 1469 ss., nella quale si pone la regola per cui il legislatore non può incidere eccessivamente la "sostanza" del diritto: senza alcun riferimento allo statuto peculiare del bene in oggetto. Invece in Corte cost., 25 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 21 ss., si nega la legittimità di un'indennità di esproprio dei suoli urbani agganciata al valore agricolo, e si giunge alla conclusione sostanzialmente argomentando sull'equità fra proprietari. Si consideri, inoltre, «che in tutti i casi in cui la Corte ha escluso la natura espropriativa dei vari limiti alla proprietà sul presupposto che, per i beni di cui era questione, il «diritto era nato con il corrispondente limite, e con quel limite vive[va]», si trattava di

Pur nella mancanza di linearità degli interventi della Consulta, emerge una giurisprudenza determinata a salvaguardare i valori economici espressi dalla proprietà dei privati, al tempo  $x$  di un dato intervento pubblico. Ancora si evince una vera e propria «tendenza istituzionale diretta a verificare la legittimità di ogni programma di attuazione legislativa del dettato costituzionale, che non preveda indennizzi a favore dei proprietari, sulla base dei presupposti indicati dalla Corte costituzionale volta per volta, e non sempre coerentemente»<sup>151</sup>.

Ora, pare evidente che tra una interpretazione radicale del contenuto minimo e la nozione di funzione sociale non corra buon sangue<sup>152</sup>. E dall'analisi empirica delle sentenze della Corte costituzionale si può trarre che una tutela forte del primo sia stata di evidente rallentamento alla posa in opera della seconda.

Ciò non ostante, sembra che sul punto in argomento *tertium datur*; e non si tratta di un espediente narrativo per conciliare opzioni di politica del diritto in insanabile contrasto.

Si è detto, dianozi, che non tutte le proprietà possono considerarsi alla stessa stregua; che è altresì importante distinguerle in ragione della estensione<sup>153</sup>, della natura dei proprietari (persone fisiche o giuridiche), dell'ontologia dei beni, e dei rapporti tra questi ultimi e i bisogni che strettamente ineriscono alla persona umana.

Riducendo a sistema le considerazioni sopra svolte si può perimetrare il nucleo minimo della proprietà privata in riferimento alla c.d. proprietà personale, la quale fisiologicamente «non può avere qualsiasi contenuto economico, ma deve intendersi come la proprietà che serve a soddisfare i bisogni primari dell'uomo, bisogni che possono, ovviamente, mutare con il passare del tempo, ma che richiedono certamente un contenuto economico di dimensioni limitate. E ciò è maggiormente vero se si pensa che questa proprietà deve essere riconosciuta "ad ognuno", e che, a causa della limitatezza delle risorse disponibili, assicurare una proprietà a tutti, cioè ad oltre sei miliardi di uomini, non può certo far pensare ad una proprietà di ampie dimensioni»<sup>154</sup>.

---

beni unanimemente riconosciuti come di interesse pubblico; così M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1375.

<sup>151</sup> C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 28.

<sup>152</sup> Parla, sostanzialmente, di antinomia U. MATTEI, *Una primavera di movimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 539.

<sup>153</sup> Si pensi al disposto dell'art. 44 Cost. che parla a chiare lettere di limiti alla estensione della proprietà terriera, presidiati 'naturalmente' da una riserva di legge.

<sup>154</sup> P. MADDALENA, *op. ult. cit.*, p. 2 s. L'A. deriva il riferimento alla proprietà personale da garantire ad ognuno dall'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti umani, firmata a Parigi nel 1948; la quale si pone peraltro come orizzonte ideale anche della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ancora, sulla proprietà personale, vedasi il confronto in seno alla Costituente: è degna di nota la proposta dell'On. Dossetti che sosteneva con forza le ragioni ed i fini della proprietà personale ed immaginava dei limiti alla estensione della proprietà privata di beni strumentali; per una rapida panoramica sulla questione cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 79 ss.



Una conferma normativa di questa prospettazione, d'altronde, si rinviene nell'art. 47, comma 2, Cost.

È subito percepibile il *favor* della nostra legge fondamentale per la proprietà personale, ed anche la Consulta muovendo da tale dato normativo, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., ha fatto assurgere il diritto all'abitazione al rango di diritto fondamentale inviolabile<sup>155</sup>. Insomma, in questo ristretto ambito non pare azzardato il collegamento tra proprietà e libertà<sup>156</sup>.

In fin delle fini, il contenuto minimo non è giocoforza un nemico della funzione sociale, ove il riferimento sia la proprietà personale – a séguito di una compiuta attività ricostruttiva volta a tracciarne con precisione i contorni<sup>157</sup>. Quando si esca da quest'ambito, si può accordare prevalenza al contenuto minimo a scapito della funzione sociale, certo, ma il prezzo da pagare è il sacrificio di un'importante prescrizione testuale – la *funzione sociale*, appunto – sull'altare di un dato interpretativo etereo e di, almeno, dubbia compatibilità sistematica<sup>158</sup>.

## 2.8. *Segue: Strasburgo ha parlato: la causa è finita? Influenza sul diritto interno in tema proprietario*

Il sistema delle fonti del diritto italiano è da lungo corso multilivello<sup>159</sup>. È

<sup>155</sup> Cfr. ad esempio Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 217 e Corte cost., 11 luglio 1990, n. 364.

<sup>156</sup> In adesione M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1379 ss.

<sup>157</sup> Si rifletta sull'argine, costituito dalla garanzia del contenuto minimo così inteso, alle tendenze globali in atto che fanno presagire concretamente una cannibalizzazione delle piccole proprietà da parte dei grandi proprietari (le immortali *Corporations*); e pensare che il velo è stato rotto negli Stati Uniti, paese ed ambiente giuridico eponimo della equazione proprietà = libertà. Nel caso *Kelo v. City of New London*, nel 2005, la Suprema Corte federale ha infranto il principio dell'uso pubblico come *ratio* giustificatrice dell'espropriazione, legittimando la medesima a favore della multinazionale del farmaco Pfizer; in sostanza la Corte ha ritenuto che lo sviluppo del territorio è da intendersi nel senso del pubblico interesse quantunque svolto da un privato a scopo di profitto: ne dà conto U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1120 s.

<sup>158</sup> Ancora, parte della dottrina esclude una radicale antinomia: «funzione sociale e contenuto minimo sono aspetti complementari e giustificativi della proprietà»; così A. FUSARO, *Norma costituzionale e funzione sociale della proprietà. Materiali in tema di interesse pubblico e pubblici poteri di disciplina dei beni*, consultabile al sito: [http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Norma\\_Costituzionale.htm](http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Norma_Costituzionale.htm); l'A. riprende le considerazioni svolte in G. ALPA *et alii*, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2002. Dello stesso avviso sembra essere A. MOSCARI NI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 146.

<sup>159</sup> Vedi A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 203 ss. In riferimento al nostro oggetto di indagine cfr. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, Torino, 2013. Per dei riferimenti generali, vedi J. NERGELIUS-P. POLICASTRO-K. URATA (edited by), *Challenges of Multi-level Constitutionalism*, Kraków, 2004.

fin troppo noto come un ruolo sempre più importante sia svolto dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo<sup>160</sup>.

La Convenzione, al protocollo addizionale n. 1, art. 1, annovera al proprio interno il diritto di proprietà<sup>161</sup>: unica norma di tale Trattato avente ad oggetto un diritto economico.

L'articolo *de quo* contiene in realtà tre norme distinte che, pur avendo un portato autonomo, condividono la medesima *ratio*.

Se la prima postula il principio generale del rispetto del diritto di proprietà (alla lettera «rispetto dei beni»), le altre due prevedono ipotesi peculiari di interferenza con le prerogative dominicali: in particolare la *privazione della proprietà* assistita da particolari garanzie (art. 1, § 2), ed il riconosciuto *potere degli Stati di regolamentare l'uso dei beni* tenendo conto dell'interesse generale (art. 1, § 3).

Già che il principio espresso nella norma di cui al § 1 è di indole generale, le due norme seguenti, essendo speciali, devono essere interpretate alla luce del principio generale<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Alla Convenzione è stata data esecuzione con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952*). In generale cfr. P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015. Se agli albori il rango della convenzione e della relativa interpretazione datane dalla Corte EDU poteva ritenersi di *soft law*, di mera *moral suasion*, ad oggi l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo sul nostro ordinamento appare "maiuscola". Cfr. A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2010, p. 115 ss. Testimonianza ne sia il *revirement* della nostra Consulta operato a ridosso del caso "Scordino", ed ancora la possibilità di una sentenza definitiva della Corte EDU di "infrangere" il giudicato penale, ora contemplata dal novellato art. 630 c.p.p.

<sup>161</sup> Protocollo 1, art. 1, CEDU: «Protezione della proprietà. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principî generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Il protocollo addizionale n. 1 fu sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952, due anni dopo la ratifica della Convenzione, stante la difficoltà di trovare la quadra su un istituto a così forte vocazione municipale e considerata la ritrosia di Gran Bretagna e Svezia che, in procinto di esperire importanti manovre di nazionalizzazione, mal tolleravano l'idea di un controllo internazionale sulle proprie politiche economiche. Ce ne informa A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 229.

<sup>162</sup> Così a partire dal caso Corte EDU, *Sporrong and Lönnroth*, 23 settembre 1982, § 61. Cfr. M.L. PADELLETTI, commento *sub* art. 1 Prot. 1, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da BERTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 791. In Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italie* (n. 3), 17 maggio 2005, § 83, riprendendo la giurisprudenza del caso *Sporrong*, si «rappelle que, pour déterminer s'il y a eu privation de biens au sens de la deuxième "norme", il faut non seulement examiner s'il y a eu dépossession ou expropriation formelle, mais encore regarder au-delà des apparences et analyser la réalité de la situation litigieuse. La Convention visant à protéger des droits "concrets et effectifs", il importe de rechercher si ladite situation équivalait à une expropriation de fait».

Il tenore letterale testimonia l'ampia latitudine della tutela veicolata dall'articolo in parola: tutela che va ben oltre le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi sottoscrittori.

Lo scrutinio dei giudici europei è stato assai penetrante non solo in riferimento alle espropriazioni formali e sostanziali, ma anche riguardo all'attività conformativa compiuta dagli Stati, senza peraltro addentrarsi sull'accidentato terreno del contenuto minimo dell'istituto.

In primo luogo, è da rilevare che la Corte per accertare di volta in volta l'esistenza di un bene ai sensi della Convenzione non fa riferimento alla qualificazione giuridica in auge nell'ordinamento del ricorrente: il diritto di proprietà tutelato *ex Prot. 1 CEDU* ha, infatti, una sua autonomia<sup>163</sup>. Ciò ha consentito alla giurisprudenza di assegnare centralità al valore patrimoniale dell'interesse allegato dal ricorrente, «senza peraltro che venga tracciata una netta distinzione tra titolarità di un diritto *stricto sensu* e semplice interesse patrimoniale»<sup>164</sup>.

Addirittura, i giudici di Strasburgo sono giunti a superare la necessità dell'attualità della disponibilità del bene in capo al ricorrente, riferendosi al criterio della legittima aspettativa, onde considerare un dato valore compreso nel patrimonio del singolo<sup>165</sup>.

Legittima aspettativa, in relazione ad una situazione normativa o ad una giurisprudenza consolidata, di veder realizzato un certo valore patrimoniale o di non essere spettatore dell'applicazione di leggi che lo inficino retroattivamente<sup>166</sup>.

L'approccio della Corte EDU si rivela pragmatico e sostanzialista: ciò si comprende tenendo conto del grande numero di ordinamenti differenti sotto la propria giurisdizione. Ed anche per le ipotesi di privazione della proprietà da essa esaminate è venuto cristallizzandosi il principio dell'irrilevanza del *nomen juris* del provvedimento ablativo<sup>167</sup>.

Le allegazioni dei ricorrenti vengono solitamente valutate sotto il duplice profilo della privazione della proprietà e della interferenza nel diritto al rispetto dei propri beni: «in genere la Corte è cauta nel definire un provvedimento come

<sup>163</sup> In tempi recenti principio ribadito da Corte EDU, G.C., *Brosset-Triboulet c. France*, 29 marzo 2010 § 65. È, in sostanza, del tutto irrilevante il *nomen juris* della situazione di appartenenza.

<sup>164</sup> Così M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 794.

<sup>165</sup> Corte EDU, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991; orientamento confermato da Corte EDU, *Plalam S.p.A. c. Italie*, 18 maggio 2010, § 36.

<sup>166</sup> In altre parole, la legittima aspettativa, da criterio, sembra diventare essa stessa un bene tutelabile *ex art. 1*, protocollo 1, CEDU.

<sup>167</sup> Sicché è stata considerata espropriazione la occupazione dei terreni del ricorrente da parte del Fondo della Marina Nazionale nel caso Corte EDU, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 24 giugno 1993, §§ 43-45; ancora, è stata considerata espropriazione *de facto* una norma processuale che disponeva una presunzione legale di proprietà a beneficio dello Stato in ordine al patrimonio terriero di taluni monasteri: Corte EDU, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 dicembre 1994, §§ 58, 61.

una forma di privazione della proprietà, limitando quest'ultimo concetto a quei casi in cui il titolare del diritto si trovi nell'impossibilità di esercitare in modo continuativo e non puramente transitorio le facoltà normalmente spettanti al proprietario, indipendentemente dal trasferimento del titolo formale»<sup>168</sup>. Inoltre, gli effetti del provvedimento contestato devono avere carattere definitivo e, in linea di massima, irreversibile<sup>169</sup>.

Per quanto attiene, invece, alle condizioni di liceità dell'espropriazione i due concetti chiave nella giurisprudenza della Corte EDU sono quello della *pubblica utilità* e la dottrina del *margin*e di apprezzamento – invero non circoscritta all'articolo in parola ma adoperata in via generale ogni volta che la Convenzione lasci il potere agli Stati di regolare una libertà ivi protetta.

Perché si integri la nozione di pubblica utilità, il bene espropriato non deve essere messo necessariamente a disposizione della collettività<sup>170</sup>. Pur dovendosi considerare autonoma, è evidente come la categoria “pubblica utilità”, in virtù della sua natura di clausola generale, partecipi di caratteri metagiuridici specifici di ciascun ordinamento: valori politici, sociali ed economici; così che, ad oggi, non è dato – nemmeno alla Corte EDU – rinvenire una nozione uniforme.

Pertanto, sul presupposto dell'ampia latitudine di tale margine di apprezzamento, «la libertà del legislatore nel condurre la propria politica economica e sociale, impedisce ... alla Corte di sostituire la propria valutazione di merito a quella del legislatore nazionale e ne limita di fatto il controllo ai casi in cui il comportamento delle autorità nazionali si riveli manifestamente sprovvisto di base ragionevole»<sup>171</sup>.

Proprio in forza di tale dottrina, il limite della pubblica utilità, lungi dal rappresentare puramente e semplicemente un controllo sul contenuto del provvedimento di politica economica e sociale adottato dallo Stato, ridonda in una (doverosa) garanzia di razionalità e ragionevolezza del rapporto tra mezzo impiegato dallo Stato e fine perseguito. In tal guisa, il limite opera in casi di provvedimenti grossolanamente arbitrari o in situazioni di palese sviamento di potere<sup>172</sup>.

In un gran numero di pronunce è emerso come la principale preoccupazione

<sup>168</sup> M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 795.

<sup>169</sup> Talché i giudici di Strasburgo pur non ritenendo che un vincolo di inedificabilità, posto sul terreno dei ricorrenti, in vista di una futura espropriazione mai avvenuta, integrasse espropriazione, ne hanno censurato la interferenza col principio di cui al § 1, art. 1, Prot. 1 della Convenzione: Corte EDU, *Terrazzi c. Italie*, 17 ottobre 2002.

<sup>170</sup> Così Corte EDU, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 febbraio 1986, § 40.

<sup>171</sup> M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 796. Principio emerso in maniera cristallina nel precedente Corte EDU, *James et autres*, cit., § 46.

<sup>172</sup> Ad es. nel caso Corte EDU, *SA Dangeville c. France*, 16 aprile 2002, le autorità francesi sono state condannate per l'irragionevole rifiuto di restituire una quota parte di IVA riscossa indebitamente sulla base di direttive comunitarie.

dei giudici di Strasburgo fosse riferibile al contegno sprezzante del principio di legalità da parte dello Stato, manifestato sovente senza poter rinvenire un, pur flebile, collegamento con l'*intérêt général*<sup>173</sup>.

Paradigmatico è il caso "Scordino": esso ha portato ad una pronuncia della *Grande Chambre* della Corte EDU<sup>174</sup>, e ha innescato una spirale di effetti nel nostro ordinamento di cui si dirà a breve.

Il sig. Scordino nel 1990 adiva la competente Corte di Appello contestando il *quantum* dell'indennizzo offerto dal Comune di Reggio Calabria – nell'ambito di un procedimento di esproprio finalizzato alla costruzione di case popolari – calcolato in riferimento al mero valore agricolo del terreno, in ossequio ai criteri in allora previsti dalla legge vigente: l. 29 luglio 1980, n. 385. *Medio tempore* si era pronunciata la Corte costituzionale statuendo l'incostituzionalità di quest'ultima<sup>175</sup>, con ciò provocando la reviviscenza del criterio di computo dell'indennizzo (a valore di mercato del bene) previsto dalla l. 25 giugno 1865, n. 2359. Se non che, in pendenza del giudizio dinanzi alla Corte di Appello entrava in vigore il famigerato art. 5 *bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 333<sup>176</sup>, che introduceva altri criteri<sup>177</sup> per il computo dell'indennizzo, i quali, oltre ad essere assai lontani dal valore di mercato, si applicavano altresì ai procedimenti in corso.

Ora, dinanzi alla Corte europea gli eredi di Scordino lamentavano sia la violazione delle norme sull'equo processo (in relazione alla sua irragionevole dura-

<sup>173</sup> Corte EDU, *Scordino c. Italie* (n. 3), 17 maggio 2005 § 86 ove si dice che «la nécessité d'examiner la question du juste équilibre "ne peut se faire sentir que lorsqu'il s'est avéré que l'ingérence litigieuse a respecté le principe de légalité et n'était pas arbitraire"». Ed al § 87 si precisa che «l'article 1 du Protocole no. 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale. La prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (Iatridis, précité, § 58). Le principe de légalité signifie l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles». Cfr. ancora Corte EDU, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, 27 maggio 2010, § 45 ss.

<sup>174</sup> Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italie*, 29 marzo 2006.

<sup>175</sup> Corte cost., 15 luglio 1983, n. 223.

<sup>176</sup> Convertito in l. 8 agosto 1992, n. 359.

<sup>177</sup> Ovvero la media tra il valore venale del bene ed il valore del reddito dominicale dell'ultimo decennio rivalutato; valore poi abbattuto del 40% nel caso di mancato accordo sulla cessione volontaria; tali criteri comportavano un indennizzo oscillante tra il 30 ed il 50% del valore di mercato, sul quale si applicava, peraltro, una aliquota fiscale del 20%. Cfr. A. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 249 s. L'intitolazione del decreto-legge tradiva la *ratio* ispiratrice dei "nuovi" parametri introdotti: «conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, recante  *misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*». I criteri, palesamente iniqui, erano di fatto, e senza che se ne facesse mistero, tesi a "far cassa" in un momento di profondo rosso dei bilanci pubblici. E la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tali parametri negli anni '90, li avalidava, sostanzialmente, sulla base della transitorietà dei medesimi. Cfr. Corte cost., 16 giugno 1993, n. 283.

ta), sia un contrasto radicale tra i criteri di cui al citato art. “5 bis” ed i principi dell’art. 1, Prot. 1, della Convenzione.

Contrasto ritenuto dai giudici europei macroscopico sotto i profili di retroattività della norma e *quantum* dell’indennizzo, il quale, riferito in modo irragionevole al valore del bene, ha determinato una situazione strutturale di violazione del diritto a contenuto economico di cui al Prot. 1.

Violazione strutturale, già che non era dato riscontrare il giusto equilibrio «entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l’individu»<sup>178</sup>.

Il giusto equilibrio, declinazione del nostrano principio di proporzionalità, rappresenta per la Corte EDU la stella polare in materia di determinazione del *quantum* indennitario.

Se però prima del caso Scordino non era dato rinvenire, nel sistema della Convenzione, uno standard generale in tema di indennizzo, dovendosi operare caso per caso raffinate valutazioni sul giusto equilibrio, dopo di esso il sistema si irrigidisce e ne esce un modello sì fatto.

La regola generale per le (legittime) espropriazioni isolate – ove l’espropriato divenga *single out* rispetto ad una categoria omogenea di proprietari, per intendersi – è quella dell’indennizzo integrale pari al valore di mercato del bene<sup>179</sup>.

Si rinviene un’eccezione *in melius*: indennizzo *maggiore* del valore di mercato<sup>180</sup>. E ciò non tanto in base all’astratto riferimento alla destinazione economica del bene, quanto alla relazione di esso con il soggetto espropriato, con la effettiva destinazione da questi attribuita al bene in seno alle proprie attività ed esigenze di vita<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italie*, cit., § 93.

<sup>179</sup> Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italie*, cit., § 96: «dans de nombreux cas d’expropriation licite, comme l’expropriation isolée d’un terrain en vue de la construction d’une route ou à d’autres fins “d’utilité publique”, seule une indemnisation intégrale peut être considérée comme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, cette règle n’est toutefois pas sans exception».

<sup>180</sup> Per le eccezioni *in melius*, continuano a valere i principi già affermati prima del considerato irrigidimento.

<sup>181</sup> Emblematico sul punto è Corte EDU, *Lallement c. France*, 11 aprile 2002, § 18. Il ricorso afferiva all’espropriazione della maggior parte delle terre di un produttore di latte. Si noti che la legislazione francese censurata già contemplava per simili casi di espropriazione un indennizzo decisamente superiore al valore di mercato, che comprendesse anche il mancato guadagno tra il momento dell’espropriazione e quello della riorganizzazione dell’attività agricola, oltre le spese a ciò riferibili. Nondimeno la Corte, dando ragione al ricorrente, ritenne inadeguato l’indennizzo, già che insufficiente «a coprire, nel caso concreto, la perdita specifica costituita dallo strumento di lavoro del ricorrente. Qualora il bene rappresenti lo *strumento di lavoro* del soggetto espropriato, secondo la sentenza, l’indennizzo non può pertanto essere considerato ragionevolmente in rapporto con il valore del bene se, in un modo o in un altro, non copre questa perdita specifica»: così M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 802. Per l’A. questa impostazione è coerente col principio della funzione sociale, intesa come veicolo di realizzazione di altre libertà. Per un principio analogo a quel-

Infine, come eccezione *in peius* si prevede un indennizzo *minore* del valore venale del bene soltanto in caso di esteso programma di riforma economico-politica o di giustizia sociale<sup>182</sup>, ovvero per esigenze di tutela del patrimonio storico e culturale. Fino al limite ultimo dell'espropriazione *sine* indennizzo, giustificata in un unico caso dalla Corte europea, considerate le peculiarità del caso di specie inserito nel contesto della riunificazione tedesca<sup>183</sup>.

Atteso che la Corte EDU dopo il caso Scordino si è irrigidita sul criterio generale<sup>184</sup> dell'indennizzo a valore di mercato per le espropriazioni isolate<sup>185</sup> (ove sia la nozione di "bene", sia quella di "espropriazione" sono intese in senso assai ampio), la pur ricorrente ammissione della legittimità di un indennizzo inferiore al valore venale in casi di riforme economico-sociali di ampio respiro – le quali non vengono, però, mai qualificate in maniera precisa – pare quasi una clausola di stile.

Se vengono, effettivamente, concessi indennizzi superiori al valore di mercato<sup>186</sup>, ed è ragionevole aspettarsi che il *trend* sia confermato in futuro, l'altra ipotesi – ovvero di indennizzi inferiori al valore di mercato – resta pressoché limitata a casi limite<sup>187</sup>, dai quali sembra difficile inferire un *favor* da parte della Corte europea per interventi ordinari e normali di ridiscussione della rendita, pur su larga scala e con opportune cautele per garantire parità di trattamento avanti ai carichi pubblici.

---

lo cristallizzato nel caso *Lallement*, cfr. Corte EDU, *Pincová et Pinc c. République Tchèque*, 5 novembre 2002.

<sup>182</sup> Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italie*, cit., § 97; Corte EDU, *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce*, 23 novembre 2000, § 91; Corte EDU, *Broniowski c. Pologne*, 22 giugno 2004; più di recente Corte EDU, *Kozacioğlu c. Turquie*, 19 febbraio 2009, § 64.

<sup>183</sup> Corte EDU, G.C., *Jahn et autres c. Allemagne*, 30 giugno 2005. I ricorrenti avevano ereditato alcuni terreni assegnati ai contadini ai tempi della riforma agraria avvenuta nella ex DDR, e per il legislatore tedesco della riunificazione i ricorrenti erano titolari solamente di un diritto d'uso che si sarebbe estinto, senza indennizzo, non essendo né direttamente coltivatori né membri di una cooperativa agricola.

<sup>184</sup> Sulla ragionevolezza ed opportunità di un criterio di compensazione generale e fisso sono assai interessanti le considerazioni di Guido Calabresi – considerazioni, peraltro, in sintonia con le ipotesi di partenza del presente lavoro: per l'autorevole Maestro una *liability rule* (fissa) a valore di mercato non è sempre appropriata; ci sono situazioni in cui è auspicabile che la *liability rule* sia più vicina al penale (si pensi ai danni punitivi con funzione extracompensativa ed effettivamente deterrente) e casi in cui sia inferiore di tanto o di poco al valore di mercato: *alias*, per quello che qui ci occupa, ipotesi di indennizzo tese effettivamente ad armonizzare la proprietà con la sua funzione sociale. Cfr. G. CALABRESI, *Conclusioni*, in C. BERIA D'ARGENTINE (a cura di), *Fra individuo e collettività. La proprietà nel XXI secolo*, Milano, 2013, p. 242.

<sup>185</sup> Nelle quali, sostanzialmente, il sacrificio del singolo è deciso da un lancio di dadi, in relazione al gruppo di cui fa parte.

<sup>186</sup> Vedasi caso *Lallement*, cit.

<sup>187</sup> Giova ripeterlo, i casi *Broniowski* e *Jahn* riguardavano due momenti di transizione da economia pianificata ad economia di mercato.

La cartina di tornasole è rappresentata dalle considerazioni che possono svolgersi su due pronunce: nel caso *Scordino*, la Corte si è irrigidita sul criterio dell'indennizzo a valore di mercato; mentre nel caso *Ex Roi de Grèce*, se è vero che la Corte ha ammesso un indennizzo inferiore al valore di mercato, nella fattispecie si trattava di confisca senza compensazione operata dal Parlamento greco nel 1994 in ordine ad alcuni beni della Corona: confisca coesenziale al cambiamento di regime politico, che, a ben guardare, perde del tutto la sua ragion d'essere, anche di politica del diritto, ove effettuata contro un indennizzo<sup>188</sup>.

Insomma, al netto del "peccato originale" della Convenzione di considerare la proprietà un diritto fondamentale, muovendo dai precedenti si rinvengono principî condivisibili<sup>189</sup>, che spesso nella implementazione pratica hanno giovato all'ordinamento italiano per spazzare via talune situazioni al di sotto dell'asticella della civiltà giuridica, conferendo alla certezza del diritto qualcosa di più di mero elemento esornativo.

Tuttavia, una parte dei condivisibili e desiderabili principî in massima non ha trovato applicazione puntualmente. Sicché, pare che la giurisprudenza della Corte EDU, quantunque equilibrata nel quadro teorico di ricostruzione e bilanciamento dei diversi diritti che devono coesistere con la proprietà, nei dispositivi sia eccessivamente filoproprietaria, con buona pace della "proprietà che obbliga", della funzione sociale, e dei limiti: elementi che integrano (integravano?) le tradizioni costituzionali comuni che la Corte di Strasburgo pur dovrebbe tenere in massimo conto.

Ora, si può comprendere l'esigenza di perentorietà avvertita dai giudici europei in relazione a talune violazioni macroscopiche e strutturali (vedasi il caso *Scordino* e gli altri esaminati in ordine alle articolate vicende della "occupazione acquisitiva"<sup>190</sup>) che vedevano in essere un'unione deteriore tra compensazione seriamente irrisoria ed esili garanzie di correttezza formale dell'operato della P.A.

Il punto è che né la Corte EDU, né la Corte costituzionale, nel prendere atto delle indifferibili esortazioni della prima, hanno accreditato seriamente l'idea che soltanto l'indennizzo a valore di mercato sia, in ogni caso, l'unica opzione a disposizione del legislatore<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> Alla luce di tale pronuncia appare lungimirante la scelta dei Costituenti di inserire in Costituzione l'avocazione alla Repubblica dei beni dei Savoia (v. XIII disposizione finale Cost.).

<sup>189</sup> Ad es. la Corte è anche solita valutare la natura e la posizione giuridica del ricorrente, onde analizzare se, nel caso di specie, la misura contestata comporti o meno un peso esorbitante o sproporzionato: cfr. Corte EDU, *Pine valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, § 59.

<sup>190</sup> Fondamentale è sicuramente Corte EDU, *Carbonara c. Italie*, 30 maggio 2000, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 235 ss. Per una puntuale panoramica cfr. A. GAMBARO, voce *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 859 ss.

<sup>191</sup> Tant'è che dopo aver mandato al macero quell'art. 5 *bis* della legge del 1992, di cui si è detto, Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 5.7, ribadiva a chiare lettere: «si deve tuttavia riafferma-



Invece il *conditor*, in un afflato di zelo filoproprietario, ha ritenuto di leggersi un dovere<sup>192</sup>; ha ritenuto di trarre da un caso paradigmatico di iniquità delle conseguenze generali ed estreme (ben al di là della rimozione di uno stato di fatto “incancrenito”), e ha conseguentemente previsto un criterio fisso ed uniforme che non tiene in conto la qualità ed i fini di un intervento pubblico, con ciò ponendo una grave ipoteca sulla possibilità di interventi generali informati alla giustizia sociale.

Per il legislatore, ad oggi, «l’indennità di espropriazione di un’area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l’espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l’indennità è ridotta del venticinque per cento»<sup>193</sup>.

Di più: si mantiene il sistema premiale in caso di «cessione volontaria»<sup>194</sup>, ma la “non decurtazione” del 40% prevista dalla normativa previgente – effettivamente in odore di ricatto – viene trasformata in un bonus del 10% sull’indennizzo, già pari al valore di mercato; insomma, la cessione bonaria porta ad una *overcompensation*.

La più acuta dottrina amministrativistica ha subito rilevato come tale incentivo sia di dubbia costituzionalità (là dove slegato, aggiungiamo noi, da considerazioni sull’effettiva destinazione del bene in riferimento alle esigenze di vita del titolare del bene espropriando), essendo, in ogni caso, il valore venale il tetto massimo di ristoro possibile *ex art. 42 Cost.*; e non potendosi ammettere che per sanare un’iniquità (pesante abbattimento dell’indennizzo giustificato da mere ragioni di cassa) si arrivi addirittura all’ingiustificata locupletazione degli espropriati.

---

re che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l’indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato. L’art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la “funzione sociale”. Quest’ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all’art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l’espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell’iniziativa economica privata».

<sup>192</sup> Parla di ricezione passiva della giurisprudenza di Strasburgo da parte del legislatore anche L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2011, p. 575 ss. Il giudizio dell’A. sullo statuto della proprietà europea è piuttosto severo, anche se non si limita ad evocare un mero e rozzo ritorno al passato: nell’era attuale, insomma, se lo scettro è saldamente in mano all’impresa ed al profitto si affermano i diritti del consumatore e talune forme di regolazione del mercato tese alla “concorrenza totale”: modello di capitalismo *embedded*, anche se l’inclusione questa volta ha di mira gli interessi interni al blocco sociale dominante.

<sup>193</sup> Art. 2, comma 89, l. 24 dicembre 2007, n. 244, che ha modificato l’art. 37 del T.U. Espropri.

<sup>194</sup> Sistema che riposa sulla necessità della speditezza del procedimento amministrativo, apprezzabile secondo il principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Ancora, «la genericità del richiamo all'esigenza di "attuare interventi di riforma economico-sociale", rende assai nebulosa la decodificazione dei casi in cui viene in rilievo la *reductio* del 25%»<sup>195</sup>.

Si osserva, *per incidens*, che è possibile immaginare e realizzare dei meccanismi compensativi altri ed aggiuntivi rispetto all'"indennizzo" ostinatamente pari al valore di mercato: si pensi ad uno sgravio sul pedaggio autostradale per quanti siano stati espropriati onde consentire la costruzione di una strada; o di sconti sulle tasse sanitarie per gli ex proprietari dei suoli necessari per edificare un ospedale. Il punto è che le pregnanti ragioni equitative considerate dalla giurisprudenza europea, se rettamente intese alla luce della nostra Carta costituzionale, militano contro un abbattimento scellerato dell'indennizzo, ma non ostano *a priori* alla determinazione di un indennizzo quantitativamente inferiore al valore di mercato, purché ciò sia coerente con il principio di legalità e siano predisposte le cautele per temperare le derive di discrezionalità amministrativa capaci di attingere al fenomeno dell'abuso di potere.

## 2.9. Espropriazione per pubblica utilità e acquisizione sanante: le nuove norme, critica

Dopo aver descritto l'evoluzione del rimedio indennitario nel contesto dell'espropriazione per pubblica utilità, ambito ove storicamente esso è sorto come rimedio con caratteri propri e diversi da quello aquiliano, si può passare all'analisi dei dati normativi di recente conio.

Le norme più rilevanti in materia sono contenute in due articoli del T.U. Espropri<sup>196</sup>:

A) art. 37, rubricato: *Determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile* – il quale prevede l'ipotesi canonica di espropriazione rituale<sup>197</sup>;

---

<sup>195</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Roma, 2021, p. 815 ss. Altra autorevole dottrina, muovendo da considerazioni sensibilmente diverse, plaude a sì fatta scelta del legislatore che avrebbe, finalmente, allineato il nostro Paese agli altri appartenenti alla *western legal tradition* sulle due sponde dell'atlantico: così A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 124 ss.

<sup>196</sup> Atteso che le altre disposizioni del medesimo T.U., che pure si interessano di indennizzo, sono corollari dei dispositivi normativi *de quibus*.

<sup>197</sup> «1. L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento. 2. *Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione*, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto de-

B) art. 42 *bis*, rubricato invece: *Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico* – che governa la c.d. acquisizione sanante: rivisitazione della odiosamata *accessione invertita*<sup>198</sup>.

Orbene, la fattispecie *sub* A) presta il fianco ad almeno tre diverse critiche, di ordine sistematico:

*i*) essa introduce essenzialmente un *criterio fisso e rigido* per la compensazione proprietaria: l'indennizzo pari al valore di mercato, nel caso di espropriazione per pubblica utilità di aree edificabili<sup>199</sup>. Sostanzialmente assistiamo ad una piena convergenza del rimedio indennitario sul paradigma del risarcimento puro. E ciò, per le espropriazioni isolate, era una scelta in qualche modo obbligata per il legislatore italiano, e parimenti non molto distante da considerazioni di equità;

*ii*) la cessione volontaria del bene, fortemente incentivata dal sistema previgente, poiché evitava un abbattimento scellerato nella misura del 40% dell'indennizzo<sup>200</sup>, non perde la sua funzione di incentivo, sibbene aumenta in *melius* l'importo "indennitario", che è ora pari al 10% del valore di mercato del bene ablato. Qui siamo ben oltre la finalità compensativa di risarcimento per equivalente. Per usare le parole di acuta dottrina<sup>201</sup>, siamo al cospetto di una vera e propria *overcompensation*, peraltro di dubbia costituzionalità, atteso che, in ogni caso, il tetto massimo dell'indennizzo *ex* art. 42 Cost. è rappresentato dal valore di mercato del bene<sup>202</sup>, essendo al di là di ogni logica costituzionale che la P.A.

---

cimi in quella determinata in via definitiva, *l'indennità è aumentata del 10 per cento*». Commi così sostituiti dalla dall'art. 2, comma 89, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>198</sup> «Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un *indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale*, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene». Articolo introdotto nel T.U. Espropri dall'art. 34, comma 1, l. 15 luglio 2011, n. 111. Invero, l'articolo è composto da otto commi e disegna una fattispecie un po' farraginoso. Ad ogni modo il primo comma è il frammento più rilevante per il discorso che andiamo svolgendo. Cfr. C. BENETAZZO, *L'acquisizione "sanante" tra principio di legalità e nuove frontiere della responsabilità: gli spunti provenienti dall'U.E.*, in M. BIANCHINI-A. CALEGARI-G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, Padova, 2017, p. 91 ss.

<sup>199</sup> Criterio esteso anche alle aree agricole da Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181.

<sup>200</sup> Si parlava, infatti, di *legge ricatto*: residuava solo la volontà formale del privato: di fatto, nove volte su dieci, questi accettava "volontariamente" la cessione, facendo risparmiare tempo e denaro all'amministrazione procedente, solo per non vedersi abbattuto pesantemente l'indennizzo, falcidiato poi a valle pure dall'imposizione fiscale.

<sup>201</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 815 ss.

<sup>202</sup> Come affermato da Corte cost., 9 novembre 1988, n. 1022, in *Foro it.*, 1989, I, p. 983, con nota di D. Bellantuono. Ed a tacere dell'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un principio d'in-

nell'eseguire un'opera pubblica benefici l'espropriando con una regalia di denaro pubblico (sotto mentite spoglie), premiando l'accordo bonario<sup>203</sup>;

*iii*) l'unica eccezione prevista perché l'indennizzo possa discostarsi dal valore di mercato è rappresentata da quella espropriazione che invece di essere isolata<sup>204</sup> sia «finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale». In tale contesto, e solo in esso, l'indennizzo è ridotto del 25% rispetto al valore di mercato. È una disposizione ricalcata, anche nella scelta lessicale, sul risalente mantra della Corte di Strasburgo. Oltre alla difficoltà di tracciare una precisa linea di displuvio tra cosa sia una riforma economico-sociale e cosa non lo sia, per prime l'esiguità dell'abbattimento a fronte della estrema eccezionalità (siamo nel dominio del remoto) cui la ipotesi sembra essere destinata – e di cui si dirà nei paragrafi seguenti.

Con riguardo alla c.d. acquisizione sanante (fattispecie citata *sub B*), la rivisitazione della vecchia accessione invertita, invece, s'è già detto della mancanza di chiarezza, e se è vera la massima degli antichi – *in claris non fit interpretatio*, qui lo spazio per l'interpretazione c'è, e come.

In breve, la novità più significativa è relativa alla qualificazione giuridica della compensazione corrisposta dalla P.A. al proprietario per acquisire l'area. Novità che sembrerebbe testimoniare la volontà del legislatore di mutare il rimedio, ricostruendo la fattispecie all'interno di una prospettiva indennitaria e non più aquiliana<sup>205</sup>. Così ricostruita la fattispecie dell'occupazione sanante, il danno cagionato dal comportamento della P.A. potrebbe sussumersi nella categoria del *danno da atto lecito*, filo rosso che parrebbe unirlo alle fattispecie esaminate ai paragrafi precedenti. Se non che, la particolare tecnica di compensazione introdotta nell'articolo in commento veicola un'obbligazione, seppur nominalistica-

---

dole costituzionale a tutela dei valori patrimoniali della proprietà. In costanza, per converso, della chiara evocazione della *funzione sociale* della medesima *ex art. 42 Cost.*

<sup>203</sup> *Contra*, sul punto, E. BARILÀ, *Indennità di espropriazione per le aree edificabili: il punto sulla giurisprudenza, tra passato e presente*, in *Urb. e appalti*, 5/2014, p. 515 s., il quale dissente da ogni dubbio di costituzionalità e rammenta che «la CEDU richiede che il pagamento dell'indennizzo in caso di espropriazione sia ragionevolmente rapido: quindi, una sanzione civile nei confronti dell'espropriante che, mediante un'offerta peggiore, viola questo diritto, costituisce una ragionevole implementazione della CEDU nell'ordinamento interno». L'A. nota, altresì, che l'indennizzo *de quo* è tassato, la qual cosa comporta che esso pur essendo pari, a lordo, al valore di mercato del bene, infine comporti un pregiudizio per il proprietario, il quale non potrà, con la somma netta, riacquistare un bene con le medesime caratteristiche di quello ablatato.

<sup>204</sup> Caso in cui, si ricorda, si proceda all'espropriazione di uno o più beni individuati per la realizzazione di un'unica opera pubblica, nel qual caso il proprietario *de quo* diviene *single-out* rispetto ad una cerchia di riferimento.

<sup>205</sup> Atteso che nei regimi antecedenti al citato art. 42 *bis* si è costantemente parlato di risarcimento per evidenziare il carattere illecito del comportamento della P.A. e, soprattutto, per giungere ad una compensazione almeno pari al valore di mercato del bene, in epoche in cui, invece, l'indennizzo conseguente ad esproprio rituale era ad esso sensibilmente inferiore.

mente riferita al modello indennitario, ben superiore nel *quantum* a quella prevista dal vecchio art. 43 del T.U. Espropri, in costanza del quale l'obbligazione era qualificata espressamente come risarcitoria<sup>206</sup>.

La norma prevede, infatti, un "indennizzo" sia per il pregiudizio patrimoniale che per quello non patrimoniale. Si apre quindi alla compensazione del danno non patrimoniale della proprietà, in altre parole al valore morale della medesima.

La compensazione per il pregiudizio patrimoniale è calcolata a valore di mercato, con una sostanziale equiparazione, sotto questo profilo, tra l'occupazione sanante e l'espropriazione rituale.

L'"indennizzo" per la voce non patrimoniale di danno, invece, è forfetariamente quantificato nella misura del 10% del valore di mercato, ma arriva al 20% del medesimo – ai sensi del comma 5 dell'art. 42 *bis* – quando «un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati».

In relazione a tale previsione, si rileva un importante cambio di passo rispetto all'*acquis* di diritto interno prima della perentoria presa di posizione della Corte EDU; anzi, sembra ragionevole parlare di una vera e propria dissociazione tra i formanti dell'ordinamento. Difatti, la giurisprudenza italiana, ad ogni suo livello, ha sempre negato la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di lesione proprietaria, sia per coerenza rispetto ai principi interni al sistema della responsabilità civile, sia per le preclusioni operanti in virtù delle norme costituzionali in materia proprietaria.

Da un lato, la Corte costituzionale ha escluso *expressis verbis* che la proprietà possa essere considerato un diritto inviolabile, o un «diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione»<sup>207</sup>.

Dall'altro, anche la Cassazione, nella sua compagine più autorevole, non ha ritenuto la proprietà un diritto umano inviolabile. Di seguito i punti cardine della decisione<sup>208</sup>.

Nel quadro di un'azione intentata da un risparmiatore italiano nei confronti della Repubblica argentina per la nota vicenda dei *bonds* emessi dal medesimo Stato ed i relativi danni prodotti, rinvenendo i presupposti dell'immunità giurisdizionale per l'Argentina, riconosceva il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Tanto sul presupposto che i provvedimenti oggetto di contestazione, emanati dal governo sudamericano<sup>209</sup>, erano atti *iure imperii* idonei a manifestare la volontà sovrana dello Stato. E quantunque le leggi *de quibus* incidessero sui

<sup>206</sup> Cfr. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, Torino, 2013, p. 168 ss.

<sup>207</sup> *Ex multis* Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 22.

<sup>208</sup> Cass., Sez. Un., 21 aprile 2005, n. 11225.

<sup>209</sup> Atti di moratoria che differivano il pagamento dei titoli del debito pubblico, e quindi incidono sulla proprietà dei risparmiatori, in questo caso italiani.

diritti patrimoniali di cittadini stranieri, ciò non bastava ad integrare la deroga eccezionale all'immunità, la quale può operare solamente in presenza di atti di esercizio della sovranità lesivi di valori inviolabili della persona umana<sup>210</sup>.

Infine, ancora la Corte di vertice, nel ridisegnare il sistema della responsabilità civile, archiviando il danno esistenziale come autonoma voce di danno risarcibile, ha affermato che la risarcibilità del danno non patrimoniale può essere disposta nei casi previsti dalla legge e solo per lesioni «non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»<sup>211</sup>.

In base a quanto sopra, si rileva una vistosa incongruenza: se da un lato si limita significativamente la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale (in forza dell'orientamento affermatosi dopo le decisioni c.d. di San Martino<sup>212</sup>), proprio non si capisce come giustificare, da un punto di vista sistematico, la tutela del valore morale del diritto di proprietà e l'indennizzabilità del danno non patrimoniale in misura del 20% del valore di mercato<sup>213</sup>. Insomma, il nuovo indice normativo inserito sull'onda dell'emozione per arrestare le sanzioni provenienti da Strasburgo pare poco rispettoso delle esigenze di tenuta del sistema, e

---

<sup>210</sup> Cass., Sez. Un., 21 aprile 2005, n. 11225, parlando dei limiti alla operatività dell'immunità: «con l'ulteriore limite (di recente, per altro, evidenziato, in ragione del valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale assunto dall'obbligo di rispetto dei diritti inviolabili della persona umana) per cui si conviene che anche l'esercizio della sovranità non resti coperto dalla immunità quando si risolve in comportamenti dello Stato estero lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statuali». La Corte in un *obiter dictum* mostrava pure considerazione per le finalità perseguite coi provvedimenti in questione: «tali provvedimenti – incidenti sul momento funzionale, del rapporto obbligatorio tra le parti... manifestano, evidentemente, la potestà sovrana dello Stato. E ciò sia per la loro natura di leggi di bilancio [*leges* che la nostra Costituzione sottrae anche a referendum abrogativo], sia, soprattutto, per le già sottolineate finalità, eminentemente pubbliche, perseguite, di governo della finanza in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale».

<sup>211</sup> Note e già evocate sentenze c.d. di San Martino: Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

<sup>212</sup> Ma si pensi anche ad altri interventi, normativi e giurisprudenziali, tesi a contenere il livello del risarcimento del danno alla persona: l. n. 24/2017 (c.d. "Gelli-Bianco"), le modifiche introdotte nel Codice delle assicurazioni private, l'espansione del ruolo delle tabelle giudiziali di liquidazione dei danni: cfr. le mirabili riflessioni di D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, VIII, Napoli, 2017, p. 685 ss., sulle forze di verso opposto che si fronteggiano in campo risarcitorio.

<sup>213</sup> F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 174, commentando l'evoluzione interpretativa degli anni Duemila che ha portato a dilatare l'operatività dell'art. 2059 c.c. riteneva che «la riserva di legge di cui all'art. 2059 opera tuttora quando non venga in considerazione un danno alla persona. Resta fuori della interpretazione evolutiva, adeguatrice alla Costituzione, il danno arrecato alle cose; ed il danno non patrimoniale potrà essere lamentato, per danno alle cose, solo se il fatto illecito che lo ha cagionato sia previsto dalla legge come reato».

sembra troppo sbilanciato sulla tutela dei proprietari, anche contro la lettera dell'art. 42 Cost. (almeno ove dovesse prevalere una lettura testualista delle nuove norme citate).

Se la condivisibile intenzione del legislatore, come sembra, è quella di disincentivare i fenomeni di occupazione acquisitiva da parte della P.A., anche in un'ottica di responsabilizzazione della medesima e di valorizzazione del principio di legalità, non si vede la ragione per sancire l'indennizzabilità del danno non patrimoniale, il quale ridonda, a ben guardare, in un privilegio per il proprietario dell'area acquisita dalla P.A. sia rispetto agli altri proprietari ritualmente espropriati, sia, soprattutto, rispetto ai non proprietari, i quali, però, finanzia-no tramite la fiscalità generale il "bonus" del danno non patrimoniale.

Il disposto normativo evocato ha già introdotto strumenti altri per disincentivare la pubblica amministrazione dall'agire a cuor leggero. Ci si riferisce al comma 4 dell'art. 42 *bis* T.U. Espropri, che prevede la necessità di allegare al provvedimento di acquisizione un ampio e dettagliato corredo motivazionale «recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione».

Inoltre, a tutela delle legittime aspettative del privato, è previsto che il passaggio di proprietà, che si verifica con la notifica all'interessato del provvedimento di acquisizione, sia sospensivamente condizionato al pagamento delle somme dovute a titolo di indennizzo.

Pertanto, ferme le riserve sull'opportunità di aprire alla compensazione del valore morale della proprietà, sarebbe stato preferibile parlare di risarcimento, già che, per come il legislatore ha costruito il rimedio, non si rinviene quel contrapposito mite dei contrapposti interessi tipico dell'indennizzo.

## 2.10. *Quantum dell'indennizzo ed interventi di riforma economico-sociale*

Come anticipato, a fronte dell'irrigidimento normativo veicolato dalla giurisprudenza della Corte EDU, l'unica eccezione ad oggi prevista dalla legge per portare il *quantum* dell'indennizzo al di sotto del valore venale del bene è quella di espropriazione finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale. Espropriazione non isolata, dunque. In tal caso l'indennizzo è ridotto del 25% rispetto al valore di mercato. Si era parimenti accennato alla nebulosità dell'espressione, possibile oggetto di un'interpretazione riduttiva da parte della giurisprudenza, in grado di devitalizzarne, in pratica, il già ridotto portato applicativo.

Emblematica a tal proposito è la decisione di App. Roma, Sez. I, 13 settem-

bre 2010, n. 3557<sup>214</sup>. Le attrici avevano chiesto già in primo grado la determinazione della giusta indennità di esproprio riguardante l'area di loro proprietà. Appellavano la pronuncia del Tribunale poiché era cambiato, *medio tempore*, il criterio di calcolo dell'indennizzo, da ragguagliarsi, ai sensi del novellato art. 37 T.U. Espropri, al valore di mercato del bene ablato.

Dal proprio canto, il Comune di Roma sosteneva doversi applicare la ricordata riduzione del 25%, atteso che l'espropriazione *de qua* aveva destinato l'area alla realizzazione di un'opera pubblica importante. Insomma, occorre stabilire cosa intendesse il legislatore con «interventi di riforma economico-sociale».

Per la Corte di appello romana, «sulla base della giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 18 maggio 2006, n. 11742) e di quella del giudice delle leggi (v. Corte costituzionale 12 maggio 1995 n. 153), per “norme di riforma economico-sociale” debbono intendersi quelle caratterizzate dalla incisiva innovatività del contenuto normativo, tenuto conto anche delle finalità perseguite dal legislatore in ordine ad un fenomeno vasto di primaria importanza nazionale, dall'attinenza della disciplina dettata a un problema di grande rilevanza per la definizione del rapporto tra proprietà privata e potere pubblico e, quindi, per la vita economica e sociale della comunità intera e, infine, dalla connotazione delle norme considerate come principî che esigono un'attuazione uniforme su tutto il territorio nazionale».

Per il Collegio d'appello, la realizzazione del “Sistema direzionale orientale”, a differenza di quanto accade per gli interventi di edilizia economica e popolare, inserendosi come piano di ristrutturazione del tessuto urbanistico della città non sarebbe collocabile nell'ambito degli interventi di “riforma economico-sociale”, ma piuttosto sul diverso livello della pianificazione urbanistica che è limitato all'ambito territoriale a cui si riferisce (la città in cui è realizzato) e non assume il carattere della innovatività, ponendosi solo come strumento di ristrutturazione e utilizzazione funzionale del territorio.

In conclusione, la Corte non riteneva applicabile al caso concreto la disposizione introdotta con la l. n. 244/2007, che avrebbe determinato l'abbattimento del 25% dell'indennità (ma sarebbe meglio dire risarcimento) a valore di mercato.

Tale interpretazione, eccessivamente riduttiva, non persuade pienamente e non sembra condivisibile<sup>215</sup>. Siamo oltre la lettera della legge, ed anche al di là

---

<sup>214</sup> Consultabile in banca dati *DeJure*.

<sup>215</sup> Si tratta di una giurisprudenza peraltro confermata dalla Cassazione, secondo la quale «il fine di riforma economico-sociale connota una particolare qualità di fini di utilità pubblica, perseguiti in un dato momento storico, e perciò devoluta esclusivamente – non già al potere discrezionale dell'amministrazione espropriante, e neppure all'interpretazione del giudice in caso di opposizione giudiziale alla stima dell'indennità, ma – al legislatore, al quale soltanto spetta di decidere (nel rispetto dei vincoli individuati dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria) se e quando avvalersi del potere di prevedere una riduzione del tipo prefigurato dalla norma»: Cass., Sez. I, 28



dello spirito che ha animato i diversi interventi della Corte EDU. Opinare in tal senso significa condannare, *de facto*, l'unica deroga al risarcimento a valore di mercato a restare un caso di scuola, in contrasto con l'art. 42 Cost. che parla di indennizzo. La nebulosità della formula, nell'applicazione concreta, rischia di trasformarsi in inoperatività della previsione, nonché in una non desiderabile mortificazione del paradigma indennitario.

### 2.11. Segue: *espropriazione, acquisizione sanante e indennizzo: valutazioni conclusive*

Le due previsioni esaminate addietro pur essendo risalenti ed avendo rappresentato la fucina concreta per l'elaborazione del rimedio indennitario, ad oggi, dopo l'acritico recepimento della giurisprudenza della Corte EDU da parte del legislatore, rappresentano le fattispecie in cui il giudice ha meno potere di ritagliare il rimedio (indennizzo) onde modellarlo sulle specificità del caso concreto. In effetti, se deve registrarsi come in questa materia la discrezionalità del giudice sia sempre stata, fisiologicamente, compressa, considerando che la magistratura (civile e amministrativa) è vincolata ai criteri di calcolo di volta in volta prescelti dal legislatore per realizzare il giusto equilibrio degli interessi in campo, ad oggi, tuttavia, emergono due *trend* criticabili:

*i)* l'indennizzo del danno non patrimoniale<sup>216</sup>, della cui sospetta incostituzionalità s'è detto – e si tratta di indizi gravi, precisi e concordanti. In attesa di un'auspicabile declaratoria di incostituzionalità, la via per “contenere i danni”, a carico della coerenza e della generale equità dell'ordinamento, sembra quella di evitare ogni automatismo nell'indennizzo di tale pregiudizio, dovendo in ogni caso accertarsene la sussistenza in concreto;

*ii)* l'interpretazione riduttiva dell'inciso “interventi di riforma economico-sociale”, di cui all'art. 37, comma 1, T.U. Espropri, che ne sterilizza, pratica-

---

maggio 2012, n. 8445. Opinare in questi termini implica che «la riduzione prevista dall'art. 37, comma 1, del TUE, viene così “sterilizzata”: la giurisprudenza rifiuta di andare ad individuare le riforme economico-sociali in un contesto così problematico come quello che si è evidenziato sopra, e rimette la questione nel campo del legislatore»; così E. BARILÀ, *Indennità di espropriazione per le aree edificabili: il punto sulla giurisprudenza, tra passato e presente*, cit., p. 514.

<sup>216</sup> Soprattutto considerato che «fuori dai casi in cui si discute del danno biologico, la richiesta di danno non patrimoniale sta diventando sempre più frequente e rivela il desiderio di una giustizia risarcitoria per avere subito un disagio che solo qualche volta integra un vero e proprio torto; almeno nella normalità dei casi, tuttavia, non si verificano conseguenze di tipo patrimoniale. La parte danneggiata, però, non vuole che passi inosservata tale violazione e chiede allora il rimedio del danno non patrimoniale. Solo che in tal modo questo rimedio perde ogni identità riparatoria e svolge una diversa funzione di deterrenza (...)»; così G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale da pianoforte troppo rumoroso e da pignoramento illegittimo*, in *Danno e resp.*, 12/2012, p. 1188.

mente, l'operatività, con la conseguenza di impedire, o comunque rendere eccessivamente onerosa, alla mano pubblica la realizzazione di opere necessarie e di primario interesse (in un'epoca di gravi e crescenti ristrettezze di bilancio), legate, peraltro, al *dovere* della Repubblica di cui all'art. 3, comma 2, Cost.

2.12. *Le fattispecie ultra-compensative: una risposta forte e perentoria alle aggressioni. Overcompensation a fronte di un danno molto antiggiuridico. Panoramica delle diverse fattispecie*

Nelle pagine precedenti sono state analizzate le *rationes* giustificative di un generale rimedio ultra-compensativo vocato a contrastare efficacemente quei torti connotati da una peculiare odiosità della condotta e da un intenso *animus nocendi*. Se ne è parimenti analizzata la struttura che, in estrema sintesi, si può compendiare in una *overcompensation* a fronte di un danno molto antiggiuridico.

In avanti, senza pretesa di esaustività, si procederà ad un inventario delle diverse fattispecie con taglio (principalmente) sanzionatorio presenti nell'ordinamento domestico.

Dal lato della struttura, si impone una precisazione.

È sicuro che tra le fattispecie che saranno richiamate vi siano differenze significative. Ad esempio, talvolta la sanzione è prevista dai privati (es. clausola penale), più spesso essa ha fonte legale e consegue a un *tort*. La parte che incassa l'ammontare (a varia guisa sanzionatorio) può essere l'attore danneggiato oppure lo Stato<sup>217</sup>. Ancora, l'importo della quota punitiva può essere predeterminato in misura fissa dalla legge, oppure rimesso all'equo apprezzamento del giudice, sebbene in base a criteri indicati dal legislatore (es. art. 96 c.p.c.). È altrettanto sicuro, tuttavia, che tutte le norme richiamate palesino la medesima macro-ratio: *deterrenere* prima e sanzionare poi, al fine di indurre un comportamento virtuoso o scongiurare un illecito. In altre parole, presidiare l'effettività di un diritto (meglio: *legal interest*).

Lato terminologico, nel presente lavoro si è scelto di adottare l'espressione "risarcimento ultra-compensativo", sia per indicare un paradigma riparatorio intriso di deterrenza (speculare a quello indennitario, cui sono riconducibili diverse figure rinvenibili in diversi luoghi dell'ordinamento: cfr. § 2.1. ss.); sia per identificare la (ri)costruzione di una fattispecie generale ultra-compensativa entro i confini dell'art. 2059 c.c., che sia istituzionalmente votata all'effettivo contrasto degli illeciti più gravi (cfr. § 5.4. ss.). Taluni interpreti hanno autorevolmente utilizzato l'espressione "pena privata" per riferirsi alle (invero diverse tra loro) fattispecie in cui non vi è una necessaria corrispondenza tra vantaggio pe-

---

<sup>217</sup> Come anticipato, sul rilievo del soggetto percettore della sanzione al fine della configurazione di una sanzione civile non v'è concordia fra gli interpreti: cfr. § 1.2.

cuniaro incamerato dall'attore leso e il danno da questi effettivamente subito: «la pena si scorge appunto nella eccedenza»<sup>218</sup>. Non si intende qui farne una questione nominalistica. Invero, non pare dirimente il nome adoperato per qualificare le fattispecie che presentino la predetta *ratio*; piuttosto lo è la loro funzione<sup>219</sup>. In casi del genere, come anticipato, lo scopo compensativo della R.C. resta in ombra e, sul palcoscenico, emergono icastiche le funzioni di prevenzione e sanzione. Pertanto, ai fini della presente opera, pare preferibile adoperare l'espressione "risarcimento ultra-compensativo", la quale, per la sua ampiezza semantica, sembra descrivere meglio la molteplicità rimediale del paradigma oggetto di studio<sup>220</sup>.

Dovendo procedere ad un'elencazione, per definizione mai completa, delle diverse figure riconducibili al descritto paradigma si devono senz'altro menzionare:

*i)* la *clausola penale ex art. 1382 c.c.*, che consente di predeterminare la prestazione che la parte inadempiente sarà tenuta ad effettuare nei confronti dell'altra, indipendentemente dalla prova del danno. Se gli interpreti ancora dibattono sulla "natura" della clausola penale, sembra ormai pacifico che «nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore dal fornire la pro-

---

<sup>218</sup> S. PATTI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 252. Cfr. anche ID., voce *Pena privata*, in *Digesto*, XII, Disc. priv. (sez. civ.), Torino, 1995, p. 1 ss., consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI, *Le pene private*, cit., p. 3 ss.; W. GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, *ivi*, p. 372 ss.; E. MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 770 ss.

<sup>219</sup> Di analogo avviso sembra P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 13: «non importa ovviamente il nome mediante il quale si qualificano le somme concesse nei casi di questo genere (danni non patrimoniali, pene private, e così via); quello che è certo è che nei casi di questo genere la responsabilità civile assolve a funzioni completamente differenti rispetto a quelle assolve in materia di danni patrimoniali. Qui il problema non è tanto quello di risarcire, quanto quello di offrire un qualche strumento per la tutela di interessi di natura non strettamente patrimoniale».

<sup>220</sup> Infatti, come acutamente osservato da S. PATTI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 251 «un primo tentativo di trattazione sistematica del tema non può peraltro prescindere dal tracciare un solco tra le fattispecie in cui la sanzione viene prevista dai privati, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, in connessione al verificarsi di una determinata fattispecie, e quelle in cui la sanzione ha fonte legale e consegue ad un illecito aquiliano». In questa sede tali differenze verranno appiattite, allo scopo di evidenziare la numerosità e la trasversalità delle figure riconducibili al paradigma ultra-compensativo. Tale scopo giustifica peraltro la scelta di evitare la nomenclatura di "pena privata". In ogni caso, sul punto giova ricordare l'attuale insegnamento di N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., p. 534: «è spesso difficile stabilire in concreto dove finisce il premio e dove comincia l'indennizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione».

va del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (aspetto sanzionatorio della penale), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private»<sup>221</sup>. La possibilità conferita al giudice di ridurre anche d'ufficio la penale manifestamente eccessiva non sembra in grado di elidere la funzione sanzionatoria del rimedio. Infatti, tale potere equitativo di riduzione si estrinseca in relazione a un importo manifestamente eccessivo da valutare non già rispetto al danno concretamente sofferto dal creditore, bensì rispetto «all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, sicché il controllo giudiziale attiene per l'appunto alla sproporzione della sua funzione sanzionatoria, non a quella risarcitoria, che non c'è»<sup>222</sup>;

ii) la *caparra confirmatoria* prevista dall'art. 1385 c.c., che da un punto di vista giuseconomico integra una sanzione per la parte inadempiente e, al contempo, un potenziale arricchimento per la parte fedele al contratto la cui aspirazione negoziale sia stata frustrata<sup>223</sup>;

iii) la *non debenza degli interessi usurari convenuti* nel contratto di mutuo, a séguito della declaratoria di nullità della clausola (art. 1815, comma 2, c.c.<sup>224</sup>);

iv) la sanzione per le *infrazioni al regolamento di condominio* (art. 70 disp. att. c.c.);

---

<sup>221</sup> Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128. Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss.; e A. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in G. Visintini (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, III, Padova, 2009, p. 527 ss.; ID.; *La pena contrattuale*, Milano, 1991. Per una prospettiva comparata cfr. il recente lavoro di A. LAS CASAS, *Funzione e struttura della penale contrattuale. Riflessioni a margine della riformulazione della penalty rule da parte della UK Supreme Court*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2019, p. 141 ss.

<sup>222</sup> M. DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, cit., § 7. In senso analogo cfr. C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, cit., p. 1766 s.

<sup>223</sup> Cfr. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 191 ss., e spec. p. 201. C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, *ibidem*, annovera la caparra confirmatoria tra le ipotesi di "prestazioni sanzionatorie" per le quali la vittima può optare in alternativa alla ordinaria "prestazione risarcitoria".

<sup>224</sup> Come noto, la norma al secondo comma prevede la nullità della clausola con cui si convengono interessi usurari e una sanzione per il mutuante-usuraio: la non debenza di interessi. Il mutuo si trasforma da oneroso a gratuito. Il danneggiato si arricchisce, certo. Ma v'è una funzione di moralizzazione generale e di *law enforcement* grazie all'incentivo economico dato al privato. V. per tutti F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., pp. 338 ss. e 347, il quale pone l'accento sul formidabile ruolo della vittima quale «collettore fondamentale tra la consumazione del delitto e la sua giustiziabilità». Riguardo alla legislazione anti-usura, l'A. rileva inoltre una peculiare cooperazione del diritto civile e penale: accanto alla sanzione privatistica citata, infatti, è prevista la sanzione penale della confisca – di pari ammontare. Sicché la figura può essere vista come un'ipotesi di danno punitivo ripartito tra la vittima e lo Stato.

v) la responsabilità aggravata per lite temeraria (art. 96 c.p.c. e l'omologa figura ex art. 26 c.p.a.);

vi) la sanzione ("somma equitativamente determinata") a carico della parte che, in un procedimento arbitrale, abbia proposto un'istanza di ricusazione di un arbitro manifestamente inammissibile o infondata (art. 815, comma 4, c.p.c.)<sup>225</sup>;

vii) la "pena pecuniaria" determinata equitativamente a carico della parte che non abbia partecipato al procedimento di consulenza tecnica preventiva nell'ambito di una controversia per responsabilità sanitaria (art. 8, comma 4, l. n. 24/2017, c.d. "Gelli-Bianco"). Si noti che tale sanzione si aggiunge alle spese di consulenza e di lite che sono poste, dalla legge, a carico della medesima parte, indipendentemente dall'esito del giudizio;

viii) l'*astreinte* di diritto comune (artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a.), quella consumeristica (art. 140, comma 7, cod. cons.), e le *astreintes* di diritto industriale (artt. 124, comma 2, e 131, comma 2, c.p.i.);

ix) i rimedi in caso di inadempienze o violazioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità di affidamento (art. 709 *ter* c.p.c., comma 2, nn. 2, 3 e 4)<sup>226</sup>;

x) i rimedi sanzionatori a tutela del *subfornitore* (art. 3, l. n. 192/1998);

xi) gli interessi moratori aggravati contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (artt. 2 e 5, d.lgs. n. 231/2002)<sup>227</sup>;

xii) gli interessi moratori aggravati che decorrono dalla proposizione di una domanda giudiziale o arbitrale ai sensi del novellato art. 1284, commi 4 e 5, c.c.<sup>228</sup>;

<sup>225</sup> Tale sanzione, similmente a quella ex art. 96, comma 3, c.p.c., va a beneficio della controparte. In questo caso il legislatore ha fissato il massimo edittale: non può essere superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense.

<sup>226</sup> In generale sull'illecito endofamiliare cfr. per tutti G. CARAPEZZA FIGLIA, *Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana*, in *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 12/2018, 2, p. 23 ss.

<sup>227</sup> Si potrebbero menzionare anche gli interessi moratori a ristoro dei danni nelle obbligazioni pecuniarie ex artt. 1224 c.c. Il portato (latamente) sanzionatorio della norma si evince, fra l'altro, dal fatto che il debitore inadempiente non è ammesso a provare l'inesistenza di danni ovvero l'esistenza di danni di entità inferiore alla liquidazione forfettaria del danno nella misura stabilita dalla legge. Cfr. B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 294 ss.; ID., voce *Interessi*, in *Digesto*, 1993, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia, passim*; e M. DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, cit., § 7. Si deve tuttavia osservare che in un'epoca in cui il saggio di interesse legale è prossimo allo zero non è rinvenibile in concreto alcun effetto deterrente, almeno fino alla proposizione della domanda giudiziale, quando, in forza del novellato art. 1284, comma 4, c.c., scatta il tasso aggravato previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

<sup>228</sup> Per P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva*, cit., p. 693, nt. 17, tale disposizione avrebbe una natura strettamente extracompensativa a scopo dissuasivo.

*xiii*) la *retroversione degli utili* nel diritto industriale e autoriale (artt. 125 c.p.i.<sup>229</sup> e 158 l.d.a.);

*xiv*) la *sanzione del locatore* in caso di esercizio del diritto di recesso per una ragione poi non riscontrata, cumulabile al risarcimento del danno e all'indennità per la perdita dell'avviamento (art. 31, comma 2, l. 27 luglio 1978, n. 392);

*xv*) la "riparazione" prevista per la *diffamazione a mezzo stampa*, che s'aggiunge al risarcimento compensativo (art. 12, l. n. 8 febbraio 1948, n. 47)<sup>230</sup>;

*xvi*) la "riparazione" per la *pubblicazione di intercettazioni di comunicazioni illegalmente formate o acquisite* (art. 4, d.l. n. 22 settembre 2006, n. 259, convertito in l. 20 novembre 2006, n. 281);

*xvii*) la "riparazione" dei danni cagionati per *abuso di informazioni privilegiate* (art. 187 *undecies*, comma 2, TUF<sup>231</sup>);

*xviii*) la *penale per l'illecito di pagamenti con assegno scoperto*, pari al 10% della somma dovuta e non pagata, a cui può aggiungersi un'ulteriore sanzione pecuniaria amministrativa (art. 3, l. n. 386/1990);

*xix*) il *risarcimento minimo dovuto dal datore in caso di licenziamento nullo*, che non può essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto e si somma, altresì, ai contributi previdenziali e assistenziali (art. 18, comma 2, Statuto dei lavoratori)<sup>232</sup>;

---

<sup>229</sup> Quand'anche al considerando 26 della Direttiva 2004/48/CE (c.d. *Enforcement*) il legislatore dell'Unione chiarisca come non vi sia un obbligo per gli Stati membri di introdurre i danni punitivi per perseguire le finalità della direttiva stessa; e quand'anche la giurisprudenza italiana sia stata finora piuttosto parca nell'uso del rimedio della retroversione degli utili: cfr. S. GIANI, *I criteri di risarcimento del danno nel diritto industriale*, cit., p. 27 ss.; ma v. Cass., Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730, che parla espressamente di funzione parzialmente sanzionatoria del rimedio, protesa ad impedire che il trasgressore possa fare propri i vantaggi dell'illecito. Per una puntuale analisi dello strumento in commento e delle sue implicazioni funzionali cfr. le magistrali riflessioni di P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, spec. p. 129 ss.; nonché ID., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1068, in relazione all'uso dello strumento della retroversione degli utili, da parte della giurisprudenza, in un'accezione marcatamente sanzionatoria e in contesti diversi dal diritto industriale. Cfr. M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4/2017, p. 1182, ed ivi riferimenti, che dà conto delle diverse posizioni della dottrina industrialistica (rimedio sanzionatorio vs. rimedio restitutorio).

<sup>230</sup> Sulla quale cfr. P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da 'vorrei, ma non posso'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 341 ss., spec. § 5.

<sup>231</sup> La norma prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob, come ente rappresentativo di interessi lesi, possa costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, *anche in via equitativa*, tenendo comunque conto dell'*offensività del fatto*, delle *qualità del colpevole* e dell'*entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato*.

<sup>232</sup> Sulla cui efficacia deterrente, tuttavia, è lecito esprimere qualche riserva.

xx) la *sanzione aggiuntiva* – pari all’importo della retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di ritardo – prevista per scoraggiare l’inottemperanza alla pronuncia di reintegra, *in caso di un licenziamento di particolare gravità*, ossia di un dirigente di una rappresentanza sindacale aziendale (art. 18, comma 14, Statuto dei lavoratori);

xxi) il *risarcimento forfezzato previsto nei casi di conversione del contratto a termine* in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell’apposizione del termine (art. 28, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 e la anteriore norma di cui all’art. 32, commi 5 e 7, l. n. 183/2010)<sup>233</sup>;

xxii) i *criteri di liquidazione previsti per i casi di discriminazione* (per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, sessuali, di provenienza geografica o religiosi, di handicap etc.) che autorizzano il giudice a condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l’atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento (art. 28, comma 6, d.lgs. n. 150/2011, su cui v. il caso “Taormina” esaminato *retro*);

xxiii) la “compensazione” pecuniaria che il vettore è tenuto a pagare in caso di cancellazione del volo o negato imbarco a passeggeri non consenzienti, con riguardo ai voli in partenza da o in arrivo in un Paese UE (art. 7 Regolamento 261/2004/CE)<sup>234</sup>;

xxiv) il *risarcimento per danno ambientale* nella vecchia legge italiana in materia di danno all’ambiente, parametrato alla gravità della colpa, al costo necessario per il ripristino e al profitto conseguito dal danneggiante (art. 18, l. n. 349/1986; v. oggi l’art. 298 *bis* ss., d.lgs. n. 152/2006, c.d. Codice dell’Ambiente e la lettura datane da parte della giurisprudenza che ritiene parzialmente applicabili i criteri di cui alla vecchia legge cit.);

xxv) da ultimo, si consideri il recente intervento normativo che ha abrogato diverse fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell’onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irro-

<sup>233</sup> Tale normativa è da leggere alla luce di Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.*, 2012, I, c. 717 ss., per la quale «il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell’*aliunde perceptum*. Sicché, l’indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria. Essa è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un’altra occupazione»; sul punto cfr. M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, p. 291. In argomento v. anche Cass., Sez. lav., 2 dicembre 2013, n. 26951, in *Giustizia civile.com*, 1° aprile 2014, p. 1 ss., con nota di L. GIASANTI, *Abuso della successione di Contratti a termine nella pubblica amministrazione: l’ambigua funzione del danno risarcibile*.

<sup>234</sup> In tal caso, se il passeggero chiede il risarcimento del danno, la “compensazione pecuniaria” già incamerata “può” essere detratta dal risarcimento, ma può anche cumularsi ad esso in chiave sanzionatoria.

gato in favore della parte lesa, una *sanzione pecuniaria civile*, con finalità sia preventiva che repressiva (art. 3 ss., d.lgs. n. 7/2016)<sup>235</sup>.

Tale nuovo *corpus* normativo gioca un ruolo fondamentale nella ricostruzione di una sistematica della reazione proporzionata ai torti.

Anzitutto, occorre considerare come non sia frutto del caso la scelta legislativa di ricorrere al processo civile per ottenere risultati diversi dalla mera riparazione del danno, consentendo la comminazione di una sanzione civile senza ricorrere agli istituti repressivi penalistici. Ciò è accaduto varie volte in relazione a settori in via di depenalizzazione, dimostrando l'efficacia del diritto civile in chiave di contrasto di fenomeni antisociali anche gravi e, al contempo, la non autosufficienza del diritto criminale<sup>236</sup>.

In secondo luogo, i criteri di commisurazione di tali sanzioni civili portano in dote quella sensibilità tipicamente penalistica per la deterrenza e, essendo entrati a pieno titolo nel sistema della R.C., potranno essere adoperati anche in via generale per la commisurazione del *quantum respondeatur* dell'obbligazione risarcitoria nascente dai fatti illeciti più gravi e caratterizzati da un intenso e malevolo elemento subiettivo (si rinvia al § 5.5., ove il tema sarà affrontato in dettaglio). Per il legislatore, infatti, l'importo della sanzione pecuniaria civile deve essere determinato tenendo in debito conto: la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del responsabile, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, le condizioni economiche dell'agente, nonché la sua personalità<sup>237</sup>.

### 2.13. *La condanna aggravata per lite temeraria*

L'art. 96 del codice di rito contiene una fattispecie composita di responsabilità processuale aggravata<sup>238</sup>. Si tratta di una previsione ultra-compensativa fon-

---

<sup>235</sup> Le nuove figure di illecito punibili con il rimedio della sanzione pecuniaria civile sono l'ingiuria, la falsità in scrittura privata, la falsità in foglio firmato in bianco, la sottrazione di cose comuni, l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito.

<sup>236</sup> Cfr. F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 332 s.

<sup>237</sup> Infine, deve ricordarsi la scelta del legislatore di destinare il provento della sanzione pecuniaria civile al Tesoro pubblico, vincolandolo, però, a un fondo per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti. Tuttavia, tale (secca) scelta allocativa deve essere criticata poiché sottrae al privato leso l'incentivo economico all'azione. In altre parole, avendo depenalizzato i reati che prima presidiavano i beni giuridici oggi protetti dal rimedio civile, il legislatore, mentre allevia il carico del Pubblico Ministero, sposta sul privato l'onere del perseguimento di tali illeciti. In funzione di *law enforcement*, sembra allora opportuno e necessario conferire al privato (almeno) una quota parte della sanzione. Per considerazioni più generali sul punto si rinvia al § 1.11.E), nonché ai Capp. III e IV.

<sup>238</sup> Essa recita: «se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fe-



damentale la cui importanza sistematica non si esaurisce all'interno della dinamica processuale, tanto che parte della dottrina, valorizzandone le potenzialità espansive, sembra configurare tale figura come la fisiologica intermediazione legislativa entro cui far transitare, in via generale, la punizione di quei comportamenti particolarmente odiosi e/o caratterizzati da un peculiare *animus nocendi*<sup>239</sup>. Inoltre, da un lato, la funzione prevalentemente sanzionatoria del rimedio è stata ormai certificata, al di là di ogni ragionevole dubbio, sia dalla Corte costituzionale, sia dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>240</sup>; dall'altro lato, esso rappresenta un ottimo caso di studio anche in relazione ai limiti edittali di una fattispecie punitiva di diritto civile, nonché in ordine all'equità in funzione di criterio integrativo di una fattispecie legale (elastica).

Ma andiamo con ordine.

Da un punto di vista generale, si deve considerare che la fattispecie di responsabilità aggravata rappresenta una previsione speciale di responsabilità aquiliana, tesa a colpire taluni fatti ingiusti che si estrinsecano nella realtà processuale. Essa può anche essere vista come una gemmazione della regola della soccombenza e, più in particolare, di un inasprimento di tale regola per precise ragioni di politica del diritto di cui si dirà in avanti<sup>241</sup>.

---

de o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. (2) Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. (3) In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». Una disposizione analoga si trova nell'art. 26 c.p.a.: v. per tutti C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2021, p. 434, nt. 55.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, p. 648 ss.; in generale su tale fattispecie cfr. i diversi interventi raccolti nel volume AA.VV., *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Urbino, 23-24 Settembre 2011, Bologna, 2012, e in particolare v. l'intervento di C. CONSOLO a p. 256 ss.; v. inoltre F. TOPPETTI (a cura di), *Il risarcimento del danno da "lite temeraria"*, Milano, 2014; V. VITALONE-G.R. MACRÌ, *Riflessioni sulla lite temeraria*, Roma, 2014; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 218 ss.; D. GRAMAGLIA, *Manuale breve diritto processuale civile*, Milano, 2020, p. 92 s.; M. DI MARZIO, sub art. 96, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, p. 495 ss.; P. COMOGLIO, sub art. 96, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio-C. Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, Torino, 2012, p. 1256 ss.

<sup>239</sup> F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 394 ss.

<sup>240</sup> Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 498, con nota di M.F. GHIRGA, e in *Corr. giur.*, 12/2016, con nota critica di C. ASPRELLA. V. anche Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2644 ss.; in *Giur. it.*, 2020, p. 578 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Corte costituzionale e «sanzioni» processuali*; e in *Riv. dir. proc.*, 1/2021, p. 111, con nota di A. PISANI TEDESCO, *Lite temeraria, sanzioni civili e ruolo dell'interprete*; nonché Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.

<sup>241</sup> Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 429 s. In generale in argomento v. C. CALVO-

Inoltre, poiché l'art. 24 Cost. assicura a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, si potrà ravvisare un fatto generatore di responsabilità aggravata solo quando la condotta della parte che ha poi avuto torto abbia assunto peculiari modalità che la colorino di illiceità. In altre parole, trovandoci, a monte, nella cornice dell'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito, si potrà predicare l'illiceità della condotta di una parte processuale soltanto quando, e nella misura in cui, essa ponga in essere un autentico *abuso* di quel diritto<sup>242</sup>. Il che accade, tipicamente, quando l'esercizio del diritto esorbiti dal suo schema tipico o trascenda i limiti determinati dalla sua funzione normativamente sancita<sup>243</sup>. Sicché, in questa materia l'articolo in commento «rappresenta l'esito di un processo teso al bilanciamento di opposti interessi: quello del diritto alla difesa, non precludibile dalla minaccia di un risarcimento in caso di soccombenza, da un lato; e quello a non vedersi tratti indebitamente in giudizio, così come a non subire turbative processuali, dall'altro»<sup>244</sup>.

Dall'art. 96 c.p.c., come novellato nel 2009, possono trarsi tre distinte fattispecie.

L'art. 96, comma 1, del codice di rito configura la previsione generale di lite temeraria, ancorandola al presupposto soggettivo di un particolare stato psicologico del soccombente, ossia la sua mala fede o colpa grave. Tale previsione si applica a tutti i tipi di processo e ad ogni specie di soccombenza, con l'esclusione dei casi speciali di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c.<sup>245</sup>.

---

SA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 378; nonché A. GIUSSANI, *Responsabilità aggravata (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Trecani*, 2013.

<sup>242</sup> C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 430; per gli AA. «più precisamente, poiché la ragione per cui l'agire o il resistere in giudizio è riconosciuto come diritto anche a colui al quale il giudice darà torto sta nel fatto che al momento in cui si decide di agire o resistere non si può ancora sapere se si avrà ragione o torto, quando viceversa dovesse risultare certo che la parte, che ha agito o resistito, era ben consapevole del suo torto ed ha agito per spirito di emulazione od altre ragioni analoghe o resistito con intenti dilatori o defatigatori, questa situazione di "mala fede" sarebbe rivelatrice di un abuso del diritto di azione e perciò di un comportamento illecito». Recentemente si è pure rilevato come tale abuso produca gravi danni superindividuali, poiché esso, per sua natura, aggrava il sistema giudiziario impedendo quella ragionevole durata del processo prescritta dall'art. 111 Cost. Infatti, il processo è (anche) uno strumento collettivo che non può e non deve essere adoperato con modalità abusive che contrastino con il dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, instaurando procedimenti "civetta" la cui presenza, inevitabilmente, rallenta quelli contemporaneamente pendenti in quel momento nel c.d. "servizio giustizia", e che temerari non sono. Cfr. Cass., 21 febbraio 2018, n. 4136.

<sup>243</sup> V. Cass., 7 marzo 2017, n. 5677. Cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *Dovere di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011, p. 471 ss.

<sup>244</sup> D. CERINI, *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006*, cit., p. 143.

<sup>245</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2021, p. 437 ss.

I presupposti applicativi sono pertanto:

- A) il fatto della *soccombenza* totale (tanto nel merito, quanto in rito);
- B) la *mala fede* (ossia la lucida consapevolezza di agire/resistere *contra ius*) o la *colpa grave* (ovvero l'inescusabile elemento psicologico di colui che avrebbe dovuto rendersi conto dell'abusività della propria condotta processuale);
- C) un *danno* rinvenibile nella sfera giuridica della parte che aveva ragione<sup>246</sup>.

In omaggio al principio generale *ex art. 2697 c.c.*, l'insegnamento tradizionale allocava in capo alla vittima l'onere di allegare e provare la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti legali della fattispecie.

Tuttavia, col tempo, e soprattutto a fronte di un *egregious behaviour*, la giurisprudenza, con il conforto della dottrina, ha sviluppato e consolidato un orientamento favorevole alla parte processuale debole, allentando le maglie dell'onere probatorio<sup>247</sup>. Infatti, la giurisprudenza più attenta ha rilevato che l'orientamento rigorista (che richiedeva all'istante una prova ferrea dell'*an* e del *quantum* del danno sofferto) «ha condotto nei fatti ad un pressoché totale oblio della norma, la cui applicazione, pur dinanzi ad una palese sussistenza dell'elemento soggettivo da essa contemplato, ha costantemente finito per infrangersi contro la difficoltà, intuitivamente elevata, di fornire una dettagliata deduzione e prova del pregiudizio subito. L'atteggiamento interpretativo così riassunto non può più essere condiviso e, anzi, una lettura in chiave costituzionale dell'art. 96 c.p.c. impone di facilitarne l'impiego, sicché essa – scoraggiando le iniziative o le resistenze giudiziali che non hanno ragione di essere – possa fungere quale presidio di tutela del principio di ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Costituzione»<sup>248</sup>.

Proprio l'accostamento della lite temeraria alla lesione derivante dalla irragionevole durata del processo ha consentito al formante giurisprudenziale di ritenere non necessaria una compiuta prova del danno, qualificando il pregiudizio come conseguenza ordinaria e normale della violazione del citato diritto d'indole costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.). Ciò ha permesso, ad esempio, di desumere l'esistenza del danno da nozioni di comune esperienza, come quella per cui l'esposizione a iniziative giudiziarie emulative o resistenze temerarie a fondate pretese giudiziali comporta, *per se*, perdite economiche a carico della parte vittoriosa e, soprattutto, un danno non patrimoniale di natura psicologica. Danno da liquidare in via equitativa sulla base delle risultanze desumibili dagli atti di causa<sup>249</sup>.

