

Dipartimento di Giurisprudenza
School of Law

Dottorato di Ricerca in Diritto privato, comparato, del lavoro e tributario - Ciclo XXXII

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE COMPENSATIVA.

*STUDIO COMPARATO PER UN RIMEDIO RISARCITORIO
EFFETTIVO.*

Candidato: Andrea PISANI TEDESCO
(Matricola 823076)

Tutor: Prof. Diana CERINI

Coordinatore: Prof. Maurizio ARCARI

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Ai miei Nonni contadini e alla mia terra,
la Basilicata,
ché mi hanno insegnato
a guardare la sostanza delle cose.

Indice

<i>Premessa</i>	4
CAPITOLO PRIMO: IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MERAMENTE COMPENSATIVA	11
1.1. Le diverse funzioni della responsabilità civile.	11
1.1. A) La funzione compensativa.	14
1.1. B) La funzione sanzionatorio/punitiva.	16
1.1. C) La funzione preventiva o deterrente.	21
1.1. D) La (efficiente) distribuzione delle “perdite” e l’allocazione dei costi.	24
1.1. E) La funzione organizzativa.	26
1.1. F) La funzione moralizzatrice, anche tramite la pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari.	28
1.2. Le regole di R.C. <i>non</i> sono neutrali rispetto all’incentivo di condotte virtuose e, specularmente, alla deterrenza di illeciti.	31
1.3. 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.	35
1.4. Sulla desiderabilità e <i>necessità</i> di una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo in Italia.	46
1.5. Sul dogma della riparazione integrale: sconfessato dalla Corte costituzionale e da puntuali interventi del legislatore, anche recenti.	51
1.6. Origine antidemocratica della scelta “positiva” di rimettere il monopolio della sanzione alla pubblica accusa, espungendola dal processo civile.	55
1.7. Problema di tenuta costituzionale del vigente sistema di R.C. Irragionevolezza di sanzioni slegate dalla gravità del fatto, quindi anche ove sproporzionate per difetto.	58
1.8. Necessità di far emergere una regola (quella punitiva) invero praticata nell’ombra: “si fa ma non si dice”.	60
1.9. <i>Rationes</i> giustificative del rimedio ultra-compensativo.	73
1.9. A) <i>Argomento storico</i>	73
1.9. B) <i>Coerenza sistematica</i>	80
1.9. C) <i>Deterrenza generale e speciale</i>	83
1.9. D) <i>Messaggio simbolico-educativo e di denuncia</i>	84
1.9. E) <i>Incentivo all’azione e law enforcement</i>	86
1.9. F) <i>Argomento socio-antropologico</i>	90

1.9. G) <i>Le risposte del sistema immunitario alle offese.</i>	93
CAPITOLO 2: I MATERIALI ESISTENTI IN ITALIA: PER UNA SISTEMATICA DELLA REAZIONE PROPORZIONATA ALLE CONDOTTE ILLECITE.	114
2.1. I tre paradigmi di reazione presenti nel vigente ordinamento: <i>risarcimento puro, indennizzo e risarcimento ultra-compensativo (o punitivo)</i>	114
2.2. Indennizzo, l'arte del temperamento degli interessi: un rimedio mite. Sottocompensazione a fronte di un danno <i>non</i> anti giuridico.	118
2.3. Le diverse fattispecie di indennizzo: una panoramica.	122
2.4. Indennizzo per immissioni c.d. liceizzate.	128
2.4.A) Caso Malpensa ed immissioni con prevedibile durata <i>sine die</i> : tra danno da atto lecito ed "espropriazioni larvate".	132
2.4.B) Poteri equitativi e compensazione delle esternalità di segno opposto.	134
2.5. Lo stato di necessità, in connessione con il caso di studio del diritto all'abitazione. Inquadramento giuridico e struttura della fattispecie.	136
2.5.A) <i>Segue</i> : sulla nozione di persona e gli altri elementi costitutivi della fattispecie.	144
2.5.B) <i>Segue</i> : stato di necessità e diritto all'abitazione.....	148
2.6. Espropriazione per pubblica utilità e indennizzo. Premessa: proprietà privata e diritti fondamentali: una relazione pericolosa che influenza i rimedi.	156
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".	160
2.8. <i>Segue</i> : Strasburgo ha parlato: la causa è finita? Influenza sul diritto interno in tema proprietario.	165
2.9. Espropriazione per pubblica utilità e acquisizione sanante: le nuove norme, critica.	175
2.10. <i>Quantum</i> dell'indennizzo ed interventi di riforma economico-sociale.....	181
2.11. <i>Segue</i> : espropriazione, acquisizione sanante e indennizzo: valutazioni conclusive.....	183
2.12. Le fattispecie ultra-compensative: una risposta forte e perentoria alle aggressioni. <i>Overcompensation</i> a fronte di un danno <i>molto</i> anti giuridico. Panoramica delle diverse fattispecie.	184
2.13. La condanna aggravata per lite temeraria.	189
2.14. L'apparato deterrente e sanzionatorio della legge sulla subfornitura.	204
2.15. L' <i>astreinte</i> italiana e la dissociazione tra i formanti dell'ordinamento.	215
2.16. Il risarcimento del danno ambientale: tra punizione e risarcimento in forma specifica.....	221

CAPITOLO 3: NOTE DI DIRITTO COMPARATO: I PUNITIVE DAMAGES USA E L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA FRANCESE DI RESPONSABILITÀ CIVILE.229

- 3.1. Premessa: la scelta dei sistemi *target* oggetto di comparazione. 229
- 3.2. I *punitive damages*: nozione e breve inquadramento storico nell'ordinamento di origine. 232
- 3.3. I danni punitivi nell'ordinamento statunitense: *functions and rationales*.... 237
- 3.4. L'addomesticamento del "mostro": il percorso di "costituzionalizzazione" (forzata) ad opera della *Supreme Court*. La svolta impressa con il caso BMW. 252
- 3.5. *Segue*: il successivo percorso di "costituzionalizzazione": i casi *State Farm*, *Philip Morris* ed *Exxon*. 255
- 3.6. Le leggi statali in funzione di contenimento degli eccessi delle giurie e il sistema degli *split recovery schemes*..... 269
- 3.7. Nuovi movimenti alle frontiere dei *torts*: anche in America "si fa ma non si dice"...tutto. 276
- 3.8. Il cantiere francese di riforma della R.C. Dal *dommage punitif* all'*amende civile*: alchimie linguistiche per evitare (formalmente) l'*americanization du droite*. 280
- 3.9. Una suggestione sistemologica. 289

CAPITOLO 4: UN RIMEDIO RISARCITORIO EFFETTIVO: UNA RILETTURA DEL SISTEMA ITALIANO DI R.C.....292

- 4.1. Danno non patrimoniale (morale) come fattispecie generale a vocazione ultra-compensativa. Inquadramento della fattispecie e funzioni. 292
- 4.2. *Segue*: origine storica e successiva interpretazione costituzionalmente orientata..... 299
- 4.3. Portato espansivo della fattispecie. Vocazione generale alla sanzione delle condotte più odiose e sede "naturale" di quella "intermediazione legislativa" richiesta dalle Sezioni Unite..... 304
- 4.4. Perimetrazione di una fattispecie ultra-compensativa entro i confini dell'art. 2059 c.c.: l'*an*..... 306
- 4.5. *Segue*: il *quantum*..... 313
- 4.6. Possibili strade per la (ri)costruzione di un rimedio generale ultra-compensativo nell'ordinamento italiano. 317

*

Premessa

“Non disistimo la nostra giurisprudenza a tal punto da ritenere che i suoi principi siano così lontani dai comuni bisogni della società civile e dalle richieste che essa pone ai propri membri da negare ai suoi membri un rimedio legale laddove si è chiaramente in presenza di un’ingiustizia sociale”. Lord Atkin¹

In considerazione della pluralità di funzioni cui è chiamato il Diritto civile contemporaneo, il presente lavoro ha come scopo lo studio dei rimedi azionabili nell’ordinamento italiano per rispondere alle istanze sociali di tutela nei casi in cui il mero approccio riparatorio si dimostri insoddisfacente ad evitare che i danni, derivanti da determinate attività, restino ove si siano prodotti “naturalmente”, ovvero in capo alla vittima di un illecito contrattuale o extracontrattuale.

Al di là dei dati strettamente positivi e delle formule declamatorie si vuole indagare come – anche a livello di crittotipi giuridici² – le corti civili si facciano 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*.

Il mondo contemporaneo, infatti, vede l’individuo³, 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 superiore a quella del tradizionale Leviatano⁴ e, sovente, gli ordinamenti giuridici statuali non

¹ Caso *Donoghue v. Stevenson* (1932), in W. TWINING, D. MIERS, *Come far cose con regole*, (trad. it. di C. Garbarino), Milano, 1988, pp. 140-146).

² Per la nozione di *crittotipo* e di *formante* dell’ordinamento v. la straordinaria opera di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di dir. comp.* diretto da Sacco, Torino, 1992, p. 43 ss. D’altronde, il compito della dottrina è proprio 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 (Edited by), *Exploring tort law*, New York, 2005, p. 348.

³ *Mutatis mutandis* il discorso vale anche per la piccola impresa che non ha, evidentemente, la medesima forza contrattuale dell’impresa multinazionale. Esempio ne siano, al riguardo, le norme sull’abuso di posizione dominante e quelle a tutela del subfornitore (L. 192/1998).

⁴ Cfr. U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. del dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 1120 s.;

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 inferti⁵, il danneggiante si determini ad operare a cuor leggero, sapendo che tutt'al più dovrà risarcire un importo pari al mero controvalore del danno cagionato alla vittima, ove questa abbia concreto accesso al rimedio, peraltro⁶. In altre parole, ove le finalità deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile (in avanti anche “R.C.”) restino in ombra, il danneggiante (razionale) è portato a intendere la compensazione come un semplice costo implicito della propria azione antiggiuridica, una mera voce negativa da appostare in bilancio.

In ambito contrattuale, si assiste infatti sempre più spesso al c.d. *inadempimento razionale*⁷.

Quest'ultimo, come ci mostra l'economia, riposa sull'assunto che ciascun soggetto razionale, 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 fedele⁸.

e A. SANTA MARIA, *European Economic Law*, III ed., AH Alphen, 2014, p. 357 ss.

⁵ Dal punto di vista economico, trattasi di *disutilità*.

⁶ In particolare, nel caso di condotte plurioffensive che originino microdanni diffusi spesso 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* codice del consumo) 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. 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, artt. 840 *bis* e 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 R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 3/2019, p. 301 ss.

⁷ 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.; e ID., *Rimedi all'inadempimento nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contr. e Impr./Europa*, 1/2013, p. 296 ss.

⁸ V. R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992, p. 117 ss. Cfr. pure COOTER-MATTEI-

Tuttavia, 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 compensativo⁹. Si arriverebbe al completo sovvertimento del dato positivo *ex* 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). L'ordinamento deve compiere una scelta di politica del diritto: 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 legittimazione¹⁰), sembra più ragionevole la regola che obblighi il convenuto a restituire il profitto conseguito, o una parte di esso¹¹.

E nel caso in cui la prestazione della parte infedele consista in un *facere* – e non siano coinvolte insopprimibili sfere di libertà del debitore – ben si potrà condannare quest'ultimo all'esatto adempimento, rafforzando il comando giudiziale con una

MONATERI-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 miope ed acritico che guardi, come unica stella polare, all'efficienza allocativa delle risorse, cantando il *requiem* a valori fondamentali e risalenti come la *buona fede contrattuale*, la *stabilità dei traffici*, l'*equità* et cetera.

⁹ 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, p. 990 ss. Cfr. anche F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in Trattato di Diritto civile 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.

¹⁰ Non è un caso che taluna dottrina abbia individuato anche la *justice* come scopo della R.C., intesa sia come giustizia retributiva (*ethical retribution*), sia come gratificazione per l'offeso (*ethical 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. Cfr. altresì l'attuale considerazione di T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1953, p. 181, a mente della quale, «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».

¹¹ Tale conclusione è ad oggi rafforzata da un dato positivo di recente conio: la retroversione degli utili (*ex 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 risarcimento per equivalente. Per un classico in argomento, cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p. 152 ss.

misura coercitiva indiretta, come quella prevista in diritto italiano *ex art. 614 bis c.p.c.* – ora estesa a tutti gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro¹².

In ambito extracontrattuale, è oramai pressoché pacifica una visione composta delle *funzioni* e degli *scopi* della responsabilità civile: può pertanto dirsi superata la visione tradizionale che predicava, invero apoditticamente, la mera funzione compensativa.

Autorevole dottrina ha mostrato da lungo tempo come *accanto* a tale funzione – la quale non è certo spirata – la responsabilità civile assolve un’importante *funzione organizzativa*, ovvero un soddisfacente coordinamento di azioni sociali basato su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti coinvolti, e non già su comandi centrali. Le regole di responsabilità funzionano, quindi, come l’imposizione di una tassa su determinate attività, comportando costi eventuali che possono essere traslati dai danneggiati potenziali su altri soggetti – tramite i meccanismi del mercato o con altre modalità. Esse, pertanto, *inducono* un regolamento *spontaneo* delle attività sociali, producendo, altresì, *effetti redistributivi*¹³.

Anche la Suprema Corte, nel suo più autorevole consesso, ne ha ormai preso piena coscienza, valorizzando le funzioni sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile, soprattutto a fronte di un mercato *animus nocendi* – sebbene in assenza di una figura di diritto comune di risarcimento punitivo, o comunque ultra-compensativo¹⁴.

Tuttavia, taluni interpreti – in particolare in seno al formante dottrinale – sembrano restii ad oltrepassare il principio (*rectius*: dogma) della riparazione

¹² Ampliamento operato dal D.L. 83/2015 convertito in L. 132/2015. Nondimeno, ed a prescindere dall’importante estensione in parola, la giovane *astreinte* italiana sembra aver vissuto, sinora, una vita meramente libresca. 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*, Milano, 2013, p. 2553 ss.

¹³ P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 22. L’A. allega le prove della natura “intellettuale” della R.C., la quale essendo stata codificata per clausole generali, ha lasciato ampio spazio al lavoro degli interpreti, integrando una opera di vera e propria “ingegneria sociale” fortemente indirizzata dalle *policies* del diritto. Come noto, miliari restano gli studi di Calabresi, parzialmente compendiate in G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, ed. it., Milano, 1975.

¹⁴ V. 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*.

integrale¹⁵. Tale dogma ha generato la nota e diffusa avversione del giurista italiano per le sanzioni di diritto civile. Avversione talvolta vestita da paura per asseriti effetti incontrollabili che potrebbero derivare dalla franca ammissione di istanze sanzionatorie nell’“atto costitutivo” del diritto civile.

Tale “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»¹⁶. Sono manifesti, in particolare, il timore di sanzionare il debitore inadempiente beneficiando così la controparte di un arricchimento 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.

Nel sopradescritto quadro di riferimento, questo lavoro si propone l’obiettivo di indagare gli strumenti esistenti nel diritto civile contemporaneo che possano tornare utili all’obiettivo di valorizzare le funzioni di deterrenza e sanzione di una responsabilità civile che tenga il passo dei mutamenti macroscopici e repentini veicolati dalle strutture economico–sociali

¹⁵ Esso sembra potersi definire una vera e propria “mitologia giuridica della modernità”; l’espressione è un cortese prestito di P. Grossi. Ad es. per C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La Responsabilità*, II ed., Milano, 2012, p. 141, 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*, Milano, 2017, p. 243 s., per il quale non sarebbe appropriato attribuire alla R.C. una funzione sanzionatoria, 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. acutamente 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, nella struttura del danno non patrimoniale è ravvisabile chiaramente una funzione sanzionatoria dettata dall’esigenza di colpire più duramente gli atti illeciti più gravi. Ove si parametri poi l’ammontare del danno non patrimoniale alla gravità dell’illecito, il rimedio «acquisterebbe il carattere di una vera e propria pena privata simile agli *exemplary damages* della *common law*».

¹⁶ Sia consentito il rinvio a A. PISANI, *L’obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull’accidentato cammino dell’ancor giovane astreinte all’italiana*, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1423 ss.

contemporanee.

In particolare, si vogliono portare ad emersione le regole effettivamente adoperate dalla giurisprudenza per rispondere alle istanze di giustizia sostanziale, nei casi di più forte ed evidente asimmetria (che sembrano essere la maggior parte in una realtà globalizzata¹⁷). Oltre ai profili funzionali di deterrenza della responsabilità civile – nella sua massima latitudine – la ricerca qui compendiata seguirà le due direttrici fondamentali dell'*effettività della tutela*¹⁸ e del *metodo rimediale*¹⁹.

¹⁷ Inoltre, come acutamente osservato da A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2008, 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.

¹⁸ 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 profondo e decisivo significato del principio di effettività attinge alla «sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come *diritto ad un rimedio adeguato* al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato (onde la necessità di indagare *funditus* i confini della discrezionalità legislativa nella scelta della sanzione adeguata e i criteri da seguire per giustificare eventuali disparità di trattamento fra le situazioni sostanziali da proteggere)».

Sicché, dalle indicazioni della Consulta (Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388), nonché dal moltiplicarsi di accenti sul diritto a un rimedio effettivo nelle fonti sovranazionali (artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo - secondo l'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia già a far data dalla sentenza Johnston del 1986 - e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), emerge chiaramente che il diritto alla *tutela giurisdizionale* «non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come *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.

¹⁹ 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 ALPA *et alii*, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da 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, p. 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. anche G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2014, p. 165 s.; e S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e Impresa*, 3/2019, p. 831 ss.

Il primo capitolo, utilizzando fra l'altro gli strumenti forniti dalla scienza comparatistica, si concentra sulle diverse funzioni della R.C. 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 e 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 (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 speciali punitive presenti nell'ordinamento, e se ne analizza in dettaglio un campione scelto per la rilevante importanza sistemica e applicativa.

Il terzo capitolo è dedicato alla comparazione giuridica. Si premettono le ragioni della scelta dei sistemi *target* (Stati Uniti e Francia). Vengono analizzate le funzioni e la struttura dei *punitive damages* statunitensi 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*. In relazione alla Francia, si studia l'evoluzione della riforma del settore di R.C. (ancora in cantiere) che vede gli interpreti discutere sulla nuova figura dell'*amende civile*.

Infine, nel quarto capitolo si ritorna al sistema domestico, proponendo una fattispecie generale ultra-compensativa azionabile a diritto positivo invariato, con l'identificazione dei relativi presupposti applicativi e i relativi limiti. Si valuta, infine, il tenore di un'eventuale riforma del codice civile per l'introduzione dei danni punitivi per via legislativa²⁰.

²⁰ *Rectius*: per la ricognizione dei presupposti applicativi e dei limiti, invero già esistenti nell'ordinamento positivo.

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 giurisprudenza²¹. 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”²².

Tale caratteristica dell'istituto è riconducibile alla scelta del legislatore di codificare la materia per clausole generali, le quali, per definizione, assegnano all'interprete un ruolo di primo piano. D'altronde, i concetti cardine su cui si appunta tutto il diritto

²¹ 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 giudiziari, 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 (debbano 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». Ancora l'A., muovendo dalla necessità che la costruzione del sistema avvenga a partire dall'analisi degli interessi in conflitto, rileva che «una concezione del diritto e dell'ordinamento sensibile alle ragioni dei fatti è come tale sensibile all'idea che la regola giuridica preferibile... è quella che deriva dal conflitto tra interessi non sovrapponibili, avendosi quindi nella lite e nel processo il luogo, teorico e pratico, in cui è possibile svolgere quella competizione tra argomenti speculari alla competizione tra interessi da cui proverrà non già una soluzione avente carattere generale (ragione dogmatica), ma la soluzione che risulti idonea a superare quel (vincolo di) 'controllo argomentativo' basato, appunto, sulla razionalità e sulla ragionevolezza dell'argomentazione con riguardo alla situazione concreta (ragion pratica)» (*op. cit.*, p. 30 s.).

²² P.G. MONATERI, *ibidem*, 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*».

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 ideologico²³.

Inoltre, è la stessa forza dirompente della fattualità ad impedire che le regole di responsabilità siano cristallizzate una volta per tutte in un testo normativo. Decenni orsono già si denunciava l'“esplosione” dell'istituto, 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)²⁴. Acuta dottrina ha evidenziato diverse ragioni di tale deflagrazione della responsabilità aquiliana²⁵. In primo luogo, vi è l'intuitivo, e statisticamente accertato, *incremento delle occasioni e del costo dei danni* tipico delle società industriali. 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 '48²⁶. In tale rinnovato contesto valoriale, la protezione

²³ 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.R.*] 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 v. U. CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, che riporta le dottrine di Stučka, Pašukanis, Vyšinskij e Strogovič.

²⁴ 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 al caso Meroni (Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174) che ha dato la stura alla tutela aquiliana 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*.

²⁵ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1258 s.

²⁶ 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 N. Bobbio del 2005). Il presente

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, 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»²⁷ (nostra l’enfasi).

Infine, come ulteriore causa di esplosione 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.

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 dottrina²⁸, 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 traluzie che, ancora recentemente, continuavano a recitare il mantra della monofunzionalità²⁹.

Un’autorevole conferma viene oggi anche dalle Sezioni Unite della Cassazione che nel recente, storico, *revirement* del 2017 hanno rilevato chiaramente che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell’istituto (che

contributo vorrebbe collocarsi idealmente in continuità con il predetto lavoro, affrontando uno dei problemi attuali della responsabilità civile contemporanea (il *deficit* di effettività rimediale), con i medesimi strumenti critici adoperati durante quella fecondissima stagione giuridica.

²⁷ C. SALVI, *ibidem*.

²⁸ Cfr. G. CRIFÒ, voce *danno (storia)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 615. L’A. 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.

²⁹ 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.

immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale... che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»³⁰.

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 rimedio³¹, e valutare se essa consenta di raggiungere efficacemente gli scopi declamati dell'istituto: in primo luogo una reazione *effettiva* ai torti³².

In dottrina s'è messo in luce come il nostro istituto assolva – 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, assumendone il ruolo di guida³³.

Sullo sfondo di tale considerazione, si devono menzionare perlomeno le seguenti funzioni.

1.1. A) La funzione compensativa.

Lo scopo principe del risarcimento è quello di riportare la situazione della vittima nello *status quo ante* illecito³⁴. Il fatto illecito cambia il mondo. E il danno integra sempre una modificazione peggiorativa nella sfera della vittima. Tale mutato stato del

³⁰ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, § 5.1.

³¹ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1200, osserva condivisibilmente 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».

³² 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». Non sarà vano aggiungere che, come insegnato dalla fisica, ad ogni azione corrisponde (nel nostro caso, *dovrebbe* corrispondere) una reazione uguale e contraria.

³³ 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.

³⁴ 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. attengono invece alla dimensione superindividuale del torto (quindi sociale e pubblica).

mondo non può essere cancellato, neppure dalle “alchimie” giuridiche. L’ordinamento giuridico può soltanto *riparare*, per equivalente monetario o in forma specifica (compensare, appunto)³⁵.

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 illecito³⁶. 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 patrimoniale (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 non può assolvere alcuna funzione, ai fini del risarcimento»³⁷. 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 giuridica³⁸. Muta, anzi, lo stesso significato della parola “danno”, posto che il referente naturalistico non è univoco. Com’è stato rilevato da autorevole dottrina, «la nozione civilistica di danno

³⁵ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 2004, p. 667.

³⁶ V. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1998, p. 71 ss.

³⁷ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 669.

³⁸ In termini generali, G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 42, rileva che la funzione compensativo/ripristinativa 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».

aquiliano non è un dato economico come tale pregiuridico: la sua qualificazione può essere data esclusivamente in termini normativi, giuridificando quel dato. (...) Così, al mutare della nozione di “danno risarcibile”, corrispondentemente cambia anche il ruolo del risarcimento inteso quale strumento per rimediare al pregiudizio ormai non più cancellabile»³⁹.

Se questo è vero, si può affermare che a fronte di un danno non patrimoniale, tecnicamente, non si compensa alcunché⁴⁰. Dinanzi ad esso, evidentemente, la R.C. fa (e deve fare) qualcos'altro, come si vedrà in avanti⁴¹.

Tale pacifica considerazione si dimostra 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*⁴².

*

1.1. B) La funzione sanzionatorio/punitiva.

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 “naturalmente”, e quindi di traslarne il costo sul danneggiante, impone su costui un fardello che può essere inteso

³⁹ M. FRANZONI, *ibidem*, p. 664. 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 reaasonable*».

⁴⁰ Come brillantemente ha osservato 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».

⁴¹ V. 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».

⁴² Cfr. *infra* Cap. IV.

come una *sanzione* per la sua condotta⁴³. Tale considerazione si dimostra corretta 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»⁴⁴.

In tale ottica, la sanzione come tecnica di controllo sociale manifesta diverse funzioni: a) una funzione *retributiva* (bene per bene o male per male); una funzione *riparativa* (atteso che la sanzione-pena cerca di eliminare o attenuare le conseguenze

⁴³ 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. MARRA, 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 diritto*, 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 ultra-compensativo 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 della Carta del '48. 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.

⁴⁴ R. MARRA, *ibidem*. Sul punto v. anche J. HALL, *Foundations of jurisprudence*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1973, e in particolare il capitolo V, *Sanctions and concepts of law*, p. 101 ss.

dell'atto deviante); c) una funzione di «*impulso* attivo della conformità presso i destinatari delle norme»⁴⁵.

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*⁴⁶, un risarcimento sol compensativo, in talune circostanze, lungi dall'esprimere la punizione della condotta deviante (pur sempre declamata in tesi), in concreto, per una peculiare eterogenesi dei fini, si trova a benedire, a sponsorizzare il comportamento deviante; ovvero a sanzionarlo... positivamente. Risultato evidentemente 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*⁴⁷.

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»⁴⁸. Se per riparare la lesione provocata nella sfera della vittima potrebbe anche bastare il risarcimento compensativo⁴⁹, quest'ultimo sarebbe

⁴⁵ R. MARRA, *ibidem*.

⁴⁶ R. MARRA, *ibidem*.

⁴⁷ Tale necessità è stata evidenziata (almeno implicitamente) dalle nostre corti di vertice che hanno riconosciuto *apertis verbis*, fin dagli anni '80 del secolo scorso, la funzione sanzionatoria della R.C. Cfr. Corte Cost, 30 dicembre 1987, n. 641, che lucidamente affermava che 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 2016, n. 152, che ha riconosciuto la funzione chiaramente sanzionatoria, con finalità deflattiva, del rimedio *ex art. 96, 3° co., 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Il condizionale è d'obbligo poiché il rimedio sol compensativo, non potendo esplicitare 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»:

inutiliter dato per il “danno” sociale provocato. Per scongiurare quest’ultimo (tramite l’efficacia deterrente svolta *ex ante* da ciascuna sanzione effettiva) o, perlomeno – riprendendo la felice espressione di D’Agostino⁵⁰ – per esprimere un corretto “giudizio sul mondo”, occorrerà necessariamente il ricorso alla sanzione⁵¹. Ché altrimenti, 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 sostanziale⁵².

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, la funzione compensativa, pur essendo tendenzialmente preminente sulle altre, 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 scalagnata). 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*.

⁵⁰ F. D’AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 308.

⁵¹ Osserva F. D’AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 306, che *la sanzione*, oltre ad 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 “espiare”, 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”, 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’alambiccio della ragione si distilla in sanzione giuridica. Se questo è vero, sembra quantomeno improvvisto 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.

⁵² In tal senso, incisivamente, v. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., p. 61, il quale, muovendo dalla considerazione della 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,

Da ultimo, 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 sanzione. Premesso che una concezione manichea dei diversi settori dell'ordinamento è chiaramente antistorica e non rispecchia la effettiva realtà ordinamentale (che non è costituita da steccati rigidi, i quali, semmai, possono avere una qualche funzione didattica nei primi anni di una facoltà giuridica), si deve convenire con quella autorevole dottrina che 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»⁵³.

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 che destano un significativo allarme sociale; 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 priorità⁵⁴, sia per l'inadeguatezza della pena ordinariamente adoperata dal nostro sistema (quella detentiva) in relazione a numerose fattispecie di microcriminalità e di crimini economici⁵⁵. Pertanto, sembra opportuno che i rimedi

appunto nella prospettiva della responsabilità sociale, segnala una patologia (in sostanza, l'aver superato il limite di tollerabilità sociale dell'esercizio di libertà individuale)». E allora necessario recuperare 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».

⁵³ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1262.

⁵⁴ E in definitiva, quindi, a scegliere quali reati perseguire in valore assoluto, posto che dare (la giusta) priorità ai reati che destano maggiore allarme sociale significa lasciare numerose fattispecie di microcrimine 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.

⁵⁵ V. in generale M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. Alcesti Tarchetti, 2014, Torino. 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 del 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

civilistici cooperino con quelli di diritto penale e amministrativo al fine dell'unitario obiettivo dell'ordinamento: l'*effettività della tutela*⁵⁶. Anche a costo di "sporcare" una purezza sistematica che, tuttavia, sacrificherebbe 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 importanza⁵⁷) funzione che si suole annoverare tra quelle principali esplicate dalla R.C.⁵⁸. 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

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*.

⁵⁶ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scafì, Milano, 1985, p. 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' emergenti, potrebbe intervenire... addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipicizzazione... del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione». V. 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. del dir. priv.*, 1983, 53 ss.; e da ultimo 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.

⁵⁷ Al contrario, rappresenta forse la funzione più importante del rimedio aquiliano (ove correttamente tarato, come il presente lavoro intende dimostrare), 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».

⁵⁸ Sembra appena il caso di sottolineare come funzioni di deterrenza, nell'ordinamento civile, possano essere svolte anche da altri strumenti, oltre al risarcimento (ultra-compensativo). 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.

risarcitoria, costi del processo, pubblicità negativa e, ove opportuno, un *quid pluris* sanzionatorio)⁵⁹.

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»⁶⁰.

Invero, le regole di responsabilità sono state viste come strumenti di prevenzione generale degli incidenti⁶¹. 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-risarcimento⁶².

Infine, 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

⁵⁹ Tale conclusione è avvalorata anche dalle indicazioni provenienti dai Principi di diritto europeo della responsabilità civile, elaborati dallo *European Group on Tort Law*. In particolare, l'Art. 10:101, rubricato "*Nature and purpose of damages*", recita: «Il risarcimento dei danni consiste nel pagamento 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».

⁶⁰ G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 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.

⁶¹ Per tutti si v. il miliare lavoro di G. CALABRESI, *The costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970.

⁶² V. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 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'ambito dell'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».

dubbi⁶³. 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 sono 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 per eccellenza, non spiega una puntuale e sicura efficacia general-preventiva⁶⁴. 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 le manovre commerciali illecite – ove la dissuasione potrà operare solo a misura che il risarcimento sia in qualche modo esemplare, superando, fosse anche di uno iota, il guadagno sperato dal malfattore. Similmente, nel campo delle offese morali alla personalità o nell’uso colpevole dei *mass media* le regole di R.C. possono giocare un importante ruolo preventivo ove tengano conto della capacità finanziaria del danneggiante, sempreché il risarcimento integri effettivamente un disincentivo, se non proprio una pena (v. in avanti § 1.4.)⁶⁵. In conclusione, per l’istituto aquiliano la

⁶³ Si vedano per tutti A. TUNC, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, *Studi Ancel*, I, Paris, 1975, p. 407 e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 21.

⁶⁴ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Ristampa, Milano, 1950.

⁶⁵ Cfr. in tema P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

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 medesima⁶⁶. 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'istituto⁶⁷, rimane la possibilità di rinvenire una funzione unitaria che caratterizza i diversi modelli di responsabilità: la (efficiente) distribuzione delle perdite e l'amministrazione dei costi economici, dal punto di vista dell'ordinamento⁶⁸.

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»⁶⁹.