<sup>246</sup> Cfr. F.P. LUISO, *ibidem*.

<sup>247</sup> Cfr. per tutti D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 144.

<sup>248</sup> Trib. Roma, 18 ottobre 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 45 s. con nota di A. CARRATO, *Lite temeraria, nuove frontiere del danno. Agire in giudizio può costare quanto la legge Pinto*.

<sup>249</sup> Cfr. Cass., 12 ottobre 2011, n. 20995, Cass., 30 aprile 2010, n. 10606; nonché P. NAPPI, *sub art.*

Il comma 2 dell'art. 96 c.p.c. regola, invece, una specifica ipotesi di danno processuale. Esso si verifica quando soccombe nel merito la parte che abbia ottenuto un provvedimento cautelare, trascritto una citazione, iscritto un'ipoteca, oppure iniziato l'esecuzione forzata. Come detto, trattasi di un'ipotesi specifica, quand'anche la *ratio* della norma miri a colpire il medesimo abuso del diritto che anima le condotte contrastate dalla previsione generale di cui al primo comma. Senonché, le forme di tutela giurisdizionale evocate sono tutte più incisive e "pericolose" del processo ordinario di cognizione<sup>250</sup>; al punto che il legislatore ha ritenuto opportuno abbassare il livello di intensità dell'elemento psicologico del soccombente: in tali casi, la responsabilità aggravata scatta quando la parte abbia agito senza la normale prudenza, il che costituisce, all'evidenza, un *minus* rispetto alla mala fede o alla colpa grave<sup>251</sup>.

Inoltre, il legislatore nel 2009 ha aggiunto all'art. 96 c.p.c. un terzo comma che prevede: «*in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*».

Tale nuovo rimedio riveste un'importanza fondamentale nell'economia di un discorso sistematico sulle sanzioni civili<sup>252</sup>.

---

96, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, VI ed., Milano, 2018, p. 1069 s., ed ivi riferimenti.

<sup>250</sup> Tale pericolo deriva dall'esistenza di un titolo esecutivo o di un provvedimento autorizzativo, ossia di un accertamento circa l'esistenza/probabilità del diritto per il quale si agisce in una misura sufficiente per far luogo all'esecuzione o alla cautela. In altre parole, si crea un momentaneo distacco tra la possibilità incondizionata di agire esecutivamente e la realtà giuridico-fenomenica – che può essere diversa o comunque mutare nel tempo. E proprio tale momentanea divaricazione tra mondo reale e processuale richiede alla parte che ha in mano un rimedio per la realizzazione coattiva del proprio diritto (che, in ipotesi, potrebbe essere inesistente) di essere auto-responsabile e, quindi, agire con prudenza. Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 433.

<sup>251</sup> F.P. LUISSO, *ibidem*.

<sup>252</sup> Ciò è confermato fra l'altro dall'inequivoca presa di posizione di Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 25177, Rel. Di Florio, per la quale «questa Corte ha recentemente riesaminato la questione relativa alla *funzione sanzionatoria* della condanna per lite temeraria prevista dalla norma testé richiamata [art. 96, 3° co., c.p.c.], *in relazione* sia alla necessità di contenere il fenomeno dell'abuso del processo sia *alla evoluzione della fattispecie dei "danni punitivi" che ha progressivamente fatto ingresso nel nostro ordinamento*» – nostra l'enfasi. Inoltre, la Corte ritiene doveroso considerare il generale quadro ordinamentale che si è venuto componendo, il quale da una parte, deve universalmente garantire l'accesso alla giustizia ed alla tutela dei diritti (art. 6 CEDU) e, dall'altra, deve tener conto del principio costituzionalizzato della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e della necessità di creare strumenti dissuasivi rispetto ad azioni proposte senza l'osservanza delle norme procedurali o con gravi errori di diritto. «In tale contesto questa Corte intende valorizzare la sanzionabilità dell'abuso dello strumento giudiziario, proprio al fine di evitare la dispersione delle risorse per la giurisdizione e consentire l'accesso alla tutela giudiziaria dei soggetti meritevoli e dei diritti violati, per il quale, nella giustizia civile, il primo filtro valutativo – rispetto alle azioni ed ai rimedi da promuovere – è affidato alla prudenza del ceto forense coniugata con il principio di responsabilità delle parti».

Anzitutto, il fatto che la legge attribuisca al giudice il potere esercitabile “in ogni caso” *ex officio* di condannare la parte (interamente<sup>253</sup>) soccombente a una somma equitativamente determinata, e quindi a prescindere dalla temerarietà in senso stretto, porta a qualificare la previsione come una condanna per «*temerarietà attenuata* che legittima l'applicazione di una misura a carattere sanzionatorio»<sup>254</sup>.

Per quanto riguarda i presupposti applicativi di tale rimedio, non v'è piena concordia fra gli interpreti.

In base a un primo, autorevole, orientamento, che valorizza anche l'intenzione del legislatore e gli argomenti di *policy* considerati e retrostanti la norma, l'unico presupposto del rimedio sarebbe la mera soccombenza (*rectius*, causalità) della parte temeraria<sup>255</sup>. In tale prospettiva, ci troveremmo di fronte a uno strumento squisitamente sanzionatorio, autonomo rispetto alla lite temeraria, in funzione deterrente di qualsiasi condotta della parte colpevolmente abusiva dello strumento processuale. Sicché, il rimedio sarebbe fondato su una sorta di temerarietà attenuata, «o, per meglio dire, su comportamenti della parte *abusivi, ma non necessariamente temerari*»<sup>256</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la collocazione codicistica del rimedio rivelerebbe l'intenzione del legislatore di ricondurre la fattispecie comunque nell'area dell'illecito. Di modo che l'illiceità della condotta dovrà ravvisarsi al ricorrere dei presupposti, di carattere obiettivo e soggettivo, richiesti dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c. Ossia, quando il diritto di azione e difesa assuma i tipici caratteri dell'abuso, presupponendo, quindi, l'accertamento della mala fede o della colpa grave in capo al soccombente<sup>257</sup>.

<sup>253</sup> E infatti non sembra ragionevole applicare il rimedio in caso di soccombenza reciproca: v. *ex multis* Cass., 13 ottobre 2017, n. 24158.

<sup>254</sup> C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *ibidem*, p. 435. Per Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, soltanto il comma 3 dell'art. 96 c.p.c. avrebbe introdotto una vera e propria pena pecuniaria con finalità sia risarcitorie che punitive.

<sup>255</sup> V. *ex multis* F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, p. 437; MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 434 s.; e M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, in AA.VV., *L'abuso del processo*, cit., 2012, p. 141: l'A. osserva che, in tale prospettiva, e astraendo dalla stretta collocazione codicistica della fattispecie, si può intravedere un più ampio spazio di operatività del rimedio, per il quale non è richiesto, normativamente, quel requisito soggettivo particolarmente connotato di mala fede o colpa grave.

<sup>256</sup> A. CARRATTA, *Intervento*, in AA.VV., *L'abuso del processo*, cit., p. 245 s. La prospettiva dell'A. è suffragata dall'inciso con cui si apre il comma 3 dell'art. 96 c.p.c. (“in ogni caso”), dall'assenza di qualsiasi richiamo ai profili soggettivi di responsabilità, nonché dal palese alleggerimento dell'onere probatorio, giacché l'applicazione della fattispecie in commento non è affatto subordinata alla prova del nesso di causa tra condotta processuale abusiva e danno effettivamente patito.

<sup>257</sup> In tal senso cfr. P. NAPPI, *sub art. 96*, cit., p. 1076 s.; e G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del processo*, cit., p. 184, per il quale devono sussistere tutti gli estremi della complessiva fattispecie *ex art. 96 c.p.c.*, ossia: a) una lite temeraria; b) un danno certo nell'*an*; c) un nesso di causa tra lite temeraria e danno.

Recentemente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno trovato una felice sintesi delle due posizioni che ha il pregio di essere sistematicamente coerente e non gravosa per la vittima dell'altrui abuso processuale.

Premettendo che all'istituto deve riconoscersi un carattere sanzionatorio, finalizzato a scongiurare che la richiesta di esercizio della giurisdizione sia formulata soltanto al fine di prolungare inutilmente la durata del processo, la Suprema Corte osserva che l'inciso "in ogni caso", con cui esordisce l'art. 96, comma 3, c.p.c. è da intendere nel senso che si prescinda dall'esistenza di un danno. Tuttavia, deve sempre potersi ravvisare, nel caso concreto, un peculiare elemento psicologico della parte temeraria qualificabile come dolo o, almeno, colpa grave. Per concludere in tal senso, «è sufficiente osservare che anche il comma terzo è compreso in una norma che, essendo rubricata "responsabilità aggravata", sottende come presupposto necessario sempre l'esistenza di un comportamento addebitabile alla parte»<sup>258</sup>.

In ogni caso, e al di là della prevalenza che si voglia accordare all'una o all'altra ricostruzione, la responsabilità processuale aggravata si può inscrivere a pieno titolo nell'orbita della R.C., come peculiare declinazione del rimedio aquiliano, tesa a colpire una condotta particolarmente odiosa dai gravi risvolti superindividuali. Sicché, essa si rivela essere un «incisivo strumento sanzionatorio congegnato dal legislatore a tutela di beni giuridici di fondamentale rilievo, quali l'efficiente amministrazione della giustizia e l'economia processuale, tanto nel momento dell'instaurazione del processo, quanto nel corso dello svolgimento dello stesso»<sup>259</sup>. Se questa è la generale funzione della norma, il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. connota la condanna del litigante temerario di un'indubbia coloritura pubblicistica<sup>260</sup>, confermandosi, con ciò, come nel più generale ambito delle sanzioni civili occorra rifuggire da una prospettiva di analisi angusta ed avvitata su, forse inesistenti, steccati "scientifici disciplinari".

Prima di analizzare brevemente le recenti prese di posizione del diritto vivente, sembra opportuno riferire come la dottrina e la giurisprudenza più attente avessero da lungo tempo identificato la (prevalente) funzione sanzionatoria del-

---

<sup>258</sup> Cass., Sez. Un., 18 settembre 2017, n. 21544. Negli stessi termini v. Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22405, commentata da R. RUSSO, *L'interpretazione salvifica dell'art. 96, 3° c.p.c.*, in *Judicium*, 5 febbraio 2019. *Contra*, nel senso che l'applicazione del rimedio non richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì di una mera condotta oggettivamente valutabile alla stregua di "abuso del processo" (quale l'aver agito o resistito pretestuosamente, e cioè nell'evidenza di non poter vantare alcuna plausibile ragione), v. Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 25177, Rel. Di Florio.

<sup>259</sup> F. TOPPETTI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 8.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 648, definisce l'art. 96, comma 3, c.p.c., senza giri di parole, come «una sanzione civile tesa al ristoro del pregiudizio subito dalla parte (vittoriosa) per l'essere stata coinvolta ingiustamente nella vicenda giudiziaria».

<sup>260</sup> Cfr. P. NAPPI, sub *art. 96, op. cit.*, p. 1076.

l'art. 96 c.p.c., ben prima della novella legislativa del 2009 che, tramite l'aggiunta dell'ormai noto comma terzo, ha fugato ogni dubbio in merito. In altre parole, anche la responsabilità aggravata "semplice" ha sempre manifestato – e, a *fortiori*, esprime oggi<sup>261</sup> – una vocazione punitiva degli illeciti endoprocessuali.

Un esempio (tristemente) eloquente di tale funzione dell'istituto è offerto dal caso Trib. Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006, G.U. Apostoliti<sup>262</sup>. Il caso si connotava per l'emblematica gravità sia della condotta, sia dell'elemento soggettivo dei diversi soggetti convenuti. In breve: nel 2002 un bambino di un anno e mezzo decedeva presso un ospedale dopo essere stato ricoverato nel reparto di pediatria. La morte si verificava «non in ragione di una sua pregressa patologia, non in ragione di un suo grave quadro clinico, non in ragione di una sopravvenuta, impreveduta ed imprevedibile, emergenza, bensì per avvelenamento acuto da Verapamil, essendo stata introdotta nell'organismo del paziente, in un'unica somministrazione, una dose sproorzionatamente più elevata rispetto a quanto stabilito dalla farmacopea»<sup>263</sup>. Insomma, un caso di scuola di responsabilità per colpa grave che avrebbe dovuto chiudersi, quanto prima, con un giusto risarcimento ai genitori della vittima, senza inutili e vessatorie lungaggini processuali. E invece la già tragica vicenda fenomenica assumeva dei risvolti processuali "assurdi", costringendo gli eredi della vittima a sopportare un contegno ulteriormente oltraggioso, particolarmente odioso anche per il riverbero pubblicistico di offesa alla giurisdizione. Sempre per bocca del giudice, «dal punto di vista della lealtà processuale, poi, malgrado i reiterati inviti giudiziali alla formulazione di offerte risarcitorie in favore degli attori, malgrado il chiaro quadro fattuale posto alla base della vicenda e malgrado le risultanze istruttorie acquisite al processo, si è assistito ad un poco encomiabile balletto che ha impegnato tutti i protagonisti (e molti dei compiacenti testimoni a supporto) in acrobatici tentativi di scaricare la responsabilità dell'accaduto "sull'altro da sé", senza che nemmeno

---

<sup>261</sup> Per un interessante caso di rilettura dei primi due commi dell'art. 96 c.p.c. alla luce della *ratio legis* della novella del 2009, che ha aggiunto alla fattispecie il rimedio di cui al terzo comma, v. Trib. Milano, Sez. VIII, 11 gennaio 2012, G.U. Perozziello, in *Danno e resp.*, 6/2012, p. 661 ss., con nota di F.D. BUSNELLI-E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?* La pronuncia deve essere lodata anche per il sapiente uso della discrezionalità nella quantificazione della condanna. Ivi il giudice ritenne equo parametrare il *quantum respondeatur* ad una percentuale del profitto che il soccombente temerario sperava di lucrare tramite l'abuso del processo. Si v. anche A. MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole, definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1121 ss.

<sup>262</sup> In *Dir. ed economia ass.*, 2008, p. 127 ss., con nota adesiva di D. CERINI, *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006*. Si v. il contributo anche per le mirabili considerazioni in prospettiva comparata.

<sup>263</sup> Trib. Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006, G.U. Apostoliti, cit., p. 127.

una parola di comprensione venisse spesa per la vicenda umana di cui gli attori sono stati – loro malgrado – protagonisti»<sup>264</sup>. Tanto considerato, il magistrato condannava i convenuti a pagare 200.000 € agli attori a titolo di responsabilità aggravata, oltre le spese di lite.

Di recente poi, tanto il Giudice delle Leggi, quanto la Suprema Corte nel suo più autorevole consesso, hanno qualificato senza mezzi termini il rimedio di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. come una fattispecie sanzionatoria non difforme dal danno punitivo<sup>265</sup>.

Da un lato, infatti, la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 96 c.p.c. – per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost. – nella parte in cui dispone che, in caso di condanna officiosa, la somma equitativamente determinata vada a beneficio della controparte, anziché dell'erario<sup>266</sup>. Senza ripercorrere tutti i passaggi logici della pregevole pronuncia, basti qui considerare che per la Corte il rimedio in parola «risponde ad una funzione sanzionatoria delle condotte di quanti, abusando del proprio diritto di azione e di difesa, si servano dello strumento processuale a fini dilatori, contribuendo così ad aggravare il volume (già di per sé notoriamente eccessivo) del contenzioso e, conseguentemente, ad ostacolare la ragionevole durata dei processi pendenti». Inoltre, la Corte costituzionale ritiene che la condanna per lite temeraria *ex officio* sia collegata, testualmente e sistematicamente, alla pronuncia sulle spese *ex art.* 91 c.p.c. La sua azionabilità officiosa la sottrae, dunque, ad un governo meramente privatistico, e ne conferma, ulteriormente, la finalizzazione alla tutela di un interesse che trascende o non è, comunque, esclusivamente quello di parte, e si colora pertanto di connotati innegabilmente pubblicistici. Ne consegue che l'art. 96, comma 3, c.p.c. presenta una struttura «non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflattive»<sup>267</sup>, per reagire all'offesa arrecata alla giurisdizione<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> Trib. Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006, G.U. Apostoliti, *ibidem*.

<sup>265</sup> Una simile considerazione era stata già svolta da F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 4-5/2015, p. 862 ss.

<sup>266</sup> Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, cit.

<sup>267</sup> Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, cit., § 4.3.

<sup>268</sup> In senso conforme, la successiva Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 7, ha specificato che tale norma «si affianca al regime del risarcimento del danno da lite temeraria, [e] ha natura sanzionatoria dell'abuso del processo, commesso dalla parte soccombente, non disgiunta da una funzione indennitaria a favore della parte vittoriosa (sentenza n. 152 del 2016). Ciò perché l'attribuzione patrimoniale – a differenza di varie altre norme del codice di procedura civile che sanzionano con pene pecuniarie specifiche ipotesi di abuso del processo... è riconosciuta proprio in favore della parte vittoriosa, al di là del danno risarcibile per lite temeraria, e non già – come si sarebbe portati a ritenere – in favore dell'Erario, benché sia anche l'amministrazione della giustizia a subire un pregiudizio come disfunzione e intralcio al suo buon andamento. Questa natura sanzionato-



D'altro canto, la Cassazione, nella storica pronuncia a Sezioni Unite del 2017, inserisce l'art. 96, comma 3, c.p.c. – unitamente all'omologa previsione sancita per il processo amministrativo dall'art. 26 c.p.a. – nell'elenco delle figure ultracompenso, necessario per descrivere il panorama normativo che si è venuto componendo negli ultimi decenni, da cui poi ricava, *de plano*, la polifunzionalità della R.C.<sup>269</sup>. In senso adesivo, appena un anno dopo, la VI sezione ha ribadito «*la natura intrinsecamente non difforme dal danno punitivo propria della sanzione che, nell'art. 96 c.p.c., 3° co., il legislatore ha posto come presidio del corretto funzionamento del sistema processuale*»<sup>270</sup>.

Ancora una considerazione sull'efficacia deterrente della composita fattispecie di responsabilità aggravata.

S'è detto che il comma di recente conio ha una chiara marca sanzionatoria. S'è visto, altresì, che le fattispecie speciali di responsabilità processuale previste dai primi due commi della norma in commento venivano già interpretate in ottica *pro victim*, onde contrastare il disvalore di quelle condotte particolarmente riprovevoli. Resta da aggiungere che dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere la cumulabilità tra la condanna di cui al primo comma con quella officiosa prevista dal comma 3, art. 96, c.p.c.<sup>271</sup>. Sembra evidente che tale possibilità di cumulo, da destinarsi prudentemente al governo di quei casi di sfacciata malizia del soccombente, che oltre al danno sostanziale rechino all'attore anche la beffa di un processo inutile o iniquamente lungo e defatigante, concorra ad aumentare l'efficacia deterrente del rimedio e a presidiare vigorosamente i diritti (processuali) della parte leale.

Infine, occorre fare qualche riflessione sul tema dei criteri di commisurazione di tale «somma equitativamente determinata».

Nella fattispecie in esame, il legislatore non ha prefissato una cornice edittale di riferimento per la commisurazione della sanzione; con ciò invero distaccandosi dalla scelta effettuata con la previsione di cui al vecchio art. 385, comma 4, c.p.c. che ha rappresentato il calco adoperato poi dal *conditor* nel 2009 che, novellando l'art. 96 c.p.c., ha introdotto un rimedio d'indole generale e azionabile

---

ria della previsione censurata risulta, in tal modo, ibridata da una funzione indennitaria, realizzando complessivamente un assetto non irragionevole».

<sup>269</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., § 5.2.

<sup>270</sup> Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 4136, Rel. Graziosi.

<sup>271</sup> V. per tutti C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 434; P. NAPPI, *sub art. 96, op. cit.*, p. 1076; Cass., 27 febbraio 2013, n. 4925; e Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 25177, Rel. Di Florio, nonché, da ultimo, v. anche Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, in base alla quale con il rimedio *ex art. 96, comma 3, c.p.c.* «è il giudice a determinare l'*an* e il *quantum* della prestazione patrimoniale imposta alla parte soccombente, già obbligata *ex lege* al rimborso delle spese processuali e al risarcimento (integrale) del danno da lite temeraria. La valutazione equitativa del giudice non si limita a quantificare una grandezza predata, ma dà vita a una nuova obbligazione avente a oggetto una prestazione patrimoniale ulteriore e distinta».

in ogni tipo e grado di processo<sup>272</sup>. Per taluno tale assenza di un limite massimo sarebbe incostituzionale<sup>273</sup>.

In simile prospettiva, recentemente, il Tribunale di Verona ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c. per assertedo contrasto con gli artt. 23 e 25 Cost., in relazione alla mancanza di limiti edittali di tale prestazione sanzionatoria, rimessa esclusivamente alla valutazione equitativa del magistrato.

La Corte costituzionale non ha accolto la prospettata incostituzionalità della norma, ritenendo, invece, che la prestazione sanzionatoria in parola «ha sufficiente base legale e quindi – ferma restando la discrezionalità del legislatore di calibrare meglio, in aumento o in diminuzione, la sua quantificazione – è comunque rispettata la prescrizione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.»<sup>274</sup>.

La pregevole pronuncia merita di essere segnalata per almeno due aspetti.

In primo luogo, nel ritenere inammissibile la q.l.c. sollevata con riferimento al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., recante una riserva assoluta di legge, la Consulta, in accordo con autorevole dottrina<sup>275</sup>, statuisce che il parametro costituzionale citato è impropriamente evocato «perché riguarda le sanzioni penali, nonché quelle amministrative “di natura sostanzialmente puni-

<sup>272</sup> P. NAPPI, sub art. 96, *op. cit.*, p. 1073. Come noto, infatti, nel 2006, in occasione di un intervento riformatore del giudizio civile di cassazione, il legislatore introduceva per la prima volta una prescrizione inedita a corredo del regime della soccombenza, che consentiva alla Corte, in sede di condanna alle spese, di condannare altresì il soccombente al pagamento, a favore di controparte, di una somma equitativamente determinata, *entro il limite massimo del doppio dei massimi tariffari*, quando avesse ritenuto il soccombente “reo” di aver agito/resistito anche solo con colpa grave.

<sup>273</sup> V. per tutti F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, p. 443 s. Si rileva inoltre che nella norma “gemella” in seno al codice del processo amministrativo il legislatore ha introdotto dei limiti massimi, consentendo, quindi, al magistrato di apprezzare le irripetibili circostanze del caso concreto entro una forbice normativamente data. In particolare, l'art. 26, comma 1, secondo periodo, c.p.a. prevede che «in ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque *non superiore al doppio delle spese liquidate*, in presenza di motivi manifestamente infondati». L'art. 26, comma 2, c.p.a. governa invece il caso della lite temeraria e prevede: «il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite».

<sup>274</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

<sup>275</sup> V. per tutti F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, Padova, 1984, p. 70.

tiva” (sentenza n. 223 del 2018) e non già prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge, alle quali fa invece riferimento l’art. 23 Cost.»<sup>276</sup>. Tale assunto, come si vedrà in appresso, gioca un notevole ruolo sistematico sull’intera tematica delle sanzioni di diritto civile, le quali hanno, ed è opportuno che abbiano, uno statuto costituzionale diverso dalle sanzioni criminali.

In secondo luogo, la Corte chiarisce il significato della valutazione equitativa che nel rimedio in esame il legislatore demanda al giudice.

In breve, nella *sedes materiae* considerata, «l’equità – lungi dall’essere criterio di misurazione di una grandezza predata ovvero parametro di giudizio alternativo alle regole di diritto... – costituisce criterio integrativo di una fattispecie legale consistente – com’è appunto nella norma censurata – in una prestazione patrimoniale imposta in base alla legge. Viene allora in rilievo la riserva (relativa) di legge di cui all’art. 23 Cost., parametro correttamente evocato dal giudice rimettente»<sup>277</sup>.

A questo punto, la Consulta ribadisce il principio generale secondo cui la riserva (relativa) di legge prevista dall’art. 23 Cost. non consente alla fonte primaria di configurare una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza alcuna precisazione, anche generica. Sicché, la fonte primaria deve, normalmente, stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina, richiedendosi in particolare che la concreta entità della prestazione imposta sia *desumibile* dalla legge. La Corte, poi, ricorda come nel tempo vi siano state numerose declaratorie di illegittimità costituzionale di prestazioni imposte senza una sufficiente determinazione dei criteri per la loro quantificazione. Specificando, però, e la precisazione è dirimente, che si trattava di fattispecie di prestazioni varie, essenzialmente di natura tributaria, la cui quantificazione era stata rimessa all’autorità amministrativa.

---

<sup>276</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 3. Si cfr. anche Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, § 4.3., in relazione alla categoria delle c.d. sanzioni “sostanzialmente” penali. La Corte ha ribadito che «nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie... al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall’ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito “l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale”, considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che “tali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi”. La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell’ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a “scelte di politica legislativa in ordine all’efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati” (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio».

<sup>277</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 10. Pertanto, all’interno del sistema civile sostanziale-processuale, la Corte distingue tre diversi significati dell’equità: a) equità per la quantificazione di una grandezza predata (artt. 1223 e 2056 c.c.); b) equità come canone di giudizio (artt. 113, 114 e 822 c.p.c.); c) equità come criterio integrativo della fattispecie legale (art. 96, comma 3, c.p.c.).

«Invece, l'art. 96, assegna al giudice, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, il compito di quantificare la somma da porre a carico della parte soccombente e a favore della parte vittoriosa sulla base di un criterio equitativo. Il legislatore, esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella conformazione degli istituti processuali... ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione (sentenza n. 102 del 2019), può specificare – così come ha già fatto – il precetto legale»<sup>278</sup>.

Il precedente ha uno straordinario impatto sistematico e un sicuro interesse in ottica di diritto comparato.

Anzitutto, si riconosce anche in un sistema di *civil law* quale quello italiano il ruolo (parzialmente) creativo del giudice, contribuendo ad archiviare la narrativa, invero scolastica e sconfessata dal diritto vivente, del giudice mera bocca della legge.

Si ascrive, altresì, ad una particolare specie di equità la funzione integrativa di un precetto legale, cosa che, peraltro, rende la fonte primaria che integri una clausola generale compatibile con la riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.<sup>279</sup>.

Infine, si legittima quell'operazione di rinvenimento interpretativo dei limiti edittali di una sanzione civile – o di parametri in grado di specificare il criterio equitativo puro – sulla base di criteri e parametri già previsti *aliunde* nel sistema e applicabili a condotte simili<sup>280</sup>; con ciò mantenendo, altresì, la doverosa coe-

<sup>278</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, *ibidem*.

<sup>279</sup> Non è, infatti condivisibile, la lettura citata *retro* che predica l'incostituzionalità del criterio equitativo puro. Una decisione secondo equità non è, di per sé, arbitraria. Né il richiamo all'equità viene inteso, nella prassi giudiziaria, come un "assegno in bianco" con licenza illimitata di punire, o di decidere secondo il lancio dei dadi. Non a caso anche le pronunce rese secondo equità sono ricorribili per cassazione per errori *in iudicando*: v. in argomento A. PISANI, *I motivi di ricorso*, in A. TEDOLDI (a cura di), *Le impugnazioni civili*, cit., p. 626. Sembra ancora attuale, sul punto, l'insegnamento di Bobbio il quale osservava come il giudice sia, talvolta, e a tutti gli effetti, una fonte del diritto, se pur subordinata o delegata dal legislatore. «Il che accade quando egli pronuncia un giudizio di equità, nel quale il giudice decide secondo coscienza o in base al proprio sentimento della giustizia. Nell'emanare il giudizio di equità il giudice si configura come fonte di diritto, ma non come fonte principale bensì solo come fonte subordinata, perché egli può emettere un tale giudizio solo se e nella misura in cui è autorizzato dalla legge e comunque mai in contrasto con le disposizioni di legge come accade quando il legislatore si trova di fronte a certe situazioni che egli reputa impossibile o inopportuno disciplinare con norme generali e quindi ne demanda la regolamentazione al potere giudiziario» (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 175).

<sup>280</sup> A ben guardare, trattasi di una soluzione simile a quella adottata dalla Suprema Corte federale degli Stati Uniti nel caso *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Ivi la Corte stabiliva che per determinare proporzionalmente il risarcimento (punitivo) occorre riferirsi a sanzioni civili o penali applicabili a condotte equivalenti nello Stato nel quale vengono riconosciuti i danni punitivi. In altre parole: per trovare un limite ragionevole, guardate ad altre aree dell'or-

renza interna dell'ordinamento, considerando l'unitarietà del medesimo<sup>281</sup>. Con riguardo alla norma *de qua*, la Corte costituzionale osserva che la giurisprudenza di legittimità, rinviando all'equità, suole richiamare il principio di *proporzionalità* secondo le tariffe forensi e quindi la sanzione *ex art. 96*, comma 3, c.p.c. va rapportata alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa<sup>282</sup>.

In ogni caso, giova considerare come già la giurisprudenza di merito, con apprezzabile creatività, avesse individuato una pluralità di criteri idonei a modellare il giudizio equitativo puro entro binari di (tendenziale) prevedibilità della decisione<sup>283</sup>. Sembra appena il caso di rammentare che i moltiplicatori fissi, specie quando siano parametrati a un montante basso come il contributo unificato o le spese di lite, rischiano di frustrare l'effetto deterrente/punitivo della condanna,

---

dinamento, considerandone la complessiva unitarietà. Cfr. D. CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Diritto ed econom. dell'ass.*, p. 479. Trattasi altresì della teorica sostenuta nel presente lavoro per la costruzione di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo deterrente ma non "mostruoso" e arbitrario, e (tendenzialmente) prevedibile (v. *infra* Cap. V).

<sup>281</sup> In teoria del diritto si suole infatti insegnare che il legislatore è un "soggetto" razionale e, pertanto, devono essere esclusi quei significati di un enunciato generatori di norme assurde. V. per tutti R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, 2004, p. 176 ss.

<sup>282</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 10, conclude osservando che «questo criterio, ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, è peraltro coerente e omogeneo rispetto sia a quello originariamente previsto dal quarto comma dell'art. 385 c.p.c. (che contemplava il limite del doppio dei massimi tariffari), sia a quello attualmente stabilito dal primo comma dell'art. 26 c.p.a. (che similmente prevede il limite del doppio delle spese di lite liquidate secondo le tariffe professionali)». La *ratio* di tale considerazione è, evidentemente, il principio di coerenza interna dell'ordinamento.

<sup>283</sup> Fra gli altri, devono essere menzionati: una percentuale dell'ingiusto profitto che la parte intendeva ricavare dal processo (indi, percentuale del *petitum*); i parametri di quantificazione del danno da violazione del diritto alla ragionevole durata del processo; intensità dell'elemento soggettivo e gravità della condotta abusiva, nonché sua incidenza sulla durata del processo; multiplo delle spese processuali, con l'unico limite della ragionevolezza; nonché il criterio equitativo puro in forza del quale non dovrebbero esservi limiti: così Trib. Piacenza, 15 novembre 2011, in *Foro pad.*, 2012, I, c. 336. Sui diversi criteri elaborati dalla giurisprudenza di merito v. per tutti P. NAPPI, sub *art. 96, op. cit.*, p. 1075. Da ultimo, l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano, nell'Edizione 2018 delle note tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale, ha aggiunto una sezione relativa ai criteri orientativi per la liquidazione *ex art. 96 c.p.c.*, comma 3. Dopo l'analisi di un campione di 90 di provvedimenti (provenienti in prevalenza dal distretto milanese), l'Osservatorio ha proposto di determinare l'importo in parola con riferimento al compenso defensionale liquidato in causa; e, segnatamente, di un importo all'incirca pari a tale compenso, riducibile sino alla metà ed aumentabile della metà del compenso, in ragione delle circostanze specifiche dell'abuso. Quanto agli indici di graduazione della liquidazione vengono indicati: il valore della causa, la durata del processo, il numero delle parti vittoriose (abusate da lite temeraria), l'intensità dell'elemento soggettivo dell'abusante, l'affaticamento derivato alla parte abusata a cagione del processo temerario.

potendo la parte forte e temeraria calcolare *ex ante* quando gli convenga instaurare o resistere ad oltranza in un processo<sup>284</sup>. Sicché, il valore della prevedibilità della decisione deve essere prudentemente bilanciato con quello della deterrenza delle condotte illecite<sup>285</sup>.

#### 2.14. L'apparato deterrente e sanzionatorio della legge sulla subfornitura

Come noto, la disciplina della subfornitura nelle attività produttive è stata introdotta dalla l. n. 192/1998. Prima di tale data il rapporto di subfornitura industriale, seppur socialmente tipico, non era riconducibile, nel nostro Paese, ad uno specifico paradigma normativo.

Si tratta di una disciplina di protezione del contraente normalmente “debole”, ossia il subfornitore<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Secondo quello studiato calcolo economico fatto da un soggetto razionale e noto nel diritto contrattuale come *efficient breach*. Il fenomeno, peraltro, è assai risalente: cfr. T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 61, per il quale «già nel processo romano l'accertamento dei *delicta* dava luogo a forme di condanna – e proprio attraverso le strutture del sistema formulare, che era deputato alla tutela degli interessi privati – espresse in un multiplo del danno subito, nonché pure sotto altri aspetti caratterizzati in senso penale (si pensi, per esempio, all'intrasmissibilità dell'azione e alla sanzione accessoria dell'infamia per il condannato). Dunque, da questo punto di vista, si tratta di una forma di condanna molto meno estranea – rispetto a quanto spesso si creda – alle radici della nostra cultura del processo civile». Cfr. anche C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002.

<sup>285</sup> In tale ottica di bilanciamento, è opportuno che le decisioni (e, in particolare, l'entità dei risarcimenti) siano ragionevolmente prevedibili, e non già “calcolabili”. Sul punto v. C. SCOGNAMI-GLIO, *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2017, II, p. 1120 ss. L'esigenza di prevedibilità, inoltre, deve essere bilanciata col bisogno di giustizia che promana dal corpo sociale: cfr. G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, cit., p. 392, “il Presidente Canzio ci ha ricordato la necessaria dialettica tra nomofilachia e inquietudine del giurista e del giudice, che sa di dover rispondere alle nuove esigenze che emergono. Equilibrio difficile: al quale si può pervenire se l'applicazione del diritto è anche *Rechtsfortbildung*, cioè costruzione di un nuovo diritto in continuità con il diritto vigente”.

<sup>286</sup> Cfr. A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003; R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, in *ROPPO-BENEDETTI* (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Milano, 2014, 349 ss.; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; e per un primo commento alla l. n. 192/1998 v. G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449 ss. La *ratio legis* della predetta disciplina potrebbe esserci descritta da una poesia di Trilussa, *La giustizia aggiustata*: «*Giove disse alla Pecora: – Non sai/quanta fatica e quanto fiato sciupi/quando vieni a raccontarmi i guai che hai con i Lupi./È meglio che stai zitta e li sopporti./Hanno torto, lo so, non si discute./ma i Lupi sono tanti e troppo forti/per non aver ragione*» (TRILUSSA, *Poesie scelte*, Milano, 1970). Poiché trattasi, come si vedrà *infra*, di un rapporto connotato *ab origine* da una strutturale asimmetria, le metafore mutuata dal mondo animale (stato di natura in cui, accanto a commendevoli esperienze cooperative, la legge del più forte rappresenta la *grundnorm*) potrebbero moltiplicarsi. Si pensi alla favola di Fedro sul lupo e l'agnello: *superior*

Invero, la legge in commento non sembra aver attirato molto l'attenzione della dottrina civilistica<sup>287</sup>. Essa ha avuto una genesi travagliata, tanto che nelle discussioni parlamentari furono sollevati addirittura dei dubbi di costituzionalità per possibile contrasto con l'art. 41 Cost. A ridosso della sua emanazione fu definita «una legge grave»<sup>288</sup>, ed è stata poco utilizzata nel primo periodo di vita, sia perché trattasi di uno «strumento» poco noto presso il ceto forense, sia, soprattutto, per l'intrinseca posizione di debolezza del subfornitore, che impedisce a costui, in costanza di rapporto, di attivare i rimedi previsti *ex lege*, pena la quasi automatica perdita delle commesse provenienti dalla controparte forte<sup>289</sup>.

---

*stabat lupus et inferior agnus* (FEDRO, Favole, Libro I); o al titolo di un paragrafo di un volume pubblicato da uno dei padri parlamentari della l. n. 192/1998: «*libere volpi in liberi pollai*», in G. TAPPARO, *La subfornitura*, Firenze-Antella, 2000, p. 83 ss., teso a evidenziare l'opportunità di una normativa di protezione per quelle ipotesi connotate strutturalmente da una forte asimmetria contrattuale, ove il principio formale di libertà contrattuale non garantisce, in sostanza, il risultato declamato.

<sup>287</sup> Perlomeno non l'attenzione che di solito viene riservata agli istituti portanti del diritto civile. Si contano, ovviamente, poche ma significative eccezioni; v. per tutti G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., pp. 403 e 603 ss., il quale in un Manuale istituzionale destinato agli studenti del primo anno di giurisprudenza, avverte, opportunamente, che il modello contrattuale fatto proprio dal Codice del '42 (c.d. primo contratto) non è in grado di gestire adeguatamente le complesse dinamiche negoziali tra imprese che danno luogo al c.d. «terzo contratto»: «il legislatore, peraltro, è oggi avvertito delle forte differenza economica che sussiste fra le grandi imprese e quelle medio piccole: da qui l'esigenza di tutelare quest'ultime (che pure non sono, tecnicamente, «consumatori») con un'apposita disciplina sul «contratto di subfornitura»».

<sup>288</sup> G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., 449 ss.

<sup>289</sup> A ciò si aggiunga che la definizione di subfornitura (art. 1. cit.), è stata oggetto, da parte della dottrina, di un ingiustificato tentativo di ridurne l'ambito applicativo che ha irrigidito, contro la lettera e la *ratio* della legge, il requisito della c.d. «dipendenza tecnologica». Invero, tale requisito non è neppure previsto dalla legge, che si limita a richiedere che il flusso informativo-tecnico riguardante la commessa provenga dal committente (secondo il fraseggio legale: progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi). Come osservato da P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 568 «debolezza economica di una parte, utente qualsiasi o imprenditore satellite, collegata posizione dominante e suo abuso spesso si evincono proprio dall'accettazione di condizioni sperequate che sono già di per sé, se non sicura prova, serio indizio di debolezza contrattuale».

La l. n. 192/1998, infatti, non prevede che il subfornitore debba essere privo di qualsiasi competenza o capacità tecnica. Se così fosse (ma non è), nessuna impresa, in quanto dotata di un minimo di competenze, potrebbe mai invocare l'applicabilità di tale disciplina protettiva, che resterebbe, nei fatti, lettera morta, tanto più nel caso di società strutturate. Al contrario, la legge fa espresso riferimento alla possibilità che il subfornitore sia titolare di diritti di privativa industriale o intellettuale (cfr. art. 6, l. n. 192/1998). Tale impostazione trova autorevole conferma in Cass., 25 agosto 2014, n. 18186, la quale esclude l'applicabilità delle norme in tema di subfornitura solamente «*qualora le specifiche tecniche ed il know-how di realizzazione del prodotto o della fase di lavorazione appartengano in via esclusiva al fornitore*». Per un'argomentata e chiara presa di posizione nel senso di conferire alla definizione di subfornitura il significato che le è proprio, fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore, respingendo, quindi, i tentativi di conferire

Tuttavia, dopo circa vent'anni dall'entrata in vigore della legge, la giurisprudenza comincia a consolidarsi, anche grazie a un primo intervento nomofilattico da parte della Corte regolatrice. Similmente, la dottrina ha iniziato a sedimentarsi – riflettendo sia sul portato della legge, sia sulla sua applicazione giurisprudenziale – e i tempi sembrano maturi, quindi, per tentare un ragionamento di ampio respiro che riposi anche sul dialogo tra i diversi formanti dell'ordinamento.

Prima di commentare brevemente la disciplina positiva, soprattutto nei punti di connessione col presente tema, sembra opportuno un sintetico riferimento al contesto strutturale e industriale retrostante la disciplina giuridica *ex l. n. 192/1998*.

Come anticipato, la legge disciplina i rapporti tra imprenditori, o, più esattamente, tra un committente e un subfornitore nell'ambito del c.d. decentramento produttivo. Parliamo di quel fenomeno produttivo che ha visto la luce nella seconda metà del XX sec., un vero e proprio passaggio epocale; si passa dalla produzione fordista, centrata su una rigida catena di montaggio, al modello giapponese della produzione snella (c.d. “*lean production*”). Non più la fabbrica pesante, “grassa”, che produce tutto in casa – con riguardo al caso paradigmatico dell'automobile: dal motore, ai sedili, alla piccola vite, etc. – ma una rete di imprese collegate tramite il contratto; imprese fra loro indipendenti, ciascuna delle quali sopporta un autonomo rischio imprenditoriale<sup>290</sup>, unite da un'impresa che fa da regista, tipicamente il committente che intercetta un determinato mercato e vende ai consumatori il prodotto finito (ad es. l'automobile).

L'art. 1 della l. n. 192/1998 definisce il contratto di subfornitura. Trattasi di una disciplina transtipica, poiché il legislatore non ha introdotto un nuovo tipo contrattuale, bensì una disciplina che si può adattare ai diversi tipi contrattuali di volta in volta adoperati dalle parti: appalto, somministrazione, vendita, etc.<sup>291</sup>.

Con tali necessarie, seppur stringate, premesse ci si può accostare alla definizione di subfornitura data dal legislatore.

Tramite il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa:

---

alla definizione un ristrettissimo significato tale da marginalizzare l'applicazione della disciplina *de qua*, v. anche Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, Selmat Automotive S.p.A. *et alii* c. FCA Italy S.p.A. *et alii*, in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 828 ss., con nota di B. CALABRESE; nonché, indirettamente, Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 254, che avalla l'orientamento giurisprudenziale che estende ai rapporti di subfornitura la responsabilità solidale del committente per i crediti di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore/subfornitore. V. anche F. LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una 'ragionevole interpretazione' della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 101 ss.

<sup>290</sup> In ciò risiede, fra l'altro, la “potenza” del modello industriale basato sul decentramento produttivo, nonché l'insidia più grande per il subfornitore. Infatti, con la leva (“monopolistica”) delle commesse il committente è in grado di controllare il rischio d'impresa del subfornitore, indi l'opportunità di strumenti imperativi di tutela. v. A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 13 ss.

<sup>291</sup> Cfr. G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., § 265, p. 558 ss.



– prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso (*c.d. integrazione produttiva o pertinenza della prestazione al ciclo produttivo del committente*),

– in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente (*flusso informativo-tecnico proveniente dal committente*).

In altre parole, al subfornitore è demandata una *c.d.* produzione dedicata di beni non già destinati genericamente al mercato (non “a catalogo”, in un certo senso), ma prodotti su richiesta e indicazione del committente, per soddisfare una specifica esigenza di questi, e in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche etc. provenienti dal committente. Per riepilogare, quindi, abbiamo un committente che opera in un determinato mercato (ad esempio, tessile, elettronico, automobilistico etc.), il quale decentra alcune fasi della produzione affidando taluni beni in subfornitura, in base alle proprie esigenze e specifiche, con la conseguenza pratica che tali beni, non essendo propriamente fungibili, una volta prodotti non potrebbero essere usati da altri soggetti diversi dal committente (il quale molto spesso detiene i diritti di privativa industriale sui modelli adoperati).

In tal senso è chiarissimo il *leading case* della Cassazione in materia: «la lavorazione [del subfornitore] inter[viene] necessariamente ad un determinato livello (più o meno avanzato) del processo di produzione interno al committente; ed in vista della commercializzazione del prodotto-finito su un mercato che è soltanto di questi, non anche del subfornitore»; inoltre, il requisito della conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche etc. rappresenta «il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico»<sup>292</sup>.

Il contesto economico-produttivo di riferimento brevemente descritto sopra, mostra l’asimmetria negoziale e contrattuale che connota *ab origine* un rapporto di subfornitura.

Infatti, basti considerare che:

*i)* talvolta il committente è l’unica impresa “regista” di un determinato distretto industriale;

---

<sup>292</sup> Cass., 25 agosto 2014, n. 18186, la cui massima recita: «il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale la dipendenza economica del subfornitore si palesa oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio significato, sicché il requisito della “conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”, di cui all’art. 1 della legge 18 giugno 1998, n. 192, si riferisce a tutte le fattispecie ivi descritte, compresa la “lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente”, dato che anche in tal caso la commessa di subfornitura comporta l’inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo proprio del committente».

ii) per converso il subfornitore può trovarsi in regime di monocommittenza, con il committente che controlla, quindi, con la leva delle commesse, l'altrui rischio di impresa;

iii) il subfornitore sovente effettua investimenti specifici per funzionalizzare la propria impresa alle esigenze della controparte, investimenti che non sempre sono facilmente riconvertibili nel breve periodo<sup>293</sup>.

Se ne ricava che la sorte del subfornitore è legata a filo doppio a quella del committente (o meglio alle scelte negoziali di questi), che, tipicamente, ha una forza economica e contrattuale maggiore, anche mercé la sua caratura multinazionale. Giova considerare che la descritta asimmetria non è, per ciò solo, patologica<sup>294</sup>. Tuttavia, essa costituisce il prerequisito tecnico, la condizione necessaria ma non sufficiente dell'abuso. In altre parole, tale asimmetria integra al contempo un requisito e una tentazione per l'abuso da parte del soggetto forte, portato istituzionalmente, peraltro, a massimizzare il profitto che gli possa derivare dalla sua pozione<sup>295</sup>.

Infatti, la descritta asimmetria, prima dell'avvento della l. n. 192/1998, ha determinato empiricamente storture ed abusi che il legislatore ha inteso reprimere tramite una normativa di tutela dell'imprenditore debole che si iscrive nella cornice del c.d. "terzo contratto"<sup>296</sup>.

<sup>293</sup> Cfr. A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 13 ss.

<sup>294</sup> Invero, posta la "naturale" asimmetria di forza contrattuale è necessario dotare i contraenti deboli (almeno quelli in condizione di "minorata difesa") di adeguati strumenti di protezione e reazione contro gli abusi. Il che, a livello di principio, si inverte nell'art. 3 Cost. a mente del quale la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, facendo proprio, quindi, un modello economico (che deve necessariamente riflettersi negli strumenti giuridici di attuazione) basato sulla cooperazione, oltretutto sulla competizione. Si v. ad. esempio la giurisprudenza che, rileggendo i doveri civilistici di correttezza e buona fede nel primo dell'art. 2 Cost., impone al creditore di attivarsi fino al limite dell'apprezzabile sacrificio personale. Con tale lettura costituzionale dei doveri codicistici, la Suprema Corte ha conferito al canone di buona fede «una *vis* normativa e lo [ha] arricchito di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato»; così *ex multis* Cass., 24 settembre 1999, n. 10511.

<sup>295</sup> Sul ruolo della *corporation* nel mondo contemporaneo v. U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1120, il quale osserva, fra l'altro, come «la *corporation* [sia] oggi proprietario forte rispetto al quale anche lo Stato non riesce più a tutelare i propri cittadini e non certo soggetto debole, persona giuridica cui estendere per analogia la tutela dei diritti della persona fisica nei confronti dello Stato».

<sup>296</sup> Sicché, al di là dei rimedi sanzionatori analizzati in questa sede, la l. n. 192/1998, lungi dal rappresentare un'episodica ed "eccentrica" *lex specialis*, integra un apparato normativo di notevole interesse sistematico, forse non ancora studiato approfonditamente, in grado di riverberare in misura significativa sulle regole ordinarie consacrate nel Codice, pensate avendo a mente il modello della (declamata) parità contrattuale, il quale entra necessariamente in crisi quando si rimuova

Venendo alla disciplina introdotta dalla legge in parola in relazione all'oggetto del presente capitolo, osserviamo quanto segue. Le regole *ex l. n. 192/1998* si presentano come speciali e trasversali rispetto a quelle generali dello specifico tipo contrattuale adottato dalle parti. Si realizza così una tutela imperativa della posizione del subfornitore che prevale sulle difformi pattuizioni dei contraenti.

Tale tutela viene realizzata con il ricorso sia alla sanzione per eccellenza di diritto civile (la nullità), sia con delle vere e proprie *pene private*: gli interessi moratori aggravati e la penale per il ritardo qualificato di cui si dirà a breve (che le Sezioni Unite n. 16601/2017 definiscono “*prestazioni sanzionatorie*”).

In primo luogo, si prevede la stipula del contratto in forma scritta *ad essentiam* e, per il caso di nullità del patto per difetto di forma, viene fatto salvo il diritto del subfornitore di ricevere il pagamento delle prestazioni effettuate e ottenere il risarcimento delle spese sostenute in buona fede per l'esecuzione del contratto (art. 2).

In secondo luogo, il legislatore commina la nullità di tutte quelle clausole-trappola che dispongano uno *jus variandi* unilaterale<sup>297</sup>, il recesso senza congruo preavviso, il trasferimento dei diritti di privativa industriale al committente senza congruo corrispettivo (art. 6).

E fin qui siamo nel solco della tradizione civilistica pura, nel “canonico”, per così dire.

Il cuore pulsante della legge, tuttavia, è costituito dall'art. 3. Ivi, con norma imperativa e di applicazione necessaria, si prevedono termini massimi di pagamento, inderogabili *in peius*, di 60 giorni dalla consegna del bene o dalla comunicazione di avvenuta esecuzione della prestazione. A presidio di tale disposizione imperativa, il legislatore dispone un “*sistema sanzionatorio privato*”<sup>298</sup>. Tale sistema si compone in particolare di cinque rimedi, ovverosia:

A) della mora decorrente *ex re*;

---

l'ipotesi della parità formale dei contraenti, sconfessata, peraltro, dalla realtà empirica in un novero crescente di casi e settori. Cfr. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016, p. 123 s., per la quale «il terzo contratto, in particolare, è sinonimo dei contratti asimmetrici tra imprese, in essi vi è un imprenditore che si presenta in condizioni di dipendenza economica e come tale è soggetto debole nei confronti della controparte contrattuale dotata di forza economica soverchiante. (...) Il paradigma del terzo contratto è, pertanto, una dimensione di contrattazione diseguale caratterizzata dall'assenza di consumatori e dalla presenza di imprenditori, quali parte del contratto, in cui appunto è il professionista a sostituire il consumatore nella relazione contrattuale di mercato». Cfr. anche A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., IV, Torino, 2009; e A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018, p. 34, che opportunamente rileva come il subfornitore (soprattutto se in regime di monocommittenza) sia assimilabile, persino in senso formale, alla figura del lavoratore parasubordinato.

<sup>297</sup> Sulle clausole di *jus variandi* in generale v. per tutti G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.

<sup>298</sup> Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 184.

B) di interessi moratori aggravati, in favore del subfornitore, pari ad un tasso base maggiorato dell'8%;

C) del risarcimento del danno ulteriore;

D) di un'ulteriore penale pari al 5% dell'importo dovuto, nel caso di ritardo eccedente 30 giorni il termine di pagamento convenuto o quello massimo *ex lege* previsto;

E) la possibilità di ottenere un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex art. 633 c.p.c.*, a fronte della mancata corresponsione del prezzo nei termini (v. art. 3, comma 4).

Dal combinato disposto dell'apparato rimediale appena citato si evince chiaramente la logica deterrente/sanzionatoria del sistema in commento<sup>299</sup>.

Quest'ultimo esprime, congiuntamente, almeno due delle funzioni fondamentali che le Sezioni Unite del 2017 riconoscono essere nel DNA della responsabilità civile: quella *deterrente* (di valenza generale), che s'esprime *ex ante*, poiché la mera previsione di questo apparato rimediale, col suo carico di male minacciato, unitamente all'accelerazione processuale impressa alla tutela del subfornitore<sup>300</sup>, dovrebbe dissuadere il committente dal violare il precetto imperativo (inverando uno dei fondamenti ancestrali dell'ordinamento giuridico: *ne cives ad arma veniant*); e quella *sanzionatoria* (individuale), che si manifesta *ex post*: per il caso di condotta in violazione del precetto, gli interessi moratori aggravati e la penale *ex art. 3, l. n. 192/1998*, rappresentano un'autentica punizione per il trasgressore, oltre a ristorare il danno da ritardo patito dal subfornitore.

Quindi, nel sistema, in accordo con la dichiarata polifunzionalità della R.C., coesistono armoniosamente entrambe le funzioni, le quali non si annullano a vicenda; semplicemente esse hanno modo di esprimersi in momenti temporali diversi del rapporto negoziale. L'una, quella deterrente, tende a presidiare la fisiologia del rapporto; l'altra, quella sanzionatoria, s'esplica nella patologia di quest'ultimo, quando il proverbiale latte sia irrimediabilmente versato (essendo peraltro arduo che il subfornitore attivi il rimedio in costanza di rapporto, col rischio di perdere le commesse attuali e quelle future derivanti dalla propria, pur scorretta in tesi, controparte leonina).

Inoltre, la marca sanzionatoria del descritto sistema rimediale si evince dalla

---

<sup>299</sup> Tanto che in dottrina gli interessi aggravati e la penale in discorso sono stati definiti, congiuntamente, come «penali di fonte legale»: v. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, p. 73 ss. Infatti, la penale *ex art. 3, l. n. 192/1998*, sembra differire dagli interessi *de quibus* soltanto per il suo carattere unico, ossia per la sua debenza *una tantum*, ove sia integrato il requisito previsto dalla norma (ritardo ulteriore di 30 giorni rispetto al termine convenuto o, comunque, a quello massimo previsto dal legislatore). Per contro, la finalità e la concreta operatività dei due rimedi in parola sembrano coincidere.

<sup>300</sup> *I.e.* la possibilità per il soggetto debole di ottenere di *default* un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo (v. art. 3, comma 4, l. n. 192/1998).

disposizione che fa comunque «salva la prova del danno ulteriore» (art. 3 l. cit.). In pratica, il legislatore ha previsto una tutela base «di tutto rispetto» per il contraente debole<sup>301</sup>, snella, svincolata dall'onere di provare il danno subito, e azionabile rapidamente in via monitoria. Tuttavia, posta tale – significativa – tutela di *default*<sup>302</sup>, il subfornitore potrà comunque ottenere il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore subito a causa del ritardo del committente, secondo le regole ordinarie<sup>303</sup>.

Gli effetti pratici derivanti dalla riferita *ratio* di tutela e dalle funzioni del sistema rimediabile articolato dalla l. n. 192/1998 sono dunque molteplici, e, tra i principali, si devono ricordare i seguenti: *i*) le norme *de quibus* devono considerarsi di applicazione necessaria<sup>304</sup>; e *ii*) nel caso, piuttosto frequente, di cessione

<sup>301</sup> L'espressione è di A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 104.

<sup>302</sup> È interessante sottolineare che in dottrina tali rimedi sono stati accostati senza mezzi termini ai *punitive damages* di matrice nordamericana: cfr. V. CARBONE, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Temi rom.*, I, 1999, p. 700.

<sup>303</sup> Si segnala altresì la previsione di cui all'art. 3, comma 5, l. n. 192/1998: diritto del subfornitore all'adeguamento del prezzo a fronte di modifiche significative e varianti che comportino incrementi dei prezzi. Ove tale diritto venga azionato in giudizio esso sembra concorrere alla integrale riparazione del danno subito dal contraente debole.

<sup>304</sup> La legge in parola sicuramente contiene norme di applicazione necessaria ai sensi degli artt. 17, l. n. 218/1995 (nonché art. 9, par. 1 e 2, Reg. Roma I; e art. 7, par. 2, Conv. Roma 1980). Per conseguenza, le disposizioni della legge sulla subfornitura dovranno essere necessariamente applicate a tutela del subfornitore italiano, essendo irrilevante che la committente sia un'impresa italiana o estera. Infatti, sarebbe fin troppo agevole per la controparte forte eludere la normativa di tutela approntata dalla l. n. 192/1998, e il connesso sistema sanzionatorio che ne presidia l'efficacia, tramite la mera scelta (e conseguente imposizione a controparte) di un diritto straniero che non contempli una simile normativa di protezione come legge applicabile. In forza delle richiamate prescrizioni, il riconoscimento e l'applicazione della legge straniera a un rapporto giuridico trovano un espresso impedimento quando fatti e situazioni del rapporto in questione siano contemplati da norme inderogabili del foro che esigano di essere applicate, indipendentemente dal richiamo al diritto straniero, «in considerazione del loro oggetto o del loro scopo» (art. 17, l. n. 218/1995), cioè tenuto conto «della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno» (art. 9, par. 3, Reg. Roma I, art. 7, par. 1, Conv. Roma 1980). Tra le diverse norme della legge sulla subfornitura sono necessariamente applicabili e inderogabili (*in peius*, ovviamente), nonostante il richiamo di una legge straniera in base alle norme di conflitto: il termine massimo di pagamento di 60 giorni (art. 3, comma 1); il *dies a quo* per il calcolo dei termini; il saggio aggravato degli interessi (art. 3, comma 3, prima frase); la penale *ex lege* per i ritardi superiori a trenta giorni, e la relativa disciplina (termini ed entità: cfr. l'art. 3, comma 3, seconda frase); la disposizione che impone che gli sconti sui prezzi possano essere riconosciuti soltanto a fronte di pagamenti anticipati rispetto alla consegna (art. 3, comma 1); la previsione del diritto del subfornitore ad adeguamenti dei prezzi (art. 3, comma 5); il divieto generale di abuso di dipendenza economica, come delineato ed esemplificato dal legislatore del 1998 e del 2011 e la sanzione di nullità dei patti con cui l'abuso si realizzi (art. 9). Le stesse considerazioni valgono, *ceteris paribus*, per una clausola di scelta del foro (straniero) imposta al subfornitore domestico: v. per tutti S. CARBONE-C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016.

dei crediti di prezzo a società di *factoring*, il credito agli speciali interessi aggravati e penali *ex lege* dovrebbe comunque rimanere in capo al subfornitore<sup>305</sup>.

A suggello del sistema vi è poi il noto art. 9 della l. n. 192/1998 sull'abuso di dipendenza economica, sul quale, per ragioni di spazio, non ci si potrà intrattenere adeguatamente. Sia tuttavia consentito osservare quanto segue.

Sotto la rubrica «*Abuso di dipendenza economica*», l'art. 9 vieta «l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice» (comma 1, primo periodo).

La dipendenza è poi definita come «la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (comma 1, secondo periodo). Inoltre, «la dipendenza è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» (comma 1, terzo periodo)<sup>306</sup>.

Ipotesi tipiche di abuso sono individuate nel «rifiuto di vendere» o «di comprare», nell'«imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», e nell'«interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto» (comma 2)<sup>307</sup>.

<sup>305</sup> Sia consentito un rinvio ad A. PISANI, «*Delitto e castigo*»: appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2019, p. 1047 s., e in part. nt. 38. In generale v. anche M.G. BARATELLA, *ibidem*. Anche perché, a opinare diversamente, il *factor* beneficerebbe di un arricchimento privo di causa.

<sup>306</sup> In punto di alternative di mercato soddisfacenti v. Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 775 ss., con nota di D. ARCIDIACONO. La sentenza in parola ha statuito che la «reale possibilità di alternative soddisfacenti sul mercato deve intendersi... come possibilità *concreta* del ripristino di un regime produttivo tale, quantomeno, da impedire criticità insuperabili». Soddisfacente, insomma, è l'alternativa che consenta all'impresa di rimanere competitiva sul mercato nel caso in cui essa sia costretta al cambiamento di partner commerciale. Quindi non è sufficiente che l'alternativa esista in astratto, dovendosene, invece, verificare la sussistenza concreta nel caso di specie: occorre, cioè, «tener conto anche dell'effettiva situazione di mercato nella quale la condotta potenzialmente abusiva venga a determinarsi». È interessante come la sentenza in commento abbia correlato la verifica delle alternative di mercato, in chiave di verifica della reale possibilità di alternative, al «contesto in cui [il produttore] ha operato la drastica riduzione di ordinativi» nei confronti del subfornitore (sent. cit., p. 782). In presenza di una conclamata situazione di crisi di mercato per il perdurante calo della domanda nel settore di riferimento, infatti, il giudice ha ritenuto non essere «concretamente possibile per [il subfornitore] reperire un'alternativa soddisfacente, considerato che le capacità produttive generali sopravanzavano largamente la domanda di simili beni, venuta drasticamente meno». Infine, il fattore più rilevante da considerare nella verifica delle alternative è «il tempo messo a disposizione per la riconversione» (*ibidem*). Cfr. altresì Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, § 18, 230 ss., cit. In relazione alla dipendenza economica derivante anche dai costi di riconversione (c.d. *switching cost*) e dai costi per investimenti specifici (c.d. *asset specificity*), cfr. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016, 128 ss.

<sup>307</sup> Si precisa, inoltre, che destinataria della disciplina in materia di abuso di dipendenza econo-

I rimedi civili espressamente previsti sono: la *nullità* del «patto attraverso il quale si realizzi l'abuso», le *inibitorie* e il *risarcimento* dei danni; competente è il giudice ordinario secondo le regole generali (comma 3)<sup>308</sup>.

Tuttavia, viene da domandarsi cosa sia la dipendenza economica da un punto di vista empirico. Essa integra uno stato di fatto che distorce l'ideale posizione di pari libertà negoziale delle parti di una relazione commerciale già in essere o potenziale, trasformando la libertà dell'una in un potere di imposizione all'altra delle proprie scelte e quella dell'altra in una mera soggezione a tali decisioni, senza possibilità di reale negoziazione basata sulle rispettive posizioni di interesse<sup>309</sup>.

L'illecito si produce allorché la disparità di forze si traduce in scelte della parte dominante che, seppur lecite in un contesto di equilibrio e in assenza di altri vizi, *i*) avvantaggiano soltanto o sproporzionatamente tale parte; oppure *ii*) nuocciono all'altra senza alcuna contropartita o obiettiva giustificazione<sup>310</sup>.

---

mica è l'impresa quale unità economica complessivamente intesa, vale a dire in consonanza con l'accezione, mutuata dal diritto della concorrenza (UE e nazionale), che travalica la formale separazione tra singole società appartenenti a un medesimo gruppo, sulle quali si riverberano gli effetti delle condotte abusive accertate: cfr. Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, § 18.2.3., p. 233 ss., cit.

<sup>308</sup> Sul versante amministrativo la competenza è, invece, attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in relazione alle fattispecie di dipendenza economica nelle quali essa «ravvisi» una «rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato» (comma 3 *bis*, primo periodo). Di notevole interesse è poi la ulteriore prescrizione tesa reprimere la violazione «diffusa e reiterata» della normativa in materia di ritardi nei pagamenti commerciali (*ex d.lgs. n. 231/2002*), posta in essere, in particolare, ai danni delle imprese piccole e medie: in tali casi l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica (comma 3 *bis*, secondo periodo). Invero, si tratta di una cooperazione virtuosa tra *private* e *public enforcement*. Inoltre, il c.d. *Statuto delle imprese* prevede rimedi collettivi, esercitabili dalle associazioni imprenditoriali di categoria in sede civile (v. artt. 4 e 10, comma 3, l. n. 180/2011).

<sup>309</sup> È appena il caso di precisare che la legge proibisce gli abusi della dipendenza economica, non la dipendenza stessa. V. per tutti P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004; F. ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012; A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, cit., *passim*; M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, cit., 129 ss., ed ivi bibliografia; per tale A. «in sostanza, la dipendenza economica viene correlata al c.d. potere di estorsione o ricatto, così come il rischio da incastro da investimenti specifici (c.d. *lock in*), fenomeno che viene definito di dominanza relativa, «poiché una delle parti contraenti è in grado, con il proprio comportamento di influire sulla permanenza della controparte nel mercato, esauendo, tuttavia, la propria egemonia nell'ambito di un singolo rapporto contrattuale...». Per la quantificazione del danno *ex art. 9, l. n. 192/1998*, la dottrina suole rinviare ai criteri elaborati in ambito *antitrust*; per una panoramica su tali criteri v. A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005. La giurisprudenza non sempre dimostra di fare un corretto governo dei criteri di determinazione del danno: cfr. Trib. Milano, Sez. Impresa, 21 luglio 2020, Rel. Simonetti, in banca dati *Dejure*: nella pronuncia – ove, peraltro, si esclude in maniera apodittica il ricorso al criterio equitativo *ex art. 1226 c.c.* – dopo aver accertato la condotta abusiva (un vero e proprio caso di scuola), non si liquida un centesimo a titolo di danno sulla base della, disputabile, considerazione che l'impresa abusata, negli anni *sub iudice*, era in perdita.

<sup>310</sup> In altre parole, la funzione del divieto di abuso di dipendenza economica è quella di im-

Giova infine sottolineare come la giurisprudenza abbia emancipato tale fattispecie dal contesto settoriale della subfornitura ritenendola applicabile a qualsiasi rapporto tra imprese, giacché essa rappresenta una peculiare declinazione dei generali doveri di correttezza e buona fede, letti nel prisma dell'art. 2 Cost., nonché della categoria generale di divieto di abuso del diritto<sup>311</sup>.

## 2.15. *L'astreinte italiana e la dissociazione tra i formanti dell'ordinamento*

Fino all'anno 2009 nell'ordinamento italiano mancava uno strumento che consentisse, in via generale, l'esecuzione indiretta, soprattutto per tutelare in via esecutiva i diritti e le prestazioni infungibili. Tale mancanza aveva portato la dottrina a parlare di un vero e proprio *vuoto di tutela* in relazione alle obbligazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro<sup>312</sup>.

Già negli anni '70, per colmare tale vuoto di tutela la dottrina proponeva di ricorrere a due rimedi penali, fino a quel momento dormienti nella «cassetta degli attrezzi» del giurista, ossia gli artt. 388 e 650 c.p. che presidiano l'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, per restituire in qualche modo efficacia ai provvedimenti civili<sup>313</sup>.

---

porre all'impresa dominante di tener conto, nell'attuazione delle proprie strategie imprenditoriali, della posizione competitiva dell'impresa dipendente, evitando di porre a carico di quest'ultima sacrifici sproporzionati o discriminatori. Cfr. A. BARBA, *op. cit.*, p. 31 ss. L'esperienza insegna, poi, che l'abuso, e le violazioni della l. n. 192/1998, vengono denunciati, in genere, dopo che i rapporti fra le parti si sono definitivamente compromessi, giacché la commessa (quand'anche «avvelenata») rappresenta un forte disincentivo, per la parte debole, ad azionare i propri diritti. Tale considerazione richiede la possibilità di esperire un ricorso rapido, di ricevere una tutela immediata e a contenuto reintegrativo specifico, assistita da misure coercitive pronte e idonee non solo a «ristorare» la vittima dell'abuso dal danno subito, ma anche a dissuadere le condotte renitenti dell'autore dell'illecito e l'eventuale reiterazione delle condotte nei confronti di altre, future vittime.

<sup>311</sup> V. Cass., 4 novembre 2015, n. 22584; Trib. Milano 17 giugno 2016, *Attrakt c. Google*, in *Leggid'Italia*; e Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, § 18, 230 ss., cit.

<sup>312</sup> V. per tutti C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, anche per cenni comparativi alle *astreintes* (di diritto francese), al rimedio del *Geldstrafe* (di diritto tedesco), nonché agli strumenti della *specific performance* e della *contempt of court* (in auge nei sistemi di *common law*). Cfr. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; con riguardo all'ordinamento francese v. R. PERROT-P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2013, e G. CORNU, voce *Astreinte*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, 2005. Un precedente storico nel nostro ordinamento, sebbene con oggetto assai limitato, è costituito dall'art. 170 del c.p.c. del 1865, che prevedeva la possibilità di condannare il procuratore che non avesse restituito i documenti alla cancelleria entro il termine stabilito «al pagamento di lire cinque, a titolo di danni, per ciascun giorno di ritardo». La funzione compulsoria di tale disposizione sembra evidente.

<sup>313</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, II, p. 1165 ss. Ivi l'A., analizzando la struttura e la funzione della misura coercitiva indiretta, sulla falsariga del Carnelutti, la definiva come un «inasprimento della sanzione contro l'obbligato», la



Dopo molti anni di dibattiti e di proposte arenatesi, il legislatore italiano inseriva un nuovo articolo, il 614 *bis*, nel Libro Terzo (*Del processo di esecuzione*), titolo quarto (*Dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e non fare*), del codice di rito. Ovverossia, una misura coercitiva indiretta o penalità di mora, c.d. *astreinte*: «la tecnica della sanzione civile di cui è beneficiario l'avente diritto»<sup>314</sup>.

Come noto, la prima versione della misura era limitata all'attuazione degli obblighi di fare o non fare infungibili, in ragione della ritrosia del legislatore ad estendere la misura coercitiva indiretta a casi in cui fosse possibile la soddisfazione coattiva del diritto attraverso gli organi della procedura esecutiva<sup>315</sup>. Tuttavia, la l. n. 132/2015 (di conversione del d.l. n. 83/2015) ha esteso e dilatato l'ambito applicativo delle misure coercitive indirette a tutti gli obblighi diversi dal pagamento di somme di danaro<sup>316</sup>, introducendo un nuovo «Titolo IV *bis*» nel Libro Terzo del c.p.c. («*Delle misure di coercizione indiretta*»). Pertanto, anche gli obblighi di fare interamente fungibili, così come le obbligazioni di rilasciare e consegnare possono ora essere assistiti da *astreintes*<sup>317</sup>.

Il rimedio compulsorio è strutturato nel modo seguente:

A) è necessaria l'istanza di parte;

B) il giudice deve operare il filtro della c.d. «non manifesta iniquità»: tale filtro è fondamentale; si pensi al caso in cui il debitore non possa eseguire spontaneamente la prestazione per cause indipendenti dalla propria volontà, o quando sul tappeto vi siano interessi contrapposti di diverso rango costituzionale, ad esempio una prestazione strettamente personale di un artista *versus* un interesse meramente patrimoniale della controparte: in casi simili, il filtro opera come presidio della libertà di autodeterminazione del singolo;

---

minaccia di una lesione del suo interesse più grave della lesione cagionata dall'adempimento; anzi, poche righe più avanti l'A. parlava di natura ibrida delle pene pecuniarie private, che «attribuisce a queste misure un carattere penale, sia pure attenuato».

<sup>314</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2021, p. 240 ss. Ivi l'A. svolge una fondata critica alla collocazione sistematica della norma, la quale taglierebbe fuori dalla tutela esecutiva indiretta ogni titolo esecutivo diverso da un provvedimento di condanna.

<sup>315</sup> Cfr. C. CONSOLO-F. GODIO, in CONSOLO (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, *sub art. 614 bis*, Milano, 2013, 2554. Parla di «tradizionali cautele dei commentatori, rifluite nei limiti normativi (e non ontologici) dell'esecuzione indiretta», B. CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2011, p. 191 ss.

<sup>316</sup> Obblighi, questi, assistiti dal nuovo tasso aggravato degli «interessi giudiziari», esattamente pari a quello per le transazioni commerciali, ai sensi del novellato art. 1284 c.c. Cfr. A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. 83/2015... in attesa della prossima puntata ...*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 180.

<sup>317</sup> Nondimeno, ed a prescindere dall'importante estensione in parola, la giovane *astreinte* italiana non sembra aver avuto, sinora, una significativa applicazione. I repertori di giurisprudenza danno atto di un utilizzo estremamente parco da parte del diritto vivente dell'istituto in parola. Cfr. C. CONSOLO-F. GODIO, in CONSOLO (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, *sub art. 614 bis*, cit., p. 2553 ss.

C) soltanto a valle di tali valutazioni, il giudice può fissare la somma dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza, ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il giudice nella determinazione del *quantum* deve poi attenersi ai seguenti parametri: il *valore della controversia*, la *natura della prestazione*, il *danno* quantificato o *prevedibile*, ogni *altra circostanza utile*.

Appare evidente che l'obiettivo del legislatore della novella sia immediatamente quello di rafforzare l'efficacia dei provvedimenti di condanna e mediamente quello di rafforzare le obbligazioni contrattuali, la cui crisi era già stata denunciata eloquentemente svariati decenni fa dal Carnelutti<sup>318</sup>.

Se questo è vero, l'inclusione dell'*astreinte* nel novero delle fattispecie che danno «un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento», operata dalle Sezioni Unite con lo storico *revirement* del 2017, è senz'altro appropriata. Anzi, il caso dell'*astreinte* rappresenta un chiaro esempio sia di fattispecie sanzionatoria presente nel sistema<sup>319</sup>, sia di una peculiare dissociazione tra i formanti dell'ordinamento di cui si dirà in prosieguo.

Da un lato, infatti, non si può negare che l'*astreinte* abbia una funzione “anfibia” deterrente/sanzionatoria. Essa integra «una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, accessoria ad un provvedimento di condanna e volta ad incentivarne l'adempimento spontaneo immediato e/o a scoraggiare il proseguire della inobbedienza, attraverso la prospettazione all'obbligato-condannato di una possibile e sovente crescente nel tempo diminuzione del suo patrimonio (*id est*: di una “sanzione” pecuniaria civile che questi sarà tenuto a pagare) per il caso di suo protratto inadempimento. Si tratta dunque di una misura diretta a vincere la resistenza del debitore “recalcitrante” inducendolo ad adempiere alla propria obbligazione»<sup>320</sup>.

In altre parole, si tratta di una sanzione minacciata che si inverte in misura proporzionale all'inerzia del debitore condannato.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è espressa nello stesso senso poiché «l'*astreinte*, se mira a convincere all'adempimento, *ex post* funziona anche come sanzione per il suo contrario»<sup>321</sup>.

<sup>318</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006, p. 226.

<sup>319</sup> Che insieme alle altre numerose fattispecie riepilogate al § 2.12., per usare le parole delle Sezioni Unite del 2017, «denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti».

<sup>320</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *op. ult. cit.*, p. 2554. Compatta la dottrina nel definire l'istituto in parola sanzione civile: cfr. F.P. LUIO, *op. ult. cit.*, p. 240; S. CHIARLONI, voce *Misure coercitive [dir. proc. civ.]*, in *Enc. Treccani*, versione *online*, 2013; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2021, p. 206.

<sup>321</sup> Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1894, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*

Invero, è proprio il portato sanzionatorio del rimedio, col suo carico di male minacciato, a fungere da idoneo pungolo per l'adempimento spontaneo (sebbene coartato). La definizione dell'istituto come penalità di mora evoca a colpo d'occhio la schietta *ratio* della norma *ex art. 614 bis c.p.c.* Tant'è che in giurisprudenza si rinvengono taluni arresti in cui la misura viene qualificata semplicemente come "penale"<sup>322</sup>. E la figura di *astreinte* gemella prevista per il giudizio di ottemperanza amministrativo è definita dallo stesso legislatore come "penalità di mora" (art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.).

Ne discende l'opportunità di considerare l'*astreinte* di diritto comune – nel campo contrattuale – come una penale giudiziale (o "istituzionale", se si preferisce) in grado di rinsaldare il vincolo negoziale e di ridare respiro all'obbligazione, la cui crisi sembra acuirsi nel contesto economico-giuridico multinazionale, ove sovente accade di sacrificare la tenuta dei patti sull'altare dell'"efficienza" (di parte), considerata nel breve-medio periodo<sup>323</sup>.

Penale "istituzionale", dicevamo, anche perché in gioco non v'è solo l'interesse privato della parte vittoriosa (art. 24 Cost.), che peraltro coincide con l'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari. Sono altresì coinvolti fondamentali principî d'indole costituzionale, come il giusto processo civile «inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica»<sup>324</sup>.

Il risalto dato dalla Suprema Corte all'attuazione effettiva di una situazione di vantaggio mediante il processo si riannoda con un'insopprimibile tensione delle obbligazioni all'esecuzione in forma specifica, soprattutto per quanto riguarda gli obblighi di fare.

Si può convenire sul fatto che ricevere (auspicabilmente in tempi rapidi) l'esatta prestazione dedotta in contratto, proprio dalla controparte obbligata, è

<sup>322</sup> Ad esempio in Trib. Milano, Sez. Impresa, 25 maggio 2015, caso *Uber*, in *DeJure*. Ivi il giudice definisce la misura coercitiva in parola *expressis verbis* come penale e condanna, in dispositivo, la parte soccombente a corrispondere una somma «a titolo di penale». Certo, la clausola penale (*ex art. 1382 ss. c.c.*) ha evidentemente una finalità risarcitoria che l'*astreinte* non possiede, cumulandosi quest'ultima al risarcimento in misura secca. Tuttavia, vi sono nel nostro diritto positivo talune penali *ex lege* che, similmente all'*astreinte*, si cumulano al risarcimento del danno, onde esprimere un *quid* di sanzione e deterrenza ulteriori. Basti pensare alla penale fissata dall'art. 3, comma 3, l. n. 192/1998 analizzata nel par. precedente, o ad alcune sanzioni civili – che operano come penali giudiziali – come quella prevista dall'art. 18, ult. comma, dello Statuto dei lavoratori o dall'art. 124, comma 2, c.p.i.

<sup>323</sup> Cfr. R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992. Cfr. pure R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 321 s. Per la logica giuridico-economica estrattiva tipica della *corporation* contemporanea cfr. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1120 ss.

<sup>324</sup> Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, *cit.* Ivi la Suprema Corte esprime tali considerazioni in riferimento all'*astreinte* belga, la quale viene dichiarata *de plano* compatibile con l'ordine pubblico italiano e, si noti, a prescindere dalla introduzione nel nostro ordinamento dell'omologo istituto.

assai più desiderabile che ricevere (forse) l'equivalente monetario della medesima oppure la prestazione mediante surrogazione dell'ufficio esecutivo, con le ulteriori dilazioni che ciò comporta. Tale semplice considerazione si associa al principio cardine di effettività della tutela<sup>325</sup>.

E ciò con riguardo alle funzioni assolvibili dal rimedio.

Dall'altro lato, nella prima giurisprudenza che si è formata in materia sembrerebbe che la nozione, la struttura e la finalità dell'*astreinte* siano offuscate da un'interpretazione riduttiva e tralattizia, tale da relegare il rimedio in parola all'inefficacia e a una vita "libresca".

Ora, le Sezioni Unite n. 16601/2017 parlano di «necessaria intermediazione legislativa», in Italia, per poter introdurre un risarcimento punitivo o, al di là del *nomen juris* adoperato, per superare l'asticella della riparazione integrale. Nel caso dell'*astreinte*, evidentemente, l'intermediazione legislativa c'è stata.

Ciononostante, guardando i repertori di giurisprudenza si osserva un uso assai parco di questa misura<sup>326</sup>. Tale ostracismo desta stupore nell'interprete, attesa la domanda di effettività giuridica che viene dai consociati e le notevoli potenzialità dell'istituto in parola di soddisfare tale domanda.

Non sembra una forzatura parlare di una vera e propria dissociazione tra i formanti dell'ordinamento. Se il legislatore in tale ambito ha superato apertamente il dogma della riparazione integrale, la giurisprudenza sembra ancora tiranneggiata dallo spettro di esso. Occorre qualche parola a chiarimento.

Il formante legislativo, con la norma *ex art. 614 bis c.p.c.*, ha abbandonato

---

<sup>325</sup> La dottrina riconosce che «l'*optimum* dell'attività esecutiva sta nell'attuare il diritto nella sua identità specifica: come, ad es., la consegna o il rilascio proprio di quella certa cosa (art. 2930 c.c.) o il compimento proprio di quella certa attività, ecc.». Così C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, op. ult. cit.*, p. 12 s. Si consideri inoltre che vi sono taluni danni, la cui produzione può essere evitata solo dal debitore. E che peraltro sono insuscettibili di essere adeguatamente ristorati per equivalente. Esempio ne sia il danno da perdita di quote di mercato: in ambito industrialistico la giurisprudenza concede sovente la tutela cautelare, sulla considerazione che, *ex post*, in sede di merito, sarebbe quasi impossibile sia la riduzione in pristino, sia un'esatta quantificazione dei danni patiti; cfr. Trib. Roma, 24 ottobre 2013; e Trib. Roma, 17 marzo 2006, entrambe in *DeJure*.

<sup>326</sup> Infatti, dalle banche dati risulta che dal 2009 ad oggi i provvedimenti che hanno concesso l'*astreinte* sono un numero modesto. Per autorevole dottrina tale scarso risultato dipenderebbe dalla formulazione legislativa della norma: lacunosa e tale da infirmare le potenzialità dell'istituto; così C. CONSOLO-F. GODIO, *op. ult. cit.*, p. 2554. Al condivisibile rilievo ci sembra di poter aggiungere un ulteriore elemento, forse meno evidente, un crittotipo che alberga sia nelle pieghe dell'ordinamento che, soprattutto, nella testa degli interpreti: facciamo riferimento all'estrema cautela con cui ci si accosta a qualsivoglia pena privata, alle sanzioni di diritto civile. Cfr. B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, p. 569 ss., che identifica anche taluni vizi nella costruzione legislativa del rimedio; U. COREA, *Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare*, in *Judicium*, 2017, p. 377 ss.; Trib. Monza, 11 febbraio 2016, n. 1461, in *Corr. giur.*, 2017, 1419 ss., con nota di A. PISANI, *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreinte all'italiana*.

quella risalente cautela e ritrosia che circondava l'*astreinte*, evocata dal brocardo latino *nemo ad factum praecise cogi potest*, ritenendo le remore tradizionali ormai anacronistiche. Tuttavia, il diritto (vivente) non muta con il tratto di penna del legislatore. E infatti la giurisprudenza sembra essere, ancor oggi, quasi tiranneggiata dalla teorica della riparazione integrale. Nella *law in action*, espressa dai provvedimenti che negano il richiesto rimedio dell'*astreinte*, si può leggere la paura dei giudici di beneficiare la parte vittoriosa di un ingiustificato arricchimento (cfr. § 1.2.A). Non si discute che trattasi effettivamente di un arricchimento: da un punto di vista sostanziale si verifica un trasferimento di ricchezza da A a B. Cionondimeno, viene da chiedersi se tale arricchimento sia *ingiusto* nel caso dell'*astreinte*.

È il caso di ricordare che il rimedio è passato attraverso l'intermediazione legislativa: un vaglio generale e astratto compiuto *ex ante* sulla giustizia del rimedio. Il legislatore dice no, l'arricchimento della parte vittoriosa, direttamente proporzionale all'altrui inadempimento, non è ingiusto. Inoltre, c'è una valutazione fatta dal giudice nel singolo caso, operato il filtro della «non manifesta iniquità»: una seconda valutazione, questa volta *ex post*, sulla giustizia del rimedio nel caso concreto, e quindi dell'arricchimento in parola. Per tali motivi risulta arduo predicare l'ingiustizia di tale trasferimento patrimoniale. A opinare contrariamente, si dovrebbe sostenere che lo Stato beneficia di un ingiustificato arricchimento ogni qualvolta riscuota una sanzione, una multa, un'ammenda. Anche in tali casi, da un punto di vista giuseconomico, si verifica un trasferimento patrimoniale che, però, difficilmente potrebbe essere definito come "*windfall*". In definitiva, da un lato, la fonte che genera l'arricchimento del privato è legislativa: si elide in radice la possibilità di parlare di ingiustizia del medesimo; dall'altro lato, la percezione del vantaggio opera come incentivo che muove all'azione (v. Cap. I, § 1.11.E). Pertanto, è auspicabile che lo storico *overruling* delle Sezioni Unite del 2017, evocando schiettamente i concetti di polifunzionalità della R.C., di deterrenza e sanzione possa dare nuova linfa alle *astreintes*, contribuendo al rafforzamento di una lettura espansiva di tali necessari rimedi.

## 2.16. *Il risarcimento del danno ambientale: tra punizione e risarcimento in forma specifica.*

Tale fattispecie, sebbene sia stata recentemente ricondotta dal legislatore europeo ad un paradigma essenzialmente riparatorio, s'impone all'attenzione in questa sede per una pluralità di ragioni.