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 privata⁷⁰, sintetizzabile nella regola «chi rompe paga» –, ad una

⁶⁶ Come giustamente osservato da G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, IV, 2008, c. 181, nt. 7, «oltre alla posizione del danneggiato, esiste anche la posizione del danneggiante, che deve essere attentamente monitorata».

⁶⁷ 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.

⁶⁸ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1201.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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 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*

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 sociale⁷¹. 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 fatto proprio dalle 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'imprenditore⁷²: 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*)⁷³. 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”»⁷⁴.

sanzione nell'illecito civile, cit., p. 24 ss.

⁷¹ Per un recente, significativo, contributo sul tema, seppur in una prospettiva liberale non pienamente condivisibile, si rinvia a M. GRONDONA, *op. cit.*, e in particolare al Cap. I, *La portata sociale della responsabilità civile*, p. 9 ss.

⁷² Cfr. P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv)*, cit., p. 90 ss.

⁷³ 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*».

⁷⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 44, e cfr. la bibliografia ivi citata.

Ulteriori teorie, di stampo economicistico, contribuiscono a consolidare tale spostamento di fuoco dalla figura del danneggiante (e dal giudizio morale sulla sua condotta) ad altri soggetti che vengono attinti, man mano, dal 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 prezzi⁷⁵. 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 mercato⁷⁶. 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*⁷⁷.

*

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 operativa⁷⁸, ma essa ha senz'altro un rilevante valore euristico. La funzione organizzativa dell'istituto

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Dunque, una socializzazione non certo socialista dei costi degli incidenti.

⁷⁷ G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 45.

⁷⁸ Infatti, essa pare essere piuttosto un *effetto* delle principali funzioni della R.C. descritte *supra*, anziché un'autonoma funzione 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 utili⁷⁹.

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*»⁸⁰. Ne segue che tali regole hanno chiaramente effetti redistributivi⁸¹.

In conclusione, si può affermare come la predetta funzione organizzativa mostri, fra l'altro, e senza possibilità di fraintendimento, 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»⁸².

⁷⁹ Così, incisivamente, P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv)*, cit., § 14, p. 101.

⁸⁰ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 22.

⁸¹ V. G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in 70 *Yale L.J.* 499, 1961. Sul portato redistributivo dei risarcimenti ultracompensativi 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 beneficio, fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018.

⁸² Autorevole considerazione di Calabresi, in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, p. 29.

*

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 efficientistica⁸³) non deve, tuttavia, essere irrigidita al punto da obliterare il portato assiologico delle regole medesime⁸⁴; 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 tenterà di dimostrare con il 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 il recupero del ruolo “ammonitorio” e delle basi etiche dell'istituto. 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”⁸⁵. 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

⁸³ 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 operate dalla saggezza intrinseca del mercato. Per una panoramica critica di tali teorie cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1262 s.

⁸⁴ Basti pensare che il precetto laico del *neminem laedere* esprime una precisa etica sociale.

⁸⁵ 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. E nella direzione segnalata nel testo sembra andare, fra gli altri, il recente intervento del legislatore italiano che all'art. 7, 3° co., L. 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 il rinvio a A. PISANI, «*Delitto e castigo*»: *appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2019, p. 1052 ss.

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»⁸⁶.

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 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 sociale⁸⁷. 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»⁸⁸. Per evitare tale rischio, allora, la via maestra sembra il ri-orientamento delle funzioni della R.C. secondo una linea di espansione della libertà individuale⁸⁹, 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

⁸⁶ C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 1197. Cioché le dottrine ricordate *supra* (cfr. nt. precedente) integrano un'indicazione di politica del diritto che mira ad affidare la tutela delle vittime agli istituti di sicurezza sociale (logica solidarista pura), e riserva la responsabilità individuale del danneggiante alle ipotesi in cui possa riconoscersi e apprezzarsi una condotta riprovevole (logica deterrente-sanzionatoria).

⁸⁷ V. 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*.

⁸⁸ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., p. 51.

⁸⁹ Linea sponsorizzata dalla inequivoca presa d'atto delle Sezioni Unite della Cassazione del 2017.

rilevanza e d'incidenza etica del significato del termine responsabilità, che appunto, unitamente alla libertà, è l'altro asse portante delle società autenticamente aperte»⁹⁰.

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 raffinato⁹¹. 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"⁹². 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 giusta. Perciò... la proporzione nella giustizia distributiva diventa di tipo geometrico, coinvolgendo elementi fra loro disomogenei»⁹³.

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, che si dimostrano 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 risulti amplificato rispetto al passato (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

⁹⁰ M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 52.

⁹¹ V. *infra* § 1.9.F.

⁹² 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.

⁹³ F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 206.

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 consumatori⁹⁴. 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. 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, una conseguenza logica evidente: 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.

⁹⁴ In tal senso v. G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 51. La considerazione crescente per la reazione dell'utente-consumatore è considerata 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 autorevolmente osservato da Calabresi, in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, 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».

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 diffuso⁹⁵. 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 artt. 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)⁹⁶.

Ma v’è di più. Non soltanto le regole non sono neutre di per sé⁹⁷. L’ordinamento «*non può apparire neutrale ed indifferente* rispetto alla violazione dei diritti e

⁹⁵ 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».

⁹⁶ C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 1261.

⁹⁷ Come, più in generale, 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 legge qualsiasi cosa vogliono. Questo allora era ovvio; non lo è più stato poi; quindi va messo in chiaro. E

comunque rispetto al fenomeno dei fatti che arrecano gravi pregiudizi di ordine economico, sociale ed affettivo ai soggetti»⁹⁸ (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, in punto di *quantum debeatur*, quindi⁹⁹. Una diversa traiettoria ordinamentale (ferme tutte le ulteriori criticità che saranno esaminate in avanti¹⁰⁰) 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»¹⁰¹.

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

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).

⁹⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 170 s.

⁹⁹ P.G. MONATERI-G.M.D. ARNONE-N. CALCAGNO, *op. cit.*, 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 consociate il modo di dirigere le proprie condotte, in un senso o nell'altro».

¹⁰⁰ Fra cui, sembra il caso di anticipare, l'*incoerenza sistematica* che espone il sistema a censure di incostituzionalità, atteso che, nel quadro della R.C. vigente, decisamente mutato rispetto al sistema del Codice del '42 - per l'avvento degli innumerevoli rimedi ultracompensativi di cui si dirà *infra*, nonché per la pluralità dei modelli di responsabilità esistenti (sanitaria, da prodotto, ambientale etc.) - in base ai principi costituzionali non sembra ragionevole una diversità di trattamento fra i titolari di posizioni (sostanzialmente) omogenee.

¹⁰¹ 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.

scoraggiare – e sanzionare – adeguatamente la commissione di fatti illeciti, nella cornice del perseguimento di una “giustizia totale” (v. § 1.3.).

In secondo luogo, si evidenzierà come, in mancanza di regole chiare, la giurisprudenza sia costretta a sanzionare nell’ombra, redigendo massime mentitorie, pur di soddisfare il bisogno di tutela effettiva promanante dalla “coscienza sociale”, vulnerando, tuttavia, l’esigenza nomofilattica e di (tendenziale) prevedibilità delle decisioni (v. § 1.8.).

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. §§ 1.9.A)-1.9.G).

*

1.3. 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”¹⁰²: Il rimedio è stato pesato, ed è stato trovato mancante sulla bilancia.



(Rembrandt. 1635 circa. *Il banchetto di Baldassà*. Olio su tela. Cm 167,6 x 209,2.

Londra: National Gallery)

¹⁰² Daniele, 5:1-8 e 25-28, Sacra Bibbia, versione CEI 2008: «Il re Baldassàr imbandì un grande banchetto a mille dei suoi dignitari e insieme con loro si diede a bere vino. Quando Baldassàr ebbe molto bevuto, comandò che fossero portati i vasi d'oro e d'argento che Nabucodònosor, 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 Baldassàr, illustrato *supra* in un meraviglioso dipinto di Rembrandt. L'ignota mano che incide il graffito sul muro, nel generale sbigottimento di una notte di balordi 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>>.

Dopo aver analizzato le principali funzioni che la R.C. può assolvere in astratto (e nelle concrete epifanie storiche nelle quali essa si è inverte 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 più frequente delle sanzioni civili, intensificato in misura significativa negli ultimi due decenni.

Il *conditor legum*, infatti, ha introdotto negli ultimi anni 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»¹⁰³: 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 applicazione pratica, 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, 3° co, e 8 L. "Gelli-Bianco"), l'*ingiuria depenalizzata* (artt. 3-5 D.lgs. 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.A.).

¹⁰³ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

Preme qui 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 per l'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 compensativo¹⁰⁴.

Dall'altro lato, come si argomenterà in prosieguo, tali norme inserite nel nostro ordinamento, seppur senza un originario disegno sistematico, si dimostrano oggi all'occhio dell'interprete *espressione di una (unitaria) regola immanente nel sistema*, 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 giudiziario¹⁰⁵. 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»¹⁰⁶. A ben guardare,

¹⁰⁴ Tali norme dimostrano il chiaro *favor* legislativo per il risarcimento ultra-compensativo, al sussistere di condotte particolarmente connotate. Esse, dunque, smentiscono apertamente 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*, Padova, 2019, p. 45, la quale sostiene, invero senza argomenti persuasivi, una tesi sconfessata da chiari indici normativi e dall'*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.

¹⁰⁵ *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».

¹⁰⁶ 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*, III ed., Torino, 2018, p. 10; nonché P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed.,

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 sanzione¹⁰⁷. D'altronde, esistono diversi precedenti nei quali la Corte di cassazione ha adoperato la tecnica del "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 latenza¹⁰⁸. 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

Milano, 2018, 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 anche 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 condivisibile 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 passeggera, 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 progressive depositarsi di novità ha finite 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 IV del presente lavoro).

¹⁰⁷ V. le considerazioni svolte al Cap. IV.

¹⁰⁸ Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, p. 2895 ss.

parità sostanziale, l'ordinamento deve offrire un rimedio efficace in grado di neutralizzare (tutte) le conseguenze dell'illecito¹⁰⁹, 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, con il suo corollario sulla monofunzionalità della R.C.¹¹⁰. 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 dispositivo¹¹¹. In altre

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Le affermazioni spesso apodittiche che ancora vengono usate per predicare la monofunzionalità della R.C. sono a tacer d'altro antistoriche. Né vengono giustificate dialetticamente se non tramite uno scarno rinvio alla tradizione.

¹¹¹ 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.

parole, “si fa, ma non si dice” (v. *amplius* al § 1.8.). Nondimeno, recentemente, la Suprema Corte ha cominciato a riconoscere espressamente i limiti del paradigma meramente compensativo per la reazione ad illeciti dolosi e/o lucrativi.

Invero, già con le sentenze a Sezioni Unite c.d. di “San Martino”¹¹² 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 (bilanciando il principio di solidarietà con quello di tolleranza). 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 futile¹¹³. 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 dalle pronunce di “San Martino”¹¹⁴.

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. 1126¹¹⁵, la gravità dell’offesa rileva ai fini della quantificazione del risarcimento del danno – caso di atti discriminatori subiti da un giovane omosessuale da parte di un pubblico funzionario.

ii) In un recentissimo caso giudicato da Cass., 12 aprile 2018, n. 9059¹¹⁶, avente ad oggetto una condotta denigratoria svoltasi attraverso «una serie di atti e comportamenti

¹¹² Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

¹¹³ 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».

¹¹⁴ M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁵ In *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 827 ss., con nota di G. Citarella, *Identità sessuale, riservatezza e danno non patrimoniale*; e in *Danno e resp.*, 2015, p. 511 ss. con note di G. Ponzanelli e F. Quarta. Sempre in relazione alla discriminazione basata sull’orientamento sessuale si veda il caso “Taormina”, giudicato da Trib. Bergamo, 6 agosto 2014 (ord.) 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*.

¹¹⁶ In *Resp. civ. e prev.*, 5/2018, p. 1531 ss., con nota di F. De Leo, *La dimensione sanzionatorio-*

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 diritto¹¹⁷. 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»¹¹⁸.

iii) Infine, deve essere richiamata la pronuncia resa dal Trib. di Bergamo, 30 marzo 2018, (ordinanza)¹¹⁹, 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 europee¹²⁰) poneva in essere una serie di condotte gravemente discriminatorie e lesive del diritto di accesso al lavoro senza discriminazioni 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,

deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?

¹¹⁷ Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, §§ 5.5.1. e 6.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ In *Giur. it.*, 10/2018, p. 2191 ss., con nota di M. Biasi, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*.

¹²⁰ Eloquente, 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".

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 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, 5° co., D.lgs. 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 medesima¹²¹ e alla *personalità dell'agente*: «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, opportunamente, 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 ultra-compensativo/“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

¹²¹ 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.).

costituzionalmente protette»¹²²; 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»¹²³.

*

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 torti¹²⁴.

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 disposizioni (normative) 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

¹²² Trib. Bergamo, in *op. cit.*, p. 2195.

¹²³ Trib. Bergamo, in *op. cit.*, p. 2195. Principio 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, considerando la forza economica e la potenza offensiva in concreto dimostrata dal danneggiante.

¹²⁴ 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*, Torino, 2014, p. 76 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 204 ss. e 372 ss.. Sul *deficit* di effettività della mera *compensation v.* anche l'interessante posizione di 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; nonché Cass., 7 ottobre 2016, n. 20251, con nota di P. PARDOLESI, *La camicia di Nesso e il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale*, cit., in materia di inadempimento contrattuale e *deficit* di tutela di un risarcimento sbilanciato sulla funzione compensativa.

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)¹²⁵.

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 l'agente sia un imprenditore, istituzionalmente portato ad un'organizzazione razionale e "scientifica" del lavoro, nonché alla massimizzazione del profitto), risulta evidente come la *deterrence* 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»¹²⁶.

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

¹²⁵ 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.

¹²⁶ G. ALPA, *La responsabilità civile, op. cit.*, p. 48. V. anche G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2018, p. 489 ss., e in particolare § 4.

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 €¹²⁷), 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)»¹²⁸.

In breve, il denunciato *deficit* di effettività rimediabile comporta il rischio concreto che si verifichino gravi illeciti (poiché lesivi di posizioni soggettive di rango costituzionale) sostanzialmente non assistiti da un rimedio adeguato, anche in funzione deterrente, all'importanza dell'interesse leso; «la sola logica compensativa rischia di condurre a risarcimenti 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)»¹²⁹.

Da ultimo, sembra opportuno ricordare che oltre mezzo secolo fa autorevole dottrina (Sacco¹³⁰) 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

¹²⁷ V. art. 13, 1° co., D.p.R. 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.

¹²⁸ A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 242. Considerazioni che militano, altresì, a ritenere necessaria la presenza di azioni collettive snelle ed efficaci, auspicabilmente basate sul meccanismo dell'*opt-out*.

¹²⁹ A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019, p. 236.

¹³⁰ *L'arricchimento mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

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»¹³¹ (nostra l'enfasi).

Sembra allora necessario continuare in tale direzione, razionalizzando al meglio i materiali esistenti e procedendo a letture non riduzionistiche del sistema della R.C.¹³².

*

1.4. 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 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 decisioni¹³³.

¹³¹ 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 introducesse espressamente tale rimedio 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. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; nonché S. GIANI, *I criteri di risarcimento del danno nel diritto industriale*, 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. 27 ss.

¹³² 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 – the case of punitive damages*, 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*».

¹³³ Infatti, come anticipato, in difetto di una esplicita ammissione della necessità di adoperare un rimedio

Infatti, allo stato non sembra essere consolidato un (esplicito) orientamento giurisprudenziale che valorizzi la gravità della condotta per imprimere una (proporzionale) 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”¹³⁴ – 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.¹³⁵ 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 risarcimento¹³⁶.

La presa di coscienza di tali (gravi) limiti del sistema vigente, come incarnato dalla *law in action*, porta a concludere pianamente nel senso della *desiderabilità*, e della *necessità*, di definire una fattispecie generale di risarcimento ultra-compensativo. In tale direzione sembrano militare anche le riflessioni di autorevole dottrina, la quale, dopo aver constatato la «insufficienza dei tradizionali strumenti di tutela», conclude segnalando «l’esigenza di superare le regole tradizionali di quantificazione del danno»¹³⁷ (l’enfasi è nostra).

(anche) sanzionatorio - da accompagnare, necessariamente, a criteri chiari stabiliti *ex ante* di valorizzazione della gravità della condotta e dell’intensità dell’elemento soggettivo - 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*; nonché, pur nel ridotto spazio operativo concesso oggi dall’art. 360, n. 5), c.p.c., sulla ragionevolezza della motivazione. Sul punto sia consentito un rinvio a 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. V. anche M. GRONDONA, *op. ult. cit.*, p. 49.

¹³⁴ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Cass., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5829, Rel. Dell’Utri.

¹³⁷ 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 strumento consiste nell’introduzione dei danni punitivi, tenendo comunque presente che lo stesso fine può essere realizzato mediante alcune norme del diritto vigente» (nostra è l’enfasi).

Ancora una volta, giova ripeterlo, il razionale retrostante di *policy* del diritto è l'effettività del rimedio¹³⁸. Non sembra vano tenere di mira la stella polare di un *equo sistema di reazione ai torti*¹³⁹: “rendere inutile l'illecito” (riprendendo le parole di Trimarchi). Soltanto gli sforzi interpretativi¹⁴⁰ protesi a calare tale scopo, concretamente, nelle elastiche regole codicistiche sembrano in grado di raccordare la R.C. con responsabilità sociale dei consociati (inevitabile contrappeso della libertà individuale); nella necessaria cornice di una concezione (anche) etica della responsabilità¹⁴¹.

Infine, un'autorevole presa di posizione sulla desiderabilità (e la necessità) di un rimedio ultra-compensativo proviene dal diritto UE posto contro le discriminazioni: ambito ove è dato registrare l'esigenza di contrastare efficacemente condotte

¹³⁸ 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 – the case of punitive damages*, *ibidem*.

¹³⁹ 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*, Milano, 2001, 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, proprio 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.

¹⁴⁰ 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, «raccogliendo 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. Come acutamente osservato da 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.

¹⁴¹ Si rinvia a C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1197, per il quale soltanto la «commisurazione dell'entità della 'sanzione' al grado di riprovevolezza del comportamento... potrebbe coerentemente fondare una concezione etica della responsabilità».

tipicamente dolose, nonché un'abitudine a ragionare in termini rimediali e antiformalistici¹⁴².

Si tratta della Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione. In particolare, tale fonte prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di apparecchiare i rimedi giuridici idonei a garantire «un indennizzo o una riparazione *reali ed effettivi...* in modo da essere *dissuasivi e proporzionati* al danno subito» (art. 18). Ancora, i paesi UE, stabilite le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della medesima direttiva, «*prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione*. Le sanzioni... devono essere *effettive* proporzionate e dissuasive» (art. 25)¹⁴³.

Di recente la Corte di Giustizia, richiesta di una pronuncia pregiudiziale da un giudice del lavoro spagnolo, ha invero escluso che la Direttiva 2006/54/CE imponga a

¹⁴² Invero, si deve segnalare che il diritto UE, negli ultimi due decenni, è stato piuttosto ondivago in materia di danni punitivi. Infatti, ad un complessivo atteggiamento *possibilista* testimoniato *inter alia* da arresti in cui la CG aveva lasciato spazio ai giudici nazionali per l'applicazione di rimedi ultracompensativi - v. in particolare i casi *Brasserie de Pêcheur* (C-46/93 e C-48/93), *Manfredi* (C-295/04 e C-298/04) e, da ultimo, *Stowarzyszenie «Olawska Telewizja Kablowa»* (C-367/15) -, ha fatto seguito, recentemente, la “chiusura” espressa di cui alla Direttiva 2014/104/UE, c.d. “danni”. Come anticipato *supra*, tale presa di posizione non sembra razionale rispetto agli obiettivi perseguiti con la stessa Direttiva “danni” e crea, oltretutto, un'ingiustificata diversità di trattamento giuridico rispetto alla contigua materia del diritto industriale (ove vengono consentiti rimedi ultracompensativi). Anzi, la Direttiva “danni”, e la relativa normativa nazionale di recepimento (d.lgs. 3/2017), invece di deterrenza adeguatamente il danneggiante, si risolvono a dissuadere la vittima dal fare causa, specie nei casi di *small claims*, di entità inferiori o pari ai costi di attivazione della giustizia. Sicché, in questo caso l'ammontare del risarcimento sembra rendere più agevole i mutamenti di titolarità a beneficio del *torfeasor* (cfr. G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 145). 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, sul danno da illecito concorrenziale cfr. P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017.

¹⁴³ Sicché 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 artt. 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.

tutti gli Stati di prevedere un risarcimento maggiore della riparazione integrale, in funzione deterrente/punitiva anche ove il singolo Stato non contempli i danni punitivi nel proprio ordinamento¹⁴⁴. Tuttavia, la Corte ha ribadito che ove il singolo Stato opti per il risarcimento per equivalente pecuniario, la Direttiva impone, in ogni caso, un risarcimento che copra integralmente tutte le voci di danno subite dal lavoratore.

Se questa è la conclusione della Corte di Giustizia – alla quale sembra lecito muovere più d’una critica, posto che, di fatto, sponsorizza, almeno indirettamente, letture rimediali inefficaci¹⁴⁵, che quindi tradiscono la *ratio* della Direttiva citata – rivestono sicuro interesse le conclusioni dell’Avvocato Generale nella suddetta causa. Quest’ultimo prende atto che la Corte probabilmente non potrebbe spingersi a costruire, in via pretoria, la categoria dei “danni punitivi” validi per tutti i paesi dell’Unione, sia pur limitatamente all’ambito di tutela del lavoratore ingiustamente

¹⁴⁴ Corte di Giustizia 17 dicembre 2015, 407/14, *María A. Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España SA*.

¹⁴⁵ Un’analogica critica - in termini di eccessiva prudenza, che non ha consentito 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, 1° co., 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, 1° co., 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 «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 forfezzato richiede che esso sia tale da realizzare un *adeguato contemperamento 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] mancanza del carattere dissuasivo della sanzione, poiché... 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».

discriminato. Tuttavia, egli osserva che «di ciò ci si può sicuramente rammaricare, perché sono consapevole che il sistema di responsabilità sopra descritto [quello meramente compensativo, NdA] è lungi dall'adempiere in maniera sistematicamente soddisfacente la sua funzione riparatrice»¹⁴⁶.

Ci si domanda, allora, quanto abbia un senso (giuridico) continuare a rammaricarsi per un *deficit* rimediabile di così grave portata quando esso può essere colmato in via interpretativa con gli strumenti esistenti nell'ordinamento¹⁴⁷; 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.

Pertanto, si può convenire con l'invito a guardare pragmaticamente ai bisogni di tutela, senza pregiudiziali d'ordine dogmatico, ammettendo la necessità di un rimedio generale ultra-compensativo, che aumenti l'efficacia deterrente della R.C., e sia in grado di 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*»¹⁴⁸.

*

1.5. 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 anche contro le evidenti prese di posizione e della Consulta, e del legislatore. 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 –

¹⁴⁶ Conclusioni Avv. Gen., Paolo Mengozzi, par. 52.

¹⁴⁷ Cfr. *infra* §§ 4.4. ss.

¹⁴⁸ 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, v. U. MATTEI-A. QUARTA, *Punto di svolta*, Sansepolcro, 2018.

superare l'asticella dell'integrale riparazione, non si vede come le funzioni di deterrenza e sanzione potrebbero esprimersi¹⁴⁹.

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 il diritto inviolabile all'integrità della persona con altri valori di rilievo costituzionale¹⁵⁰.

In particolare, la Consulta ha sconfessato il riferito dogma con riferimento al *contratto di trasporto di persone*¹⁵¹, all'*espropriazione per pubblica utilità* (anche in relazione all'illecito noto come "occupazione acquisitiva")¹⁵², al settore delle *lesioni micropermanenti*¹⁵³, nonché al *risarcimento dovuto per licenziamento illegittimo*¹⁵⁴.

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

Da un lato, nel sistema del codice vi sono numerosi esempi di pretermissione del 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

¹⁴⁹ Cfr. P. G. MONATERI-G. M. D. ARNONE-N. CALCAGNO, *op. cit.*, p. 73 ss.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ 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 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 sé, sibbene perché non erano state predisposte 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.

¹⁵² Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369, §8.1., in *Foro it.*, 1996, I, p. 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.

¹⁵³ Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

¹⁵⁴ Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194.

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»¹⁵⁵. 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»¹⁵⁶. Inoltre, il principio *de quo* è superato dal Codice nelle numerose ipotesi di indennizzo ivi previste (v. in avanti § 2.2. ss., per una trattazione del paradigma indennitario) 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*¹⁵⁷.

Dall'altro lato, la legislazione speciale ha superato in plurime occasioni, con estrema disinvoltura 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. 210/1992), *l'indennità per la perdita dell'avviamento* (in materia di locazioni commerciali: art. 34 L. 392/1978), e *l'indennizzo per il ritiro dell'opera dal commercio* (nell'ambito del c.d. diritto di pentimento dell'autore: art. 142 L.A.).

¹⁵⁵ 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*.

¹⁵⁶ G. PONZANELLI, *ibidem*, p. 70.

¹⁵⁷ 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, 1-21.

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 nella nota sentenza-principio 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 al §§ 2.12. ss., per un'analisi di tali fattispecie, basti qui richiamare la *responsabilità aggravata per lite temeraria* (art. 96 c.p.c.), e il *risarcimento e la pena pecuniaria in ambito medico* (artt. 7, 3° co, e 8 L. "Gelli-Bianco") come esempi, recenti e assai significativi di rimedi ultra-compensativi che cantano 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 a dogma, ridondando a vantaggio del *tortfeasor*, garantendo a costui un senso di impunità e la possibilità di lucrare sull'illecito¹⁵⁸. 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*).

*

¹⁵⁸ Com'è stato osservato da G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, p. 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».

1.6. 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 anti giuridicità 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»¹⁵⁹.

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 (torna il *principio* di integrale riparazione) non derivi da una «necessità logica o ontologica», sibbene da «una scelta positiva da parte del legislatore»¹⁶⁰. 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

¹⁵⁹ 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, 3° co., c.p.c.

¹⁶⁰ P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 829.

codificazione europea fintantoché non sia dato rinvenire una frattura, ossia il momento cui riferire il compimento di tale scelta¹⁶¹.

Tale frattura è stata registrata nella Francia post-rivoluzionaria. Vale la pena riepilogare brevemente le tappe storiche del processo che portò alla separazione 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 dichiarazione¹⁶². 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 antitetich) rispetto alla protezione dei diritti inviolabili appena proclamati. Tale clima segnò pertanto l'ascesa e il declino della figura di "procuratore generale privato"¹⁶³, 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

¹⁶¹ 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 art. 1151 e 1152 del codice civile Pisanelli. Questi ultimi, come noto, altro non erano se non la traduzione in lingua italiana degli artt. 1382 ss. del Code Napoleon. 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 delle peculiari declinazioni dell'elemento soggettivo.

¹⁶² 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>>.

¹⁶³ 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>>.

ruolo dei privati fu ridimensionato a quello di mero tutore dei propri affari, e di null'altro¹⁶⁴.

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»¹⁶⁵.

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 pubblico; 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*¹⁶⁶. 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»¹⁶⁷. È appena il caso di chiarire

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 48.

¹⁶⁶ 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 opportunamente 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 alla “minima” *compensation*.

¹⁶⁷ 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)».

come tale giudizio, lungi dall'essere una petizione di principio, riposi sulla presa d'atto dei limiti oggettivi dell'approccio meramente compensativo, denunciati nel paragrafo 1.3.

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 riferimento¹⁶⁸ rispetto alla codificazione borghese ottocentesca che cristallizzò la riferita regola di Brumaio.

L'antica scelta "positiva" non sembra compatibile con l'attuale quadro assiologico dell'ordinamento civile¹⁶⁹. Anzi, essa rappresenta un freno – da rimuovere – per l'*enforcement* rimediale dei diritti¹⁷⁰. Almeno ove si vogliano trarre le logiche conclusioni dal registrato *deficit* di effettività rimediale che affligge il nostro sistema di reazione ai torti.

*

1.7. 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 recare un *vulnus* al 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 colpa semplice) integra un *vulnus sistematico*, che pare in grado di minare la stessa tenuta costituzionale del vigente

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ Come osservato opportunamente 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».

¹⁷⁰ Non a caso tale antica scelta si trova in sintonia con l'ideologia neoconservatrice che, a partire dagli inizi degli anni '80, ha cominciato a criticare con crescente veemenza le funzioni e prospettive della R.C. protese a inverare le traiettorie assiologiche scolpite nella Costituzione, e, più in generale, ad attaccare frontalmente il modello di Stato sociale. V. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig)*, cit., p. 1262 s.

sistema di responsabilità. Come acutamente dimostrato, l'irrazionalità del potere non si palesa soltanto nell'imposizione di sanzioni "mostruose" o comunque sproporzionate per eccesso (come opportunamente avvertito dai detrattori dei danni punitivi). L'irrazionalità filtra altresì – seppur secondo un disegno più sfumato da cogliere – da un «sistema che rinunci a sanzionare laddove invece dovrebbe»¹⁷¹; ove, quindi, le sanzioni pecchino per difetto.

Quanto sopra sembra trovare conferma anche nel *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*)¹⁷². Ma al ritiro 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, in chiave deterrente/sanzionatoria, contro condotte incompatibili con le regole basali del vivere sociale e col dovere di solidarietà economica e sociale predicato dalla Costituzione¹⁷³.

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 *regola immanente nel sistema* – che abilita il giudice a imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento (v. *retro* § 1.3.) – si rivela essere espressione di un «più vasto e organico principio, intitolato alla repressione della malizia»¹⁷⁴.

Insomma, l'esistenza di un siffatto principio, e di una conseguente regola operativa, sembra 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

¹⁷¹ F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 357.

¹⁷² V. per tutti M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit.; 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.

¹⁷³ Ciò anche per l'endemica vicinanza alla quotidianità del processo civile, come osservato da F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 359.

¹⁷⁴ P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 344.

imponere all'interprete di trattare diversamente situazioni base differenti, esso rappresenta un pilastro assiologico che deve informare, altresì, l'intero diritto civile¹⁷⁵. Inoltre, il *principio di differenziazione* risulta oggi anche dal riformato articolo 118 Cost., che lo evoca espressamente¹⁷⁶.

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 consociati¹⁷⁷; 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 lieve. «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»¹⁷⁸.

Una diversa conclusione sembra insanabilmente in contrasto con l'art. 3, 2° co., rischiando seriamente di porre l'edificio della R.C. fuori dall'orbita della legalità costituzionale, e fuori da una necessaria, ragionevole, coerenza sistematica¹⁷⁹.

*

1.8. Necessità di far emergere una regola (quella punitiva) invero praticata nell'ombra: “si fa ma non si dice”.

¹⁷⁵ 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».

¹⁷⁶ V. 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».

¹⁷⁷ F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 364.

¹⁷⁸ F. QUARTA, *ibidem*.

¹⁷⁹ F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 365, nt. 826, definisce una siffatta concezione autoreferenziale e immune da condizionamenti sistematici.

Al di là delle declamazioni formali, ancora oggi (parzialmente) nel senso della asserita impossibilità di imprimere una curvatura sanzionatoria alla R.C. fuori dalle fattispecie speciali ultra-compensative¹⁸⁰, dall'analisi critica della giurisprudenza emerge che i nostri giudici civili puniscono e come¹⁸¹. In particolare, emerge come essi, nei casi che destano maggiore allarme sociale, sono 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 mentitoria¹⁸²: 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»¹⁸³. 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 particolarmente odiosa, certamente la vittima ha sofferto di più, indi deve ricevere un risarcimento compensativo + x ¹⁸⁴.