Anzitutto, l'art. 18, l. n. 349/1986 ha rappresentato uno dei primi indici normativi recenti a considerare, unitariamente, la *gravità della colpa* individuale, il *profitto conseguito* dal trasgressore, nonché il *costo necessario per il ripristino*

della risorsa ambientale danneggiata al fine della quantificazione del risarcimento. Al di là dell'abrogazione espressa di tale norma, i criteri ivi previsti possono contribuire ad orientare l'interprete nell'ambito della valutazione equitativa: sia quando l'equità rappresenti il parametro di quantificazione di una grandezza predata, sia quando essa sia prevista in funzione integrativa di un precetto legale, secondo la sistemazione cui s'è fatto cenno. Infatti, sembra utile precisare che la norma citata, seppure espunta dall'ordinamento positivo, continua ad avere un notevole valore euristico, e in parte prescrittivo, come si vedrà innanzi. Non a caso usiamo ancor oggi le norme dei codici abrogati per comprendere meglio e ricostruire l'esatto portato del diritto vigente, che non è mai fatto di sole norme positive<sup>327</sup>.

L'evoluzione della fattispecie rappresenta inoltre la cartina al tornasole delle mobili frontiere del risarcimento del danno e dell'andamento sinusoidale della R.C. di cui s'è dato conto nel primo capitolo di questo lavoro. Nel torno di un trentennio si è assistito infatti al passaggio da un paradigma schiettamente sanzionatorio (scelto dal legislatore nazionale), ad uno principalmente riparatorio (voluto dal legislatore UE)<sup>328</sup>. Con la giurisprudenza nazionale che, però, sembra "ri-sumare" i criteri della vecchia norma per riempire di significato i margini interpretativi lasciati dalla – invero non limpida<sup>329</sup> – nuova normativa eurounitaria.

Infine, il rimedio ultra-compensativo che si intende proporre con questo lavoro sembra uno strumento particolarmente utile ed efficace per il contrasto dell'inquinamento delle acque, del suolo e dell'atmosfera e la prevenzione del riscaldamento e dell'inquinamento climatico, anche alla luce della rinnovata e indifferibile attenzione maturata per la preservazione degli equilibri ecologici del pianeta – considerando le peculiari caratteristiche dei beni ambientali<sup>330</sup>. In

---

<sup>327</sup> Come dimostrato dai maestri del diritto comparato, infatti, spesso una norma abrogata continua a rappresentare la regola di fatto applicata dai giuristi – magari sotto forma di crittotipo – anche quando la sentenza dichiara di fondarsi sulla nuova regola formalmente vigente. Cfr. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 7 ss.; R. SACCO, *La massima mentitoria*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 51 ss. V. anche P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 58 ss.

<sup>328</sup> Per una critica al rimedio inibitorio, ritenuto tradizionalmente l'unico in grado di tutelare interessi non patrimoniali (ambiente, salute etc.), cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 332. L'A. osserva come la tutela inibitoria, lungi dal contenere una regola di *inalienability*, altro non è che una regola proprietaria di cui le parti possono disporre dopo una trattativa. «Ciò significa che, qualora l'immittente valuti il diritto di inquinare più di quanto il proprietario limitrofo valuti il proprio fondo, ci sarà ampio spazio per il negoziato. Nell'ambito di un giuoco cooperativo, in cui entrambe le parti hanno da guadagnare, il diritto ad inquinare verrà comprato, con buona pace dei bambini che frequentano il vicino parco».

<sup>329</sup> Limpidezza che manca sia nella formulazione testuale, sia nell'approccio risarcitorio scelto che non sembra riconciliarsi appieno con gli obiettivi declamati. Inoltre, la Direttiva 2004/35/CE ha inevitabilmente comportato, per i sistemi giuridici UE, una *reductio ad unum* dei modelli di reazione al danno ambientale, con la perdita di varietà rimediale.

<sup>330</sup> Tanto a livello delle Nazioni Unite, dell'Unione Europea, di Governi nazionali, imprese virtuose, comitati di cittadini, associazioni *no profit* come il Forum per la Finanza Sostenibile. Il tema

un'epoca di rapidissimi e, apparentemente, inarrestabili cambiamenti tecnologici, che spiegano un impatto vieppiù pervasivo sugli individui e sull'ecosistema, il giurista infatti deve contribuire, col suo sapere e voce critica, a governare l'innovazione in una direzione di sostenibilità, sociale ed ambientale. Nell'interesse dei viventi di oggi e delle generazioni future<sup>331</sup>.

Ma andiamo alla struttura della fattispecie.

L'art. 18 della l. n. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente e del primo regime di R.C. speciale per la tutela ambientale, delineava così la fattispecie di danno:

«qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso ar-

è ormai davvero ineludibile e finalmente nella cronaca quotidiana cominciano ad affermarsi parole d'ordine come *Global Green New Deal*. Cfr. U. MATTEI-A. QUARTA, *Punto di svolta*, Sansepolcro, 2018, p. 19, che rilevano come l'Antropocene abbia generato una grave minaccia per la stessa sopravvivenza della civiltà umana sul nostro pianeta. È ormai dimostrato scientificamente che l'impronta ecologica degli esseri umani sulla Terra ha raggiunto il record assoluto di 1,5, il che significa che, a tacere dei fenomeni di inquinamento, la nostra specie consuma ogni anno una quantità di risorse che supera della metà la capacità "fisiologica" del pianeta di rigenerarle. V. anche R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA-M.A. SANDULLI, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, Milano, 2014, p. 67 ss.; A. LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 83 ss. e 105 ss.; L. FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990; nonché le raffinate riflessioni di D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003; ID., *L'Autonomie scientifique du droit de l'environnement. Réflexions de droit comparé*, in AA.VV., *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, 2007, p. 3 ss.; ID., *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019, p. 1 ss., per gli interessanti profili del costituzionalismo ambientale contemporaneo e la nuova centralità data ai valori ambientali.

<sup>331</sup> Nella cornice dell'innovazione scientifica e tecnologica, occorre dunque studiare e promuovere le soluzioni giuridiche sostenibili ed ecologiche. Più in generale, v'è l'esigenza di diffondere una vera e propria cultura giuridica della sostenibilità, tramite la promozione, *ceteris paribus*, di norme generative, anziché meramente estrattive. Cfr. per tutti U. MATTEI-A. QUARTA, *op. cit.*, *passim*; e S. FANETTI, *Ambiente e beni comuni*, Milano, 2019. Come noto, un ruolo decisivo è oggi svolto dal c.d. principio di precauzione che si può compendiare nell'idea base per cui «for any perceived risk posed by a technology, means must be found to effectively mitigate those risks before the technology is pursued or implemented» (così G.E. MARCHANT-W. WALLACH (edited by), *Emerging technologies: Ethics, Law and Governance*, Oxon-New York, 2017, p. 8, ed ivi in generale sul principio di precauzione applicato alle nuove tecnologie). Il *precautionary principle* trova infatti un autorevole riconoscimento a livello di fonte primaria nell'art. 191(2) TFUE, ivi previsto in materia ambientale, e poi elevato a principio generale e trasversale almeno a far data dal *leading case* Trib., 26 novembre 2002, *Artegodan c. Commissione*, T-74/00, EU:T:2002, § 183, ove è stato affermato che il principio di precauzione «is intended to be applied in order to ensure a high level of protection of health, consumer safety and the environment in all the Community's spheres of activity». Un significativo banco di prova per il principio di precauzione e i relativi risvolti di R.C. è dato dalla realtà degli OGM, sui quali, in generale, cfr. A. RINELLA-C. PUNGITORE, *Organismi Geneticamente Modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*, Bologna, 2015.

recando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato. (...).

Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali».

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie qualificavano la fattispecie, senza mezzi termini, come risarcimento punitivo<sup>332</sup>. Qualificazione appropriata, in relazione alla struttura del paradigma ultra-compensativo studiata nel presente capitolo.

Senonché, con il c.d. Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152/2006 – v. in particolare art. 298 *bis* ss.), il legislatore ha riscritto per intero la materia del danno ambientale recependo quasi pedissequamente la Direttiva 2004/35/CE<sup>333</sup>. Nel nuovo *corpus* normativo è stato invero accantonato il modello centrato sul risarcimento per equivalente (deterrente/sanzionatorio), in favore di un *modello ripristinatorio puro*; mantenendosi, tuttavia, il rimedio del risarcimento per equivalente come ipotesi residuale (cfr. art. 311, comma 1, cod. amb.).

Attualmente, pertanto, il danneggiante viene condannato di *default* al ripristino dello stato dei luoghi (c.d. riparazione primaria)<sup>334</sup>. Ove tale operazione risulti impossibile, egli dovrà riportare l'ambiente compromesso ad una condizione quanto meno analoga a quella preesistente (c.d. riparazione complementare).

Solamente qualora il *perpetrator* non ponga in essere tali misure ripristinatorie, o lo faccia in maniera incompleta o difforme dalle prescrizioni amministrative, potrà essere condannato al pagamento del risarcimento: *i.e.* una somma che non copre il danno prodotto, ma esclusivamente i costi delle attività necessarie per implementare correttamente le citate riparazioni (art. 311, comma 2, cod. amb.)<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> V. per tutti P. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in PARDOLESI (a cura di), *Seminari di Diritto privato comparato*, Bari, 2011, p. 83 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, p. 16 ss.; Cass., Sez. I, 1° settembre 1995, n. 9211.

<sup>333</sup> Offrono una significativa prospettiva comparata del danno ambientale B. POZZO-V. JACOMETTI (edited by), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, Cambridge, 2021. Discute della necessità di un approccio interdisciplinare B. POZZO, *La responsabilità ambientale e l'apporto delle scienze sociali*, in M. GRAZIADEI-M. SERIO (a cura di), *Regolare la complessità*, cit., p. 76 ss. Per un'ampia panoramica sulla responsabilità ambientale in Europa, anche considerando le peculiarità dei singoli paesi cfr. M. HINTEREGGER (edited by), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, 2008.

<sup>334</sup> È inoltre prevista la facoltà per il Ministero dell'Ambiente di adottare direttamente le necessarie misure di ripristino ambientale: una sorta di potere sostitutivo in capo alla P.A. (art. 305, comma 2, lett. *d*) cod. amb.). Ad ogni modo, la normativa prevede che debba essere l'operatore a sostenere i costi per azioni di precauzione, prevenzione e ripristino delle risorse ambientali danneggiate, anche ove abbia agito *motu proprio* il Ministero (art. 308 cod. amb.).

<sup>335</sup> In argomento cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 339; v. anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., § 76, *Danni all'ambiente*, p. 115 ss.



Per ottenere tali somme, vengono conferite allo Stato due vie alternative. Il Ministero dell'ambiente potrà agire in giudizio per il risarcimento del danno oppure attivare un procedimento amministrativo per l'adozione un'ordinanza di ingiunzione immediatamente esecutiva (via che pare più rapida: art. 313 cod. amb.)<sup>336</sup>.

Invero, il nuovo apparato rimediabile previsto nel vigente Codice dell'Ambiente sembra comportare, complessivamente, un abbassamento di tutela dei beni ambientali che non può andare esente da critiche<sup>337</sup>.

Già nella definizione di danno ambientale si deve registrare un'infelice presa di posizione che contrasta vistosamente con gli obiettivi proclamati dal legislatore. Ai sensi dell'art. 300, comma 1, cod. amb. «è danno ambientale qualsiasi deterioramento *significativo* e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima». Mentre la previgente normativa, più efficace e lineare, anche nella tecnica redazionale, qualificava come “danno” *qualsiasi* alterazione, deterioramento o distruzione in tutto o in parte di una matrice ambientale, senza quell'ambiguo aggettivo (“significativo”) in grado di prestare il fianco a interpretazioni riduttive e, in ultima analisi, a discapito del bene giuridico che il ponderoso *corpus* normativo dichiara solennemente di proteggere<sup>338</sup>.

Inoltre, nel disegno complessivo della nuova normativa ambientale si dà assoluta preponderanza alle misure ripristinatorie: «la riparazione del danno ambientale, in relazione all'acqua o alle specie e agli *habitat* naturali protetti, è conseguita riportando l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie tramite misure di riparazione primaria, complementare e compensativa ...» (art. 1, All. 3 al cod. amb.)<sup>339</sup>. Scelta comprensibile giacché quello ambientale è un caso di scu-

<sup>336</sup> Come osservato da A.G. ANNUNZIATA, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 309, «con il sistema dell'ordinanza il danno ambientale è, quindi, costruito come un illecito amministrativo, la cui sanzione consiste nel ripristino o nell'ingiunzione a carico del responsabile dei costi necessari alla riparazione, secondo un modello già noto, ad es., in materia di edilizia o di tutela delle cose d'interesse artistico e storico».

<sup>337</sup> Per un'autorevole critica della nuova normativa che porta a indebolire la tutela dell'ambiente cfr. S. PATTI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 2013, p. 132 s.

<sup>338</sup> Cfr. D. DE STRÖBEL, *Il danno ambientale fra legislazione previgente e attuale*, in *Dir. e fisc. dell'ass.*, 1/2009, p. 250. Peraltro, il criterio della “significatività” non era neppure riportato nel testo della direttiva. Esso, tuttavia, «determina l'accoglimento nel nostro ordinamento di un concetto di danno più restrittivo e la possibile mancata regolazione di ricorrenti fenomeni di inquinamento graduale che possono divenire “significativi” solo nel medio-lungo termine»: così D. BARBIERATO, *La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2016, p. 2039. Invero, anche il comma 2 dell'art. 300, d.lgs. n. 152/2006 presenta una formulazione infelice (e non sembra efficace in relazione alla *ratio legis*) dal momento che nella definizione di danno ambientale non rientra l'inquinamento atmosferico, né quello al terreno (a meno che non determini rischi per la salute umana). Seppure in dottrina siano state presentate pregevoli ricostruzioni sistematicamente coerenti, tali ambiguità, nel contesto processuale, continuano a rappresentare un inutile e notevole fardello per l'effettività rimediabile.

<sup>339</sup> V. per tutti M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. Cap. V, *Ambiente e danno*, p. 269 ss.

la che dimostra l'alta desiderabilità della tutela in forma specifica. Tuttavia, come noto, la perfetta riduzione in pristino non è sempre tecnicamente possibile. E le misure di riparazione potrebbero essere male eseguite dal danneggiante. Sicché, la legge prevede che quando l'adozione delle prescritte misure di riparazione risulti in tutto o in parte *omessa* – o comunque realizzata in modo *incompleto* o *difforme* dalle prescrizioni amministrative – il Ministero dell'Ambiente possa agire per il risarcimento del danno per equivalente.

Per l'esattezza, esso potrà richiedere al danneggiante – davanti a un giudice o tramite la predetta ordinanza ingiuntoria – il pagamento di una somma corrispondente ai costi delle attività necessarie per il completo ripristino delle matrici ambientali (art. 311, comma 2, cod. amb.<sup>340</sup>).

Nondimeno, il riferimento al costo del ripristino rischia di devitalizzare la forza del rimedio, soprattutto in quei casi in cui *i*) non sia tecnicamente possibile il ripristino, e *ii*) l'illecito sia stato altamente profittevole. In casi del genere, il rimedio non sembra idoneo né a spiegare una funzione general-preventiva (il danneggiante “razionale” animato dal profitto si determinerà ad agire quante volte possa intravedere un'importante plusvalenza dall'azione inquinante); né una funzione compensativa, attesa l'impossibilità tecnica della riduzione in pristino e il disallineamento tra i soggetti che patiscono il danno (gli abitanti del luogo inquinato<sup>341</sup>) e colui che incamera i danari parametrati al costo di un meramente ipotetico ripristino (lo Stato). Men che meno, in tale prospettiva, il rimedio sanzionerà il *tortfeasor*<sup>342</sup>.

Da ultimo, l'art. 25 della c.d. legge Europea 2013 (l. n. 97/2013), al fine di neutralizzare talune contestazioni della Commissione UE, risistemando – ancora una volta – la materia, ha eliminato (quasi tutti) i riferimenti al risarcimento “per equivalente patrimoniale”<sup>343</sup>, ed ha stabilito che il danno all'ambiente deb-

---

<sup>340</sup> La lettera della legge parla dei «costi delle attività necessarie a conseguir[e] la completa e corretta attuazione» delle misure di riparazione prescritte.

<sup>341</sup> Ma non solo, essendo quello ambientale un danno materiale collettivo e, talvolta, tragicamente, intergenerazionale.

<sup>342</sup> Come detto, la normativa citata non brilla certo per chiarezza e coerenza. Come osservato da G.D. COMPORRI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediata*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, p. 117, tale assetto normativo «difetta di unitarietà e coerenza ed appare più il frutto della stratificazione di discipline e visioni differenti che non di una scelta strategica consapevole».

<sup>343</sup> Come anticipato, infatti, nell'art. 311, comma 1, cod. amb. permane il richiamo al risarcimento per equivalente patrimoniale “se necessario”. Tale disposizione potrebbe tornare utile nei casi in cui sia impossibile quantificare il costo del ripristino poiché quest'ultimo è – almeno parzialmente – tecnicamente impossibile. Si intravede quindi un possibile (notevole) ruolo applicativo del risarcimento per equivalente, magari da liquidare con valutazione equitativa ove non possa essere provato nel suo preciso ammontare (art. 1226 c.c.). Ecco, allora, che tornerebbero utili i criteri individuati a suo tempo dal legislatore del 1986 per “addomesticare” il criterio equitativo puro: gravità della colpa, costo necessario per il ripristino e il profitto conseguito dal trasgressore.

ba essere risarcito solo con le “misure di riparazione” previste dall’Allegato 3 alla Parte VI del Codice dell’Ambiente<sup>344</sup>.

Dopo un notevole travaglio interpretativo, la novella normativa sembra essere stata infine recepita senza grossi scarti interpretativi dal formante giurisprudenziale. Infatti, la Suprema Corte ha affermato che «principio generale, di derivazione eurounitaria, è l’esigenza di porre rimedio alle alterazioni e ai danni alla risorsa “ambiente” esclusivamente mediante il recupero della stessa, in relazione alla sua peculiarità, quale contesto generale di quotidiana estrinsecazione esistenziale di una massa tendenzialmente indeterminata di individui e pertanto il danno all’ambiente deve essere risarcito solo con le “misure di riparazione” previste dall’All. 3 al d.lgs. n. 152/2006 che è identico all’All. 2 della Direttiva 2004/35/CE ...»<sup>345</sup>.

Tuttavia, occorre considerare che tali statuizioni venivano pronunciate prima dello storico *revirement* a Sezioni Unite sulle funzioni della responsabilità civile e il necessario portato deterrente/sanzionatorio ch’essa deve esprimere. A fronte di tale intervento nomofilattico, e considerata l’opportunità di proteggere con un rimedio efficace<sup>346</sup> e “perentorio” le risorse ambientali, non sembra che la

<sup>344</sup> Tale novella, inoltre, ha opportunamente eliminato il riferimento all’eccessiva onerosità del ripristino (ai sensi dell’art. 2058 c.c.) presente nella versione previgente dell’art. 311, comma 2, d.lgs. n. 152/2006: non era infatti coerente con gli obiettivi general-preventivi della normativa un beneficio di tal fatta al danneggiante. Una volta scelta la via del ripristino della risorsa ambientale danneggiata, essa deve essere percorsa sino in fondo. Senza che possa avere rilievo la potenziale “eccessiva onerosità” del ripristino stesso. Opinare diversamente porterebbe a fiaccare pericolosamente l’efficacia deterrente della legge *de qua*. Sicché, parte della dottrina sembra ritenere che, ad oggi, il risarcimento in forma specifica sia, di fatto, l’unico rimedio azionabile dal Ministero dell’Ambiente, perseguibile a ogni costo e a prescindere dalla qualificazione del danno come patrimoniale o non patrimoniale. In tale prospettiva, il riferimento dell’art. 311, comma 1, al risarcimento per equivalente («se necessario») sarebbe frutto di una svista da parte del legislatore, anche alla luce della Relazione parlamentare alla l. 97/2013 che rappresentava l’intenzione di espungere qualsiasi riferimento al risarcimento per equivalente. Cfr. D. BARBIERATO, *op. cit.*, § 3, ed ivi riferimenti. Cfr. G.D. COMPORTI, *op. cit.*, p. 117 ss., che analizza, in generale, il ruolo strategico della R.C. nell’ambito dei rimedi esperibili a fronte di emergenze e danni ambientali, mostrando come i rimedi in forma specifica si combinino con le azioni risarcitorie nel contesto di più ampie operazioni rimediali rette soprattutto da logiche e tecniche di diritto amministrativo; nonché A.G. ANNUNZIATA, in M. PENNASILICO (a cura di), *op. cit.*, p. 303 ss. per un’analisi puntuale delle travagliate modifiche che hanno investito la parte sesta, titolo terzo (Risarcimento del danno ambientale) del Codice dell’Ambiente, esito della procedura d’infrazione aperta dalla Commissione UE contro l’Italia e dei successivi interventi del legislatore nazionale.

<sup>345</sup> Così le sentenze “gemelle” Cass., Sez. III, 6 maggio 2015, nn. 9012 e 9013, e la successiva Cass., Sez. I, 20 luglio 2016, n. 14935, in *Foro it.*, 4/2017, I, c. 1406, con nota di PALMIERI.

<sup>346</sup> Efficacia del rimedio da parametrare, proporzionalmente, alla forza dell’offesa, oggi notoriamente di entità mai viste nella storia dell’uomo. Inoltre, occorre considerare che la disciplina riguardante il danno ambientale (sia quella del 1986, sia quella del Codice dell’Ambiente – v. art. 311, comma 3) esclude la responsabilità solidale dei responsabili. Sicché è ancor più sentita l’esigenza di un rimedio performante in un ambito così delicato ed esposto alla furia di illeciti dolosi e lucrativi.

polifunzionalità della R.C., anche in campo ambientale, possa più essere (seriamente) revocata in dubbio. Il che trova un'ulteriore conferma, "alta", nella recente novella costituzionale che introduce tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e, soprattutto, afferma che *l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»* (nuovo fraseggio dell'art. 41, 2° co., Cost.).

Insomma, le coordinate cartesiane del diritto vivente sono cambiate, manifestandosi una rinnovata sensibilità verso le istanze socio-giuridiche di deterrenza e sanzione, da leggere insieme al fine ecologico che un diritto evoluto deve darsi<sup>347</sup>.

In tale prospettiva, si deve segnalare che la Cassazione in un pregevole *obiter dictum* ha sostenuto – peraltro in "tempi non sospetti", ossia quando la teorica dominante proclamava la monofunzionalità del rimedio aquiliano – il perdurare dei criteri elaborati sotto l'impero della precedente disciplina, di taglio spiccatamente sanzionatorio, anche nel contesto della nuova normativa vigente<sup>348</sup>.

### 2.17. Responsabilità da contratto e da fatto illecito: perduranti differenze di regime ma sostanziale identità funzionale?

Per insegnamento tradizionale, si suole affermare la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (o aquiliana). La intuitiva linea di confine divide i fatti generatori delle due forme di responsabilità: da una parte troviamo l'inadempimento di un'obbligazione, dall'altra parte sta il fatto illecito<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> Cfr. F. CAPRA-U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017.

<sup>348</sup> Per Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2007, n. 16575, «anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, ed in particolare degli artt. 300 e seguenti, continuano ad applicarsi i principi in tema di "risarcimento per equivalente patrimoniale" fissati con riferimento all'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, con la conseguenza che possono integrare il "danno ambientale" risarcibile anche le c.d. "perdite provvisorie" previste dalla Direttiva 2004/35/CE approvata il 21 aprile 2004, e cioè quelle modifiche temporanee dello stato dei luoghi che comportino la mancata disponibilità di una risorsa ambientale intatta»; in motivazione la Corte ha richiamato la sentenza n. 641 del 1987 della Corte costituzionale in tema di rilevanza patrimoniale indiretta del danno ambientale. Ad ogni modo, la tematica sembra ancora lungi da un assetto definitivo e chiaro. V. Cass., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 8662, in *Corr. giur.*, 1/2018, p. 31 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ius superveniens e danno ambientale: una nuova prospettiva nella giurisprudenza di legittimità?*, anche per gli spinosi profili relativi alla determinazione dell'obbligazione risarcitoria e *ius superveniens*.

<sup>349</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712. Cfr. F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993. Si osserva incidentalmente come l'espressione "responsabilità contrattuale" sia imprecisa, sebbene diffusissima. Più precisamente si dovrebbe parlare di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, qualunque ne sia la fonte. Tuttavia, «l'art. 1218 cod. civ. [è] una di quelle norme, nella

Alla predetta distinzione, segue poi una significativa – e necessaria – differenza di regime giuridico<sup>350</sup>. Preme subito rilevare che la linea di confine appare, oggi, meno netta che in passato, com'è stato notato sia in sistemi di diritto continentale, sia in sistemi di *common law*<sup>351</sup>. Si potrebbe parlare anche di una frontiera mobile, se si preferisce, anziché di uno stabile *limes*.

Vi è una pluralità di ragioni idonee a spiegare la crisi della distinzione tradizionale. La maggior parte degli interpreti, tuttavia, concorda nel ritenere preminente la circostanza che si riscontrino, nella prassi, ipotesi di confine, di dubbia collocazione. Si tratta di fattispecie che potrebbero essere invero ricondotte ad entrambi i paradigmi di responsabilità. E la scelta sembra dipendere, in ultima analisi, dal “risultato utile”, in termini di giustizia sostanziale, che si voglia ottenere tramite il procedimento di qualificazione<sup>352</sup>.

Un esempio eloquente è dato dal tortuoso itinerario della *responsabilità da informazione inesatte* nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»<sup>353</sup>. Si

---

disciplina generale delle obbligazioni, che il legislatore ha dettato avendo riguardo, principalmente, al contratto (il che giustifica, in definitiva, il linguaggio invalso tra gli interpreti)»: G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., § 121, p. 294.

<sup>350</sup> Tra le principali differenze, come noto, si annoverano: prescrizione, onere della prova, costituzione in mora, limite della prevedibilità ai fini del danno risarcibile *ex art.* 1225 c.c., legge applicabile, competenza per territorio. Cfr. per tutti G. IORIO, *ibidem*, p. 783 s.

<sup>351</sup> Cfr. per tutti G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 291; N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contr.*, 7/2010, p. 704 ss. Linea di confine labile e, tuttavia, ribadita dalla più recente legislazione: cfr. art. 57 ss., l. n. 218/1995, nonché il Regolamento 593/2008/CE (c.d. Roma I, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali) e il Regolamento 864/2007/CE (c.d. Roma II, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali). Anche il diritto eurounitario primario richiama *en passant* la distinzione tradizionale. L'art. 340 TFUE disciplina la responsabilità contrattuale dell'Unione (regolata, secondo la tradizione internazionale-privatistica, dalla legge applicabile al contratto) e quella extracontrattuale (regolata dai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri»). Le richiamate incertezze spiegano l'attenzione del legislatore – sebbene ancora in prospettiva *de iure condendo* – per una razionalizzazione della materia: si v. in particolare l'art. 1, lett. *m*) del d.d.l. *Delega al Governo per la revisione del codice civile* (n. 1151), col quale si invita il legislatore delegato a «coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale».

<sup>352</sup> Ad es., nel caso della responsabilità del medico, la qualificazione “aquiliana” della medesima portava ad allocare un onere probatorio – ritenuto eccessivo – in capo al paziente danneggiato. Osserva, con la consueta lucidità, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 457 s.: «ascrivere allora un danno alla disciplina della responsabilità contrattuale o di quella aquiliana, non significa soltanto assoggettare la responsabilità a un regime diverso ma, prima ancora, affermare l'esistenza o l'inesistenza di situazioni soggettive relative (obblighi) pre-ve, già di per sé giuridicamente rilevanti a dare modello a una condotta nei confronti altrui».

<sup>353</sup> Così F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 321 ss., che cita nel titolo la bella espressione di Grant Gilmore.

deve anche ricordare la parabola della *responsabilità del medico*, ricondotta in via interpretativa, prima della legge “Gelli-Bianco”, al regime della responsabilità contrattuale tramite la teorica del “contatto sociale”<sup>354</sup>.

La crisi della distinzione si era spinta al punto che, da diversi decenni in verità, la dottrina, con varietà di accenti, ha evocato l’unificazione dei due regimi normativi. Ed è significativo che ciò sia accaduto in diversi sistemi della tradizione giuridica occidentale.

Se Gilmore, parlando enfaticamente di “morte del contratto”, preconizzava una sorta di fusione tra contratto e illecito («basic coming together of contract and tort»<sup>355</sup>) in un sistema di *common law*, anche in Francia un Autore del peso di Tunc caldeggiava l’unificazione del regime normativo della responsabilità civile<sup>356</sup>.

Sebbene ancor oggi l’ordinamento francese conosca la *summa divisio* evocata, si ritiene generalmente che le due forme di responsabilità siano “facce della stessa medaglia”<sup>357</sup>. Ossia, connotate da identità funzionale: entrambe obbligano il convenuto a riparare il danno inferto ad altrui. Da tale osservazione discende che sarebbe forse meglio parlare di due *diversi regimi* della R.C., anziché di due diversi tipi di responsabilità<sup>358</sup>.

In linea con tali osservazioni sulla sostanziale identità funzionale si pone anche il *Projet de réforme de la responsabilité civile*, presentato nel marzo 2017 e del quale si dirà diffusamente nel Cap. III. Il Progetto sembra dare seguito alla opzione di

<sup>354</sup> Per un *excursus* delle diverse applicazioni giurisprudenziali della predetta teorica cfr. A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012. Cfr. anche P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ.*, 12/2017, p. 1759 ss. Per una critica alla nozione di contatto sociale, specie con riguardo al suo inquadramento come fonte di responsabilità precontrattuale cfr. G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della “precontrattualità”*, cit., spec. §§ 12 e 14, p. 595 ss.

<sup>355</sup> G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus (Ohio), 1974, p. 78. Pregevole opera che si può leggere anche in lingua italiana: ID., *La morte del contratto*, trad. it. di A. Fusaro, Milano, 1989. Per un esempio eloquente delle ampie aree di sovrapposizione tra *law of tort* e *law of contract* si veda il noto caso *White and Carter v. McGregor*, giudicato nel 1962 dalla House of Lords inglese, in (1962) 1 All ER 413, consultabile anche all’indirizzo: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1962/1.html>; cfr. il commento di T. WEIR, *A damnosa hereditas?*, in *Law Quarterly Review*, 111 (1995), p. 357 ss., consultabile in banca dati *Westlaw UK*; per la portata prospettica del *leading case* citato e per il punto di vista di un comparatista cfr. M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, p. 96 ss. Il caso merita di essere segnalato anche per il mirabile uso (dialettico) del diritto comparato svolto dalla Corte.

<sup>356</sup> Cfr. A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, p. 44, riportato da F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., p. 331.

<sup>357</sup> Si v. A. CARRATTA, *Il progetto francese di riforma della responsabilità civile: profili processuali*, cit., § 2 ed autori ivi citati.

<sup>358</sup> Per una riflessione recente sul tema cfr. J.-S. BORGHETTI-S. WHITTAKER (a cura di), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2019.

fondo di una convergenza tra le due forme di responsabilità. Infatti, da un lato si andrebbero ad abrogare gli artt. da 1231 a 1252 del *Code civil*, tra cui le norme attualmente relative al danno da inadempimento contrattuale (v. art. 1 del *Projet*). Dall'altro lato, pur mantenendo la tradizionale *règle du non-cumul* fra le azioni contrattuale ed aquiliana<sup>359</sup>, si precisa che «la vittima può invocare le clausole esplicite del contratto che gli sono più favorevoli rispetto all'applicazione delle regole di responsabilità extracontrattuale» (art. 1233-1 del Progetto)<sup>360</sup>.

Infine, a ulteriore conferma della citata linea di convergenza, si deve considerare che nella complessiva proposta di riforma del Titolo III del Libro III del *Code Napoléon*, si prevede un *Chapitre II – Les conditions de la responsabilité*, la cui Sezione I è significativamente rubricata nel modo seguente: *Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, riguardanti *Le préjudice réparable* e *Le lien de causalité*<sup>361</sup>.

Similmente, anche nel nostro Paese non sono mancate prese di posizioni per il superamento *tout court* della distinzione tradizionale<sup>362</sup>. Merita un richiamo la

<sup>359</sup> L'art. 1233 del *Projet*, prevede che «in caso di inadempimento di un obbligo contrattuale, né il debitore né il creditore possono eludere l'applicazione delle disposizioni di responsabilità contrattuale per optare per le regole della responsabilità extracontrattuale». Il successivo art. 1233-1 soggiunge che «i danni derivanti da lesioni personali sono riparati sulla base delle regole di responsabilità extracontrattuale, anche se fossero causati durante l'esecuzione del contratto. Tuttavia, la vittima può invocare le clausole esplicite del contratto che gli sono più favorevoli rispetto all'applicazione delle regole di responsabilità extracontrattuale».

<sup>360</sup> Sul cumulo o concorso di azioni, fenomeno conosciuto nel nostro ordinamento, giova osservare che esso nasce proprio al fine di superare la disparità di disciplina tra contratto e illecito, nei casi in cui la distinzione produrrebbe inaccettabili sacche di ingiustizia sostanziale. La regola – nota anche come concorso alternativo – consente al danneggiato di scegliere se agire in via contrattuale o in *tort* «quando un medesimo fatto lesivo costituisce inadempimento e in pari tempo illecito aquiliano. Posto che l'inadempimento non può essere qualificato fatto illecito, il concorso delle due responsabilità risulta quindi dal sovrapporsi del fatto illecito all'inadempimento dell'obbligazione: si tratta delle ipotesi in cui la prestazione ha come suo terreno di applicazione la persona o un bene del creditore (cure mediche, contratto di trasporto, contratto di deposito, contratto d'opera). (...) Il problema delle responsabilità concorrenti, invece, perde di importanza nella misura in cui vengano eliminati una serie di equivoci sull'effettiva portata della distinzione e nella prospettiva di un suo graduale superamento»: così A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, § 3. Sul tema si v. anche le riflessioni di R. DE MATTEIS, *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p. 399 ss.

<sup>361</sup> Si propone ad es. l'inserimento di un nuovo art. 1235 del seguente tenore: «est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial».

<sup>362</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744 ss., riportato da C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 452; A. RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, p. 945; nonché, per una ricostruzione puntuale delle diverse opinioni sul tema, G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 295 ss. Per una dottrina favorevole alla separazione delle due

tesi di Carnelutti. L'insigne Autore, muovendo dalla qualificazione dell'*alterum non laedere* come «sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri», negava che il precetto aquiliano integrasse un dovere *per se*. Da tale premessa, l'A. ricavava l'identità funzionale delle due responsabilità, accomunate dal rappresentare la sanzione della violazione di doveri di comportamento: «un obbligo preesiste per la colpa contrattuale come per la colpa aquiliana... La colpa, contrattuale o non contrattuale, non crea ma *modifica* il rapporto; trasforma il rapporto originario in un rapporto secondario; surroga all'obbligo primitivo l'obbligo di risarcimento»; dal che si concludeva che «la differenza è dunque tutta esteriore e attiene solo alla struttura delle norme, mediante le quali l'obbligo è imposto e il diritto riconosciuto»<sup>363</sup>.

Sembra appena il caso di osservare come trattasi di un tema vasto e complesso, sul quale sono state scritte pagine pregevoli e che meriterebbe un approfondimento monografico a sé stante. Sicché, ai fini del presente lavoro, basterà considerare che a tutt'oggi: i) si riscontrano spinte significative per l'unificazione dei due regimi di responsabilità; ii) vi è una "area di turbolenza" tra le due forme di responsabilità<sup>364</sup>; iii) non sembra peregrino affermarne la sostanziale identità funzionale.

Quest'ultimo punto merita qualche approfondimento. Le due forme di *liability* hanno senz'altro in comune la funzione *compensativa*: riportare il creditore danneggiato – idealmente – nello *status quo ante*. Si ritiene, infatti, che «entrambe possano

---

forme di responsabilità, v. per tutti. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 671 s.: «emerge una diversità di struttura e di funzioni, corrispondente al carattere, proprio dell'istituto aquiliano, di ordinamento dei casi in cui un contatto sociale avviene al di fuori di un precedente 'progetto' tra le parti. La qualificazione *ex post* del fatto ne copre così l'intera dimensione aprendo al giudizio di responsabilità spazi sempre nuovi, ed estranei all'altra figura, nella quale l'obbligo risarcitorio sorge sempre come specificazione di un obbligo preesistente».

<sup>363</sup> F. CARNELUTTI, *ibidem*.

<sup>364</sup> L'elegante espressione è di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 443 s.: «c'è un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda. Ascriverle alla responsabilità contrattuale sembra frutto di una enfaticizzazione e ricondurle a quella extracontrattuale si rivela un impoverimento. Esse appaiono giuridicamente più pregnanti del semplice rapporto obbligatorio di risarcimento del danno al quale si riduce quest'ultima e però meno articolate del rapporto obbligatorio incentrato sulla prestazione». Inoltre, l'illustre A., con sguardo orientato alla comparazione, osserva che sul tema si prospettano (almeno) tre possibilità: a) muovendo dalle figure a cavaliere tra le due forme di responsabilità, che manifestano dunque «una sorta di reciproca compatibilità», si potrebbe lavorare per ridurre a unità la responsabilità di diritto civile, omogeneizzandone la disciplina; b) in una prospettiva di segno opposto, muovendo dalle medesime figure «di confine», si potrebbe ipotizzarne l'autonomia: un *tertium genus* tra contratto e torto; c) infine, si potrebbe procedere, in via casistica, alla riconduzione di ciascuna figura ad uno dei due paradigmi (contrattuale o aquiliano), confermando la bipartizione tradizionale. L'A. osserva opportunamente che «la difficoltà di tale via sarebbe costituita proprio da quella duplicità di caratteristiche esibita dalle ipotesi in esame»: ID., *ibidem*, p. 448.



comportare l'obbligo di risarcimento in forma specifica»<sup>365</sup> (v. artt. 2930 ss. e 2058 c.c.). Ma esse sembrano avere altresì in comune, come si dirà meglio innanzi, la funzione *sanzionatoria*. Questa, poi, potrà essere modulata in un crescendo che va dalla più "neutrale" riparazione integrale alla più incisiva ultra-compensazione.

Con le predette precisazioni, nel presente scritto si parla di responsabilità civile *tout court*, considerandone le perduranti differenze di regime, ma la sostanziale identità funzionale.

## 2.18. La funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità da inadempimento e il dolo del debitore

Nelle pagine precedenti si è trattato a lungo della funzione sanzionatoria della responsabilità aquiliana. Orbene, la stessa funzione è svolta altresì dalla responsabilità contrattuale. Si suole infatti affermare che quest'ultima è intesa come *sanzione* contro il debitore inadempiente, oltreché come *garanzia* per il creditore<sup>366</sup>. L'affermazione sembra corretta a prescindere dalla teorica prescelta riguardo al fondamento dei due regimi di responsabilità: colpa quale criterio di imputazione comune o meno<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 306, i quali a p. 308 aggiungono: «l'identità di funzione è confermata dalla circostanza che, a volte, la lesione del medesimo interesse legittima il ricorso all'uno o all'altro strumento di tutela a scelta del danneggiato: andrà verificato nelle singole ipotesi di danno, quindi, quali rimedi sia consentito esperire e se essi siano cumulabili». Sul punto si registrano posizioni diverse in dottrina: per una raffinata distinzione tra risarcimento in forma specifica ed esecuzione coattiva, soprattutto con riguardo al fine dei due rimedi, cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 769 ss., ed ivi bibliografia. Cfr. anche G. VISINTINI-A. PINORI, *La nozione di danno e le tecniche risarcitorie*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extra-contrattuale*, cit., p. 18 ss. Per P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2000, p. 568 «il fenomeno dell'integrazione contrattuale, ben collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell'esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento». La giurisprudenza tende ad ammettere il risarcimento in forma specifica anche nel caso di inadempimento contrattuale: cfr. Cass., Sez. VI, ord., 21 gennaio 2020, n. 1270. Anche il novellato art. 1217 *Code civil*, che risistema il ventaglio rimediale utilizzabile dal creditore deluso, sembra porre in primo piano l'esecuzione in forma specifica: si chiarisce infatti che la parte fedele possa «poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation»; salvo che tale esecuzione sia impossibile «ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier» (così art. 1221 *Code civil*). Ne discute S. ROWAN, *The new French law of contract*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, spec. p. 14, la quale nota l'influenza dei principi UNIDROIT e dei PECL sulla soluzione scelta dal legislatore della riforma, e osserva che tale innovazione si dimostra «commercially sensible», giacché il nuovo regime rimediale, più flessibile del precedente, «strikes a fairer balance between the competing interests of the parties».

<sup>366</sup> V. per tutti P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., § 242, p. 310 s.

<sup>367</sup> Per un'attenta riflessione sulle interpretazioni oggettivistiche e soggettivistiche dell'art. 1218 c.c., e sugli accentuati circa la colpa del debitore che si trovano nelle massime giurispruden-

Ove si ritenga la colpa – sebbene letta in senso oggettivo – essere un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale, in caso di inadempimento si andrà a misurare la condotta del debitore con un modello astratto di diligenza: «il metro dello sforzo debitorio che si vuole comunque garantire al creditore»: il buon amministratore, il buon professionista, il *bonus pater familias*<sup>368</sup>. Applicando tale metro, «il debitore meno dotato subisce i danni derivanti dalla propria incapacità»<sup>369</sup>. Sicché, nella sostanza, la responsabilità contrattuale ridonda in sanzione contro il debitore inadempiente: *imputet sibi*.

Anche ove, per converso, si aderisca ad un'impostazione oggettivistica – ritenendo dunque la responsabilità fondata (esclusivamente) sul vincolo di garanzia inerente al rapporto obbligatorio – l'obbligo di risarcimento del danno patito dal creditore insoddisfatto esprime una sanzione, quantomeno in senso etimologico, per il debitore inadempiente (cfr. Cap. I, nota 24). Sanzione che, peraltro, rende attuale il vincolo di cui all'art. 2740 c.c.<sup>370</sup>.

Sia consentito osservare incidentalmente che, ove l'inadempimento sia altresì significativo (“di non scarsa importanza”), nei contratti a prestazioni corrispettive la parte fedele al contratto è abilitata ad azionare la risoluzione oltre alla ri-

---

ziali cfr. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., § 121.2., p. 295 s. Sono contrari all'idea di fondare la responsabilità contrattuale sul principio della colpa L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 515, e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 451, per il quale: «il risultato difforme da quello dovuto... è per ciò stesso fonte di responsabilità per il debitore senza necessità di un criterio di imputazione, reso superfluo dal *vinculum iuris* che originariamente astringe il debitore». Favorevoli sembrano invece P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, *ibidem*, e F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 233; nonché, con riferimento al codice civile del 1865, già G.P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1915, pp. 15 e 18.

<sup>368</sup> P. TRIMARCHI, *ibidem*.

<sup>369</sup> P. TRIMARCHI, *ibidem*. L'A. considera altresì le differenze esistenti tra la responsabilità penale e quella civile. Quest'ultima ha «la funzione di redistribuire rischi e danni in base a varie considerazioni di opportunità e di economia, fra le quali vi è l'esigenza di consentire a ciascun contraente di fare assegnamento su uno sforzo debitorio non inferiore per intensità e per qualità a un livello considerato tipico per il contratto in questione. Si aggiunge il principio della concorrenza, che vuole la penalizzazione e l'eliminazione dell'inefficienza. Ne segue la necessità di operare con un metro oggettivo, quale è il concetto oggettivo di colpa». Con la consueta lucidità ID., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 514, affermava – e la considerazione è senz'altro attuale – che «la minaccia di una responsabilità contrattuale costituisce una pressione per indurre a un diligente adempimento delle obbligazioni contrattuali (...) lo sforzo debitorio è immediatamente traducibile in termini di spesa, in modo da essere confrontabile con il peso della responsabilità contrattuale».

<sup>370</sup> Per L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, § 1, consultabile in banca dati *DeJure*: «mentre la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che si costituisce *ex novo*, la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.)». Cfr. inoltre E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, spec. p. 81 ss., per un'analisi del fondamento costituzionale dell'art. 2740 c.c.

chiesta di risarcimento del danno (art. 1453 c.c.). Orbene, per diversi autori la risoluzione dovrebbe essere inquadrata (anche) come sanzione “afflittiva” per l’inadempiente. Secondo tale filone ricostruttivo, che merita adesione, il rimedio evocato esprimerebbe in via preventiva una funzione di spinta – vera e propria compulsione – verso l’esatto adempimento<sup>371</sup>. E per il caso di fallimento in tale missione, esso si convertirebbe in sanzione “afflittiva”: «sia perché soddisfa un interesse del creditore, liberandolo dall’obbligo che derivava, a suo carico, dal contratto, sia perché sacrifica un interesse del debitore inadempiente, e precisamente l’interesse a ricevere, o a mantenere, quanto la controparte fedele gli doveva, o già gli aveva fatto acquistare, con il contratto»<sup>372</sup>.

Ma si torni al regime della responsabilità contrattuale. S’è detto che essa esprime altresì una sanzione per l’inadempiente.

Tale funzione si amplifica poi, e diventa persino icastica, nel caso di *inadempimento doloso*.

Come noto, ai sensi dell’art. 1225 c.c. se l’inadempimento o il ritardo dipende da dolo del debitore, questi risponde anche dei danni imprevedibili. In altre parole, in caso di dolo non opera il beneficio della limitazione del danno risarcibile che il codice concede al debitore *ex contractu* e non concede invece al danneggiante (l’art. 2056 c.c., in tema di illecito non richiama infatti l’art. 1225 c.c.)<sup>373</sup>. Vediamo quali siano le implicazioni pratiche di tale disposizione.

Le norme che in varia guisa limitano la responsabilità del debitore (es. 1223 e 1225 c.c.) sono decodificabili in base a un “criterio di opportunità politica” che opera in materia di *liability*: ovvero l’esigenza che il peso risarcitorio sia, tenden-

<sup>371</sup> Obbediscono alla medesima funzione compulsoria anche le norme sull’esecuzione forzata in forma specifica (art. 2930 ss. c.c.) e l’*astreinte* (art. 614 *bis* c.p.c.). Del pari, consentono un rafforzamento della tutela dei diritti relativi – in chiave di effettività – la penale contrattuale e la caparra confirmatoria: sul tema cfr. G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell’inadempiente*, Milano, 2001, p. 104 ss.

<sup>372</sup> G.F. BASINI, *op. cit.*, p. 147. Cfr. tale A. anche per una doviziosa ricostruzione delle diverse teoriche circa il fondamento e le funzioni del rimedio risolutorio, spec. cap. II, p. 123 ss. Sulla medesima frequenza, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942 (rist. 1980), p. 138 ss. riteneva che la risoluzione rappresentasse un mezzo di soddisfazione dell’interesse del creditore e di subordinazione – economica e giuridica – di quello del debitore.

<sup>373</sup> Significativamente, la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765) all’art. 74 prevede: «il risarcimento del danno per l’inadempimento del contratto da parte di un contraente consiste in una somma uguale alla perdita, incluso il mancato guadagno, subita dall’altro contraente in conseguenza dell’inadempimento. Il risarcimento del danno non può essere superiore alla perdita che la parte inadempiente aveva previsto o avrebbe dovuto prevedere al momento della conclusione del contratto, avuto riguardo ai fatti e alle circostanze che egli allora conosceva o avrebbe dovuto conoscere come possibile conseguenza dell’inadempimento». Per un confronto tra il criterio selettivo presente nel nostro ordinamento e quello della Convenzione cfr. C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 4-5/2004, p. 972 ss., spec. § 1.

zialmente, «proporzionato alla qualità e quantità degli eventi di cui ognuno, al momento di entrare in azione, può ragionevolmente prevedere il verificarsi»<sup>374</sup>. In altre parole: gli eventi che si possono evitare agendo con l'ordinaria diligenza. Asseverare qualsiasi debitore, indistintamente, alle conseguenze imprevedibili delle proprie attività lecite potrebbe attentare pericolosamente alla libertà di iniziativa verso nuove intraprese (arg. ex art. 41 Cost.). Riportate le limitazioni di responsabilità a tale logica di *favor* per le attività economiche, è agevole comprendere perché il nostro ordinamento abbia scelto di disattivare il limite del "danno prevedibile" in caso di dolo.

Vero è che non si tratta di un'opzione seguita uniformemente nel tempo e nello spazio. Poi, come spesso accade nel mondo giuridico, il diritto ratifica taluni rapporti di forza che derivano dalla struttura economica della società in un dato momento storico.

È interessante notare che nei Paesi di *common law* sia sorta una fiorente letteratura che ha assegnato al criterio della prevedibilità del danno – affermatosi in Inghilterra nel 1854 con il caso *Hadley v. Baxendale* – un ruolo propulsivo per il decollo del capitalismo. In tale prospettiva, la limitazione del risarcimento ai soli danni prevedibili – come e insieme ad altri criteri di selezione del danno risarcibile – avrebbe contribuito in misura significativa allo sviluppo della società industriale, liberando gli imprenditori da una parte di oneri<sup>375</sup>.

Pertanto, probabilmente anche per tali peculiarità storiche, nel *common law* non desta scandalo l'idea di affidare al debitore la scelta tra adempimento e inadempimento con risarcimento del danno. Non è un caso, infatti, che la teorica dell'*efficient breach* abbia avuto colà terreno fertile<sup>376</sup>. Al contrario,

---

<sup>374</sup> P. CENDON, *Relazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, riportato da G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 274.

<sup>375</sup> Cfr. per tutti L.A. BEBCHUK-S. SHAVELL, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, in 7 *J. of Law, Economics and Organization*, 1991, p. 284 ss.; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 64 ed ivi bibliografia.

<sup>376</sup> Ciò sembra anche spiegare la riluttanza degli ordinamenti di *common law* ad applicare i danni punitivi nel settore contrattuale; sebbene vi siano precedenti significativi in diversi ordinamenti di *common law* e, con riferimento al contesto nordamericano, lo stesso RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, 1981, al § 355 preveda la possibilità di comminare i *punitive damages* in ambito contrattuale, qualora la condotta in *breach* integri, al contempo, un *tort*. Talvolta, per estendere i danni punitivi al *breach of contract*, le corti hanno valorizzato la *special relationship* esistente tra le parti (es. lavoro subordinato, deposito bancario, assicurazione, *franchising* – rapporto tra *franchisee* e *franchisor* – servizio pubblico con riguardo agli utenti, etc.). Sul tema cfr. A. BURREWS, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, IV ed., Oxford, 2019; S.T. AZZARITI, *Punitive damages e breach of contract*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, Bologna, 2014, p. 335 ss.; M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Inadempimento e danni non patrimoniali nell'esperienza di common law. Un'indagine casistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 1/2014, p. 257 ss., spec. § 5; M.F. MCNAMARA, *Tortious Breach of Contract in Oklahoma*, in 20 *Tulsa L. J.*, 1984, p. 239 ss.; e, in termini generali, L.L. SCHLUETER-K.R. REDDEN, *Punitive damages*, I, New York, 2000.

nelle esperienze continentali l'inadempimento volontario è riprovato, ed è sanzionato con l'obbligo di risarcire anche il danno imprevedibile<sup>377</sup> (ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti, trattando del c.d. inadempimento efficiente).

Ritorniamo all'art. 1225 del codice civile italiano e alla sua importanza nell'economia del presente lavoro.

S'è già detto che tale norma tende a scoraggiare gli inadempimenti dolosi, addossando al convenuto l'onere di risarcire anche i danni imprevedibili.

Ma cosa deve intendersi qui per dolo? La semplice coscienza e volontà di non adempiere o una vera e propria attività ingannatoria unitamente all'intenzione di cagionare il danno (dolo specifico)? Sebbene sul punto non siano mancati i contrasti tra gli interpreti, sembra preferibile (e oggi maggioritario) l'orientamento che ritiene sufficiente a integrare il dolo *ex art. 1225 c.c. la mera coscienza e volontà di non adempiere*<sup>378</sup>. A tacer d'altro, infatti, non sembra appropriato, sul piano sistematico, adoperare nel presente campo di indagine (fase esecutiva del rapporto) la nozione di dolo-inganno che è chiamata a governare una diversa fase (il processo genetico della volontà) e abilita l'attore ad utilizzare un diverso rimedio (l'annullamento del contratto)<sup>379</sup>. Sul versante rimediabile, poi, ove si accogliesse la nozione di dolo-inganno nell'interpretazione dell'art. 1225 c.c. si depotenzierebbe eccessivamente l'efficacia della norma che, come si vedrà innanzi, può svolgere pregevoli uffici, sia per la controparte adempiente che per la collettività. D'altronde, chi entrerebbe in una relazione contrattuale con Tizio se sapesse che costui non intende adempiere le proprie obbligazioni?<sup>380</sup>

Sulla base delle indicazioni giurisprudenziali, sembra opportuno ritenere che la nozione in parola ricomprenda anche la specie del *dolo eventuale*<sup>381</sup>. In altre

<sup>377</sup> G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2011, p. 366.

<sup>378</sup> G.F. BASINI, *op. cit.*, p. 74; F. ROSSI, *Prevedibilità del danno*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, cit., p. 88 ss.; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 178 ss.; nonché C. ROMEO, *op. ult. cit.*, § 5 per una panoramica delle diverse posizioni. Cfr. anche Cass., 26 novembre 1998, n. 11992, e Cass., Sez. lav., 8 ottobre 2019, n. 25168.

<sup>379</sup> Cfr. C. ROMEO, *op. ult. cit.*, § 5.

<sup>380</sup> Osserva C. ROMEO, *ibidem*, che occorre domandarsi, «ancor prima di quale sia, a livello sistematico, la soluzione preferibile, quali soggetti tenda a favorire e quali invece a punire da un punto di vista sostanziale, e che efficienza possa avere l'interpretazione prescelta rispetto al tessuto economico sociale».

<sup>381</sup> Cfr. Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, che ha escluso il requisito della consapevolezza del debitore di arrecare danno (nella specie, la Cassazione confermava la decisione dei giudici del merito che avevano ritenuto il dolo di un appaltatore, desumendolo dalla considerevole entità del divario esistente tra l'opera realizzata e quella progettata, spiegabile soltanto in ragione di una consapevole ed intenzionale diversità dell'*opus*, motivata dall'intento di lucrare sui relativi costi). Sul tema v. le acute riflessioni di C. ROMEO, *op. ult. cit.*, § 6 ss. Sembra propendere nel senso indicato nel testo anche G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 180. Sulla distinzione classica tra *dolo*

parole, versa in dolo anche quel debitore che esegua la prestazione con la consapevolezza che essa sia difforme dal pattuito e, quindi, accetti il rischio che la prestazione si risolva ad essere inesatta. La Suprema Corte ha peraltro equiparato *quoad effectum* la colpa grave al dolo<sup>382</sup>.

Così inquadrato, l'art. 1225 c.c. rappresenta una norma fondamentale nel giudizio di responsabilità che, per un verso, testimonia la centralità dell'elemento psicologico del convenuto (qui chiamato a rispondere a titolo contrattuale) ai fini della parametrizzazione del *quantum debeatur*. Il che, peraltro, in consonanza con quanto sinora considerato riguardo ai "cieli aquiliani".

Per altro verso, vi sono buone ragioni, non solo d'ordine sistematico, per qualificare la previsione in parola come sanzionatoria e di indirizzo. Innanzitutto, la norma consente di *distinguere* – indi di sanzionare, in senso etimologico – e di trattare in maniera differente *situazioni diverse*: il caso dell'inadempiente doloso (che sfacciatamente calpesti il contratto) e quello colposo (che si sia dunque adoperato in buona fede per adempiere, pur non raggiungendo lo standard di diligenza richiesto). Il pesante fardello risarcitorio per l'inadempiente doloso consente, poi, di ribadire che il contratto ha, effettivamente, *forza di legge tra le parti* e che l'inadempimento non può essere rimesso all'arbitrio mero dei contraenti ma deve, in qualche modo, potersi ricondurre a variabili esogene. Inoltre, la previsione favorisce la *certezza dei traffici*, già che una norma di diverso tenore, o interpretata riduttivamente, costituirebbe un incentivo a liberarsi del contratto scomodo con una significativa limitazione di responsabilità. Infine, la sanzione in discorso funziona come *fattore di moralizzazione del diritto* – alla stregua di quanto considerato nel § 1.11. per la responsabilità aquiliana – indirizzando i consociati a comportarsi con correttezza e buona fede, principi positivizzati dall'art. 1375 c.c.<sup>383</sup>.

---

*eventuale* e *colpa cosciente* si rinvia agli studi e al dibattito in corso in ambito penalistico: cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020, p. 373 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999; D. BRUNELLI, *Il mistero del dolo eventuale: scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 2014; nonché Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343 (caso "Thyssenkrupp").

<sup>382</sup> Cass., Sez. lav., 8 ottobre 2019, n. 25168, cit., § 13.2.: «nel nostro ordinamento vige il principio secondo cui, in tema di inadempimento contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa, con estensione dell'imputabilità anche dei danni imprevedibili».

<sup>383</sup> C. ROMEO, *op. ult. cit.*, § 6. L'A. dimostra altresì che il preteso requisito della volontarietà del danno – che per taluno dovrebbe connotare il contegno del debitore inadempiente ai fini della sanzione *ex art.* 1225 c.c. – risulta pleonastico e ingiustificato sia da un punto di vista sistematico, sia da un punto di vista economico-sostanziale. Cfr. gli argomenti di analisi economica del diritto svolti dall'Autore nell'articolo citato, in nota 59: ivi si considera che «la indifferenziata sanzione per soggetti inadempienti dolosi o colposi, tende, a lungo andare, a disincentivarli dal ricercare un miglioramento della propria professionalità»; con tale intuibile conseguenza: «l'operatore econo-

## 2.19. Overcompensation e contratto: lo strano caso dell'inadempimento "efficiente"

S'è menzionata la teoria dell'*efficient breach*. In forza di essa, l'inadempimento è considerato efficiente quando realizzi un *surplus* di ricchezza e consenta, inoltre, un afflusso delle risorse economiche verso chi le valuta di più. Il corollario rimediabile di tale impostazione prevede che non si debba ostacolare (men che meno penalizzare) l'inadempimento. Si salverebbero capra e cavolo per così dire: si tacita la parte delusa con il risarcimento del danno compensativo e si consente alle risorse di scorrere verso gli utilizzi più efficienti propiziati dalla taumaturgica mano invisibile del mercato. Pertanto, si dovrebbero escludere i rimedi in forma specifica, le *astreintes*, la retroversione degli utili realizzati dall'inadempiente, i danni punitivi in materia contrattuale, «proprio perché si tratterebbe di rimedi idonei a rafforzare più del necessario il vincolo contrattuale»<sup>384</sup>.

Ora, abbiamo già avuto modo di considerare che non sembra accettabile ed equo consentire alla parte infedele di arricchirsi mediante un comportamento anti-giuridico, recusando quindi la teoria in commento<sup>385</sup>.

Le riflessioni svolte nel paragrafo precedente aiutano a comprendere meglio perché, nel nostro contesto ordinamentale, non sia opportuno accogliere la riferita prospettiva di *L&E* sul tema. Non si tratta di una diversa e aprioristica preferenza ideologica. All'accoglimento della teorica ostano diversi dati positivi, fra i quali primeggia significativamente l'art. 1225 c.c.<sup>386</sup>.

Innanzitutto, si deve ribadire che la descritta teoria efficientista rischia seriamente di minare la forza del contratto e la certezza dei traffici<sup>387</sup>. In altre parole: l'ipotizzata efficienza allocativa delle risorse a quale prezzo complessivo?

mico negligente concluderebbe il maggior numero di contratti possibili, pur sapendo di non poter adempiere a tutti, e deciderebbe di adempiere a quelli più vantaggiosi».

<sup>384</sup> P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 63.

<sup>385</sup> Cfr. la *Premessa* del presente lavoro. Non sembra possibile sostenere – anche a livello di *policy* e principi – che la migliore scelta ordinamentale sia quella di lasciare completa mano libera al debitore che non intenda eseguire le proprie obbligazioni, magari perché abbacinato da un affare più profittevole, offrendogli la possibilità di liberarsi del primo contratto pagando (anni dopo e non del tutto verosimilmente) il risarcimento del danno a controparte. Per F. ROSSI, *Prevedibilità del danno*, cit., p. 90, il debitore «non può valutare se gli convenga adempiere oppure no sulla base del limite massimo dell'obbligazione risarcitoria: qualora compia una valutazione siffatta, lo stesso limite verrebbe meno». *Contra*, nel senso che il debitore sarebbe libero di valutare l'inadempimento si v. F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988, p. 510.

<sup>386</sup> Ma anche l'art. 1372 c.c. che, sebbene col gusto un po' retorico della declamazione solenne, predica la forza di legge del contratto.

<sup>387</sup> Cfr. P. GALLO, *ibidem*. Sulla stessa lunghezza d'onda sembra G.F. BASINI, *op. cit.*, p. 58. Si vedano altresì D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in *18 The Journal of Legal Studies*, 1989, p. 1 ss.; e D. MARKOVITS-A. SCHWARTZ, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, in *97 Va. L. Rev.*, 2011, p. 1939 ss.

Suona ancora come prezioso monito la seguente considerazione di Jhering. L'illustre Autore, dopo aver evidenziato il progresso epocale compiuto grazie al passaggio dal contratto reale a quello consensuale, osservava: «perché la parola possa sostituire la prestazione, deve esservi la certezza che, al momento prefissato, la parola possa essere scambiata con la prestazione, cioè la certezza... che venga mantenuta la parola data ... Questo è l'adempimento della promessa. La garanzia di questo adempimento si fonda sulla coercizione. Condizione ineliminabile perché il creditore accetti la promessa del debitore è che quest'ultimo gli riservi un potere coercitivo; questa promessa si rende necessaria non soltanto nell'interesse del creditore, ma anche in quello del debitore: senza di essa, infatti, il primo non concluderebbe il contratto con il secondo»<sup>388</sup>.

Inoltre, la teorica in parola sembra contraria alla buona fede *in executivis* e ai doveri di solidarietà economica *ex art. 2 Cost.*

Ancora, essa non tiene conto degli altri costi che tipicamente derivano dall'inadempimento: quelli giudiziali e/o quelli per un accordo transattivo. Anzi, si può affermare che al crescere dell'inefficienza complessiva di un dato sistema giudiziario, decresce la fiducia che potrà accordarsi alla teorica dell'inadempimento efficiente. E ciò per la buona ragione che una delle ipotesi di partenza – ossia che per il debitore sarebbe indifferente ricevere la prestazione oggi o il risarcimento domani – si dimostra fallace. In altre parole, la difficoltà e/o la lentezza del percorso per la tutela giudiziale dei diritti porta acqua al mulino dei rimedi in forma specifica e, in casi circoscritti, del risarcimento ultra-compensativo in chiave deterrente (esito cui si arriva, ad esempio, riconoscendo il danno non patrimoniale da inadempimento). Invero, proprio non sembra possibile affermare che per il creditore insoddisfatto, parte fedele al contratto, vi sia un'equivalenza tra l'ottenimento della prestazione contrattuale oggi e il risarcimento – in ipotesi integrale, ma in concreto magari ben inferiore – tra, poniamo, sei anni<sup>389</sup>. E ciò anche ove si trascurassero per un momento le notevoli risorse, economiche ed emotive, necessarie per l'attivazione della giustizia.

Per tutto quanto sopra considerato, con riferimento al nostro ordinamento positivo, si deve respingere la teorica dell'inadempimento efficiente. E in pro-

<sup>388</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972, p. 195, riportata da G.F. BASINI, *op. cit.*, p. 59.

<sup>389</sup> Come messo in luce anche da G.F. BASINI, *op. cit.*, p. 59, occorre considerare come sia “oltrremodo discutibile” l'adeguatezza pratica del rimedio risarcitorio per tutelare il creditore deluso (fedele al contratto), soprattutto in un sistema come quello italiano che non è in grado di dare giustizia in tempi accettabili. L'A. aggiunge opportunamente che «in numerosissime ipotesi, altresì, il risarcimento del danno rappresenterà una “sottocompensazione”, rispetto ai pregiudizi che, dall'inadempimento, sono derivati al creditore» (ID., *ibidem*, p. 61). Tale sottocompensazione potrà derivare da diversi fattori, tra i quali: l'irrisarcibilità di quei pregiudizi occasionati naturalisticamente dall'inadempimento ma troppo lontani perché possano esserne considerati “conseguenza immediata e diretta”; difficoltà di allegazione e prova in ordine al danno patito; i tempi del giudizio che possono rappresentare *ex se* un pregiudizio per il creditore deluso; l'irrisarcibilità di taluni danni non patrimoniali (ma su questo si v. il prossimo paragrafo).



spettiva opposta ad essa – in funzione di rafforzamento del diritto di credito – non si vedono ostacoli, in via di principio, per il prudente utilizzo di un rimedio ultra-compensativo in ambito contrattuale<sup>390</sup>. Sempreché, va da sé, l'inadempimento sia peculiarmente connotato e abbia determinato la lesione di diritti fondamentali della persona del creditore<sup>391</sup>.

## 2.20. Overcompensation e contratto. Segue: il danno non patrimoniale da inadempimento

È nota la tradizionale ritrosia degli interpreti italiani ad ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento<sup>392</sup>. Altrettanto noti sono gli argomenti portati a suffragio della tesi negazionista. Si diceva: il contratto è il regno della patrimonialità, non può esservi spazio per la sofferenza interiore. Nel sistema della responsabilità da inadempimento (art. 1218 ss. c.c.) c'era poi – e c'è ancora – il silenzio riguardante il danno non patrimoniale: silenzio, di per sé, piuttosto neutro, ma che «ha sempre funzionato da fattore ostativo»<sup>393</sup>. In al-

<sup>390</sup> La prospettiva accolta nel testo sembra in linea anche con i più recenti interventi del legislatore che hanno portato a intensificare la tutela dei diritti di credito: si v. per tutti l'introduzione, e il successivo ampliamento, dell'*astreinte ex art. 614 bis c.p.c.*: cfr. *amplius* § 2.15.

<sup>391</sup> Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 98 ss., per il quale, sebbene il campo elettivo dei rimedi ultra-compensativi sia l'illecito aquiliano, vi sono diversi casi in cui il rimedio può rendere utili servigi anche in ambito contrattuale; specie quando le conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento si rivelino di gran lunga più gravi rispetto a quelle patrimoniali: cfr. esempi ivi riportati, molti dei quali tratti dai repertori giurisprudenziali.

<sup>392</sup> Cfr. per tutti A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, cit., p. 284 ss., anche per la ricostruzione delle diverse posizioni. Sosteneva la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 170 s. E la giurisprudenza, da parte sua, lo ha talvolta ammesso: cfr. *ex multis* Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2013, in *Leggid'Italia*.

<sup>393</sup> A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, cit., p. 284; nonché ID., *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazioni sul danno morale dal contratto*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1055 ss. In generale sul tema si vedano G. SMORTO, *Danno da inadempimento*, Padova, 2005; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; F. MACARIO-C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010, p. 701 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, *ivi*, p. 720 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, *ivi*, p. 728 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per un'interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, *ivi*, p. 736 ss.; C. AMATO, voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Digesto civ.*, Agg., Torino, 2011, spec. p. 302 ss.; P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012; F.D. BUSNELLI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 76 ss.; S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2014, p. 713 ss., spec. § 8, nonché ID., *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, *passim*; V.V. PALMER (edited by), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge, 2015; R. MAZZON, *Responsabilità contrat-*

tre parole, sebbene sia possibile argomentare fondatamente che tale silenzio consenta la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, la mancanza di una norma espressa, gemella dell'art. 2059 c.c., è stata a lungo utilizzata per limitare il risarcimento alle conseguenze patrimoniali dell'inadempimento<sup>394</sup>.

Vero è che per aggirare l'ostacolo, nel caso in cui oltre all'inadempimento fosse ravvisabile la violazione del principio del *neminem laedere*, la giurisprudenza aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale<sup>395</sup>. Tuttavia, a parte il suo dubbio fondamento dogmatico, contestato in dottrina, la tesi non risolveva la questione del risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, poiché lo riconduceva, in relazione all'azione extracontrattuale, entro gli angusti limiti in cui all'epoca si costringeva l'art. 2059 c.c. (collegamento con l'art. 185 c.p.): sicché il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo.

Orbene, all'affermazione, ormai consolidata, della risarcibilità di tale specie di danno si poteva forse giungere già tramite una lettura scevra da pregiudizi degli artt. 1218 e 1223 c.c., interna, dunque, al capo della c.d. responsabilità contrattuale. Si tratta, peraltro, di una lettura congruente con il complessivo e commendevole processo di depatrimonializzazione del diritto privato che è venuto affermandosi negli ultimi decenni.

Con riguardo alla prima norma, si deve considerare che essa fa riferimento al "danno" *tout court*: non si trova alcun aggettivo qualificativo che valga a limitare il risarcimento alla sola diminuzione patrimoniale. In tale prospettiva, ci troveremo dinanzi a un silenzio parlante: il codice ci dice che deve essere risarcito il danno, ossia tutto il danno occasionato dall'inadempimento imputabile. Pertanto, anche le eventuali componenti morali (o non patrimoniali se si preferisce)<sup>396</sup>.

---

*tuale e danni risarcibili*, Milano, 2019; F. ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, 2020.

<sup>394</sup> Cfr. G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010, p. 707 ss., per un'efficace e penetrante riflessione sul tema. L'illustre A., muovendo da una prospettiva storico-comparata, mostra come già sotto l'egida del Codice Pisanelli, pur in costanza di dati legislativi che non ponevano vincoli di sorta all'interprete, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie si orientarono per la irrisarcibilità della voce di danno in commento. In Francia, invece, a fronte di dati legislativi omologhi a quelli italiani, dopo qualche incertezza iniziale, gli interpreti hanno ricavato dal *Code Napoléon* la regola della risarcibilità del "*dommage moral*" derivante dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. Il che, sia consentito aggiungere, porta a riflettere sul formidabile ruolo giocato dai crittotipi nell'interpretazione del diritto.

<sup>395</sup> Cfr. ad esempio Cass., 3 ottobre 1996, n. 8656, nel caso del trasportato che abbia subito lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; nonché M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., p. 74 ss.

<sup>396</sup> Cfr. G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 712. Per S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 3/2009 p. 625, sarebbe necessaria una lettura dell'art. 1218 c.c. tale da valorizzarne

In relazione all'art. 1223 c.c., si osserva che la "perdita" può ben riguardare il valore di beni giuridici diversi dal patrimonio economico del creditore: il suo patrimonio morale, per semplificare<sup>397</sup>. Tale affermazione sembra corretta a prescindere dalla *fictio iuris* relativa alla convertibilità in denaro di beni giuridici che, per loro natura e scelta politico-sociale, non possiedono un valore di mercato (cfr. *amplius* § 5.1.). Il silenzio della norma sul punto, insomma, non pare dirimente per l'esclusione dei danni non patrimoniali dal novero di quelli risarcibili<sup>398</sup>.

Con l'intervento delle Sezioni Unite del novembre 2008, c.d. di San Martino, s'è poi definitivamente consacrata la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, sebbene la Cassazione sia giunta a tale condivisibile conclusione tramite un diverso percorso argomentativo<sup>399</sup>. Ossia attraverso un'interpretazione sistematica e "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c.: una lettura esogena, dunque, al microsistema della responsabilità contrattuale<sup>400</sup>.

Nella storica sentenza si legge: «dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarci-

la collocazione in un «diverso orizzonte dogmatico e in un mutato contesto normativo». Cfr. anche V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, spec. p. 325 ss.

<sup>397</sup> G. CONTE, *ibidem*, osserva opportunamente che «non può essere certo una fantomatica volontà legislativa, vecchia di quasi settant'anni, a vincolare l'interpretazione che forniamo oggi alle norme in materia di danno contrattuale. Oggi l'interprete non incontra alcun serio ostacolo nel ricomprendere nella nozione di "perdita" di cui all'art. 1223 c.c. anche una "perdita" non patrimoniale». Non a caso, ai sensi dell'art. 3:701, n. 3), DCFR «"loss" includes economic and non-economic loss».

<sup>398</sup> Per F. TESCIONE, *op. cit.*, p. 119, «sembra ipotizzabile un'interpretazione dell'art. 1223 c.c. quale fonte della risarcibilità del danno contrattuale in tutte le sue possibili articolazioni (non solo patrimoniali) ed espressione di un principio unitario di risarcibilità dei danni occasionati dall'inadempimento contrattuale a prescindere dalla loro natura». Tale lettura sembra necessaria per garantire la coerenza sistematica dell'ordinamento e, addirittura, si impone qualora si adotti un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in parola, come indicato da Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., § 4.7.: «l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti».

<sup>399</sup> L'anticipazione della svolta s'era avuta qualche anno prima con il precedente sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da demansionamento: Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572.

<sup>400</sup> Il che può essere visto anche come un'importante tappa di quel percorso di avvicinamento dei due regimi di responsabilità civile (contrattuale e aquiliana) di cui si è dato conto nelle pagine precedenti. Per A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, cit., p. 294, le Sezioni Unite avvicinano i due regimi della R.C., unificando il problema del danno non patrimoniale «usando l'"interpretazione costituzionalmente corretta" come una pialla levigatrice».

mento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile [*ma sarebbe meglio parlare di diritto fondamentale, N.d.A.*<sup>401</sup>] della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni»<sup>402</sup>.

Nel proprio incedere argomentativo, la Corte trae linfa anche dall'art. 1174 c.c. Quest'ultimo conferma inequivocamente che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali. L'elemento che funge da faro per identificare gli interessi non patrimoniali obiettivamente nel contratto – e quindi meritevoli di tutela risarcitoria in caso di inadempimento – viene identificato nella *causa concreta* del negozio (*i.e.* la sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato)<sup>403</sup>.

Sicché, le Sezioni Unite identificano talune fattispecie paradigmatiche di contratti le cui prestazioni coinvolgono direttamente uno o più diritti fondamentali della persona. Vi sono, anzitutto, i c.d. *contratti di protezione* che tipicamente si concludono nel settore sanitario; nonché quelli che intercorrono tra l'allievo e l'istituto scolastico (si pensi alla giurisprudenza sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione dell'alunno). Talvolta, poi, è direttamente la legge ad affermare che un dato contratto tende alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali: è il caso del *contratto di lavoro*, con il suo riferimento espresso alla "integrità fisica" e alla "personalità morale" del lavoratore (art. 2087 c.c.). È pure il caso del *contratto di trasporto*: la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.).

---

<sup>401</sup> Invero, il grosso delle argomentazioni viene svolto dalla Cassazione con riferimento al diritto alla salute, qualificato espressamente dalla Carta come *fondamentale* (art. 32 Cost.), e non già come inviolabile.

<sup>402</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., § 4.1. Critico sul metodo argomentativo seguito dalle Sezioni Unite e sui risultati raggiunti, seppure sembri condividerne lo scopo, è A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, cit., p. 292 ss.

<sup>403</sup> Nei repertori di giurisprudenza – non solo domestica – si ritrova una significativa casistica di interessi non patrimoniali lesi dall'inadempimento di obbligazioni contrattuali. Si pensi al caso del preventivo deposito del proprio seme da parte di un uomo, in vista di un pericoloso intervento chirurgico che potrebbe renderlo sterile, e alla successiva distruzione colposa di tale materiale biologico da parte della banca del seme. O ancora, si ponga mente all'orchestra che non si presenti il giorno fissato per le nozze, o al fotografo che distrugga l'unica copia delle foto ricordo del matrimonio: cfr. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 98 ss.

Si tratta di una pronuncia senz'altro importante che ha avuto il merito di archiviare la tesi negazionista sul danno morale da inadempimento. Tuttavia, l'impostazione potrebbe meritare qualche correttivo, giacché essa sembra restringere eccessivamente l'area della risarcibilità e genera soverchia incertezza applicativa.

Per autorevole dottrina, in questo contesto, la richiesta valutazione di "ingiustizia", simile a quella che si effettua in ambito aquiliano, costituirebbe un errore di prospettiva, giacché nella logica contrattuale tutti gli interessi protetti dal programma meritano protezione, senza che possano darsi valutazioni o giustificazioni esterne. In altre parole, «l'inadempimento o l'inesatto adempimento possono essere considerati come "fatti illeciti" che, in sé, impongono di risarcire tutte le conseguenze dannose (anche "non patrimoniali") che sono provocate al creditore o, addirittura, al "terzo" (...), senza che alcun rilievo assuma l'ingiustizia del danno, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante»<sup>404</sup>.

Inoltre, poiché la Cassazione richiede un filtro di "ingiustizia costituzionalmente qualificata" – sulla falsa riga del filtro congegnato per la responsabilità aquiliana – ci si apre ad una valutazione casistica: i giudici di merito, adeguatamente sollecitati dalle parti, sono chiamati a selezionare gli interessi sottesi al contratto per escludere o ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>405</sup>. La giurisprudenza di merito ha recepito il predetto principio di diritto ma assistiamo ad un panorama decisionale variegato e talvolta contraddittorio. Così, per limitarsi a un paio di esempi, si è ritenuto che l'interruzione della fornitura di energia elettrica non dia luogo al risarcimento del danno morale dell'uten-

---

<sup>404</sup> A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1/2009, p. 39. G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 708 ss., critica l'estensione del paradigma *ex art. 2059 c.c.* alla materia contrattuale operata dalle Sezioni Unite, poiché, di fatto, limita eccessivamente – e senza apprezzabili giustificazioni – la risarcibilità del danno da inadempimento; giungendosi, secondo l'A., al paradosso che «per effetto di questa costruzione i diritti pur "inviolabili" della persona appaiono... violabilissimi». Sicché, l'A. propone un inquadramento della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento endogeno al (sotto)sistema della responsabilità contrattuale. In tale prospettiva, ben si potrebbero utilizzare le tipizzazioni legislative e i modelli di tipizzazione sociale per selezionare gli interessi che possono dirsi dedotti *in obligatione* e, per tale ragione, protetti dalla tutela contrattuale. In altre parole: quegli interessi che rientrano nel programma di protezione del contratto. Insomma, «le tecniche e le regole che operano nel campo della responsabilità contrattuale consentono di filtrare le "aspettative" non patrimoniali dei contraenti giuridicamente rilevanti e di contenere il numero dei pregiudizi risarcibili, scacciando via il rischio che possa verificarsi il temuto *flood of litigation*».

<sup>405</sup> Per A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, cit., p. 295, si tratterebbe di una svolta «non del tutto compiuta, almeno a seguire le critiche di chi – da "sinistra" – avrebbe preferito un più ampio riconoscimento, esteso cioè alla protezione di tutti gli interessi non patrimoniali riferiti al creditore, e non solo di quelli relativi a diritti inviolabili di rango costituzionale».

te<sup>406</sup>. Mentre quest'ultimo è stato risarcito al pendolare, a fronte dell'inadempimento del contratto di trasporto ferroviario<sup>407</sup>.

L'impostazione della Suprema Corte, che, bisogna ribadirlo, ha il pregio di aver inaugurato la strada corretta sulla risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, potrebbe essere perfezionata nei termini seguenti. Al creditore dovrebbero essere risarcite di *default* tutte le voci di danno non patrimoniale occasionate dal mancato o inesatto adempimento, secondo il principio di integrale riparazione<sup>408</sup>. Nel caso in cui, poi, l'inadempimento sia connotato da una peculiare condotta riprovevole e sia accertata un'ingiustizia costituzionalmente qualificata a carico dei diritti del creditore, al risarcimento del danno non patrimoniale potrà essere impressa una curvatura sanzionatoria, nei limiti di cui si dirà *infra* per considerare le esigenze di prevedibilità e certezza del diritto (cfr. § 5.4. ss.)<sup>409</sup>.

Per completezza, si deve considerare che un significativo argomento per affermare la risarcibilità del danno morale da inadempimento è rinvenibile nel diritto europeo<sup>410</sup>.

Per un verso, viene in rilievo il diritto UE. La fattispecie emblematica è quella del danno da vacanza rovinata. L'archetipo normativo è costituito dall'art. 5,

<sup>406</sup> Trib. Potenza, 28 ottobre 2010, in *Danno e resp.*, 4/2011, p. 411 ss., con nota critica di L. CAPUTI, *Danno non patrimoniale contrattuale: tentativi di embargo da autonomia privata?*; in tale pronuncia il Tribunale non ha rinvenuto nel contratto di somministrazione una connessione con il "valore inviolabile della persona". Ma tale conclusione appare opinabile.

<sup>407</sup> Giudice di Pace Piacenza, 30 dicembre 2008, in *Danno e resp.*, 7/2009, p. 771 ss. Cfr. l'ulteriore casistica analizzata da A.M. BENEDETTI, *ibidem*. Per Cass., 29 gennaio 2019, n. 2358, e con particolare riferimento al guasto telefonico, ai fini del riconoscimento del danno non patrimoniale, si richiede la prova della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio, *id est* dello sconvolgimento esistenziale cagionato dall'inadempimento. Rispetta tale principio la giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Crotone, 23 ottobre 2019, n. 9987, in banca dati *Dejure*.

<sup>408</sup> Come osservato da G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 713 «anche la lesione di valori personali di rango inferiore [ai diritti inviolabili della persona, N.d.A.] merita una reazione da parte dell'ordinamento giuridico secondo gli strumenti della tutela contrattuale, l'importante è che a queste utilità non patrimoniali, di qualunque rango esse siano, sia possibile accordare rilievo attraverso le consuete tecniche di rilevazione degli interessi dei contraenti». Con riguardo alla fase precontrattuale cfr. G. BEVININO, *op. ult. cit.*, p. 610 s., che nel caso di illecito precontrattuale non vede ostacoli alla risarcibilità del danno non patrimoniale. E ciò anche ove si qualificasse la responsabilità precontrattuale come schiettamente contrattuale: l'idea di fondo, alla base dell'impostazione metodologica dell'A., è quella per cui «le esigenze di tutela dovrebbero, anche in questo caso, ritenersi prevalenti rispetto a ogni possibile costrutto dottrinario e/o dogmatico e garantire, pertanto, la predetta risarcibilità».

<sup>409</sup> Va da sé che della peculiare odiosità della condotta dovrà essere offerta sicura e rigorosa prova in giudizio.

<sup>410</sup> Per F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 278, si tratta di uno sprone a non trascurare e, invece, governare il danno non patrimoniale contrattuale. Cfr. tale A. anche per un'analisi della tendenza evolutiva del diritto UE in materia. Si v. altresì A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquisi*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2009, I, p. 573 ss.

comma 2, ult. periodo, della Direttiva 1990/314/CEE che evocava espressamente «i danni diversi da quelli corporali». La Corte di giustizia ha stabilito che il cit. art. 5 «deve essere interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio "tutto compreso"»<sup>411</sup>. L'*acquis* in materia è stato poi codificato con la nuova Direttiva 2015/2302/UE. Ivi si afferma che «il risarcimento dovrebbe coprire anche i danni morali, come il risarcimento per la perdita in termini di godimento del viaggio o della vacanza a causa di problemi sostanziali nell'esecuzione dei pertinenti servizi turistici» (Considerando n. 34).

Coerentemente a tale obiettivo indicato dal legislatore UE, il *conditor* nazionale ha previsto che l'acquirente di un pacchetto turistico, a seguito di un inadempimento di non scarsa importanza, ha diritto *inter alia* al «risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta» (art. 46, comma 1, d.lgs. n. 79/2011)<sup>412</sup>.

Per altro verso, merita richiamo anche la prospettiva di un edificando diritto comune europeo. Il diritto privato sopranazionale che verrà (?)<sup>413</sup> apre alla massima risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. L'art. III-3:701, comma 3), DCFR dispone: «"loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life»<sup>414</sup>.

Qualche considerazione di sintesi su contratto e *overcompensation*.

In base al diritto vigente, abbiamo visto, è aperta la risarcibilità del danno non patrimoniale quando il contratto prima, e il suo inadempimento poi, coinvolgano diritti fondamentali del creditore. Secondo la Suprema Corte, per tale componente di danno si impone, ovviamente, la valutazione equitativa<sup>415</sup>. Poi-

<sup>411</sup> Corte di giustizia, 12 marzo 2002, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, EU:C:2002:163, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1097 ss., con nota di C.S. CARRASSI.