Tale approccio “carsico” alla punizione di diritto civile, *in primo luogo*, dovrebbe indurre la dottrina ad abbandonare teoriche tratte che non hanno un riscontro effettivo nel mondo reale¹⁸⁵. Proprio non si vede quale sia l'utilità – anche sistematica

¹⁸⁰ Cass., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5829, Rel. Dell'Utri. Quando non di vera e propria riaffermazione (apodittica) della monofunzionalità della R.C., v. Cass., Sez. III, 10 maggio 2018, n. 11250, Rel. Armano.

¹⁸¹ 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.

¹⁸² Parla esplicitamente di “inganni” P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e imp.*, 1989, p. 890.

¹⁸³ 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>>.

¹⁸⁴ 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».

¹⁸⁵ 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

e dogmatica – nel mantenimento di simili narrazioni giuridiche, svincolate dalla realtà pretoria a tal punto da riuscire ipocrite¹⁸⁶.

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, anche democratico, sulla razionalità delle decisioni. Sembra piuttosto evidente che affidare la sanzione delle condotte più odiose e delle sfumature di dolo più sfacciate e deplorevoli 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 uno strumento (apertamente) punitivo, perché sarebbero ipotizzabili derive di

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*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019, p. 224 ss., il quale, commentando l’arresto delle Sezioni Unite del 2017 che ha acclarato senza mezzi termini la 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?».

¹⁸⁶ 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 «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., p. 403 e 603 ss., nonché 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 fenomenica.

soggettivismo sanzionatorio poco desiderabili, in grado attentare, fra l'altro, alla certezza del diritto.

È vero, invece, 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 accertato in giudizio – consentirebbe: *i*) una tendenziale prevedibilità delle decisioni; *ii*) di trattare in modo eguale situazioni eguali; *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 quanto sopra affermato. Ne saranno analizzate quattro – quand'anche l'elenco sarebbe davvero esteso, e in continuo, quotidiano, aggiornamento¹⁸⁷ – 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 2014¹⁸⁸). 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 materiali¹⁸⁹, individuati come tali dalla Cassazione penale, a pagare l'importo di 2 miliardi di Euro allo Stato italiano, a titolo di danno non patrimoniale¹⁹⁰.

¹⁸⁷ 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-gusimone-criteri-di-quantificazione-del-danno-da-diffamazione-a-mezzo-stampa>>.

¹⁸⁸ In *Danno e resp.*, 2015, p. 713 ss., con nota di M. FRANZONI.

¹⁸⁹ I militanti di estrema destra appartenenti ai Nuclei Armati Rivoluzionari (NAR), Giuseppe Valerio Fioravanti e Francesca Mambro.

¹⁹⁰ In particolare, trattasi di 1 miliardo di euro concesso a titolo di danno non patrimoniale (in misura

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 nazioni¹⁹¹.

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.

¹⁹¹ 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.

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

Appare allora evidente la totale assenza dello scopo riparatorio nella condanna in commento. È fin troppo intuitivo comprendere che «ben difficilmente lo Stato italiano potrà ricevere anche soltanto un piccolo vantaggio compensativo o satisfattivo da questa sentenza»¹⁹², 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»¹⁹³. 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) 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. 21255¹⁹⁴).

¹⁹² M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 718.

¹⁹³ Trib. Bologna, 10 ottobre 2014, cit., p. 716.

¹⁹⁴ 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.

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.

Tale 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 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 l’episodio corruttivo, 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 prossima, 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 divise¹⁹⁵) criticità formali che, ove irrigidite,

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.

¹⁹⁵ V. ad es. V. COLESANTI, *Variazioni (in “re minore”) in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 286.

avrebbero provocato conseguenze inaccettabili in punto di deterrenza (speciale e generale) e di politica del diritto¹⁹⁶;

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»¹⁹⁷).

Come anticipato, dunque, la Suprema Corte si sottomette formalmente al principio di integrale riparazione, affermando che la 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)¹⁹⁸.

¹⁹⁶ 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».

- Marchese: «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 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».

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ La massima soprariferita deve oggi essere letta in combinazione con l'acquisito statuto della polifunzionalità della R.C. (di cui alle S.U. 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.

Com'è stato acutamente osservato, l'avverbio "ancora", «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»¹⁹⁹.

Infatti, la gravità della condotta e l'intensità del dolo del danneggiante vengono valorizzati in diversi punti della pronuncia²⁰⁰.

Ne discende che, ove non si voglia parlare schiettamente di pronuncia (anche) 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 corruzione²⁰¹, 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

¹⁹⁹ M. DI MARZIO, *ibidem*, § 4.

²⁰⁰ 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 prescinda (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 prescinda del tutto, svincolando, in ipotesi, la punizione del danneggiante dalla sofferenza dell'attore.

²⁰¹ 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, qualcuno ha parlato 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.

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 patito²⁰².

*

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. 32²⁰³).

Il caso è legato incidentalmente alla vicenda degli “ecomostri” di Punta Perotti, a Bari. È noto che le predette costruzioni furono ritenute urbanisticamente illegittime, confiscate in forza di un giudicato penale, e abbattute in diretta TV²⁰⁴. 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'immondizia – che associavano indebitamente l'immagine e il motto del grande artista al partito politico PDL-Berlusconi presidente.

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

²⁰² 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»

²⁰³ 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...”*.

²⁰⁴ 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.

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 integrale²⁰⁵. 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»²⁰⁶.

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 padre²⁰⁷.

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 tramite una massima decettiva, indotta dall'allora soverchiante teorica della monofunzionalità.

*

D) Il filmino della Comunione e il danno “punitivo” per inadempimento contrattuale doloso (Giudice di Pace di Torre Annunziata, 18 ottobre 2017²⁰⁸).

²⁰⁵ 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)».

²⁰⁶ E si citano anche le Sezioni Unite c.d. di San Martino, predicando di volersi adeguare ad esse.

²⁰⁷ DI MARZIO, *op. ult. cit.*, § 4.

²⁰⁸ Sentenza annotata da A. CASTIGLIONI, *Risarcito il danno per il filmino eseguito male, con dolo*, in

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)²⁰⁹. 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

Persona e danno, 2018, <<https://www.personaedanno.it/articolo/risarcito-il-danno-per-il-filmino-eseguito-male-con-dolo-giudice-di-pace-torre-annunziata-18-10-2017>>.

²⁰⁹ 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 viepiù la Cassazione italiana, almeno nelle intenzioni del legislatore, ad un’alta Corte di *common law*; sul punto sia consentito un rinvio a A. PISANI, *I motivi di ricorso*, in Tedoldi (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Bologna, 2019, cap. XXIV, § 5, 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. E in relazione alla convergenza tra i diversi sistemi giuridici, v. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit.

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, secondo 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 futilità²¹⁰. Inoltre, il giudice afferma apoditticamente che la “brutta sorpresa” ricevuta dalla ragazzina, quando si è trovata a guardare il filmato monco della scena eucaristica, insieme ai familiari, le avrebbe creato “certamente”

²¹⁰ 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”).

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 deterrenza²¹¹.

*

1.9. *Rationes* giustificative del rimedio ultra-compensativo.

Si tratta, in somma, di mettere a sistema i punti fermi già raggiunti e che derivano, in gran parte, come logica conseguenza della pluralità delle funzioni della R.C., nonché del constatato *deficit* rimediabile presente nel nostro sistema (e dalla collaterale attività criptopunitiva 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.

*

1.9. 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

²¹¹ 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).

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 raggiungerle»²¹².

L’andamento storico della R.C., a far tempo dalla fase arcaica del diritto romano, sembra descrivere una sinusoide tra punizione e riparazione, 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*²¹³.

²¹² 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.

²¹³ 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.

Particolarmente rilevante a tal fine è il trattamento decemvirale delle lesioni personali (Tab. 8.2–4²¹⁴) cagionate a terzi in modo ingiusto e doloso. 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 assi²¹⁵.

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 arcaica, «trovava estesa applicazione il regime della vendetta di sangue»²¹⁶. Ad un punto imprecisato dell’evoluzione giuridica romana, tuttavia, inizia a farsi strada l’idea che ai torti si possa riparare anche in modo 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*»²¹⁷, lasciando il taglione come alternativa percorribile solo nei casi più gravi, coincidenti con il *membrum ruptum*.

²¹⁴ 451-450 a.C.

²¹⁵ Si trattava di pene piuttosto severe, considerando che al tempo delle XII Tavole una pecora valeva 10 assi e un bue ne valeva 100.

²¹⁶ B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 3.

²¹⁷ M. F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in *Rev. Intern. des droits de l’ant.*, LVIII, 2011 p. 173. Cfr. P. 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. 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».

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 vincite riportate da Roma nelle Guerre Puniche, che riversarono nell'Urbe un flusso considerevole di ricchezza²¹⁸.

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*²¹⁹. 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 dotati di capacità economica rilevante.

In particolare, nel III sec a.C. si registrò una progressiva perdita del potere d'acquisto delle monete, con diverse riduzioni concentrate in tale torno di tempo. Franchini nota a tal proposito che le riforme legislative che presero atto della perdita di valore dell'asse debbano collocarsi nel corso del III sec. a.C., a causa della svalutazione sestantaria del 268 a.C. e di quella onciaria del 217 a.C.²²⁰.

Tale constatata inefficacia della pena fissa, verosimilmente palesatasi attorno alla metà del II secolo 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*. 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 morale²²¹.

²¹⁸ 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.

²¹⁹ «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.

²²⁰ L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, p. 51.

²²¹ Sulla figura dell'*iniuria* cfr. A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*,

Fu così istituita l'*actio iniurarum aestimatoria*, con la quale si perseguiva una pena pecuniaria, stabilita caso per caso dal giudice, e parametrata all'entità dell'offesa. È interessante considerare che la *formula* dell'azione faceva riferimento all'*equità*²²² 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»²²³.

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 Gaio²²⁴, il giudice avrebbe condannato esattamente a quanto richiesto dall'attore, chiaramente a titolo sanzionatorio e punitivo del responsabile dando piena soddisfazione alla richiesta della vittima²²⁵.

Inoltre, sembra rilevante considerare il carattere infamante dell'azione in commento. Secondo le fonti²²⁶, 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*. Per la dottrina, tale scelta dell'ordinamento di ostracizzare il colpevole di *iniuria* sarebbe «un'ulteriore riprova del concetto di deterrenza che informa il *delictum* in oggetto [l'*iniuria*, NdA], raggiunta sia attraverso un risarcimento che poteva essere

in *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti* a cura di M. Humbert, Pavia, 2005; E. POLAY, '*Iniuria*' types in roman law, Budapest, 1986; G. PUGLIESE, *Studi sull''iniuria*', Milano, 1941; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell''iniuria*' in età repubblicana, Milano, 1977.

²²² 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").

²²³ M. MARRONE, *op. cit.*, p. 511.

²²⁴ 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 solet, si simul constuerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hanc ipsa quantitate taxamus formuam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsum praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

²²⁵ 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.

²²⁶ 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.

ultra-compensativo, sia mediante l'irrogazione dell'infamia»²²⁷.

Tralasciando le altre figure di *delictum* 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 plebiscito²²⁸ 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 previsioni, tuttavia, specificano che l'atto debba essere commesso *iniuriā*. 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* (*infitiatio*), condotta sanzionata in *duplum*²²⁹.

L'*actio legis Aquiliae* era un'azione qualificata come penale già dai tempi di Catone²³⁰, mista in età giustiniana, che individua, ai sensi del tenore letterale del

²²⁷ S. 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, p. 316.

²²⁸ D. 9.2.1 pr.-1 Ulp. 18 *ad ed.*: *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno 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*.

²²⁹ Come attestato da 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 infitiando 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*».

²³⁰ 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*».

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»²³¹.

In progresso di tempo, vi fu una crescente attrazione dei delitti nella giurisdizione criminale e una graduale depenalizzazione delle azioni penali private. 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’illecito²³².

Tuttavia, sembra potersi qualificare tali opere di depenalizzazione come un “vizio storico”, concordando perciò con quella 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»²³³.

²³¹ DI MARZIO, *op. cit.*, § 2.

²³² M. MARRONE, *op. cit.*, p. 499.

²³³ 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 impresa*, 1/2008, p. 74 ss., e in particolare i §§ 1. Il fatto illecito nella storia del diritto civile: dalla *lex Aquilia* alla compilazione giustiniana, e 2. *Continua:*

*

1.9. 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 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.)²³⁴. 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 altri, di eminente rango costituzionale, affidati alle regole risarcitorie ordinarie²³⁵; e *ii*) si

dalla Glossa alla Scuola del diritto naturale.

²³⁴ V'è di più. La possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie *punitive damages*, dischiusa dalle S.U. 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 ultracompensativa, ai creditori nazionali sarebbe precluso un rimedio efficiente e "performativo", 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.

²³⁵ 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 § 1.8.). 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. civ., 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.

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) omogenee²³⁶. 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 sovraordinati²³⁷.

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 Aristotele²³⁸. O, in altre parole, l'esigenza di raccordare la responsabilità civile con quella sociale, in un sistema di *equilibrio dinamico delle libertà*²³⁹.

Come osservato in filosofia del diritto, «il momento della massima rilevanza del riconoscimento sanzionatorio sarà quello in cui ci si avvede che un'azione infrange la coesistenzialità, fuoriesce dalla simmetria, massimizza la libertà del singolo, ma col

²³⁶ Per una lettura del rimedio risarcitorio nel prisma dell'art. 3 Cost. v. per tutti QUARTA, *op. ult. cit.*, 364 s.

²³⁷ Cfr. A. PISANI, *Indennizzo, risarcimento e i confini mobili della proprietà*, in *Turin L. Rev.*, 3 giugno 2017, p. 3 ss. e 175 ss.

²³⁸ V. F. QUARTA, *op. ul. cit.*, p. 199 ss.

²³⁹ 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.

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 dissimetria, 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 rinunciaste a reagire, proporzionalmente ed effettivamente, s'intende, esso sancirebbe la propria auto-dissoluzione»²⁴⁰.

Infine, si avverte come improcrastinabile 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 § 1.7), laddove una parte della giurisprudenza «continua con decisione – ed ostinazione – ad affermare l'inconciliabilità del danno punitivo con i principi cardine dell'ordinamento, dimenticando che gli argini della mera *compensation* sono a più riprese infranti dalle Corti di merito»²⁴¹.

²⁴⁰ 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).

²⁴¹ 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 acutamente 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

*

1.9. 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 sembra necessario andare oltre la mera compensazione del danno. In pratica, occorre eliminare l'incentivo economico al delitto²⁴². 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 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 scelta calcolata 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 incendio²⁴³. Le parti civili 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)²⁴⁴.

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

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».

²⁴² 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 per 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*».

²⁴³ Cass., penale, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 52511.

²⁴⁴ 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/>>.

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 (salva ovviamente una verità processuale di segno opposto che dovesse emergere dal giudicato)²⁴⁵.

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.

*

1.9. 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 *factio iuris*) che rappresenta, in qualche modo, il prezzo della lesione²⁴⁶.

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

²⁴⁵ 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».

²⁴⁶ Traccia di ciò sembra rivenirsi anche da uno dei diversi significati che *damnum* esprime nelle fonti giuridiche romane: da queste risulta, in primo luogo, 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.). Efficacemente F. GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, XVIII ed., Napoli, 2017, p. 743, osserva che il risarcimento del danno non patrimoniale rappresenta «una *factio*, inidonea a restituire o compensare, onde il risarcimento ha funzione essenzialmente sanzionatoria e deterrente, di pena privata».

non esista – un valore di mercato di beni come la salute, la dignità, il diritto a non essere discriminati *et cetera*²⁴⁷.

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 diritto²⁴⁸.

Diventa allora intuitivo, 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 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*)²⁴⁹.

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 rannoda 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»²⁵⁰.

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

²⁴⁷ 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».

²⁴⁸ 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*, New Haven-London, 1970.

²⁴⁹ Così con magistrale lucidità G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, trad. it. di D. Maltese, Milano, 2018, p. 144 ss. Cfr. anche M. BARCELLONA, *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.*, 2008, 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».

²⁵⁰ Secondo la felice sintesi adoperata dalle Sezioni Unite c.d. di San Martino.

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"²⁵¹. 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»²⁵².

*

1.9. E) Incentivo all'azione e law enforcement.

L'aumento di deterrenza generale conseguente ad una fattispecie generale ultracompensativa, 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'illecito²⁵³.

²⁵¹ 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 (correlato alla fase di "depatrimonializzazione") 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».

²⁵² M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 155.

²⁵³ In tal senso milita anche l'autorevole decisione di 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 art. 3, 24, 111 Cost., nella parte in cui dispone che, in caso di condanna officiosa, la somma equitativamente determinate 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 rimediabile, 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».

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 (ultra-compensativo) 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 si può affermare che tale arricchimento sia privo di causa (indebito) e dunque bandito dall'ordinamento.

La prospettiva tradizionale non considera 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 di strappare a costui il profitto lucrato approfittando delle conseguenze dell'illecito.

Pertanto, da un lato, come visto, tale arricchimento va a “ristorare” la lesione di un bene che non ha un valore di mercato. D'altro canto, tale arricchimento costituisce un utile incentivo all'azione processuale – in prospettiva di politica del diritto e di *law enforcement*²⁵⁴.

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 notoriamente *non* viene

²⁵⁴ Incentivo all'azione e disincentivo contro i mutamenti di titolarità non desiderati. 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 sanzioni economiche di diritto civile.

esercitata quante volte il costo di attivazione della giustizia superi il valore della domanda.

Tale funzione incentivante della quota ultra-compensativa, in chiave di effettività rimediale, 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 1996²⁵⁵ (di cui si dirà diffusamente *infra*, § 3.4.).

È ormai frequente che le corti nordamericane riconoscano fondamento alla richiesta di condanna a *punitive damages* in situazioni ove la componente 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, unita alla richiesta di danni punitivi da questi svolta, sovente rappresenta un effetto leva che porta a definire una transazione “tombale”, *omnia*, dunque, che tiene conto anche dell’eventuale condanna che avrebbe potuto essere pronunciata a titolo punitivo²⁵⁶. Molti casi, dunque, si risolvono con danni punitivi non esorbitanti, «proprio perché la loro funzione non è (davvero) punitiva ma implica piuttosto il riconoscimento di un “bonus” similcompensativo nella più complessa dinamica risarcitoria»²⁵⁷.

Dalla prassi del *common law* emerge dunque che frequentemente il risarcimento ultra-compensativo è riconosciuto in molti casi nei quali manca finanche un 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

²⁵⁵ 517 U.S. 559 (1996), commentata da G. PONZANELLI, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421.

²⁵⁶ Tale ad esempio è il caso della pronuncia nordamericana oggetto di delibazione 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.

²⁵⁷ 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.

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»²⁵⁸.

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»²⁵⁹.

Insomma, l’ordinamento giuridico a fronte del plusvalore determinato dall’illecito deve decidere se stare dalla parte del malfattore²⁶⁰; 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

²⁵⁸ D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 86.

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ 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».

netta e precisa: l'illecito non può pagare! Favorendo, altresì, un generale effetto di potenziamento delle norme primarie attributive di diritti (*law enforcement*)²⁶¹.

*

1.9. 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 diritto²⁶². 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 pur di 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)²⁶³.

Infatti, vi sono taluni tratti strutturali tipici della sanzione – la *reciprocità* e la *doverosità*, ad esempio – che la avvicinano inevitabilmente al fenomeno culturale vendicativo²⁶⁴. 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

²⁶¹ V. in argomento F. QUARTA, *op. ult. cit.*, p. 338 ss. e 347.

²⁶² Cfr. le mirabili considerazioni di E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta*, Milano, 2007; e di R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

²⁶³ S. HERSHOVITZ, *What does tort law do? What can it do*, in 47 *Val. U. L. Rev.*, 2012, p. 99 ss., il quale svolge una lettura decisamente sanzionatoria della R.C.

²⁶⁴ 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.

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 sanzione²⁶⁵. Diventa meno cruenta. Maggiormente controllabile, "statale"²⁶⁶.

In altre parole, «la sanzione inverte, 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»²⁶⁷ (l'enfasi è nostra).

Occorre tenere in mente tale radice comune di vendetta e sanzione: l'esigenza ancestrale di reagire *adeguatamente* ai torti²⁶⁸. Tale bisogno non solo è antico quanto

²⁶⁵ 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 inveramento non va letto sulla falsariga di un passaggio da uno stato presociale, primitivo, pregiuridico - 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».

²⁶⁶ Cfr. S. HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, in J. Oberdiek (a cura di), Oxford, 2014, p. 86 ss.; P. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, p. 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 convogliata dal magistrato verso una risoluzione pacifica. Dall'altro lato, la stessa legge delle XII Tavole 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».

²⁶⁷ Per F. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 314.

²⁶⁸ 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*

homo sapiens. È ben più risalente, se è vero, in base a quel che l'etologo mostra al giurista, che esso viene manifestato altresì da numerose specie animali²⁶⁹. 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»²⁷⁰. E, a sua volta, la reciprocità ci rimanda al sostrato sociale e antropologico di un altro istituto giuridico cardine delle società umane: il *contratto*. Tant'è che la stessa costituzione materiale alla base della convivenza politica è stata definita da Rousseau proprio tramite la metafora del “contratto sociale”.

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»²⁷¹ (nostra l'enfasi). Sembra appena il caso di osservare 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»²⁷².

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).

²⁶⁹ V. 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.

²⁷⁰ 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».

²⁷¹ R. CATERINA, *op. ult. cit.*, p. 214.

²⁷² R. CATERINA, *ibidem*. Come osservato magistralmente da R. SACCO, *Vendetta*, in G. LORINI-M. MASIA (a cura di), *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

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).

Poiché 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 frustrazione²⁷³ segua la tentazione di tornare alla ragion fattasi²⁷⁴.

1.9. G) Le risposte del sistema immunitario alle offese.

Da diverso tempo, oltre agli approcci metodologici classici degli studi giuridici, sono fioriti lavori di "Law &...". I più noti sono senza dubbio *law and economics*, *law and literature*, *law and art*, *law and geography* etc.²⁷⁵.

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.

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».

²⁷³ 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, evidentemente, dallo scrittore, come 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 aggira il giusto e il diritto ne esce stravolto*» (Abacuc 1:2-4, Sacra Bibbia, versione CEI 2008).

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ 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.

Meno esplorato sembra il rapporto tra diritto e biologia. Sebbene qualche studio pionieristico vi sia stato²⁷⁶, non pare esistere, allo stato, un consolidato movimento di *Law and Biology*.

Nella cornice epistemologica già tracciata da altri studi di “Law &...”, lo scopo del presente paragrafo è quello di confrontare il sistema di reazione di responsabilità civile con il sistema immunitario umano. Si metteranno a confronto le caratteristiche strutturali dell’uno con quelle dell’altro.

Successivamente, preso atto dell’opportunità per il giurista di valorizzare talune suggestioni e indicazioni (vere e proprie regole operazionali) provenienti dalla molteplicità rimediale del sistema immunitario, si procederà alla definizione di un parallelismo volto a costruire un modello di confronto²⁷⁷. In prima battuta esso, tramite una tabella comparativa²⁷⁸, proverà a definire:

- i) la scala di osservazione dei fenomeni messi a raffronto, e
- ii) le identità a livello cellulare, nei due sistemi.

Infine, una volta considerata la possibilità di studiare anche il sistema giuridico secondo l’approccio metodologico della fisica dei sistemi complessi, si tratterà un possibile sentiero di sviluppo e ulteriore affinamento del parallelismo. Segnatamente,

²⁷⁶ Per un inquadramento generale cfr. R. SACCO, *Questo nostro diritto (tra la metafisica e la biologia)*, in *Osserv. del dir. civ. e comm.*, 1/2016, p. 7, che con un’efficacissima sintesi mostra il 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». Come lavori puntuali che possono inserirsi nell’orbita di Law & Bio, si devono segnalare perlomeno R. D. ALEXANDER, *Biology and law*, in *7 Ethology and Sociobiology*, 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-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.

²⁷⁷ 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 tale 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.

²⁷⁸ A rigore, si tratta di una proposta di ontologia formale per la costruzione, in futuro, di un modello matematico di efficace risposta a torti civili.

si tratterebbe di applicare taluni modelli matematici, già definiti e usati per studiare la risposta immunologica (modelli di Celada-Seiden²⁷⁹), alla risposta di R.C., fatte, ovviamente, le debite semplificazioni tese a rendere le grandezze in gioco omogenee e confrontabili²⁸⁰.

Il punto di caduta finale potrebbe essere un modello matematico/numerico il cui output sia la quantificazione della risposta efficace.

Ma veniamo al confronto vero e proprio.

In base a quanto considerato nel presente capitolo, si può sicuramente inquadrare la R.C. come sistema sociale di difesa e reazione alle azioni illecite.

Tale ruolo istituzionale della responsabilità civile porta a pensare al sistema biologico di difesa per eccellenza: quello immunitario. Le cellule e le molecole che lo compongono, infatti, coordinano una risposta contro l'introduzione di sostanze estranee nell'organismo (c.d. risposta immunitaria)²⁸¹.

²⁷⁹ Per tali AA. 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 per il futuro una sintesi dei due approcci: U. BEHN-F. CELADA-P. E. SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, Treccani online, 1998, <http://www.treccani.it/enciclopedia/modelli-matematici-in-immunologia_%28Frontiere-della-Vita%29/>. 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 Clonal 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 civilista 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.

²⁸⁰ Come riferito da U. BEHN-F. CELADA-P. E. SEIDEN, voce *Modelli matematici in immunologia*, *ibidem*, 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 questo paragrafo si cercherà esattamente di approfondire un simile sforzo di immaginazione.

²⁸¹ 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

Detto altrimenti, 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»²⁸².

Dovendo semplificare, si potrebbe pertanto vedere l'apparato rimediale civile (e quello risarcitorio in particolare) come *il* sistema immunitario della società²⁸³. D'altronde 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 godevano gli enti ecclesiastici durante il medioevo. In processo di tempo la parola passò a significare anche una generale protezione dalle malattie e in particolare da quelle infettive²⁸⁴.

A ben guardare, la R.C., quando sia congegnata per esprimere risposte efficaci, tende a garantire al singolo titolare di pretese meritevoli di tutela, e al corpo sociale nel suo complesso, un'immunità dalle offese ingiuste (funzione special e general-preventiva).

Una bella metafora dirà qualcuno. L'ennesimo parallelismo esotico, commenterà qualcun altro. Invero, è nostra convinzione che, nella cornice euristica di *Law & Bio* sopra descritta, si possa costruire un vero e proprio modello di confronto tra il sistema

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».

²⁸² A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, IX ed., Traduzione it. a cura di S. Sozzani, Milano, 2018, p. 3. In senso analogo v. anche A. C. GUYTON-J. E. HALL, *Fisiologia medica*, II ed. it., Napoli, 1999, p. 401 ss. - nonché ID., XIII ed. it., Milano, 2017.

²⁸³ Sembra appena il caso di precisare che non si tratta dell'unica reazione giuridica ai torti: vi sono altresì le risposte penali e amministrative. Ora non pare opportuno introdurre troppe variabili, complicando eccessivamente il quadro. Giova semplificare il più possibile la costruzione del confronto tra le grandezze, per testarne le potenzialità euristiche. Se quest'ultimo 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.

²⁸⁴ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*. Cfr. anche la voce *immunità*, Treccani online: <<http://www.treccani.it/vocabolario/immunita/>>.

di responsabilità civile e il sistema immunitario. Utile ad affinare le conoscenze del giurista in punto di adeguata reazione alle offese.

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. Nell'altro caso si dovrà immunizzare il titolare della pretesa giuridica 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.

Ci si chiede allora se il giurista possa trarre qualche utile insegnamento dal medico e dal biologo, 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 alla fine di questo paragrafo), l'esercizio promette di apportare un contributo significativo alla teoria generale del risarcimento del danno.

*

Innanzitutto, verranno confrontate le caratteristiche fondamentali della risposta immunitaria con quelle espresse da un sistema di responsabilità civile tipico della *western legal tradition*. Se ne ricaverà un interessante parallelismo funzionale che suggerisce l'opportunità di svolgere un passaggio successivo di modellazione, *i.e.* la definizione delle identità dei due sistemi, a livello cellulare.

Orbene, le diverse risposte immunitarie, umorale e cellulare²⁸⁵, palesano talune caratteristiche basilari che rispecchiano le caratteristiche dei linfociti che mediano tali risposte. In particolare, in immunologia sono state identificate: la *specificità*, la

²⁸⁵ 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 mediate dai c.d. linfociti T.

*diversificazione, la memoria, la specializzazione, l'auto-limitazione e la non reattività al self*²⁸⁶.

Tali caratteristiche saranno brevemente descritte secondo il loro significato biologico e, accanto, sarà puntualmente proposta una concordanza con l'omologa caratteristica rilevante del sistema dei R.C.

A) *Specificità*. Tale caratteristica 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 antimicrobica²⁸⁷. «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. 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»²⁸⁸. 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 R.C. 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'azione di classe, etc.²⁸⁹. Sicché, l'osservazione della *specificità* immunitaria e dei suoi meccanismi operazionali conferma la tesi di fondo del presente lavoro:

²⁸⁶ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 8, Tabella 1-3.

²⁸⁷ In sostanza, la specificità consente il riconoscimento dell'antigene da parte di un recettore o anticorpo.

²⁸⁸ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, p. 9.

²⁸⁹ 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, pur considerando la specializzazione di tale risposta come inquadrata nel II capitolo del presente lavoro.

ossia 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 mammiferi il repertorio linfocitario consenta di discriminare, si stima, 10^9 – 10^{11} determinanti antigenici diversi²⁹⁰.

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 teorica sostenuta nel secondo capitolo che punta a valorizzare – in teoria generale, siccome nella prassi forense – i tre diversi paradigmi riconducibili al risarcimento obbedisce proprio ad un'esigenza di opportuna diversificazione del repertorio rimediale. La valorizzazione delle differenze intercorrenti tra indennizzo, risarcimento compensativo e danno punitivo consente 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»²⁹¹. 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 considerato²⁹². Infatti, il sistema di risposta civile è decentrato e in grado di

²⁹⁰ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

²⁹¹ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

²⁹² 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. Le diversità strutturali che un tempo venivano segnalate come demarcatori sistemologici (tra cui proprio il ruolo giocato dal precedente giudiziale) vanno tuttavia attenuandosi col tempo, considerata la convergenza macro tra i sistemi giuridici appartenenti alla

apprendere a séguito di ogni nuovo caso giudiziario (la puntuale risposta giuridica alla singola offesa)²⁹³. Decentrato perché, seppure le regole formali siano determinate a livello centrale (tipicamente dal Parlamento nazionale), la reazione viene concretamente implementata nel singolo tribunale competente (tipicamente quello del luogo di verifica dell'offesa). 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 conoscenza 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 giudiziale);

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 patogeno²⁹⁴. 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»²⁹⁵. Con perfetta simmetria, il risarcimento compensativo (immunità umorale) da un lato, e risarcimento ultra-compensativo (immunità cellulare) dall'altro, sono attivati da classi diverse di illeciti ("microbi"), oppure da uno stesso illecito con grado diverso di antiggiuridicità (differente grado d'infezione);

western legal tradition. Cfr. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 31 ss.

²⁹³ Sulla possibilità del sistema giuridico di "apprendere" dalla vicenda del caso concreto v. M. GRONDONA, *op. 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».

²⁹⁴ In pratica, si tratta di una caratteristica che si esprime a valle del riconoscimento dell'antigene e dipende dal tipo di patogeno/infezione.

²⁹⁵ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 9.