<sup>412</sup> Si deve ricordare anche il Reg. 11 febbraio 2004, n. 261 in materia di voli aerei, il quale contiene un grimaldello utile a scardinare la tradizionale visione meramente economica della responsabilità contrattuale: la nozione di "risarcimento supplementare" ("*further compensation*") prevista dall'art. 12. Si tratta di un'indicazione importante, sebbene imprecisa, che porta ad ampliare i confini del danno risarcibile. Per l'analisi di tale norma nel dialogo tra alte corti cfr. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 279, spec. nt. 180.

<sup>413</sup> Che ancora non è diritto positivo, certo. Anzi qualcuno dubita, non senza un fondamento, che lo diventerà mai. Tuttavia, la prospettiva è senz'altro utile per leggere le possibili traiettorie del diritto nazionale, nonché «*to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development – and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy*»: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR), Munich, 2009, Intr., p. 7.

<sup>414</sup> Una soluzione analoga è accolta nei PECL (art. 9:501) e nei Principi Unidroit (art. 7.4.2.).

<sup>415</sup> Cfr. *ex multis* Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2014, p. 493 ss., con nota di C.M. BIANCA: «la valutazione equitativa è diretta a determinare "la compensazione eco-

ché, come osservato, nell'ambito della valutazione equitativa del danno morale, ai fini della quantificazione, possono assumere rilievo la condotta del debitore e l'intensità del suo elemento psicologico, può accadere che, anche nel contesto contrattuale, il danno non patrimoniale rappresenti la via – e la giustificazione – per veicolare una sanzione. Invero, ciò *accade costantemente* nei nostri Tribunali (si v. per tutti il caso relativo al filmino della Comunione analizzato nel Cap. I), anche senza il *placet* di coloro che non amano sentir parlare di sanzione, soprattutto nell'agone contrattuale. E sembra *opportuno che talune volte accada*, per le consistenti ragioni di politica del diritto finora analizzate: tutela dei diritti fondamentali del creditore oggettivati nel contratto, scoraggiamento degli inadempimenti dolosi, moralizzazione dei traffici.

Per tali ragioni, e per evitare che la delicata materia sia lasciata all'imprevedibilità, pare opportuno che la proponenda fattispecie generale ultra-compensativa – dai chiari presupposti applicativi in termini di *an* e *quantum* – sia applicabile anche per governare il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (cfr. Cap. V).

---

nomica socialmente adeguata” del pregiudizio, quella che “l'ambiente sociale accetta come compensazione equa”. (...) Subordinata all'esistenza del danno risarcibile e alla circostanza dell'impossibilità o estrema difficoltà di prova nel suo preciso ammontare (...) la valutazione equitativa deve essere condotta con prudente e ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto, considerandosi in particolare la rilevanza economica del danno alla stregua della coscienza sociale e i vari fattori incidenti sulla gravità della lesione». Si v. Cass., Sez. lav., 19 maggio 2010, n. 12318, che ascrive rilievo alla odiosità della condotta del danneggiante come criterio per la liquidazione equitativa del danno. Si v. anche Cass., 20 ottobre 2020, n. 22859, che, seppur in ambito aquiliano, afferma la possibilità, in determinati casi, di superare i limiti (minimi e massimi) degli ordinari parametri previsti dalle tabelle di Milano; purché il magistrato dia adeguatamente conto in motivazione delle irripetibili circostanze del caso concreto e di come esse siano state considerate. Se ne trae un'indicazione importante, anche in ambito contrattuale, in relazione all'importanza di valorizzare *compiutamente* tutte le voci di danno scaturite dall'inadempimento (ma v. già i punti nn. 5) e 10) del c.d. “decalogo” apparcchiato da Cass., 27 marzo 2018, n. 7513. Per F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 278, in base al nostro sistema giuridico attuale, interpretato evolutivamente, l'interesse positivo non patrimoniale assume rilevanza sul piano risarcitorio quale espressione del risultato oggetto dell'obbligo (c.d. danno intrinseco). Il suo ammontare, in difetto di criteri legislativi, dovrà essere determinato in via equitativa. Sia per liquidare un danno non precisamente determinabile; sia per parametrare il risarcimento – non patrimoniale – all'originario equilibrio sinallagmatico. Cass., 29 gennaio 2019, n. 2358, riproponendo uno stabile orientamento, afferma che, comunque, «la liquidazione equitativa presuppone che il pregiudizio del quale si reclama il risarcimento sia stato accertato nella sua consistenza ontologica».





CAPITOLO TERZO

UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO:  
IL SISTEMA FRANCESE

SOMMARIO: 3.1. Tra prestigio e potere: la circolazione dei modelli giuridici di responsabilità. – 3.2. I caratteri tradizionali della responsabilità civile in Francia. – 3.3. *Segue*: il mito della *équivalence entre dommage et réparation*. – 3.4. Il cantiere francese di riforma del *Code civil*: gli obiettivi dichiarati e il metodo utilizzato. – 3.5. Le proposte di riforma della R.C. Dal *dommage punitif* all'*amende civile*: alchimie linguistiche per evitare (formalmente) l'*américanisation du droit*. – 3.6. La *faute lucrative* e il beneficiario della sanzione. – 3.7. *Caution! Legislator (and lobbyist) at work*.

3.1. *Tra prestigio e potere: la circolazione dei modelli giuridici di responsabilità*

Qualsiasi discorso sulla circolazione dei modelli di responsabilità non può prescindere dall'inquadramento delle dinamiche di circolazione dei modelli giuridici in generale<sup>1</sup>. È fin banale (oggi) osservare che il diritto muta incessantemente soprattutto perché variano, a monte, le esigenze sociali che dovrebbero trovare nella norma una risposta<sup>2</sup>. In questa diuturna evoluzione sono frequentissime le “contaminazioni” fra sistemi giuridici<sup>3</sup>, amplificate e incoraggiate dal fenomeno della globalizzazione. Inoltre, le sentenze straniere circolano in diver-

---

<sup>1</sup>Va osservato, a questo proposito, come le regole applicabili in tema di responsabilità civile siano strettamente legate ad altri istituti cardine del diritto privato. Infatti, «proprietà, diritto soggettivo, contratto, sono tutti istituti strettamente connessi con le direttive di responsabilità civile già nel secolo scorso [l'800, N.d.A.]. Essi delineano un sistema che realizza appieno l'ideologia borghese. In questo senso, la “colpa” come unica fonte di responsabilità (insieme con il “dolo”) assolve la stessa funzione ideologica che assolvono, negli altri settori dell'ordinamento, il dogma della libertà contrattuale e il principio della assolutezza dei poteri del proprietario»: G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 105. Non è un caso che a circolare sia stato sovente il modello ‘codice’ che rappresenta una sistemazione coerente delle direttive economiche e degli istituti evocati.

<sup>2</sup>Cfr. W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, Londra, 1959.

<sup>3</sup>Discorre di “contaminazioni” tra i diversi sistemi P.G. MONATERI, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, in *13 Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 2003, p. 575 ss.

si ordinamenti. Dottori e giudici guardano ai modelli altrui. I legislatori, per necessità o per velleità, riformano. Archiviati, almeno per il momento, i tentativi di ricercare una verità giuridica ed una ragione del decidere invariabile nel tempo e nello spazio<sup>4</sup> – tentativi che hanno costituito un assillo ricorsivo nella storia del diritto, soprattutto nel XX secolo, il giurista ha cominciato ad accettare come fisiologiche le differenze e le variazioni, e si è concentrato sullo studio delle loro cause e sulla circolazione dei modelli normativi. In tale processo, la comparazione giuridica, soprattutto intesa come metodo, ha svolto un ruolo significativo<sup>5</sup>. La stessa classificazione dei sistemi avviene, in sostanza, all'esito di una selezione delle loro caratteristiche più stabili e meno soggette a modifiche influenzate – tra gli altri – dal fattore tempo; sicché, «la classificazione dei sistemi presuppone uno studio sui meccanismi attraverso cui si realizza la mutazione giuridica»<sup>6</sup>.

Uno studio analitico delle diverse teorie formulate per spiegare il fenomeno della mutazione giuridica e della circolazione dei modelli trascenderebbe, evidentemente, le finalità di queste pagine<sup>7</sup>. Tuttavia, sembra opportuno almeno un richiamo alla «teorizzazione forse più coerente e compiuta della mutazione

<sup>4</sup> Sebbene la realtà abbia sinora smentito la velleità di trovare, o di aver trovato, verità giuridiche invariabili e onnicomprensive, «la nobilissima aspirazione a trovare regole eterne e generali è un potente stimolo a migliorare il diritto positivo purgandolo dalla irragionevolezza e spronandolo verso valori via via più elevati»: così R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto civ.*, 1988, versione *online*, § 1.

<sup>5</sup> Cfr. G. RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, cit., spec. p. 1156 e 1171 ss. In tale brillante saggio di “archeologia del sapere”, l'A. mostra *inter alia* come il comparativismo abbia caratterizzato in misura significativa già il XIX sec.: «plusieurs disciplines scientifiques s'étaient affirmées, depuis le début du siècle, en tant que disciplines typiquement “comparatives”. Particulièrement formatrice pour le paradigme scientifique fut l'expérience des sciences du vivant».

<sup>6</sup> A. SOMMA, *Tanto per cambiare ... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXIX, n. 116, mayo-agosto 2006, p. 537. Cfr. anche M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN-R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 441 ss.

<sup>7</sup> Diverse teorie sono fiorite e gli studi continuano, utilizzando oggi, quasi di *default*, un approccio interdisciplinare, cercando di fondere conoscenze e metodi tradizionalmente appannaggio di diverse discipline: sociologia, economia, scienze politiche, antropologia etc. Sembra possibile tracciare una macro-distinzione tra le teoriche di stampo evolutzionista, *grosso modo* centrate su una lettura lineare dello sviluppo giuridico verso una meta “ideale” (teoriche che risentono, anche nelle versioni più recenti, di marcati accenti darwinisti), e le teoriche di matrice diffusionista che, invece, ritengono essere il mutamento una conseguenza del contatto tra culture e, solo in casi invero eccezionali, figlio di un'innovazione originale del sistema considerato. Per una panoramica critica delle diverse teorie proposte, i loro corollari di ordine culturale e il loro utilizzo per decodificare il fenomeno della mondializzazione cfr. A. SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 537 ss., ed ivi ampia bibliografia; nonché ID., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, n. 109, enero-abril 2004, spec. p. 186 ss. Si v. anche É. AGOSTINI, *Droit Comparé*, Parigi, 1988; E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

giuridica per diffusione», riconducibile a due massimi studiosi della comparazione, Sacco e Watson, il cui pensiero sembra mostrare, peraltro, notevoli “assonanze transoceaniche”<sup>8</sup>.

Anzitutto, come insegnato da Sacco, conviene distinguere quella mutazione che si presenti come un *unicum*, ossia senza precedenti che la spieghino (innovazione creativa), da quella che invece risulti essere debitrice di un modello preesistente (imitazione).

La mutazione genuinamente innovativa appare raramente. Guardando, ad esempio, alle codificazioni civili, si potrà osservare che tra le centinaia di codici promulgati dal 1804 in avanti ve ne siano pochissimi schiettamente originali, che potremmo definire archetipi<sup>9</sup>. La storia mostra che dietro al codice v'è quasi sempre la dottrina nazionale e, sovente, un altro codice preso a modello.

Assai più significativa, sul piano statistico, appare invece la mutazione per imitazione. Quando quest'ultima investe, intenzionalmente, un'intera branca del diritto, suole parlarsi di recezione, trapianto o innesto (*grafting*)<sup>10</sup>. L'imitazione, poi, può avvenire da un formante dato al formante omologo dell'ordinamento di destinazione, ad esempio da legislativo a legislativo, com'è verificabile nel caso del codice civile italiano del 1865, debitore del Code Napoléon. Oppure può avvenire tra formanti diversi: una soluzione di matrice dottrinarica può essere codificata dal legislatore nazionale di quella dottrina, e poi essere imitata e “sponsorizzata” dalla dottrina di altri paesi; sicché, qualche altro legislatore potrà persuadersi dell'opportunità di quella soluzione<sup>11</sup>. Ed è proprio la circolazione per imitazione tra formanti disomologhi che sembra rintracciarsi nella diffusione dei *punitive damages* di origine inglese: in un primo passaggio da giudice a giudice esso si diffonde dall'Inghilterra ad altri ordinamenti di *common law* e in particolare negli Stati Uniti. La dottrina di tale Paese, culturalmente egemone nella seconda metà del Novecento<sup>12</sup>, concorre a sua volta a diffondere il modello in paesi *civilian* che conoscevano il “mito” della riparazione integrale (*tout le dommage et rien que le dommage*). Sotto la spinta della dottrina domestica, qualche legislatore ha poi codificato istituti simili ai *punitive damages* (Argentina, cfr. *infra* § 5.4.) e qualche altro valuta di farlo (Francia), mentre la dottrina e la giurisprudenza di altri paesi, più o meno apertamente, guardano all'istituto in

---

<sup>8</sup> Cfr. S. FERRERI, *Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 172 ss.

<sup>9</sup> R. SACCO, *op. ult. cit.*, § 4, annovera tra quelli innovativi di origine nazionale il Code civil, l'ABGB, il BGB, in parte il op.zak (cecoslovacco) del 1964 e il nucleo di norme socialiste contenute negli osnovy (sovietici) del 1961.

<sup>10</sup> Cfr. per tutti A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, cit., *passim*.

<sup>11</sup> Questo è il caso noto della teoria del negozio giuridico.

<sup>12</sup> Si tratta di una circostanza piuttosto nota: v. per tutti MATTEI U.-E. ARIANO, *Il modello di common law*, V ed., Torino, 2018, spec. cap. IX, p. 246 ss.

parola per rivisitare in chiave critica il proprio sistema di R.C. (è il caso dell'Italia, ad esempio)<sup>13</sup>.

Il ricorso, anche frequente, all'imitazione è un fenomeno facilmente osservabile. Più ardua si presenta la comprensione delle sue cause. Naturalmente ve ne sono diverse, le quali possono operare anche congiuntamente. Per gli studiosi della circolazione dei modelli, le principali cause dell'imitazione possono individuarsi nell'*imposizione*, nel "*prestigio*" e nella comoda *accessibilità* di un modello da parte (dei giuristi) del sistema imitatore<sup>14</sup>.

Il primo significato dell'imposizione è piuttosto evidente. Vi è senz'altro l'atto di pura forza politico-militare che porta il vincitore a imporre il proprio modello giuridico al vinto. Anche a tale proposito il Code civil francese del 1804 si dimostra emblematico: sebbene tale modello abbia goduto di un intrinseco prestigio dovuto alle sue qualità tecniche<sup>15</sup> e all'impostazione ideologica che intercettava taluni mutamenti epocali consumatisi anche oltre i confini francesi – qualità che ne hanno favorito l'ampia diffusione oltre le frontiere dell'area romanistica – è innegabile che esso sia stato esportato, principalmente, sulla punta delle baionette dei soldati di Napoleone, prima; e insieme all'espansione coloniale francese, poi<sup>16</sup>. Vero è che le recezioni dovute a meri atti di forza del paese esportatore sono forse più rare di quanto si possa pensare di primo acchito; e, d'altronde, queste tendono a essere reversibili, cessando «quando il rapporto di forza si modifichi»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> In relazione all'interessante fenomeno dell'imitazione da giudice a giudice, oggi spinto a livelli mai visti prima che assume, talvolta, le sembianze di un vero e proprio dialogo tra corti, si v. le riflessioni di G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, spec. p. 543 ss.; l'illustre A. ha mostrato che fino al 1789 oltre all'Europa delle università esisteva un'Europa dei giudici che, sovente, si ispiravano ai precedenti stranieri oltreché, ovviamente, a quelli domestici. D'altro canto, non ci si deve stupire della spiccata propensione della dottrina all'imitazione: non si tratta di una minore originalità di tale formante. Né di un minore rispetto nei confronti della tradizione domestica. Spesso l'imitazione giurisprudenziale è mediata da quella dottorale giacché «gli autori si dedicano più dei giudici a letture di autori non nazionali» (così R. SACCO, *ibidem*).

<sup>14</sup> Per R. SACCO, *op. ult. cit.*, § 6, imposizione e prestigio – e la loro dialettica – possono spiegare compiutamente il fenomeno dell'imitazione. Secondo A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, cit., p. 111 s. la causa principale dell'imitazione risiederebbe in una scelta di comodo operata in autonomia dai cultori del diritto, dovuta alla semplice accessibilità del modello imitato: sul punto si tornerà più ampiamente nel testo.

<sup>15</sup> Tra tali qualità merita di essere richiamato lo standard di linguaggio normativo adottato: non tanto per riferimento alla, pur celebrata, qualità della sua prosa, quanto al suo "livello semantico". Per A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, II, Torino 1988, 442 ss., spec. § 8, «questo livello semantico sorprendentemente equilibrato tra l'empireo dei concetti dottrinali ed il terreno delle decisioni concrete è stato poi indubbiamente oggetto di imitazione».

<sup>16</sup> In generale sul tema cfr. R. SACCO, *La circolazione del modello giuridico francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 515.

<sup>17</sup> R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, *ibidem*. L'A. porta l'esempio

Vi sono poi altre forme di imposizione, più velate e di gran lunga più comuni nel mondo configuratosi dopo la fine della Guerra Fredda. Da un lato, il fenomeno della globalizzazione in atto da alcuni decenni ha portato ad attenuare le differenze tra sistemi diversi e a imporre, strutturalmente per così dire, un unico modello di regolamentazione economica e sociale<sup>18</sup>. Tale fenomeno non si è limitato a produrre una neutrale uniformazione giuridica, necessaria a creare un ambiente giuridico comune per le ragioni del commercio mondializzato. Sovente la globalizzazione è diventata sinonimo di imperialismo culturale e veicolo di diffusione del diritto del paese globalmente egemone *pro tempore* (come noto gli USA, almeno dal crollo del Muro di Berlino in avanti)<sup>19</sup>. Dall'altro lato, in un contesto retorico di declamata neutralità e pura tecnicità<sup>20</sup>, talune istituzioni internazionali – tra le quali spiccano la Banca Mondiale e il Fondo Monetario In-

---

della diffusione dei modelli europei nelle colonie e osserva che l'innesto fu introdotto dai colonizzatori principalmente per regolare i rapporti fra europei e taluni rapporti non coperti dal diritto locale (ad es. alcuni aspetti del diritto commerciale); per contro, l'applicazione generalizzata del modello europeo si è verificata dopo la decolonizzazione per volere del potere locale: tale fenomeno potrebbe essere spiegato facendo ricorso alla nozione di prestigio di cui parla Sacco. Ma potrebbe anche trattarsi di un effetto collaterale della prima fase di imposizione politica, una sorta di "sindrome di Stoccolma" del dominato che, al momento della cessazione formale dell'imposizione, subisce il fascino del modello vincitore ed è portato quasi a nutrire un rifiuto verso il proprio modello tradizionale. Un esempio di avvicendamento tra imposizione politica e ricezione culturale si rinviene nel diritto giapponese, ove «allo strato moderno di diritto franco-tedesco si è sovrapposto, dopo la seconda guerra mondiale, il modello americano, in aspetti importanti come il diritto costituzionale, il diritto commerciale e la procedura penale (...) Tracce di imposizione politica, di retorica se non di vere istituzioni, si rinviengono oggi in Afghanistan e Iraq»: così U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 247. Sull'uso del diritto (anche) come strumento di potere cfr. altresì J.R. SCHMIDHAUSER, *Power, Legal Imperialism, and Dependency*, in *Law & Society Review*, Vol. 23, No. 5 (1989), p. 857 ss.

<sup>18</sup>Cfr. V. VARANO-V. BARSOTTI, *op. cit.*, p. 24 ss., anche per una fondata critica ad un approccio alla comparazione strumentale all'armonizzazione e alla convergenza ad ogni costo. Non sempre l'armonizzazione imposta sortisce l'effetto sperato: M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, p. 1059, constatava che la globalizzazione, oltre ad essere un propulsore per l'uniformità «crea [anche] numerose e diversificate contropunte negli ambienti sociali e culturali che resistono alla omogeneizzazione forzata ... donde la riemersione o il rafforzamento "difensivo" dei fattori socio-culturali locali».

<sup>19</sup>Cfr. A.M. MUSY, *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano in Italia*, Milano, 2004.

<sup>20</sup>A. NICITA-S. BENEDETTINI, *Towards the Economics of Comparative Law: the Doing Business Debate*, in P.G. MONATERI (Edited by), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 291, considerano che sempre più spesso i *policymakers* si riferiscono al concetto di 'qualità' come termine di paragone per valutare le istituzioni giuridiche. Tuttavia, «while 'quality' sounds like a sufficiently general and acceptable benchmark, it remains also an empty concept. Indeed, the quality of an institution is nothing more than the capacity of the institution to achieve a certain objective, which can be anything. A common and rather widespread claim is that better institutions are those that leave market agents to behave as freely as possible»: è chiaro, dunque, come il concetto di 'qualità' non sia affatto neutrale.

ternazionale – sogliono erogare aiuti finanziari condizionati all'adozione, da parte del paese assistito, di determinati standard e regole giuridiche, ad esempio in materia di organizzazione giudiziaria<sup>21</sup>. Talvolta, la concessione di risorse è «condizionata alla modifica di settori importanti dell'ordinamento, finalizzata, oltre che all'introduzione di efficaci mezzi di recupero delle somme date a prestito, alla complessiva trasformazione del sistema economico in senso marcatamente occidentale»<sup>22</sup>. In un simile contesto, dunque, risulterebbe quantomeno decettivo parlare di imitazione spontanea<sup>23</sup>.

Veniamo al prestigio del modello imitato, come causa dell'imitazione stessa. Il linguista ci spiega che il “prestigio” consiste nel rispetto e ammirazione che, in virtù di particolari meriti e doti, si ottengono da altri<sup>24</sup>. Il comparatista, sebbene riconosca si tratti di una spiegazione tautologica, ci consegna un'osservazione verificabile: il desiderio di appropriarsi di alcune attribuzioni altrui (quando queste siano, appunto, assistite da prestigio) spinge ad imitare quel modello culturale ritenuto meritevole, autorevole, efficace e via discorrendo<sup>25</sup>. Talvolta vi è

<sup>21</sup> U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law, ibidem*, osservano che le riforme “condizionali” proposte dalle evocate istituzioni internazionali «promuovono una grande quantità di soluzioni, stilemi e modelli fondati nel *common law*, e hanno determinato nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso un'accelerazione nel tasso di americanizzazione del diritto globale che non ha precedenti nella storia della circolazione del diritto».

<sup>22</sup> A. SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 547.

<sup>23</sup> Non a caso si suole parlare di “circolazione giuridica per ricatto”: cfr. U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law, ibidem*. Per una discussione generale del tema, con *focus* sull'America latina cfr. J.A. GARDNER, *Legal Imperialism – American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, 1981. E. GRANDE, *op. cit.*, p. XVI, nt. 5, osserva che il fenomeno dell'imperialismo giuridico «si presenta da qualche anno come un'imposizione più occulta rispetto alla tradizionale *manu militare*». Tale A. si domanda infatti se i modelli giuridici veicolati dalle istituzioni finanziarie internazionali siano da considerarsi proposti o imposti. Cfr. altresì G. AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 115 ss.; e M. GUADAGNI, voce *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, II, 1998, p. 542.

<sup>24</sup> Voce *Prestigio*, in *dizionario Treccani online*, [https://www.treccani.it/vocabolario/prestigio\\_%28Sinonimi-e-Contrari%29/#:~:text=prestigio%20%2Fpre'stid%CA%92o%2F%20s.%20m.,%2C%20carisma%2C%20credito%2C%20rispettabilit%C3%A0](https://www.treccani.it/vocabolario/prestigio_%28Sinonimi-e-Contrari%29/#:~:text=prestigio%20%2Fpre'stid%CA%92o%2F%20s.%20m.,%2C%20carisma%2C%20credito%2C%20rispettabilit%C3%A0).

<sup>25</sup> Per R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici, ibidem*, «l'operatività del “prestigio” è un postulato indispensabile per spiegare la circolazione di moltissimi modelli culturali: il prestigio presiede alla diffusione della moda degli abiti e di numerosi altri modelli. È ancora il prestigio che diffonde ogni impercettibile mutamento linguistico (dopo che questo mutamento sia stato eseguito una prima volta». Sulla propensione degli esseri umani ad imitare personaggi e modelli ritenuti – a torto o a ragione – autorevoli o, comunque, di successo proprio non si può dubitare: per persuadersene basti osservare la “istituzionalizzazione” del ruolo dei c.d. *influencer* nell'ambito delle strategie di comunicazione e *marketing* commerciale e anche politico: cfr. voce *Influencer*, in *dizionario Treccani online*, [https://www.treccani.it/vocabolario/influencer\\_res-728101ee-89c5-11e8-a7cb-00271042e8d9\\_%28Neologismi%29/](https://www.treccani.it/vocabolario/influencer_res-728101ee-89c5-11e8-a7cb-00271042e8d9_%28Neologismi%29/).

addirittura una dichiarazione esplicita da parte del formante di un ordinamento circa l'ambizione ad acquistare o ri-acquistare una posizione di prestigio tra i sistemi modello o *à la page*, per così dire<sup>26</sup>.

A valle di tale osservazione si può essere indotti, tuttavia, a domandarsi *cosa* renda un modello giuridico prestigioso<sup>27</sup>. Un tentativo di risposta a tale quesito è stato offerto analizzando il quadro della circolazione incrociata di modelli, esportati e importati, vissuta negli ultimi due secoli, in campo civile e penale, dal mondo giuridico statunitense<sup>28</sup>.

Tale sistema offre allo studioso un punto di osservazione privilegiato. Esso ha esportato ed esporta ancor oggi il proprio modello privatistico; sembra aver importato modelli europei, invece, con riguardo al diritto penale sostanziale; ed esportato, per converso, il proprio modello processual-penalistico (*adversary*)<sup>29</sup>. Si può parlare, in estrema sintesi, di una circolazione incrociata di modelli<sup>30</sup>.

In base all'ipotesi avanzata – la quale sembra trovare il conforto dei dati storici<sup>31</sup> – un modello “scientifico-culturale” «circola perché circolano i programmi, le metodologie e gli indirizzi della sua dottrina, che, come ci è dato sapere, è il più

<sup>26</sup> Ad esempio, come si dirà *infra* nel testo, il legislatore della riforma ambisce dichiaratamente a riacquistare prestigio, influenza internazionale e il potere consequenziale che ne derivano per il sistema francese.

<sup>27</sup> In altre parole: «il prestigio di un modello giuridico sembra legato alla convinzione della sua superiorità intrinseca: il modello *x* appare migliore agli occhi di chi desidera imitarlo. Non vi sono, tuttavia, strumenti capaci di misurarne oggettivamente la superiorità. Che cosa fa dunque apparire un modello giuridico, agli occhi del suo osservatore, migliore rispetto al proprio, al punto da volerne imitare le soluzioni?»: E. GRANDE, *op. cit.*, p. XVI.

<sup>28</sup> Il riferimento è all'interessante ipotesi di E. GRANDE, *op. cit.*, p. XXI ss. L'A., nella ricerca di una spiegazione dei flussi migratori osservabili nel sistema nordamericano, muove dall'individuazione di tre modelli fondamentali ai quali corrispondono diverse *rationes* di fondo della circolazione. Si tratta: a) del modello c.d. “scientifico-culturale”; b) del modello “di politica del diritto” o a “sub-tradizione politico filosofica”; c) del modello “efficiente”.

<sup>29</sup> Basti pensare al nuovo codice di procedura penale italiano del 1988, palesemente ispirato al modello accusatorio statunitense. Cfr. ancora E. GRANDE, *op. cit.*, p. XVII ss.; U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 187; nonché G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano*, trad. it., Milano, 1988, p. 29 ss.; M. REIMANN (Edited by), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993, *passim*.

<sup>30</sup> Si osserva peraltro che tale circolazione incrociata sembra mettere in crisi alcuni tentativi di spiegazione a eziologia mono-fattoriale, come quelli, essenzialmente di ispirazione marxista, che vedono l'esportazione di modelli giuridici legata esclusivamente all'egemonia politico-economica. A scanso di equivoci: gli impulsi economici e gli interessi di classe hanno rappresentato e continuano a rappresentare il motore principale (di gran parte) del fenomeno giuridico. Tuttavia, non sembra che essi possano essere usati da soli e semplicisticamente per spiegare fenomeni complessi come la circolazione di modelli giuridici, che sembra trovare, invece, migliore inquadramento in teorie multi-fattoriali.

<sup>31</sup> Discute del rapporto fra storia del diritto e diritto comparato M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht*, 1999, p. 531 ss.



transnazionale dei formanti e per questo il più idoneo a veicolare l'esportazione di una cultura giuridica»<sup>32</sup>. Il tutto a condizione che la dottrina del paese esportatore presenti, contemporaneamente, due qualità: 1) sia considerata autorevole nel sistema d'origine e goda, quindi, di una posizione di predominio tra i formanti del medesimo; 2) sia caratterizzata da un significativo metapositivismo metodologico, capace di elaborare indirizzi e approcci che trascendano le peculiarità locali e di emanare, dunque, quell'attrattiva transnazionale<sup>33</sup>.

Infine, tra le principali cause di imitazione, si deve ricordare la comoda *accessibilità* di un modello da parte del sistema imitatore. Invero, trattasi di una dinamica interna al ceto dei giuristi di tale sistema e dipende, largamente, dalla loro formazione e propensione culturale e ideologica<sup>34</sup>: il che la rende libera ma anche abbastanza casuale e difficile da inquadrare in una teoria generale<sup>35</sup>. Più in dettaglio, «an outsider's system of law is accessible above all when it is (a) in writing, (b) in a form that makes it relatively easy to find and understand (and this includes the language in which it is written) and (c) readily available...»<sup>36</sup>. Alla comodità di accesso si possono aggiungere anche la consuetudine e la moda: in effetti, «once a system becomes used as a quarry, it will be borrowed from again, and the more it is borrowed from, the more the right thing to do is to borrow from that system, even when the rule that is taken is not necessarily appropriate»<sup>37</sup>. Insomma, la scelta di comodo di una classe di giuristi o una moda

<sup>32</sup>E. GRANDE, *op. cit.*, p. 45. Per l'A. tale ipotesi vale per quel modello c.d. "scientifico-culturale" o, secondo una tassonomia ormai classica, "a sub-tradizione tecnico-giuridica": cfr. A. GAMBARO, *La proprietà nel common-law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum – Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, p. 3 ss.

<sup>33</sup>E. GRANDE, *ibidem*. Per l'Autrice tali due caratteristiche sono rinvenibili, ad esempio, nella pandettistica tedesca che ha esportato il proprio modello privatistico negli USA alla fine dell'Ottocento, e nella dottrina privatistica americana (dal realismo in poi) che ha assunto il ruolo trainante nel proprio sistema (anche) quando si è disinteressata delle peculiarità statuali e ha cominciato a studiare e insegnare un diritto americano "generale" e sovrapositivo. Cfr. U. MATTEI, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, in *42 Am. J. Comp. L.* 195 (1994): la tesi principale dell'A. è che «there is an inverse relationship between leadership in Western law and the degree of positivism and localism of a given legal culture».

<sup>34</sup>Ciò risulta particolarmente evidente nel campo indagato: alla base della varianza della *tort law* – e quasi in una dimensione pre-giuridica – stanno differenti idee, attitudini, fiducia e aspettative che una data collettività assume in relazione alle istituzioni, al contenzioso e, più in generale, alle relazioni sociali: cfr. M. BUSSANI-M. INFANTINO, *op. cit.*, p. 11. Sembra inevitabile, dunque, che il giurista nazionale sia condizionato dal proprio *background* sociale e culturale anche quando si accosti – con occhio critico o meno – al modello altrui.

<sup>35</sup>A. SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 544 s., il quale, oltre a evocare la casualità di tale scelta di comodo, discute anche della capacità dell'ordinamento esportatore di assumere un ruolo guida nella formazione dei giuristi. Sul punto si v. anche W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, in *Am. Journ. of Comp. Law*, 2/1991, p. 229 ss.

<sup>36</sup>A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, cit., p. 111 ss.

<sup>37</sup>A. WATSON, *ibidem*.

che si è venuta affermando possono ben innescare una consuetudine, il che, peraltro, concorre ad accrescere il prestigio del sistema imitato, rafforzandone l'immagine di sistema virtuoso e di 'qualità'<sup>38</sup>.

La circolazione dei modelli di responsabilità civile si inserisce, dunque, nelle dinamiche sopra accennate.

A tutt'oggi, in diversi sistemi giuridici assistiamo a movimenti significativi – in chiaro o a livello carsico – alle frontiere dell'illecito. Per restare agli esempi più eloquenti: la Francia riforma la materia; la Cina, in un complessivo lavoro (anche) di *marketing* giuridico, introduce i danni punitivi e annovera formalmente tra le funzioni della R.C. «*the social harmony and stability*»<sup>39</sup>. Le Corti nordamericane continuano la propria incessante opera di creazione e risistemazione della *tort law*.

Come anticipato in Premessa, nel presente lavoro sono stati scelti come sistemi giuridici *target* della comparazione quello francese e quello statunitense. Quanto sinora considerato sulle dinamiche di circolazione aiuterà a meglio contestualizzare e a dare ragione di tale scelta.

Da un canto, la Francia rappresenta un necessario termine di confronto per l'interprete italiano. Anzitutto, si tratta di un sistema appartenente alla comune famiglia di *civil law*. Di più, il Code Napoléon è stato il calco del nostro Codice civile del 1865, nonché il primo e immediato referente anche per i *conditores* del 1942<sup>40</sup>. Inoltre, come noto, la sensibilità sociale e giuridica dei due Paesi (Italia e Francia) è piuttosto simile. E in entrambi, negli ultimi decenni, è venuto crescendo il peso del formante giurisprudenziale, anche in ragione della comune appartenenza alle istituzioni UE, nelle quali, grazie alla presenza del Regno Uni-

---

<sup>38</sup> È appena il caso di rammentare che talvolta ciò che circola è la mera idealizzazione di un modello: ne discute E. GRANDE, *op. cit.*, spec. p. 121. Inoltre, si consideri che le nozioni di "prestigio" e "imposizione" spiegano molte cose, ma non tutto della dinamica di circolazione. Tali categorie riuscivano a inquadrare compiutamente il vecchio mondo polarizzato. Esse sembrano meno capaci di cogliere e descrivere le dinamiche fluide di una realtà globalizzata e policentrica. Non a caso taluno ha parlato di nuovi "legal big bang": nuovi perché hanno dato vita a una circolazione di modelli descrivibili facendo ricorso al concetto di opportunità politico-economica: si pensi alla circolazione di quei modelli funzionali alla promozione di un sistema di libero mercato. Sul tema cfr. oltre ad A. SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 546, Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, 1992, spec. p. 11 ss.; G. AJANI, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in *43 Am. Journ. Com. Law*, 1995, p. 115; J.W. SALACUSE, *From Developing Countries to Emerging Markets: a Changing Role for Law in the Third World*, in *33 Int'l L*, 1999, p. 975 ss.

<sup>39</sup> Cfr. art. 1, Chapter I (General Provisions), *Tort law of the People's Republic of China*, 26 december 2009, effective 1° July 2010, disponibile in lingua inglese in [www.lawinfochina.com](http://www.lawinfochina.com); cfr. X. LI-J. JIN, *Concise Chinese Tort Law*, Heidelberg, 2014; J.M. ZIMMERMANN, *China law deskbook*, IV ed., Chicago, 2014; F. BENATTI, *Zhonguo chengfaxing peichang (danni punitivi in Cina)*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2016, p. 1425 ss.

<sup>40</sup> Si v. per tutti A. GAMBARO, voce *Codice civile*, cit., p. 442 ss.; e ID., voce *Francia*, in *Digesto it.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, VIII, Torino 1992, p. 471 ss.

to, è permeata quella sensibilità rimediale tipica dei *common lawyers*<sup>41</sup>. Quelle appena ricordate rappresentano valide ragioni generali che suggeriscono l'opportunità di un confronto col sistema d'Oltralpe.

Venendo allo specifico oggetto d'interesse, si osserva che in Francia è tuttora aperto un cantiere di riforma del Codice civile che include anche i luoghi "sacri" della responsabilità. Tale cantiere di riforma suscita l'interesse dell'interprete sotto diversi profili.

V'è anzitutto una peculiarità metodologica: si *istituzionalizza il dialogo tra i formanti*. Quello stesso dialogo che ha consentito al codice di sopravvivere per oltre due secoli mantenendo formalmente inalterata la lettera della legge diventata, oggi, fucina e fondamento della riforma<sup>42</sup>.

Inoltre, vediamo concretamente all'opera la *nozione di prestigio* e la *potenza dell'idealtipo*, in un gioco di specchi che restituisce, talvolta deformandole, «immagini di sé ed immagini dell'altro»<sup>43</sup>. Il legislatore francese, preso atto della perdita di influenza internazionale del proprio diritto civile (a vantaggio dei modelli di *common law*), intenderebbe riacquistare, proprio grazie alla riforma del Code Napoléon, il prestigio perduto, ritornando a essere un modello per l'Europa e per il mondo<sup>44</sup>. Si tratta di qualcosa che opera sul piano della declamazione e della suggestione, certo<sup>45</sup>. Ma è innegabile che si tratti di un motore significativo<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. J.O. FROSINI, *Giuristi di common law protagonisti in Europa. I giudici britannici nelle corti europee*, in A. TORRE (a cura di), *Common Law, Protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico*, Rimini, 2015, p. 279 ss.

<sup>42</sup> Così espressamente il *Dossier de presse, Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, [http://www.presse.justice.gouv.fr/art\\_pix/dp\\_responsabilite.civile\\_20170310.pdf](http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/dp_responsabilite.civile_20170310.pdf), p. 2: «outre la jurisprudence, qu'elle codifie largement, ce projet a pour sources plusieurs travaux doctrinaux et parlementaires essentiels». Ne discute D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, cit., p. 685 ss., affrontando i problemi comuni al "chantier responsabilité civile". Sul punto si tornerà diffusamente *infra*.

<sup>43</sup> L'espressione è di E. GRANDE, *op. cit.*, p. 121.

<sup>44</sup> Cfr. S. ROWAN, *op. cit.*, p. 805 ss. Prima della riforma, il Ministro della giustizia lamentava: «our law dates from over two centuries ... Times have changed ... Our law does not inspire anyone in the world ... There is a battle of influence in Europe between our continental law ... and the common law.... This battle is... permanent»: Report ufficiale della sessione del 23 gennaio 2014, in *Sénat* <https://www.senat.fr/seances/s201401/s20140123/s20140123014.html>. Ancora, si v. *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile* présenté le 13 mars 2017 par J.J. Urvoas, garde des sceaux, consultation publique avril-juillet 2016, in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr), nonché le parole che hanno accompagnato, il 23 maggio 2017, la pubblicazione della traduzione in inglese del progetto medesimo a cura del Ministero: «un droit des obligations en phase avec son temps... une traduction [quella in inglese, N.d.A.] qui permettra d'accompagner la diffusion à l'étranger du nouveau droit français des obligations et d'en assurer l'influence, notamment auprès des pays s'étant autrefois inspirés du code Napoléon».

<sup>45</sup> Cfr. il giudizio di P. PERLINGIERI, *La recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018, p. 1008.

<sup>46</sup> «Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit

Ancora, si riconosce apertamente che in una realtà globalizzata sono gli stessi *sistemi giuridici ad essere in concorrenza* tra loro e si ritiene che per competere con successo occorra creare un ambiente giuridico “attraattivo” per il *business* internazionale. Insomma, anche il formante legislativo scopre che il Re è nudo<sup>47</sup>: «dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale»<sup>48</sup>. Ciononostante, appare significativo constatare che nel momento in cui si dichiara apertamente di voler competere vittoriosamente con il modello nordamericano si valuti, in parallelo, un innesto mutuato proprio dal sistema che, in tesi, si desidera battere sul campo del prestigio.

Infine, i giuristi francesi, come si dirà, sembrano aver imboccato la via della riforma legislativa per introdurre, a scanso di equivoci, una fattispecie generale ultra-compensativa (simile, *quod effecta*, ai *punitive damages* nordamericani). Tale via sarà considerata nel presente lavoro anche con riferimento all'ordinamento italiano, seppur in subordine ad altre soluzioni che paiono maggiormente persuasive, in considerazione delle peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano<sup>49</sup>.

D'altro canto, il modello statunitense si presenta come candidato d'elezione “naturale” per uno studio critico della responsabilità civile<sup>50</sup>.

In generale, almeno dalla seconda metà del Novecento in avanti, gli USA hanno rappresentato un fervido laboratorio giuridico che ha prodotto – e poi esportato – movimenti di idee, regole e tecniche legislative<sup>51</sup>. A testimoniare

---

français, au plan politique, culturel, et économique»: *Rapport au Président de la République, Relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016*, p. VI.

<sup>47</sup>La dottrina comparatistica discuteva da tempo di tale fenomeno. Si veda per tutti U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1997, spec. p. 129 s.: «the framing of legal rules may be explained as the outcome of a competitive process. Indeed, the analysis of legal transplants may be enriched by such an approach. We may imagine that every legal system or every component of it produces different legal doctrines or techniques for the solution of a given problem. All these different inputs enter into what we may call the market of legal culture. Within this market the suppliers meet the need of the consumers. This process of competition at zero transaction costs would determine the survival of the most efficient legal doctrine». Più in generale, sul tema della competizione tra ordinamenti cfr. le raffinate pagine che possono leggersi in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, ed ivi bibliografia.

<sup>48</sup>*Rapport au Président de la République*, cit., p. V.

<sup>49</sup>Cfr. Cap. V, § 5.6.

<sup>50</sup>In generale, in relazione ai caratteri istituzionali e all'evoluzione (anche culturale) del modello statunitense cfr. G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven, 1977, trad. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1991; L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, II ed., New York, 1985, trad. it. *Storia del diritto americano*, Milano, 1995; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004; nonché G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., *passim*.

<sup>51</sup>«Sul piano della tecnica legislativa, la circolazione del modello statunitense appare evidente nelle proposte, sempre più autorevolmente sostenute, di utilizzo dello strumento del *Restatement* quale tecnica uniformatrice del diritto europeo, in luogo del classico strumento di *civil law* rap-

l'amplessima circolazione di taluni movimenti affermatasi Oltreoceano, valga il richiamo all'approccio realista e al metodo di *law and economics*<sup>52</sup>. Quanto alla circolazione di regole, basterà rammentare il paradigma di responsabilità oggettiva per danno da prodotto difettoso, affermatosi in Nordamerica con il caso *Escola v. Coca Cola*<sup>53</sup>, che è stato colà oggetto di studi e analisi poi diventati classici nell'ambito della teoria della responsabilità per rischio<sup>54</sup>. Anzi, la stessa c.d. "nuova cultura giuridica europea", «quella che in tutta Europa, soprattutto nel diritto privato, sta rapidamente rimpiazzando con una metodologia largamente funzionalistica il vecchio formalismo interpretativo, ha certamente come interlocutore privilegiato il modello statunitense»<sup>55</sup>.

In particolare, in relazione all'oggetto di questo studio, poi, il modello statunitense si pone come imprescindibile referente per lo studio delle funzioni della responsabilità civile e per la valutazione critica dei *pro* e dei *contra* di una fattispecie generale ultra-compensativa. La significativa e ultrasecolare produzione giurisprudenziale sui *punitive damages*, più di recente accompagnata da approfondimenti ed analisi della dottrina e da interventi anche da parte dei legislatori statali, rappresenta un fecondissimo campo di indagine, oltretutto una sorta di colossale e utilissimo "esperimento in vivo" per testare la concreta operatività e i limiti di un rimedio civile ultra-compensativo (cfr. *infra* Cap. IV).

A chiusura di queste brevi riflessioni in punto di circolazione dei modelli giuridici, e prima di addentrarsi nell'analisi dei referenti comparativi scelti, sembra opportuno avanzare un'ipotesi di spiegazione complessiva del fascino che circonda l'istituto dei *punitive damages* e dell'interesse dell'interprete europeo (francese ed italiano in particolare) nei loro confronti.

In base a quanto sopra considerato, non si può negare che un ruolo fonda-

---

presentato dal codice»: E. GRANDE, *op. cit.*, p. 6 s. Cfr. O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in 40 *Am. Journ. of Comp. Law*, 1992, p. 573 ss.

<sup>52</sup>Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; e B. BOUCKAERT-G. DE GEEST (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 2000. Secondo E. GRANDE, *op. cit.*, p. 23, «dal realismo in poi, i grandi movimenti d'idee esportati in tutto il mondo trovano la loro origine in terra americana. Il *legal process*, il metodo della *law and economics* e quello dei *critical legal studies* diffondono il modello privatistico statunitense anche in Europa, secondo un ritmo inverso rispetto al passato». Cfr. altresì W. WIEGAND, *op. cit.*, *passim*.

<sup>53</sup>*Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, giudicato nel 1944 dalla *California Supreme Court* – 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (1944).

<sup>54</sup>In generale, sulla genesi e l'evoluzione della regola di *strict liability* nel sistema nordamericano cfr. G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 165 ss., ed ivi riferimenti. Sulla dialettica tra i modelli di responsabilità (per colpa vs. oggettiva) come tratto peculiare dei "*western tort systems*" cfr. M. BUSSANI-A.J. SEBOK (Eds.), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, II ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2021, spec. p. 160 ss.

<sup>55</sup>U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 251. Cfr. inoltre M. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, ed. it. a cura di G. Resta, Napoli, 2005.

mentale sia giocato dal prestigio e dal potere – economico e culturale – del sistema USA, se è vero, come è stato affermato, che ci troviamo nella “*american era*”, contraddistinta dall’egemonia culturale di tale sistema<sup>56</sup>. Tuttavia, codesta considerazione, veridica sebbene piuttosto scontata, non riesce ad offrire, da sola, una soddisfacente spiegazione del fenomeno descritto. Essa, ad esempio, non riesce a spiegare perché la Francia nello stesso momento in cui dichiarava di riformare il proprio diritto civile per competere vittoriosamente con i sistemi di *common law* (e con quello statunitense in particolare), valutasse l’introduzione di un rimedio che, nella prima versione del progetto di riforma, era individuato come *dommage punitif*, quasi un calco di uno degli istituti più noti del principale “concorrente”.

Vi sono, dunque, elementi ulteriori e diversi dal potere e dal prestigio del modello egemone: un bisogno sociale di tutela, ormai ineludibile anche nel vecchio continente, e un correlato problema nella struttura della responsabilità civile (solo) compensativa, incapace di soddisfare adeguatamente tale bisogno. È un dato acquisito in letteratura che il principio di responsabilità per colpa – scelto consapevolmente come opzione di politica del diritto – ha consentito all’industria ottocentesca di finanziarsi a danno delle vittime di incidenti<sup>57</sup>. Eppure, da un certo momento in poi, col mutare della coscienza sociale (coincidente *grosso modo* con l’edificazione del *welfare state*), gli individui, e con loro i giuristi, hanno iniziato a percepire come ingiusta la regola che allocava il danno ove fosse caduto ‘naturalmente’<sup>58</sup>. Sicché, si è lentamente passati dalla responsabilità per colpa alla responsabilità per ‘rischio’: talvolta usando finzioni e tecniche ermeneutiche per adattare le norme vigenti (via giurisprudenziale), talaltra con la chiara introduzione di modelli di responsabilità oggettiva e/o l’obbligo di assicurazione in determinati settori (riforme legislative). La successiva evoluzione della coscienza sociale, almeno in Italia e Francia, ha portato molti giuristi a ritenere inaccettabile che il convenuto, soprattutto se forte e/o tracotante, possa sfruttare le regole della R.C. compensativa e i *bugs* (anche processuali) del sistema giuridico per arricchirsi sulla pelle delle vittime<sup>59</sup>. Sicché, in definitiva, è

---

<sup>56</sup> W. WIEGAND, *op. cit.*, p. 232, paragona l’attuale “*american era*” alla diffusione del diritto giustiniano nell’Europa dello *ius commune*. In entrambi i casi sarebbe dato riscontrare una lingua universalmente compresa (ieri latino, oggi inglese) e la presenza di università prestigiose in grado di conferire un *imprinting* di metodo ai propri studenti che poi diventano esportatori capillari dei modelli appresi: «studies at an American university today are of comparable value and prestige to studies of the *ius commune* in Italy during the Middle Ages».

<sup>57</sup> Così *ex multis* Fleming, Gregory, Green, Mazeaud: riportati e commentati in G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 105 ss.

<sup>58</sup> Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1258 s.

<sup>59</sup> Alcuni studi sociologici hanno mostrato che oltre il 70% delle persone ritiene che l’importo della ‘compensazione’ dovrebbe essere correlato alla “magnitude of fault”: cfr. J.L. AUBERT-G. VERMELLE (Eds.), *Le sentiment de responsabilité*, Tours, 1984, p. 31; e O. MORÉTEAU, *Basic Que-*

lo stesso studio critico, dall'interno per così dire, dei problemi della responsabilità civile che porta taluni interpreti a pensare a un rimedio generale ultra-compensativo ove il proprio ordinamento ne sia sprovvisto, o comunque sia rinvenuta una carenza di effettività rimediale. In una tale cornice di senso, dunque, guardare (criticamente) al modello statunitense non rappresenta solo una scelta di comodo del giurista – per parafrasare Watson – quanto, piuttosto, un utile uso dialettico del diritto comparato; considerato che, come si vedrà nelle pagine seguenti, ivi ci si è già confrontati con numerosi nodi teoretici e anche falsi problemi relativi a un rimedio ultra-compensativo: bagaglio di conoscenze ed evidenze empiriche che sarebbe insensato ignorare.

### 3.2. I caratteri tradizionali della responsabilità civile in Francia

Prima di analizzare i più recenti progetti di riforma francesi del *Code civil*, in relazione alla componente ultra-compensativa del risarcimento, sembra opportuno passare in rassegna alcuni caratteri della responsabilità civile che hanno concorso a determinarne la fisionomia tradizionale<sup>60</sup>. Fisionomia suscettibile di essere ridefinita non soltanto in caso di esito positivo del “cantiere riformatore”. Quand'anche quest'ultimo non dovesse sfociare in una novella legislativa, il serrato dibattito che ivi si sta svolgendo sembra idoneo a mostrare l'*acquis* del diritto vivente (il concreto portato delle regole operazionali praticate) e forse a disvelare talune mitologie giuridiche che – similmente a quanto accaduto nel sistema domestico – rendono questo settore del diritto non particolarmente chiaro e accessibile<sup>61</sup>.

Senza pretesa di esaustività, in connessione al tema trattato vengono in rilie-

---

*stions of Tort Law from a French Perspective*, in H. KOZIOL (Edited by), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Wien, 2015, p. 86. Come indice di tale mutamento della coscienza sociale si può allegare l'uso sempre più significativo, in Italia e Francia, dei rimedi, civili e pubblicistici, contro l'abuso di dipendenza economica: cfr. E. GAMBARO-P. MISSANELLI, *La “riscoperta” dell'abuso di dipendenza economica tra Public e Private Enforcement*, in *Ntplusdiritto.ilsole24ore.com*, 23 dicembre 2020, <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-riscoperta-abuso-dipendenza-economica-public-e-private-enforcement-AD9XMj9>.

<sup>60</sup> Sul sistema francese di responsabilità cfr. *ex multis* P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, XII ed., Paris, 2020; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, V ed., Paris, 2018; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, V ed., Paris, 2004; G. VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, II ed., Paris, 2001. Per uno sguardo comparatistico v. per tutti O. MORÉTEAU, *Basic Questions of Tort Law from a French Perspective*, cit., p. 3 ss.; J.S. BORGHETTI-S. WHITTAKER (Edited by), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford, 2019.

<sup>61</sup> I fautori della riforma discorrono di un problema di chiara e immediata conoscibilità del diritto della R.C. ed esprimono l'ambizione che la novella possa renderlo accessibile, modernizzandolo e arricchendolo: cfr. *Dossier de press*, 13 mars 2017, cit., p. 2.

vo: a) il principio della responsabilità per colpa; b) la divaricazione tra repressione civile e penale degli illeciti; c) la centralità della funzione compensativa; d) il principio della riparazione integrale del danno; e) l'assenza di un sistema tabellare per il risarcimento del danno alla persona. Sembra utile soffermarsi brevemente su tali aspetti.

a) Il *principio della responsabilità per colpa*. Quest'ultimo, come noto, è stato consacrato lapidariamente nell'art. 1382 del *Code civil* (oggi *sub art.* 1240, a fraseggio immutato<sup>62</sup>). In primo luogo, si è trattato della codifica del pensiero socioeconomico dell'epoca, assai utile alle esigenze della borghesia imprenditoriale, e del compimento di un'evoluzione plurisecolare nella quale i presupposti romanistici della responsabilità si fondono con le direttive giusnaturalistiche<sup>63</sup>. Il risultato è quello di un principio "semplice e giusto" che sia nella sua funzione positiva (ogni colpa genera responsabilità), sia nella sua funzione di limite negativo (nessuna responsabilità senza colpa) può essere visto storicamente come un progresso. Tuttavia, «le XIX siècle, qui s'ouvrait par le triomphe de l'idée de faute (fût-ce au moyen de fictions...), marquait aussi virtuellement son "plafonnement", puis amorçait son déclin. Du fait de l'industrialisation qui allait se développer, la plupart des cas de responsabilité allaient cesser d'être des actions contre des individus en raison d'une faute personnelle, pour devenir des actions contre des entreprises en raison d'accidents ou, au plus, d'erreurs généralement anonymes commises par leurs employés»<sup>64</sup>. L'incremento statistico degli incidenti e la riconosciuta necessità di indennizzare le vittime hanno portato la dottrina e la giurisprudenza, sebbene a codice invariato, a rendere flessibili le regole di R.C., temperando il rigore formale del principio<sup>65</sup>. Nonostante qualche in-

---

<sup>62</sup> «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». Invero, per oltre due secoli il diritto comune della R.C. si è basato su cinque scarse disposizioni (artt. 1382-1386, secondo la numerazione storica). Tale ri-numerazione – che ha portato alla "scomparsa" di un articolo iconico come l'inossidabile e famoso art. 1382 – ha suscitato anche delle reazioni emotive tra i giuristi francesi. Come riporta S. ROWAN, *op. cit.*, p. 812: «many have reacted to this renumbering with a tinge of sorrow and some have turned to social media to share their nostalgia. Various hashtags such as #rip1382 were created on Twitter shortly after the publication of the final version of the new articles».

<sup>63</sup> In termini analoghi G. Rotondi, riportato da G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 25.

<sup>64</sup> A. TUNC, *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle, Introduction*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4/1967, p. 768. L'illustre A. aggiunge condivisibilmente che «si le droit de la responsabilité a gagné aujourd'hui la place qu'il occupe, ce n'est pas parce que l'homme est plus mauvais qu'avant, ou moins attentif, mais tout simplement parce qu'il utilise davantage de machines et que les accidents se produisent en plus grand nombre». Sui rapporti tra processo di industrializzazione ed istituti giuridici, con specifico riferimento a Francia e Stati Uniti, cfr. S. RODOTÀ, *Proprietà e industria: conflitti e tecniche di risoluzione*, ne *Il terribile diritto*, II ed., Bologna 1990, p. 153 ss.

<sup>65</sup> Cfr. per tutti H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, 1966, p. 307, riportato da G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 116.



tervento settoriale del legislatore vi sia stato – ad es. in materia di infortuni sul lavoro, circolazione stradale, danni arrecati da aeromobili alla superficie, incendi etc. – è la giurisprudenza che, con un incessante lavoro di interpretazione, ha forgiato regole di responsabilità via via più aderenti alle esigenze sociali<sup>66</sup>. Paradigmatico, in tal senso, appare l'evoluzione ermeneutica che ha subito l'art. 1384 *Code civil* sul danno da cose in custodia, diventata quasi una regola generale di responsabilità oggettiva, allocandosi sul convenuto l'onere della (ardua) prova liberatoria, almeno sino al recepimento della Direttiva 85/374/CEE<sup>67</sup>. Con il più recente progetto di riforma non si giunge ad ampliare in misura significativa le ipotesi di responsabilità oggettiva, che restano relegate al rango di eccezione<sup>68</sup>, tuttavia, si propone di codificare una nozione di *faute objective*, senz'altro più favorevole ai danneggiati<sup>69</sup>.

In secondo luogo, come noto l'art. 1382 *Code civil* è estremamente laconico sull'elemento oggettivo della fattispecie, evocando semplicemente una condotta colposa e il danno conseguente<sup>70</sup>. È stato compito degli interpreti riempire tale silenzio, con l'aggiunta in via ermeneutica di un elemento ulteriore che non figura nella regola legale, *i.e.* la lesione di un interesse della vittima giuridicamente protetto. Gli studi comparativi sulla giurisprudenza francese hanno mostrato

---

<sup>66</sup> Ciò è riconosciuto espressamente dai riformatori: «la Cour de cassation, par sa jurisprudence, a su adapter ce droit à l'évolution des mœurs et de la société, en construisant un véritable système à partir de ces quelques textes. Il s'agit d'une œuvre remarquable, mais que seule une connaissance de cette riche et subtile jurisprudence permet d'appréhender, ce qui pose un problème d'accès au droit. Par ailleurs, il était souhaitable de faire évoluer certaines règles»: *Dossier de press*, 13 mars 2017, cit., p. 2.

<sup>67</sup> Cfr. G. ALPA-M. BESSONE, *op. cit.*, p. 143 ss., che rammentano il *leading case* in materia: Cour de cassation, Req. 30/3/1897, D. 1897.143. Cfr. anche P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1045, ed ivi bibliografia; nonché J. KNETSCH, *The Role of Liability without Fault*, in J.S. BORGHETTI-S. WHITTAKER (Edited by), *op. cit.*, Cap. VII.

<sup>68</sup> Non si coglie dunque l'indicazione di quella autorevole dottrina circa la opportunità di generalizzare il paradigma di responsabilità oggettiva sganciato dalla colpa (cfr. A. TUNC, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, Mélanges Ancel, 1975, I, spec. p. 407), e viene eliminata pure la fattispecie di responsabilità oggettiva per attività pericolosa, invero presente nel *Projet Catala*. Sul punto cfr. le riflessioni di D. MAZEAUD, *Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017*, in AA.VV., *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, «LGDJ», Paris, 2018, p. 711 ss.; e di E. RAJNERI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 474 s.

<sup>69</sup> L'art. 1242 proposto nel *Projet de réforme* del 2017 recita: «constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence». Per D. MAZEAUD, *ibidem*, si tratta di una «faute débarrassée de toute connotation morale, déconnectée de la condition d'imputabilité et qui se réduit à un acte objectivement illicite, quel que soit l'état psychologique ou psychique de l'agent qui l'a commise». Per una trattazione della *responsabilité objective* nel diritto francese positivo cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, p. 500 ss.

<sup>70</sup> E ciò a differenza delle soluzioni italiana (art. 2043 c.c.) e tedesca (art. 823 BGB) che danno all'interprete indicazioni più precise sull'elemento oggettivo della fattispecie.

«l'insufficienza della semplice colpa che arreca un danno, come fonte di responsabilità. In pratica, deve aggiungersi un altro elemento *x* che gli interpreti non sono in grado di verbalizzare, ma la cui necessità ormai riconoscono»<sup>71</sup>. Di colmare ufficialmente tale silenzio, emblematico peraltro di una celebre dissociazione tra il formante legale e quello dottrinale e giurisprudenziale, si è ora incaricato il *projet de réforme* del 2017 (in avanti anche il “*Projet de réforme*”)<sup>72</sup>; il cui art. 1235 recita: «est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial».

b) La *divaricazione tra repressione civile e penale degli illeciti*. Come si è avuto modo di osservare, in Francia la separazione tra *action publique* (penale) ed *action civile* è piuttosto risalente (cfr. § 1.8.)<sup>73</sup>. Tuttavia, tale separazione storica non sembra aver creato dei compartimenti a tenuta stagna. «A meglio osservare... anche nel diritto francese, così come nel diritto italiano, molte altre regole hanno riproposto il dialogo tra i due mondi, civile e penale: e ciò non solo, ad esempio, con riferimento a temi centrali, quali la stessa nozione di causalità, che il codice penale francese riprende dalla formula civilistica, ma anche sul piano processuale, che ha via via recuperato il rapporto genetico tra censura penale e civile del medesimo comportamento riprovevole, in particolare attraverso quella che è stata definita una “*solidarité accrue entre l'action civile e l'action publique*”»<sup>74</sup>. La proposta di introdurre un istituto ultra-compensativo di diritto comune (*l'amende civile*) se da un lato “sporca” la purezza del diritto civile che,

---

<sup>71</sup> P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 56; nonché ID., *La sineddoche*, Milano, 1984, Cap. II, spec. p. 26 ss. Cfr. B. STARK, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1972, p. 47: per il quale l'idea che occorra, oltre alla *faute*, la lesione di un interesse giuridicamente protetto «elle est, pensons nous, sous-jacente à toutes les décisions relatives à cette matière, alors même que celles-ci ne l'évoquent pas expressément»; nonché G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, a cura di Ghestin, Paris, 1982, spec. p. 307; e R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, I ed., Torino, 1980, p. 73 ss. Si v. anche le riflessioni di M. DUGUE, *The Definition of Civil Fault*, in J.S. BORGHETTI-S. WHITTAKER (Edited by), *op. cit.*, Cap. V.

<sup>72</sup> *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile* présenté le 13 mars 2017 par J.J. Urvoas, garde des sceaux, consultation publique avril-juillet 2016, in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).

<sup>73</sup> Cfr. M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale: évolution des idées en France au XIX siècle*, Thèse, 1918, p. 55; J. FOYER, *L'action civile devant la juridiction répressive*, in AA.VV., *Quelques aspects de l'autonomie du droit penal*, 1956, p. 320; G. VINEY, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, II ed., Paris, 1995, p. 16 ss.

<sup>74</sup> Così con la consueta lucidità D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, cit., p. 702. Inoltre, l'A. considera che, anche prima della presentazione del progetto di riforma, il sistema di R.C. francese mostrava di recuperare la funzione sanzionatorio-punitiva del risarcimento: tramite ipotesi specifiche di condanne esorbitanti in casi di *abus de droit* (ad es. con riguardo al processo – art. 32-1 CPC – e all'utilizzo di clausole abusive e accordi illeciti di concorrenza – L. 442-6 I *Code de Commerce*); nonché tramite l'aumento degli importi di condanna nei casi più gravi di danno alla persona.

per taluno, non dovrebbe avere a che fare con la sanzione<sup>75</sup>, d'altro canto ripropone con forza il dialogo tra i due mondi nel segno dell'effettività. Anzi, si potrebbe forse parlare di istituto ibrido che esprime, ad un tempo, la funzione compensativa (tipica del diritto civile classico) e quella sanzionatoria (tipica del diritto penale)<sup>76</sup>.

c) La *centralità della funzione compensativa*. Anche in Francia la funzione cardinale della R.C. è quella di recare una compensazione alla vittima per il danno patito<sup>77</sup>. Si afferma l'esistenza di «un bînome lié par une connexité très forte entre la *responsabilité civile* orientée vers l'auteur du fait dommageable, et la *réparation* orientée vers la victime des dommages subis; lorsque ceux-ci relèvent des dommages corporels, l'atteinte à l'intégrité physique de la personne constitue cette *summa injuria* qui met en question la paix sociale; la responsabilité et la réparation relèvent alors des principes le plus fondamentaux du droit et la mis en jeu de la responsabilité de l'auteur des dommages est de plus en plus strictement appréciée»<sup>78</sup>. Sebbene vi sia ancora qualche voce critica in dottrina, in diritto francese si risarcisce costantemente sia il danno patrimoniale, sia quello non patrimoniale (*dommage morale*)<sup>79</sup>, riconosciuto dalla Cour de cassation anche alle persone giuridiche<sup>80</sup>. Generalmente, si suole parlare di compensazione (*réparation*) a fronte di un danno sofferto e non già meramente ipotetico. Anche quando si ricorra al giudice in via preventiva/cautelare – come nel caso del proprietario che chieda una compensazione per il muro costruito al fine di evitare danni dagli scavi irragionevoli effettuati dal vicino a monte – la giuri-

---

<sup>75</sup> Per taluno una fattispecie sanzionatoria di diritto comune farebbe perdere “attrattività” al sistema francese: cfr. RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, Avril 2019, spec. p. 52 ss., in [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_CA\\_PARIS\\_reforme\\_responsabilite\\_civile.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf).

<sup>76</sup> Cfr. il *Dossier de presse*, 13 mars 2017, cit., p. 3: «l'introduction dans notre droit commun de l'amende civile vient conforter cette fonction préventive. L'idée consiste à ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages) et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements)».

<sup>77</sup> Cfr. O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 24.

<sup>78</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., p. 481 s.

<sup>79</sup> O. MORÉTEAU, *ibidem*, ricorda che in un paese di cultura cattolica come la Francia per lungo tempo diversi interpreti hanno considerato immorale l'idea che un soggetto potesse guadagnare dal proprio dolore (“*battre monnaie avec ses larmes*”); tanto che per un autore come Ripert il risarcimento del danno morale non sarebbe una forma di compensazione, quanto, piuttosto, una sorta di pena privata per il danneggiante (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, n. 181, *ivi citato*). Sembra oggi critico verso l'idea della compensazione dei danni non patrimoniali C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, 2004, n. 64. Anche su tale questione il *Projet de réforme* si limita a ribadire l'*acquis* giurisprudenziale: l'art. 1235 sancisce: «est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial».

<sup>80</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 mai 2012, n. 11-10278, in *JCP* 2012, p. 1224, con nota di C. BLOCH; nonché in O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 25.

sprudenza suole accordare soltanto il risarcimento per un danno già patito<sup>81</sup>. Salvo particolari eccezioni, dunque, non vi è spazio per il risarcimento di quei danni che appaiano ipotetici<sup>82</sup>. Con la riforma, la (tradizionale) funzione compensativa della R.C. troverebbe un esplicito riconoscimento positivo<sup>83</sup>. L'art. 1259 del *Projet de réforme* recita infatti: «la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit». Si andrebbe così a codificare una nozione eminentemente dottorale – la spiegazione dello scopo dell'istituto – con una deviazione rispetto alla tecnica di normazione “classica” adoperata dai *conditores* del 1804<sup>84</sup>.

d) Il principio della *riparazione integrale del danno*. Il diritto francese è fortemente legato a tale principio tradizionale. Sebbene non (ancora) codificato, esso viene presentato istituzionalmente come una delle colonne portanti del *droit de la responsabilité civile*<sup>85</sup>. Per il significativo legame con il tema oggetto del presente lavoro esso sarà analizzato partitamente nel prossimo paragrafo (3.3.).

e) *L'assenza di un sistema tabellare* per il risarcimento del danno alla persona. Come corollario del principio di integrale riparazione, la Francia ha sinora rifiutato di adottare un risarcimento tabellare per tale specie di danno. In sostanza, si è ritenuto che la necessità di valutare in concreto il pregiudizio subito dalla vittima impedisse qualsiasi valutazione *in abstracto* e forfettizzata<sup>86</sup>. Tuttavia,

<sup>81</sup> In altre parole, è ragionevole – e dunque risarcibile – quella spesa sostenuta per evitare un pericolo grave e imminente: cfr. Cour de cassation, 15 mai 2008, Bull. Civ. II, n. 112, *RTD Civ.* 2008, p. 679, con nota di P. JOURDAIN.

<sup>82</sup> Fanno eccezione alcune decisioni delle corti di merito relative a casi particolari nei quali, in base al principio di precauzione, si rende opportuna una misura inibitoria, ad es. in relazione ad emissioni elettromagnetiche. In casi del genere è stato talvolta accordato il danno da paura di ammalarsi: cfr. Appel Versailles, 4 février 2009, D 2009, 499, riportata in O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 24, nt. 78.

<sup>83</sup> Unitamente alla positivizzazione della funzione preventiva di cui si dirà *infra* nel testo.

<sup>84</sup> Si osserva peraltro che oggigiorno tale *modus operandi* risulta piuttosto diffuso. Oltre al legislatore cinese che, come ricordato, ha codificato le funzioni della R.C. tra le *General Provisions della Tort law of the People's Republic of China*, si può ricordare un esempio domestico. Il legislatore italiano con la l. n. 24/2017, c.d. “Gelli-Bianco”, oltre a predisporre la fattispecie (lavoro tipico del *conditor legum*) l'ha altresì qualificata. Quasi a volersi sostituire all'interprete, si dà un'interpretazione autentica sul diverso regime di responsabilità applicabile alla struttura e all'esercente (cfr. art. 7).

<sup>85</sup> Si vedano per tutti G. VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, II ed., Paris, 2001, n. 57; e O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 86. Nonché *ex multis* Cour de cassation, 8 mai 1964, n° 06-60.223: «les dommages intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit»; Cour de cassation, Ch. Crim., 19 mai 2009, n° 08-82.666: «le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties»; Conseil Constitutionnel, 22 octobre 1982.

<sup>86</sup> Si impediva dunque al giudice di riferirsi a regole prestabilite per motivare la propria decisione: cfr. Cour de cassation, Ch. crim., 4 février 1970, nonché Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du*

anche nel sistema francese è stata avvertita l'esigenza di approntare un quadro di riferimento e per gli operatori, e per i giudici – fermo restando il loro “*pouvoir souverain*” di apprezzare e liquidare il pregiudizio. Ad oggi, si è cercato di soddisfare tale esigenza con l'elaborazione di tabelle di riferimento approntate a livello locale dalla giurisprudenza e con l'adozione, da parte della Suprema Corte francese, di una sorta di legenda terminologica: la c.d. “*nomenclature Dintilhac*”, che, nell'ambito della macro-distinzione tra pregiudizi patrimoniali ed extrapatrimoniali, identifica ventisei voci di danno risarcibile<sup>87</sup>. Sebbene in assenza di formale vincolatività<sup>88</sup>, «l'urgenza di un riordino ha fatto sì che tale nomenclatura fosse poi sostanzialmente utilizzata ... quasi come una sorta di *restatement* del danno alla persona. Ciò nonostante, in poco più di dieci anni dalla redazione della *nomenclature Dintilhac* nuove voci di danno sono andate via via aggiungendosi ad opera della più recente giurisprudenza, a testimoniare l'insoddisfazione per la rigida collocazione in formule predeterminate (si pensi, ad esempio, al riconoscimento del *préjudice sexuel* quale voce autonoma non prevista dalla citata *nomenclature*)»<sup>89</sup>. A fronte di diverse sollecitazioni degli operatori e di proposte di legge settoriali *medio tempore* intercorse<sup>90</sup>, nel *Projet de réforme* si dedicano diversi articoli speciali al *dommage corporel* (artt. 1267 a 1277) e si prevede di recepire in via legislativa il modello della nomenclatura *Dintilhac*. In particolare, l'art. 1269 stabilisce che tale nomenclatura – in ogni caso “*non limitative*” – dovrà essere fissata tramite un decreto successivo del Conseil d'État<sup>91</sup>. Tale impostazione viene mantenuta anche nella più recente *Proposition de loi* del luglio 2020, che, come si dirà meglio avanti, sembra aver riavviato l'*iter* par-

---

*dommage corporel*, cit., p. 167 ss., anche per una trattazione dell'accidentato percorso di valutazione e quantificazione dei danni risarcibili.

<sup>87</sup> *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, dirigé par Jean Pierre Dintilhac, Président de la Deuxième Chambre Civile de la Cour de Cassation*, Paris, 2005. Cfr. sul punto D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, cit., p. 698 s., la quale ricorda che «il testo ... che ha preso il nome dal magistrato coordinatore... distingue i danni subiti direttamente dalla vittima e quelli *par ricochet*, ossia subiti da terzi. Il documento, privo di valore vincolante sul piano formale, è stato ampiamente condiviso dalle parti sociali interessate (in particolare dal *Conseil national d'aide aux victimes* e dalle rappresentanze assicurative) ed apprezzato per il suo ruolo volto a dipanare le incertezze ed a coadiuvare una maggior trasparenza nell'operato dei giudici, “chiamati” a collocare il risarcimento all'interno di specifiche voci di danno».

<sup>88</sup> A differenza di quanto accaduto in Italia con le c.d. Tabelle di Milano, “positivizzate” dalla Cassazione: cfr. Corte Cass., 20 maggio 2015, n. 10263.

<sup>89</sup> D. CERINI, *ibidem*.

<sup>90</sup> Si vedano il *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, ed. Avril 2008, FFSA-GEMA; e la c.d. “*Proposition de Loi Frenard*”, n°2055 du 6 novembre 2009 visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation.

<sup>91</sup> Secondo D. CERINI, *ibidem*, si tratterebbe di una soluzione compromissoria finalizzata a tenere conto delle censure già rivolte in passato contro l'uso della nomenclatura *Dintilhac* da parte della giurisprudenza.

lamentare della riforma della R.C.: ivi infatti si prevede l'adozione, per decreto, «d'une nomenclature des chefs de préjudices réparables et d'un barème médical d'invalidité, tous deux contraignants mais non limitatifs»<sup>92</sup>.

### 3.3. Segue: *il mito della équivalence entre dommage et réparation*

Il sistema francese ha sempre annoverato tra i suoi principî cardine in tema di responsabilità civile la riparazione integrale del danno (*équivalence entre dommage et réparation*<sup>93</sup>). Si suole insegnare che «le propre de la responsabilité [civile] est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu»<sup>94</sup>. In altre parole: “semplice” ripristino dello *status quo ante* illecito: ambizione verso il ristabilimento, matematico oltraché ideale, dell'equilibrio rotto dall'illecito. In questa narrazione semplificata, tuttavia, vi è qualcosa che non quadra. Sebbene tale principio in alcuni casi possa risultare realmente applicabile e opportuno (si pensi ai danni alla proprietà o alle pure perdite economiche), «a closer look shows that this so-called principle is at best an aspirational guideline, more often frustrated than accomplished and sometimes frustrating when accomplished»<sup>95</sup>. Tale sferzante giudizio riposa su dati di fatto difficilmente controvertibili.

Innanzitutto, v'è l'area del danno non patrimoniale, ambito nel quale il principio di integrale riparazione difetta di un significato logico, prima che giuridico, e genera pertanto diverse ambiguità teoretiche e applicative<sup>96</sup>. Tale specie di

---

<sup>92</sup> Cfr. gli artt. 1272 e 1273 della *Proposition de loi n. 678, Portant réforme de la responsabilité civile*, presentata al *Sénat* il 29 luglio 2020, nonché l'esposizione dei motivi ivi svolta a p. 12 s.: <http://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>.

<sup>93</sup> Principio anche noto come «*tout le dommage et rien que le dommage*».

<sup>94</sup> Cfr. Cour de cassation, Ch. Com., 12 février 2020, n. 174, ECLI:FR:CCAS:2020:CO00174; e G. VINEY-P. JOURDAIN, *ibidem*, che riportano le massime tratlizie della Suprema Corte francese. Si tratta peraltro di un fraseggio molto incline al risarcimento in forma specifica: ne discute O. MORÉTEAU, *op. cit.*, *passim*, e spec. nt. 511, p. 86. Per Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, p. 161, «on peut résumer le droit de la responsabilité civile en trois axiomes: tout le préjudice; rien que le préjudice; le préjudice réel».

<sup>95</sup> O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 86, il quale aggiunge: «as shocking as this may sound to many a reader, a deeper, invisible driving force of French law may well be the principle articulated by Koziol, in one of the most powerful and truthful pages of his book, to the effect that “the stronger the grounds for liability on the side of the damaging party, the more comprehensive the compensation”». Si è già avuto modo di considerare, con riferimento all'ordinamento italiano, come il principio di integrale riparazione, che continua a conservare il suo valore di linea guida, ove elevato a dogma diventa decettivo, impedendo di apprezzare il concreto operare delle regole di R.C. e producendo delle sacche di ingiustizia: cfr. § 1.7.

<sup>96</sup> Cfr. G. VINEY-P. JOURDAIN, *op. cit.*, n. 58-1, nonché quanto considerato *infra* nel § 5.1.

danno, a ben vedere, integra un “danno” soltanto in senso normativo. Lo si è detto: poiché non si può ripristinare lo stato del mondo preesistente al fatto illecito, il risarcimento per equivalente monetario integra una risposta convenzionale che rappresenta il *corrispettivo* giuridico del danno: si tratta chiaramente di una finzione creata stipulativamente, non certo di una “naturale” corrispondenza tra il danno e il suo risarcimento. Se, dunque, «by its essence, such damage cannot be assessed; how then could it be fully or comprehensively compensated? Comprehensive compensation can at most mean that every head of damage will be taken into account»<sup>97</sup>.

Poi, si devono considerare i casi di lesioni corporali: ove si agganci il risarcimento al punto percentuale di invalidità sofferto dalla vittima, senza adeguata considerazione per le specifiche e irripetibili circostanze del caso concreto (con meccanici automatismi risarcitori) si tradisce, nei fatti, l'ambizione alla riparazione integrale pur declamata<sup>98</sup>.

Inoltre, anche con riferimento ai danni patrimoniali – il regno dell'estimo e della precisa quantificazione – il principio in parola può talvolta dimostrarsi “discutibile”, a misura che conduca a risultati sostanzialmente iniqui, quando ad esempio il danno in senso economico sia stato cagionato dallo Stato in ragione del perseguimento di un preminente interesse pubblico<sup>99</sup>.

Infine, anche oltralpe s'è potuto registrare uno scarto tra le regole formali e quelle effettivamente applicate dai giudici, i quali, soprattutto nell'ambito del danno alla persona, hanno lavorato sulla diversificazione progressiva e sull'au-

<sup>97</sup> O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 87.

<sup>98</sup> O. MORÉTEAU, *ibidem*: «the mere fact that courts routinely resort to a percentage of incapacity is fully arbitrary and does not take into account the victim's personal circumstances».

<sup>99</sup> La dottrina francese porta ad esempio il famoso caso del dipinto di Van Gogh, *Jardin à Auvert*. Codesto quadro era stato comprato nel 1955 da un collezionista in una galleria di New York per il prezzo di 150.000 franchi. Poi, «in 1981, the owner applied for an export license as he wanted to move the painting to Geneva. The license was denied, and he presented the painting at a French auction where it sold for FRF 55 million. He sued the French government, complaining that as a consequence of their classifying the painting as a national heritage, he had been deprived of the opportunity of selling it to a foreign purchaser, evaluating the loss at FRF 250 million. The French State was found liable and ordered to pay FRF 145 million in damages. The judgment was strongly criticised: it is inequitable to shift a speculative loss onto French taxpayers. The Public Treasury was ultimately defeated, the Court of cassation noting that the lower court had duly evaluated the damage, comparing the sale price in France with the sale price of comparable items on the international art market at the time when the painting was classified»: O. MORÉTEAU, *ibidem*. Il caso era stato deciso in secondo grado da Appel Paris, 6/07/1994, D 1995, 254, con nota di B. EDELMANN; si v. il commento critico di A. BERNARD, *Estimer l'inestimable*, RTD Civ. 1995, p. 271 ss. Arresto poi confermato da Cour de cassation, 20 février 1996, Bull. Civ. I, n. 97. Per un commento del caso, in connessione con la gerarchia degli interessi protetti dalla R.C., cfr. G. VINEY-P. JOURDAIN, *op. cit.*, n. 58-1. Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo al principio di integrale riparazione applicato rigidamente all'espropriazione per pubblica utilità: v. *retro* § 2.6. ss.

mento delle poste risarcitorie fino a scardinare, nella sostanza, il limite del danno compensativo<sup>100</sup>.

Sicché, si può comprendere la ragione per la quale taluna dottrina abbia definito il principio di riparazione integrale nei termini poco lusinghieri di “mito”<sup>101</sup>.

Sia come sia, in Francia si vorrebbe addirittura inserire il principio nel Code civil. L'art. 1258 del *Projet de réforme* sancisce che ad esito del procedimento risarcitorio alla vittima non dovrà risultare né una perdita, né un profitto. E l'art. 1259 recita: «la réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice». Tale scelta non sembra appropriata. La eventuale codificazione del principio, evidentemente, lo irrigidirebbe ulteriormente, acuendo le criticità sopra considerate<sup>102</sup>. E, poi, ad onta di tale affermazione di principio, da un lato, nell'ordinamento francese già diverse norme positive assolvono una funzione punitiva<sup>103</sup>; d'altro lato, la stessa previsione dell'*amende civile* nel *Projet de réforme* del 2017 sconfessa la validità generale del brocardo, almeno inteso come fondamento della materia. Si potrebbe obiettare che, invece, non vi sia nulla di anomalo nella codificazione di un principio generale (riparazione integrale) in costanza di una serie di ipotesi speciali eccentriche, giustificate dalle peculiarità di taluni settori. Formalmente l'obiezione sembra avere un certo mordente. Che dire però del momento in cui per qualità (si pensi a tutta l'area del danno non patrimoniale<sup>104</sup>) e quantità le eccezioni finiscono per sopraffare la regola? E, dunque, ha senso codificare un mito o un principio quantomeno ingannevole?

---

<sup>100</sup> V. per tutti D. CERINI, *Il danno alla persona: tendenze e interferenze con l'assicurazione per la r.c.a. in prospettiva comparata*, in LANDINI-VENCHIARUTTI-ZIVIZ (a cura di), *Danno alla persona*, 2016, p. 37 ss., ed ivi bibliografia.

<sup>101</sup> O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 86, intitola addirittura il primo paragrafo dedicato alla compensazione in tal modo: «The myth of full compensation as a basic principle». E a p. 88 osserva che «full compensation is seldom a reality», allegando ulteriori limiti teorici e pratici del medesimo principio.

<sup>102</sup> Si ricorda l'insegnamento di A. GAMBARO voce *Codice civile*, cit., § 4: «in realtà... è insito nelle codificazioni il rischio di fossilizzare anziché modernizzare il diritto».

<sup>103</sup> Per una trattazione analitica cfr. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995; ma già A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), cit., p. 352, osservava che «la doctrine française n'ignore pas totalement la peine privée, même si le sujet la préoccupe peu. Et l'on constate que celle-ci occupe une certaine place dans la loi, dans le contrat et dans la pratique judiciaire». L'illustre A., tra gli esempi di pena privata legale, riporta l'art. 1150 *Code civil*, che esclude il beneficio della limitazione del risarcimento al danno prevedibile in caso di dolo del debitore (cfr. § 2.18. ss., *retro*).

<sup>104</sup> Come noto, sui due versanti delle Alpi, la persona umana è sovraordinata alle cose nella gerarchia dei valori. Cfr. G. VINEY-P. JOURDAIN, *ibidem*.



### 3.4. Il cantiere francese di riforma del Code civil: gli obiettivi dichiarati e il metodo utilizzato

Le celebrazioni per il bicentenario del Code Napoléon hanno creato il *milieu* istituzionale opportuno e hanno dato impulso all'ambizioso e sofferto processo di riforma del cuore del diritto civile francese, *inter alia*: regime generale delle obbligazioni, contratti e responsabilità civile<sup>105</sup>.

Il "cantiere" di riforma del Code civil è stato avviato con il noto *avant-projet Catala* (2005)<sup>106</sup>. Sebbene codesto progetto abbia destato grande interesse, non si è tradotto, nella sua interezza e fisionomia originaria, in diritto positivo, in gran parte a causa della mancanza di volontà politica. All'*avant-projet Catala* sono seguiti il *projet Terré*<sup>107</sup>, nonché due ulteriori progetti supportati dal Ministero della giustizia<sup>108</sup>, i quali, invero, hanno sviluppato idee e proposte *grosso modo* simili<sup>109</sup>. Nonostante le proposte dei due progetti dottrinari citati non siano state adottate *sic et simpliciter* dal legislatore, essi e i commenti che ne sono scaturiti sono serviti come fondamenta per l'*Ordonnance* che ha riscritto il *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (2016)<sup>110</sup>.