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»²⁹⁶. 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 R.C. dopo il riconoscimento specifico dell’illecito, ad opera dei diversi 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/quiete sociale (*ne cives ad arma veniant*);

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*)²⁹⁷. 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

²⁹⁶ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁷ Sul tema, anche filosofico, del “confine degli individui” cfr. T. PRADEU, *The limits of the self: immunology and biological identity*, New York, 2012.

autoreattivi, o che addirittura ne provocano l'inattivazione funzionale»²⁹⁸. Tale caratteristica basilare e peculiarissima si può ritrovare anche nel sistema delle risposte di R.C. Come sarà chiarito meglio a valle dell'analisi strutturale e funzionale del rimedio indennitario – uno dei tre paradigmi della risposta “risarcitoria” (cfr. Cap. II, §§ 2.2. ss.), a fronte di un danno da atto lecito, il sistema di responsabilità non reagisce aggressivamente. In pratica, riconoscendo l'offensore, e la relativa condotta, che provochi il danno come *self* – in quanto “autorizzati”²⁹⁹ – 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.

In conclusione, *mutatis mutandis*, sembra applicabile alla risposta di R.C. la sintesi delle caratteristiche dell'immunità acquisita svolta nella letteratura medica – caratteristiche 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 *nonself* sono vitali per prevenire risposte contro cellule e tessuti autologhi, pur mantenendo un'ampia diversificazione del repertorio di linfociti specifici per gli antigeni estranei»³⁰⁰.

Oltre ai meccanismi di difesa naturali apparecchiati dal sistema immunitario, si deve menzionare un potente coadiuvante/effettore esterno. In questa fase embrionale

²⁹⁸ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *ibidem*.

²⁹⁹ 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).

³⁰⁰ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 10 s.

dello studio, basti osservare come il sistema di difesa umano si prepari 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 secondaria³⁰¹. 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 ultra-compensativo 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 di quest'ultima sono state diffusamente considerate nel presente capitolo.

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'organismo³⁰². Lato giuridico, si può osservare che i danni punitivi sono un'arma potente dotata di «*devasting potential for harm*»³⁰³ e, pertanto, da maneggiare con cura.

Poste tali premesse, di seguito si andrà a presentare una proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di misurazione della risposta ai torti civili.

*

³⁰¹ 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».

³⁰² A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., Cap. 19, p. 449 ss.

³⁰³ Justice O'Connor nella sua *dissenting opinion* in *Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip* et alii: *infra* si vedrà, fra l'altro, come il *multiple punishment*, se usato in difetto di precisi criteri informati alla proporzionalità della reazione, possa portare al rischio di *overkill* per le imprese.

Law&Bio: proposta di ontologia formale per la costruzione di un modello matematico/numerico di misurazione della risposta ai torti civili.

1° passo: definizione delle identità a livello cellulare.

CLASSI DI IDENTITÀ	SISTEMA GIURIDICO DI R.C.	SISTEMA IMMUNITARIO
1. SCALA DI OSSERVAZIONE	AMBIENTE SOCIALE	AMBIENTE FISICO: ossia, spazio in cui organo <i>target</i> , patogeno e sistema immunitario coesistono (e hanno equiprobabilità di interagire)
2. INTERVALLO TEMPORALE DI OSSERVAZIONE	A REGIME (A TRANSITORIO ESAURITO)³⁰⁴	A REGIME (A TRANSITORIO ESAURITO)
3. OFFESA	<i>Fatto illecito</i>	<i>Patologia</i>
4. OFFENSORE	<i>Trasgressore</i>	<i>Agente patogeno</i>
Es. 1: offensore semplice	<i>Omicida/rapinatore/pirata della strada</i>	<i>Patogeno semplice (es. Influenza Virus)</i>
Es. 2: offensore sofisticato	<i>Colletto bianco/Impresa rispettabile</i>	<i>Patogeno sofisticato (es. HIV)</i>
5. TARGET	<i>Vittima/danneggiati collaterali</i>	<i>Sistema, organo, tessuto, cellula,</i>

³⁰⁴ 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.

<p>6. INTERPRETE IN GRADO DI RICONOSCERE L'OFFESA</p>	<p><i>Giuristi (classi di)</i></p> <p>N.B. Forse meglio: <i>Avvocati (classi di)</i>, dal momento che l'avvocato è il soggetto che è 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><i>Macrofagi (classi di) come elementi attivi ed effettori del sistema di immunità innata</i></p>
<p>7. INTERPRETE CHE REAGISCE ALL'OFFESA</p>	<p><i>Giudici (classi di)</i>, attivano i rimedi – meccanismi effettori – che mediano la funzione “fisiologica” della reazione giuridica.</p> <p>N.B. Essi sono capaci di avere una memoria (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><i>Linfociti B e T (classi di): elementi attivi del sistema di immunità acquisita/specifica, capace di avere una <u>memoria</u> che consente di reagire più rapidamente e efficacemente.</i></p>

<p>8. ENVIRONMENT MICRO E MACRO</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Sovrastruttura economica</i> - <i>Lobby</i> - <i>Variabili religiose/etiche</i> - <i>Variabili politiche</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Fisiologia del sistema</i> - <i>Ormoni</i> - <i>Tiroide</i> - <i>Fegato</i> - <i>Reni</i>
<p>9. AZIONI/RIMEDI/MECCANISMI EFFETTORI ³⁰⁵</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Nullità</i> - <i>Class action</i> - <i>Restituzione</i> - <i>Risarcimento in forma specifica</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Inibitoria (il comando del giudice volto a far cessare un comportamento antigiuridico in fieri)</i> - <i><u>Risarcimento del danno:</u> somma di danaro che può essere commisurata secondo tre diversi paradigmi</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Reazione chimica</i> - <i>Riduzione di energia/nutrienti (es. glucosio). Uno dei meccanismi è il blocco totale o parziale di nutrienti, tramite il quantum di Citochine;</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Vaccino (coadiuvante esterno).</i>

³⁰⁵ Si inseriscono qui soltanto i rimedi civilistici azionabili in un contesto di RC. Abbiamo però considerato che la molteplicità rimediale (civile, penale e amministrativa) potrebbe essere identificata con la complessità della chimica.

	<p><i>Nello specifico, in riferimento al Risarcimento del danno, sebbene senza pretesa di completezza, sembra possibile individuare fra le diverse risposte immunitarie tre paradigmi di reazione, confrontabili in modo biunivoco con i tre paradigmi risarcitori della colonna di sx³⁰⁶:</i></p>	
	<p>Indennizzo/Sottocompensazione;</p>	<p>Meccanismi di immunità innata <i>(Barriere epiteliali/Fagociti/Cellule NK) e/o meccanismi di immunità specifica anticorpo mediata dai linfociti B;</i></p>

³⁰⁶ 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><i>Risarcimento puro/compensazione piena;</i></p>	<p><i>Immunità umorale (tipo di risposta specifica), mediata da anticorpi prodotti da linfociti B.</i> <i>Essi riconoscono specificamente gli antigeni microbici, ne neutralizzano l'infettività e li destinano all'eliminazione da parte di vari meccanismi effettori. L'immunità umorale costituisce il <u>principale meccanismo di difesa contro i microbi extracellulari e contro le tossine da essi prodotti;</u></i></p>
	<p><i>Risarcimento punitivo/Overcompensation.</i></p>	<p><i>Immunità cellulare, mediata dai linfociti T.</i> «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</p>

		<p><i>circolanti»³⁰⁷. 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.</i></p> <p>N.B. Si consideri che <u>in alcune infezioni virali</u> – in risposta all'antigene e ai fattori di crescita prodotti dai linfociti stimolati dall'antigene stesso o da altre cellule – <u>il numero di linfociti T specifici per il virus può aumentare fino a 100.000 volte³⁰⁸.</u></p>
--	--	--

*

³⁰⁷ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit., p. 6.

³⁰⁸ A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *op. cit.*, p. 15.

È di sicuro interesse considerare come entrambi i sistemi a confronto possano essere studiati secondo gli approcci della *fisica dei sistemi complessi*. In particolare, il sistema immunitario è stato già oggetto di studi nella comunità della fisica dei sistemi complessi, mentre non sembra che quello giuridico sia stato finora oggetto di questo tipo di analisi³⁰⁹.

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'ecologia³¹⁰.

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)»³¹¹. In altri contesti, come quello giuridico, non vi sono ancora studi del genere. Anzi, probabilmente non s'è mai pensato di studiare i sistemi giuridici secondo un tale approccio metodologico.

Inoltre, per quel che qui interessa, altra proprietà basilare dei sistemi complessi è la possibilità di essere descritti sia a livello micro, sia a un livello più alto in cui bisogna usare categorie e concetti differenti.

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ Cfr. G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei*, in *Treccani online*: <[³¹¹ G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei*, *ibidem*.](http://www.treccani.it/enciclopedia/sistemi-complessi-fisica-dei_(Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica)/>.</p></div><div data-bbox=)

Infine, si consideri che la maggior parte di tali sistemi ha un comportamento *caotico* assai interessante: «un piccolo cambiamento nella forma delle leggi che ne regolano il movimento ne cambia completamente il comportamento macroscopico»³¹². 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»³¹³. La mutazione di un singolo frammento normativo può alterare la funzionalità di un intero settore del diritto³¹⁴. I sistemi complessi, nelle proprie caratteristiche macro-strutturali, tendono infatti ad assomigliarsi. Sicché, l'applicazione al diritto di modelli biologici già studiati e testati con successo sembra essere un campo fecondo, in grado di aumentare la conoscenza critica del giurista sul proprio oggetto di studio.

Sovente, poi, lo studio dei sistemi complessi è stato portato avanti sia analiticamente, sia tramite simulazioni numeriche al calcolatore. I vantaggi dei due approcci sembrano combinarsi sinergicamente, giacché i computer consentono di effettuare simulazioni di sistemi con crescente complessità³¹⁵.

L'uso dei modelli matematici in funzione di verifica è stato sperimentato anche in relazione all'immunologia. Ad es. G.I. Bell già negli anni '70 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*. «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 momentanea. 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

³¹² G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*.

³¹³ G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*.

³¹⁴ Si ricordi l'insegnamento di N. Irti, cit., per cui «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».

³¹⁵ Come osservato da G. PARISI, voce *Sistemi complessi, fisica dei, ibidem*, «l'analisi in parallelo dei risultati analitici ottenuti su sistemi più semplici e delle simulazioni numeriche di sistemi di complessità intermedia, sembra essere una metodologia molto efficace che ha permesso di compiere notevoli progressi».

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. L'inclusione di antigeni multivalenti apre la possibilità di descrivere la formazione di vaste aggregazioni di antigeni e di anticorpi nel fenomeno classico della precipitazione»³¹⁶.

*

In conclusione, e tenendo a mente 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, il passaggio successivo che si profila è la costruzione di un modello numerico consistente utile alla quantificazione della risposta efficace.

Quest'ultimo, 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.).

Anziché partire *ex novo* in tale lavoro sperimentale, si potrebbe pensare di applicare al sistema di R.C. i modelli matematici usati e sperimentati con successo in immunologia (ad es. quelli di Celada-Seiden), fatti preliminarmente i dovuti adattamenti e correttivi necessari stante il diverso oggetto di indagine.

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 (esaminate nel presente capitolo). In altre parole, il suggerimento che concretamente dovesse giungere dalla biologia – *sub specie* di regola operativa – dovrà essere valutato alla luce dei diversi scopi di politica del diritto propri della R.C. Senza giungere, necessariamente, alla conclusione che la soluzione biologica, quantunque

³¹⁶ 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/>.

ottimizzata dal processo evolutivo, *debba* essere applicata anche nel campo del diritto³¹⁷.

*

³¹⁷ Tale precisazione è da leggere insieme al fondamentale insegnamento della comparazione giuridica per cui lo stesso diritto, alla maniera dei sistemi biologici, si evolve ed è oggetto di mutazione: cfr. 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 a due paradigmi: a) i parassiti possono modulare o alterare la propria immunogenicità; b) essi possono inibire attivamente la risposta immunologica dell'ospite (cfr. A. K. ABBAS-A. H. LICHTMAN-S. PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, cit.).

Capitolo 2: 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: risarcimento puro, indennizzo e risarcimento ultra-compensativo (o punitivo).

Dalle considerazioni svolte nelle pagine precedenti è emerso che il risarcimento del danno patrimoniale ha la principale finalità di riportare l'attore leso sulla curva di indifferenza sulla quale si collocava prima che l'atto illecito lo strattinasse 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, e 2056 c.c. – nonché, e in special modo, l'art. 2059 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, dando un qualcosa di più (per le diverse *rationes* analizzate sopra).

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 qualcosa di meno del “prezzo” della lesione calcolato a valore di mercato.

Come noto, in forza del principio della riparazione integrale³¹⁸, non esiste nel nostro ordinamento una regola generale di *ius moderandi*³¹⁹, ovvero il potere del giudice di

³¹⁸ 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 alcuna copertura costituzionale.

³¹⁹ Il quale è rinvenibile ad esempio nell'ordinamento svizzero. L'art. 43, comma primo, 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

ridurre il *quantum* del risarcimento rispetto a ciò che sarebbe dovuto³²⁰. Tuttavia, in talune ipotesi peculiari, il legislatore ha apparecchiato le condizioni per non obliterare l'equità dalla camera di consiglio. E difatti il nostro diritto 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 sistema di diritto civile sostanziale e processuale già mostra, in parte³²¹, di valorizzare tali differenze offrendo, a seconda dei casi, un rimedio diverso riconducibile a tre paradigmi essenziali, definiti con parole differenti³²². Si tratta del *risarcimento puro*, dell'*indennizzo*, e del *risarcimento ultra-compensativo*.

A) Cominciamo con il considerare il *risarcimento puro* o meramente compensativo. Esso manifesta una funzione tipicamente (ed ontologicamente) riparatoria. Si tratta di

di una norma del 1911, apprezzabilmente elastica, che sembra consentire di discostarsi dall'equivalente monetario tanto verso il basso, quanto verso l'alto.

³²⁰ «(...) 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.

³²¹ In parte poiché, come rilevato al § 1.3., è dato riscontrare ancora un grave *deficit* in punto di effettività che sembra colmabile soltanto con una fattispecie generale ultra-compensativa. Si deve precisare che tale considerazione 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.

³²² 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».

un rimedio che, rannodandosi 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 in cui il legislatore, a fronte di un danno non antiggiuridico (o di un *danno da atto lecito*), assegna al danneggiato una compensazione soltanto parziale³²³.

³²³ 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 abitato, 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 LdA). Tale atto (lecito) cagiona comunque un danno economico a coloro che avevano acquistati i diritti di riprodurre, 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 caduta "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*, Padova, 2019, 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. Da un lato, la qualificazione di ingiustizia del fatto è neutralizzata dall'esistenza di una norma che rende espressamente lecito il contegno lesivo. Dall'altro lato, l'ordinamento «identifica... il danno da atto lecito con il solo pregiudizio strettamente correlato alla posizione giuridica sacrificata, sì da salvaguardarne il contenuto essenziale senza contraddire però l'esito del bilanciamento operato tra i due interessi in conflitto».

Strutturalmente, l'*indennizzo* integra una *fattispecie* rimediale di *prevalenza*. Comparando il diritto che legittima la condotta realizzata dal danneggiante con il diritto che tale condotta oggettivamente lede (quello del danneggiato), prevale il primo. E proprio in forza di tale prevalenza accordata dall'ordinamento la lesione non è qualificabile come anti-giuridica. Tra due posizioni soggettive giuridicamente rilevanti e meritevoli di protezione, la cui contemporanea tutela sia però 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. In altre parole, e 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'illecito³²⁴.

³²⁴ 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, 2° comma: «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).

2.2. Indennizzo, l'arte del contemperamento degli interessi: un rimedio mite. Sottocompensazione a fronte di un danno *non* antiggiuridico.

«*Tignum iunctum aedibus vinaeque concapere ne solvito*»³²⁵.

S'è detto che l'indennizzo si può qualificare come un rimedio riparatorio che prevede una compensazione soltanto parziale a fronte di un danno non antiggiuridico (o di un danno da atto lecito). Come si vedrà *amplius* in appresso, poi, tale paradigma rimediale ricorre in settori dell'ordinamento assai diversi, tanto che taluno ha dubitato della possibilità di rinvenire un senso rimediale 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 gioco³²⁶. 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, peraltro, puntualmente, 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*»³²⁷ (nostra l'enfasi). Anzi, l'*equità* costituisce propriamente un *criterio di misura*

³²⁵ «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. G. SILVESTRI, *Breve interpretazione delle Leggi delle dodici Tavole de' Romani del signor ab. D. Giovanni d.r Silvestri Corso*, Padova, 1769, p. 176 ss.