Invero, è apparsa singolare una riforma del diritto delle obbligazioni che è giunta a stralciare per intero la parte dedicata alla responsabilità civile<sup>111</sup>. Da un punto di vista tecnico-giuridico sarebbe stato sicuramente preferibile procedere con una riforma unitaria e complessiva. Tuttavia, il carattere intrinsecamente politico delle norme di R.C. e la difficoltà di trovare una sintesi soddisfacente che mettesse d'accordo i diversi portatori di interessi sembrano spiegare la scelta dello

<sup>105</sup> Cfr. S. ROWAN, *op. cit.*, p. 810 ss., che ripercorre le tappe fondamentali del lungo percorso di riforma del diritto francese dei contratti. Cfr. F.D. BUSNELLI, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 186 ss. per un'analisi delle linee di tendenza circa la "modernizzazione" dell'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni, con particolare riguardo a Francia e Germania

<sup>106</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)*, 22 settembre 2005. Il testo è consultabile in italiano grazie all'opera di G.B. FERRI-P. SPADA (a cura di), *L'Avant-projet Catala*, Milano, 2008.

<sup>107</sup> Il Progetto veniva diviso e pubblicato in tre parti: F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009; ID., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, 2011; ID., *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, 2013.

<sup>108</sup> Ministère de la Justice, *Projet de réforme du droit des contrats*, juillet 2008; e *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats*: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-regime-des-obligations-et-des-quasi-contracts-22199.html>.

<sup>109</sup> Cfr. Cfr. S. ROWAN, *op. cit.*, p. 810.

<sup>110</sup> *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*. Si rammenta inoltre che, con interventi settoriali, è stato inserito un *Livre IV* dedicato alle garanzie (2006) ed è stata riformata la disciplina della prescrizione (2008).

<sup>111</sup> Cfr. sul punto G. VINEY, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité*, in JCP (G), n° 4, 25 janvier 2016, doctr. 99.

stralcio<sup>112</sup>, la lunga tempistica, nonché la decisione di procedere alla riforma della *responsabilité civile* con legge ordinaria anziché con una *ordonnance*.

Il quadro ad oggi è dunque il seguente. Con la riforma del 2016 è stato novellato il *Livre III* del Code, nella parte relativa al diritto comune dei contratti e del regime generale e della prova delle obbligazioni<sup>113</sup>. Mentre l'*iter* della riforma della responsabilità è ancora in essere.

Varrà la pena considerare brevemente il metodo adoperato dal legislatore francese della novella del 2016 e gli obiettivi dichiarati, atteso che essi aiutano a definire il quadro entro cui si inserisce anche il cantiere di riforma della R.C. e a comprendere le ragioni, non sempre immediatamente percepibili, di talune soluzioni proposte, nonché la ritrosia per l'inserimento di una delle innovazioni più significative: una fattispecie generale ultra-compensativa.

Anzitutto, si osserva che tale complessivo processo di riforma viene a maturazione in quella che è stata definita la "età della decodificazione"<sup>114</sup>. La scelta si può comprendere considerando il ruolo del codice nella teoria francese delle fonti e gli obiettivi ufficiali dichiarati dal legislatore. Da un lato, infatti, «nell'impostazione della riforma – ma si percepisce anche nella stessa dottrina e giurisprudenza francesi – c'è un forte attaccamento al codice, che si spiega per il valore storico, politico di questo monumento, con la conseguenza di attribuirgli un valore costituzionale»<sup>115</sup>. Sicché, nonostante anche colà vi sia una pluralità di fonti e una significativa frammentazione del diritto, il codice civile continua ad avere un rilievo centrale, para-costituzionale appunto; indi la *nécessité impérieuse* di mettervi mano con un intervento organico. Dall'altro lato, da parte del *conditor* francese v'è un chiaro intento promozionale: rinverdire la propria tradizione giuridica e fare del proprio codice aggiornato un nuovo modello per il mondo<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Non è un caso che, come si vedrà, nell'ultima proposta di legge in materia si dica chiaramente di aver accantonato i temi più controversi e "bloccanti". Discute dell'alto tasso di politicità sotteso alle regole di R.C. con la consueta chiarezza P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 53. In relazione alla riforma francese cfr. E. RAJNERI, *op. ult. cit.*, p. 463 s.

<sup>113</sup> In generale sulla riforma francese dei contratti cfr. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, II ed., Paris, 2018; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2016, p. 432 ss.; ID., *La réforme du droit des contrats dans le droit français*, in *Curieul Judiciar*, 7/2014, p. 363 ss.; nonché E. GABRIELLI-A. FUSARO (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 5/2018, p. 1216 ss.; D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018. Per un confronto tra la riforma del BGB e la più recente del Code Napoléon cfr. S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 11 ss.

<sup>114</sup> Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986; e A. GAMBARO, voce *Codice civile*, cit., spec. § 4.

<sup>115</sup> P. PERLINGIERI, *La recente riforma del Code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018, p. 1004.

<sup>116</sup> Sono obiettivi dichiarati nei lavori preparatori. In particolare, cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n. 0035, 11 février 2016.

Quanto al metodo, oltre all'intenso dialogo tra i diversi formanti di cui s'è detto (serrato confronto tra Accademia, magistratura e parlamentari, sotto la regia del Ministero della giustizia), si deve ricordare che il progetto di riforma del diritto contrattuale è stato aperto a una consultazione pubblica delle istituzioni, dei cittadini e delle categorie professionali interessate. Inoltre, si tratta di una riforma portata avanti dall'esecutivo e varata tramite *ordonnance*, strumento previsto dal sistema costituzionale francese in séguito alla *loi d'habilitation*. Si è trattato di una scelta che ha incontrato forti resistenze, opposte da chi avrebbe preferito l'ordinario *iter* parlamentare<sup>117</sup>, ma che, invero, «conferma che riforme di una certa importanza è difficile che possano essere compiute nelle aule parlamentari con la partecipazione di tanti e che è indispensabile raggiungere lo scopo secondo le indicazioni e i limiti di una legge di indirizzo»<sup>118</sup>.

Nelle intenzioni dei *conditores*, la novella si proponeva di raggiungere tre principali obiettivi.

In primo luogo, il raggiungimento della ambita *certezza del diritto*: la pietra filosofale di ogni legislatore. «La *sécurité juridique* est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit»<sup>119</sup>.

In secondo luogo, ci si proponeva di «renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La *sécurité juridique* conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international»<sup>120</sup>. Come anticipato, i francesi erano molto preoccupati della perdita di influenza del proprio modello sul piano internazionale. I rapporti “*Doing business*” elaborati dalla Banca mondiale tra il 2004 e il 2006, piuttosto sferzanti nei confronti del sistema francese, hanno accreditato l'idea di un diritto civile scarsamente attrattivo per le esigenze del commercio internazionale: economica-

---

<sup>117</sup> Il Ministro della giustizia, da parte sua, per sostenere la scelta fatta portava i seguenti argomenti: l'urgenza della riforma non compatibile coi tempi lunghi della legislazione ordinaria; gli obiettivi della riforma non erano controversi e i principi fondamentali del diritto contrattuale sarebbero rimasti inalterati; inoltre, il testo proposto si basava sulle principali proposte pubblicate nei dieci anni precedenti: già oggetto di un intenso e puntuale esame. Sulla questione si è pronunciato anche il *Conseil Constitutionnel*, il quale non ha ravvisato profili di incostituzionalità nella *loi d'habilitation*: cfr. Décision n. 2015-710 DC du 12 février 2015; nonché S. ROWAN, *ibidem*.

<sup>118</sup> P. PERLINGIERI, *ibidem*.

<sup>119</sup> *Rapport au Président de la République, ibidem*.

<sup>120</sup> *Rapport au Président de la République, ibidem*, che séguita: «a cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées».

mente inefficiente, complesso, imprevedibile<sup>121</sup>. Sebbene non si tratti, evidentemente, di opinioni scientificamente ineccepibili o disinteressate, esse hanno avuto un peso notevole nel catalizzare il processo di riforma. Tali *report*, descritti come un “elettroshock”, «were still a nail in the coffin for French contract law in its current form»<sup>122</sup>.

In terzo luogo, in una prospettiva «d'efficacité économique du droit», con l'*ordonnance* si è cercato di introdurre regole utili ai contraenti per perseguire una maggiore giustizia contrattuale, prevenire il contenzioso o risolverlo in via di autotutela<sup>123</sup>. Il legislatore ha cercato di raggiungere gli obiettivi declamati secondo diverse vie. Si è lavorato sul linguaggio: in continuità con l'ambizione che fu già di Napoleone, si è cercato di semplificare la prosa legale, aggiornandola all'uso odierno e puntando a renderla accessibile al comune cittadino. Si è poi codificata la gran parte dell'*acquis* giurisprudenziale in materia<sup>124</sup>: in aderenza all'aspirazione tradizionale (o alla pretesa?) di un sistema continentale di fissare tutto il diritto in un testo legale. Inoltre, è stata rivista persino la struttura del codice del 1804, per conferire a ciascuna sezione uno scopo più definito e una maggiore chiarezza<sup>125</sup>.

Il tempo dirà se i mezzi approntati siano stati idonei a raggiungere gli ambiziosi obiettivi attesi. Sebbene da più parti si dubiti che tale fatica possa assurgere a idealtipo e che il sistema francese ne abbia realmente guadagnato in competitività<sup>126</sup>, si ritiene comunque che la riforma abbia migliorato la codificazione civile, rendendola più completa, intellegibile e in linea «with solutions that work effectively in other jurisdictions and international contract law instruments»<sup>127</sup>.

Veniamo ora ai lavori in corso nel cantiere della R.C.

<sup>121</sup> 'Doing Business in 2004: Understanding Regulation' (World Bank and Oxford University Press 2003); 'Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth' (World Bank and Oxford University Press 2004); 'Doing Business in 2006: Creating Jobs' (World Bank and Oxford University Press 2005).

<sup>122</sup> S. ROWAN, *op. cit.*, p. 810, ed ivi bibliografia.

<sup>123</sup> *Rapport au Président de la République, ibidem*. Va in tale direzione, ad es., il nuovo art. 1195 del *Code*, sulla rinegoziazione in caso di *imprévision*.

<sup>124</sup> Soluzioni «bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites»: *Rapport au Président de la République, ibidem*.

<sup>125</sup> Ad es. gli articoli relativi al diritto dei contratti scandiscono ora una sequenza che segue il ciclo di vita del contratto, dalla formazione ai rimedi (artt. 1101 ss. *Code civil*).

<sup>126</sup> S. ROWAN, *op. cit.*, p. 830. P. PERLINGIERI, *La recente riforma del code civil*, p. 1008 ss., ritiene velleitaria l'ambizione di assurgere a punto di riferimento per il mondo e, dopo un'analisi complessiva che si focalizza anche su talune criticità tecniche, osserva che gli elementi di continuità prevalgono sulle reali innovazioni, sicché le modifiche introdotte sarebbero più di forma che di sostanza. Per G. LICCARDO, *La Réforme del Code civil: riflessioni e spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018, p. 1129 «la *Réforme* esprime un'esigenza di rinnovamento, un'ansia ed un'inquietudine in tal senso, con tutti i limiti che può avere un'iniziativa così articolata».

<sup>127</sup> S. ROWAN, *ibidem*.



compiuta. Rendere accessibile, modernizzare e arricchire il diritto della R.C.: riportarlo nel *sancta sanctorum* del Code civil. Riordino, slancio e rispetto dei pilastri tradizionali. L'enfasi e l'ambizione sono elevate<sup>132</sup>. Si riconosce però che in sede parlamentare occorrerà trovare un "giusto equilibrio" tra «l'efficacité attendue par les acteurs économiques et la protection que sont en droit d'attendre les victimes»<sup>133</sup>.

Il *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, licenziato dalla Cancellaria nel 2017, non si limita a un'operazione di *maquillage*. Esso tocca le colonne portanti della R.C.: «l'identificazione degli elementi fondativi dell'illecito (regola di condotta, nesso di causalità), i regimi speciali (seppur con numerosi rinvii a legislazioni extracodificistiche), danno risarcibile (tipologie, criteri), solidarietà. Sebbene la riforma si autodichiari come un "consolidamento" del diritto esistente, appare evidente la mole di novità che trascendono la positivizzazione del percorso pretorio degli ultimi decenni»<sup>134</sup>. Su tre punti, in particolare, la tensione innovativa appare più evidente: la disciplina sul danno alla persona, l'introduzione di una componente punitiva per il responsabile dell'illecito in sede civile e il rafforzamento, tramite la sua codificazione, della funzione preventiva della responsabilità. Nelle parole dei redattori: «le juge se verra demain reconnaître la possibilité de prescrire toute mesure définitive ayant pour objet de prévenir le dommage ou de faire cesser un trouble illicite: il ne s'agit plus seulement de réparer le dommage, mais d'agir sur sa source»<sup>135</sup>.

Per la stretta connessione col tema generale indagato nel presente lavoro, nel paragrafo seguente ci si concentrerà su codesta componente punitiva dell'obbligazione risarcitoria.

### 3.5. *Le proposte di riforma della R.C. Dal dommage punitif all'amende civile: alchimie linguistiche per evitare (formalmente) l'américanisation du droit*

La proposta originaria del 2005 (*avant-projet Catala*) prevedeva l'introduzione di un nuovo istituto: il *dommage punitif*, calco piuttosto evidente, anche a li-

---

<sup>132</sup> L'ambizione è quella classica dei legislatori francesi: rendere il diritto adatto allo spirito del tempo, maggiormente certo e prevedibile e farne, anche per tale ragione, un modello per il mondo. Cfr. *Discours de Monsieur Jean Jacques Urvoas*, cit., p. 2: la riforma rappresenta una necessità non rinviabile, *inter alia*, «pour pouvoir compter sur un droit lisible, transparent et porteur de sécurité juridique utile aux citoyens comme aux acteurs économiques; [e] pour adapter nos règles de responsabilité aux enjeux économiques et sociaux du XXIème siècle».

<sup>133</sup> *Discours de Monsieur Jean Jacques Urvoas, ibidem*.

<sup>134</sup> D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, cit., p. 686.

<sup>135</sup> *Dossier de presse*, 13 mars 2017, cit., p. 3. Cfr. la proposta di art. 1266 sulla *cessation de l'illicite*.

vello linguistico, di quello in auge nei sistemi di *common law*. La norma proposta, pensata per collocarsi in un novellato art. 1371 del *Code*, prevedeva:

«l'auteur d'une *faute manifestement délibérée*, et notamment d'une *faute lucrative*, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des *dommages-intérêts punitifs* dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La *décision* du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts *doit être spécialement motivée* et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs *ne sont pas assurables*».

Il testo aveva il pregio di proporre una fattispecie elastica e piuttosto chiara con una delega al giudice del potere di scegliere l'importo della quota punitiva, il beneficiario o i beneficiari della medesima (attore, Stato, fondi specifici). Il giudicante veniva però, opportunamente, responsabilizzato tramite l'obbligo di distinguere tale somma dagli altri titoli risarcitori e l'onere di specifica motivazione<sup>136</sup>: garanzia per il convenuto che avrebbe potuto appellare il relativo capo di condanna, e sollecitare un controllo di legalità sulla decisione. Infine, si optava per la secca inassicurabilità di tale importo, senza valorizzare, sul punto, le riflessioni svolte dalla dottrina e dai legislatori che hanno creato e plasmato l'istituto preso a modello (*punitive damages*)<sup>137</sup>.

Tale proposta, in sede consultiva, aveva anche trovato il sostanziale avallo della Cour de cassation, la quale però riproponeva il mantra stantio della riparazione integrale e suggeriva di riversare completamente la quota di risarcimento sanzionatorio allo Stato: «...il apparaît illogique que la mise en place de mécanismes plus dissuasifs puisse profiter, non à la collectivité, mais à la victime, au prix d'une véritable dénaturation de la finalité indemnitaire de la responsabilité civile»<sup>138</sup>. Con ciò trascurando completamente il tema dell'incentivo all'azione del privato che, invece, rappresenta la chiave di volta per il successo di un rimedio punitivo efficace.

Al di là della posizione espressa dalla Suprema Corte francese, l'impressione generale è che ai civilisti francesi non piacesse molto un istituto che tra-

<sup>136</sup> Così come dall'obbligo di parametrare il giudizio sopra tutte le circostanze rilevanti: «le juge évalue le préjudice au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible» – proposta di art. 1372 *Code civil*.

<sup>137</sup> I riferenti più immediati considerati dai compilatori della riforma sono evidentemente l'esperienza statunitense e la Provincia canadese del Québec, che, avendo una forte base civilistica, è persa essere più vicina alle caratteristiche istituzionali del sistema giuridico francese.

<sup>138</sup> Ad ogni buon conto, la Corte riconosceva espressamente che le sanzioni classiche (danni compensativi e sanzioni penali) sono insufficienti oggi a neutralizzare talune gravi condotte, specialmente quando animate dal fine di profitto. Cfr. D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 704 ss., ed ivi i riferimenti alle posizioni classiche della Cassazione francese, tradizionalmente contraria, in sede giudicante, ai danni punitivi.

diva, anche nominalisticamente, un'eccessiva esterofilia<sup>139</sup>.

Nel *Projet* presentato nel 2017 la proposta per l'introduzione di un rimedio ultra-compensativo viene mantenuta, ribattezzato col nome di "*amende civile*". Similmente alla scelta del legislatore italiano che ha depenalizzato l'ingiuria (v. d.lgs. n. 7/2016), si evoca in maniera più marcata la componente pubblicistica di tale peculiare quota dell'obbligazione risarcitoria. La scelta lessicale, infatti, richiama a colpo d'occhio il diritto penale: l'*amende* è la sanzione *contraventionnelle* che corrisponde all'infrazione minore del diritto criminale francese<sup>140</sup>. D'altronde nella presentazione del progetto, si è chiarito espressamente la natura ibrida del rimedio: «l'idée consiste à ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages), et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements)»<sup>141</sup>.

Prevedendo l'inserimento di un art. 1266-1 nel *Code civil*, la più recente soluzione di compromesso recita:

«nell'illecito extracontrattuale, qualora l'autore del danno abbia agito deliberatamente al fine di realizzare un guadagno o un risparmio, il giudice può condannarlo, su richiesta della vittima o del pubblico ministero e con provvedimento specificamente motivato, al pagamento di una *amende civile* [pena pecuniaria] (...) proporzionata alla gravità della colpa commessa, alle capacità contributive dell'autore e ai benefici che potrà ricavarne.

L'*amende* non può superare il decuplo dell'importo del profitto realizzato.

Se è responsabile una persona giuridica l'*amende* può essere portata al 5% del volume d'affari, al netto delle imposte, più elevato tra quelli realizzati in Francia nel corso di uno degli esercizi precedenti quello nel quale è stato commesso il fatto colposo (...). L'*amende* non è assicurabile»<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Cfr. *ex multis* D. FASQUELLE, *Amendes civiles ou «dommages punitifs»?», in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, colloque*, in *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2001, p. 50 ss. Si v. anche il rapporto *Domme-intérêts punitifs: le chant des sirènes*, in *La tribune de l'assurance*, 158/mar 2011, p. 50 ss.

<sup>140</sup> Cfr. L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, cit., p. 1871, nt. 22.

<sup>141</sup> *Dossier de presse*, 13 mars 2017, cit., p. 3.

<sup>142</sup> Traduzione di L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, cit., p. 1871 ss. Il testo in lingua originale recita: «en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable».



Oltre alla segnalata modifica del referente linguistico dell'istituto, la nuova versione del rimedio focalizza l'attenzione sulla *condotta* volta al perseguimento di profitto o altra utilità<sup>143</sup>. La fattispecie si presenta dunque come atipica, in grado di abbracciare la varietà delle situazioni illecite che si verificano sotto i cieli aquiliani (per riprendere una felice espressione di Cesare Salvi). La descritta atipicità sembra sia stata utilizzata anche al fine di evitare sovrapposizioni con istituti affini già positivizzati nel Code civil e nel Code de commerce<sup>144</sup>. La tecnica redazionale sembra appropriata, quand'anche parte della dottrina d'oltralpe abbia criticato la scelta in relazione al potere riconosciuto al giudice di specificare la fattispecie (legalmente atipica) nella sentenza di condanna, paventando, altresì, un potenziale rischio di illegittimità e/o duplicazione della sanzione civile e, quindi, un possibile contrasto coi principi del *ne bis in idem* e *nulla poena sine lege*<sup>145</sup>. Tali obiezioni non sembrano avere un serio fondamento, anche alla luce di quanto recentemente considerato dalla nostra Corte costituzionale – in un ordinamento confrontabile appartenente alla stessa famiglia – circa la natura della sanzione civile e l'operatività della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 25 Cost. (che vale soltanto per la sanzione criminale e per quelle amministrative di natura sostanzialmente punitiva)<sup>146</sup>.

Quanto al divieto di assicurabilità dell'*amende civile*, se da un lato se ne comprende la ragione di *policy* (rendere il rimedio massimamente deterrente), dal-

<sup>143</sup> In pratica, il risarcimento sanzionatorio è *strutturato* sul beneficio economico ottenuto dall'autore di una *faute lucrative*. Cfr. N. FOURNIER DE CRUY, *Consacration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'art. 166-1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, in *LPA*, 8 novembre 2017, p. 1 ss.; B. JAVAUX, *L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages?*, in *Semaine Juridique*, 6/2019, p. 276 ss.; J. PROROK, *L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile*, in *RTD Civ.*, 2018, p. 327 ss.; T. ALES-L. TERDJMANN, *L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile: le Rubicon sera-t-il franchi?*, in *AJCA*, 2017, p. 69 ss.; S. CARVAL, *L'amende civile*, in *JCP G*, 2016, numéro spécial, p. 42 ss., e ID., *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, in *JCP G*, 2017, n° 15, p. 401 ss.; M. BEHAR-TOUCHAIS, *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs?*, in *Petites affiches*, n° 232, 20 nov. 2002, p. 36 ss.; D. FASQUELLE-R. MESA, *Les fautes lucratives et les assurances de dommages*, in *RGDA*, 2005, p. 351 ss.; D. FASQUELLE, *Amendes civiles ou «dommages punitifs»?*, cit., p. 50 ss.; nonché G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1 ss.

<sup>144</sup> Cfr. L. 442-6 *code comm.*, nonché le considerazioni di L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1873.

<sup>145</sup> M.A. CHARDEAUX, *L'amende civile*, in *LPA*, 30 gennaio 2018, n. 132, p. 6 ss.; F. GRAZIANI, *La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusion*, in *Dalloz*, 2018, p. 428 ss.; E. DREYER, *La sanction de la faute lucrative*, in *Dalloz*, 2017, p. 1139; N. RIAS, *L'amende civile: une fausse bonne idée*, in *Dalloz*, 2016, p. 20172 ss.; in relazione al diritto del Québec, cfr. S. CARVAL, *La sanction des comportements fautifs – Article 1266*, in *JCP*, 2016, p. 30 ss.; *contra* N. FOURNIER DE CRUY, *Consacration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom?*, cit., p. 7. Cfr. altresì *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

<sup>146</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, cit. Si v. inoltre § 4.3. ss. in avanti.

l'altro lato occorre considerare che non vi è un'incompatibilità ontologica tra sanzione e strumento assicurativo, specie quando il soggetto che sopporta il peso economico della copertura assicurativa sia diverso dal danneggiante<sup>147</sup>.

### 3.6. La faute lucrative e il beneficiario della sanzione

Tornando alla fattispecie proposta, sembra evidente che dietro la nozione di *faute lucrative* aleggi il dolo, nonostante la parola “*dol*” non venga mai utilizzata. Il legislatore, infatti, «si avvale di un contesto oggettivante proprio del codice civile, non individua l’“autore del danno” e non specifica neppure la condotta che caratterizza la *faute lucrative*: non è richiesto un fatto colposo grave (*faute lourde* propria della responsabilità contrattuale o *faute grave* sottoposta ad esigenze procedurali) e neppure un “fatto doloso” (*faute intentionnelle* categoria di diritto penale), ma solo una “*faute volontaire*” secondo un’accezione per così dire “umanista” (l’Uomo come essere dotato di coscienza): come se i redattori avessero voluto porre l’accento non tanto sulla persona del privato quanto sulla funzione che l’Uomo, in base al *Contrat social*, è chiamato a svolgere per garantire la libertà e l’uguaglianza»<sup>148</sup>.

D’altro canto, si intravede la scelta dei compilatori di concentrare l’attenzione sull’elemento psicologico, tramite la scelta dell’avverbio “*délibéré-ment*”, il quale evoca immediatamente la malizia del danneggiante e le conseguenze nella sfera economica altrui. V’è quindi in filigrana l’idea che l’autore dell’illecito (*faute lucrative*) non si sia limitato a trascurare gli investimenti in sicurezza, ma abbia, “positivamente”, premeditato di trarre profitto dalla condotta<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Ne discutono D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 707; e S. LANDINI, *Assicurazione dei “danni punitivi” e delle sanzioni punitive civili*, in *Contr. e impr.*, 3/2019, p. 1170 ss. D’altronde, nel RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, cit., p. 55, a corredo della proposta di eliminazione del divieto di assicurabilità dell’*amende civile* si osservava: «même s’il n’est pas certain que cette disposition [quella che sancisce l’inassicurabilità dell’*amende*, N.d.A.] soit superfétatoire, en l’état de la conception restrictive de la faute intentionnelle au sens du droit des assurances, le fait de nier la possibilité de s’assurer contre le risque de devoir acquitter une amende civile pourrait favoriser un mouvement consistant à contracter avec des compagnies d’assurances étrangères, sur la base de polices gouvernées par un droit autre que le droit français».

<sup>148</sup> L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1874.

<sup>149</sup> Cfr. L. KLESTA, *ibidem*. Dall’ordito complessivo della norma, l’A. ricava l’impressione che il legislatore abbia voluto adoperare alcune tecniche di controllo tipiche della relazione contrattuale, onde colpire la condotta dell’autore della *faute lucrative*. Si staglia in tal modo l’obbligo di indennizzare l’*immoralité* del comportamento rispetto a un ordine sociale e giuridico. L’esempio a corredo della relazione accompagnatoria sembra confermare codesta lettura: «j’ai imaginé une gamme de biscuits originaux; avant d’avoir pu les commercialiser, un concurrent bien établi qui a eu

Inoltre, la proposta in oggetto si differenzia dalla precedente per il ruolo assegnato al giudice nella concreta amministrazione del rimedio. Se il *Projet Catala* assegnava al magistrato un ruolo di primo piano (nella scelta della motivazione e nella parametrizzazione del *quantum* alla gravità della *faute*, ai profitti incamerati e alla posizione economica del danneggiante), la proposta attuale ne ridimensiona lo spazio di manovra. Sicché, il potere del giudice sembrerebbe ridotto alla qualificazione della fattispecie e alla scelta di comminare, o meno, l'*amende civile*. Operata tale scelta, la condanna sembra quasi a rime obbligate, avendo il legislatore circoscritto il *quantum* a un multiplo del guadagno illecito realizzato e, per le persone giuridiche, al 5% del fatturato.

L'esigenza di un limite predeterminato e conoscibile *ex ante* è condivisibile. Lo è un po' meno la rigidità dei criteri, che tentano, scopertamente, di sottrarre spazio alla dialettica processuale, confermando un esasperato dirigismo legislativo anche in ambito extracontrattuale<sup>150</sup>.

Inoltre, deve essere accolta positivamente la distinzione effettuata nell'introducendo art. 1266-1, comma 4, Code civil, tra persone fisiche e giuridiche. La differente disciplina valorizza un elemento che è sotto gli occhi di tutti: la diversità tipica della condotta di tali soggetti, nonché il potenziale offensivo – specie nel campo degli illeciti economici – esprimibile dalle persone giuridiche, che “persone” non sono<sup>151</sup>. Esse, infatti, tramite i propri organi – e a differenza delle persone umane per le quali quella di razionalità sembra un'ipotesi di scuola – tendono ad assumere decisioni economicamente razionali, talvolta in contrasto con i valori non economici che informano l'ordinamento. Inoltre, stante la dissociazione che si verifica tra proprietà e controllo, può capitare che le persone morali effettuino scelte scellerate che destano un grave allarme sociale e che meritano una sanzione adeguata ed esemplare (si pensi al caso Thyssenkrupp citato nel capitolo primo).

Pertanto, il criterio di commisurazione della sanzione parametrata al fatturato, valevole soltanto per le persone giuridiche, sembra in grado di spiegare una migliore efficacia deterrente rispetto ad altri parametri in ipotesi adottabili<sup>152</sup>.

connaissance des recettes sans mon accord a mis en vente une gamme de produits similaires et a réalisé d'importants bénéfices. En plus des dommages et intérêts qu'il devra me verser, réparant les pertes que j'ai subies, il pourra être condamné à une amende civile pouvant correspondre aux bénéfices qu'il a faits»: *Dossier de presse*, 13 mars 2017, cit., p. 3.

<sup>150</sup> Cfr. D. CERINI, *ibidem*. Inoltre, l'Autrice rileva che, almeno rispetto all'ipotesi di *dommage punitif*, l'attuale configurazione dell'*amende civile* sembra distanziarsi notevolmente dall'istituto dei *punitive damages* nordamericani. In particolare, la figura in discussione in Francia pare avere una più ridotta operatività, essendo collegata a un intento economico del danneggiante, mentre i danni punitivi americani si correlano ad un novero senz'altro più ampio di stati soggettivi. Inoltre, la rigidità dei criteri fa venir meno quella componente di alea circa l'entità dell'*award* che, tradizionalmente, ha rappresentato negli Stati Uniti la chiave di volta della deterrenza.

<sup>151</sup> Cfr. per tutti F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Comm. del Codice civile Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 2006.

<sup>152</sup> Con ciò anche valorizzandosi gli apporti provenienti dal diritto della concorrenza (ove so-

Infine, merita un commento critico la scelta dei redattori di devolvere l'importo dell'*amende*, per intero, a un fondo correlato alla natura del danno o, in mancanza, al Tesoro pubblico. Come visto, si tratta della medesima scelta compiuta dal legislatore italiano che ha coniato la figura di sanzione pecuniaria civile con il d.lgs. n. 7/2016. E la scelta si deve criticare per le stesse ragioni giuseconomiche.

È noto come l'incentivo economico al privato sia stato, empiricamente, un ingrediente del successo dell'effettività rimediabile dei *punitive damages* USA. Ed è anche tale incentivo che rende possibile all'attore leso di vestire i panni di un *private attorney general* e di svolgere, quindi, un prezioso ufficio per sé, e per gli altri (la collettività). Rimuovendo tale incentivo proprio non si capisce per quale ragione (zelo missionario? Titanico eroismo?) un attore in giudizio dovrebbe profondere tempo, energie emotive e risorse economiche per beneficiare... Leviatan o, comunque, un terzo. È ragionevole ritenere dunque che costui non investirà le sue migliori energie per allegare e provare in causa tutte quelle circostanze utili ad una condanna ultra-compensativa, limitandosi quindi a una difesa ordinaria, se non *de minimis*, che punti semplicemente a portare a casa i danni compensativi. Inoltre, considerando che l'*amende civile* può essere chiesta dall'attore e dal PM eventualmente intervenuto, «si comprende come la previsione di una totale devoluzione ad un fondo rischi di far venir meno ogni interesse del danneggiato medesimo alla domanda stessa»<sup>153</sup>. Insomma, si tratta del limite più significativo della soluzione prescelta, che meriterebbe, pertanto, di essere seriamente rimeditata, magari ritornando alla regola elastica del *Projet Catala* che dava la facoltà al giudice di modulare l'allocazione dell'*award* in base alle risultanze del caso concreto.

### 3.7. Caution! Legislator (and lobbyist) at work

Veniamo alla tappa più recente della maratona di riforma della R.C. Allo scopo di consentirne la discussione parlamentare, nel novembre 2017 la Commissione leggi del Senato francese creava una *mission d'information*, la quale

---

vente si parametrano le sanzioni al fatturato del *perpetrator*) e dalla comparazione giuridica (si pensi a Stati Uniti, UK, e Svizzera ove, in ambiti e con modalità diversi, si considera la *financial position* del convenuto per adeguarvi una sanzione effettiva.

<sup>153</sup> D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 707. In senso analogo L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1876, avanza qualche perplessità su tale scelta, che non incide positivamente sull'effettività dell'interesse ad agire stante il beneficiario dell'*amende*. Anche sulla base di tale elemento, l'A. conclude affermando che il rimedio francese non persegue il fine di deterrenza che connota gli *extracompensatory damages*, stante l'invasivo ruolo assegnato allo Stato. Criticano tale opzione che non dà un incentivo alla vittima anche E. RAJNERI, *op. cit.*, p. 478; e F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e impr.*, 4/2017, p. 1139 ss.

procedeva ad ulteriori consultazioni. Dopo un lungo periodo di quiescenza, nel luglio 2020, la *Commission des lois* adottava un rapporto nel quale constatava la necessità di portare a compimento una riforma della R.C. «attendue et utile», considerando che la riflessione ventennale sulla materia sembrasse essere ormai matura almeno sui punti maggiori<sup>154</sup>. Contestualmente, la Commissione leggi presentava talune linee guida da seguire nel percorso parlamentare di riforma (segnatamente, ventitré «propositions pour simplifier la vie des Français en facilitant la réparation des dommages»). Seguiva la proposta di legge senatoriale n. 678 portant réforme de la responsabilité civile<sup>155</sup>. Tale proposta di legge assume come testo base il commentato *Projet* della Cancelleria del 2017, integrato con ventitré proposte elaborate dalla Commissione leggi del Senato (alcune delle quali invero ripetitive di obiettivi già presenti nel progetto). I proponenti, auspicando di concludere rapidamente l'annoso processo di riforma, hanno selezionato «les axes les plus consensuels de la réforme, écartant certains sujets bloquants»<sup>156</sup>.

Dietro tale elegante perifrasi vi sono due esclusioni eccellenti.

Viene rinviata a data da destinarsi l'idea di integrare nel *Code civil* le disposizioni della c.d. «loi Badinter» sulle vittime di incidenti della circolazione di veicoli, e la giurisprudenza su di esse sedimentatasi<sup>157</sup>.

E, soprattutto, sparisce del tutto l'*amende civile*, evidentemente ritenuta «bloccante» per un celere sviluppo dell'*iter* di approvazione. Si tratta di una scelta miope e criticabile che depriva la riforma di uno degli aspetti più necessari (e interessanti) e che, invero, non si giustifica neppure in base alle critiche mosse da quei portatori di interesse da sempre avversi all'idea di una fattispecie civile punitiva. Per persuadersene, converrà esaminare sul punto le critiche e le proposte del *Rapport du groupe de travail*, istituito su impulso del Primo Presidente della Corte di Appello di Parigi, con l'obiettivo specifico di analizzare la riforma «sous le prisme des relations économiques, i.e. des entreprises»<sup>158</sup>. A

<sup>154</sup> Cfr. «Responsabilité civile: 23 propositions pour faire aboutir une réforme annoncée», adopté le 22 juillet 2020. Rapport d'information n° 663 (2019-2020) fait par MM. Jacques Bigot et André Reichardt au nom de la commission des lois: <http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-663-notice.html>.

<sup>155</sup> Proposition de loi n. 678, Portant réforme de la responsabilité civile, Exposé des motifs, *ibidem*.

<sup>156</sup> Proposition de loi n. 678, cit., p. 4.

<sup>157</sup> Proposition de loi n. 678, Exposé des motifs, *ibidem*: «dans ce domaine, les deux nouveautés proposées par le texte de la Chancellerie – amélioration de l'indemnisation du conducteur fautif et extension du régime spécial à tous les accidents impliquant un chemin de fer ou un tramway circulant sur une voie propre, jusqu'à présent hors du champ de la loi Badinter – sont des modifications importantes et méritent un texte et un débat spécifiques».

<sup>158</sup> RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, Avril 2019, cit., spec. p. 52 ss.

tale gruppo di lavoro hanno partecipato accademici, avvocati, magistrati e rappresentanti delle imprese. Il *focus* – ristretto e partigiano – era stato comunque dichiarato apertamente nell'introduzione del lavoro: valutare l'impatto della riforma sulle *relazioni economiche* e sull'*attrattività* della R.C. francese. In breve, nel citato Rapporto si critica la fisionomia attuale dell'*amende civile* sulla base di tre argomenti. In primo luogo, si censura di imprecisione e genericità la condotta descritta dalla fattispecie («... lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie ...») <sup>159</sup>. In secondo luogo, si ritiene preferibile l'introduzione di regimi speciali ultra-compensativi per specifici tipi danni (ad es. in ambito di *dommages corporels*, proprietà industriale, diritti della personalità, concorrenza sleale etc.), anziché un rimedio generale di diritto comune: le ragioni di tale preferenza non vengono affatto spiegate, sicché essa suona come apodittica. In terzo luogo, si trova la proposta di sostituire l'*amende civile* con la generalizzazione dei *dommages et intérêts restitutoires*, i quali sono considerati neutri dal punto di vista della competitività e già noti al sistema francese (in ambito IP e in materia di *secret des affaires*) <sup>160</sup>.

In subordine rispetto alla proposta di una sorta di retroversione degli utili di diritto comune, si propone la rimodulazione, in senso restrittivo, dell'*amende*. In particolare, si limita al Pubblico Ministero la facoltà di chiedere la condanna a tale titolo; si riduce il *plafond* dell'*amende* e si elimina il riferimento al fatturato del danneggiante, che non avrebbe – in tesi – alcuna pertinenza con gli obiettivi della norma; si prevede il Tesoro pubblico come unico beneficiario.

Sebbene tale rimodulazione non sia condivisibile, perché devitalizza in sostanza l'operatività dell'istituto, si osserva che neppure le imprese erano giunte a chiedere (formalmente) la cancellazione *tout court* di un rimedio finalizzato a prevenire e sanzionare gli illeciti lucrativi.

Insomma, il legislatore ha mostrato di essere più realista del Re (*i.e.* il lobbista). Ciononostante, non è detta ancora l'ultima parola, atteso che l'*amende civile* – o altro istituto analogo – potrebbe essere reintrodotta con un emendamento nel corso dei lavori parlamentari. Il tempo dirà se il rimedio vedrà mai la luce. Intanto, il serrato confronto e i numerosi dibattiti che vi sono stati dal 2005 a oggi dimostrano chiaramente che se un problema vi è non è certo tecnico-giuri-

---

<sup>159</sup> Si richiama sul punto la giurisprudenza del Conseil constitutionnel che, in ambito di sanzioni civili, richiede al legislatore di definire in «termes suffisamment clairs et précis» la condotta che fa scaturire la sanzione: cfr. Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

<sup>160</sup> RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, *ibidem*. Sicché, la prima proposta avanzata è quella di sostituire l'*amende civile* – che presenterebbe inconvenienti specialmente in termini di 'attrattività', quale che sia il significato di tale parola – con una previsione di tal fatta: «en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie supérieur à l'indemnisation qui pourrait en résulter, le juge peut prendre en compte l'ampleur de ce gain ou de cette économie dans la fixation des dommages et intérêts».

dico<sup>161</sup>. Ché, anzi, una fattispecie generale ultra-compensativa è perfettamente compatibile con un sistema di *civil law*. Insomma, potrà anche prevalere l'orientamento tradizionale e conservatore, ma il bisogno sociale di tutela resta (indi il problema di una R.C. meramente compensativa); ed è verosimile che le corti continueranno ad amministrare la sanzione nell'ombra, con un più grave *vulnus* alle esigenze generali di certezza<sup>162</sup>. Si può dunque concludere provvisoriamente con un: “*Caution! Legislator (and lobbyist) at work*”.

---

<sup>161</sup> Si pensi alla fragilità dell'argomento per cui una fattispecie generale ultra-compensativa minerebbe l'“attrattività” del sistema francese.

<sup>162</sup> E con un danno anche per gli attori economici come gli assicuratori, giacché la punizione civile comminata nell'ombra – sotto le mentite spoglie di un danno compensativo – la rende difficilmente intellegibile, «con il rischio di un supino trasferimento sul garante-assicuratore»: D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 698.

## CAPITOLO QUARTO

### I PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA STATUNITENSE

SOMMARIO: 4.1. I *punitive damages*: nozione e breve inquadramento storico nell'ordinamento di origine. – 4.2. I danni punitivi nell'ordinamento statunitense: *functions and rationales*. – 4.3. L'addomesticamento del “mostro”: il percorso di “costituzionalizzazione” (forzata) ad opera della Supreme Court. La svolta impressa con il caso “BMW”. – 4.4. *Segue*: il successivo percorso di “costituzionalizzazione”: i casi “State Farm”, “Philip Morris” ed “Exxon”. – 4.5. Le leggi statali in funzione di contenimento degli eccessi delle giurie e il sistema degli *split recovery schemes*. – 4.6. Nuovi movimenti alle frontiere dei *torts*: anche in America “si fa ma non si dice” ... proprio tutto. – 4.7. Una suggestione sistemologica.

#### 4.1. *I punitive damages: nozione e breve inquadramento storico nell'ordinamento di origine*

I *punitive damages*, o danni punitivi<sup>1</sup>, sono un istituto tipico dei sistemi giuridici di *common law*. Istituto assai noto, invero più per il trasfigurante risalto mediatico riscosso da taluni casi celebri e per l'attenzione ad esso riservata da

---

<sup>1</sup>Si consideri che la locuzione *punitive damages* è quasi sempre tradotta con l'italiano “danni punitivi”. Tale traduzione convenzionale è stata adottata anche in questa sede, unitamente all'altra “risarcimento punitivo”, forse più corretta su un piano traduttologico. L'ambiguità emerge dal fatto che in *common law* nordamericano il vocabolo *damages*, al plurale, si correla al *quantum* attribuito nel giudizio (ossia l'“*award*”), non essendo traducibile semplicemente come “danno”. Invero, quella riferita non sembra essere una peculiarità esclusiva del sistema giuridico USA. Anche nei sistemi francese e italiano le parole “*dommages*” e “danni” hanno natura polisemica. Tant'è che lo stesso legislatore utilizza talvolta la parola “danni” per intendere il loro risarcimento: si v. gli artt. 1261 c.c., e 743 e 744 c.p.c. In altre parole, sembra trattarsi di una vera e propria metonimia giuridica, che trasferisce il significato da una parola a un'altra in base a una relazione di contiguità causale, usando il nome della causa (danno) per designare l'effetto (risarcimento). Cfr. voce *damages*, in *Black's, Law dictionary*, VII ed., St. Paul, Minn., 1999, p. 393 ss.; e F. DE FRANCHIS, voce *damages*, in *Diz. Giur.*, Inglese-Italiano, 1, Milano, 1984, p. 610 ss. Per un approfondimento sulla distinzione tra danno, indennizzo, risarcimento o mero riferimento alla condanna v. D. CERINI, *The Polyfunctional Role of Punitive Damages and the Conundrum of Their Insurability: an Italian Perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018, p. 1 ss. Per un contributo fondamentale sui ricorrenti problemi di traduzione in ambito giuridico, cfr. per tutti V. JACOMETTI-B. POZZO, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Padova, 2018.



numerosi *legal thriller*, che per il reale portato tecnico-applicativo<sup>2</sup>. Si tratta, inoltre, di un rimedio ibrido, di “natura” anfibia quasi, che lo pone a cavaliere tra il diritto privato e quello pubblico<sup>3</sup>.

Recentemente, inoltre, l’istituto è stato oggetto di studi approfonditi anche nei sistemi di *civil law*<sup>4</sup>, sotto il pungolo delle richieste di delibazione di sentenze straniere (in particolari nordamericane) comminatorie *punitive damages*, sempre più frequenti negli anni – giusta la caratura del commercio transnazionale nell’odierna società globalizzata. Così, gli ordinamenti continentali si sono trovati a diretto contatto con questo istituto “alieno”. In forza di tale “incontro ravvicinato del terzo tipo”, i giuristi *civilian* sono stati quasi costretti a confrontarsi con la *complexity of torts* degli ordinamenti di origine<sup>5</sup>. Essi, in particolare, hanno affrontato due ordini generali di problemi.

Da un lato, ci si è confrontati con il tema internazional-privatistico del (possibile) riconoscimento di tali sentenze e del loro rapporto con l’ordine pubblico interno e internazionale. Si tratta di un tema affascinante ma che esula dall’oggetto della presente trattazione e al quale, pertanto, non potrà essere dato risalto. Sia consentito solo richiamare, a mo’ di cameo, l’attuale orientamento della giurisprudenza italiana. Dopo decenni di netta chiusura ai *punitive damages*, af-

---

<sup>2</sup>R.C. MEURKENS, *Punitive Damages: Foundations to Start With*, in S. BARIATTI-L. FUMAGALLI-Z. CRESPI REGHIZZI (edited by), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, p. 6, la quale, dati empirici alla mano, mostra la verità riguardo alla declamata eccessività dei danni punitivi: «while tort reformers have put emphasis on these civil litigation horror stories [come quella abusata del gatto nel microonde, N.d.A.], empirical research shows that the number of tort actions is not excessive as is often believed: tort cases form a relatively small percentage of civil lawsuits and tort damages are generally modest in amount, whereas the majority of tort claims are settled».

<sup>3</sup>Per D.M. BRAUN, *The Risky Interplay of Tort and Criminal Law: Punitive Damages*, in 11 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.*, 2013, p. 450 si tratterebbe *inter alia* di un «quasi-criminal remedy». L’A. parla anche di una «split personality» del diritto civile, giacché «today, the private law has developed somewhat of a split personality in which it not only compensates a private plaintiff for her losses at the hands of a private defendant, but in which it may punish and deter the latter as well»; cfr. anche M. CAPPELLETTI, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, in 32 *Ariz. J. of Int’l & Comp. L.*, 2015, p. 811: «for those committed to the preservation of the public/private distinction, punitive damages represent a serious problem, for punishment and deterrence (but especially punishment) have been traditionally presented as belonging to the exclusive province of public law». Sul ruolo della punizione nel diritto civile inglese, non limitato alla figura dei *punitive damages* cfr. da ultimo J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law*, in *Modern Law Review*, 2021, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12654>, p. 1 ss.

<sup>4</sup>Uno studio miliare e pionieristico è certamente quello di G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 442 ss. Cfr. inoltre H. KOZIOL-V. WILCOX (Edited by), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Wien-New York, 2009; I. ENGLAND, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993, spec. p. 197 ss.; P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, Agg. I, Torino, 2007, p. 452 ss.

<sup>5</sup>Cfr. per tutti G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 333 ss.

fermata invero apoditticamente sulla base di un'asserita ontologica incompatibilità di tale istituto con i valori fondamentali del nostro ordinamento (presidiati dal "filtro" dell'ordine pubblico)<sup>6</sup>, le Sezioni Unite della Cassazione, nel 2017, con un pregevole *overruling* – dalle notevoli implicazioni anche sul piano del diritto interno – hanno aperto alla possibilità di delibare tali sentenze<sup>7</sup>.

Dall'altro lato, il progressivo affacciarsi al di qua dell'Atlantico del potente e performante istituto in commento<sup>8</sup>, usato negli ordinamenti nativi, come si vedrà, per correggere talune endemiche imperfezioni della responsabilità civile, ha portato il giurista continentale a guardare criticamente al proprio sistema. In particolare, s'è cominciato a constatare il *deficit* di effettività rimediale provocato da un'interpretazione rigida del tratlazio principio di integrale riparazione<sup>9</sup>. Lentamente è maturata la consapevolezza che qualche correttivo al sistema di R.C. si rende necessario per renderlo maggiormente effettivo e, almeno per il nostro Paese, in linea con le prescrizioni *ex artt.* 24 e 111 Cost. Diverse ipotesi sono prospettabili. Dal trapianto legale puro e semplice ad un uso normativo del diritto comparato<sup>10</sup>, fino a proposte di riforma legislativa palesemente ispirate,

<sup>6</sup>V. per tutte Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp.*, 11/2007, p. 1125 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Foro it.*, 2007, c. 1460 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*; in *Dir. econ. ass.*, 2-3/2008, p. 474 ss., commentata da D. CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183*.

<sup>7</sup>Si può senz'altro convenire con A. ZOPPINI, *Una tappa che ridefinisce i confini del danno*, in *IlSole24 Ore.com*, 6 luglio 2017, per il quale tale sentenza rappresenta una tappa assai rilevante nel processo di evoluzione della R.C. domestica, tale da «stimolare, per legislatore e interprete, una rinnovata riflessione sulle traiettorie che potranno di qui in avanti esser assunte dalla responsabilità civile». Quanto alle implicazioni internazionali-privatistiche della sentenza, non si tratta, invero, di un'apertura indiscriminata. La possibilità di riconoscimento è stata affermata a condizione che la pronuncia straniera sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi "normative" che garantiscano: a) la tipicità delle ipotesi di condanna, b) la prevedibilità della stessa, c) i suoi limiti quantitativi. Cfr. E. AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 6/2018, p. 995 ss.; D. CERINI-R. CAMINITI-P. MARIOTTI-A. PISANI (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit., p. 17 ss.; e S. BARIATTI-L. FUMAGALLI-Z. CRESPI REGHIZZI (edited by), cit., e ivi, in particolare, G. PONZANELLI, *Punitive damages and the functions of reparation: some preliminary remarks after the decision of the Italian Supreme Court, Joint Divisions, 5 July 2017*, n. 16601, p. 33 ss. Cfr. anche C. VANLEENHOVE, *A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional No Pasaran*, in 41 *Vt. L. Rev.*, 2016, p. 361 ss.; C. VANLEENHOVE, *The Current European Perspective on the Exequatur of U.S. Punitive Damages: Opening the Gate but Keeping a Guard*, in 35 *Polish Yearbook of International Law*, 2015, p. 254 ss.; nonché L. MEURKENS-E. NORDIN (Edited by), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

<sup>8</sup>Ci racconta della peculiare effettività del rimedio anche l'altra nomenclatura in auge negli ordinamenti nativi: *smart money*: cfr. voce *damages*, in *Black's, Law dictionary, op. cit.*, p. 396.

<sup>9</sup>Cfr. Cap. I, § 1.3. ss.

<sup>10</sup>V. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., p. 40 ss., per un riepilogo dei diversi approcci. L'A. tuttavia pare aprioristicamente contraria ad un uso normativo del diritto

anche a livello linguistico, ai *punitive damages*<sup>11</sup>. Quest'ultimo, in particolare, è il caso della Francia, come si è visto nel capitolo precedente.

Sebbene si tratti di un rimedio presente in diversi ordinamenti di *common law*, si è scelto di indagare la sua fisionomia ed evoluzione nell'ambito dell'ordinamento USA, poiché colà l'istituto ha avuto la massima diffusione applicativa ed è stato "vivisezionato" dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Inoltre, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, i *punitive damages* negli Stati Uniti hanno vissuto una stagione di "costituzionalizzazione" che ne ha in parte modificato la fisionomia e ha, peraltro, contribuito a renderli meno alieni anche al giurista *civilian*. In prosieguo, saranno pertanto trattati: *i*) un breve inquadramento storico dei *punitive damages* nell'ordinamento di origine; *ii*) le dottrine che hanno consentito di superare i dubbi di costituzionalità dell'istituto in parola, *iii*) le diverse teoriche dei limiti elaborate e implementate; nonché *iv*) gli orientamenti delle corti USA successive al predetto percorso di costituzionalizzazione dei danni punitivi, onde misurare se vi sia uno scarto tra le massime della Suprema Corte federale e le decisioni quotidianamente assunte dalle corti statali.

Generalmente, si suole ricondurre la nascita dei *punitive damages* all'Inghilterra del XVIII sec.<sup>12</sup>. Essi integrano una quota di risarcimento (*damages*) che può essere concessa all'attore in una causa civile, in aggiunta al risarcimento compensativo-riparatorio<sup>13</sup>.

comparato, tralasciando che, a ben guardare, le nostre Corti lo stanno prudentemente sperimentando da diverso tempo. Si v. per tutti il caso "Englaro": Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. Sulle prospettive dei danni punitivi al di fuori degli Stati Uniti cfr. J. Y. GOTANDA, *Charting Developments Concerning Punitive Damages: is the Tide Changing?*, in 45 *Colum. J. Transnat'l L.*, 2007, p. 507 ss.; e T. ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in 74 *Def. Couns. J.*, 2007, p. 320 ss.

<sup>11</sup> Come noto si tratta di un fenomeno comune in ambito giuridico. *Homo sapiens* guarda da sempre quello che fa il vicino e se la soluzione gli piace tende ad imitarlo. Anche in società non umane accade lo stesso: cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., *passim*. Per l'influenza, inversa, spiegata dal diritto continentale nel mondo di *common law*, cfr. M. REIMANN (Edited by), *The reception of continental ideas in the common law world*, cit., *passim*.

<sup>12</sup> Cfr. J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, London & New York, 1996, e in part. Cap. III, par. *Punishment and Compensation*, p. 77 ss.; e F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p.1 ss. Invero, istituti e frammenti normativi ultra-compensativi sono ben più antichi dell'avvento dei danni punitivi di matrice inglese. Oltre ai riferimenti di diritto romano riportati nel capitolo primo, si può menzionare l'antico diritto ebraico, ove si usava a piene mani la sanzione *in duplum*. Ad es. nel libro dell'Esodo si trovano i seguenti esempi: «se si trova ancora in vita e in suo possesso ciò che è stato rubato, si tratti di bue, di asino o di montone, restituirà il doppio» (22:3); «se uno affida al suo vicino del danaro o degli oggetti da custodire, e questi siano rubati dalla casa di quest'ultimo, se il ladro si trova, restituirà il doppio» (22:6); «per qualsiasi genere di reato (...) colui che Dio condannerà, restituirà il doppio al suo vicino» (22:8). Cfr. Z. HURT, *The Price is Wrong: A Biblical Approach to Punitive Damages*, in 10 *Liberty University Law Review*, 2016, p. 171 ss. Cfr. altresì U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 47 ss., i quali, fra l'altro, individuano il diritto romano come antico patrimonio comune alla tradizione giuridica occidentale.

<sup>13</sup> Da un punto di vista strutturale, essi costituiscono crediti pecuniari liquidabili dal giudice, conseguenti a un illecito e solitamente commisurati all'entità del risarcimento del relativo danno

Dapprincipio, questo istituto era adoperato nell'ordinamento d'origine in modo parco, poiché era considerato un «extraordinary remedy, available and appropriately awarded in only a small number of cases»<sup>14</sup>. Sennonché, dopo pochi decenni dalla sua comparsa, nel periodo *grosso modo* coevo alla sua “importazione” nel diritto nordamericano, i danni punitivi conobbero un periodo di grande espansione, caratterizzato da un frequente utilizzo da parte delle corti. Ciò si può spiegare con una varietà di motivazioni, la più convincente delle quali è da rintracciare nei cambiamenti economici e tecnologici dell'epoca. La galoppante rivoluzione industriale portava a moltiplicare esponenzialmente le occasioni di danno rispetto alla vecchia e meno “dannosa” civiltà contadino-feudale. Gli *exemplary damages* parvero, dunque, ai *common lawyers* un potente rimedio per correggere le storture di un giudizio di responsabilità modellato per rispondere a una tipologia di offese di tono sicuramente minore rispetto a quelle (allora) attuali.

In particolare, i danni punitivi in Inghilterra furono tosto adoperati nei casi in cui le corti ravvisassero condotte gravemente riprovevoli e connotate da un peculiare *animus nocendi*. Sicché, la duplice funzione ad essi esplicitamente attribuita e riconosciuta fu quella di deterrenza (generale e speciale) e punizione, onde assecondare l'aspirazione dell'ordinamento di evitare il dilagare e la reiterazione di comportamenti illeciti percepiti dalla società come gravi<sup>15</sup>.

Nei due *leading cases* inglesi presi in considerazione dagli storici del diritto in quanto pionieri nell'utilizzo del rimedio in parola, si trova un esplicito riferimento alle funzioni indicate.

Trattasi dei casi *Wilkes v. Wood*<sup>16</sup> e *Huckle v. Money*<sup>17</sup>. Nel primo si giudicava d'una perquisizione illegale posta in essere nella dimora del signor Wilkes. Quest'ultimo, avendo pubblicato un articolo sul quotidiano *North Briton* considerato diffamatorio nei confronti del Re Giorgio III, vide irrompere in casa sua alcuni funzionari di Sua Maestà, che gli sottraevano coattivamente taluni documenti e lo arrestavano, rilasciandolo soltanto dopo alcune ore. La corte in que-

---

(come multiplo dello stesso): dunque sono “danni” nel senso che la parola ha nel diritto francese (“*dommages*”) e ancora in alcune disposizioni del nostro diritto (ad es. l'art. 743 s. c.p.c.). Da un punto di vista funzionale, invece, i danni punitivi assolvono una funzione parzialmente diversa da quella essenziale del risarcimento: non riparano il pregiudizio del danneggiato (se non con riferimento a costi non recuperabili altrimenti, stanti le peculiarità dei sistemi di *common law* di cui si dirà), ma gravano il danneggiante di un debito supplementare che (a) ne stigmatizza la condotta, (b) mira a prevenire recidive, (c) ambisce a dissuadere terzi dall'emularne le gesta: pertanto non sono, propriamente, un “risarcimento” nel puro senso compensativo.

<sup>14</sup> C.R. SUNSTEIN *et alii*, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002, p. 8.

<sup>15</sup> Cfr. *Tullidge v. Wade*, 95 Eng. Rep. 909, 1796.

<sup>16</sup> 95 Eng. Rep. 768 (K. B. 1763).

<sup>17</sup> 98 Eng. Rep. 489 (K. B. 1763), nella quale fu riconosciuto all'attore un risarcimento compensativo pari a 20 £, unitamente ad ulteriori 300 £ a titolo di danni punitivi.

sto caso riconosceva all'attore gli *exemplary damages* allo scopo di punire la condotta oltraggiosa dei funzionari.

*Huckle v. Money*, invece, riguardava l'arresto illegale, ordinato dal Re, di un tipografo del medesimo quotidiano inglese, disposto nel tentativo di ostacolare la diffusione del già citato articolo, evidentemente poco lusinghiero nei confronti del sovrano. Anche il verdetto che decise tale caso mirava a sanzionare il comportamento tenuto dall'agente che aveva proceduto all'arresto del tipografo, in spregio alle garanzie legali, e lo condannava, per conseguenza, a pagare (anche) i *punitive damages*.

A questo punto sembra opportuno segnalare la differenza intercorrente fra *exemplary damages* e *aggravated damages*, rintracciabili nella giurisprudenza inglese.

Gli *aggravated damages*, costituiscono una forma di risarcimento compensativo concessa, in genere, quando vengono lesi beni giuridici come l'onore, la dignità o la reputazione dell'attore, o quando i danni da questi subiti hanno ripercussioni sulla sua psiche e sono altresì causa di umiliazione. Caratteristiche da cui il comportamento del danneggiante non può prescindere, per generare la fattispecie di "danni" aggravati, sono la malizia, l'arroganza e il disprezzo per i diritti della vittima.

Per converso, gli *exemplary damages* non hanno funzione compensativa, bensì eminentemente punitiva. Le corti di *common law* li adoperano qualora il fatto sia gravemente riprovevole e tale da provocare un senso di disapprovazione nei giurati e nella comunità in generale<sup>18</sup>.

Se questa è la tradizionale differenza teorica, viene spesso messo in luce come il confine fra queste due tipologie di danni sia veramente labile. Infatti, accade frequentemente che l'affronto subito dal danneggiato coincida con – o sbiadisca su – quello arrecato alla comunità<sup>19</sup>. Lord *Chief Justice* Pratt, nel comminare gli *exemplary damages* in *Huckle v. Money*, affermava che la giuria può assegnare una quota anche ingente di danni per finalità punitive e deterrenti, onde esprimere tutto il proprio dissenso per la condotta tenuta dal *tortfeasor*.

Tuttavia, gli *exemplary damages* non venivano concessi, neanche all'epoca, a ogni piè sospinto, contrariamente a quanto la letteratura non giuridica abbia accreditato. Essi, infatti, vengono tradizionalmente riconosciuti solo quando le

---

<sup>18</sup>Per una piena comprensione dell'istituto in oggetto occorre avere di mira il peculiare ruolo svolto dalla giuria nei sistemi di *common law*. Cfr. U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 9 ss. ed ivi bibliografia; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, cit., p. 510 ss.; In generale cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1994.

<sup>19</sup>Sulla differenza fra *exemplary damage* e *aggravated damage* si veda R. MULHERON, *Exemplary Damages and Tort: An International Comparison*, in 2 *University of Notre Dame Australia L. Rev.*, 2000, p. 18 s.

esigenze di *punishment e deterrence* non lascino spazio ad altre alternative<sup>20</sup>.

Ad ogni modo, gli interpreti concordano nell'individuare il caso *Rookes v. Barnard*, deciso dalla House of Lords nel 1964, come un momento di discontinuità all'interno del sistema inglese. In tale decisione, Lord Devlin coglieva l'occasione per elencare, e in questo modo contenerne anche la portata, i presupposti tecnici applicativi degli *exemplary damages*<sup>21</sup>. In tal guisa la Corte cercò di porre dei limiti all'utilizzo dell'istituto fino ad allora non riconosciuti formalmente, ma affidati soltanto al *self-restraint* della singola magistratura. Si può pertanto riconoscere un risalente tentativo da parte dell'Inghilterra di arginare l'applicazione dei danni punitivi, precedente a quello esperito negli USA a far data dagli anni '90 del secolo scorso di cui diremo innanzi.

Nel citato *leading case*, vengono quindi individuate tre principali fattispecie nelle quali comminare i danni punitivi.

Il primo caso generale è costituito da una condotta oppressiva, arbitraria o incostituzionale da parte di funzionari governativi<sup>22</sup>. Tale fattispecie è riferibile esclusivamente ai funzionari statali e non può essere estesa per analogia all'azione oppressiva di un soggetto privato, ad esempio il datore di lavoro sui propri dipendenti. Tanto poiché, argomenta Justice Devlin – entro quella che sembra la classica cornice di senso del liberalismo inglese – ove un uomo è più potente di un altro, è inevitabile che userà il potere per raggiungere i propri fini, ma questi non potrà essere punito per il mero fatto di vantare una posizione di supremazia nei confronti del lavoratore. Secondo Lord Devlin il datore di lavoro potrà essere punito allorché la sua condotta venga a configurarsi come illegale, oltreché oppressiva<sup>23</sup>.

In secondo luogo, v'è la fattispecie di illecito commesso al fine di studiare e

<sup>20</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 12.

<sup>21</sup> A. C. 1129 (1964), p. 1225 s. La disputa vedeva come attore un impiegato della *British Overseas Airways Corporation* che, a seguito delle dimissioni dal proprio sindacato, veniva licenziato senza preavviso e chiamava, pertanto, in causa i funzionari sindacali. In quell'occasione Lord Devlin confermava l'utilità del danno punitivo, poiché «*it serves a valuable purpose in restraining the arbitrary and outrageous use of executive power*» e, tuttavia, sottolineava l'importanza di limitarlo, per evitare condanne a risarcimenti eccessivamente elevati.

<sup>22</sup> È di estremo interesse osservare come anche nel nostro ordinamento *civilian* una delle ipotesi tipizzata dalla giurisprudenza che consente una torsione sanzionatoria della R.C. sia riferita ad abusi perpetrati da pubblici funzionari: v. per tutti Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126, cit., relativa al c.d. caso di omofobia di stato. Sul tema affine del danno cagionato dal potere legislativo e al conseguente problema della sua risarcibilità, cfr. C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004.

<sup>23</sup> «Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other's, he might, perhaps, be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful»: A. C. 1129 (1964), *ibidem*.

calcolato profitto, nel qual caso, come noto, esiste il rischio concreto che l'indebito arricchimento del *wrongdoer* superi il risarcimento (compensativo) dovuto all'attore<sup>24</sup>.

La terza e ultima fattispecie che per *Justice Devlin* legittima l'utilizzo dei danni punitivi è quella in cui essi siano espressamente preveduti dalla legge<sup>25</sup>.

Da tale perentoria presa di posizione della House of Lords, l'istituto ha subito in Inghilterra un lento declino<sup>26</sup>, quasi parallelo all'incessante espansione che nei medesimi anni esso viveva nelle ex colonie americane, ove si affermava, unitamente alla *class action*, come potente rimedio, soprattutto nel contesto della *mass tort litigation*.

#### 4.2. I danni punitivi nell'ordinamento statunitense: functions and rationales

Quando l'istituto in commento approdò nel sistema giuridico nordamericano, verso la fine del XVIII sec.<sup>27</sup>, vi trovò terreno fertile e vide crescere a dismisura i suoi ambiti di applicabilità. Ciò si spiega agevolmente sulla base dei caratteri sociali ed economici della società americana del tempo: si trattava di una rampante economia capitalistica operante su un vastissimo territorio vergine da "costruire", nel contesto di una società mista ma con una diffusa e radicata base puritana. Tradizionalmente, poi, posti gli imperanti postulati di liberalismo economico, v'era un limitato controllo (*ex ante*) da parte dello Stato sulle attività economiche private (limitate autorizzazioni di diritto amministrativo). Tuttavia, tale enorme e "sacra" libertà d'imprendere trovava come suo contraltare un serrato controllo giudiziale *ex post*. Nel caso di condotte ritenute gravi e oltraggio-

---

<sup>24</sup> Si tratta della categoria oggi più rilevante, soprattutto quando sia convenuta un'impresa. V. lo studio empirico di J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, in 38 *Oxford J. of Legal Stud.*, 2018, p. 90 ss., dal quale emerge, tuttavia, una peculiare indulgenza della giurisprudenza nei confronti dei *corporate defendants*. I numeri mostrano che nel campione di casi esaminati (periodo 2000-2015) in Inghilterra, Galles e Irlanda del nord, i danni punitivi contro le imprese convenute sono stati concessi soltanto nel 30% dei casi in cui erano stati chiesti. Per contro, il *success rate of punitive damages claims* arrivava al 67,9% quando il convenuto era una persona fisica.

<sup>25</sup> A ben guardare si tratta di una sorta di rinvio ad un rinvio, in perfetta consonanza allo schema previsto dal nostro art. 2059 c.c., secondo la lettura costituzionalmente orientata che s'è imposta a partire dagli anni Duemila, come si dirà diffusamente nel Cap. V.

<sup>26</sup> Ma cfr. J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law*, cit., p. 36, per i quali: «the simple point is that regardless of what one thinks of the appropriateness of punishment in private law, because English law has accepted the institution of punitive damages, it is wholly illegitimate to limit the power to grant that remedy on the false basis that it is anomalous».

<sup>27</sup> Il caso *Genay v. Norris* (1 S. C. 3, 1 Bay 6, 1784) rappresenta la prima testimonianza di applicazione dei *punitive damages* in una corte statunitense.

se, le corti cominciarono ad adoperare a piene mani i danni punitivi, anche in funzione di moralizzazione delle attività economiche.

Da un punto di vista istituzionale, i *punitive damages* trovano la propria legittimazione in quanto assegnati e quantificati dalla giuria: fondamentale garanzia costituzionale riconosciuta dal VII emendamento della *Bill of Rights*, la quale costituisce parte integrante della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Tale disposizione prevede che, nelle controversie che eccedano il valore di venti dollari, da giudicarsi a norma della *common law*, ciascun cittadino ha diritto al giudizio attraverso un regolare processo con giuria. Nello stesso emendamento viene poi precisato che nessun fatto su cui una giuria abbia già espresso il verdetto possa essere in alcun modo sottoposto a nuovo esame da parte di qualsiasi corte degli Stati Uniti, se non secondo le norme della *common law*<sup>28</sup>.

Quest'ultima previsione attribuiva alla giuria dei processi di *common law*, e per conseguenza ai suoi verdetti, un grande potere, che già Lord Chief Justice Pratt le aveva riconosciuto in Inghilterra, nel caso *Huckle v. Money*. Nei casi *Genay v. Norris* e *Coryell v. Collbough*, i primi in cui negli Stati Uniti venivano concessi gli *exemplary damages*<sup>29</sup>, l'istituto in parola fu applicato espressamente per le funzioni di *punishment* e di *deterrence* che lo caratterizzano.

Dopo la dozziosa analisi svolta nel primo Capitolo, sembra ormai chiaro cosa debba intendersi per effetto deterrente: la capacità di orientamento che la prospettiva della sanzione esprime sul comportamento individuale del trasgressore e, pure, della generalità dei consociati<sup>30</sup>. Con funzione punitiva del "danno", anche nel contesto del *common law* nordamericano, si fa riferimento all'obiettivo della società di sanzionare adeguatamente i soggetti che hanno commesso atti illeciti biasimevoli e che denotino una peculiare indifferenza per il benessere e la sfera giuridica altrui<sup>31</sup>.

Il *Restatement (Second) of Torts*, pubblicato dall'*American Law Institute* dal 1965, sistemando l'*acquis* del diritto vivente in materia, definisce in tal guisa i danni punitivi: «*damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future*»<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. VII emendamento alla Costituzione federale degli Stati Uniti.

<sup>29</sup> 1 N.J.L. 77 (1791).

<sup>30</sup> Cfr. A. M. POLINSKY-S. SHAVELL, *Punitive Damages: an economic analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, p. 877, ove si legge che per deterrenza «we mean what is often called general deterrence, namely, the effect that the prospect of having to pay damages will have on the behavior of similarly situated parties in the future (not just on the behavior of the defendant at hand)».

<sup>31</sup> A. M. POLINSKY-S. SHAVELL, *ibidem*, in cui gli autori qualificano la funzione punitiva come «society's goal of imposing appropriate sanctions on blameworthy parties. We equal blameworthiness with the reprehensibility of a part's conduct, that is, with its maliciousness or the extent to which it reflects disregard for the well-being of others».

<sup>32</sup> *Restatement (Second) of Torts*, 1977, § 908. Tale descrizione sottolinea la distinzione fra la na-



Sembra dunque manifesto come la punizione venga inflitta essenzialmente per l'oltraggiosità e la peculiare riprovevolezza del comportamento del convenuto, pur assolvendo i *punitive damages* anche a una funzione compensativa che si può cogliere soltanto alla luce della c.d. *american rule* in punto di spese di lite.

Si verifica un peculiare incontro degli interessi della collettività con quelli del singolo attore<sup>33</sup>, che veste all'occorrenza anche i panni del *private prosecutor*. Sicché, si ritiene che il danno provocato a un singolo individuo con un comportamento *wanton* o sconsiderato vada a ledere anche il pubblico interesse e debba dunque essere sanzionato in misura più incisiva di un illecito "ordinario".

Prima di andare avanti riepilogando le diverse funzioni ascritte all'istituto dalla dottrina americana, occorre fare una precisazione. Con riguardo agli USA non sembra possibile parlare di una *punitive damages law*, atteso che i diversi Stati della Federazione hanno leggi e giurisprudenza differenti, che si intrecciano, peraltro, con leggi e giurisprudenza federali che possono influenzare, dall'esterno, l'istituto in commento<sup>34</sup>.

Com'è stato autorevolmente osservato, «generally speaking, courts are unlikely to be reductionist. Judges derive law from many sources. The problem arises from the ever-increasing incursion by federal courts into the tort process, and is worsened when the incursion is by the Supreme Court»<sup>35</sup>. Tale problema va inquadrato alla luce del carattere interstiziale del diritto federale. Per quanto,

---

tura sanzionatoria dei danni punitivi e quella reintegratoria e compensativa del normale risarcimento (*compensatory damages*). Non si tratta di una peculiarità solo americana. H. STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, in 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, pp. 1 e 5, ad esempio, fa riferimento alla giurisprudenza tedesca in materia di diritti della personalità, sottolineando come questa riconoscesse la possibilità che il risarcimento fosse aumentato in considerazione della particolare offensività della condotta del danneggiante, e come a partire dal 1955 è in base al concetto di soddisfazione (*Genugtuung*), distinto da quello di compensazione, che tale prassi viene ad essere giustificata dalle Corti.

<sup>33</sup> Cfr. voce *Damage*, nel *Restatement Corpus Juris Secundum*, XXV, St. Paul (Minn.), 1936, § 195. Si tratta di una suggestione veridica anche per il nostro sistema di diritto continentale. F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, cit., 531 ss., scorgeva un nesso, di natura sociologica, tra il tema delle sanzioni civili e quello delle pene private: la riscoperta della società civile, e in particolare della (nuova) fiducia tributata alla sua capacità di autoregolazione. Siamo nel cuore del diritto civile: i privati che provano a regolarsi tra di loro; sicché, «la pena privata si iscrive nel più ampio tema delle società intermedie fra l'individuo e lo Stato: è pena comminata e inflitta dalle società intermedie ai propri membri». Nell'analizzare la sanzione civile, Galgano osservava che la mobilitazione dell'interesse particolare non è servente soltanto all'obiettivo del singolo, ma svolge un ufficio fondamentale anche per la collettività. C'è quasi una sublimazione dell'interesse particolare in quello generale. Si attiva quello particolare per realizzare, al contempo, quello generale. Per usare un'immagine forse più immediata, l'interesse particolare, a volte, può essere più zelante ed efficiente di un Pubblico Ministero, quand'anche obbligato all'esercizio dell'azione penale.

<sup>34</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 123.

<sup>35</sup> G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 333.

come noto, negli ultimi anni vi sia stata una produzione quasi alluvionale di legislazione federale, che ha portato a federalizzare aspetti importanti del diritto americano, essa continua a mantenere uno scopo e una portata limitati. La legislazione federale, infatti, si basa su rapporti giuridici fondati e regolati dal diritto statale che essa sovverte soltanto quando la cosa sia reputata necessaria in funzione d'uno scopo particolare<sup>36</sup>.

Similmente, anche il controllo della Supreme Court sulle Corti statali è limitato. Il ruolo di vertice da essa guadagnato non comporta il verificarsi di quel fenomeno per il quale unificato il giudice supremo si unifica anche il diritto: «nell'ambito del diritto statale, infatti, esistono tanti vertici giudiziari quante sono le Corti Supreme dei singoli Stati»<sup>37</sup>.

In particolare, dall'evoluzione storica del sistema giudiziario statunitense è venuto affermandosi un parallelismo biunivoco tra Corti statali e federali. Qualsiasi questione di diritto, statale o federale che sia, può essere affrontata in entrambi i sistemi di Corti. Tuttavia, per adire il circuito federale occorre che sia radicata la giurisdizione sulla base di una *federal question* o per via di c.d. *diversity*. Una volta aditi ritualmente, tuttavia, i giudici federali possono conoscere anche del diritto statale. Sicché, la Supreme Court federale rappresenta, anche in senso tecnico, un organo di ultima istanza, sia per le questioni federali, sia per quelle statali che siano però trattate nel circuito federale secondo la c.d. *diversity jurisdiction*. Anche le Corti Supreme statali possono adire la U.S. Supreme Court, a misura che esse alleghino la violazione di un principio di diritto federale<sup>38</sup>. Tale descritta peculiarità istituzionale determina, giova ribadirlo, un limitato controllo della pur potentissima e autorevole Suprema Corte federale sulle Corti statali.

Ma veniamo alle diverse funzioni espresse dai danni punitivi nordamericani nell'ultimo secolo<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 137 s. Gli AA. aggiungono che la questione ha una notevolissima rilevanza pratica, «perché quasi sempre il diritto federale disciplina un caso in maniera solamente parziale, regolando magari la sola *cause of action* a cui può venir contrapposta una *defence* di diritto statale, o viceversa. O magari il diritto federale alloca un diritto il cui rimedio è lasciato al diritto statale, o per converso il diritto federale non fa che creare in un determinato caso un rimedio effettivo per un diritto già ascrivito dallo Stato. È così che importanti categorie e nozioni del *common law* statale vengono assorbite nel diritto federale. È in questo senso... che è possibile parlare di federalizzazione del *common law*».

<sup>37</sup> U. MATTEI-E. ARIANO, *ibidem*.

<sup>38</sup> U. MATTEI-E. ARIANO, *ibidem*.

<sup>39</sup> In generale cfr. A.J. SEBOK, *Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, p. 3 ss.; ID., *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding The History of Punitive Damages Matters Today*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, p. 164 ss.; J. HERSCH-W. K. VISCUSI, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, in 33 *The Journal of Legal Studies*, 2004, p. 1 ss.; T. EISENBERG *et alii*, *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, in 87 *Cornell L. Rev.*, 2002, p. 743 ss.; W.K. VISCUSI, *The Challenge of Punitive Damag-*

La dottrina ha enucleato almeno cinque funzioni principali, ciascuna delle quali, anche singolarmente, sembra costituire una sufficiente base di legittimazione e desiderabilità per l'istituto in parola<sup>40</sup>. Talune di esse, peraltro, si intrecciano con le *rationes* giustificatrici un rimedio ultra-compensativo trattate in dettaglio nel primo capitolo del presente lavoro, ed enucleate con peculiare riguardo a sistemi giuridici continentali con una forte base codificata. Ciò vale anche a dimostrare la sostanziale trasversalità degli obiettivi della *tort law* nelle due famiglie principali della *western legal tradition*.

Così, sono state individuate le funzioni di:

A) *enforcement* delle norme sociali tramite il ruolo dell'attore in giudizio come *private attorney's general*<sup>41</sup>;

B) deterrenza da perseguire tramite un moltiplicatore dei danni compensativi (*the multiplier*). In particolare, riprendendo l'intuizione avuta da G. Backer in ambito penale, s'è osservato che la deterrenza ottimale può calcolarsi con un modello matematico, fruibile, in tesi, anche da parte delle giurie (sebbene notoriamente poco avvezze a simili raffinatezze concettuali). Se nella *strict liability* sembra opportuno che il risarcimento sia pari al danno effettivamente causato, quando il danneggiante ha una significativa probabilità di sfuggire alla propria responsabilità (c.d. *escaping liability*), la comminatoria di danni punitivi è opportuna ed efficiente, a misura che essi siano calcolati tramite il *multiplier principle*. Nella versione più nota del moltiplicatore (quella proposta da Polinsky e

---

*es Mathematics*, in 30 *J. Legal Stud.*, 2001, p. 313 ss.; R.W. MURPHY, *Punitive Damages, Explanatory Verdicts, and the Hard Look*, in 76 *Wash. L. Review*, 2001, p. 995 ss.; J.K. ROBBENNOLT, *Punitive Damages Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges*, in 26 *Law & Human Behavior*, 2002, p. 315 ss.; B.C. ZIPURSKY, *Theory of Punitive Damages*, in 84 *Texas L. Rev.*, 2005, p. 105 ss.; J.G. FLEMING, *Contemporary Roles of the Law of Torts*, in 18 *Am. J. Comp. Law*, 1970, p. 1 s.; e da ultimo M. CAPPELLETTI, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, cit., nonché J.W. LENS, *Defective Punitive Damage Awards*, in *Utah L. Rev.*, 2017, p. 1019 ss.

<sup>40</sup> La magistrale opera di sistemazione si deve a G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 337 ss.

<sup>41</sup> Letteralmente: «to enforce societal norms through the use of private attorney's general» – anche per incoraggiare i collaboratori di giustizia (*whistle blowers*). Tale considerazione si lega altresì al ruolo delle vittime, e dei loro familiari, offesi dal «delitto». Nel nostro Paese, ad esempio, anche in relazione a taluni gravissimi fatti di mafia sono stati i familiari delle vittime a battersi con zelo eroico per ottenere verità (quantomeno processuale) e giustizia, a fronte di una pubblica accusa che è sembrata talvolta inerte o addirittura depistata da pezzi di Istituzioni deviate: cfr. per tutti S. BORSELLINO-B. CALASANZIO, *Fino all'ultimo giorno della mia vita*, Reggio Emilia, 2012. G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 337, aggiunge inoltre che «noncompensatory damages of this sort obviously require serious wrongdoing on the part of the defendant and, if they are to be effective, such semicriminal “enforcement” penalties must be assessed with a view to the defendant's capacity to pay». La necessità di considerare la capacità economica del *tortfeasor* onde rendere il rimedio effettivamente sanzionatorio e deterrente anche per i convenuti ricchi è stata recentemente considerata dal legislatore italiano: v. art. 3 ss., d.lgs. n. 7/2016.

Shavell), la giusta “taglia” dei *punitive damages* dovrebbe essere uguale al danno causato (*compensatory*) moltiplicato per il reciproco della probabilità che il *wrongdoer* sia riconosciuto responsabile<sup>42</sup>. Così, se ad esempio un soggetto ha causato un danno di 300.000 €, ed è riconosciuto responsabile solamente una volta su cinque, il *proper size* dei danni punitivi ammonterebbe a 1,5 milioni di €<sup>43</sup>;

C) *tragic choice*. Si tratta di una funzione di orientamento morale alle c.d. scelte tragiche<sup>44</sup>. Calabresi, nel citato lavoro del 2005, prende abbrivio dal noto caso “Pinto”<sup>45</sup>, paradigmatico dell’illecito a fine di profitto. In breve, la Ford Pinto era un modello di autovettura con gravi difetti di fabbrica che le guadagnarono la funerea fama di “auto assassina”: quando veniva tamponata vi era un alto grado di probabilità che s’incendiasse. Inoltre, sovente le portiere si bloccavano impedendo la fuga al malcapitato occupante del veicolo. Come noto, la società produttrice, svolgendo l’analisi costi-benefici, aveva ritenuto conveniente

---

<sup>42</sup> Cfr. *ex multis* G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in 76 *Pol. Econ.* 169 (1968); C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in 113 *Yale L. J.*, 2003, p. 347 ss.; A.M. POLINSKY-S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.* 870 (1998). Sono stati proposti modelli ispirati alla medesima *ratio* ma divergenti nelle regole operative anche da: K.N. HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, in 87 *Geo. L. J.*, 1998, p. 454 ss., il quale propone un interessante «*gain elimination model*», rifiutando però, aprioristicamente, il criterio della *financial position* del convenuto, ritenendo lo *status* patrimoniale un elemento irrilevante ai fini della determinazione del danno, e nega la compresenza di altri *civil awards*, giacché, in tesi, il giusto *size* dei danni punitivi sarebbe il minimo necessario a sottrarre il guadagno illecito al danneggiante. V’è poi il c.d. *property rule model* di Haddock, McChesney e Spiegel. Tale modello prende il nome dalle norme di *property* su cui esso si fonda, le quali, secondo gli AA., tutelano maggiormente i diritti degli individui rispetto alle *liability rules*. Essi, in particolare, criticano il *multiplier model* proposto da Shavell, in quanto, in tesi, il *quantum* del danno effettivamente patito dall’attore, la cui misurazione è essenziale in tale sistema come base di computo del danno complessivo, non è sempre certo e determinabile. Gli AA., in una prospettiva riduzionistica, propongono quindi di applicare i *punitive damages* per rafforzare la protezione del diritto di proprietà, abbandonando quell’idea di deterrenza ottimale introdotta dall’algoritmo del *multiplier*: cfr. D.D. HADDOCK-F.S. MCCHESENEY-M. SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in 78 *Calif. L. Rev.*, 1990, p. 1 ss.; e S. SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in 85 *Colum. L. Rev.*, 1985, p. 1232 ss.; nonché F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 101.

<sup>43</sup> Bisogna pertanto considerare quei “danni” che il convenuto dovrebbe pagare anche alle altre vittime se non esistessero inefficienze processuali, ma che è improbabile che egli sia condannato effettivamente a pagare. «these include all the costs the defendant is, in theory, liable for in the relevant jurisdiction, which, however, are not likely to result in successful suits. These are, inter alia, the suits wrongly lost by plaintiffs minus any suits wrongly won, plus all the valid suits simply not brought – all the times, Becker wrote, that the perpetrator was likely not to be caught. (...) Moreover, the size of the multiplier depends on the existence and size of other, uncompensated, legally compensable damages. In this sense a relational assessment is essential» – così G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 339.

<sup>44</sup> In materia, un classico è il libro di G. CALABRESI-P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

<sup>45</sup> *Grimshaw v. Ford Motor Company*, 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981).

tenere il modello sul mercato e pagare i risarcimenti quando fosse stata convenuta, anziché ritirare le vetture dal commercio ed effettuare le necessarie modifiche. Pertanto, la società aveva optato per la lucida, sebbene tragica, scelta di sacrificare l'integrità di un certo numero di persone a fine di profitto. Il che è di estrema attualità, anche nel nostro Paese. Basti pensare al recente gravissimo crollo del viadotto "Morandi" a Genova, citato nel Capitolo primo. La questione di *policy* giuridica sottostante, in estrema sintesi, consiste nel determinare come scoraggiare l'illecito quando la cinica analisi costi-benefici penda dal lato del beneficio-profitto. In altre parole – e in linea con il *leitmotiv* di questo lavoro – è opportuno che un sistema giuridico adotti la leva del *quantum* risarcitorio per spingere i beni giuridici di più alto valore sociale fuori dal mercato, verso la c.d. *inalienability*<sup>46</sup>;

D) risarcimento di quei *compensatory damages* generalmente non quantificabili e difficilmente recuperabili altrimenti dall'attore. Tale ufficio svolto dai danni punitivi va correlato alle peculiarità istituzionali del sistema giudiziario statunitense<sup>47</sup>. Innanzitutto, la presenza dell'*American rule*, in forza della quale l'attore vittorioso deve comunque pagare da sé le proprie spese legali. Poi il notevole peso specifico di queste ultime. E, non da ultimo, l'assenza di un capillare sistema di *welfare state* sul modello europeo che possa alleviare parte dei danni "vivi" sofferti dalla vittima di un sinistro<sup>48</sup>;

E) raddrizzare e "riparare"/"vendicare" i torti civili<sup>49</sup>. Questa è probabilmente la questione fondamentale che giustifica teoricamente – e da un punto di vista antropologico, come osservato nel primo capitolo – i danni punitivi e richiede, altresì, un'adeguata teoria dei limiti dell'istituto che gli evitino di sconfinare verso un baratro di arbitrio emozionale<sup>50</sup>. Occorre avere sempre chiaro che, contrariamente alle diverse narrazioni scolastiche, tipiche soprattutto dei sistemi continentali, «when someone has injured us in a particularly grievous and

<sup>46</sup> Cfr. G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 144 ss.

<sup>47</sup> Sulle quali si rinvia a U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 119 ss.

<sup>48</sup> Cfr. D. CERINI, *Polifunzionalità della responsabilità civile e polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, in D. CERINI-R. CAMINITI-P. MARIOTTI-A. PISANI, cit., p. 83: «se si tiene, conto, inoltre, che spesso una parte della somma che il responsabile deve pagare a titolo di danno punitivo è versata (in base a norme statuali) a enti che tutelano interessi identici o affini a quello leso dalla condotta sanzionata, appare chiaro anche il motivo per il quale i danni punitivi sono talora definiti come *social redistribution*, ossia una sorta di redistribuzione di secondo livello (non alla vittima diretta ma a enti, collettività o soggetti terzi)».

<sup>49</sup> T.B. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, in 87 *Minn. L. Rev.*, 2003, p. 583 ss.

<sup>50</sup> Per quanto occorrerebbe tenere a mente la magistrale osservazione di U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 143: «se poi riusciamo a non farci sviare dal significato ideologico legato alle parole possiamo osservare che nulla separa ontologicamente la categoria negativamente connotata dell'arbitrio con quella gravida di pubblico rispetto della discrezionalità».

wrongful way, this attitude gives rise to the demand for more than compensation, it cries out for punishment of the wrongdoer in order to make us, the victim, feel fully whole, and to “bring closure” (a phrase often used in the capital punishment context) to the injured and to the injured’s family»<sup>51</sup>. Si tratta di una questione fondamentale, certo, che va a toccare valori inespressi e talvolta “inconfessabili” di una società<sup>52</sup>, e che giustifica un’adeguata teorica dei limiti, da affrontare, tuttavia, con uno sguardo alla molteplicità funzionale che l’istituto assolve.

Quelle sopra descritte sono dunque le funzioni e le *rationes* giustificative del complesso e multidimensionale istituto dei *punitive damages*, secondo la dottrina dell’ordinamento ove essi hanno avuto ed hanno tuttora la massima attenzione, pratica e accademica.

Dovendo tirare le fila sul tema delle funzioni dell’istituto nel contesto nordamericano, occorre riferire che sull’utilità e l’opportunità del medesimo s’è creata una “innaturale” alleanza tra scuole di pensiero assai diverse che, pur partendo da premesse valoriali opposte, giungono alla medesima conclusione. Ci si riferisce alle suggestioni provenienti dall’analisi economica del diritto e dalla *legal theory* nota come *corrective justice*.

Gli studi di marca economica<sup>53</sup> sono stati piuttosto critici nei confronti dell’istituto in commento<sup>54</sup>. Essi sono giunti alla conclusione che l’incertezza delle fattispecie nelle quali i *punitive damages* sono stati applicati, e soprattutto l’estrema variabilità dei criteri di commisurazione, finiscano per creare, paradossalmente, una situazione di sottodeterrenza, aggravata dalla loro asserita irrazionalità e imprevedibilità<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 345.

<sup>52</sup> Senza giri di parole G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 348, evoca «*unspoken and sometimes unspeakable values of a society*».

<sup>53</sup> Non sembra possibile in questa sede indulgere sulle differenze di approccio tra *economic analysis of law* e *law and economics*, riferibili alle due grandi e note scuole: quella di Chicago, esclusivamente filomercatista, e quella di New Haven a Yale, che considera, oltre all’efficienza, altri valori e criteri come l’equità e la giustizia distributiva. Per le profonde differenze di approccio v. per tutti. U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 264 ss.

<sup>54</sup> Cfr. T. EISENBERG *et alii*, *Reconciling Experimental Incoherence with Real-World Coherence in Punitive Damages*, in 54 *Stan. L. Rev.*, 2002, p. 1239 ss.; ma v. già il pionieristico lavoro di R.D. COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, p. 79 ss., che concludeva per l’opportunità di usare i *punitive damages* per contrastare condotte dolose del convenuto e in violazione di *legal standards* con un “*wide margin*”.

<sup>55</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 94 ss. per un confronto e commento delle diverse opinioni. Se da un lato T. EISENBERG *et alii*, *The Predictability of Punitive Damages*, in 26 *J. Legal Stud.*, 1997, p. 623 ss., avevano affermato che i danni punitivi fossero comunque «*predictable, insignificant and rational*», M. POLINSKY, *Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.*, in 26 *J. Legal Stud.*, 1997, p. 663 ss., gli faceva eco sostenendo che essi fossero sovente elevati, concessi senza criteri fissi e imprevedibili sulla base dei *compensatory damages*.

Ad ogni modo, le diverse scuole di giuristi sembrano concordare sul fatto che in almeno tre fattispecie di condotta dolosa l'utilizzo di danni punitivi è efficiente e, perciò solo, dal loro punto di vista, desiderabile.

i) Nel caso in cui il *wrongdoer* abbia, per varie ragioni, una significativa possibilità di sfuggire al giudizio di responsabilità (*escape from liability*). Ciò concretamente può accadere per le difficoltà incontrate dall'attore nel procurarsi le prove o, addirittura, di individuare a monte il soggetto danneggiante, ovvero, ancora, per la scarsa propensione alla *litigation*, considerati i costi, gli sforzi e le tempistiche ad essa associati.

ii) Ove l'azione illecita sia connotata da *malice* o sia qualificabile come *reckless*: temeraria o altamente sconsiderata e intrisa di supina indifferenza per la sfera altrui<sup>56</sup>. Il contrario, insomma, di quel *neminem laedere* che come precetto laico tiene banco da oltre duemila anni nel mondo giuridico occidentale. In casi siffatti – a meno di non ricorrere a traballanti artifici retorici – è impossibile stabilire regole precise per quantificare l'ammontare di danni necessari perché la R.C. abbia un effetto deterrente. Anche perché, talvolta, il profitto del danneggiante è soggettivo e quindi difficilmente calcolabile secondo criteri economici puri.

iii) E, infine, quando la condotta sia determinata da un vero e proprio disprezzo per la sicurezza altrui. Sicché si aprono due possibilità: o realizzare la mera *compensation*, consentendo però che siano i singoli danneggianti potenziali a decidere quando sia conveniente ledere e pagare (forse) un domani una riparazione a valore di mercato. Oppure si utilizzano i danni punitivi: in tal caso l'ordinamento dà un'indicazione morale forte, segnalando che taluni beni giuridici non sono monetizzabili. Pertanto, con la leva del *quantum* risarcitorio, si può passare da una *liability rule* (o avvicinarsi tendenzialmente) al paradigma di *inalienability*<sup>57</sup>.

Inoltre, si deve considerare una preoccupazione ricorrente che percorre le analisi dei giuristi: il rischio di *overkill* derivante da danni punitivi spropositati ed eccessivi che, ove comminati contro le imprese, in assenza di opportune garanzie, potrebbero portare al fallimento di queste, causando, a cascata, effetti sociali collaterali (come crisi occupazionali). Il rischio è concreto e merita

---

<sup>56</sup> Sulla nozione di *malice* cfr. da ultimo M.O. DE GIROLAMI, *Reconstructing Malice in the Law of Punitive Damages*, in *Journal of Tort Law*, Vol. 14, no. 1, 2021, p. 193 ss.

<sup>57</sup> R.D. COOTER, *Punitive Damages, Social Norms and Economic Analysis*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, No. 3, 1997, p. 91, considera che «idiosyncratic directors and managers may apply very high discount rates to risk and futurity, which results in reckless behavior. Detering such behavior requires the punishment of the directors and managers». Come affermato anche da Judge Posner nel caso *Douglas v. Hustler Magazine Inc.*, l'ammontare dei danni punitivi «should relate rather closely to the profits from the wrong»: 769 F2d 1128 (7<sup>th</sup> cir. 1985), cert. denied 475 U.S. 1094.

di essere preso sul serio. Tuttavia, esso non va neanche “sacralizzato”<sup>58</sup>. Non può diventare insomma lo spauracchio, o la foglia di fico argomentativa, per nascondere teoriche apertamente contrarie, per varie ragioni, all’istituto, e motivate, apparentemente, con il timore dei suoi possibili effetti (incontrollabili). Questi ultimi, come insegna l’esperienza, infatti, possono, e devono, essere controllati. Sicché, tale punto critico non può essere adoperato, *per se*, come argomento dirimente contro la legittimità funzionale dei *punitive damages*.

Ancora, talune scuole di Economic Analysis of Law criticano il criterio del patrimonio del convenuto, ritenuto inutile al fine di ottenere un’effettiva deterrenza<sup>59</sup>. Tale assunto è palesemente errato. Chiunque per mestiere abbia frequentato anche per poco tempo un’aula di tribunale potrà rendersi conto del diverso approccio alla “sanzione” che ciascun convenuto dimostra in funzione della propria situazione patrimoniale<sup>60</sup>.

Né pare dirimente l’argomento per cui, nel caso di danni punitivi inflitti a una *corporation*, il danno maggiore sarebbe sopportato dagli azionisti di minoranza e dai consumatori. Quanto ai primi, basti considerare che esistono strumenti contrattuali per rivalersi sugli autori materiali della decisione scellerata che ha dato inizio alla sequenza fatale. E se anche una condanna per *punitive damages* dovesse portare all’aumento dei prezzi del bene/servizio prodotto dall’impresa condannata, forti ragioni di politica del diritto inducono a ritenere preferibile il valore della deterrenza dei comportamenti illeciti rispetto a prezzi bassi, purché sia<sup>61</sup>. In altre parole, risulta comunque preferibile che siano i consumatori a finanziare *pro* quota (tramite un piccolo incremento dei prezzi di mercato) un innalzamento generale del livello di deterrenza. E se l’impresa condannata, a fronte di tale aumento dei prezzi, dovesse fallire, non riuscendo a competere con concorrenti maggiormente virtuosi, essa uscirebbe dal mercato in forza di quelle stesse leggi mercatistiche che vengono tenute in gran conto dai fautori della EAL.

La lenta presa di coscienza dell’importanza del criterio del patrimonio del danneggiante, in funzione di effettività ed uguaglianza, in taluni ordinamenti

---

<sup>58</sup> Come considerato nel caso *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 U.S. 71 (1988), giudicato dalla Suprema Corte, il rischio di danni punitivi dovrebbe rientrare nell’alveo del *risk of doing business*. Cfr. K.S. GELLER-M.I. LEVY, *The Constitutionality of Punitive Damages*, in 73 *ABA Journal* (14), 1987, p. 88 ss.

<sup>59</sup> Così fra gli altri K.N. HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, cit., *passim*. Per una doviziosa analisi cfr. K.S. ABRAHAM-J.C. JEFFRIES JR., *Punitive Damages and Rule of Law: The role of defendant’s wealth*, in 18 *Journal of Legal Studies*, 1989, p. 415 ss.

<sup>60</sup> D’altronde il tema è ben risalente: cfr. R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. di G. Lavaggi, Firenze, 1954, e in particolare § III, *Ricchi e poveri nell’antico processo civile romano*, p. 195 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Cap. I, § 1.11.



continentali<sup>62</sup>, rappresenta la definitiva smentita a tale presupposto ideologico di taluni falchi della giuseconomia<sup>63</sup>.

Dal proprio canto, anche la teoria della *corrective justice* porta argomenti a favore della legittimità e razionalità dei danni punitivi. Tale *doctrine* è influenzata dall'idea di giustizia e dalla filosofia, aristotelica e kantiana in particolare. Pur nelle diverse sfumature di tale *legal theory*, l'idea base lega la funzione del rimedio alla riparazione completa del torto. Occorre pertanto adottare una «*fully-relational view*», con focus sull'ingiustizia del comportamento del *tortfeasor* e sull'ingiusto arricchimento di costui<sup>64</sup>.

Infine, restano da esaminare le variabili che, secondo gli interpreti nordamericani, avrebbero determinato la grande espansione dei *punitive damages* nella seconda metà del '900, siccome le proposte avanzate per correggere taluni pacifici difetti dell'istituto.

Invero, da un'analisi empirica dei casi emerge che la narrazione dominante tende ad enfatizzare a soverchio l'asserito uso spregiudicato e incontrollabile dell'istituto<sup>65</sup>. Vero è che i danni punitivi hanno avuto maggiore protagonismo grazie alla *product liability* e alla *mass tort litigation*<sup>66</sup>.

In tale contesto, una *corporation* poteva essere chiamata in giudizio per un prodotto difettoso in diversi processi ed essere ivi condannata a pagare i danni compensativi e, più volte, potenzialmente in ciascun giudizio, anche *punitive damages*. Pertanto, se anche questi ultimi fossero stati "giusti" e non eccessivi in relazione alla singola vicenda processuale, i danni punitivi aggregati contro uno

<sup>62</sup> Cfr. art. 3 ss., d.lgs. n. 7/2016; nonché le norme svizzere che, nell'ambito delle infrazioni al codice della strada, parametrano la sanzione al reddito del trasgressore: cfr. il combinato disposto di cui all'art. 90 l. federale sulla circolazione stradale (741.01), art. 1 l. sulle multe disciplinari (741.03), e artt. 34 e 106 del Codice penale svizzero.

<sup>63</sup> In generale, sulla non neutralità dell'efficienza come criterio di giudizio cfr. U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 267. Cfr. anche F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002.

<sup>64</sup> Cfr. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 102 ss. per una disamina delle diverse posizioni. E cfr. J. COLEMAN, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, in 77 *Iowa L. Rev.*, 1992, p. 427 ss.; e C. BRIDGEMAN, *Corrective Justice in Contract Law: Is There a Case for Punitive Damages?*, in 56 *Vand. L. Rev.*, 2003, p. 238 ss.

<sup>65</sup> Cfr. T. EISENBERG *et alii*, *The Predictability of Punitive Damages*, cit. Infatti, sembrerebbe che sia stata la pressione esercitata dalle lobby dei grandi gruppi (e dai loro avvocati, c.d. *defendant's lawyers*), i quali avevano ed hanno tutto l'interesse istituzionale a desiderare un risarcimento vocato alla mera compensazione, a spingere con successo la Suprema Corte federale ad "addomesticare" l'istituto in commento (cfr. § 4.6., ed ivi le riflessioni di T. Colby). Qualcosa di analogo sembra essere accaduto in UK. Ivi, nel decennio 2000-2015, le indagini empiriche mostrano un *favor* delle corti verso i *corporate defendants*: cfr. J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, cit., p. 90.

<sup>66</sup> Si v. per tutti G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 203 ss.

stesso convenuto avrebbero potuto determinare la crisi e finanche il fallimento di una società pur solida e ben patrimonializzata.

Infatti, sebbene la Sezione 908 del *Restatement (Second) of Torts* renda ammissibili i danni punitivi soltanto quando la condotta sia commessa per *evil motive* o *reckless indifference*, le corti, allo scopo di tutelare al meglio i consumatori, li hanno applicati in tutte le diverse ipotesi di responsabilità da prodotto: a prescindere dal fatto che si trattasse di *negligence*, *breach of warranty*, o *strict liability*<sup>67</sup>.

Da un'analisi della *litigation* sulla responsabilità da prodotto emerge come i danni punitivi venissero tradizionalmente concessi in cinque categorie di casi: 1) condotta fraudolenta (*i.e.* comportamento attivo del convenuto volto a ingannare il pubblico); 2) violazioni di norme in materia di sicurezza; 3) assenza di avviso (adeguato) di rischio sul prodotto<sup>68</sup>; 4) inadeguatezza dei controlli<sup>69</sup>; 5) incapacità nel correggere/rimediare ai difetti del prodotto dopo la sua messa in commercio<sup>70</sup>.

Per converso, i *punitive damages* non sono stati riconosciuti, ovvero sono stati ridotti, quando il convenuto aveva dimostrato di produrre in conformità a leggi, regolamenti e *best practice* industriali, oppure quando vi fosse stata la colpa del consumatore<sup>71</sup>, tale da interrompere il nesso eziologico.

Venendo ai difetti e alle imperfezioni di un rimedio straordinariamente performante – dotato però di un «*devastating potential for harm*»<sup>72</sup> – occorre considerare come siano fiorite diverse teoriche e proposte di soluzioni, talune poi implementate dagli Stati per via legislativa. Così, soprattutto per ovviare al ri-

<sup>67</sup> Cfr. E. WERTHEIMER, *Punitive Damages and Strict Products Liability: an Essay in Oxymoron*, in 39 *Vill. L. Rev.*, 1994, p. 505 ss.; e F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 35 ss. ed ivi bibliografia.

<sup>68</sup> Si v. sul punto il recente caso in cui la società Johnson&Johnson è stata condannata a pagare 8 miliardi di dollari per non aver segnalato che un farmaco usato in psichiatria – il Risperdal – poteva causare l'ingrossamento delle mammelle negli uomini: V.M. ZAVERI-K. THOMAS, *Johnson & Johnson Hit With \$8 Billion Jury Verdict in Risperdal Suit*, in *The New York Times*, 8 ottobre 2019, <https://www.nytimes.com/2019/10/08/health/johnson-and-johnson-risperdal-verdict.html>; cfr. pure articolo de *Il corriere della sera*, *Johnson & Johnson: condannata a pagare 8 miliardi di risarcimento*, del 9 ottobre 2019, [https://www.corriere.it/salute/sportello\\_cancro/19\\_ottobre\\_09/johnson-johnson-condannata-pagare-8-miliardi-risarcimento-fdc7132e-ea5f-11e9-9140-07f05ef9e6ae.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/salute/sportello_cancro/19_ottobre_09/johnson-johnson-condannata-pagare-8-miliardi-risarcimento-fdc7132e-ea5f-11e9-9140-07f05ef9e6ae.shtml?refresh_ce-cp).

<sup>69</sup> Essa viene desunta in genere dalla mancanza di un procedimento formale di *safety review*, o in insufficienti *crash-testing* in relazione al settore automobilistico.

<sup>70</sup> Cfr. D.G. OWEN, *Punitive Damages in Product Liability Litigation*, in 74 *Mich. L. Rev.*, 1976, p. 1258 ss.; e G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 435 ss.

<sup>71</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 41.

<sup>72</sup> L'espressione è di Justice O'Connor nella sua *dissenting opinion* in U.S. Supreme Court, *Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip* et alii, commentata da G. PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 235 ss.

schio di *overkill*, s'è proposto di adoperare un *aggregate cap* (un tetto massimo non superabile nei casi di *mass tort litigation*), oppure il c.d. *add-on awards* (meccanismo che, nel n-esimo giudizio avente ad oggetto lo stesso prodotto difettoso, permetteva il risarcimento soltanto di quella quota di danni punitivi eccedente la somma più elevata precedentemente comminata). Entrambe tali soluzioni mostravano la corda, creando delle distorsioni in punto di uguaglianza – giacché avrebbero favorito senza alcuna giustificazione apprezzabile i primi attori ad agire in giudizio – e richiedendo un faticoso coordinamento a livello federale<sup>73</sup>. Talune giurisdizioni, poi, hanno provato ad agire sul regime delle prove, vietando la produzione di *evidence* relative ad altri casi di danni derivanti dal medesimo prodotto, allo scopo di focalizzare l'attenzione dei giurati esclusivamente sulle risultanze del caso concreto<sup>74</sup>. Talaltre, hanno invece sperimentato la strada d'una più chiara e completa informativa alla giuria, comunicando a quest'ultima i *punitive damages* già concessi o potenzialmente comminabili contro lo stesso convenuto, per il medesimo prodotto dannoso oggetto di giudizio.

Ad ogni modo, la soluzione che ha raccolto un consenso più diffuso in dottrina è quella che punta ad organizzare la *mass tort litigation* intorno alle azioni di classe<sup>75</sup>. Queste ultime sembrano invero lo strumento più efficace per amplificare, da un lato, l'effetto deterrente dei danni punitivi, rendendoli, dall'altro lato, proporzionati, “mezzo minimo di difesa” senza eccessi emozionali. Insomma, il modo migliore per considerare la posizione e le ragioni del convenuto in un unico processo, ed evitare moltiplicazioni risarcitorie non giustificate.

Ancora, come soluzione radicale – sponsorizzata anche dagli arresti della Suprema Corte che verranno esaminati in avanti – si propone la fissazione di criteri di quantificazione precisi e conoscibili *ex ante* che rendano l'applicazione dell'istituto perlomeno *predictable*. Tra i vari metodi proposti, gli interpreti tendono a preferire quello del *multiplier principle*, suggerito dai giuristi-economisti, quando anche non sia di facilissima implementazione in giudizio, soprattutto nei processi con giuria<sup>76</sup>.

Infine, sempre allo scopo di correggere le storture di danni punitivi *grossly excessive*, s'è proposto di affidarne l'amministrazione a giudici togati, in tesi me-

<sup>73</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 44, ed ivi riferimenti.

<sup>74</sup> Tale circostanza conferma la fecondità di un approccio “globale” alla deterrenza, che, in funzione di effettività, valorizzi anche le norme processuali come quelle sull'onere della prova, sui mezzi istruttori, azione di classe, *astreinte* etc.

<sup>75</sup> Cfr. per tutti G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 349; e C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit., p. 402 ss.

<sup>76</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 44. Si deve anche osservare che il tema della quantificazione dei danni punitivi diventa un classico problema soritico: cfr. D.M. BRAUN, *The Risky Interplay of Tort and Criminal Law: Punitive Damages*, cit., p. 467, che riferisce il noto paradosso logico del mucchio di sabbia.

no influenzabili dalle emozioni rispetto a dodici uomini onesti estratti a sorte ed esposti al fuoco retorico di navigati *plaintiff's lawyers*<sup>77</sup>.

#### 4.3. L'addomesticamento del "mostro": il percorso di "costituzionalizzazione" (forzata) ad opera della Supreme Court. La svolta impressa con il caso "BMW"

Di pari passo con la diffusione, apparentemente inarrestabile, dell'applicazione dei danni punitivi da parte delle corti di *common law*, a cominciare dagli Anni '80 del secolo scorso sono stati avanzati, a più riprese, dubbi di costituzionalità dell'istituto<sup>78</sup>. Le più serie frizioni dell'istituto con la Costituzione del 1787 sono state sollevate in relazione al V (*double jeopardy clause*<sup>79</sup>), all'VIII (*excessive fine clause*<sup>80</sup>), nonché al XIV emendamento (*due process clause*<sup>81</sup>). Il tema è di

---

<sup>77</sup> Senonché tale proposta oltre a scontrarsi con la previsione testuale del VII emendamento alla Costituzione americana, sembra non tenere in debito conto l'importanza storico-istituzionale del processo con giuria per il sistema nordamericano.

<sup>78</sup> Ad esempio, nel 1988, in *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw* (486 U.S. 71), la Corte addusse un vizio di forma del ricorso in appello ed evitò di pronunciare nel merito.

<sup>79</sup> Tale emendamento, declinazione del nostrano *ne bis in idem*, recita: «nessuno sarà tenuto a rispondere di un reato che comporti la pena capitale, o comunque infamante, se non per denuncia o accusa fatta da una grande giuria, a meno che il reato non sia compiuto da individui appartenenti alle forze di terra o di mare, o alla milizia, quando questa si trovi in servizio attivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; né alcuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo delitto, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro sé medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o della proprietà, se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*); e nessuna proprietà potrà essere destinata ad un uso pubblico senza un giusto indennizzo». Inoltre, come noto, i primi dieci emendamenti alla Costituzione americana, definiti tradizionalmente *Bill of rights*, furono approvati tutti insieme appena due anni dopo la promulgazione della Costituzione stessa. E ciò al fine di quietare l'apprensione che senza di essi il Governo avrebbe potuto attentare a quei diritti fondamentali della persona che la Dichiarazione di indipendenza aveva solennemente proclamato come inviolabili, fino a quel momento ritenuti impliciti dagli autori nel preambolo della Costituzione (libertà di religione, di stampa, di parola, di riunione e di petizione). I primi dieci emendamenti, dunque, fanno positiva affermazione di tali diritti e stabiliscono, inoltre, talune norme dirette a proteggere i cittadini dai pericoli di una tirannia dei giudici e che completano la procedura giudiziaria di massima fissata dalla Carta fondamentale. In tale contesto, e per quel che qui maggiormente interessa, devono essere letti il V e l'VIII emendamento. Tra il 1865 e il 1870 furono approvati tre ulteriori emendamenti (il XIII, il XIV e il XV), in base ai risultati della guerra di secessione (1861-1865), al fine di assicurare, *inter alia*, il diritto di voto a tutti gli uomini liberi, senza distinzione di colore e razza, e l'uguaglianza dinanzi alla legge. Cfr. R. ASTRALDI (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1946, p. 24 s.; nonché U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 123 ss.

<sup>80</sup> «Non si dovranno esigere cauzioni esorbitanti, né imporre ammende eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate».

<sup>81</sup> Il XIV emendamento, emanato nel 1868, alla sezione 1 prevede: «tutte le persone nate o na-

grande fascino e spessore<sup>82</sup>. Su di esso si sono confrontati e talvolta scontrati i migliori giuristi nordamericani, nonché giudici di grande esperienza e levatura culturale. Non potendosi concentrare su tutti i diversi passaggi che hanno condotto alla fisionomia attuale dei danni punitivi, verranno esaminati, per teste di capitolo, i *leading cases* che maggiormente hanno plasmato il rimedio, puntualmente vagliati grazie all'apporto critico fornito dalla dottrina.

Fino al noto caso *BMW of North America Inc. v. Gore* (in avanti anche il "caso BMW"<sup>83</sup>), la Suprema Corte ha sempre respinto le censure di incostituzionalità dei danni punitivi, basandosi su un novero di (validi) argomenti. In primo luogo, vengono valorizzate le peculiarità procedurali di taluni Stati, in grado di rendere edotti i giurati della natura e funzione dei *punitive damages* e fornire loro delle *guideposts* per una commisurazione proporzionata e ritagliata sul caso di specie. Viene del pari apprezzato positivamente il controllo sulla ragionevolezza dei danni punitivi concessi svolto dalla *trial court* (ove sono adoperati i criteri del grado di colpa del *perpetrator*, la necessità di un effetto deterrente e l'impatto sulle parti e sui terzi) e, talvolta, dalla Suprema Corte dello stato, onde verificare che essi siano proporzionati rispetto allo scopo (adeguati ma non eccessivi)<sup>84</sup>.

Nel citato caso BMW, la società convenuta lamentava l'incostituzionalità dei danni punitivi, in quanto contrari, in tesi, a ben tre emendamenti della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Il caso è assai noto anche alla dottrina del nostro Paese. La società automobilistica era stata chiamata in causa dalla Sig.ra Gore e condannata in primo grado per aver venduto come nuovi veicoli in realtà di seconda mano. Più precisamente, capitava piuttosto spesso che durante il trasporto per mare delle vetture dall'Europa queste ultime riportassero danni alla carrozzeria. Come accertato in giudizio, BMW, invece di dichiarare con tra-

---

turalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*), né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi (*the equal protection of the laws*)».

<sup>82</sup> Sembra appena il caso di ricordare che sul tavolo non vi sono solamente questioni tecnico-giuridiche. Ne discute brillantemente Mattei, in U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., spec. p. 174: l'A., piuttosto severo sugli standard di "giusto processo" nordamericano, ritiene comunque «che non esistono al mondo sistemi giuridici in cui le Corti siano uno strumento di difesa dei diritti tanto forte e temuto quanto negli Stati Uniti. Ciò spiega la campagna in corso negli Stati Uniti per "tagliare le unghie" alle Corti, limitando i danni punitivi, diffamando gli avvocati degli attori, "riformando" il sistema dei *torts*, e promuovendo la soluzione alternativa delle controversie (ADR)». Sul tema cfr. altresì L. NADER, *Le forze vive del diritto*, Napoli, 2003.

<sup>83</sup> 517 U.S. 559, 1996; in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss., con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi* «grossly excessive»; e in *Danno e resp.*, 1997, p. 317 ss., con nota di F. COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*.

<sup>84</sup> Questo è il caso di *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* del '91, con commento di G. PONZANELLI, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 235 ss.

sparenza la circostanza al cliente, provvedeva a far riverniciare le vetture danneggiate una volta sbarcate su suolo americano. Così facendo, però, si vendeva per nuovo un bene che nuovo non era.

Nel caso concreto il danno emergente non era di grande entità (circa 4.000 dollari). Tuttavia, valorizzando la grave scorrettezza commerciale commessa dalla convenuta a fini di profitto, la giuria assegnava all'attrice una rilevantissima somma a titolo di danni punitivi (4.000.000 di dollari, poi ridotti a 2.000.000 in sede di gravame). In particolare, il rapporto tra questi e i danni *compensatory* era di 500:1<sup>85</sup>. I legali di BMW portarono il caso dinanzi alla Suprema Corte federale, allegando una presunta incostituzionalità dei danni punitivi (*grossly excessive*) in riferimento al quinto, ottavo e quattordicesimo emendamento.

La Supreme Court, deliberando a favore di BMW, dichiarava per la prima volta la loro incostituzionalità, ove *grossly excessive*. Si tratta di un arresto fondamentale che segna una svolta nella fisionomia dell'istituto, sebbene, come si vedrà in avanti, si tratti di un orientamento in parte criticabile e *bypassato* dalle corti inferiori tramite diverse tecniche.

Inoltre, la Corte osservava che nel capo di sentenza relativo ai *punitive damages* non emergevano i criteri di quantificazione del danno adoperati (non essendo, peraltro, la giuria tenuta istituzionalmente a motivare<sup>86</sup>).

Si riconosceva, insomma, un'eccessiva discrezionalità in capo alla giuria, lesiva, secondo i Supremi magistrati, del diritto al *due process* della parte soccombente.

La Supreme Court infine, annullando la sentenza che condannava BMW al pagamento degli *exemplary damages*, si è anche adoperata per fornire delle *guidelines* alle altre corti per rendere l'istituto conforme a parametri di ragionevolezza e adeguatezza. Si tratta in dettaglio de:

i) la valutazione del grado di reprobabilità del comportamento del convenuto e la sua oggettiva gravità, con puntuale valutazione di tutte le circostanze del caso concreto, la tipologia di danno causato e le modalità della condotta<sup>87</sup> (*the degree of reprehensibility of the defendant's action*);

ii) l'accertamento di un equo rapporto tra il danno compensativo e l'importo

---

<sup>85</sup> Per l'esattezza, il rapporto originario era di 1000:1, giacché la somma concessa dalla giuria a titolo di danni punitivi era, originariamente, pari a quattro milioni di dollari, successivamente ridotta a due milioni dalla Suprema Corte dell'Alabama.

<sup>86</sup> Sulla impossibilità di escludere il potere di revisione giudiziale dell'entità dei danni punitivi liquidati dalla giuria, cfr. U.S. Supreme Court, 24 giugno 1994, *Honda Motor co. v. Oberg*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 204 ss., con nota di M.S. ROMANO.

<sup>87</sup> Nel caso BMW ad es. il danno era soltanto economico e di tenue valore. Inoltre, la Corte affermava (contro le evidenze del grado di merito, tuttavia) che la convenuta non aveva agito dolosamente e in mala fede. Sul tenore apodittico di tale affermazione in rapporto alla vicenda processuale giudicata, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 85.

assegnato a titolo di danni punitivi (*constitutional limits on the ratio between harm, or potential harm, to the plaintiff and the punitive damages award*)<sup>88</sup>;

iii) il rapporto tra il danno punitivo e gli altri rimedi e sanzioni, civili o penali, previste dalla legge per condotte confrontabili (*disparity between the punitive damages award and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases*)<sup>89</sup>.

In merito a quest'ultimo punto, per la Suprema Corte americana bisogna valutare sostanzialmente se il convenuto poteva ragionevolmente prevedere, *ex ante*, anche sulla base di altre sanzioni previste dal legislatore e sugli orientamenti del diritto vivente, che quel tipo di condotta sarebbe stata sanzionata con i *punitive damages*. La Corte ha dunque esaminato le sanzioni civili previste nello stato dell'Alabama per la fattispecie di commercio ingannevole, constatando che queste non superavano mai i 2.000 \$. La sanzione attribuita al convenuto veniva ritenuta sproporzionata rispetto a quelle stabilite per casi analoghi, e pertanto illegittima<sup>90</sup>.

#### 4.4. Segue: *il successivo percorso di "costituzionalizzazione": i casi "State Farm", "Philip Morris" ed "Exxon"*

A pochi anni di distanza dal *leading case* in materia, la Suprema Corte torna sull'argomento, anche in considerazione dell'irrequietudine mostrata *medio tempore* dalle corti statali, gelose della propria autonomia e di quella della *common state law* in materia di *tort*<sup>91</sup>. Nel 2003, con il caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*<sup>92</sup> (in avanti anche "State Farm"), la Supre-

<sup>88</sup> In quel caso il rapporto era di 1:500 e per questo fu ritenuto sproporzionato dalla Supreme Court. Tuttavia, essa ritenne non opportuna una rigida individuazione matematica *ex ante* di tale rapporto, ribadendo che in tale giudizio di proporzionalità deve essere considerato il *potential harm* dell'istituto.

<sup>89</sup> Su tale concetto cfr. M.J. CAREY, *BMW of North America v. Gore: A Misplaced Guide for Punitive Damage Awards*, in 18 N. Ill. U. L. Rev., 1997, p. 232 ss.

<sup>90</sup> Cfr. però l'interessante *dissenting opinion* espressa nel caso BMW da Justice Scalia, per il quale l'irragionevolezza dell'importo liquidato a titolo di *punitive damages* non può determinare, per ciò solo, la loro incostituzionalità. Inoltre, egli critica la decisione della maggioranza per la scarsa chiarezza dei criteri individuati. E, soprattutto, la decisione pare «no more than a disagreement with the community's sense of indignation or outrage expressed in the punitive award of the Alabama jury».

<sup>91</sup> In generale, come si vedrà diffusamente in avanti, più che insofferenza di singoli giudici statali si tratta propriamente di un contrasto profondo tra diritto federale e diritto dei singoli Stati, il quale si rifà alle regole della *common law* nel governare il settore di R.C.

<sup>92</sup> U.S. Supreme Court, 7 aprile 2003, 538 U.S. 408 (2003), consultabile in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355 ss., con nota adesiva di G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*. La massima recita: «nel diritto statunitense, è da considerarsi contraria alla *due process clause*, prevista dal XIV emendamento della Costituzione federale, nonché irrazionale ed arbitraria, la concessione a titolo di *punitive damages* di una somma dieci volte o più superiore a quella accordata per il risarcimento del danno effettivo».

ma Corte ribadisce l'orientamento inaugurato con il caso BMW ed affina i criteri di giudizio relativi all'*an* e al *quantum* dei danni punitivi, indi tracciandone i limiti esterni di costituzionalità<sup>93</sup>.

La vicenda fattuale è riconducibile alla responsabilità per lite temeraria. A seguito di un incidente automobilistico, nonostante le contrarie indicazioni del proprio ufficio interno, l'assicuratore aveva rifiutato ostinatamente di definire il *quantum* risarcitorio spettante al danneggiato. La compagnia assicurativa State Farm suggeriva inoltre al Sig. Campbell (l'assicurato) che sarebbe stato molto meglio resistere in giudizio contro gli eredi della vittima. Il consiglio si rivela essere tragicamente sbagliato e la giuria riconosceva danni per almeno tre volte l'importo rifiutato in via stragiudiziale dall'assicuratore. Alla fine di quella vicenda giudiziaria State Farm pagava il dovuto.

A *latere*, tuttavia, l'assicurato conveniva in giudizio la compagnia per «*bad faith, fraud and intentional infliction of emotional distress*» e sentirla condannare, per conseguenza, anche a titolo di *punitive damages*. Il processo dinanzi ai giudici statali si concludeva dinanzi alla Suprema Corte dello Utah che riconosceva a Campbell 1 milione di dollari per danni *compensatory* e 145 milioni di dollari di danni punitivi, secondo la *ratio* di 1:145<sup>94</sup>.

Come anticipato, la U.S. Supreme Court, applicando i criteri fissati nel caso BMW, annulla il verdetto ritenendolo *grossly excessive*, aggiungendo i seguenti criteri.

*i)* In ordine al grado di *reprehensibility* della condotta del danneggiante non si devono considerare le condotte da questi tenute al di fuori dei confini dello Stato nel quale si è verificato l'evento lesivo (c.d. *out-of-state conduct*), a meno che esse non siano a questo eziologicamente connesse<sup>95</sup>;

---

<sup>93</sup> Come osservato da G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 336, nt. 8, il caso State Farm «is not the first time that the Supreme Court has looked at punitive damages and their function too singlemindedly. See, e.g., *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U.S. 247 (1981). I followed and then criticized Justice Blackmun's opinion in that case in *Ciraolo v. City of New York*, 216, F.34d 236, 242 (2d Cir. 2000) (Calabresi, J., concurring)».

<sup>94</sup> Per la Supreme Court la condotta tenuta dal convenuto merita un profondo biasimo. Il rifiuto di pagare il dovuto in via stragiudiziale, unitamente alle (false) asseverazioni date agli assicurati circa il fatto che essi sarebbero stati tenuti indenni da ogni profilo di responsabilità nell'instaurando giudizio, dimostravano una grave mancanza di diligenza e serietà. Condotta grave ma non idonea a legittimare il *quantum* riconosciuto dalla Suprema Corte dello Utah, considerando evidentemente la sproporzione esistente tra il pregiudizio concretamente sofferto dalla vittima e l'importo liquidato a titolo di danni punitivi.

<sup>95</sup> Inoltre, ai fini della valutazione della riprovevolezza della condotta del convenuto, la Corte ha specificato la necessità di stabilire se il danno patito sia fisico o economico, se la condotta sia connotata da indifferenza o disprezzo per la salute o sicurezza altrui, se vi sia recidiva o si tratti di un episodio isolato, se l'azione sia stata posta in essere con malizia, dolo, raggirio o sia frutto di casualità. In conclusione sul punto, la Supreme Court affermava che, per essere compatibili con la Costituzione, i danni punitivi dovrebbero essere concessi solo se la condotta del convenuto è tal-



ii) quanto al rapporto tra quota compensativa e danni punitivi, la Corte ribadisce l'opportunità di non fissare un rigido criterio matematico. Tuttavia, afferma il principio della *single-digit ratio*, ossia del moltiplicatore a una cifra. In sostanza, difficilmente risulterà compatibile con la *due process clause* (sostanziale) un importo di danni punitivi dieci volte o più superiore a quelli compensativi<sup>96</sup>. Sono possibili eccezioni all'enunciato principio quando condotte assai gravi determinino danni *compensatory* esigui (e sia pertanto necessario in chiave deterrente segnalare il peculiare disvalore della condotta) o quando i danni compensativi siano significativi e sembri allora opportuno abbassare il rapporto con la quota punitiva, per evitare duplicazioni risarcitorie<sup>97</sup>;

iii) i *punitive damages* non possono essere considerati puramente e semplicemente un surrogato delle sanzioni criminali<sup>98</sup>.

Inoltre, nell'alveo del giudizio di quantificazione, si afferma l'irrilevanza delle condizioni economiche del *perpetrator*, della di lui probabilità di *escape from liability* (finanche ove questi avesse soltanto 1 possibilità su 50.000 di pagare per le sue responsabilità!), e delle ulteriori conseguenze pregiudizievoli sofferte dal danneggiato. Tale assunto non sembra condivisibile. E infatti nella sentenza si possono leggere tre pregevoli *dissenting opinions* redatte dai giudici Ginsburg, Thomas e Scalia. Il che dimostra peraltro come anche all'interno della stessa Corte di vertice vi fossero profonde divergenze in ordine alle funzioni e alle "istruzioni per l'uso" del peculiarissimo istituto in commento. Tale indicazione sulla pretesa irrilevanza della capacità economica del *tortfeasor* contrasta con le indicazioni dell'analisi economica del diritto, in base alle quali l'istituto, per essere efficiente, deve giungere perlomeno a sottrarre al danneggiante potenziale il profitto atteso dall'illecito (si rammenti il *gain elimination model* proposto in dottrina). Inoltre, la riferita presa di posizione si pone anche contro la tradizione dell'istituto, considerando la risalente presenza di tale criterio nel novero di quelli adoperati *ab origine* per ritagliare al meglio il rimedio sul caso concreto. In terzo luogo, essa pone nell'ombra le esigenze di deterrenza e uguaglianza, consentendo un vantaggio ai convenuti ricchi che vogliono offendere impune-

---

mente riprovevole da giustificare l'attribuzione di sanzioni ulteriori, con funzione punitiva e di deterrenza generale.

<sup>96</sup> La Suprema Corte definisce questi moltiplicatori *single-digit multipliers* e sconsiglia di utilizzare calcoli con coefficienti, come era stato fatto per determinare l'importo dei *punitive damages* nel caso *sub iudice*, il cui rapporto con il danno effettivo riconosciuto era di 145:1

<sup>97</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 89.

<sup>98</sup> In relazione al terzo criterio già indicato nel caso BMW (comparazione del danno punitivo con le altre sanzioni applicabili nel medesimo Stato per i casi analoghi), la Suprema Corte osserva che la sanzione civile più rilevante applicata nello Stato dello Utah in consimili casi consiste in una multa da 10.000 dollari. Si tratta di un importo troppo basso per deterrenza e sanzionare efficacemente, in sede civile, una condotta di grave lite temeraria: cfr. G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, cit., c. 358.

mente pagando (forse) il costo implicito della propria azione illecita<sup>99</sup>.

In ogni caso, la giurisprudenza nordamericana è ancora piuttosto discorde e in numerose giurisdizioni, anche dopo l'autorevole precedente *State Farm*, nella parametrizzazione del *quantum* dei danni punitivi si continua a ritenere determinante il patrimonio del convenuto<sup>100</sup>.

La seconda pietra miliare del percorso di conformazione ortopedica dell'istituto operata dalla Suprema Corte federale, successivamente alla prima presa di posizione del '96, è sicuramente rappresentata dal caso *Philip Morris USA v. Williams*<sup>101</sup> (in avanti anche "Philip Morris").

Tale decisione interveniva in un'azione intentata dalla vedova di un fumatore (Sig. Williams) contro la nota società fabbricante di sigarette, sulla base della premessa che quest'ultima non avesse fornito un'adeguata informativa circa i rischi di cancro determinati dal prodotto venduto e pubblicizzato. Di più, la condotta del colosso dell'industria del tabacco veniva qualificata come frode, giacché i rischi del prodotto, stra-noti al produttore, non erano mai stati divulgati al mercato (anzi incentivato all'uso anche tramite ingenti investimenti pubblicitari), per il timore che i dati scientifici che collegavano le sigarette al cancro potessero inficiare gli utili aziendali<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> È infatti interessante notare che mentre in uno degli ordinamenti d'origine si tende a minimizzare il ruolo giocato dal criterio in parola, in un sistema continentale quale quello italiano il legislatore lo considera espressamente per rendere il giudizio risarcitorio maggiormente coerente con lo scopo di deterrenza e il principio di uguaglianza: cfr. i citati art. 3 ss., d.lgs. n. 7/2016.

<sup>100</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit. p. 90 s., e in part. nt. 280. Inoltre, essendo le linee guida fissate piuttosto generiche (e gli orientamenti delle corti statali fortemente radicati) esse si prestano ad essere manipolate per essere adattate alle esigenze del caso concreto. Un esempio su tutti: nel caso *Johnson v. Ford Motor Co.* (Calif. Sup. Court, June 16, 2005 – 35 Cal.4<sup>th</sup>1191), in primo grado erano stati assegnati circa 17.000 \$ di danni compensativi e 10 milioni di \$ per *punitive damages*. Questi ultimi erano stati ridotti in appello a circa 50.000 \$, in coerenza con gli orientamenti della Suprema Corte federale. Invece, la California Supreme Court riteneva tale importo troppo basso e inidoneo a sanzionare la gravità della condotta del *perpetrator*. Sicché, essa rinviava il caso alla competente Corte d'Appello perché ne aumentasse l'ammontare, considerando «that the manufacturer's fraud was more reprehensible because it was part of a repeated corporate practice rather than an isolated incident».

<sup>101</sup> (549 U.S. 346, 2007), consultabile in *Foro it.*, 2008, IV, c. 178 ss., con nota di G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*. Cfr. per tutti il magistrale commento di T.B. COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages*, in 118 *Yale L. Journal*, 2009, p. 399 ss. La sentenza deve essere segnalata anche per le pregevoli opinioni dissenzienti dei giudici Stevens, Thomas e Ginsburg. La sua massima recita: «nel diritto statunitense, lede la *due process clause*, prevista nel XIV emendamento della Costituzione, la concessione di danni punitivi basati sul valore del diritto di credito vantato da tutti coloro che non hanno instaurato la lite».

<sup>102</sup> Anche la giurisprudenza italiana ha affrontato casi analoghi, talvolta affermando la responsabilità del produttore o di chi abbia commercializzato prodotti da fumo. Sulla quantificazione del danno non patrimoniale riconosciuto ai prossimi congiunti di un fumatore abituale deceduto a causa di neoplasia polmonare cfr. Cass., 30 ottobre 2007, n. 22884, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3379 ss.,

La giuria quantificava danni compensativi per circa 800.000 dollari e punitivi per 79,5 milioni di dollari, secondo una proporzione di circa 1:97. Ad esito delle impugnazioni interne allo Stato, la Suprema Corte dell'Oregon avallava il generosissimo importo concesso dalla giuria, pari, *grosso modo*, all'utile di due settimane e mezzo della società Philip Morris nell'anno della decisione (1996)<sup>103</sup>. Innanzi ai nove giudici della U.S. Supreme Court veniva sollevata ancora una volta questione di legittimità costituzionale relativamente all'importo e al metodo di quantificazione dei danni punitivi. Si controverte sulla nozione di *potential harm* e di multiplo punitivo, ove basato sul diritto di credito vantato da coloro che non hanno instaurato la lite.

Per la Suprema Corte tale criterio sarebbe incostituzionale, in contrasto con la *due process clause*, integrando in sostanza una forma di esproprio del diritto al risarcimento delle vittime potenziali. Anche qui la decisione è presa con la minima maggioranza e con tre *dissenting opinions* "pesanti" dei giudici Thomas, Stevens e Ginsburg – alla quale aderisce *Justice Scalia*. Tutte le opinioni contrarie convergono nel rilevare che né la *due process clause*, né altre norme della Costituzione federale, pongono un limite quantitativo ai danni punitivi risarcibili<sup>104</sup>.

Venendo al *multiplier*, come visto nei paragrafi precedenti, il razionale sottostante è la piena deterrenza economica, intesa dunque secondo l'insegnamento tradizionale di *law and economics*<sup>105</sup> (non a caso autorevole dottrina era intervenuta in giudizio, rispettivamente come *amicus for the plaintiff* e *amicus* del convenuto). Più precisamente, ad essere messo sul banco degli imputati è il criterio del moltiplicatore, ove questo prenda in considerazione la posizione di coloro che hanno subito il medesimo pregiudizio ma non siano parte in causa (anzi, non abbiano instaurato alcun altro procedimento).

Il giurista continentale prova stupore a leggere tale sentenza. La discussione di legittimità costituzionale è svolta sopra un criterio virtuale, giacché non adoperato dai giudici dell'Oregon. Secondo le nostre categorie concettuali la questione sollevata non sarebbe rilevante, sicché, la nostra Corte costituzionale in un caso siffatto non sarebbe scesa a esaminare il merito della questione. Ad ogni modo, giusta le peculiarità istituzionali della Supreme Court di cui si accennava sopra, questa decide di pronunciarsi. Come finemente osservato, «il paralizzare,

---

con nota di A. PALMIERI. In argomento, si v. altresì Trib. Roma, 5 dicembre 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2008, 1868 ss., con nota di P.G. MONATERI-F.A. CHIAVES.

<sup>103</sup> Quantunque nella decisione non sia valorizzato esplicitamente tale dato. Cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, cit., c. 179.

<sup>104</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 93.

<sup>105</sup> Per eliminare l'incentivo all'illecito, il risarcimento dovrebbe essere pari al valore del profitto incamerato/sperato dal trasgressore o pari al costo aggregato di tutto il risarcimento che avrebbe dovuto pagare il *perpetrator* se tutti i danneggiati vittime d'uno stesso illecito avessero fatto causa.

comunque, questo criterio (giudicandolo incostituzionale anche se nel caso concreto esso non risulta esser stato utilizzato) significa richiamare l'attenzione dei giudici statali sull'esigenza di non trovare giustificazioni che, per essere fedeli all'insegnamento giuseconomico, necessariamente elevino la misura dei danni punitivi, molto di più di quanto si possa fare per mezzo dei tre generali criteri della *reprehensibility*, della proporzionalità e dell'esistenza di sanzioni integrative»<sup>106</sup>.

In buona sostanza, si fa un'affermazione tranciante ma poco lineare: si può adoperare un moltiplicatore dei danni compensativi al fine di quantificare quelli punitivi – restando nell'orbita tracciata dalla giurisprudenza BMW – ma non si deve considerare il diritto degli altri danneggiati. Si conferma la piena legittimità costituzionale della funzione di *punishment* spiegata dall'istituto, a condizione che l'indagine sia incentrata sul danneggiante (e non sui danneggiati esterni alla causa). Fino a qui l'argomentazione avrebbe una sua logica, tesa a ricondurre (forzosamente) la risalente multidimensionalità e polifunzionalità dei danni punitivi in un'orbita esclusivamente privatistica, espungendo, dunque, dal processo civile l'idea di punizione del danneggiante *for public wrongs to society* – secondo la felice ricostruzione di Sharkey che vede l'istituto in commento *as societal damages*<sup>107</sup>.

Poi la Corte aggiunge che il *potential harm* subito da altre persone può però costituire una «*measure of reprehensibility*». Quest'ultima, in base alla solida giurisprudenza BMW, costituisce il primissimo canone di commisurazione dei danni punitivi. Sicché, quello che è stato cacciato dalla porta sembra rientrare dalla finestra, anzi, dal balcone lasciato aperto dalla stessa Suprema Corte, sol che le corti statali sappiano motivare con perizia<sup>108</sup>.

Infine, il problema della valutazione della condotta e dei danni a terzi si è poi ripresentato nel caso *Exxon Shipping Company v. Baker*<sup>109</sup> (in avanti anche "Exxon"),

<sup>106</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, c. 180.

<sup>107</sup> T.B. COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages*, cit., p. 399, provando a diradare il fumo dalla nebulosa parte motiva della sentenza, commenta: «punitive damages historically were understood to serve as punishment for private wrongs to individuals, rather than as punishment for public wrongs to society». Ma poi, come visto, soprattutto l'incremento della responsabilità da prodotto e della *mass tort litigation* hanno espanso l'anima pubblicistica dell'istituto, per definizione protesa alla deterrenza.

<sup>108</sup> La sottile distinzione teorica sul multiplo che guardi al danno patito dalle vittime potenziali, vietato *per se*, ma adoperabile come metro di misura della *reprehensibility* del danneggiante sembra destinata a non avere un futuro nella *law in action*. Come osservato ironicamente nella sua opinione dissenziente da Justice Ginsburg: «... just what use could the jury properly make of the extent of harm suffered by others?». V. anche A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, cit., p. 249.

<sup>109</sup> 554 U.S. 471 (2008). Cfr. M.L. BROOKS, *Uncharted Waters: the Supreme Court Plots the Course to a Constitutional Bright-Line Restriction on Punitive Awards in Exxon Shipping Co. v. Baker*, in 62 *Okla. L. Rev.*, 2010, p. 498 ss., il quale ritiene che l'orientamento del caso in commento dovrebbe restare confinato all'ambito del diritto federale marittimo. Per un commento del-

approdato al *bench* della Suprema Corte e deciso nei primi mesi del 2008.

Si deve premettere che tale precedente non può essere considerato, a rigore, una tappa del processo di “costituzionalizzazione” dei danni punitivi. Nel caso *Exxon*, invero, la Supreme Court conosceva di una questione direttamente regolata dal diritto federale marittimo e, pertanto, rientrante nella sua competenza *ratione materiae*. Sicché, la Corte si trovò a sindacare direttamente i limiti che la *maritime common law* tracciava ai danni punitivi, e non già sulla astratta compatibilità dell’istituto con la *due process clause*, come accaduto negli arresti esaminati sopra<sup>110</sup>.

È con questo *caveat*, dunque, che ci si deve accostare ad una decisione peculiarissima, la quale – nonostante l’autorevolezza del Collegio e la grande forza persuasiva dei suoi precedenti – resta circoscritta ad un ambito limitato e non sembra suscettibile di una *vis* espansiva<sup>111</sup>.

Nel 1989 la petroliera Exxon Valdez affondava nello stretto intitolato al Principe William, in Alaska, causando un’enorme fuoriuscita di greggio che si disperdeva nelle acque dell’oceano, inquinando l’ambiente circostante<sup>112</sup>.

Quello della Exxon rappresenta il peggior disastro ambientale nella storia degli Stati Uniti<sup>113</sup>.

La nave era comandata da un capitano notoriamente alcolista che aveva affidato a un marinaio inesperto il compito di condurre l’enorme vascello in un braccio di mare pieno di scogli. L’incidente, riconducibile a un errore umano, portava la petroliera a scontrarsi con un grosso iceberg. Dal lungo squarcio determinato dall’impatto fuoriusciva poi il petrolio: si riversavano in mare circa 11

la dottrina italiana cfr. E. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008)*, in *Int’l Lis*, 2008, p. 166 ss.

<sup>110</sup> V. anche S. SCRIMA, *I danni punitivi, Riflessione in chiave comparatistica sui sistemi di common law e di civil law*, Palermo, 2014, p. 118 s., consultabile all’indirizzo: <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/90903/98211/I>.

<sup>111</sup> La conclusione più ragionevole porta a ritenere che la regola fissata nel caso di specie non possa estendersi in via generale ai casi giudicati dalle corti statali: tale sembra l’opinione (dissenziente) di Justice Ginsburg, seppur espressa in forma dubitativa. Inoltre, sebbene il caso sia stato visto, soprattutto in forza di letture “a caldo” – forse poco attente alle irripetibili peculiarità della vicenda concreta – come l’ennesimo tentativo della Corte di vertice di regolare i *punitive damages* tramite un intervento “ortopedico” generale, l’evoluzione successiva della materia sembra testimoniare il contrario. Non si nega che probabilmente l’*intentio* della Corte fosse effettivamente questa. Ma a giudicare dalla vivacità del diritto vivente manifestatasi a valle, non sembra che tale intenzione abbia avuto un riscontro nella realtà processuale. Anche perché, come osservato da G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, cit., c. 179, l’obiettivo di fissare un tetto massimo ai danni punitivi è particolarmente ambizioso, e neppure il legislatore federale v’era riuscito negli anni ’80, momento in cui le condizioni per una riforma legislativa sembravano propizie.

<sup>112</sup> Il disastro ambientale della Exxon Valdez è descritto in dettaglio da G.J. BUSENBERG, *Oil and Wilderness in Alaska*, Washington D.C., 2013, p. 80 ss.

<sup>113</sup> A.B. KLASS, *Punitive Damages after Exxon Shipping Company v. Baker: The Quest for Predictability and the Role of Juries*, in *7 University of St. Thomas Law J.*, 2009, p. 182.

milioni di galloni di petrolio, che inquinavano più di mille miglia di coste e fauna marina.

La singolarità del caso attiene anche al danno quantificato dalla giuria della corte statale: già i *compensatory damages* raggiungevano la cifra notevole di oltre cinquecento milioni di dollari, mentre venivano concessi cinque miliardi di dollari a titolo di *punitive damages* (condanna confermata in appello, sebbene ridotta nel *quantum*)<sup>114</sup>. Tale condanna veniva comminata nell'ambito di una *mandatory class action*, alla quale aderivano 32.000 persone, che rappresentava l'appendice civile dei numerosi processi instaurati dallo Stato dell'Alaska, dal Governo federale e da privati contro la Exxon e il suo capitano per il risarcimento del danno ambientale.

Come osservato dalla dottrina<sup>115</sup>, prima che il caso potesse arrivare alla Suprema Corte la fisionomia dell'istituto era già stata modificata dai precedenti arresi sopra esaminati<sup>116</sup>.

Per tale ragione, i giudici d'appello, dovendosi uniformare ai nuovi criteri dettati dalla giurisprudenza della Corte federale, riducevano il "premio" originariamente assegnato dalla giuria (importo scontato a 2,5 miliardi di dollari). Fra i vari motivi di appello, la società petrolifera *Exxon Shipping Company* lamentava l'incompatibilità costituzionale dei danni punitivi concretamente comminati (in particolare con la *due process clause*), i quali, nonostante le riduzioni operate in appello, continuavano a essere, in tesi, *grossly excessive*.

Il caso *Exxon*, oltre a puntare i riflettori ancora una volta sull'apprezzamento dei danni arrecati a terzi – in particolare ai pescatori, alle locali tribù di nativi, nonché a flora e fauna<sup>117</sup> – attraeva nel *thema decidendum* la questione della prevedibilità dei danni punitivi.

Nel dispositivo della pronuncia si afferma che, in linea di massima il rapporto ottimale tra *compensatory* e *punitive damages* è di 1:1. La Corte arriva a tale (criticabile<sup>118</sup>) assunto sulla base dei seguenti argomenti.

<sup>114</sup> Una parte dei risarcimenti (circa trecento milioni di dollari), invero, veniva pagata volontariamente dalla convenuta a talune controparti private. La vicenda processuale, come intuibile, è estremamente complessa. I numerosi processi penali si intrecciarono con le cause civili e la vicenda giudiziaria si chiuse dinanzi alla Suprema Corte, con una decisione che lasciò sia la stampa, sia molti giuristi nordamericani con la percezione che essa rappresentasse un poco opportuno "sconto" al *big player* convenuto. Cfr. E. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto?*, cit., pp. 167 e 170.

<sup>115</sup> A.B. KLASS, *op. cit.*, p. 187.

<sup>116</sup> In particolare si tratta di: *BMW of North America, Inc. v. Gore* (517 U.S. 559, 1996); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* (538 U.S. 408, 2003); e *Philip Morris USA v. Williams* (549 U.S. 346, 2007).

<sup>117</sup> Con riguardo a tali danni, ai pescatori che lavoravano in quella zona in grado di appello fu riconosciuto un risarcimento di quasi 300 milioni di dollari, mentre ai nativi locali furono riconosciuti 20 milioni di dollari. Entrambi i risarcimenti furono però successivamente ridotti.

<sup>118</sup> Criticabile soprattutto per via della sua rigidità. Ammesso e non concesso che tale criterio fosse quello appropriato nel caso concreto (il che è invero contestato sia dalle autorevoli *dissen-*

Anzitutto, viene considerata la disciplina adottata dai singoli Stati e si sottolinea la frequente tendenza di questi a limitare in varia guisa la discrezionalità delle giurie, vuoi tramite la fissazione di un *cap*, vuoi predeterminando il rapporto che deve intercorrere tra danni compensativi e punitivi.

In secondo luogo, la Corte passa a esaminare i più recenti studi empirici sui “premi” punitivi assegnati dalle corti statali<sup>119</sup>, ricavandone che il rapporto medio tra i due titoli di condanna, contrariamente all’opinione comune, era di 1:1.

I dati empirici, insomma, portavano a un dato medio notevolmente inferiore anche rispetto a quello di 9:1, precedentemente fissato dalla stessa Supreme Court in *State Farm*<sup>120</sup> (c.d. *single digit ratio*). Ciò confermava, positivamente, la progressiva moderazione da parte delle corti statali nel maneggiare il temibile istituto<sup>121</sup>.

Il *punctum dolens* affrontato dal Collegio è quello della asserita imprevedibilità degli importi o, meglio, dei criteri con cui si procederà alla loro quantificazione – «*stark unpredictability*». E in un sistema che, secondo una prospettiva schiettamente liberale, si trova imperniato sulla *rule of law* e la *fairness* dei rapporti reciproci si deve consentire, in anticipo, al *tortfeasor* potenziale una ragionevole previsione del rischio ch’egli assume nel momento in cui decida di commettere l’illecito. Sicché, la Corte passa in rassegna i tre possibili criteri adottabili per “ammansire” i danni punitivi in chiave di maggiore prevedibilità, già vagliati nella propria giurisprudenza in precedenti decisioni. Così, si rammenta il criterio “verbale” (*i.e.*, le istruzioni precise date alla giuria per ritagliare equamente l’importo in funzione delle circostanze); quello del tetto massimo fisso (*cap*); e, infine, il moltiplicatore della quota *compensatory*.

---

*ting opinions*, sia da buona parte della dottrina, soprattutto quella giuseconomica) proprio non si vede come esso si possa generalizzare alla media dei casi gravi soggetti alla *tort law* statale.

<sup>119</sup> Nella sentenza *Exxon*, infatti, si legge: «although some studies show the dollar amounts of awards growing over time, even in real terms, most accounts show that the median ratio of punitive to compensatory awards remains less than 1:1. Nor do the data show a marked increase in the percentage of cases with punitive awards» (554 U.S. 471, 2008, § 3.(d). Quest’ultima considerazione testimonia il fatto che la diffusione del controverso istituto nella giurisprudenza statunitense e l’asserita esplosione e incontrollabilità dei corrispettivi “premi”, probabilmente, siano state sovrastimate, portando i *media* e i giuristi, continentali soprattutto, a un’idea distorta dei *punitive damages*.

<sup>120</sup> Fissato, ad ogni modo, come criterio orientativo di massima. Giacché proprio non pare opportuno arrivare ad irrigidire un dato medio tramite una decisione d’autorità.

<sup>121</sup> Anzi, la Corte osserva che dagli studi empirici (realizzati su una varietà eterogenea di illeciti) emergerebbe che il rapporto medio è ben al di sotto della *ratio* di 1:1. Cfr. lo studio di T. EISENBERG *et alii*, *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, cit., *passim*. Ad ogni modo, è interessante notare che un simile approccio teso ad enucleare dalle decisioni della giurisprudenza (anche ove emanate secondo il criterio equitativo puro) dei criteri precisi di quantificazione è portato avanti dai gruppi di lavoro dell’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (<http://milanoservatorio.it/>). In particolare, tale metodo di lavoro è stato adoperato in relazione alla lite temeraria e al danno da lesione del consenso informato.

La Corte aveva già avuto modo di esaminare una serie di proporzioni diverse, rinvenibili nella legislazione americana o usate dalla giurisprudenza: i *treble damages* del *private enforcement antitrust*, il rapporto di 1:9 di cui al caso *State Farm etc.* Tuttavia, esse sembrano inadatte<sup>122</sup>. Anche in considerazione dei dati statistici sulla media storica delle condanne per *punitive damages*, soltanto il rapporto di 1:1 viene ritenuto un «*fair upper limit*», ma – giova sottolineare il punto – con specifico riguardo alle irripetibili circostanze del caso concreto<sup>123</sup>.

Quand'anche, come si vedrà in avanti, le Corti statali non abbiano recepito *toto corde* il criterio rigido ivi fissato, *Exxon Valdez* costituisce comunque una pietra miliare nella giurisprudenza statunitense<sup>124</sup>, e rappresenta forse il punto di massima invasività della Suprema Corte nella complessità della *tort law*.

Restano da esaminare, pur sinteticamente, gli orientamenti assunti dai diversi Stati della federazione o per rispondere *motu proprio* alle esigenze di regolamentazione dell'istituto o sotto il pungolo delle decisioni della Corte federale di vertice, sovente percepite come un'invasione di campo.

Ad oggi, si può ancora osservare una vivace varietà di soluzioni (legislative e/o pretorie): in talune giurisdizioni si applicano limiti ulteriori o diversi rispetto a quelli sanciti dalla Supreme Court<sup>125</sup>. Ciò mostra un non sempre agevole dia-

<sup>122</sup> Nel caso di specie, oltre a quanto ricordato sopra, non solo le parti private avevano giocato un ruolo di primo piano tramite l'azione di classe andata a buon fine. Anche le parti istituzionali – i c.d. *governmental enforcers* – avevano fatto la propria parte con successo, come dimostrano le miriadi di azioni, civili e penali, nate dal disastro *Exxon*. Si consideri che la società, oltre ai danni civili, fu condannata a pagare in sede penale circa 125 milioni di dollari, e spese circa 2 miliardi di dollari per la (parziale) riduzione in pristino delle acque e coste inquinate.

<sup>123</sup> Sicché la Corte conclude: «applying this standard to the present case, the Court takes for granted the District Court's calculation of the total relevant compensatory damages at \$507.5 million. A punitive-to-compensatory ratio of 1:1 thus yields maximum punitive damages in that amount» (554 U.S. 471, 2008, § 3. (f)iv).

<sup>124</sup> Cfr. A.B. KLASS, *op. cit.*, p. 186. Infatti, la Supreme Court, in circa vent'anni è passata dal semplice rigetto delle censure di incostituzionalità dei danni punitivi, ad un'alacre opera di conformazione, *sub specie* di *guidepost* e vere e proprie istruzioni su come le giurie dovessero quantificare tale somma. Ricapitolando: l'azione "nomofilattica" della Suprema Corte si è manifestata già a partire dal caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* del 1991, nel quale i giudici cominciarono a delineare i primi limiti di costituzionalità dell'istituto (pur affermandone la compatibilità con la Costituzione federale); con il caso *BMW* del 1996, venivano enunciate le tre *guidepost* per una parametrizzazione proporzionata dei *punitive damages*; successivamente, con *State Farm*, nel 2003, la Corte statuiva la *single-digit multipliers rule*; infine, nel caso *Philip Morris* del 2007, essa sanciva la c.d. *nonparty harm rule*.

<sup>125</sup> Solo per fare qualche esempio; in Virginia si prevede un tetto massimo di 350.000 dollari al "premio" punitivo. In Ohio è stato fissato un rapporto di 2:1 fra *punitive* e *compensatory damages*. In Alaska s'è optato per una soluzione mista: moltiplicatore fisso e *cap*: un massimale di 500.000 dollari. Cfr. per tutti A.J. SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, in H. KOZIOL-V. WILCOX (Edited by), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, cit., p. 163 ss.



logo tra giudici, *scholars* e legislatori, convergente, però, nel tentativo di migliorare un istituto talmente radicato nella tradizione di *common law*, soprattutto in quella del diritto nordamericano, da rendere velleitario qualsiasi tentativo di abolizione o “sterilizzazione”<sup>126</sup>. Anche il giurista continentale dovrà concordare con la convinzione più diffusa presso i *common lawyers*, ossia che opportunamente governati i danni punitivi «garantiscono un sistema di risarcimento del danno più efficace e giusto»<sup>127</sup>.

Prima di passare a una breve analisi di quel che è accaduto a livello di legislazione statale a valle del descritto percorso pretorio di “costituzionalizzazione”, occorre svolgere ancora qualche breve considerazione sulla tecnica di conformazione adoperata dalla Suprema Corte, nonché sui possibili scenari che si aprono in particolare nel campo del dialogo tra quest’ultima e le corti statali.

Come già anticipato, l’istituto dei danni punitivi abbisognava di qualche ritocco che ne consentisse l’uso in condizioni di sicurezza, temperandone le asperità maggiori. Ci si chiede però se la forzatura imposta dalla Corte federale, ogni volta con una maggioranza risicatissima, sia stata in grado di considerare le molteplici variabili in gioco, da un lato; e se sia seguita dalle corti statali, d’altro canto. Qui si tenterà di dare una risposta alla prima domanda, affrontando il secondo tema nel prossimo paragrafo.

Gli scopi perseguiti dalla Supreme Court nei diversi precedenti analizzati sono senz’altro condivisibili. Ciò che invece appare criticabile è la prospettiva adoperata nell’imporre d’autorità una fisionomia dell’istituto che viene coricato nel letto di Procuste e ne esce monco di diverse sue funzioni. Si deve convenire con quell’autorevole dottrina che ha stigmatizzato la prospettiva eccessivamente unilaterale (*single-mindedly*), unidimensionale e, in definitiva, riduzionista della Suprema Corte, non troppo preoccupata della complessità della responsabilità civile e dei suoi obiettivi:

«common law of torts is complex, is messy in its mixture of goals. And that control and rationalization of it is dangerous precisely because such rationalization may interfere with perfectly plausible aims of that law, aims that once removed from torts must then be served in other, often less effective, ways»<sup>128</sup>.

Calabresi propone due strade per consentire all’istituto di sortire dagli angusti binari nei quali la Suprema Corte ha costretto la sua scalpitante variabilità rimediale, con l’ammonimento, che ciascuna di esse può “funzionare”, ma ognuna presenta dei costi<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Si pensi ad esempio ai recenti casi che hanno ricevuto un’alta attenzione mediatica (anche) per i notevoli importi assegnati dalle giurie: “Monsanto” e “Johnson&Johnson” citato sopra.

<sup>127</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 121.

<sup>128</sup> G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 336 s.

<sup>129</sup> L’insegnamento si rivela particolarmente utile anche per l’interprete italiano giusta la nota

Da un canto, si propone un cambio di nomenclatura. Le censure della Suprema Corte, svolte secondo un'angusta prospettiva *single-mindedly*, hanno investito l'istituto *punitive damages*, inquadrato secondo il razionale punitivo-deterrente. La riforma della Supreme Court, in altre parole, ha investito un istituto con un certo nome e una precisa *ratio* funzionale (*punitive damages* a trazione punitiva). Ma ove una corte volesse adoperare un altro razionale tra i cinque analizzati, sfruttando quindi la notevole polifunzionalità e versatilità che il "vecchio" istituto di *common law* ha da sempre espresso<sup>130</sup>, potrebbe farlo, utilizzando un'altra nomenclatura per riferirsi ad esso, rispettando così formalmente i limiti fissati dalla riforma voluta dalla Corte di vertice<sup>131</sup>. Così, sono state proposte cinque diverse nomenclature, ciascuna in linea con il retrostante razionale-funzionale. La più interessante sembra essere la categoria dei «*socially compensatory damages*»<sup>132</sup>, che evoca subito il collegamento dell'istituto con gli interessi iperindividuali tutelati, in funzione di generale "immunizzazione" del corpo sociale.

Si tratta di una strada senz'altro percorribile e, in effetti, intrapresa da molte corti americane, come si dirà in avanti. Tuttavia, il costo di tale soluzione sembra particolarmente alto in termini di chiarezza e prevedibilità delle decisioni. Sicché, almeno considerando le peculiarità istituzionali del sistema italiano, la soluzione della modifica di nomenclatura non sembra la via più desiderabile, rispetto alle altre ipotizzabili<sup>133</sup>.

L'altra via proposta è il tentativo di perseguire le funzioni un tempo assolute dagli *extracompensatory damages* tramite rimedi diversi (anche, ma non necessariamente) da quelli presenti nell'armamentario della *tort law*. In altre parole, vi

---

tentazione a giocare con le "etichette" giuridiche, obliando talvolta la sostanza delle cose o, comunque, rendendo un pessimo servizio alle istanze di chiarezza e prevedibilità delle decisioni (cfr. Capp. I e V).

<sup>130</sup> Cfr. D.B. DOBBS, *Law of Remedies*, St. Paul MN, 1993, p. 467, sulle diverse funzioni dei danni punitivi, in concorrenza fra loro.

<sup>131</sup> D'altronde, tale questione nominalistica è ben nota nel nostro Paese. Basta por mente alle vicissitudini della categoria "danno esistenziale", ancora in bilico tra funzione prescrittiva e meramente descrittiva. Del pari, si consideri la nuova *querelle* sorta sul perimetro del "danno morale", dopo le recenti prese di posizione della Sezione III della Cassazione (cfr. il c.d. "decalogo" approntato da Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 853 ss., con nota di P. ZIVIZI). Inoltre, per quanto una decisione possa essere autorevole – giusta la posizione gerarchica della magistratura che la assume – l'esperienza insegna che una "rivolta" ben coordinata delle corti di merito può portare alla modifica di interpretazioni tradizionali anche molto radicate: cfr. P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, *ibidem*.

<sup>132</sup> G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., p. 347, ha proposto: «(a) Rewards to Whistle Blowers; (b) Socially Compensatory Damages; (c) Ideal Preservation Damages; (d) Exceptionally Awardable Compensatory Damages; and (e) Punitive Damages (thereby seeking to limit the scope of the Supreme Court's holding to this last category). One could then define rules, limits, and attributes for each category».

<sup>133</sup> Cfr. Cap. V, *infra*.

sarebbero altre vie per “performare” quelle esigenze sociali che continuano ad esistere scalpitanti – a dispetto delle pur autorevoli prese di posizione della giurisprudenza. Ciascuna di esse presenterebbe, naturalmente, *pro e contra*<sup>134</sup>.

#### 4.5. *Le leggi statali in funzione di contenimento degli eccessi delle giurie e il sistema degli split recovery schemes*

Come anticipato, ciascuno Stato della federazione è libero di legiferare sul tema e di conformare l’istituto come meglio creda, in accordo con le peculiarità istituzionali e la sensibilità giuridica ivi presente. Se questo è il quadro istituzionale di partenza, gli USA, lungi dal rappresentare un monolite giuridico, si dimostrano oggi alacre fucina di diritto (positivo), nonché fonte di numerosi esempi di creatività rimediale in continua evoluzione. In questa sede non si potrà svolgere un’analisi dettagliata del quadro di diritto vivente di ciascuno stato. Si riporteranno alcuni esempi paradigmatici in grado di dare la cifra dei *macrotrend* in atto.

Parte della dottrina ha condotto interessanti studi empirici, alcuni dei quali, come visto, citati anche dalla Suprema Corte nel caso Exxon e utili a sfatare alcuni pregiudizi che circondavano l’istituto. A circa cinque anni di distanza dal *leading case* BMW risultava che alcuni stati della Federazione avevano già provveduto a porre dei limiti nell’assegnazione dei danni punitivi<sup>135</sup>.

Ad esempio, lo stato dell’Alabama, che in passato non aveva limiti legislativi, ha fissato un massimale di 250.000 dollari.

Altri Stati, invece, hanno optato per una determinazione del “premio” in rapporto ai danni compensativi assegnati<sup>136</sup>. A seconda dello Stato, quindi, si

<sup>134</sup> Per una breve panoramica si può considerare: «(A) the Private Attorney General function could probably be served, at least in part, by the adoption of approaches – not unrelated to, if somewhat the reverse of, those in the civil law – such as permitting a civil plaintiff to require that a criminal action be brought together with, or at least at the same time as, the civil suit. (B) the Multiplier’s job could perhaps be done by expanding the availability of class actions. (C) the Ideal Preservation goal could be accomplished by an express abandonment of the fault requirement and the adoption of straightforward strict liability in the appropriate areas. (D) the Exceptionally Awarded Compensation needs could be met by expanding the right to compensation in those circumstances in which the rules barring such compensation have seemed wrong. Obviously, the means used would vary from area to area. Thus, as to emotional damages, one could try to define areas where such damages might be appropriate – at least if subject to judicial control. And as to compensation for those doing unremunerated jobs, tables relating that job to compensated ones could be developed. Finally, as to (E) the Righting of Private Wrongs goal could be advanced by the award of lawyer’s fees, or by any number of other devices, including (heaven forbid) expansion of pain and suffering damages or national legal aid insurance, could be used»: G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 349.

<sup>135</sup> E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, *The Effects of Limiting Punitive Damage Awards*, in *25 Law and Human Behavior*, 2001, p. 217 ss.

<sup>136</sup> Lo studio citato riportava, fra questi, il Colorado, lo stato della Florida e il Nevada. Quest’ultimo, in particolare, nella quantificazione dei danni punitivi adotta sia il criterio del rapporto

avrà un diverso coefficiente e quindi una diversa proporzione (massima) tra danni compensativi e quota punitiva<sup>137</sup>.

Gli Autori di tale studio empirico svolgevano una difesa dei *punitive damages*, sostenendo che limitazioni troppo restrittive avrebbero inevitabilmente finito per influenzare i giurati nella determinazione dei danni compensativi e punitivi.

Il concreto pericolo sottolineato è che la giuria, adeguatamente “guidata” dagli avvocati, pur di concedere un cospicuo risarcimento all’attore quando questi sia stato vittima di un illecito altamente riprovevole, possa “estendere”/forzare i danni *compensatory*, che assumerebbero (anche) le vesti di *punishment* e *deterrence* tradizionalmente indossate dai danni punitivi<sup>138</sup>. Ciò ridurrebbe i danni punitivi a un simulacro, a una sorta di fossile giuridico e andrebbe a snaturare la eminente funzione riparatoria del risarcimento vero e proprio.

L’esperimento condotto dalla dottrina citata sembra confermare l’ipotesi teorica formulata, avendo rilevato che il campione scelto di potenziali giurati, a fronte di un limite importante alla quantificazione dei danni punitivi, decideva di estendere il “premio” compensativo, riconoscendo a tale emolumento anche le funzioni di punizione e deterrenza, che in quel caso i danni punitivi – giusta i limiti di *defaul*t posti nell’esperimento – non avrebbero potuto svolgere adeguatamente<sup>139</sup>.

Nel primo decennio del nuovo secolo, il panorama giuridico della Federazione presentava una disciplina frammentata<sup>140</sup>. Ciò è dovuto alla pluralità degli ordinamenti statuali e alle loro peculiarità storiche, sociali e istituzionali. Cia-

---

con i danni compensativi, sia, in altri casi, quello della parità fra i due risarcimenti (E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, *op. cit.*, p. 219). Inoltre, tali AA. rilevavano che diversi stati della Federazione all’epoca dello studio non prevedevano i danni punitivi nei loro ordinamenti e vietavano pertanto a giudici e giurie di concederli, citando come esempi il Nebraska, il New Hampshire, la Louisiana e Washington. Tuttavia, oggigi, gli stati della Louisiana e del New Hampshire sembrano concedere in giudizio i danni punitivi, seppur attenendosi rigorosamente ad espresse previsioni normative: cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 108.

<sup>137</sup> Questa è la soluzione indicata come preferibile dalla Supreme Court nel caso Exxon.

<sup>138</sup> La tesi degli autori è chiara: «we suspect that when punitive damage awards are capped (or are not an option), jurors may use their compensatory damage award (the economic component of which is typically not capped) as a means of imposing punishment or promoting deterrence toward the defendant» (E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, *ibidem*).

<sup>139</sup> L’esperimento condotto da Greene, Coon e Bornstein si basava sopra un campione di 320 studenti dell’Università del Colorado la cui età media era di 24 anni. Gli AA. chiesero agli studenti di assumere i panni dei giurati e chiarirono che se avessero scelto di concedere i danni punitivi nei loro verdetti, tali danni sarebbero dovuti sottostare ad una forte limitazione. Gli studiosi presentarono agli studenti tre diversi casi, rispettivamente di lesioni personali, responsabilità da prodotto e mala fede di una società assicurativa, chiedendo loro di formulare un verdetto e di motivare, poi, la quantificazione degli eventuali *compensatory* e *punitive damages*. I risultati di tale esperimento sono riassunti in E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, *op. cit.*, p. 228.

<sup>140</sup> Tali considerazioni sono svolte in particolare sul primo decennio del nuovo secolo e sono attinenti agli ordinamenti dei singoli stati della Federazione: cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 106 ss.

scuno Stato ha infatti regolamentato in maniera differente il regime dell'istituto, alcuni in maniera più tradizionale, altri in modo più creativo e innovativo.

La Louisiana (unico stato di *civil law* tra i cinquanta<sup>141</sup>) e il New Hampshire, ad esempio, hanno optato per una regolamentazione più tradizionale, concedendo quindi i danni punitivi limitatamente alle ipotesi in cui la legge statale ne preveda espressamente l'utilizzo. Si avvicinano a questa opzione regolatoria anche gli stati del South Dakota e di Washington.

Negli stati del Connecticut e del Michigan, invece, ai danni punitivi è attribuita (soltanto) la funzione di ristorare pienamente il danneggiato<sup>142</sup>. Tuttavia, mentre nel primo non possono mai superare il valore dei *legal costs*, nel secondo Stato sono utilizzati per compensare gli *intangible harms* che non possono essere quantificati se non ricorrendo a una valutazione equitativa<sup>143</sup>, come i danni morali o esistenziali (*injury to feelings*), e pertanto, spesso e volentieri, superano decisamente l'ammontare delle spese legali sostenute in giudizio dall'attore.

Per contro, quando il danno patito dall'attore è meramente patrimoniale o quantificabile con precisione, il Michigan non consente di comminare i danni punitivi, ritenendo già di per sé soddisfattivi i danni compensativi<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Il caso della Louisiana è interessante sotto molteplici punti di vista. Innanzitutto, si tratta dell'unico stato USA con una forte base di *civil law*, che resiste tutt'oggi all'interno di una federazione appartenente a una diversa tradizione giuridica (*common law*). In secondo luogo, forse proprio per queste sue caratteristiche istituzionali, la Louisiana tende a criticare diverse scelte del legislatore federale, connotandosi per una frenetica ed estesa legislazione, ricorrendo dunque in modo massiccio alla *statute law*. In proposito, anche con riguardo alle decisioni sulla regolamentazione dei danni punitivi, B.L. BONVILLAIN, *Slaying the Trojan Horse: Arabia v. CITGO and Punitive Damages under Louisiana's Conflict-of-Laws Provisions*, in 74 *Louisiana L. Rev.*, 2013, p. 330, afferma: «Louisiana purports to have a strong legislative policy against awarding punitive damages, except in limited statutorily excepted situations. The history of Louisiana's policy on punitive damages is instructive because the courts and the Louisiana Legislature have disagreed on the legislative intent behind punitive damages over the past century».

<sup>142</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 109 s. Cfr. altresì L.L. SCHLUETER, *Punitive Damages*, II, Newark, 2005, p. 291; e il precedente del Connecticut *Kenny v. Civil Service Commission*, 197 Conn. 270, 277 496 A2d 956 (1985).

<sup>143</sup> Con l'espressione *intangible harms* (equivalente *grosso modo* al nostro danno non patrimoniale), si intende un pregiudizio arrecato all'attore che non sia economicamente quantificabile ai fini del risarcimento. Esempi di *intangible harms* sono il dolore provato a seguito di lesioni o di un incidente, la sofferenza psicologica arrecata da una diffamazione o da un'umiliazione e la depressione conseguente all'uccisione di un familiare. Con riguardo agli *intangible harms* e alla loro determinazione J. CAMPBELL-B. CHAO-C. ROBERTSON, *Time Is Money: An Empirical Assessment of Non-Economic Damages Arguments*, in 95 *Wash. U. L. Rev.*, 2017, p. 3, affermano: «one of the most difficult tasks imposed upon a jury in deciding a case involving personal injuries is to determine the amount of money the plaintiffs to be awarded as compensation for pain and suffering. No method is available to the jury by which it can objectively evaluate such damages», sottolineandosi quella ontologica difficoltà che si incontra nel tentativo di convertire in danaro la sofferenza (Cfr. diffusamente il Cap. V del presente lavoro).

<sup>144</sup> F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 110.

Ad ogni modo, in Alaska, Alabama, California, Connecticut, North Carolina, New York e Montana si richiede che la condotta del convenuto sia particolarmente connotata: ovvero che sia intenzionale o manifesti un grave disinteresse verso gli altrui diritti, disonestà, negligenza, crudeltà, inganno e così via.

Ancora, per apprezzare la varietà regolatoria nei diversi stati, si pensi al Nevada. In tale Stato, si è differenziata la disciplina sulla quantificazione in relazione alle diverse fattispecie. Generalmente, i *punitive damages* non devono essere superiori al *duplum* di quelli compensativi. Ma tale limite non vale nei casi di *product liability*, *defamation*, *toxic torts* e *bad faith discrimination*<sup>145</sup>. In queste ipotesi, infatti, le condotte dei convenuti sono ritenute particolarmente riprovevoli e non si pone pertanto un *cap* alla giuria, la quale è libera di determinare l'importo ritenuto appropriato ed equo per sanzionare la condotta *sub iudice*.

In altri Stati, ma limitatamente alle ipotesi di responsabilità da prodotto, i legislatori hanno fissato invece, oltre ad un limite massimo nella quantificazione, anche il rapporto che deve sussistere fra danni punitivi e danni compensativi<sup>146</sup>.

L'introduzione di una regolamentazione sempre più puntuale e stringente, che limiti la quantificazione dei "premi" e che offra una tendenziale *predictability* della sanzione massima, viene generalmente accolta positivamente dalla dottrina. Si può in parte concordare con tale valutazione, sebbene le tecniche di conformazione dell'istituto (operare congiunto degli interventi della Supreme Court e lavoro legislativo statale) abbiano lasciato, come si vedrà, un ampio margine di manovra alle corti.

Il tema della quantificazione coinvolge anche le questioni relative al destinatario del "premio". Una delle critiche tradizionali che si muovono all'istituto in esame è relativa all'ingiustificato arricchimento del (primo) attore privato che porti il convenuto in causa (c.d. *windfall*). Si tratta, peraltro, di uno dei principali argomenti addotti nei sistemi continentali per giustificare il tralascio ostracismo verso il risarcimento ultra-compensativo. Tuttavia, anche nell'ordinamento americano, almeno a partire dagli Anni '80 del secolo scorso, la questione ha trovato un certo consenso in dottrina e ha poi mosso talune riforme legislative. La critica nordamericana, *in parte qua*, sembra invero più raffinata di quella europea, aprioristicamente contraria all'arricchimento dell'attore, qualificato senza se e senza ma come "ingiusto". Negli Stati Uniti, invece, ci si è misurati apertamente con il tema della redistribuzione di una quota parte dei *punitive damages*, ritenendo equo ed opportuno che essa ritorni, in qualche modo, alla collettività offesa, unitamente all'attore, dall'illecito *reckless* e/o *wanton*.

<sup>145</sup> F. BENATTI, *ibidem*, p. 119 s.

<sup>146</sup> Fra questi vi sono gli stati dell'Alabama, Alaska, Arkansas, Connecticut, Florida, Idaho, Indiana, Nevada, New Jersey e North Carolina, i quali nei casi di *product liability* adottano, come regola generale, un rapporto massimo di 2:1 fra *punitive damages* e *compensatory damages* (cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 120).

Uno studio miliare, in proposito, è quello di Sharkey<sup>147</sup>, che focalizza l'attenzione sopra una delle funzioni fondamentali dell'istituto, di peculiare interesse per il giurista continentale, *i.e.* la funzione sociale dei danni punitivi che evoca subito il collegamento dell'istituto con gli interessi iperindividuali tutelati, in funzione di "immunizzazione" del corpo sociale.

Inoltre, tali misure di redistribuzione consentono di ottenere una pluralità di risultati utili, fra cui:

- i*) la riduzione del *windfall* in capo all'attore (che dovrebbe quietare, almeno in parte, anche le remore più radicate dei giuristi *civilian*);
- ii*) l'aumento degli introiti per le casse pubbliche;
- iii*) il disincentivo di azioni frivole animate solo dalla prospettiva di facili guadagni<sup>148</sup>.

In tale *milieu* culturale si devono collocare i diversi *split recovery schemes*. Si tratta di meccanismi introdotti in via legislativa o pretoria volti alla redistribuzione di almeno una parte dei *punitive damages*<sup>149</sup>. Si prevede che una quota dell'importo vada all'attore ed un'altra a fondi specifici. Nella varietà delle soluzioni scelte, si possono cogliere due schemi base. Taluni Stati destinano *ex lege* a specifici fondi una quota che oscilla tra  $\frac{1}{2}$  e  $\frac{2}{3}$ <sup>150</sup>. Altri affidano alla *trial court* il potere di decidere la concreta ripartizione della quota ultra-compensativa, consentendo, quindi, un equo temperamento delle circostanze del caso<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit., p. 347 ss. Per l'A. i danni punitivi dovrebbero essere concessi «to redress widespread harms caused by the defendant, harms that reach far beyond the individual plaintiff before the court», p. 389.

<sup>148</sup> Per quanto si trattasse di una prospettiva più da *legal thriller* che non da *law review*, non si può negare che in passato i *punitive damages* ingolosissero molto gli avvocati nordamericani, i quali spingevano i clienti a giocare alla lotteria forense anche in casi bagatellari, sperando poi in un generoso ritorno personale tramite il meccanismo del patto di quota lite (*success fee*). Il tentativo di diminuire il numero dei processi, da leggere insieme al tema dell'assicurabilità dei danni punitivi, è stato azionato dalla crisi del sistema economico e assicurativo: cfr. G.L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in 96 *Yale L. J.*, 1987, p. 1521 ss.; sulle ultime novità in materia di assicurabilità dei *punitive damages*, nella prospettiva del diritto comparato, cfr. per tutti le penetranti riflessioni di D. CERINI, *Polifunzionalità della responsabilità civile e polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, cit., p. 84 ss., ed ivi bibliografia.

<sup>149</sup> Tra quelli introdotti tramite decisione giudiziale si devono segnalare l'Alabama e l'Ohio. In quest'ultimo il *leading case* è *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield* – 781 N.E. 2d 121 (2001) – in materia di *bad faith* dell'assicuratore che si era rifiutato di rimborsare le spese mediche alla moglie dell'attore deceduta per cancro. La Suprema Corte dello Stato decideva di assegnare i 2/3 dei danni punitivi a un fondo di ricerca sul cancro, al fine di ottenere «a societal good, a good that can rationally offset the harm done by the defendants in this case». Cfr. C.J. MARTIN, *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield: Judicial Redistribution of Punitive Damages*, in 40 *San Diego L. Rev.*, 2003, p. 1649 ss.

<sup>150</sup> Ad es. Alaska, Missouri, Utah (1/2) e Georgia, Indiana e Iowa (2/3): v. le considerazioni di F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 114.

<sup>151</sup> In Illinois, ad es., è la *trial court* a decidere come distribuire il "premio" punitivo tra attore, avvocati e State of Illinois Department of Human Services: cfr. F. BENATTI, *ibidem*.

Inoltre, la regola più diffusa è quella di compensare comunque l'attore per le spese processuali sostenute, sicché la quota da devolvere ai fondi viene calcolata dopo aver sottratto i *legal costs* dal totale aggiudicato a titolo di danni punitivi.

V'è ancora una differenza di massima che merita rilievo. Se alcuni Stati si limitano a far confluire i denari su fondi generali, altri hanno istituito fondi specifici, con varie finalità istituzionali (*i.e. Civil Reparation Fund, Violent Crimes Compensation Fund, Criminal Injuries Compensation Account*, e così via).

Quest'ultima è sicuramente la soluzione preferibile per sancire nettamente la vocazione dell'istituto ad una riparazione iperindividuale e tacitare definitivamente le remore di coloro che mal sopportano l'arricchimento del primo attore leso, meritevole, in tesi, solo di essere arrivato per primo, secondo la massima: *prior in tempore, potior in iure*<sup>152</sup>. Ed è altresì la soluzione prescelta dal legislatore italiano che, recentemente, ha stabilito di devolvere le sanzioni pecuniarie civili *ex d.lgs. n. 7/2016* ad un fondo per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti. Scelta dunque appropriata, criticabile, come detto, soltanto in relazione alla quota devoluta (100%) che non considera il tema dell'incentivo all'azione<sup>153</sup>.

Pertanto, anche in relazione a quanto osservato sul ruolo dell'attore come *private attorney general*<sup>154</sup>, sembra necessario, in funzione di incentivo all'azione, destinare una quota parte del "premio" punitivo al danneggiato<sup>155</sup>. Nella prospettiva della costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo in Italia, non sembra opportuno sottrarre all'attore vittorioso una quota maggiore del 25-30% dell'importo, rischiando altrimenti di ammazzare in culla le potenzialità di un rimedio desiderabile e necessario. A che *pro* l'attore dovrebbe profondere energie emotive ed economiche per beneficiare poi esclusivamente Leviatan, magari in alcuni settori dove quest'ultimo abbia ritenuto di non spendere più alcuno sforzo general-preventivo?<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> In generale, si deve però osservare che negli Stati Uniti i *punitive damages* non formano oggetto di un diritto soggettivo, di talché si accetta l'idea che il più rapido attore che riesca a conseguirli incameri una somma tale da raggiungere il limite della sanzione applicabile alla condotta illecita, senza che gli attori tardivi, nel caso di illeciti seriali, possano ricevere alcunché per lo stesso titolo (Cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito, ibidem*). Per tale via si scongiura il rischio (paventato forse con eccessiva enfasi dalla dottrina nostrana) di prostrare il danneggiante potenziale con condanne mostruose.

<sup>153</sup> Infatti, come osservato da G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2019, p. 66 ss., senza devoluzione della quota ultra-compensativa all'attore, o almeno di una sua parte, il modello italiano non funziona, giacché si va ad amputare il rimedio del danno punitivo di una sua gamba funzionale. Cfr. anche il meccanismo – farraginoso, ma espressione di una buona idea – delineato dall'art. 140, comma 7, cod. cons.

<sup>154</sup> Cfr. Cap. I, § 1.11.E).

<sup>155</sup> V. anche le interessanti riflessioni di A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit., *passim*.

<sup>156</sup> Il pensiero va a quelle fattispecie di recente depenalizzazione: si affranca il PM dal carico di



#### 4.6. Nuovi movimenti alle frontiere dei torts: anche in America “si fa ma non si dice” ... proprio tutto

Come visto, la riforma più rilevante introdotta in molti stati della Federazione americana è stata la limitazione, per via legislativa, dei *punitive damages* concedibili dalla giuria. Le tecniche adoperate sono state sostanzialmente la fissazione di un *cap* o un rapporto tra quota compensativa e quota punitiva (*multiplier*).

Come parimenti rilevato, taluni Stati (emblematico è il caso del Nevada) ne differenziano la disciplina in base alla fattispecie oggetto di giudizio. E per un novero consistente di casi i limiti fissati *by the law* non si applicano (ad es. *product liability, defamation, toxic torts* e *bad faith discrimination*).

Tali previsioni, sicuramente opportune, rappresentano tuttavia un *commodus discessus* per la giuria che, nei casi citati, potrà determinare “liberamente” l’entità dei danni punitivi con la sola limitazione della *due process clause* sostanziale<sup>157</sup>, semmai secondo l’interpretazione poco generosa datane dalla Suprema Corte federale.

Le riforme descritte non hanno trovato un consenso unanime. Le condivisibili critiche si appuntano sull’eccessiva rigidità introdotta nel sistema della *tort law* e sulla potenziale devitalizzazione dell’efficacia dell’istituto. In poche parole, soprattutto in relazione agli illeciti lucrativi, il convenuto malizioso potrà continuare a calcolare quando e quanto sia conveniente offendere, senza trovare più la barriera dissuasiva offerta almeno dallo spauracchio di danni esemplari. Abbiamo parlato di “potenziale” devitalizzazione proprio perché sembrerebbe che, invece, la straordinaria fantasia della *law in action* abbia trovato una quadra, seppur a livello carsico, per far convivere la tradizionale anima punitiva dell’istituto con i nuovi limiti fissi previsti dai legislatori statali.

Abbiamo già accennato al tema della modifica di nomenclatura. L’impressione è che tramite tale tecnica, esattamente come registrato nel primo capitolo del presente lavoro per il sistema italiano, anche negli Stati Uniti “si fa ma non si dice”. O almeno si canta solo mezza messa.

Per confermare o smentire tale suggestione occorre ora verificare cosa sia accaduto nella realtà, a valle dell’emanazione dei riferiti limiti.

Sul tema vi sono due recenti studi, di taglio empirico, provenienti dalla più autorevole dottrina nordamericana<sup>158</sup>. Gioverà considerare, pur telegraficamen-

---

lavoro relativo a tali fatti e lo si sposta sul privato. Non sembra ragionevole che sia soltanto lo Stato a incamerare il plusvalore di un lavoro che sceglie di non compiere pienamente.

<sup>157</sup> In tale senso anche F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 120.

<sup>158</sup> Si deve segnalare anche il recente lavoro di J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, cit., p. 90, che sembra essere il primo studio empirico svolto in UK sul tema. I risultati più significativi ottenuti si possono così compendare: «(1) that punitive damages (when claimed) are awarded reasonably regularly, (2) that the average award of punitive damages is relatively modest, (3) that there is considerable uniformity in terms of the size of punitive damages

te, le loro riflessioni, in connessione col nostro tema.

I lavori di Sharkey, oltre a focalizzare l'attenzione sulla funzione sociale dei danni punitivi, hanno fatto luce sulle conseguenze pratiche – dirette e collaterali – spiegate dai limiti imposti ai medesimi<sup>159</sup>. Anzitutto, tale A. rileva un problema di metodo che affligge i numerosi studi empirici in materia: questi ultimi solitamente guardano soltanto ai verdetti delle giurie, soffermandosi, così, esclusivamente sulla punta dell'iceberg. Ci si concentra sui casi definiti con sentenza o transazione ma non si analizzano i casi non portati in corte.

Inoltre, l'attenzione tutta rivolta alle categorie dogmatiche fa perdere di vista quel che accade davvero nel formante giurisprudenziale («...we're sort of obsessed with these doctrinal categories of economic, noneconomic, and punitive damages»<sup>160</sup>). Similmente, si trascurano fondamentali questioni di “percezione” del proprio ruolo da parte della giuria e le aspettative sociali su ciò che debba accadere nel reame dei danni.

Fatte tali premesse, si propone di indagare empiricamente quel che è accaduto nelle corti dopo l'emanazione dei riferiti limiti al danno non patrimoniale. Pertanto, «... when jurisdictions were enacting punitive damages caps, what was happening to the noneconomic portion of damages? And there seemed to be some evidence that noneconomic damages were rising in jurisdictions where punitive damages were being depressed»<sup>161</sup>.

Ancora, Sharkey, commentando il caso *Horton v. Or. Health & Sci. Univ.* del 2016<sup>162</sup>, rileva che la considerazione della corte per il grado di interferenza che la *disclosure* sul *cap* potrebbe determinare sui giurati – segnatamente, prima della deliberazione o a valle di questa – rivela la “paura” profonda per quello che i giurati potrebbero fare, giacché, come noto, essi tendono a guardare al risarcimento olisticamente, senza essere influenzati dalle categorie dogmatiche<sup>163</sup>. Per tale A., dunque, molte giurisdizioni «seem to think that there's

---

awards, and (4) that actions for defamation are unlikely to constitute an important source of punitive damages awards. These (and other) findings cast considerable doubt upon widely held views regarding punitive damages». Un altro dato interessante, oltre alla relativa – e criticabile – indulgenza mostrata dalle corti quando sia convenuta un'impresa, è che la ricchezza del *defendant* è presa normalmente in considerazione per parametrare il *quantum* da concedere a titolo di danni punitivi.

<sup>159</sup> C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, *ibidem.*; ID., *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps*, in 80 N.Y.U. L. Rev., 2005, p. 391 ss.; e, da ultimo, ID., *The Practical Consequences of Caps on Damages*, in 96 *Oreg. L. Rev.*, 2018, p. 733.

<sup>160</sup> C.M. SHARKEY, *The Practical Consequences of Caps on Damages*, cit., p. 733, ove l'A. poche righe prima afferma: «I'm fascinated by-has to do with how juries perceive their role, and how we, as a society, how courts perceive what the jury is doing in the realm of damages».

<sup>161</sup> C.M. SHARKEY, *The Practical Consequences of Caps on Damages*, cit., p. 734.

<sup>162</sup> 359 Or. 168, 376 P.3d 998 (2016).

<sup>163</sup> Tale approccio olistico alle voci di danno sembra riscontrabile anche nel giudice togato italiano.

something about giving that information that might intermeddle with what the jury's doing, et cetera». Evidentemente tale retropensiero è generato dalla possibilità di continuare a punire e deterrere (funzioni tradizionali dei *punitive damages*) torcendo a tale scopo il danno non patrimoniale, e finanche quello patrimoniale. In altre parole, facendolo senza dirlo, utilizzando tutt'al più un cambio d'etichetta.

Anche altra dottrina ha concentrato la propria attenzione sugli *excessive non-economic compensatory damages* erogati dalle giurie a valle del percorso di "costituzionalizzazione", giungendo a conclusioni analoghe<sup>164</sup>. Gli studi di Colby partono dal presupposto che l'incremento del danno non patrimoniale sia la via più ovvia per espandere il *quantum* risarcitorio – intuizione pienamente confermata dalla presente indagine comparatistica<sup>165</sup>.

Tale dottrina osserva che «in recent decades, there has been a significant increase in the size of pain-and-suffering and mental anguish awards. Even eight-figure awards, once unheard of, are no longer uncommon. If punitive damages awards of this magnitude can violate the defendant's substantive due process rights when they rise to the level of grossly excessive, then why is it that compensatory damages awards cannot do the same?». La domanda sembra retorica. E va letta con il vero e proprio invito rivolto da Judge Calabresi, nella sua veste accademica, alle corti a riflettere sulla possibilità di riappropriarsi della molteplicità rimediale del vecchio istituto di *common law* tramite un cambio di nomenclatura, rispettando così formalmente i precedenti della Suprema Corte<sup>166</sup>.

Non si tratta di una semplice suggestione. Oltre al pacifico aumento quantitativo delle voci dei *compensatory damages*, parallelo alle limitazioni dei danni punitivi, v'è un'altra prova di tale "rinascita" della sanzione civile sotto falso nome.

«Not surprisingly – given that Justice Scalia was on the losing end of the punitive damages cases – lawyers for the business community have frequently asked courts to extend the substantive due process excessiveness principle to compensatory damages»<sup>167</sup>. Tale insistente richiesta conferma due impressioni:

<sup>164</sup> Cfr. le acute osservazioni di T. COLBY, *The Constitutionalization of Torts?*, in 65 *DePaul L. Rev.*, 2016, p. 357 ss.

<sup>165</sup> Cfr. in particolare Cap. V, *infra*, ove, con riguardo al sistema italiano, si osserva la vocazione generale del danno non patrimoniale (2059 c.c.) a fungere da categoria-veicolo per la punizione e la deterrenza delle condotte più odiose.

<sup>166</sup> G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, cit., 347 s.

<sup>167</sup> T. COLBY, *The Constitutionalization of Torts?*, *ibidem*. L'operazione di conformazione dei danni punitivi, come visto, è stata inaugurata e messa in pratica dalla Suprema Corte a fronte della grande pressione esercitata dalla *business community*. Così come la stessa comunità ora preme per tentare di imbrigliare i *compensatory damages*. L'A. sul punto afferma: «my conclusion is that while the Court has admittedly taken some significant steps in the realm of punitive damages, the

da un lato, che il riferito *trend* in corso non è casuale e che l'interpretazione qui proposta – confortata dai risultati dell'indagine comparata<sup>168</sup> – si rivela corretta. D'altro canto, si conferma il rischio che corre la Corte di vertice federale quando “sconfina” in materie tradizionalmente affidate alla *common law* statale e che richiederebbero una, forse più accettata, intermediazione legislativa Stato per Stato<sup>169</sup>. Il rischio paventato si è materializzato puntualmente: la vivacità della giurisprudenza, recependo soluzioni proposte dalla creatività dottrinarica, trova una via, più o meno lineare, per soddisfare un bisogno di tutela che promana dal corpo sociale.

#### 4.7. Una suggestione sistemologica

A corollario di questa breve indagine di diritto comparato, sembra emergere una significativa suggestione sistemologica che pone diversi dubbi sopra la concezione tradizionale e radicata della responsabilità civile – identificata anche nel titolo del presente lavoro come un problema. Anzi, essendo tale “suggestione” basata su dati empirici piuttosto solidi, si potrebbe parlare, meglio, di una ragionevole conclusione sullo stato dell'arte negli ordinamenti oggetto d'indagine<sup>170</sup>.

Negli Stati Uniti, ordinamento ove storicamente l'istituto ha avuto la massima espansione e che, più a fondo, si è confrontato con il tema dei limiti e delle

---

degree of constitutionalization of tort law generally is far short of what it could be – even though the business community is constantly pushing the Court to go much further» (p. 358).

<sup>168</sup> *I.e.* la convergenza sistemologica di cui si dirà nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

<sup>169</sup> G. CALABRESI in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, cit., p. 32, con riferimento alla tendenza del legislatore e delle corti nordamericane a restringere l'operatività di *class action* e *punitive damages*, osserva: «la Corte Suprema deve essere sempre molto cauta a non sostituirsi al Congresso, soprattutto quando ci si occupa di materie che hanno anche una ricaduta costituzionale. Ma, nel caso citato [*Stoneridge Investment Partners v. Charter, Motorola et al.*, in materia di *class action*, N.d.A.], non penso che abbia chiuso definitivamente la porta, ha solo avvertito di fare attenzione nell'uso di certi strumenti. Questo è anche accaduto in materia di *punitive damages* in sentenze commentate da Posner e da me, dove i giudici hanno deciso che gli stati debbono poter mantenere un'autonomia nell'adottare o meno questo strumento che può avere una sua funzione utile in quanto agisce da moltiplicatore di compensazioni (*multiplier function*) e quindi serve a scoraggiare potenziali danneggianti seriali». L'A. manifesta, inoltre, condivisibile scetticismo sul funzionamento di istituti di *soft law* come le *public apologies*, rilevando che il “classico” risarcimento monetario, anche ultra-compensativo, si rivela insostituibile strumento di reazione ai torti.

<sup>170</sup> In proposito merita di essere ricordata quella autorevole dottrina che già negli anni '90 del secolo scorso aveva rinvenuto nei *punitive damages* una lente d'indagine privilegiata per osservare quel processo, più volte ricordato, di ravvicinamento tra il sistema di *common law* e quello di *civil law*: A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; e ID., *Una tappa che ridefinisce i confini del danno*, in *ISole24 Ore.com*, 6 luglio 2017.

garanzie costituzionali del convenuto, i *punitive damages*, almeno dal 1996 (dovendo scegliere una data topica), hanno vissuto una stagione di parziale declino formale<sup>171</sup>. Come visto, sotto la forte pressione della *business community* sono stati oggetto di una conformazione “ortopedica” che ha tentato di ammansirli e renderli prevedibili. Tale attività conformativa è stata portata avanti in particolare dalla Suprema Corte federale e dai legislatori statali<sup>172</sup>. In parallelo, però, le funzioni di *punishment* e *deterrence* sembrano risorgere, essendo veicolate dai *compensatory damages*, il cui importo, dati empirici alla mano, è cresciuto considerevolmente, dimostrando che tale categoria, effettivamente, comincia a farsi carico di alcune istanze fino a ieri affidate ai danni punitivi.

Dovendo semplificare, negli USA osserviamo la sanzione civile passare da un rimedio “in chiaro” (*punitive damages*) ad un cono d’ombra (i *compensatory damages* non patrimoniali). Tale punizione praticata nell’ombra testimonia che nella fucina ardente del diritto vivente permane l’esigenza di un rimedio ultra-compensativo, utile a soddisfare il bisogno di deterrenza e retribuzione dei comportamenti più odiosi. I sentieri carsici della sanzione, però, come osservato nel primo capitolo in relazione all’ordinamento italiano, non giovano alle esigenze di chiarezza del sistema.

Nella stessa direzione, ma in verso opposto, nei due ordinamenti di *civil law* considerati (Italia e Francia), ove le regole formali erano tradizionalmente contrarie ad un rimedio risarcitorio ultra-compensativo, sebbene in misura diversa, ferve un acceso dibattito per portare la sanzione civile, finora comminata nell’ombra secondo percorsi tortuosi, ad emersione, tramite regole formali chiare e conoscibili *ex ante*. In Francia si ragiona su una proposta di legge, con il formante legislativo che tenta di (ri)assumere il ruolo di *leader*. In Italia si adopera il bisturi, e si propone una reinterpretazione sistematica e costituzionalmente orientata dei materiali esistenti.

Insomma, i macro-trend sistemologici rilevati nelle due famiglie giuridiche indagate, pur mostrando una tendenza di verso opposto, sembrano confermare pienamente l’ipotesi iniziale di questo lavoro: la desiderabilità sociale e giuridica di un rimedio ultra-compensativo<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Sicché, «i *punitive damages* all’alba del XXI sec. non sono più dei mostri alieni», a misura che la lettura costituzionale svolta oltreoceano ha ormai scacciato lo spettro di danni c.d. “*grossly excessive*”: G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 4/2017, p. 1126.

<sup>172</sup> Per un’analisi critica della giurisprudenza della Suprema Corte federale degli ultimi due decenni, cfr. U. MATTEI, in U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., cap. IV, par. 12, p. 127 ss. Per l’illustre A., a far tempo dal caso *Bush v. Gore* (531 U.S. 98 (2001)) si può osservare una stagione di declino del notevole patrimonio di credibilità accumulato dall’alta istituzione, pur tra alti e bassi, nella sua storia bicentenaria.

<sup>173</sup> Con riferimento al sistema italiano cfr. G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 489 ss. e in part. § 4.

## CAPITOLO QUINTO

# UN RIMEDIO RISARCITORIO EFFETTIVO: UNA RILETTURA DEL SISTEMA ITALIANO DI RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 5.1. Danno non patrimoniale (morale) come figura generale a vocazione ultra-compensativa. Inquadramento della fattispecie e funzioni. – 5.2. *Segue*: origine storica e successiva interpretazione costituzionalmente orientata. – 5.3. Portata espansiva della fattispecie. Vocazione generale alla sanzione delle condotte più odiose e sede “naturale” di quella “intermediazione legislativa” richiesta dalle Sezioni Unite. – 5.4. Perimetrazione di una fattispecie ultra-compensativa entro i confini dell’art. 2059 c.c.: l’*an.* – 5.5. *Segue*: il *quantum*. – 5.6. Possibili strade per la (ri)costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo nell’ordinamento italiano.

### 5.1. *Danno non patrimoniale (morale) come figura generale a vocazione ultra-compensativa. Inquadramento della fattispecie e funzioni*

L’art. 2059 c.c., nella sua laconicità, recita: «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

Tale norma è stata tradizionalmente oggetto di un’interpretazione assai restrittiva. Tanto poiché, per lunga pezza, l’unico caso determinato dalla legge, di importanza sistematica e significativa frequenza applicativa<sup>1</sup>, è stato quello previsto dall’art. 185 c.p., attingendo così rilievo risarcitorio soltanto quei fatti illeciti che integrassero al contempo una fattispecie di reato<sup>2</sup>. Inoltre, e sempre per

---

<sup>1</sup>Come ricorda G. IORIO, *Corso di Diritto privato*, cit., p. 832 ss., il caso previsto dall’art. 185, comma 2, c.p. è stato interpretato tradizionalmente come l’unico da prendere davvero in considerazione. Sulla gestazione dell’art. 2059 c.c. e sulla “vessatissima questione” della risarcibilità dei danni morali cfr. M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 226 ss.

<sup>2</sup>Invero, il risarcimento *ex art.* 185 c.p., patrimoniale e non patrimoniale, è diverso da quello *ex art.* 2043 c.c., poiché non si richiede al danneggiato la prova dell’ingiustizia del danno, né della colpa del *tortfeasor*, essendo sufficiente la configurabilità del reato: cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 737. Ciò, evidentemente, al commendevole scopo di agevolare la vittima del reato, evitando che al peso emotivo del reato e di un procedimento penale che le abbia fatto rivi-

consolidata tradizione, era corrente la tendenza a far coincidere il danno non patrimoniale (categoria residuale per definizione) con il “danno morale soggettivo”; ossia con la sofferenza contingente, col turbamento transeunte, con i patemi d’animo, dolori e ansie cagionati dal fatto illecito. Tanto che il relativo risarcimento veniva definito come “*pretium doloris*”<sup>3</sup> (estrinsecandosi pertanto appieno la *fictio* di cui s’è detto circa la convertibilità in danaro di un bene giuridico che, per sua natura, non ha un prezzo di mercato).

Come si vedrà nel paragrafo seguente, oggi tale impostazione non trova più credito presso gli interpreti.

Per comprendere appieno il funzionamento e le potenzialità espansive del disposto normativo *ex art.* 2059 c.c. occorre riflettere sul portato di un principio cardine del diritto civile: quello di patrimonialità.

Infatti, la limitazione di risarcibilità operata dall’*art.* 2059 c.c., come criterio di selezione, rappresenta un riflesso diretto della patrimonialità del diritto privato<sup>4</sup>.

---

vere i singoli istanti di quanto subito, si aggiunga un oneroso, lungo, e “burocratizzato” processo per il risarcimento dei danni civili. Insomma, qui più che altrove sembra valere l’adagio: «pochi, maledetti, e subito». Tuttavia, la giurisprudenza penale sembra prendere troppo sul serio il valore “prescrittivo” di tale adagio, se è vero che a fronte di gravissimi reati – come la rapina aggravata (di ovuli) e lesioni – si liquidano importi appena nell’ordine della decina di migliaia di euro. Nel caso “Antinori”, recentemente giudicato da Tribunale di Milano, 15 febbraio 2018, n. 2041 (inedita), la parte civile vittima dei reati, Sig.ra M., «subendo violenza fisica diretta, era stata costretta dagli imputati a sottoporsi ad un intervento chirurgico mai acconsentito, peraltro consistente nell’aspirazione di materiale biologico dall’apparato genitale». Sembra pertanto pacifico che ella avesse subito un gravissimo danno non patrimoniale, acuito dall’odiosa condotta processuale di uno degli imputati che, durante il processo, continuava a insultare la vittima, dandole in plurime occasioni della “prostituta”. A fronte di una domanda risarcitoria della parte civile certa nell’*an*, il Tribunale pronunciava condanna generica al risarcimento (*ex art.* 539, comma 1, c.p.p.), e rimetteva le parti avanti al giudice civile, «poiché le fonti di conoscenza disponibili non consentono, in questa sede, una completa liquidazione di tutte le voci di danno». La pronuncia è pregevole e mostra un impianto argomentativo solido e persuasivo: non a caso è stata confermata in appello (cfr. App. Milano, 11 luglio 2019, n. 3579, contro S. Antinori *et alii* – inedita). Essa, tuttavia, non sembra condivisibile in relazione al *quantum* liquidato a titolo di danno morale transeunte o “da shock”, titolo per il quale il Tribunale ha ritenuto raggiunta la piena prova. Posta la estrema gravità e odiosità della condotta, 15.000 Euro sembrano una cifra inidonea sia a ristorare il danno patito, che a segnalare socialmente il disvalore del fatto. Soprattutto ove si consideri che il giudice civile, dello stesso Foro, come visto, ha liquidato 1 milione di Euro per la lesione della *privacy* di un personaggio noto (calciatore).

<sup>3</sup> Cfr. M. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 959 ss.; per P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 151, il danno non patrimoniale, per definizione, non può essere risarcito per equivalente. Il pagamento della *pecunia doloris* se non attribuisce un’utilità pienamente sostitutiva al danneggiato, può recare sollievo per il torto subito e, al contempo, l’obbligo di tale pagamento costituisce una sanzione per il responsabile. V. anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 736 ss.; P. CENDON-R. ROSSI, sub *art.* 2059, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 683 ss.

<sup>4</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011, p. 299 ss., ed *ivi* bibliografia; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, p. 121, che commenta anche la posizione di Bianca.

Già sotto la vigenza del codice del 1865, la questione principale su cui si misuravano gli interpreti era la convertibilità in danaro del pregiudizio<sup>5</sup>. E di tale convertibilità essi discettavano come di una questione “deontologica”, ossia «come di un’operazione del diritto dipendente da una scelta che si dava come *in sé* opinabile e che concerneva il rapporto tra diritto e morale»<sup>6</sup>.

Si diceva: «è immorale il concetto che il denaro asciughi le lacrime»<sup>7</sup>.

In tale grammatica, dunque, si controverteva dell’idea che si dessero valori che potevano rientrare nel circuito simbolico del danaro e valori che, invece, dovessero restarne fuori, poiché assegnati ad altri simboli della comunicazione sociale. Beni appartenenti, o comunque presidiati dall’etica, dalle regole della civile convivenza, dal buon costume. Cioché, il criterio della patrimonialità, che governava tale distinzione, veniva a configurarsi come *artificiale*, ossia come costruito sociale, ed elastico. Parte di ciò che oggi si trova nel dominio della morale può domani appartenere all’impero del giure, e il passaggio di un “bene” da un campo all’altro dipende, in ultima analisi, dall’evoluzione della coscienza sociale<sup>8</sup>.

Pertanto, come autorevolmente osservato, la patrimonialità alla quale il combinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c. rimette – unitamente al criterio dell’“ingiustizia” – la rilevanza aquiliana di un pregiudizio consiste in un *dispositivo socialmente evolutivo* che ha riguardo alla concepibilità della sua conversione in danaro. In altre parole, è come se il sistema giuridico, invece di adoperare una macchina fotografica, che fissa *in aeternum* il dato esistente al momento dello scatto, si fosse dotato di una cinepresa, che registra continuamente la realtà inquadrata, *aggiornando* così la regola di diritto facendole seguire il corso del divenire sociale<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> G.C. CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908.

<sup>6</sup> M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 300. Ma si consideri l’indicazione legislativa di segno diverso rinvenibile nell’art. 38 del Codice penale Zanardelli del 1889, che recitava: «oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l’onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione».

<sup>7</sup> C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, p. 241, riportato da A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, cit., p. 283. Come considerato da tale A., forse proprio tale concezione riesce a spiegare quell’atteggiamento restrittivo (oggi ascrivibile alla preistoria giuridica) confluito nella formulazione dell’art. 2059 c.c. «e in un sistema di regole codicistiche assai diffidenti verso i valori non patrimoniali».

<sup>8</sup> M. BARCELLONA, *ibidem*.

<sup>9</sup> M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale, ibidem*. L’A. osserva, inoltre, che il principio di patrimonialità è assunto dal sistema giuridico come una sorta di “limite mobile” delle sue frontiere. E ciò sia ai fini della funzione attributiva/appropriativa di prerogative (v. artt. 814 e 2585 c.c.), sia ai fini della funzione traslativa (v. artt. 1174 e 1321 c.c.). In pratica, il sistema giuridico affida al principio di patrimonialità la distinzione tra ciò che è giuridicamente rilevante e ciò



Se è vero che la patrimonialità rappresenta un costrutto/significato sociale, il confine tra patrimonialità e non patrimonialità può modificarsi nel tempo e finanche svanire. Cosa che sembra essere invero accaduta nelle società edonistiche di capitalismo maturo, cui appartengono i sistemi giuridici della *western legal tradition*. Il denaro è diventato un *medium* generale delle interazioni sociali e finisce per convogliare verso il sistema giuridico e il suo apparato rimediale la maggior parte di quella complessità che in passato si distribuiva tra gli altri sistemi di regole (non giuridiche) della società. «La pervasività del denaro e il contemporaneo deperimento delle sue “alternative funzionali” (= l’idea di fatalità etc.; il duello aristocratico o rusticano; le sanzioni del disdoro e dell’emarginazione sociali; le sanzioni penali, etc.) orientano, dunque, l’evoluzione del “senso generale” verso il *medium* universale del denaro, e questo, a sua volta, dischiude sempre più l’accesso alla tutela aquiliana»<sup>10</sup>.

Ricapitolando: il processo (infine giuridicizzato) di rimedio ai torti è un prodotto sociale di significato, che promana da prassi intraprese dai membri della società, le quali, col tempo, e col mutare della coscienza sociale, implicano oggi la concepibilità di quello che fino a ieri era inconcepibile (ad es. che l’onore e la reputazione possano essere riparati con una somma di danaro, anziché col duello o con la prigione per l’offensore<sup>11</sup>). La conseguenza di tale incessante evoluzione risiede nel possibile ri-orientamento della complessità rimediale da un sistema (ad es. etico o religioso) ad un altro (ad. es. giuridico, e, all’interno di questo, dal diritto penale al civile o viceversa). Nell’ambito della R.C., poi, una volta accettata la convenzione del danaro come trasduttore universale di signifi-

---

che deve restare governato da altri sistemi sociali (etica, rapporti sociali e, si potrebbe aggiungere, religione). Sicché, rispetto a tali funzioni giuridiche fondamentali, il principio di patrimonialità seleziona gli “oggetti” che entrano nel campo di esistenza del diritto secondo il criterio della scambiabilità. «In tal modo, il transito dagli altri sistemi sociali al dominio del diritto è governato dal mercato o, più esattamente, dall’immaginazione del mercato». Ne consegue che il dispositivo aquiliano, per tale aspetto, si presenta come una grande tautologia: il danno risarcibile, e perciò convertibile in danaro, è il danno convertibile in danaro e perciò... risarcibile.

<sup>10</sup>M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 303. L’A. riporta l’ancora attualissima riflessione svolta circa un secolo fa da Biagio Brugi che aderiva all’orientamento che ammetteva la risarcibilità del danno morale e scriveva: «né ci si venga a portare la comoda obiezione che beni di questa specie sono inestimabili... Ammessa una forma di società come quella in cui viviamo, la quale considera il denaro quale rappresentante di tutti i valori, ne viene che non sappiamo trovar niente di meglio, per compensare un dolore morale, che di servirci del denaro». Cfr. S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., § 10, per una critica della posizione – invero antistorica – che rifiuta la traduzione in danaro del pregiudizio alla persona: «ormai il mutamento di paradigma si è comunque consumato: il modo di percepire il danno viene irrimediabilmente attratto all’area dell’utilitarismo e del ragionamento formale consequenzialista, che aspira alle soluzioni inequivoche delle scienze esatte».

<sup>11</sup>Esempio di M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, *ibidem*. Discute di metodi alternativi di compensazione D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in M. BUSSANI-A.J. SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law*, cit., p. 140 ss.

cati, il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria dovrà, giocoforza, esprimere il portato assiologico delle scelte basilari dell'ordinamento. E, quindi, il livello del risarcimento dovrà essere direttamente proporzionale all'importanza che l'ordinamento giuridico conferisce a ciascun bene leso, spingendo quelli di maggior valore fuori mercato, verso la c.d. *inalienability*<sup>12</sup>.

In altra prospettiva si è osservato che, al di là del rilievo conferito al principio di patrimonialità nell'area del danno non patrimoniale – e quindi in disparte il problema filosofico-giuridico circa l'utilità del danaro come *medium* per la conversione della sofferenza e/o come strumento punitivo di condotte *egregious*, la norma *ex art. 2059 c.c.* avrebbe, ad ogni modo, un compito selettivo. Essa sarebbe posta al fine di identificare, nel novero delle conseguenze non patrimoniali del torto, quelle destinate a trovare “ristoro” o, comunque, ad innescare una reazione da parte dell'ordinamento<sup>13</sup>.

La bontà di un tale meccanismo di selezione viene per lo più data per scontata dagli interpreti. Ed esso ha trovato un'autorevole spiegazione nelle pronunce c.d. di San Martino, che hanno legittimato tale operazione di filtro, essenzialmente, sulla base del dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* – chiudendo quindi la porta ai danni non patrimoniali bagatellari.

In ogni caso, occorre considerare la differenza strutturale che separa l'area economica del pregiudizio da quella non patrimoniale. Ogni pregiudizio economico, per piccolo che sia, si presta ad intaccare il patrimonio del soggetto e ad essere misurato oggettivamente. I danni non patrimoniali, per converso, non mostrano una simile attitudine in relazione alla capacità di incidere il “valore-uomo”. Come ognuno sa, vi sono disagi emotivi ed esistenziali che non condizionano la dimensione personale della vittima. Sicché, è alla luce di tale dato concreto che si giustifica la scelta restrittiva di accesso al rimedio aquiliano, ragionevole in relazione all'art. 3 Cost.: «ad assumere rilevanza dovranno essere esclusivamente quelle compromissioni non patrimoniali suscettibili di riflettersi negativamente sul valore uomo»<sup>14</sup>.

Veniamo al tema delle funzioni del danno non patrimoniale. Esso non presenta un mero interesse accademico<sup>15</sup>, ma si lega al momento, di estrema rile-

<sup>12</sup> Secondo la straordinaria intuizione di G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 144 s., già rammentata. In altre parole, nei sistemi capitalisti la leva economica rimane ancora il miglior strumento di pressione su chi tende (istituzionalmente) a ridurre tutto ai valori di mercato. Come osservato da S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, p. 136, tuttavia, «la pressione economica è in grado di produrre un reale effetto di controllo sociale solo là dove l'area del danno risarcibile è assai estesa e l'ammontare dei risarcimenti è molto elevato: e questo non è certo il caso italiano». Tale riflessione, ancora attuale, riporta con forza l'attenzione sul registrato *deficit* di tutela di cui s'è dato conto nel primo capitolo.

<sup>13</sup> Resterebbero pertanto prive di riscontro “risarcitorio” quelle offese/compromissioni che si manifestino fuori dal rinvio operato dall'art. 2059 c.c.

<sup>14</sup> P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 323.

<sup>15</sup> Sulle funzioni del danno non patrimoniale cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Mi-

vanza pratica, della liquidazione<sup>16</sup>. S'è detto ampiamente nel primo Capitolo di questo lavoro della complessa funzionalità della responsabilità civile. Tale acquisizione, insieme al noto allargamento della categoria del danno non patrimoniale verificatosi negli anni Duemila, impone all'interprete di verificare quali funzioni esprima oggi il danno non patrimoniale nell'ambito del più generale sistema di responsabilità civile<sup>17</sup>. A questo punto della trattazione, un dato appare certo: la R.C., come quasi tutti gli altri istituti del diritto civile contemporaneo d'altronde, «non può ricostruirsi in termini unitari ma la sua disciplina va rapportata alla natura del danno e degli interessi lesi, oltre che alla qualità dei soggetti coinvolti»<sup>18</sup>. Pertanto, come lo statuto della R.C. generale palesa la sua polifunzionalità, similmente le funzioni del danno non patrimoniale non potranno essere schiacciate in un'angusta prospettiva monofunzionale, sibbene dovranno essere rapportate alla *tipologia della condotta e del danno*, alla considerazione dei *soggetti coinvolti*, e ai *criteri di liquidazione* adoperabili.

In dottrina, al risarcimento del danno morale – categoria dogmatica nella quale si compendia fino al 2003 la molteplicità del danno non patrimoniale – sono state attribuite perlomeno tre diverse finalità: *punitivo-afflittiva* (predominante sotto l'impero del codice Pisanelli), *risarcitorio-compensativa* e *consolatorio-satisfattiva*<sup>19</sup>.

---

lano, 1983; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., p. 83 ss.; A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in L. VACCA, cit., p. 317 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 307 ss., anche per un'opportuna critica al modello tradizionale (v. in particolare p. 38 ss.); M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., spec. p. 1 ss. e 333 ss.; E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010; A. DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in D. CARUSI et alii, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, p. 38 ss.; D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in D. CARUSI et alii, cit., p. 394 ss.; ID., *L'art. 2059 c.c. come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 335 ss.; nonché G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, II ed., Padova, 2006. Per un'interessante prospettiva comparata v. G. COMANDÉ, *Le linee di confine tra danno patrimoniale e non patrimoniale nella evoluzione del modello di common law*, in L. VACCA (a cura di), cit., p. 269 ss.; sulla struttura del danno morale in Francia v. per tutti J.S. BORGHETTI-S. WHITTAKER (Edited by), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, cit., spec. part. I e part IV.

<sup>16</sup>Per una panoramica d'insieme sulle diverse teorie, v. G. CRICENTI, *op. cit.*, p. 471 ss.

<sup>17</sup>In prospettiva analoga cfr. M. ASTONE, *Danni non patrimoniali*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2012, p. 240. In proposito sono ancora attuali le riflessioni di Scognamiglio sulle diverse categorie di danni secondo i beni-interessi colpiti, oggi riportate in R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 228 ss. Ivi l'A. osserva fra l'altro che «il danno costituisce il possibile oggetto di una reazione, che sul piano del diritto privato può essere solo quella risarcitoria; e dunque, una volta che ricorre, conta soltanto la dimensione quantitativa, che solleva il problema della sua determinazione e misura e... quella della reintegrazione in forma specifica».

<sup>18</sup>M. ASTONE, *Danni non patrimoniali*, cit., p. 242.

<sup>19</sup>Cfr. M. ASTONE, *ibidem*, e F. EPISCOPO, *Rapporto fra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, p. 2073 ss., per una *review* delle diverse posizioni in materia.

In base alla prima teorica, scopo principe del danno non patrimoniale sarebbe la punizione dell'autore del fatto illecito per la riprovevolezza del suo comportamento. Sicché, l'obbligazione risarcitoria darebbe vita a una pena privata, pur intermediata da un Ufficio pubblico, il cui fondamento sarebbe da rinvenire nei lavori preparatori del Codice, di cui si dirà innanzi, e nella giurisprudenza che suole parametrare l'entità del risarcimento alla gravità del fatto e all'intensità dell'elemento psicologico del trasgressore<sup>20</sup>. Tale lettura trarrebbe oggi linfa dal rinnovato interesse per la funzione dissuasiva-preventiva che si suole riconoscere ai rimedi civilistici nel complessivo processo di tutela e protezione degli interessi umani; nonché dal principio immanente nell'ordinamento di cui s'è detto nel primo Capitolo, § 1.4.

Per la *doctrine* centrata sullo scopo compensativo, invece, il danno non patrimoniale sarebbe, con perfetta consonanza petto a quello patrimoniale, un rimedio proteso alla mera riparazione della sfera giuridica lesa del danneggiato. Riparazione da effettuare tramite il sensale totipotente del danaro, rendendo la vittima sciancata perlomeno ricca e, auspicabilmente, un po' più felice, o almeno un po' meno infelice<sup>21</sup>.

Infine, v'è la tesi (maggioritaria) che riconosce al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione solidaristico-satisfattiva<sup>22</sup>. Essa riposa sul presupposto che il danno morale rappresenti un *quid* irreversibile e che sia impossibile una corrispondenza biunivoca tra danno e risarcimento. In tale prospettiva, il risarcimento andrebbe solamente a creare utilità sostitutive di quelle irrimediabilmente perdute<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Tale concezione è sostenuta da autorevole dottrina. Fra gli altri, con varietà di accenti, si devono menzionare A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 193; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 272 ss.; ID., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 313: «la riscoperta della riparazione al danno non patrimoniale in chiave di pena privata non è imposta soltanto dall'esigenza di rispetto della verità delle cose, ma, specialmente, dalla convinzione del fallimento delle tecniche fittiziamente risarcitorie, o satisfattive, in un campo, in realtà, ad esse non congeniale». Cfr. anche P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 53 ss., spec. nt. 5. Per taluni esempi di danni punitivi introdotti dal legislatore cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 822 ss.

<sup>21</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 293 ss.; e F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., pp. 14 s. e 42 ss., che mostrano i limiti di un'applicazione pura e semplice di dottrine basate sulla *Differenztheorie* alla fenomenologia del danno non patrimoniale. Invero, la tesi riportata nel testo sembra smentita sia dalla previsione dell'art. 2059 c.c., deputata a governare il fenomeno del danno non patrimoniale, differenziandone quindi lo statuto rispetto a quello patrimoniale, sia dall'impossibilità di applicare, in tale campo, i criteri di valutazione propri dei pregiudizi economici.

<sup>22</sup> V. per tutti E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 343 ss.

<sup>23</sup> Anche tale teorica, sebbene maggioritaria, non è andata esente da critiche, fra le quali si deve menzionare quella che ritiene qualsiasi somma di denaro radicalmente incapace a comprare un *quantum* di felicità. Così G. COMANDÉ, *Il danno non patrimoniale; dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 912.

Ciascuna di tali dottrine coglie nitidamente una porzione di realtà; tuttavia nessuna di esse sembra in grado, da sola, di descrivere compiutamente la fenomenologia del danno non patrimoniale<sup>24</sup>. Per tale ragione, risulta maggiormente aderente alla realtà la c.d. teoria mista, che assegna al danno non patrimoniale una funzione composita risultante dalla sintesi delle funzioni satisfattiva e punitiva; sintesi idonea a qualificare il danno morale come sanzione civile punitiva<sup>25</sup>. Il che, peraltro, contribuisce a spiegare adeguatamente la riserva di legge posta dall'art. 2059 c.c. in materia. Pertanto, anche considerando l'affermarsi di nuove tipologie di danno non patrimoniale, la questione delle finalità da riconoscere al risarcimento non può essere affrontata in base a una teorica petizione di principio, ma necessita d'una prospettiva d'indagine pluralistica, focalizzata sulla condotta illecita, gli interessi violati, e il "danno" conseguente<sup>26</sup>.

## 5.2. Segue: *origine storica e successiva interpretazione costituzionalmente orientata*

Al fine della migliore comprensione dell'istituto in parola, sembra opportuno considerare brevemente la storia che porta all'introduzione dell'art. 2059 nel codice vigente<sup>27</sup>.

L'antesignano di tale norma era l'art. 1151 del codice Pisanelli (un calco dell'art. 1382 del Code Napoléon, come noto). Tale norma prevedeva che «qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno». Non v'era pertanto una autonoma categoria normativa riferibile al danno non patrimoniale.

Nei primi cinquant'anni di vigenza della norma, gli interpreti nostrani si limitarono a riproporre quasi pedissequamente l'elaborazione dottorale e giurisprudenziale d'oltralpe. È dunque alla ricezione della nozione francese di "danno morale" che dobbiamo la categoria dogmatica che ricomprende una fenomenologia varia: «dalla lesione dell'onore e della reputazione, alle *incommodités*, alla perdita delle *joies légitimes que l'on peut attendre de l'existence*, ossia dalle con-

<sup>24</sup> V. il commento di P.G. MONATERI, *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, a Cass., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 7766, in *Danno e resp.*, 7/2016, p. 724 ss.: l'A. aderisce alla decisione della Cassazione in ordine al criterio di metodo seguito, consistente nel ricostruire la tipologia atipica dei danni da sofferenza e da compromissione degli assetti relazionali della persona.

<sup>25</sup> In argomento cfr. G. COMANDÉ, *op. ult. cit.*, p. 912 ss., e F.D. BUSNELLI, *...E venne l'estate di San Martino*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 104 ss.

<sup>26</sup> M. ASTONE, *op. cit.*, p. 248.

<sup>27</sup> V. N. JANSEN, *Danno patrimoniale e non patrimoniale nella tradizione di diritto comune*, in L. VACCA (a cura di), *cit.*, p. 47 ss.; L. VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995; G.C. CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908.

seguenze non economiche della lesione dell'integrità fisica alle condizioni di sofferenza, fastidio, disagio etc.»<sup>28</sup>. Anche in Italia, nel primo mezzo secolo di applicazione del Codice del 1865, al danno morale si riconobbe analoga latitudine: ossia, il risarcimento di quei pregiudizi alla sfera spirituale, comprensiva di quella che oggi definiremmo "qualità della vita". La categoria del danno morale veniva utilizzata come sinonimo di danno non economico, sistematicamente adoperata come un concetto "negativo" e residuale. Si qualifica morale quel danno che non attiene al patrimonio, che non riguardi, dunque, né il valore d'uso, né quello di scambio.

Tale posizione si reggeva, plausibilmente, sul fatto che il vecchio art. 1151 del codice Pisanelli non specificasse i danni, né li "materializzasse". Per gli interpreti era semplicemente ovvio che, secondo l'intenzione del legislatore, accanto ai danni materiali ve ne fossero altri d'indole immateriale da risarcire, giusta la prescrizione ampia della norma.

Una frattura interpretativa si può collocare nel primo decennio del '900: essa ha generato taluni equivoci che permangono ancor oggi, pur dopo l'avvento di un nuovo Codice e, soprattutto, della Costituzione. Nei primi anni del "Secolo breve" l'orientamento della giurisprudenza cambia radicalmente: «il danno morale viene dichiarato irrisarcibile in ragione della contrarietà a morale della sua conversione in denaro o viene ammesso al risarcimento solo nella misura in cui avesse a risolversi in un effettivo pregiudizio economico, in una ripercussione sul patrimonio del danneggiato»<sup>29</sup>. Anche tale "nuovo" corso del danno morale va a coprire tutto quello che può intendersi per pregiudizio non patrimoniale. Tuttavia, si nega *tout court* la risarcibilità di qualsivoglia pregiudizio che appartenga al campo dei valori spirituali, ovvero di quei valori d'uso che si ritiene non debbano avere – per ragioni morali<sup>30</sup> – un valore di scambio. Pertanto, volendo schematizzare, la sfera spirituale della persona in connessione con la R.C. viene così ridisegnata sulla: *i*) non "naturale" estraneità al rimedio risarcitorio; *ii*) inopportunità morale della sua traduzione in danaro; *iii*) e conseguente determinabilità in negativo: come residuo di quanto possa essere ammesso a conversioni monetarie<sup>31</sup>. La codificazione penale del 1930, con l'art. 185 c.p., sembra rappresentare una sorta di *restatement* di tali acquisizioni. Sicché, alla vigilia del nuovo Codice civile la locuzione del danno morale era del tutto equivalente a quella di "danno non patrimoniale"<sup>32</sup>. E continuava a ritenersi l'irrisarcibilità

---

<sup>28</sup> M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 297.

<sup>29</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 298.

<sup>30</sup> Compendiabili nel brocardo: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*.

<sup>31</sup> Così lucidamente M. BARCELLONA, *ibidem*.

<sup>32</sup> Il legislatore del '42 sostituisce la vecchia espressione invalsa nella pratica di "danno morale" con "danno non patrimoniale", raccordando così la principale legge civile con la scelta lessicale compiuta nel codice penale Rocco e, ancor prima, dal BGB, noto modello di ispirazione per quei *conditores*.

del danno morale/non patrimoniale per le predette ragioni etiche. L'art. 185 c.p. veniva considerato, *a contrario*, una conferma normativa di tale impostazione.

Nell'architettura codicistica del 1942, dunque, l'art. 2043 addita il "danno ingiusto" come elemento necessario della fattispecie di responsabilità, mentre l'art. 2059 c.c., equiordinato al primo, distingue il danno in base al criterio selettivo della patrimonialità, per sancire l'ordinaria rilevanza aquiliana del danno patrimoniale e l'irrilevanza, salvo eccezioni, di quello non patrimoniale. «Sicché in forza di tale combinato disposto l'ordinaria risarcibilità di un danno è fatta dipendere, *insieme e ad un tempo*, dal suo carattere "ingiusto" e "patrimoniale"»<sup>33</sup>.

La risarcibilità, in chiave sanzionatoria, del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. emerge anche dalla Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli. Ivi si legge che la coscienza giuridica «avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è perciò limitato a dichiarare che *il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura*, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite (art. 2059 del c.c.)»<sup>34</sup> – nostra l'enfasi. Tale intenzione del legislatore, come si vedrà avanti, torna assai utile per un'interpretazione sistematicamente coerente e costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., che sia, altresì, in linea con la attuale coscienza giuridico-sociale.

Veniamo a tempi più recenti. A partire dagli anni '80 del secolo scorso la giurisprudenza ha cominciato a eseguire interpretazioni espansive della nozione di danno non patrimoniale. D'altro canto, in relazione alla citata riserva di legge, la legislazione speciale, già a ridosso dell'emanazione del Codice, ha visto una fioritura di nuove fattispecie risarcibili in assenza di illecito penale<sup>35</sup>, aprendo così la strada alla progressiva emancipazione del 2059 c.c. dal reato e conseguente "laicizzazione" del danno non patrimoniale. Tuttavia, in base all'orientamento dominante, fino agli anni Duemila l'art. 2059 c.c. è stato interpretato sostanzialmente alla lettera<sup>36</sup> (con gli interpreti che riproponevano, forse in modo inconscio, il vecchio pregiudizio etico per la conversione in danaro della sofferenza).

A séguito delle prese di posizione della Corte di legittimità e del Giudice delle leggi, nel 2003 vengono completamente ridisegnate le mobili frontiere del danno non patrimoniale. Si abbandona l'idea del 2059 c.c. come norma volta ad assicurare esclusivamente la riparazione del danno morale soggettivo (sofferenza

<sup>33</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 299.

<sup>34</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, § 803.

<sup>35</sup> M. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *ibidem*.

<sup>36</sup> E si è continuato a ridurre l'area del danno non patrimoniale al solo danno morale: v. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 170; e M. ASTONE, *op. cit.*, p. 242.

contingente, turbamento dell'animo transeunte determinato da un fatto illecito/reato). E si accoglie una nuova prospettiva che espande l'area del risarcibile, *i.e.* una «categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona»<sup>37</sup>, tale da ricomprendere ogni conseguenza negativa insuscettibile di valutazione economica. Tale storico *revirement* viene effettuato considerando l'avvenuto ampliamento dei casi di ristoro del danno non patrimoniale normativamente previsti, ormai sganciati dalle fattispecie di reato (v. ad es. l'art. 709 *ter*, nn. 2 e 3, c.p.c.); nonché ratificando la stessa evoluzione giurisprudenziale in atto, la quale adoperava già, di fatto, una nozione ampia di danno non patrimoniale<sup>38</sup>.

La logica conseguenza della descritta sistemazione è stata la revisione del restrittivo meccanismo di selezione *ex art.* 2059 c.c., con notevole estensione dei suoi confini. La riserva di legge ivi prevista viene, opportunamente, riferita anche alle previsioni della Legge fondamentale, atteso che il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali della persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, configurandosi, dunque, un «caso determinato dalla legge» al massimo livello della gerarchia delle fonti<sup>39</sup>.

I termini effettivi dell'ampliamento, poi, appaiono strettamente collegati all'inventario dei valori della persona protetti dalla Costituzione e, sotto questo profilo, la Suprema Corte «perviene a delineare una griglia estremamente am-

---

<sup>37</sup> Cass., 31 maggio 2003, n. 8828 (caso di danno patito dai congiunti del *de cuius* per lesione del rapporto parentale), in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 675 ss., con note di P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ; nonché in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., con note di F.D. BUSNELLI, G. PONZANELLI e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. Cfr. pure la sentenza gemella Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Giur. it.*, 2004, p. 29 ss., con nota di M.P. SUPPA. L'impostazione della Corte nomofilattica viene sostanzialmente ratificata dalla Corte costituzionale che, proprio sulla base del nuovo corso del diritto vivente, salva l'art. 2059 c.c. dalle censure di incostituzionalità. V. Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777 ss., con nota di P. CENDON-P. ZIVIZ. Anche con la formula del c.d. danno morale (art. 185 c.p.) si descriveva formalmente il pregiudizio costituito dalla sofferenza. Ma, sostanzialmente, nel giudizio delle corti la sofferenza diventava irrilevante, poiché il bene giuridico protetto era considerato, in ogni caso, la dignità umana lesa dal reato: v. Cass., Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11609, in *Foro it.*, 10/2011, I, c. 2707 ss., con nota di G. PONZANELLI; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 736 s.; e Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515 cit.

<sup>38</sup> Ampliamento generale dovuto, in gran parte, alle elaborazioni intorno al danno biologico e all'ammissione della possibilità di risarcire i pregiudizi non economici patiti dagli enti e dalle persone giuridiche. Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 142. V. anche F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in L. VACCA (a cura di), cit., p. 283 ss. Come autorevolmente osservato da F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 173, si è trattato di un vero e proprio «sconvolgimento» che ha dilatato il concetto stesso di danno non patrimoniale, da un lato, e superato la riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c., dall'altro. V. in generale anche M. TAMPPIERI, *Il danno non patrimoniale*, cit., *passim*.

<sup>39</sup> Per una voce critica v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 740, per il quale non avrebbe senso il rinvio ad un rinvio, *i.e.* dal 2059 c.c. all'art. 2 Cost. (che però non individua direttamente i diritti inviolabili).



pia»<sup>40</sup>. Sicché, a fronte di una lesione unitaria, le diverse conseguenze non patrimoniali alla stessa riconducibili vengono radicate in diverse *sedes* normative: per ciascuna posta di danno si individua il corrispettivo referente costituzionale. «L'allargamento dei margini di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, nel travalicare l'ambito dei casi esplicitamente previsti dalla legge, risulta così essere esteso a tutte quelle voci non patrimoniali per le quali sia possibile accertare un aggancio costituzionale»<sup>41</sup>.

La svolta descritta si consolida con le pronunce di S. Martino, ove si afferma che «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»<sup>42</sup>. Così opinando si disegna un sistema a tipicità attenuata che converge verso la atipicità dell'art. 2043 c.c.<sup>43</sup>. Non a caso, un'autorevole dottrina predica l'unitarietà del sistema di R.C. e l'opportunità di una sua complessiva configurazione all'insegna dell'atipicità, superando, in tema di risarcibilità del danno alla persona, la tradizionale bipolarità del sistema<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 143.

<sup>41</sup> P. ZIVIZ, *ibidem*.

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss., e in *Resp. civ. e prev.*, 1/2009, p. 56 ss., con nota di P.G. MONATERI.

<sup>43</sup> Si consideri anche l'evoluzione del "danno morale" che sembra guadagnare nuovamente una sua autonomia prescrittiva, oltreché descrittiva: cfr. Cass., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, Pres. e Rel. Travaglino; e Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 853 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*, che ha riassunto i principî via via affermati dalla Cassazione sul risarcimento del danno non patrimoniale nel c.d. "decalogo". Quest'ultimo, come visto, si presenta formalmente in omaggio all'*acquis* giurisprudenziale sedimentatosi dopo le sentenze c.d. di San Martino, ma sembra lasciare spazio ad istanze di deterrenza e sanzione che – pur non essendo espressamente menzionate in tale provvedimento – possono essere ricomprese nella categoria "porosa" del danno non patrimoniale. Sul c.d. "decalogo" v. D. SPERA, *Time out: il "decalogo" della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino*, in *Ridare.it*, 4 settembre 2018; nonché ID., *Le novità normative e la recente giurisprudenza suggeriscono un ritocco della Tabella milanese del danno non patrimoniale da lesione del bene salute?*, in *Ridare.it*, 9 luglio 2019.

<sup>44</sup> Secondo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 352, dovrebbe essere superata la tradizionale bipolarità del sistema: «discorrere di atipicità per la lesione di interessi patrimoniali e di tipicità per la lesione della persona, in quanto tale, incidente sulla pienezza e libertà del suo sviluppo, in un sistema ove preminenti sono i valori esistenziali, rappresenterebbe una irragionevole discrasia: quelli patrimoniali sarebbero sempre risarcibili e quelli esistenziali no»; nonché ID., *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2009, p. 520 ss.: per l'illustre Autore l'art. 2059 c.c. «è una superfetazione: se non ci fosse, il risultato, per quanto attiene al danno alla persona, non cambierebbe. Comunque sia, la sua presen-

### 5.3. Portata espansiva della fattispecie. Vocazione generale alla sanzione delle condotte più odiose e sede "naturale" di quella "intermediazione legislativa" richiesta dalle Sezioni Unite

Il rinnovato interesse per la funzione dissuasivo-preventiva della R.C. si collega all'idea che tale apparato rimediale possa (e debba) concorrere efficacemente nel processo di tutela e protezione degli interessi umani<sup>45</sup>.

Sicché, e come logico corollario di quanto considerato nei precedenti capitoli, occorre adoperare una prospettiva d'indagine ampia, evitando di costringere lo sguardo nel campo chiuso delle regole di responsabilità, guardando, invece, «direttamente all'antecedente assiologico-pratico dell'effetto, cioè alla condotta»<sup>46</sup>.

In altre parole, occorre uno sguardo "quadrimensionale", che punti a valorizzare il *fatto illecito*, la *posizione dei soggetti*, gli *interessi particolari* coinvolti, e pure – come quarta dimensione – l'*incidenza della condotta lesiva sugli interessi generali dell'ordinamento*; «che poi costituiscono il metro di valutazione per il legislatore nella determinazione degli effetti giuridici; e, dunque, per la individuazione delle tecniche rimediali utilizzabili»<sup>47</sup>.

In tale quadro di riferimento, si dimostra di straordinaria attualità l'osservazione di Galgano per cui la categoria dogmatica di risarcimento "punitivo" potesse trovare riscontro, già all'epoca, nel risarcimento del danno non patrimoniale<sup>48</sup>. Insomma, l'art. 2059 c.c. rappresenta proprio quella (generale) interme-

---

za o la sua assenza, non possono condizionare l'applicazione di norme e principi costituzionali. Non si tratta di leggerlo conformemente alla Costituzione, si tratta piuttosto di applicare la Costituzione a prescindere». Inoltre, a riprova della superfluità della tradizionale bipolarità, l'A. osserva che «il danno, come tale, è sempre valutato patrimonialmente; è l'interesse leso che può essere non patrimoniale». Cfr. già ID., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, *ivi*, 3/2003, p. 775 ss. Cfr. anche V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2007, p. 147 ss.

<sup>45</sup> M. ASTONE, *op. cit.*, p. 252; e P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, p. 534, secondo cui il danno morale costituisce quel *quid pluris* che consente di parametrare il *quantum* del risarcimento al disvalore del fatto illecito.

<sup>46</sup> V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 676 ss.

<sup>47</sup> M. ASTONE, *op. cit.*, p. 253.

<sup>48</sup> F. GALGANO, *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 161. Cfr. anche G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, *cit.*, *passim*. P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, *cit.*, p. 701 ss., distingue tra *funzione* ed *effetto* punitivo; sicché, si potrebbe dire che la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale ha un effetto punitivo, ma non sarebbe corretto parlare di funzione punitiva «perché la responsabilità in questione, che la legge (art. 2059 c.c.) configura come responsabilità per un "danno" non patrimoniale, non è strutturata come una punizione».

diazione legislativa evocata dalle Sezioni Unite del 2017 per una prudente, quanto necessaria, curvatura sanzionatoria del risarcimento nei casi più gravi<sup>49</sup>.

Tale conclusione è avvalorata dall'*intentio legislatoris* e da un'analisi scevra da pregiudizi dell'ecosistema normativo in cui la previsione si trova oggi inserita<sup>50</sup>. Ma, soprattutto, essa è richiesta, di necessità, dalle numerose considerazio-

<sup>49</sup> A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, p. 325, in linea con quanto sostenuto nel testo, osserva che «se si afferma la intrinseca natura polifunzionale della responsabilità civile, la cui disciplina legale è già negli artt. 2043 e 2059 – che configurano il risarcimento del danno come rimedio a fronte di danni cagionati dall'autore (responsabile) dell'illecito –, non è chiaro perché occorra un'altra disposizione di legge per rendere operativa in concreto la funzione sanzionatoria-punitiva. Se tale funzione è interna al sistema della responsabilità civile, dovrebbero bastare le relative disposizioni del codice civile, altrimenti significa che quella funzione è estranea al sistema: *tertium non datur*». *Contra cfr.* M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, *ivi*, 1/2018, p. 310 ss. Sulla vocazione sanzionatoria di tale fattispecie, nell'attuale sistema di R.C., vi è un consenso piuttosto diffuso in dottrina: per F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 743, «il risarcimento [del danno non patrimoniale] ha funzione essenzialmente sanzionatoria e deterrente, di pena privata»; sicché, per tale A. il *quantum debeatur* non dovrà essere parametrato al potere di acquisto di beni soddisfattori, sibbene *i*) all'intensità del dolo o della colpa, nonché *ii*) alla gravità della condotta, alle modalità con cui s'è consumata la lesione, al suo disvalore sociale, alla condizione della vittima valutata in termini oggettivi (es. l'età, l'attività svolta, la sua notorietà etc.). La conclusione è avvalorata dagli studi di diritto comparato che portano ad assimilare (in gran parte) i *punitive damages* nordamericani al danno morale: v. per tutti F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 122 ss.; F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI (a cura di), cit., p. 122 ss., propone un'applicazione generale dell'art. 2043 c.c. in ossequio al principio di integrale riparazione, e un ritorno alle origini «sanzionatorie» dell'art. 2059 c.c.; cfr. anche A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019, p. 222 ss.; M. RINALDO, *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, in C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 122 ss.; F. DE LEO, *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2018, p. 1531 ss., e in particolare § 6; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2017, p. 1109 ss. Infine, in relazione alla funzione (anche) sanzionatoria del danno non patrimoniale in materia di protezione della *privacy*, e alla dissociazione tra il formante legale e quello giurisprudenziale in tale ambito, v. le interessanti riflessioni di G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 6/2018, p. 665 ss.; nonché E. TOSI, *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. e impr.*, 3/2020, p. 1115 ss.; ID., *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019; e, in tema di presupposti per la risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali, Cass., 17 settembre 2020, n. 19328, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2021, p. 142 ss., con nota di C. SOLINAS.

<sup>50</sup> Cfr. Cap. II. A ciò si aggiunga che anche in altri ordinamenti si è sperimentata la via ermeneutico/pretoria per dare cittadinanza al risarcimento ultra-compensativo: si pensi al Perù, al Messico e al Brasile, cfr. F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., p. 1133 ss., spec. nt. 25, anche per un'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie (*an*) nei diversi paesi citati. Ai fini del presente studio, il dato che merita maggiore risalto è proprio il lavoro interpretativo compiuto sulla nozione di danno morale.

ni di politica del diritto analizzate nel capitolo primo, che militano a concludere per la desiderabilità e l'esigenza di una generale (e chiara) fattispecie ultra-compensativa.

Insomma, la nuova geometria del principio di patrimonialità (nella studiata accezione di filtro per gli interessi ammissibili a risarcimento), disegnata da quel processo di transcodificazione che ha attratto alla dimensione del giuridico "valori" fino a ieri presidiati da altri sistemi, porta ad allentare il limite giuridico (originario) di cui all'art. 2059 c.c. S'è parlato in dottrina di svuotamento di tale articolo. Forse si potrebbe parlare più precisamente di metamorfosi. Sia come sia, l'attuale assetto dell'art. 2059 c.c. «rappresenta, allora, l'abrogazione sociale di un limite giuridicamente costruito fin dalla sua origine come *mobile*, e addirittura *deperibile, estinguibile*: qui, *l'interpretazione abroga la legge nel nome della legge*, poiché il senso, che presiede a quella che non può non qualificarsi come l'abrogazione per via interpretativa di una norma, non sta fuori da tale norma ma proviene da essa stessa e dallo specifico dispositivo istituito dal principio di patrimonialità da essa introdotto. Sicché il c.d. diritto vivente non dà vita ad una rottura ma registra solo un compimento, e perciò non fuoriesce dal paradigma proprio dell'interpretazione ed applicazione della legge»<sup>51</sup>.

A questo punto, bisogna delineare la fattispecie, definendone i presupposti applicativi e i limiti.

#### 5.4. Perimetrazione di una fattispecie ultra-compensativa entro i confini dell'art. 2059 c.c.: l'an

Si impone una premessa. Sebbene l'insegnamento tradizionale non valorizzi l'intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante al fine della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, i tempi sembrano maturi per un netto cambiamento di passo<sup>52</sup>. Oltre a tutti gli argomenti considerati nel primo capitolo e all'os-

<sup>51</sup> M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 303 s.

<sup>52</sup> In linea con quell'orientamento ormai classico, seppur minoritario all'epoca della sua proposizione: cfr. per tutti P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976. Come noto, l'orientamento tradizionale predica l'equivalenza tra dolo e colpa. Equivalenza che l'art. 2043 c.c. sancisce però solo in relazione al criterio di imputazione della responsabilità. Cfr. anche ID., *Relazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, come riportato in G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 274, che in relazione al dogma dell'equivalenza tra dolo e colpa osservava che, di fatto, due soluzioni si presentano dinanzi all'interprete: «la prima è quella, consolante sotto il profilo della certezza, ma assai meno sotto quello della giustizia, di classificare gli illeciti di dolo come eccezioni; l'altra è quella di leggerli come espressioni di un principio generale, il quale potrebbe pertanto trovare applicazione anche in futuro con riferimento a casi di danneggiamento nuovi, come pure ad ipotesi non inedite ma giuridicamente ancora vergini, una volta che il mutamento della coscienza sociale persuadesse il giudice che sono maturate le condizioni per ammettere la responsabilità». Si v. anche M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.

servazione realistica di quel che fanno i nostri giudici, i quali, a fronte di condotte particolarmente odiose, mettono a fuoco anche la sfera psicologica del malfattore, v'è un'ulteriore ragione sistematica.

In numerosi luoghi tipici l'ordinamento già assegna un peculiare rilievo alle condotte dolose<sup>53</sup>. Talvolta le conseguenze giuridiche scattano solo quando la condotta sia voluta dall'agente (v. art. 42, comma 2, c.p.). Talaltra il dolo aggrava le conseguenze di una fattispecie di responsabilità che si perfeziona già sulla base di un criterio di imputazione di tono minore (la colpa).

Sebbene la considerazione sembri pacifica, gioverà fare qualche esempio.

Gli atti che nuocciono o recano molestia ad altri sono vietati al proprietario solo se commessi con dolo (art. 833 c.c. – norma di rilevante importanza sistematica, giacché su di essa è stata edificata la categoria di abuso del diritto).

Soltanto in caso di dolo il debitore è costretto a risarcire i danni imprevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.)<sup>54</sup>.

Di regola è possibile stipulare patti di esonero della responsabilità. Ai sensi dell'art. 1229 c.c., però, è nullo quel patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo (cui è equiparata la colpa grave).

Solo le dichiarazioni inesatte e le reticenze espresse con dolo (o colpa grave) sono causa di annullamento del contratto di assicurazione. Se il contraente ha agito secondo un elemento psicologico meno intenso (colpa semplice o lieve), all'assicuratore si dà il rimedio del recesso, in luogo dell'annullamento (artt. 1892 e 1893 c.c.).

Similmente, l'assicuratore non è mai obbligato per i sinistri cagionati con dolo dall'assicurato, mentre, con apposito patto, si potrà traslare il rischio di sinistro cagionato con colpa grave (artt. 1900 e 1917 c.c.). Qui le differenze di disciplina giuridica, in funzione dell'elemento soggettivo, sono marcatissime.

L'art. 121, comma 2, cod. cons., in materia di danno cagionato da una pluralità di responsabili, come criterio di misura per l'azione di regresso stabilisce *inter alia* quello della «gravità delle eventuali colpe».

Tali inequivoci indici normativi mettono in fibrillazione l'orientamento tradizionale, invero già fortemente ridimensionato a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

Dovendo semplificare i termini di un annoso dibattito, in relazione all'oggetto di questo lavoro, si può affermare che «il dolo influenza il giudizio sulla in-

<sup>53</sup> V. per tutti M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 116 ss.; M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., p. 577 ss.

<sup>54</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., p. 109; e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 229, nt. 172. Inoltre, l'A. a p. 130 rileva che il dolo specifico può integrare il fondamento stesso dell'ingiustizia del danno. Ciò si verifica in sostanza quando il dolo sia espressamente diretto a danneggiare altrui. In tal caso il comportamento doloso è considerato contrario ai buoni costumi (commerciali, sessuali, professionali). Contrarietà che determina la rilevanza giuridica del comportamento, in assenza della quale sarebbe lecito.

giustizia del danno nell'art. 2043 c.c.» e che esso «costituisce un mezzo per attrarre alla disciplina dell'illecito un comportamento seguito da una lesione che altrimenti sarebbe lecito»<sup>55</sup>.

Inoltre, come dimostra lo studio casistico riportato nel I Capitolo (spec. § 1.10.), in presenza di un illecito doloso, il giudice sovente, tramite la valutazione equitativa, indulge a una quantificazione più alta del risarcimento, valutando il dolo, con una varietà di argomentazioni, tra le circostanze del caso. Ancóra, si asseconda la massima di comune esperienza che predica una maggiore intensità delle sofferenze patite dal danneggiato in caso di illecito doloso: il che porta ad innalzare il livello del risarcimento ed anche a superare i massimi tabellari previsti in taluni settori<sup>56</sup>.

Se questo è quello che il giudice può fare, ed effettivamente fa nei casi più gravi, bisogna chiarire *quando è opportuno che debba farlo*. Chiarire, insomma, i presupposti applicativi e i limiti quantitativi del costruendo rimedio ultra-compensativo.

Prima di passare a definire tali aspetti, si deve ricordare un autorevole orientamento circa la base normativa che possa giustificare l'evocato risultato pratico.

Secondo Monateri le norme rilevanti sarebbero gli artt. 1227 e 2056 c.c. In base ad esse, in caso di concorso di colpa della vittima il risarcimento deve essere diminuito tenendo conto della gravità delle colpe della vittima e del danneggiante. Nella prospettiva dell'A. «è chiaro allora che il legislatore ha voluto asse-

---

<sup>55</sup> Così, con pregevole sintesi, M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 135, che osserva, altresì, come il dolo sia passibile di una duplice lettura, secondo che si legga l'illecito dalla parte della vittima, o dalla parte del suo autore. Dal punto di vista di costui, invero, si tratta di «un mezzo per ridurre l'area dell'illecito, mediante l'esclusione di tutti i fatti connotati soltanto dalla non consapevolezza delle conseguenze: i fatti colposi». Cfr. inoltre ID., *L'antigiuridicità del comportamento*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 82 ss.: «gli illeciti di dolo assumono un'autonoma rilevanza rispetto agli illeciti colposi, poiché la presenza del dolo assume rilievo non tanto quale criterio di imputazione della responsabilità, bensì quale criterio di misura del danno ingiusto». L'illustre A. riflette sulla casistica (*inter alia*: illecito di seduzione con promessa di matrimonio, figure di concorso nell'altrui inadempimento, divulgazione di informazioni menzognere, responsabilità per denunce infondate) che attribuisce, o ha attribuito, rilevanza finanche ai diversi gradi di intensità del dolo, il che «spiega ulteriormente come sia variamente valutato il conflitto tra la posizione della vittima e la posizione dell'agente». In altre parole, e in disparte l'influenza del dolo sul *quantum* risarcitorio, non sembra disputabile che il dolo assuma un ruolo fondamentale nella costruzione della fattispecie e «la sua esistenza incide sulla struttura e sulla funzione dell'illecito civile» (ID., *op. ult. cit.*, p. 87).

<sup>56</sup> Cfr. le Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale – Ed. 2021, p. 9: in relazione al danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale si specifica la necessità di distinguere gli illeciti colposi da quelli dolosi: «nelle fattispecie in cui l'illecito sia stato cagionato con dolo, spetta al giudice valutare tutte le peculiarità del caso concreto e pervenire eventualmente ad una liquidazione che superi l'importo massimo previsto in tabella, in considerazione della (di regola) maggiore intensità delle sofferenze patite in tali casi dal danneggiato». Sull'ultima edizione delle «Tabelle», per tutti cfr. M. FRANZONI, *Tabelle milanesi, il danno morale e il letto di Procuste*, in *Ridare.it*, 8 febbraio 2021, p. 1 ss.

gnare al grado di colpevolezza dell'autore del danno un ruolo nella determinazione dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, per cui il dolo, quale "punta estrema nella scala della colpevolezza" dovrà incidere nel senso di appesantire il fardello risarcitorio. Una soluzione analoga opera, d'altronde, in virtù dell'art. 2055 c.c. a proposito della distribuzione dell'onere risarcitorio in capo ai vari soggetti responsabili di una determinata lesione. Inoltre, *a contrariis*, se si rintracciano degli indici normativi di trattamento favorevole riservato dal legislatore al danneggiante, un aggravamento della sua posizione sarà giustificato quante volte il danneggiante si trovi nella posizione opposta a quella favorita dalla legge. L'alleggerimento dell'obbligo, il rinvio all'indulgenza del giudice, la possibilità di sfuggire al debito più gravoso, altro non sono che corollari di un principio che vuole che le conseguenze della responsabilità siano agganciate al grado della colpevolezza»<sup>57</sup>.

Tale principio è senz'altro presente nell'ordinamento e la sua enucleazione è in linea con l'analisi, in parte empirica, svolta nel primo capitolo. La via indicata (combinato disposto degli artt. 1227 e 2056 c.c.) ha però incontrato una certa resistenza in dottrina e non sembra essere seguita correntemente dalla giurisprudenza.

Pertanto, constatata la vocazione espansiva dell'art. 2059 c.c., su cui va consolidandosi il consenso anche di parte della dottrina più tradizionale, sembra opportuno lavorare su tale norma onde configurare una generale fattispecie ultra-compensativa.

Il che si pone in linea con la rilevata tendenza di tutti gli ordinamenti europei, anche di quelli che formalmente non adottano i *punitive damages*, di «take account of the conduct of the tortfeasor in determining what is just "satisfaction" by way of damages for non pecuniary-loss»<sup>58</sup>. Il danno non patrimoniale, dunque, come via elettiva per una adeguata curvatura sanzionatoria del risarcimento<sup>59</sup>.

<sup>57</sup>P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 142; ora anche in P.G. MONATERI-G.M.D. ARNONE-N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., p. 77 ss.

<sup>58</sup>EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, cit., p. 175.

<sup>59</sup>N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2018, p. 1825, esprime preoccupazione per una rimodulazione in chiave retributiva del danno non patrimoniale e paventa due possibili controindicazioni: l'innalzamento dei premi assicurativi (con conseguente aumento dei complessivi costi sociali dei danni) nelle ipotesi di R.C. assicurata; e il rischio che sia frustrato il principio di effettività nel caso di severe condanne risarcitorie (eventualmente) non rispettate – nei casi di responsabilità non assicurata. Quest'ultimo argomento, invero, non persuade del tutto. Certo, il momento esecutivo della tutela resta centrale e deve orientare, anche a monte, le scelte relative alle opzioni rimediali, altrimenti si rischia che i diritti restino confinati in una dimensione declamatoria. Ma altro è preoccuparsi delle (acconce) regole operative per eseguire una statuizione di condanna. Altro è scartare *a priori* un rimedio (quello ultra-compensativo) in base all'astratta possibilità che il destinatario sarà portato a cercare di sfuggire all'esecuzione.

Veniamo dunque ai presupposti applicativi. Essi saranno identificati facendo tesoro degli apporti dati dalla comparazione giuridica. In particolare, oltre che dalle fattispecie tipiche di *common law*, indici preziosi potranno venire da quei legislatori di sistemi *civilian* che abbiano già ritenuto di codificare una fattispecie ultra-compensativa (provincia canadese del Québec e Argentina), o si stiano accingendo a farlo (Francia).

Sembra opportuno rammentare che non si propone un *legal transplant*, il quale sarebbe ad alto rischio di rigetto, giusta le caratteristiche istituzionali del sistema italiano e la posizione della dottrina tradizionale. Si tratta piuttosto di prendere atto della trasversalità di talune opzioni valoriali considerate rilevanti dai giuristi a latitudini diversissime, indice di un comune sentire all'interno delle famiglie di sistemi appartenenti alla *western legal tradition*<sup>60</sup>.

In relazione al *deficit* di tutela registrato nel primo capitolo, all'analisi casistica ivi riportata e agli elementi di diritto comparato considerati, si ritiene necessario, e sufficiente, articolare il rimedio generale ultra-compensativo intorno alle seguenti due fattispecie.

A) *Condotta commessa con dolo o colpa grave in violazione di un diritto fondamentale*<sup>61</sup>. A tale condotta deve essere equiparata la consapevole assunzione di un rischio: si tratta, infatti, di una minima variazione sul tema di un comunque intenso e pernicioso elemento soggettivo che merita una perentoria risposta dell'ordinamento. Nell'illecito e nell'inadempimento doloso è più intensa l'offesa all'ordine giuridico. Così come è più intensa la determinazione dell'agente che ha desiderato, progettato, portato avanti, voluto l'azione, magari in ogni suo segmento offensivo, o ne ha comunque previsto e accettato le conseguenze. Per provare a vincere un tale disegno, o almeno per dare ai consociati un segnale assiologico chiaro, sembra opportuno un aggravamento del carico di male minacciato al danneggiante potenziale per l'eventualità ch'egli commetta

---

<sup>60</sup> Si può convenire con P.G. MONATERI, *Commento* a Cass., Sez. I, 16 maggio 2016, ord., in *Danno e resp.*, 8-9/2016, p. 836, per il quale, invero, la questione della trapiantabilità delle soluzioni americane «perde molto del suo *appeal* se si considerano le potenzialità interne al sistema legislativo italiano».

<sup>61</sup> La categoria è abbastanza ampia da ricomprendere la fattispecie delineata dalla House of Lords nel 1964 nel citato *Rookes v. Barnard*: la condotta oppressiva, arbitraria o incostituzionale posta in essere da un funzionario pubblico. Si v. il caso *Ciraolo v. City of New York*, 216 F.3d 236 (2d Cir. 2000), spec. la *concurring opinion* di Judge Calabresi, e le riflessioni maturate su tale caso da C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit., p. 393 ss. Cfr. inoltre F. DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: la responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 3/2020, spec. p. 327, per il quale i giudici dovrebbero riconoscere un maggior valore ai diritti fondamentali della persona nel raffronto con altri diritti, «con conseguente inversione della tendenza attuale... alla grave sottovalutazione del valore dei diritti in parola e dunque del risarcimento dovuto al titolare che veda leso uno o più propri diritti». È significativo che l'A. annoveri tale cambio di passo tra le «condizioni minime» perché la R.C. svolga le sue essenziali funzioni di prevenzione ed efficiente gestione del rischio sinistri.



il fatto<sup>62</sup>. Ove la sanzione prospettata non riesca a dissuadere costui, fallendo quindi la sua missione general-preventiva, sembra comunque opportuno retribuirlo di più, considerando oggettivamente la maggiore gravità di un illecito doloso. Anche il principio di uguaglianza sponsorizza una tale soluzione, atteso che sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. la scelta di trattare in maniera eguale situazioni profondamente differenti, in difetto di un'apprezzabile ragione giustificativa.

Inoltre, l'offesa deve essere seria e riguardare un diritto fondamentale, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite c.d. di San Martino. Un rimedio ultracompensativo, proprio in quanto deroga al principio di integrale riparazione e particolarmente invasivo nella sfera del convenuto, deve essere maneggiato con cura. Non può, ovviamente, riguardare tutti quei danni bagatellari che non legittimerebbero neppure una risposta risarcitoria ordinaria, giusta il dovere di tolleranza di quei fastidi associati al vivere collettivo che il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost. impone a ciascun consociato di sopportare.

L'opportunità di colpire con una sanzione pecuniaria civile (danno ultracompensativo) l'offesa ai diritti fondamentali trova conforto nella scelta compiuta da un altro paese di tradizione giuridica *civilian*: la Provincia canadese del

---

<sup>62</sup>Cfr. P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, p. 833, che dimostra l'efficienza sociale dei danni punitivi in caso di dolo. Cass., Sez. III, 13 dicembre 2019, n. 32787 afferma che la liquidazione del danno fatta con l'ausilio di tabelle medico-legali «non deve condurre a un'applicazione stereotipata e automatica delle tabelle sì da sacrificare i diritti personalissimi sottesi». Ne segue che lo sconfinamento dalle Tabelle milanesi può «essere giustificato da una ragione superiore, rinvenibile nella necessità di soddisfare e reintegrare, almeno in parte, beni di rilievo costituzionale di particolare rilevanza». Nel caso di specie la Corte di merito non aveva considerato se il fatto illecito violento (doloso), da cui era derivata la lesione alla persona, meritasse una particolare valutazione in termini di danno morale, sì da richiedere uno sconfinamento in aumento dei parametri ordinari, utilizzati, invece, dal giudice con piatto automatismo. Secondo la Cassazione, la valutazione equitativa *ex* art. 1226 c.c. «non è stata svolta con la necessaria accuratezza, soprattutto in riferimento alle circostanze e modalità con cui si è verificata la *lesione volontaria* (in termini di aggressione fisica) che presenta particolarità tali da richiedere una separata o comunque adeguata valutazione del danno morale derivatone, riguardando un fatto di violenta aggressione fisica, con correlata testimonianza di cambiamento dello stile di vita, psicologicamente rilevante, non comparabile alla sofferenza psicologica derivante, in ipotesi, da un distacco dell'orecchio subito a causa di uno scontro, di *origine colposa*, tra persone nel corso di una partita di calcio o altra attività sportiva» (nel caso di specie, la vittima, durante una partita di calcio amatoriale, aggredita alle spalle, subiva un morso «di selvaggia ferocia» che gli provocava il distacco parziale dell'orecchio sinistro). Cass., Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 2461, § 2, ribadisce che non può essere fissato un aprioristico tetto massimo alla liquidazione del danno morale: a differenza del biologico «il danno morale, ossia la sofferenza soggettiva, non avente fondamento medico legale, sfugge per definizione ad una valutazione aprioristica, ma deve essere allegato, provato e valutato nella sua concreta, multiforme e variabile fenomenologia che nessuna ragione logica, oltre che nessun fondamento positivo, consente di riportare in termini standardizzati alla gravità della lesione all'integrità psico-fisica».

Québec. Ivi, l'art. 49 della Carta dei diritti e delle libertà della persona sanziona con gli *exemplary damages* le offese deliberate ai principî colà enunciati<sup>63</sup>. Con ciò spiegando una preziosa funzione di salvaguardia dell'effettività delle regole basilari di civile convivenza. Si tratta di un utile insegnamento in un'epoca prodiga di dichiarazioni solenni, sovente deficitarie in punto di *enforcement*, che rischiano di essere inutili sul piano concreto e nella sfera di coloro che in tesi vorrebbero proteggere. Inoltre, tale esperienza giuridica dimostra come il risarcimento ultra-compensativo, se maneggiato con cura, può convivere benissimo con i caratteri istituzionali di un ordinamento di *civil law* ed ivi contribuire a correggere quelle situazioni di *underdeterrence* del sistema di responsabilità.

B) *Condotta esperita a fine di profitto o altra utilità*. S'è visto come un numero significativo di illeciti, nella contemporanea società capitalistica globalizzata, sia posto in essere a scopo di lucro da soggetti economicamente razionali che, spesso, si determinano ad agire quante volte i vantaggi economici della condotta superino il costo complessivo delle conseguenze giuridiche negative. Anche grazie agli apporti dell'indagine comparativa svolta, è emersa altresì l'opportunità che, in casi del genere, il sistema di R.C. punti a sottrarre il guadagno atteso dall'illecito, essendo questo l'unico, o il principale, incentivo per il danneggiante. Sicché, una fattispecie ultra-compensativa che punti a neutralizzare il guadagno dell'agente, disegnata come una clausola generale ma ben circoscritta funzionalmente, presenta almeno due rilevanti vantaggi: *i*) riuscirebbe a dissuadere prima, e sanzionare poi, il *wrongdoer* nel pieno rispetto del principio di legalità. Una sanzione pecuniaria civile pari al guadagno incamerato dal malfattore sarebbe perfettamente prevedibile da costui e, al contempo, deterrente al massimo

---

<sup>63</sup> «Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'*atteinte illicite et intentionnelle*, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des *dommages exemplaires*» (nostra l'enfasi). Inoltre, il Codice civile del Québec del 1991, come riformulato nel 2004, all'art. 1621 prevede: «lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers». E all'art. 1899 prescrive: «le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement. Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition». Sulla nozione di *faute lucrative* si vedano le riflessioni di S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privé*, in L.G.D.J., 1995, p. 58 ss. Cfr. anche F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 324 ed ivi riferimenti giurisprudenziali con riferimento a tale peculiare istituto canadese.

grado; *ii*) andrebbe incontro alla domanda di moralizzazione dei comportamenti degli individui e degli operatori economici, in conformità all'esigenza cardinale di una piena tutela delle vittime e di *law enforcement* di quella regola del *nemi-nem laedere*<sup>64</sup>, sovente ridotta a una formula vuota.

Sulla razionalità di una simile soluzione v'è anche un'interessantissima convergenza tra sistemi giuridici differenti.

Come visto nel capitolo III, in Francia, nell'ambito del cantiere riformatore, si discute seriamente di una fattispecie generale ultra-compensativa che punti a neutralizzare la *faute lucrative*.

Così come nel *leading case* *Rookes v. Barnard* del 1964, con cui l'arcigna House of Lords nel 1964 ha limitato fortemente i *punitive damages* nel Regno Unito, una delle fattispecie "salvate" è stata, non a caso, quella dell'illecito commesso al fine di calcolato profitto. Non solo la fattispecie si è salvata dalla furia riformatrice degli anni '60, ma i dati empirici dimostrano che essa sta svolgendo un buon ufficio per deterrere i convenuti forti<sup>65</sup>.

Da ultimo, si consideri che il legislatore argentino, nel 2008, ha introdotto un rimedio civile equivalente ai *punitive damages*, sebbene in un settore determinato – tutela del consumatore – dove, notoriamente, gli illeciti sono seriali e a fini di profitto<sup>66</sup>. Ancora una volta: non si propone di perimetrare in tal guisa la nostra fattispecie perché "così fan tutti..." o perché *homo sapiens* imita il vicino da tempo memorabile. Si tratta, piuttosto, di prendere atto che in tempi diversi, a latitudini diverse, dottori e legislatori hanno pensato ad una regola di analogo tenore per una migliore immunizzazione del corpo sociale. E che dove è stata adottata sembra rendere buoni servigi o, se non altro, non peggiori di quelli resi dal paradigma solo compensativo. Quantomeno un indice non da poco sul quale meditare.

<sup>64</sup> Così come dei principî che governano le obbligazioni contrattuali, sotto attacco, *inter alia*, dalle condotte di c.d. inadempimento razionale/"efficiente".

<sup>65</sup> Cfr. lo studio empirico citato di J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, cit., p. 90 ss.

<sup>66</sup> L'art. 52 *bis* della legge a difesa del consumatore (Ley N. 24.240), significativamente rubricato *daño punitivo*, prevede la corresponsione, su richiesta del consumatore-danneggiato, di un importo (*multa civil*) che si aggiunge al pieno risarcimento dei danni patiti, in funzione deterrente e sanzionatoria della grave condotta esperita dal convenuto: «al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley». Cfr. P.G. MONATERI-G.M.D. ARNONE-N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., p. 117.

### 5.5. Segue: *il quantum*

Lo si è visto a più riprese nel corso della trattazione e l'esigenza è seria e fondamentale. Non si tratta soltanto di tacitare le remore di quanti siano, a vario titolo, dichiaratamente contrari ai rimedi civili ultra-compensativi. Questi ultimi in tanto possono esistere in un ordinamento retto dalla *rule of law*, in quanto siano tracciati dei limiti alla sanzione e al potere giudiziario che la amministri. Per riprovevole che sia il comportamento del convenuto, nessun cedimento può essere accettato sul punto. Sarebbe pericoloso, e deleterio per gli stessi obiettivi valoriali che il rimedio può assolvere in astratto, conferire ai giudici una licenza in bianco di punire. Pur ribadendo le fondamentali differenze considerate tra la sanzione civile e la pena criminale (la sola soggetta alla riserva di legge assoluta *ex art. 25 Cost.*), siamo fermamente convinti della necessità di assoggettare il costruendo rimedio a limiti chiari e conoscibili *ex ante*. Così come è necessario enucleare dei criteri semplici e ragionevoli che possano guidare il magistrato nell'opera di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria e, a fronte di un'adeguata motivazione, ne consentano un controllo di legittimità *ex post*<sup>67</sup>.

Il nodo metodologico da sciogliere è il seguente: se sia possibile rinvenire per via ermeneutica tali limiti nel diritto positivo o si debba attendere per forza un intervento del legislatore – al fine di una *tendenziale prevedibilità* dell'orizzonte dei risarcimenti punitivi, rendendo così il governo dell'art. 2059 c.c. non arbitrario e controllabile<sup>68</sup>.

Il tema è stato ampiamente trattato nel secondo capitolo, quando si è indagata la fattispecie di condanna per lite temeraria (§ 2.13.). Gioverà riprenderlo telegraficamente in sede conclusiva per le sue implicazioni generali e di sistema. Secondo la Corte costituzionale, il legislatore non deve necessariamente specificare ogni elemento della fattispecie legale. Esercitando la sua discrezionalità,

---

<sup>67</sup> Per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 326, «compito della dottrina è fornire direttive e criteri al giudice, il quale, senza rimettersi esclusivamente alle conclusioni peritali, deve soffermarsi sul puntuale inquadramento della “gravità” della lesione e quindi della specifica funzione che l'istituto della responsabilità assume nel caso concreto e in stretto collegamento con l'operatività dell'intero sistema ordinamentale».

<sup>68</sup> Tendenziale, poiché le prestazioni patrimoniali con finalità (anche) sanzionatoria, giova ripeterlo, non sottostanno alla riserva assoluta di legge *ex art 25 Cost.*, che riguarda le sanzioni penali e quelle amministrative di natura sostanzialmente punitiva. Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, Padova, 1984, p. 70; nonché Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 3, che ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 96, comma 3, c.p.c. Per una critica radicale alla possibilità ontologica di raggiungere gli obiettivi di *predictability* e *consistency* nel campo della R.C. cfr. K. OLIPHANT, *Against certainty in Tort Law*, in S.G.A. PITEL-J.W. NEYERS-E. CHAMBERLAIN (Eds.), *Tort law: challenging orthodoxy*, Oxford, 2013, spec. p. 2 ss.

egli può fare affidamento sulla giurisprudenza, la quale, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, può *specificare* il precetto legale<sup>69</sup>.

Viene dunque pienamente legittimata quell'operazione ermeneutica di rinvenimento dei limiti edittali di una sanzione civile – o di parametri in grado di specificare il criterio equitativo puro – sulla base di criteri e parametri già previsti *aliunde* nel sistema e applicabili a condotte simili<sup>70</sup>; con ciò mantenendosi, altresì, la doverosa coerenza interna dell'ordinamento – considerando l'unitarietà del medesimo<sup>71</sup>.

Con riguardo ai limiti da assegnare all'art. 2059 c.c. si potrà allora utilmente guardare alla varietà di rimedi ultra-compensativi speciali introdotti dal legislatore italiano negli ultimi anni, il quale talvolta si è premurato di identificare sia i principi generali che devono guidare l'interprete, sia taluni criteri pratici e limiti di quantificazione<sup>72</sup>.

Da una loro complessiva disamina si possono trarre tre *set* di criteri utili al fine di determinare il *quantum* del rimedio punitivo nelle due fattispecie sopra delineate:

A) Il limite della *completa retroversione degli utili lucrati dal danneggiante*. Si tratterebbe di estendere in via generale il criterio introdotto nel diritto industriale e autoriale (art. 125 c.p.i. e 158 l.d.a.). In ottica rimediale, si tratta di un formidabile strumento che consente di esprimere una risposta equilibrata: ci si limita a togliere, per intero, l'incentivo alla commissione dell'illecito (*gain elimination model*). Il criterio sembra fungere anche da ottimo limite edittale superiore della sanzione civile, giacché ove si superasse tale livello, il danneggiato si troverebbe a incamerare un arricchimento davvero ingiustificato e il *tortfeasor* a

---

<sup>69</sup> Si osserva che tale considerazione riecheggia la teoria dichiarativa del precedente in auge nei sistemi di *common law*, almeno nella versione classica riconducibile al Blackstone. Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139: insomma, si riconosce al diritto vivente la legittimazione di specificare in via interpretativa quelle fattispecie che abbiano un margine di indeterminazione (come l'art. 96 c.p.c. in relazione alla cornice edittale), rintracciandone i criteri applicativi e i limiti in altri luoghi dell'ordinamento, col solo limite della coerenza (principio di non contraddizione dell'ordinamento). Ove tale risultato sia soddisfacente e, appunto, coerente, con quanto previsto dal legislatore in casi e materie analoghe, potrà dirsi rispettata la prescrizione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.

<sup>70</sup> Come rilevato, trattasi della soluzione adottata anche dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso BMW. Ivi, come visto, la Corte stabiliva che per determinare proporzionalmente il risarcimento occorre riferirsi a sanzioni civili o penali applicabili a condotte equivalenti nello Stato nel quale vengono riconosciuti i danni punitivi. In altre parole: per trovare un limite ragionevole, si guardi ad altre aree dell'ordinamento, considerandone la complessiva unitarietà.

<sup>71</sup> In teoria del diritto si suole infatti insegnare che il legislatore è un "soggetto" razionale e, pertanto, devono essere esclusi quei significati di un enunciato generatori di norme assurde. V. per tutti R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, 2004, p. 176 ss.

<sup>72</sup> Cfr. il Cap. II, § 2.12. ss.

essere punito ed espropriato irragionevolmente, senza alcun beneficio sociale apprezzabile.

B) Il limite del *moltiplicatore di un parametro desumibile con certezza dal giudizio o di una percentuale del fatturato del trasgressore* (in un esercizio chiuso nell'anno precedente la commissione dell'illecito). In base a quanto considerato nelle pagine precedenti, un limite edittale fisso sembra essere inadeguato quante volte il profitto sperato/conseguito dal danneggiante ecceda tale limite. In altre parole, la soglia fissa, soprattutto quando siano in giudizio convenuti forti (tipicamente *corporate defendants*), rischia di far naufragare l'obiettivo di deterrenza cui il rimedio ultra-compensativo è votato.

Il legislatore italiano ne sembra avvertito. Infatti, nell'art. 26, comma 2, c.p.a., nel configurare i limiti della condanna aggravata per lite temeraria nel processo amministrativo si prevede, sì, una cornice edittale fissa: minimo pari al doppio del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo e massimo non superiore al quintuplo di tale importo; tuttavia, si stabilisce che in materia di appalto – ove i potenziali illeciti sono essenzialmente appannaggio delle persone giuridiche – l'importo della sanzione pecuniaria possa essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al citato limite fisso del quintuplo. Similmente, nella proposta francese di introduzione dell'*amende civile* si prevedeva che: «l'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise» (art. 1266-1 Code civil).

È di sicuro interesse notare che altri limiti di tenore analogo esistono già nell'ordinamento italiano. Da un lato, il limite del decuplo è stato considerato dal legislatore in materia di sanzioni amministrative: l'art. 10, comma 2, l. n. 689/1981 prevede infatti: «fuori dai casi espressamente stabiliti dalla legge, il limite massimo della sanzione amministrativa pecuniaria non può, per ciascuna violazione, superare il decuplo del minimo»<sup>73</sup>. Dall'altro lato, nel diritto *anti-trust* italiano, in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, la legge – secondo la stessa logica considerata dal legislatore francese della riforma – conferisce all'Autorità competente la facoltà di parametrare la sanzione irrogabile al fatturato realizzato dal *perpetrator*. In particolare, nei casi di infrazioni gravi, «tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, [l'Autorità] dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna

---

<sup>73</sup> Inoltre, l'art. 11 l. cit., al fine di un'equa commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, all'interno della cornice edittale, stabilisce i seguenti criteri: gravità della violazione, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, personalità dell'agente e sue condizioni economiche.

impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida» (art. 15, comma 1 *bis*, l. n. 287/1990)<sup>74</sup>. Ora, sicuramente c'è bisogno di svolgere delle riflessioni più approfondite sui criteri da definire per rendere l'importo massimo della quota ultra-compensativa deterrente ma non eccessivo: quindi "giusto", proporzionato e al contempo efficace. Tuttavia, già in questa sede, ad esito della complessiva indagine svolta nei due sistemi di *civil law* studiati e in quello di *common law* nordamericano, sembra ragionevole affermare che la strada di un moltiplicatore (ad es. della quota dei danni accertati) insieme, o in alternativa, a una percentuale del fatturato del convenuto (adoperabile come *cap*) sia quella maestra per coniugare, con equilibrio, le diverse esigenze di tutela in gioco.

C) I criteri di commisurazione della "giusta" sanzione entro la cornice edittale, e secondo il principio di proporzionalità. Definito il limite massimo della sanzione civile, essa dovrebbe essere commisurata dal giudice in base ai criteri *ex art. 5*, d.lgs. n. 7/2016, ossia: la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del responsabile, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, le condizioni economiche dell'agente, nonché la sua personalità. Si tratta di un recente intervento del legislatore in materia civile, quindi di criteri vicini alla coscienza sociale contemporanea (siccome mediata dal *conditor legum*). Inoltre, essi, pur essendo dotati di un adeguato tasso di specificità, consentono all'interprete un circoscritto margine di manovra per ritagliare al meglio il rimedio in base a tutte le risultanze del caso concreto e in accordo al principio di proporzionalità<sup>75</sup>. In particolare, come suggerito dagli

---

<sup>74</sup> Come visto, nel caso *State Farm v. Cambell* (2001) la Suprema Corte degli U.S. introduceva il criterio della *single-digit ratio*: ossia, si sancisce la compatibilità costituzionale (con la *Due Process Clause*) di quegli importi che siano al massimo in rapporto di 10:1 con i danni compensativi. Nelle diverse epifanie giuridiche ritorna insomma, anche a livello simbolico, il numero 10. Al di là dell'efficienza giuseconomica di una simile regola, sembrerebbe trattarsi di una simbologia ancestrale, quasi di rilievo antropologico. Per L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, cit., p. 187, «la scelta del decuplo potrebbe esprimere, in base alla teoria economica del diritto, una *ratio* tra immunità (*chance* di sfuggire alla condanna) e responsabilità corrispondente ad una probabilità molto elevata di sottrarsi all'obbligo risarcitorio; soprattutto la previsione di un moltiplicatore ben superiore al triplo (*treble damages*), solitamente applicato, sembra confermare l'esistenza di un comportamento reputato "socialmente inaccettabile" e, quindi, il collegamento con l'abuso del diritto».

<sup>75</sup> Oltre a tali criteri, utilissime indicazioni vengono dai principi generali di proporzionalità e adeguatezza (che informano anche il diritto UE), nonché dagli artt. 614 *bis* e 96 c.p.c., 133 e 133 *bis* c.p. Si tratta di criteri adoperati quotidianamente nelle aule giudiziarie, che consentono di ritagliare il *quantum* sulle circostanze del caso, e rendono la decisione controllabile e non arbitraria; facendo quindi sortire la sentenza da una dimensione di equità "pura", pericolosamente confinante col soggettivismo giudiziario, indi con il capriccio. In generale, sul principio di proporzionalità cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, spec. Cap. III, p. 168 ss.: intitolato «Essenza e percezione della irragionevolezza nei mutevoli equilibri fra individuo e collettività: proporzione come misura della ragione». In ambito

studi di analisi economica del diritto e dagli elementi di comparazione giuridica considerati, il criterio della posizione economica del trasgressore sembra irrinunciabile per coniugare l'effettività rimediale con il principio di uguaglianza sostanziale.

### 5.6. Possibili strade per la (ri)costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo nell'ordinamento italiano

Le strade per la costruzione del rimedio in oggetto sono diverse. Ciascuna di esse presenta *pro* e *contra*. Astrattamente sono possibili tre scenari ricostruttivi: *i*) la reinterpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del diritto vigente, *ii*) una declaratoria di incostituzionalità di quelle norme che – in ipotesi – impediscono di azionare un rimedio generale ultra-compensativo, e *iii*) la novella legislativa.

Sembra ormai chiaro come la nostra preferenza vada alla prima soluzione, secondo quanto argomentato nei precedenti capitoli.

Anzitutto, le numerosissime norme speciali ultra-compensative inserite nel nostro ordine giuridico (censite e analizzate nel secondo capitolo), seppur senza un originario disegno sistematico, si dimostrano oggi espressione di una regola unitaria immanente nell'ordinamento che abilita il giudice a imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento, passando per l'intermediazione legislativa già offerta dall'art. 2059 c.c., che protegge, dunque, dal rischio di un incontrollabile soggettivismo giudiziario<sup>76</sup>. Anzi, giusta i presupposti applicativi (*an*), i

---

civilistico, cfr. per tutti la lezione di P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., spec. p. 273.

<sup>76</sup>Non sembra necessaria giocoforza una novella legislativa. Anche il principio *ex art.* 24 Cost. legittima una curvatura sanzionatoria al risarcimento del danno: il *deficit* di effettività si potrebbe così colmare per via interpretativa dotando lo strumentario della R.C. di rimedi che, parametrati sulla gravità della condotta e intensità dell'elemento soggettivo, possano svolgere un'adeguata funzione general e special preventiva: cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 8-9/2017, p. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; e ID., *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, cit., p. 1309 ss. Favorevole a una lettura del principio di effettività in chiave rimedial-espansiva sembra pure C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle sezioni unite)*, in *Giustiziacivile.com*, 7 marzo 2017, p. 10. Sulla opzione di un rimedio ultra-compensativo azionabile tramite l'intermediazione legislativa già operata dall'art. 2059 c.c. sembrano possibilisti, pur con varie sfumature metodologiche e *caveat* anche: A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, cit., p. 222 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, cit., p. 1109 ss.; F. DE LEO, *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*, cit., p. 1531 ss., e in particolare § 6; M. RINALDO, *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, cit., p. 122 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 372 ss.; cfr. anche P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p.



limiti edittali (*quantum*) e i criteri per la commisurazione qui proposti, la condanna a tale titolo si mostra tendenzialmente prevedibile e assoggettabile a un controllo di legittimità.

Inoltre, tale sentiero è stato già percorso con successo in passato, quando s'è registrato uno scarto importante tra le regole formali e i bisogni di tutela dei consociati ed è parso, altresì, irrealistico l'appello di maniera all'intervento legislativo<sup>77</sup>. Si aggiunga che si tratta anche della via più breve, che consentirebbe di allineare subito la categoria dogmatica ad una soluzione rimediale praticata nell'ombra, facendo guadagnare immediatamente al sistema di R.C. una maggiore chiarezza e prevedibilità<sup>78</sup>.

Veniamo alla possibile questione di legittimità costituzionale. Invero, in base a tutte le argomentazioni svolte nel presente lavoro, proprio non sembra possibile affermare che il sistema di tutele civili vigente impedisca di valorizzare la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento soggettivo al fine della commisurazione dell'obbligazione risarcitoria oltre la mera compensazione del danno

721, che, sebbene contrario all'idea di una R.C. "punitiva", ritiene possibile aggravare la condanna ex art. 2059 c.c. in ragione del peculiare atteggiamento offensivo del danneggiante. *Contra*, oltre agli AA. citati nel Cap. I, § 1.2., cfr. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., p. 48 s. Tale A. ritiene che l'effettività costituzionale serva soltanto ad indirizzare l'interprete verso gli aggiustamenti ermeneutici necessari a migliorare il funzionamento dei rimedi esistenti. Non esistendo – in tesi – un danno punitivo interno, l'effettività ex art. 24 Cost. non potrebbe diventare fonte della tutela; tutt'al più tale principio potrebbe legittimare «soluzioni tese ad agevolare l'identificazione e la misurazione delle perdite provocate dal fatto illecito». La tesi non è condivisibile e sembra basarsi su una petizione di principio. Infatti, poiché non si può certo seriamente negare la polifunzionalità della odierna R.C. (come si ritiene dimostri il presente studio in parte empirico), il principio di effettività andrebbe a guidare l'interprete esattamente nel senso della premessa di tale Autrice: verso l'ottimizzazione di un rimedio... *esistente*.

<sup>77</sup> V. *ex multis*: il caso Soraya citato (Cass., 27 maggio 1975, n. 2129); il "salvataggio" dell'art. 2059 c.c. con la sua sostanziale apertura all'atipicità (pur riferita ai primari valori di rango costituzionale); le Tabelle di Milano, che non fanno altro che fissare un tetto massimo al risarcimento (create dalla giurisprudenza come criterio orientativo e "positivizzate" dalla Cassazione che le ha assimilate alla legge); l'attività maieutica della giurisprudenza riconosciuta da Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139. Ancóra, sembra il caso di rilevare che quella indicata nel testo è una strada battuta anche da altri ordinamenti di *civil law*. Come ricorda F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., p. 1133 ss., in Perù (in ambito giuslavoristico), Messico e Brasile è stato introdotto il risarcimento punitivo per via giurisprudenziale; nell'ultimo paese menzionato «si attribuisce una finalità sanzionatoria direttamente ai danni morali, ma si escludono formalmente i danni punitivi».

<sup>78</sup> Per completezza, si consideri che l'effettività è una missione del complessivo apparato rimediale sostanziale-processuale. Sicché, una volta costruito il rimedio generale, è necessario potenziare la dimensione di *enforcement* dei diritti sul versante processuale. È noto infatti come anche – e soprattutto – le regole di rito possano dare effettività ai rimedi di R.C. Basti pensare all'art. 96 c.p.c., all'*astreinte* ex art. 614 *bis* c.p.c., all'azione di classe, alle norme sui mezzi istruttori etc. Si può senz'altro convenire con S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), cit., p. 214: «la funzione preventiva e deterrente della responsabilità civile si accresce non soltanto mediante un aumento del danno risarcibile, ma altresì rendendo più semplice la posizione dell'attore e più veloce l'iter processuale».

subito dalla vittima (per il raggiungimento dei noti obiettivi di deterrenza, sanzione, *law enforcement* etc.). Ad opinare diversamente si porrebbe seriamente una questione di legittimità costituzionale di quelle norme che, in tesi, impediscono l'azionabilità di un rimedio ultra-compensativo generale quando siano lesi valori fondamentali della persona<sup>79</sup>.

Infatti, nel quadro della R.C. vigente, decisamente mutato rispetto al sistema del codice civile originario per l'avvento degli innumerevoli rimedi speciali esaminati – nonché per la pluralità dei modelli di responsabilità esistenti: sanitaria, da prodotto, ambientale etc. – in base agli artt. 2, 3, 24, 41<sup>80</sup>, 111 e 118 Cost., non sembra ragionevole una diversità di trattamento fra i titolari di posizioni (sostanzialmente) omogenee. Ad oggi, l'ordinamento, guardato nel prisma dei rimedi, si risolve a tutelare più energicamente la proprietà (anche immateriale) rispetto ad altri interessi che, a livello costituzionale, sono a questa sovraordinati. E ciò non è accettabile, né sul piano assiologico, né su quello sistematico.

Si deve tuttavia segnalare che, posto il delicato lavoro di contemperamento degli interessi in gioco da compiere in *subiecta materia*, un intervento rigido della Corte costituzionale non sembra essere la soluzione migliore. L'epifania del tentativo di "costituzionalizzazione" forzata dei *punitive damages* intrapreso dalla U.S. Supreme Court ne è un esempio eloquente. Allora, una buona strategia operativa, per giungere in tempi più rapidi ad una riforma equilibrata, potrebbe essere quella inaugurata dal Giudice delle leggi nel c.d. caso "Cappato"<sup>81</sup>.

Come noto, in tale giudizio la Corte costituzionale ha in qualche modo anticipato il proprio orientamento ma ha sospeso il proprio giudizio, assegnando un termine ragionevole di un anno al legislatore per regolare la materia (una peculiare forma di *prospective overruling*). Tale tecnica è apprezzabile.

---

<sup>79</sup>Probabilmente le censure di incostituzionalità andrebbero ad appuntarsi sugli artt. 1223, 2056 e 2059 c.c., ove lette come ostative all'azionabilità di un rimedio ultra-compensativo.

<sup>80</sup>Giacché l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale – né in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana – il rimedio risarcitorio *deve* essere in grado di neutralizzare gli illeciti commessi a scopo di profitto.

<sup>81</sup>Corte cost., ord., 24 ottobre 2018, n. 207, § 11: «laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale». V. anche il Comunicato stampa reso dalla Consulta del 25 settembre 2019, ad esito della sentenza emanata dopo aver constatato che il Parlamento, nell'anno di tempo assegnato, non aveva ritenuto di legiferare in materia: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20190926122152.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190926122152.pdf).

In primo luogo, essa è espressione di quella leale collaborazione tra i poteri dello Stato, richiesta dalla Costituzione repubblicana. Inoltre, si tratta di un pungolo per il legislatore che, negli ultimi decenni, vive in una dimensione “emergenziale” permanente e pare incapace di regolare tematiche tecnicamente complesse, calde sul piano politico o altamente divisive a livello etico, pertanto rischiose per la maggioranza di turno. Insomma, è un ottimo modo per “mettere in mora” il legislatore, testandone il reale interesse a legiferare in un determinato ambito. E per il caso in cui il Parlamento non sfrutti il termine assegnato e la Corte sia costretta ad assumere una decisione, quest’ultima andrebbe incontro a una più ampia accettazione, anche sociale, essendosene palesata, oltre ogni ragionevole dubbio, la necessità e improrogabilità.

Ancora, tale autorevole precedente, proprio per la sua mirabile capacità di mettere a sistema le diverse variabili in gioco è stato preso a modello da una Corte di *common law*<sup>82</sup>. È assai interessante notare che pure in tale ambiente giuridico, ove il giudice ha un potere istituzionale ben maggiore e socialmente accettato di creare diritto, egli tenta di fare il possibile per bilanciare la necessità di decidere in tempi ragionevoli con le prerogative del legislatore. Si aggiunga che trattasi di una pregevole testimonianza di dialogo transnazionale che dimostra, altresì, l’importanza pratica della comparazione giuridica.

Infine, come alternativa alla proposta reinterpretazione dei dati positivi esistenti e a un evitabile incidente di costituzionalità delle norme che in (denegata) ipotesi ostacolano il rimedio proposto, si potrebbe valutare di introdurre nel codice civile un art. 2059 *bis* c.c., che, anche sulla scorta di quanto sperimentato da altri legislatori di *civil law*<sup>83</sup>, espliciti la condotta, la cornice edittale della sanzione civile e i parametri per orientare la valutazione equitativa del giudice<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *M. Washington, Cannabis Cultural Association, Inc. et alii v. U.S. Department of Justice, DEA et alii*, May 30, 2019, (inedita), in corso di pubblicazione in *Turin L. Rev.*, con nota di A. PISANI TEDESCO.

<sup>83</sup> Il riferimento è ovviamente alla Francia, alla provincia canadese del Québec e all’Argentina. Inoltre, e tornando in Italia, nel recente disegno di legge «delega al Governo per la revisione del codice civile» (d.d.l. n. 1151 – XVIII Legislatura), all’art. 1, lett. n), si riconosce l’esigenza di «razionalizzare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, anche disancorandola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi».

<sup>84</sup> Tra tali parametri si dovrebbe inserire espressamente la capacità patrimoniale del responsabile. Inoltre, nell’ambito di un’eventuale riforma legislativa, dovrebbe essere valutato, almeno in alcune ipotesi, il divieto di assicurabilità. Su quest’ultimo tema, che per l’indubbio rilievo merita un approfondimento separato, si vedano le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., spec. p. 274 s.; P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 702; F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Revista de Direito da Cidade*, 2018, vol. 10, n. 3., DOI: 10.12957/rdc.2018.32878, p. 1514 ss.; S. LANDINI, *Assicurazione dei “danni punitivi” e delle sanzioni punitive civili*, in *Contr. e impr.*, 3/2019, p. 1170 ss.

Di fatto, come è accaduto sovente nelle ultime stagioni di riforma, si andrebbero a positivizzare i limiti e i criteri già rintracciabili altrove nelle pieghe dell'ordinamento, e riproposti sopra<sup>85</sup>. Tra quelle percorribili, tale strada è forse quella che raccoglierebbe il massimo sostegno tra gli interpreti, andando incontro anche alle remore della dottrina più tradizionale.

Vi sono però due limiti evidenti.

Da un lato, tale intermediazione legislativa richiede tempi che, allo stato attuale delle nostre Camere legislative, rischiano di dilatarsi oltre lo spazio di una generazione di studiosi, lasciando così il vuoto di tutela, potenzialmente, per molti anni.

D'altro canto, non è scontato che in materia di R.C. la soluzione legislativa rigida sia la più idonea. Non a caso il legislatore italiano del 1942, così come quello francese nel secolo precedente, avevano codificato la materia per clausole generali (il che, in un certo senso, significa non codificare affatto). Anzi, con specifico riguardo al Code Napoléon, la codificazione per clausole generali appartiene alla tecnica redazionale adoperata dai *conditores* del 1804, e ha contribuito a connotarne profondamente lo stile e a decretarne la straordinaria longevità ultra-bicentenaria<sup>86</sup>.

Insomma, soprattutto in questa materia ci si rendeva conto del pericolo di irrigidire eccessivamente il sistema con norme di dettaglio che potevano nascere già come anacronistiche, costringendo quindi il legislatore a inseguire una realtà sociale in perenne mutamento<sup>87</sup>.

Il discorso è in parte diverso se parliamo di limiti e criteri orientativi per la

---

<sup>85</sup> Da diversi decenni, infatti, i legislatori europei, nella propria opera di "ricodificazione", si limitano sovente a positivizzare soluzioni già accolte e praticate dal diritto vivente. Cfr. per tutti. S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2018, p. 452: «la continua opera di innovazione dei codici compiuta dal giudice e dal legislatore come pure le riforme del BGB e del *Code civil* dimostrano che il codice civile, pur non essendo ormai identificabile con il diritto civile, è ancora considerato un insopprimibile strumento di regolamentazione dei rapporti privatistici. L'elaborazione di molti istituti si deve alla giurisprudenza e la ricodificazione operata dal legislatore presenta in genere un carattere meramente sistematico, poiché si accoglie nel testo legislativo la regola dettata dal giudice senza apportare significative modifiche».

<sup>86</sup> Ciò a differenza della sovrapproduzione normativa che connota l'evo contemporaneo e che, troppo spesso, aumenta un insostenibile rumore di fondo. Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *A Normative Metastasis?*, in 7 *Eur. J. Comp. L. & Governance*, 1/2020, p. 43 ss.

<sup>87</sup> Cfr. le osservazioni di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge-Massachusetts-London, 1982, p. 35 ss., che, con la consueta ironia, critica l'approccio adoperato nel sistema nordamericano nel XIX sec., quando si è accresciuto, eccessivamente secondo l'A., il peso del formante legislativo. Cfr. anche P.S. ATIYAH, *Common Law and Statute Law*, in 48 *The Modern Law Review*, 1985, p. 1 ss., ora anche in M. ARNHEIM (Edited by), *Common Law*, cit., p. 1 ss. Si v. inoltre l'acuta riflessione di D. CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: brevi riflessioni sollecitate dal progetto di riforma del code civil*, cit., p. 8, per la quale «non si può trascurare che ... l'individuazione delle regole che presidiano il risarcimento del danno alla persona è soggetta, all'interno di un dato sistema giuridico, ad una serie di variabili dovute al confronto/scontro tra formanti dell'ordinamento, ognuno portatore di specifici intenti regolatori».

commisurazione della sanzione civile. Qui, come visto, esiste una pregnante esigenza di chiarezza. Ci si chiede, tuttavia, se sia efficiente aspettare il legislatore – il che potrebbe finanche rivelarsi un *waiting for Godot* – nel momento in cui i limiti positivi esistono e sono chiaramente rintracciabili per via ermeneutica.

Insomma, il rimedio ultra-compensativo sembra “tenere” ed essere azionabile a diritto positivo invariato. Basterebbe un’interpretazione coraggiosa e, sia consentito, non ipocrita delle norme vigenti. Come osservava Pugliatti in tema di ampliamento della tutela risarcitoria, «quando determinate esigenze pratiche concrete, determinate necessità economiche e sociali si affermano e impongono di superare certe strettoie, certi limiti, certi pregiudizi si è costretti ad un certo punto ad aprire delle valvole se non addirittura a spalancare le porte della tutela giuridica. Raggiunto l’accordo sulla necessità di tale tutela, cominciano a pullulare le giustificazioni di carattere tecnico che danno luogo a divergenze di opinioni, controversie e ... falsi problemi»<sup>88</sup>.

In altre parole, se esiste un’esigenza sociale di tutela – specie di beni giuridici fondamentali come la dignità e l’integrità della persona, la salute e l’ambiente – il diritto, prima o poi, deve farsene carico, anche a costo di abbandonare concezioni radicate e tradizionali, almeno ove abbia l’ambizione di tendere alla giustizia e dare risposte concrete ai consociati<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> S. PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, Milano, 1968, 119 s. Un’analoga indicazione metodologica proviene da altro indiscusso Maestro del diritto: L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, I-II, p. 39; l’illustre A. era convinto della necessità di intraprendere una «riflessione fatta consapevole del problema e disposta ad abbandonare moduli teorici già acquisiti per percorrere nuove linee di concettualizzazione adatte ad integrare coerentemente nel sistema premesse di decisione socialmente più adeguate».

<sup>89</sup> E ciò «senza lasciarsi andare: i) a ingenui appelli al legislatore, che sanno di antico ma che un’analisi più serena svela come superflui; e ii) ad atteggiamenti severamente preoccupati in ordine al rischio di un’imprevedibile deriva giurisprudenziale, che sanno di appello decisamente tardivo: fin dai primi anni settanta – e fortunatamente – l’attivismo incessante dei giudici, stimolati da una dottrina decisamente illuminata, ha contribuito a cambiare il volto della responsabilità civile, senza che la certezza del diritto ne abbia ricavato contraccolpi insopportabili, ma anzi attuando, per quanto tardivamente, il quadro dei diritti costituzionali»: A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, cit., p. 227.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, «LGDJ», Paris, 2018.
- AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001.
- AA.VV., *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Urbino, 23-24 Settembre 2011, Bologna, 2012.
- ABBAS-LICHTMAN-PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, IX ed., trad. it. a cura di S. Sozzani, Milano, 2018.
- ABRAHAM-JEFFRIES JR., *Punitive Damages and Rule of Law: The role of defendant's wealth*, in 18 *Journal of Legal Studies*, 1989.
- ADDIS, *Il valore «normativo» dei principi*, in C. Cicero-G. Perlingieri (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017.
- ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2016.
- AGOSTINI, *Droit Comparé*, Parigi, 1988.
- AJANI, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in 43 *Am. Journ. Com. Law*, 1995.
- AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996.
- AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 6/2018.
- ALES-TERDJMANN, *L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile: le Rubicon sera-t-il franchi?*, in *AJCA*, 2017.
- ALEXANDER, *Biology and Law*, in 7 *Ethology and Sociobiology*, Issues 3-4, 1986.
- ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006.
- ALPA *et alii*, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2002.
- ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.
- ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018.
- ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2011.
- ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018.
- ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, III ed., Milano, 2001.
- ALTAN-BONNET-MORA-WALCZAK, *Quantitative Immunology for Physicists*, in <https://arxiv.org/abs/1907.03891>, 28 luglio 2019.
- AMATO, voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Digesto civ.*, Agg., Torino, 2011.
- AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003.

- AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019.
- AMIRANTE, *L'Autonomie scientifique du droit de l'environnement. Réflexions de droit comparé*, in AA.VV., *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, 2007.
- AMIRANTE, *Tutela dell'ambiente e diritto alla salute: note minime per un confronto*, in G.G. CARBONI (a cura di), *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, 2012.
- ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012.
- ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, Cagliari, 1912.
- ARISTOTELE, *Politica*, a cura di C.A. Viano, Milano, 2002.
- ASCARELLI, *Giustizia Migliore*, ne *Il mondo*, 23 dicembre 1950.
- ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1953.
- ASTONE, *Danni non patrimoniali*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2012.
- ASTRALDI (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1946.
- ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, 2004.
- ATYIAH, *Common Law and Statute Law*, in 48 *The Modern Law Review*, 1985.
- AUBERT-VERMELLE (Eds.), *Le sentiment de responsabilité*, Tours, 1984.
- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942 (rist. 1980).
- AZZARITI, *Punitive damages e breach of contract*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, Bologna, 2014.
- BALDASSARRE, voce *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma.
- BALDUS, *Fluctuat nec mergitur: per un doppio ancoraggio del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2019.
- BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.
- BARBIERATO, *La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016.
- BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012.
- BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, VI, Torino, 2021.
- BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011.
- BARIATTI-FUMAGALLI-CRESPI REGHIZZI (edited by), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019.
- BARILÀ, *Indennità di espropriazione per le aree edificabili: il punto sulla giurisprudenza, tra passato e presente*, in *Urb. e appalti*, 2014.
- BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001.
- BASSO, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 2007.
- BEBCHUK-SHAVELL, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, in 7 *J. of Law, Economics and Organization*, 1991.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Ristampa, Milano, 1950.
- BECKER, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, in 76 *Pol. Econ.*, 1968.

- BEHAR-TOUCHAIS, *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs?*, in *Petites affiches*, n° 232, 20 nov. 2002.
- BEHN-CELADA-SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, Treccani online, 1998.
- BEKOFF-PIERCE, *Giustizia selvaggia*, trad. it. di S. Petruzzi, Milano, 2010.
- BELL, *Mathematical Model of Clonal Selection and Antibody Production*, in *228 Nature*, 1970.
- BELTONI, *La moneta romana. Società, politica, cultura*, Roma, 1993.
- BELVEDERE-RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011.
- BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, in *Revista de Direito da Cidade*, 2018.
- BENATTI, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2015.
- BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014.
- BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.
- BENATTI, *Zhonguo chengfaxing peichang (danni punitivi in Cina)*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2016.
- BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 4/2015.
- BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019.
- BERETTA, *'Condemnatio in bonum et aequum'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948.
- BERGER, *Ordre public et poursuites criminelles sous le Directoire (1795-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 2007.
- BERKOWITZ-PISTOR-RICHARD, *The Transplant Effect*, in *51 Am. J. Comp. L.*, 2003.
- BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. Anno Accademico 1918-1919*, Camerino, 1919.
- BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della "pre-contrattualità"*, in *Giust. civ.*, 3/2019.
- BIANCA, *La responsabilità*, V, in *Trattato di diritto civile Bianca*, III ed., Milano, 2021.
- BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018.
- BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, in *Giur. it.*, 10/2018.
- BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958.
- BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969.
- BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova» (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2014.
- BONAMORE, *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di «indennità, indennizzo, risarcimento» quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998.
- BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.



- BONVILLAIN, *Slaying the Trojan Horse: Arabie v. CITGO and Punitive Damages under Louisiana's Conflict-of-Laws Provisions*, in 74 *Louisiana L. Rev.*, 2013.
- BORGHETTI, *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, D. 2017.
- BORGHETTI-WHITTAKER (Edited by), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford, 2019.
- BOUCKAERT-DE GEEST (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 2000.
- BRAAM, *The Relation between Leniency and Private Enforcement. Towards an Optimum of Overall Competition Law Enforcement?*, Paris, 2018.
- BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1928.
- BRAUN, *The Risky Interplay of Tort and Criminal Law: Punitive Damages*, in 11 *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.*, 2013.
- BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980.
- BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984.
- BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, Padova, 1984.
- BRIDGEMAN, *Corrective Justice in Contract Law: Is There a Case for Punitive Damages?*, in 56 *Vand. L. Rev.*, 2003.
- BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963.
- BROOKS, *Uncharted waters: the Supreme Court plots the course to a constitutional bright-line restriction on punitive awards in Exxon Shipping Co. V. Baker*, in 62 *Okla. L. Rev.*, 2010.
- BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, V ed., Paris, 2018.
- BRUNELLI, *Il mistero del dolo eventuale: scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 2014.
- BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- BUCKHOLTZ et alii, *The Neural Correlates of Third-Party Punishment*, in 60 *Neuron.*, 2008.
- BUONAURO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, Padova, 2012.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974.
- BURROWS, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, IV ed., Oxford, 2019.
- BUSENBERG, *Oil and Wilderness in Alaska*, Washington D.C., 2013.
- BUSNELLI, *...E venne l'estate di San Martino*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009.
- BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976.
- BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989.
- BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013.
- BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020.
- BUSSANI-SEBOK (Eds.), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, II ed., Cheltenham, 2021.
- BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002.

- CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge-Massachusetts-London, 1982.
- CALABRESI, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in 55 *Stan. L. Rev.*, 2002.
- CALABRESI, *Conclusioni*, in BERIA D'ARGENTINE (a cura di), *Fra individuo e collettività. La proprietà nel XXI secolo*, Milano, 2013.
- CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in 70 *Yale L.J.*, 1961.
- CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case of Punitive Damages*, in STUART MADDEN (edited by), *Exploring Tort Law*, New York, 2005.
- CALABRESI, *The costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970.
- CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven-London, 2016.
- CALABRESI-BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978.
- CALABRESI-HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, in 81 *Yale L.J.*, 1972.
- CALABRESI-MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review*, 1972.
- CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954.
- CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2019.
- CAMPBELL-CHAO-ROBERTSON, *Time Is Money: An Empirical Assessment of Non-Economic Damages Arguments*, in 95 *Wash. U. L. Rev.*, 2017.
- CANDIAN-GAMBARO-POZZO, *Property, Propriété, Eigentum – Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992.
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta*, Milano, 2007.
- CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, in 32 *Ariz. J. of Int'l & Comp. L.*, 2015.
- CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2017.
- CAPPONI, *Limiti all'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2011.
- CAPRA-MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017.
- CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021.
- CARAPEZZA FIGLIA, *Immissioni e tutela della salute*, in G. PERLINGIERI-ID. (a cura di), *L'“interpretazione secondo Costituzione” nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II ed., Napoli, 2021.
- CARAPEZZA FIGLIA, *Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana*, in *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 12/2018.
- CARAPEZZA FIGLIA-SAJEVA, *Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi*, in G. PERLINGIERI-A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017.

- CARBONE, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *Temi rom.*, I, 1999.
- CARBONE-TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE N. 1215/2012*, Torino, 2016.
- CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012.
- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Roma, 2021.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006.
- CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912.
- CARRATTA, *Intervento*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012.
- CARVAL, *L'amende civile*, in *JCP G*, 2016.
- CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995.
- CARVAL, *La sanction des comportements fautifs – Article 1266*, in *JCP*, 2016.
- CARVAL, *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, in *JCP*, 2017.
- CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008.
- CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2017.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006.
- CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009.
- CATAUDELLA A., *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015.
- CATERINA, *La reciprocità: alle origini della vendetta e dello scambio*, in G. LORINI-M. MASIA (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Napoli, 2015.
- CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *The Competition Law Review*, 7 (2), 2011.
- CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, Milano, 1982.
- CELADA-SEIDEN, *A Computer Model of Cellular Interactions in the Immune System*, in *Immunology Today*, Vol. 13, No. 2, 1992.
- CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.
- CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989.
- CENDON, voce *Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Digesto*, Torino, 1991.
- CENDON-ROSSI, sub art. 2059, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011.
- CERINI, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. La responsabilità civile*, Torino, 2009.
- CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code civil*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, VIII, Napoli, 2017.
- CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Dir. econ. ass.*, 2-3/2008.
- CERINI, *Il danno alla persona in prospettiva comparata*, in MARIOTTI (a cura di), *Le novità sul risarcimento del danno alla persona tra norme e giurisprudenza*, Rimini, 2015.

- CERINI, *Il danno alla persona: tendenze e interferenze con l'assicurazione per la r.c.a. in prospettiva comparata*, in LANDINI-VENCHIARUTTI-ZIVIZ (a cura di), *Danno alla persona*, 2016.
- CERINI, *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006*, in *Dir. econ. ass.*, 2008.
- CERINI, *The Polyfunctional Role of Punitive Damages and the Conundrum of Their Insurability: an Italian Perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018.
- CERINI-GAMINITI-MARIOTTI-PISANI (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, Rimini, 2018.
- CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964.
- CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, II ed., Paris, 2018.
- CHARDEAUX, *L'amende civile*, in *LPA*, 30 gennaio 2018.
- CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016.
- CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.
- CHIARLONI, voce *Misure coercitive (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Treccani*, 2013.
- CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1915.
- CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.
- CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.
- CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019.
- CIOCIA, *Lesione del diritto all'abitazione*, in *Danno e resp.*, 2013.
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, in *87 Minn. L. Rev.*, 2003.
- COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages*, in *118 Yale L. Journal*, 2009.
- COLEMAN, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, in *77 Iowa L. Rev.*, 1992.
- COLESANTI, *Variazioni (in "re minore") in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.
- COMOGLIO, sub art. 96, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio-C. Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, Torino, 2012.
- COMPORTE, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013.
- CONNOR, *Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011*, in *European Competition Law Review*, 34, 2013.
- CONSOLO G.C., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, XII ed., Torino, 2019.
- CONSOLO-GODIO, sub art. 614 bis, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, II, Milano, 2013.
- CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010.
- COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, in *56 S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983.
- COOTER, *Punitive Damages, Social Norms and Economic Analysis*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, No. 3, 1997.

- COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.
- COREA, *Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare*, in *Judicium*, 2017.
- CORNU, voce *Astreinte*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, 2005.
- CORTESE (edited by), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014.
- COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988.
- COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 1997.
- CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, II ed., Padova, 2006.
- CRIFÒ, voce *Danno (storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.
- CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1994.
- CURSI, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in *Rev. Intern. des droits de l'ant.*, LVIII, 2011.
- D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2009.
- D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989.
- D'AMELIO, voce *Indennità*, in *N. Dig. it.*, VI, Torino, 1938.
- DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011.
- DE CRISTOFARO, *Dovere di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011.
- DE CUPIS, *Sul tema del danno e del risarcimento*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.
- DE FRANCHIS, voce *Diritto comparato*, in *Diz. Giur.*, Inglese-Italiano, 1, Milano, 1984.
- DE LEO, *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2018.
- DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019.
- DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998.
- DE STRÖBEL, *Il danno ambientale fra legislazione previgente e attuale*, in *Dir. e fisc. dell'ass.*, 2009.
- DEAKIN-JOHNSTON-MARKESINIS, *Tort Law*, VII ed., Oxford, 2013.
- DEGIROLAMI, *Reconstructing Malice in the Law of Punitive Damages*, in *Journal of Tort Law*, Vol. 14, no. 1, 2021.
- DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.
- DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contr.*, 7/2010.
- DEMSETZ, *La nascita del diritto di proprietà e la proprietà collettiva*, trad. it., in G. ALPA (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982.
- DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *ODCC*, 2/2016.
- DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002.

- DEVOTO, *Jus. Di là dalla grammatica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948.
- DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, 1992.
- DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: la responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 3/2020.
- DI CIOMMO, *Valori e funzioni della responsabilità civile nell'epoca del post-turbocapitalismo*, in *Danno e resp.*, 2/2021.
- DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in D. CARUSI *et alii*, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009.
- DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001.
- DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9/2017.
- DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2018.
- DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, in *Persona e danno*, 2015.
- DI MARZIO, sub art. 96, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012.
- DIANA, *Le immissioni (Tipologie, azioni e tutele)*, Milano, 2013.
- DIONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.
- DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Digesto*, 1999, consultabile in banca dati *Leggid'Italia*.
- DONLAN-MAIR (edited by), *Comparative Law. Mixes, Movements, and Metaphors*, London-New York, 2020.
- DREYER, *La sanction de la faute lucrative*, in *Dalloz*, 2017.
- EFTIMIE-GILLARD-CANTRELL, *Mathematical Models for Immunology: Current State of the Art and Future Research Directions*, in *Bulletin of Mathematical Biology*, 2016.
- EISENBERG *et alii*, *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, in 87 *Cornell L. Rev.*, 2002.
- EISENBERG *et alii*, *Reconciling Experimental Incoherence with Real-World Coherence in Punitive Damages*, in 54 *Stan. L. Rev.*, 2002.
- EISENBERG *et alii*, *The Predictability of Punitive Damages*, in 26 *J. Legal Stud.*, 1997.
- ELLIOTT, *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, in 13 *J. Legal Stud.*, 1984.
- ELLIOTT, *Law and Biology: The New Synthesis*, in 41 *St. Louis U. L.J.*, 1997.
- ELLIOTT, *The Genome and the Law: Should Increased Genetic Knowledge Change the Law*, in 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 2001.
- EMMING *et alii*, *A Molecular Network Regulating the Proinflammatory Phenotype of Human Memory T Lymphocytes*, in *Nat Immunol.*, 4/2020.
- EPISCOPO, *Rapporto fra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021.
- ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1949.

- FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.
- FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2020.
- FANETTI, *Ambiente e beni comuni*, Milano, 2019.
- FASQUELLE, *Amendes civiles ou «dommages punitifs»?*, in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, colloque*, in *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2001.
- FASQUELLE-MESA, *Les fautes lucratives et les assurances de dommages*, in *RGDA*, 2005.
- FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 4/2009.
- FELIU REY, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. e imp./Europa*, 2017.
- FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021.
- FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.
- FERRARI-GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006.
- FERRERI, *Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1993.
- FLEMING, *C'è un futuro per i torts?*, trad. it. a cura di C. Rossello e R. Pardolesi, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- FLEMING, *Contemporary Roles of the Law of Torts*, in *18 Am. J. Comp. Law*, 1970.
- FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. Alcesti Tarchetti, Torino, 2014.
- FOURNIER DE CRUY, *Consacration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'art. 166-1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, in *LPA*, 8 novembre 2017.
- FOYER, *L'action civile devant la jurisdiction répressive*, in *AA.VV.*, *Quelques aspects de l'autonomie du droit penal*, 1956.
- FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990.
- FRANCARIO, *La proprietà fondiaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, II ed., Torino, 2005.
- FRANCISSETTI BROLIN, *Inadempimento e danni non patrimoniali nell'esperienza di common law. Un'indagine casistica*, in *Contr. e impr. Europa*, 1/2014.
- FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 3/2019.
- FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, II ed., Bologna, 2020.
- FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.
- FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018.
- FRANZONI, *Tabelle milanesi, il danno morale e il letto di Procuste*, in *Ridare.it*, 2021.
- FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015.
- FRIEDMAN L.M., *A History of American Law*, II ed., New York, 1985.
- FRIEDMANN D., *The Efficient Breach Fallacy*, in *18 The Journal of Legal Studies*, 1989.
- FRIEDMANN W., *Law in a Changing Society*, Londra, 1959.

- FROSINI, *Giuristi di common law protagonisti in Europa. I giudici britannici nelle corti europee*, in A. TORRE (a cura di), *Common Law, Protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico*, Rimini, 2015.
- FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1971.
- GABRIELLI-FUSARO (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 5/2018.
- GALAVOTTI, *Cultura e società romana*, 2014.
- GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983.
- GALGANO, *Dogmi e dogmatica del diritto*, Padova, 2010.
- GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008.
- GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008.
- GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 2006.
- GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II ed., Torino, 2008.
- GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1998.
- GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ.*, 12/2017.
- GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010.
- GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, VIII, Milano, 1995.
- GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017.
- GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, II, Torino 1988.
- GAMBARO, voce *Francia*, in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino 1992.
- GAMBARO, voce *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000.
- GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, IV ed., Torino, 2018.
- GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015.
- GANDOLFI, *Formicai, imperi, cervelli. Introduzione alla scienza della complessità*, Torino, 2008.
- GARDNER, *Legal imperialism – American lawyers and foreign aid in latin America*, Madison, 1981.
- GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, XX ed., Napoli, 2021.
- GELLER-LEVY, *The Constitutionality of Punitive Damages*, in 73 *ABA Journal* (14), 1987.
- GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005.
- GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1973.
- GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012.
- GIACOBBE, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, Torino, 2000.
- GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015.
- GIANOLA, voce *Diritto ed etologia*, in *Digesto*, 2010.
- GIANOLA, voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2009.



- GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.
- GIASANTI, *Abuso della successione di contratti a termine nella Pubblica Amministrazione: l'ambigua funzione del danno risarcibile*, in *Giustizia civile.com*, 1° aprile 2014.
- GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano*, trad. it., Milano, 1988.
- GILMORE, *The death of contract*, Columbus (Ohio), 1974.
- GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.
- GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2008.
- GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 6/2019.
- GIUSSANI, *Responsabilità aggravata (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2013.
- GLENN, *On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants*, in 1 *J. Comp. L.* 358 (2006).
- GLOZZI, voce *Persona giuridica*, in *Enc. Treccani Scienze soc.*, 1996.
- GOMMER, *Integrating the Disciplines of Law and Biology: Dealing with Clashing Paradigms*, in 11 *Utrecht L. Rev.*, 2015.
- GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.
- GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- GORZ, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, trad. it., Torino, 2003.
- GOTANDA, *Charting Developments Concerning Punitive Damages: is the Tide Changing?*, in 45 *Colum. J. Transnat'l L.*, 2007.
- GOUDKAMP-KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, in 38 *Oxford J. of Legal Stud.*, 2018.
- GOUDKAMP-KATSAMPOUKA, *Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law*, in *Modern Law Review*, 2021.
- GRAMAGLIA, *Manuale breve diritto processuale civile*, Milano, 2020.
- GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
- GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN-R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006.
- GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht*, 1999.
- GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in 10 *Theoretical Inq. L.*, 2009.
- GRAZIADEI, *Natural Law in the Story of Comparative Law: Considerations on Its Continuing Relevance*, in 8 *J. Comp. L.*, 2013.
- GRAZIANI, *La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusion*, in *Dalloz*, 2018.
- GREENE-COON-BORNSTEIN, *The Effects of Limiting Punitive Damage Awards*, in 25 *Law and Human Behavior*, 2001.
- GRONDONA, *Dalla monofunzionalità alla polifunzionalità della responsabilità civile italiana, ovvero: la tecnica giuridica al servizio della politica del diritto*, in D. MANTUCCI-G. PERLINGIERI-M. D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021.
- GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017.

- GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.
- GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977.
- GROSSO G., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965.
- GRUNDMANN-SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. merc.*, 2018.
- GRUTER, *Law in Sociobiological Perspective*, in 5 *Fla. St. U. L. Rev.*, 1977.
- GRUTER-BOHANNAN (eds.), *Law, Biology and Culture: The Evolution of Law*, Santa Barbara (California), 1983.
- GRUTER-MASTERS (eds.), *Ostracism: A Social and Biological Phenomenon*, New York, 1986.
- GUADAGNI, voce *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, II, 1998.
- GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, 2004.
- GUYTON-HALL, *Fisiologia medica*, XIII ed. it., Milano, 2017.
- HADDOCK-MCCHESNEY-SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in 78 *Calif. L. Rev.*, 1990.
- HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. Cattaneo, Torino, 1965.
- HERSCH-VISUCSI, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, in 33 *The Journal of Legal Studies*, 2004.
- HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in J. OBERDIEK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, 2014.
- HERSHOVITZ, *What does tort law do? What can it do*, in *Val. U. L. Rev.*, 2012.
- HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, ed. it. a cura di G. Resta, Napoli, 2005.
- HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante*, trad. it., Milano, 1984.
- HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in 12 *Harv. L. Rev.*, 1898-1899.
- HOLMES, *The common law*, Boston, 1881.
- HONORÉ, *Ownership*, in A.G. GUEST (eds.), *Oxford Essays On Jurisprudence*, Oxford, 1961.
- HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004.
- HUDSON, *The formation of the english common law*, London & New York, 1996.
- HURT, *The Price is Wrong: A Biblical Approach to Punitive Damages*, in 10 *Liberty University Law Review*, 2016.
- HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, in 87 *Geo. L. J.*, 1998.
- INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011.
- INZITARI, voce *Interessi*, in *Digesto*, 1993, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.
- INZITARI, voce *Necessità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- IORIO G., *Corso di diritto privato*, IV ed., Torino, 2020.
- IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1986.
- IRTI N., *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in DI PORTO A. (a cura di), *La nuova Cassazione Civile*, Milano, 2017.

- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- JUDICA-ZATTI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019.
- JACOMETTI-POZZO, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Padova, 2018.
- JAVAUX, *L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages?*, in *Semaine Juridique*, 6/2019.
- JHERING, *Lo scopo del diritto*, trad. it. a cura di Losano, Torino, 1972.
- JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. di G. Lavaggi, Firenze, 1954.
- JONES, *Law and Evolutionary Biology: Obstacles and Opportunities*, in 10 *J. Contemp. Health L. & Pol'y*, 1994.
- JONES-GOLDSMITH, *Law and Behavioral Biology*, in 105 *Colum. L. Rev.*, 2005.
- JUTRAS, *Alternative Compensation Schemes from a Comparative Perspective*, in BUSSANI-SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, II ed., Cheltenham-Northampton, 2021.
- KIM-LEVY-LEE, *Modeling and Simulation of the Immune System as a Self-Regulating Network*, in *Methods Enzymol.*, 2009.
- KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, trad. it. Bolaffi, Bari, 1982.
- KLASS, *Punitive Damages after Exxon Shipping Company v. Baker: The Quest for Predictability and the Role of Juries*, in 7 *University of St. Thomas Law J.*, 2009.
- KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2018.
- KOZIOL-WILCOX (Edited by), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Wien-New York, 2009.
- LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale: évolution des idées en France au XIX siècle*, Thèse, 1918.
- LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, V ed., Paris, 2004.
- LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018.
- LANDINI, *Assicurazione dei "danni punitivi" e delle sanzioni punitive civili*, in *Contr. e impr.*, 3/2019.
- LANDO, *Principles of European Contract Law: an Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in 40 *Am. Journ. of Comp. Law*, 1992.
- LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018.
- LAWRENCE, *An Appraisal of the Influence of Legal Transplant on National Legal Systems. The Case of Cameroon*, in 7 *Eur. J. Comp. L. & Governance*, 2020.
- LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una 'ragionevole interpretazione' della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2005.
- LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, XII ed., Paris, 2020.
- LENER, *Problemi generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976.
- LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Foro it.*, 1980.

- LENS, *Defective Punitive Damage Awards*, in *Utah L. Rev.*, 2017.
- LEONE, *Il graffito di Dio*, Torino, 2011.
- LEROY, *La place de la partie lésée dans le procès pénal révolutionnaire*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 2002.
- LICCARDO, *La Réforme del Code civil: riflessioni e spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018.
- LI-JIN, *Concise Chinese Tort Law*, Heidelberg, 2014.
- LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 4/2015.
- LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contr.*, 7/2010.
- LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981.
- LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA-M.A. SANDULLI, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, Milano, 2014.
- LONGOBUCCO, *La perdita del diritto nel sistema delle pene private*, in *Pol. dir.*, 3/2019.
- LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. comm. int.*, 2017.
- LORINI-MASIA (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Napoli, 2015.
- LUCCHINI, voce *Indennità*, in *Dig. it.*, XIII, parte I, Torino, 1903.
- LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977.
- LUISSO, *Diritto processuale civile*, I e III, Milano, 2021.
- MACARIO-SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010.
- MACCARONE, *Le immissioni: tutela reale e tutela della persona*, Milano, 2002.
- MADDALENA, *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, Lisbona, 10 ottobre 2009.
- MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultra-compensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- MALOMO, *Responsabilità civile e "danni punitivi", rectius risarcimenti punitivi*, in D. MANTUCCI-G. PERLINGIERI-M. D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021.
- MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017.
- MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2019.
- MANCALEONI, *Diritto europeo e tort(s) law*, Torino, 2018.
- MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I e IV, Torino, 2021.
- MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017.
- MARCHANT-WALLACH (edited by), *Emerging Technologies: Ethics, Law and Governance*, Oxon-New York, 2017.
- MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020.
- MARKESINIS-FEDTKE, *The Judge as Comparatist*, in *80 Tul. L. Rev.*, 2005.
- MARKOVITS-SCHWARTZ, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, in *97 Va. L. Rev.*, 2011.
- MARRA, voce *Sanzione*, in *Digesto, disc. priv.*, IV, Torino, 1998.
- MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006.

- MARTI, *L'art. 129-bis cod. civ. nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- MARTIN, *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield: Judicial Redistribution of Punitive Damages*, in 40 *San Diego L. Rev.*, 2003.
- MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1997.
- MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990.
- MATTEI, *La proprietà immobiliare*, II ed. a cura di A. Chianale, Torino, 1995.
- MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II ed., 2015.
- MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987.
- MATTEI, *Una primavera di movimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013.
- MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012.
- MATTEI-ARIANO, *Il modello di common law*, V ed., Torino, 2018.
- MATTEI-NADER, *Il saccheggio: regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010.
- MATTEI-QUARTA, *Punto di svolta*, Sansepolcro, 2018.
- MATTEVI, *L'illecito punitivo disciplinato dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in FORNASARI-MATTEVI (a cura di), *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, Napoli, 2020.
- MAUGERI-ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.
- MAZEAUD D., *La réforme du droit des contrats dans le droit français*, in *Curierul Judiciar*, 7/2014.
- MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2016.
- MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, 1966.
- MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 3/2009.
- MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e impr.*, 3/2019.
- MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015.
- MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2014.
- MAZZOLA, *Indennizzo e risarcimento*, in CASSANO (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, I, Padova, 2011.
- MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007.
- MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, Milano, 2019.
- MCNAMARA, *Tortious Breach of Contract in Oklahoma*, in 20 *Tulsa L. J.*, 1984.
- MEKKI, *La réforme du droit de la responsabilité civile: l'art et la technique du compromis*, Paris, 2016.
- MEKKI, *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile*, in *IRDA*, 3/2016.
- MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- MEURKENS, *Punitive Damages: foundations to start with*, in BARIATTI-FUMAGALLI-CRESPI REGHIZZI (edited by), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019.

- MEURKENS-NORDIN (Edited by), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.
- MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012.
- MILLER-SADELAIN, *The Journey from Discoveries in Fundamental Immunology to Cancer Immunotherapy*, in 27 *Cancer Cell*, 2015.
- MOBBS *et alii*, *Law, Responsibility, and the Brain*, in 5(4) *PLoS Biol.*, 2007.
- MONATERI (Edited by), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2012.
- MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016.
- MONATERI, *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 7/2016.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.
- MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984.
- MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 4/2017.
- MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, in *Danno e resp.*, 2014.
- MONATERI, *The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures*, in 13 *Transnat’l L. & Contemp. Probs.*, 2003.
- MONATERI-ARNONE-CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014.
- MONTEROSSO, *La traslazione del danno nell’illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019.
- MORÉTEAU, *Basic Questions of Tort Law from a French Perspective*, in KOZIOL (Edited by), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Wien, 2015.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991.
- MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- MULHERON, *Exemplary Damages and Tort: An International Comparison*, in 2 *University of Notre Dame Australia L. Rev.*, 2000.
- MUNOZ-VAZQUEZ-CABELLO, *New Punitive Damages in Mexican Law – Or the Chronicle of a Failed Legal Transplant Foretold*, in 42 *Hastings INT’l & Comp. L. Rev.*, 2019.
- MURPHY, *Punitive Damages, Explanatory Verdicts, and the Hard Look*, in 76 *Wash. L. Review*, 2001.
- MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003.
- MUSY, *La comparazione giuridica nell’età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano in Italia*, Milano, 2004.
- MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole, definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e resp.*, 2000.
- NAPPI, sub *art. 96*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, VI ed., Milano, 2018.
- NATOLI, *Contratti di subfornitura*, in ROPPO-BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Milano, 2014.
- NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.
- NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021.

- NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010.
- NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.
- NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 7/2010.
- NERGELIUS-POLICASTRO-URATA (edited by), *Challenges of Multi-level Constitutionalism*, Kraków, 2004.
- NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1/2016.
- NERVI, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2019.
- NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 2017.
- NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011.
- NONNE, *Profili critici dello stato di necessità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017.
- OGBONNAYA-ITESH, *The Jurisprudential Issues Arising from Legal Transplant: An Appraisal*, in *50 J.L. Pol'y & Globalization*, 2016.
- OWEN, *Punitive Damages in Product Liability Litigation*, in *74 Mich. L. Rev.*, 1976.
- PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008.
- PADELLETTI, *sub art. 1 Prot. 1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bertole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012.
- PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- PAGLIANTINI, *Per un'interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, in *Contr.*, 7/2010.
- PALMER (edited by), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge, 2015.
- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.
- PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazione da 'vorrei, ma non posso'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007.
- PARDOLESI P., *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in ID. (a cura di), *Seminari di Diritto Privato Comparato*, Bari, 2011.
- PARDOLESI P., *La camicia di Nesso e il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale*, in *Foro it.*, 2017.
- PARDOLESI P., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2012.
- PARDOLESI P., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.
- PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Torino, 2007.
- PARDOLESI R., *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 3/2019.
- PARISI, *An introduction to the immune network*, in <http://arxiv.org/abs/cond-mat/9501046>, 1993.

- PARISI, voce *Sistemi complessi (fisica dei)*, in *Enciclopedia del Novecento*, II Supp., 1998.
- PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2013.
- PASQUINO, *Il «contenuto minimo» del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in TAMPONI-GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, III ed., Milano, 1992.
- PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011.
- PATTI S., *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011.
- PATTI S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2/2016.
- PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.
- PERFETTI (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019.
- PERLINGIERI C., *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020.
- PERLINGIERI C.-RUGGERI L. (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI G.-FACHECHI A. (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I e II, Napoli, 2017.
- PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971.
- PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2003.
- PERLINGIERI P., *L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubino*, in ID.-POLIDORI (a cura di), *I Maestri italiani del diritto civile: Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009.
- PERLINGIERI P., *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2009.
- PERLINGIERI P., *La recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018.
- PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004.
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2000.
- PERLINGIERI P., *Relazione conclusiva*, in D. MANTUCCI-G. PERLINGIERI-M. D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021.
- PERROT-THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2013.
- PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1959.
- PISANI, «Delitto e castigo»: *appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2019.
- PISANI, *I motivi di ricorso*, in TEDOLDI (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Bologna, 2019.
- PISANI, *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreinte all'italiana*, in *Corr. giur.*, 11/2017.
- PISANI, *Sulla funzione sociale del diritto di proprietà*, in *Turin L. Rev.*, 11 dicembre 2014.
- PISANI TEDESCO, *Lite temeraria, sanzioni civili e ruolo dell'interprete*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2021.
- PISTOR-BERKOWITZ-RICHARD, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, in *47 European Economic Review*, 1999.



- POLETTI, *L'art. 2059 c.c. come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- POLINSKY, *Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.*, in 26 *J. Legal Stud.*, 1997.
- POLINSKY-SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998.
- PONZANELLI, *Danno non patrimoniale da pianoforte troppo rumoroso e da pignoramento illegittimo*, in *Danno e resp.*, 2012.
- PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008.
- PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983.
- PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.
- PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, in *Foro it.*, 1996.
- PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.
- PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 4/2017.
- PONZANELLI, *Punitive damages and the functions of reparation: some preliminary remarks after the decision of the Italian Supreme Court, Joint Divisions, 5 July 2017*, in BARIATTI-FUMAGALLI-CRESPI REGHIZZI (edited by), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019.
- PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema*, in *Foro it.*, 1991.
- PONZANELLI, *Sezioni Unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.
- PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1992.
- POZZO, *La responsabilità ambientale e l'apporto delle scienze sociali*, in GRAZIADEI-SERIO (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro*, Torino, 2017.
- PRADEU, *The Limits of the Self: Immunology and Biological Identity*, New York, 2012.
- PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in 96 *Yale L. J.*, 1987.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1/2009.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020.
- PROROK, *L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile*, in *RTD Civ.*, 2018.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978.
- PUBUSA, voce *Indennità e Indennizzo*, in *Digesto, disc. pub.*, VIII, IV ed., Torino, 1993.
- PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, Milano, 1968.
- PUGLIESE, *Studi sull'«iniuria»*, Milano, 1941.
- PULEIO, *Lo statuto dell'illecito civile anticoncorrenziale tra giustizia compensativa e regolazione del mercato*, Napoli, 2021.

- QUARTA A., *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2013.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- RAJNERI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019.
- RAJNERI, *L'efficacia dissuasiva del sistema sanzionatorio pubblico e privato e la responsabilità sociale d'impresa. Qualche riflessione suscitata dal caso Volkswagen*, in MATTEI-CANDIAN-POZZO-MONTI-MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017.
- RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 6/2018.
- RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, Torino, 2013.
- RANDAZZO-MISSANELLI, *La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2014.
- RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973.
- RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in 81 *Yale L. J.*, 1972.
- REIMANN (Edited by), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993.
- RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, 62:4 *McGill LJ*, 2017.
- RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011.
- RIAS, *L'amende civile: une fausse bonne idée*, in *Dalloz*, 2016.
- RICCI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.
- RINALDO, *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, in CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019.
- RINELLA-PUNGITORE, *Organismi Geneticamente Modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*, Bologna, 2015.
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949.
- RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2018.
- ROBBENNOLT, *Punitive Damages Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges*, in 26 *Law & Human Behavior*, 2002.
- ROBBENNOLT-HANS, *The Psychology of Tort Law*, New York-London, 2016.
- RODGERS Jr., *Bringing People Back: Toward a Comprehensive Theory of Taking in Natural Resources Law*, in 10 *Ecology L.Q.*, 1982.
- RODGERS Jr., *The Lesson of the Owl and the Crows: The Role of Deception in the Evolution of the Environmental Statutes*, in 4 *J. Land Use & Envtl. L.*, 1989.
- RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, III ed., Bologna, 2013.
- RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.

- ROMANÒ, *Brevi note in tema di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona e funzione deterrente*, in LUIGI GAROFALO (a cura di), *Ius civile europaeum*, Pena privata e risarcimento del danno, Pisa, 2020.
- ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 4-5/2004.
- ROSSI DAL POZZO-NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.
- ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Non-existent Concept?*, in *74 Def. Couns. J.*, 2007.
- ROWAN, *The new French law of contract*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017.
- RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in *Foro it.*, 1949.
- RUBINO, *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso di persone nel fatto colposo*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1953.
- SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.
- SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992.
- SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.
- SACCO, *La circolazione del modello giuridico francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995.
- SACCO, *La massima mentitoria*, in VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988.
- SACCO, *Perché l'armato ubbidisce all'inerte? (Saggio sulla legittimazione del diritto e del potere)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.
- SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, 1988.
- SALACUSE, *From Developing Countries to Emerging Markets: a Changing Role for Law in the Third World*, in *33 Int'l L.*, 1999.
- SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (Artt. 832-833)*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994.
- SALVI, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI, *La responsabilità civile*, III ed., in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2019.
- SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.
- SANTA MARIA, *European Economic Law*, III ed., AH Alphen, 2014.
- SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970.
- SARZOTTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Milano, 2007.
- SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.
- SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012.
- SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law*, VI ed., New York, 1998.

- SCHLUETER, *Punitive Damages*, II, Newark, 2005.
- SCHLUETER-REDDEN, *Punitive damages*, I, New York, 2000.
- SCHMIDHAUSER, *Power, Legal Imperialism, and Dependency*, in *23 Law & Society Review*, 1989.
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2017.
- SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2016.
- SCOGNAMIGLIO C., *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustizia civile.com*, 2017.
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968.
- SEBOK, *Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in *78 Chi.-Kent L. Rev.*, 2003.
- SEBOK, *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding The History of Punitive Damages Matters Today*, in *78 Chi.-Kent L. Rev.*, 2003.
- SERIO, *La responsabilità civile a un bivio: i paradigmi italiano ed inglese*, in GRAZIADEI-SERIO (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro*, Torino, 2017.
- SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018.
- SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *113 Yale L. J.*, 2003.
- SHARKEY, *The Practical Consequences of Caps on Damages*, in *96 Oreg. L. Rev.*, 2018.
- SHARKEY, *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps*, in *80 N.Y.U. L. Rev.*, 2005.
- SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *85 Colum. L. Rev.*, 1985.
- SILVESTRI, *Breve interpretazione delle Leggi delle dodici Tavole de' Romani del signor ab. D. Giovanni d.r Silvestri Corso*, Padova, 1769.
- SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011.
- SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006.
- SMORTO, *Danno da inadempimento*, Padova, 2005.
- SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, in VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi*, Napoli, 2011.
- SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2014.
- SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 109/2004.
- SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.
- SOMMA, *Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 116/2006.

- SPERA, *Le novità normative e la recente giurisprudenza suggeriscono un ritocco della Tabella milanese del danno non patrimoniale da lesione del bene salute?*, in *Ridare.it*, 9 luglio 2019.
- SPERA, *Time out: il “decalogo” della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino*, in *Ridare.it*, 2018.
- STARCK, *Essai d'une théorie de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.
- STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, in 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970.
- SUNSTEIN, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002.
- TAMMARO, *Prova e danno nelle immissioni*, Padova, 2014.
- TAMPIERI, *Il danno non patrimoniale, La lesione di valori costituzionalmente tutelati*, Padova, 2015.
- TAPPARO, *La subfornitura*, Firenze-Antella, 2000.
- TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1980.
- TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, Genova, 1973.
- TARONI et alii, *Bayesian networks and probabilistic inference in forensic science*, Chichester, 2006.
- TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000.
- TEDOLDI (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Bologna, 2019.
- TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. giur.*, 2016.
- TEDOLDI-SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2021.
- TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, 2011.
- TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009.
- TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, 2013.
- TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008.
- THIENE, sub art. 2045, in *Commentario breve al Codice civile*, diretto da G. Cian-A. Trabucchi, Padova, 2020.
- TOMMASINI-LA ROSA, *I modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Milano, 2017.
- TOPPETTI (a cura di), *Il risarcimento del danno da “lite temeraria”*, Milano, 2014.
- TORRE (a cura di), *Common Law, Protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico*, Rimini, 2015.
- TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXV ed., Milano, 2021.
- TORSELLO, *Foreign Judge-made Law e sua ricezione nel diritto interno*, in AJANI et alii (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011.
- TORSELLO, *Remedies for Breach of Contract*, in SMITS (edited by), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, II ed., 2012.
- TORSELLO, *Rimedi all'inadempimento nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contr. e Impr./Europa*, 1/2013.

- TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012.
- TRIMARCHI M., voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2020.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021.
- TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988.
- TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- TUNC, *La responsabilité civile*, II ed., Paris, 1990.
- TUNC, *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle*, Introduction, in *Revue internationale de droit comparé*, 4/1967.
- TUNC, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, Mélanges Ancel, Paris, 1975.
- TWINING-MIERS, *Come far cose con regole*, trad. it. di Garbarino, Milano, 1988.
- VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018.
- VANLEENHOVE, *A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional No Pasaran*, in *41 Vt. L. Rev.*, 2016.
- VANLEENHOVE, *The Current European Perspective on the Exequatur of U.S. Punitive Damages: Opening the Gate but Keeping a Guard*, in *35 Polish Yearbook of International Law*, 2015.
- VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, VII ed., Torino, 2021.
- VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010.
- VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017.
- VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010.
- VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2014.
- VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998.
- VINEY, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité*, in *JCP (G)*, n° 4, 25 janvier 2016.
- VINEY, *L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile*, D. 2016.
- VINEY, *La responsabilité: conditions*, in GHESTIN (a cura di), *Traité de droit civil*, Paris, 1982.
- VINEY-JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, II ed., Paris, 2001.
- VISCUSI, *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*, in *30 J. Legal Stud.*, 2001.
- VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- VITALONE-MACRÌ, *Riflessioni sulla lite temeraria*, Roma, 2014.
- VON BOGDANDY, *Il diritto europeo oltre l'«Unione sempre più stretta»: ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2017.

- WATSON, *Aspects of Reception of Law*, in 44 *Am. J. Comp. L.*, 1996.
- WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, II ed., Athens (GA), 1993.
- WERTHEIMER, *Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron*, in 39 *Vill. L. Rev.*, 1994.
- WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, in *Am. Journ. of Comp. Law*, 2/1991.
- ZACCARIA, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2016.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, 2020.
- ZILIOFFO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012.
- ZIMMERMANN, *China Law Deskbook*, IV ed., Chicago, 2014.
- ZIPURSKY, *Theory of Punitive Damages*, in 84 *Texas L. Rev.*, 2005.
- ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012.
- ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011.
- ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.
- ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale. Il risarcimento del danno contrattuale*, III, Padova, 2009.
- ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.
- ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2019.
- ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.
- ZOPPINI, *Una tappa che ridefinisce i confini del danno*, in *IlSole24Ore.com*, 6 luglio 2017.

Finito di stampare nel mese di marzo 2022  
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1  
38015 Lavis (TN)





Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

---

*Per i tipi Giuffrè*

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicolo Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, «*Diritti particolari*» e recesso dalla s.r.l., 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

### ***Per i tipi Giappichelli***

- 96.<sup>bis</sup> *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.

132. Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmira Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.
138. Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, 2021.
139. *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Giovanni Iorio e Paolo Zicchittu, 2021.
140. Federico Furlan, *Il Presidente della Regione 2.0 (tra Costituzione, fonti regionali e prassi)*, 2021.
141. *Università e anticorruzione*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2022.
142. Andrea Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, 2022.