³²⁶ Per le implicazioni generali di un diritto mite si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³²⁷ C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012, p. 2.

dell'indennizzo³²⁸. L'equità, infatti, consente al giudice di modulare la propria discrezionalità per apprezzare le irripetibili circostanze del caso di specie e ritagliare il rimedio più idoneo al caso, evidentemente distaccandosi, in tale operazione, dall'orizzonte dell'integrale riparazione.

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 sanzione³²⁹, seppur forfettizzata. Ad ogni buon conto, l'esistenza di talune fattispecie non riconducibili pienamente al paradigma qui ricostruito non sembra inficiare la tenuta generale del sistema rimediale descritto³³⁰.

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.

³²⁸ G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 149, citato da C. CARICATO, *ibidem*.

³²⁹ Cfr. C. CARICATO, cit., p. 3, e in particolare cap. III, p. 93 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 testimoniale, dunque, l'attenzione del legislatore per la molteplicità fattuale, alla quale deve seguire, necessariamente, una molteplicità rimediale.

³³⁰ *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 ultracompenso, a mente della quale è senz'altro «inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla "categoria"».

Paradigmatico, in proposito, sembra essere il destino dei due referenti linguistici degli istituti giuridici oggetto di indagine nel presente capitolo³³¹: 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»³³², o di vera e propria *incoscienza* del medesimo³³³. Effettivamente, dall'analisi, sincronica e diacronica, dei contesti normativi in cui ricorrono le nozioni indennizzo ed indennità si evince la polisemia che le caratterizza³³⁴; varietà di significati che per taluno impedirebbe al termine indennizzo di esprimere un preciso valore scientifico³³⁵.

Senonché il destino della polisemia è toccato pure ad altre fondamentali nozioni: «allo stesso modo è accaduto per l'equità o la buona fede che assume un significato nell'art. 1147 e tutt'altro negli art. 1175 e 1375 cod. civ.»³³⁶; 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

³³¹ Non ci si intratterrà a soverchio sopra un discorso che prenda le mosse da 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.

³³² Parole di P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 1062.

³³³ Espressione di M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, p. 116.

³³⁴ Nozioni assumibili come sinonimiche. Più precisamente, esprimono «una trascurabilissima variante dello stesso sema o senema». Così D. BONAMORE, *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.

³³⁵ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *NN. D.I.*, XV, Torino, 1962, p. 594.

³³⁶ M. FRANZONI, *Fatti illeciti, Art. 2043, 2056-2059*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Supplemento, Bologna, 2004, p. 674.

la *species* (indennizzo, *NdA*), o, almeno, come nozione idonea, per la ricchezza dei suoi contenuti, a tracciare dall'esterno i confini del fenomeno»³³⁷.

Dunque, grazie ad un raffronto strutturale con il rimedio risarcitorio, di cui s'è trattato ampiamente nel capitolo che precede, potranno emergere la fisionomia e la finalità del rimedio che meglio si attaglia a quei fatti umani che, pur produttivi di danno, non 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 riattamento. I due termini hanno assunto ciascuno il significato dell'altro: il che non ha contribuito alla chiara rappresentazione dei loro elementi di contrasto»³³⁸.

Se è vero che il vocabolo indennizzo non ha un unico ed univoco significato nel diritto vigente, «ben diverso è però convincersi dell'assenza nell'ordinamento italiano di elementi che qualifichino una o più figure generali unitarie»³³⁹. È difatti possibile identificare due, prevalenti³⁴⁰, significati di indennizzo ed altrettanti “ambienti giuridici” omogenei in cui i significati vivono³⁴¹:

A) compensazione per il sacrificio (totale o parziale) di un diritto o di un interesse, non legata strettamente all'illecito aquiliano. A titolo di esempio si possono menzionare le tre fattispecie paradigmatiche che saranno esaminate in prosieguo: art.

³³⁷ In tal guisa S. CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. del Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 99.

³³⁸ G. GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, p. 360. Nota il Tarello come una tendenza affermatasi già sotto l'impero del c.c. italiano del 1865 sia quella 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: cfr. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, Genova, 1973, p. 36.

³³⁹ M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., p. 126.

³⁴⁰ Vi sono infatti delle ipotesi spurie che non sono omogenee ai due paradigmi descritto in appresso. Cfr. A. PUBUSA, voce *Indennità e Indennizzo*, *op. cit.*, p. 223 ss. Parla, ad esempio, di ipotesi di obbligazione risarcitoria, talora di tono minore, M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, *op. cit.*, p. 674.

³⁴¹ Non sembra persuasiva, sul punto, la posizione di P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *op. cit.*, p. 1066, per il quale non si potrebbe parlare di nozione omogenea, esistendo fattispecie eccentriche rispetto al modello generale ricostruito.

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 emolumento³⁴². 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)»³⁴³ – 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.

Ca 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 medesimo³⁴⁴.

*

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

³⁴² 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. «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»; così S. CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, cit., p. 105.

³⁴³ Così S. CICCARELLO, cit., p. 102.

³⁴⁴ *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, 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 sempre al di sotto del controvalore di mercato della lesione.

parziale, lasciando quindi, in una certa misura, il peso del danno in capo al danneggiato³⁴⁵.

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 diversi luoghi dell'ordinamento, nel codice civile e in numerose leggi speciali.

Si devono richiamare, dunque, in via preliminare le seguenti fattispecie del Libro quarto (Titolo IX, *Dei fatti illeciti*) del codice:

- i) *l'azione generale di arricchimento* (art. 2041 c.c.³⁴⁶);
- ii) *lo stato di necessità* (2045 c.c.);
- iii) *il danno cagionato dall'incapace* (art. 2047 c.c.³⁴⁷).

Ancora, nel sistema codicistico troviamo:

- iv) *l'espropriazione per pubblico interesse* (art. 834 c.c.)³⁴⁸;
- 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 parte, ad*

³⁴⁵ 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.

³⁴⁶ 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, cit., p. 187 ss.

³⁴⁷ V. diffusamente C. CARICATO, cit., p. 71 ss.

³⁴⁸ 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*, cit.

altri proprietari le cui attività, agricole o industriali, siano ritenute dal giudice di prioritario interesse produttivo (art. 912 c.c.)³⁴⁹;

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, 3° co., c.c.)³⁵⁰;

xi) la c.d. *accessione invertita* (art. 938 c.c.)³⁵¹;

³⁴⁹ 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 contemperamento, gli interessi relativi ad un uso maggiormente produttivo delle risorse, il legislatore mostra con eloquenza il carattere “mite” del paradigma rimediale 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, ultracompesativa). V. C. CARICATO, cit., p. 126 ss.

³⁵⁰ 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, cit., p. 132 ss., per la quale solo l'ipotesi *ex* art. 937, 3° co., c.c. sarebbe ascrivibile al rimedio in parola.

³⁵¹ 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, ove si rifletta sul danno – incommensurabilmente 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*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, II ed., 2015, 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». V. pure U. MATTEI, *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, 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.)³⁵²;

xvi) l'indennizzo dovuto quando il *terzo rifiuti 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.)³⁵³;

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.)³⁵⁴;

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.)³⁵⁵;

xx) l'indennità in caso di *cessazione del rapporto di agenzia* (art. 1751 c.c.)³⁵⁶;

³⁵² V. A DE CUPIS, cit., p. 624.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ 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 pattizia, 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, cit., p. 146 ss.

³⁵⁵ Seppure la Cassazione abbia talvolta ritenuto tale obbligazione indennitaria sovrapponibile a un risarcimento compensativo. Anche se poi si ritiene talvolta che il danno debba essere quantificato in via equitativa, il che pare riportare inevitabilmente il rimedio al paradigma indennitario. V. C. CORICATO, cit., p. 149 ss. e Cass., 8 gennaio 2003, n. 77.

³⁵⁶ 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 - non sembra revocabile in dubbio la sua appartenenza ad un paradigma riparatorio diverso da quello risarcitorio. Tant'è che l'art. 1751, 4° co., c.c. consente espressamente all'agente di ottenere *oltre* a tale

xxi) l'indennizzo/risarcimento dovuto dal gestore di affari altrui per i danni cagionati al gerito (art. 2030 c.c.)³⁵⁷;

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 fattispecie³⁵⁸:

xxiv) la *riparazione per l'ingiusta detenzione* (art. 314 c.p.p.);

xxv) 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. 210/1992)³⁵⁹;

xxvi) l'*indennità per la perdita dell'avviamento da parte del conduttore di immobili commerciali* (art. 34 l. 392/1978);

xxvii) 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 LdA);

xxviii) 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 "Testo Unico Espropri", da leggere ed interpretare unitamente agli artt. 42 Cost. e 834 c.c.).

*

indennità l'eventuale risarcimento dei danni.

³⁵⁷ 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. V. 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.

³⁵⁸ Pur nella consapevolezza che un elenco di tal fatta è incompleto per definizione.

³⁵⁹ Come modificata dalla legge 25 luglio 1997, n. 238.

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*³⁶⁰, considerato dall'angolo visuale delle immissioni rese lecite dopo l'esercizio normo-genetico del giudice, ovvero a seguito del contemperamento degli opposti interessi in giuoco, poiché la contropartita alla possibilità di immettere è precisamente un indennizzo (§ 2.4.);

B) Art. 2045 c.c., *Stato di necessità*³⁶¹ (§ 2.5.);

C) Art. 834 c.c., *Espropriazione per pubblico interesse*³⁶², il quale facendo espresso rinvio alla normativa speciale è da considerare in relazione all'art. 37 del T.U. Espropri³⁶³, come modificato dall'art. 2, comma 89, l. 24 dicembre 2007, n. 244; ultima novella normativa in materia³⁶⁴, che recepisce in maniera supina l'orientamento della Corte EDU che, come si vedrà, ha ridotto la varietà rimediale presente nel nostro

³⁶⁰ «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 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».

³⁶¹ «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».

³⁶² «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».

³⁶³ Art. 37, 1° co., 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».

³⁶⁴ Da considerare insieme all'art. 42-bis del Testo Unico 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.

ordinamento, secondo un disegno di politica del diritto non pienamente condivisibile, poiché tutto sbilanciato sulla tutela assoluta degli interessi proprietari (§§ 2.7. 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 immateriali³⁶⁵.

Invece di dettare una minuziosa e rigida casistica – incompleta per definizione – il legislatore ha scelto di demandare al giudice il potere di scegliere la regola di tutela applicabile al caso concreto, sulla base del portato dell'attività immittente 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 sono illecite, di regola (secondo il 1° comma). 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 riparazione³⁶⁶.

³⁶⁵ Cfr. G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., p. 886 s.; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2017, p. 290 ss.; e L. FRANCIOSI, *La proprietà fondiaria*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, I, II ed., Torino, 2005, p. 472 s., che osserva come venga in rilievo qui una regola che si giustifica nell'ambito delle tecniche conformative degli statuti proprietari che trovano la propria giustificazione ordinamentale e valoriale nell'art. 42, 2° co., Cost. In generale sul tema v. per tutti l'esauritivo volume di A.G. DIANA, *Le immissioni (Tipologie, azioni e tutele)*, Milano, 2013, p. 355 ss.

³⁶⁶ 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.

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 sofferto del pregiudizio, in ipotesi, sofferto. Il criterio della normale tollerabilità rappresenta la nozione-chiave dell'intera disciplina, da interpretarsi secondo criteri economici³⁶⁷, 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 maniaco che abbia in uggia il benché minimo rumore).

ii) Immissioni superiori alla soglia di normale tollerabilità, ma giustificate dalle esigenze della produzione (o 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 (diminuzione del valore commerciale del fondo, sua minor redditività, spese sostenute per accorgimenti tecnici funzionali a mitigare gli effetti delle immissioni etc.³⁶⁸).

³⁶⁷ 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».

³⁶⁸ In relazione agli accorgimenti tecnici, da adoperare anche alle strutture produttive immittenti, v. L. FRANCIOSI, *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, abbia prescelto di consentire la prosecuzione delle immissioni contro indennizzo senza motivare in modo congruo circa le ragioni di preferenza di

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 patito³⁶⁹. In un caso del genere non vi sono ragioni costituzionalmente apprezzabili per sacrificare il proprietario statico e si riespande la pienezza della sua signoria del volere.

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 produzione³⁷⁰.

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” ed uno “cattivo”, l'impresa profittatrice contro l'eremita maniacale ed ipersensibile. Occorre pertanto sortire da simili schematizzazioni eccessivamente riduzioniste³⁷¹.

tale soluzione.

³⁶⁹ 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, allorché 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 v. M. TAMPIERI, *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.

³⁷⁰ Da intendersi non 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 di edilizia commerciale dovrebbero rientrare nella nozione di “esigenze della produzione” di cui alla norma in commento.

³⁷¹ In termini analoghi v. L. FRANCIOSI, cit., p. 477, che suggerisce di sortire dalla drastica contrapposizione tra danno rilevante-cessazione dell'attività vs. danno irrilevante-prosecuzione dell'attività.

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 interprivati, il bilanciamento prescritto dall'art. 844, 2° co., c.c. va condotto tenendo in debito conto tutte le poste esterne – dunque superindividuali – al conflitto interprivato. Si tratta di un giudizio complesso, dove possono entrare 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 gioco³⁷². In tale materia, molto più che altrove, il giudice è investito di un notevole potere di ri-allocazione di poteri e risorse³⁷³, 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 proprietà³⁷⁴.

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 antiggiuridico.

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 soltanto parzialmente su quest'ultimo l'onere riparatorio derivante dall'attività dannosa (ma lecita). I casi concreti analizzati di seguito mostreranno plasticamente i caratteri del rimedio indennitario.

*

³⁷² Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 337.

³⁷³ 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., ordinanza, 24 marzo 2011, n. 103.

³⁷⁴ V. per tutti U. MATTEI, *La proprietà*, cit.

2.4.A) Caso Malpensa ed immissioni con prevedibile durata *sine die*: tra danno da atto lecito ed “espropriazioni larvate”.

La sentenza della Cassazione, sez. III, 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 della Suprema Corte 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 praticamente giorno e notte, venivano ad essere interessati da importanti immissioni sonore e di residui chimico-gassosi³⁷⁵.

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

³⁷⁵ 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.

e giustizia distributiva, in riferimento ad ambiti giusprivatistici e ad ambiti collegati alla realizzazione di un'opera pubblica»³⁷⁶.

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 Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181, *medio tempore* intervenuta, che aveva dichiarato illegittimo il riferimento al valore agricolo medio per le aree agricole e boschive³⁷⁷; pertanto la Corte territoriale faceva riferimento, di base, al valore di

³⁷⁶ Paragrafo 1.2. di Cass., sez. III, 3 luglio 2014, n. 15223, cit. 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 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 cod. civ. e della l. n. 2359 del 1865, ex art. 46* quella proposta - in via alternativa alla domanda principale di risarcimento del danno *ex art. 2043 cod. civ.* - 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*» (nostra l'enfasi).

³⁷⁷ Presa di posizione della Consulta evidentemente derivante dal recepimento dell'orientamento della Corte di Strasburgo di cui si dirà in avanti.

mercato decurtando tale “indennità virtuale di espropriazione” del 20%³⁷⁸. I giudici di secondo grado, facendo uso del potere equitativo conferito dalla fattispecie in parola, motivavano siffatta decurtazione prendendo in considerazione i 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»³⁷⁹.

Pertanto, si arrivava, infine, ad un indennizzo pari esattamente all’80% del valore di mercato degli immobili sorvolati³⁸⁰.

*

2.4.B) Poteri equitativi e compensazione delle esternalità di segno opposto.

Un altro arresto significativo, in grado di lumeggiare i caratteri del paradigma rimediale indennitario, è quello del Trib. Mondovì, 16 giugno 2009, n. 207³⁸¹. 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 immittente.

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

³⁷⁸ Il Tribunale, invece, aveva operato una decurtazione del 30%.

³⁷⁹ Paragrafo 12.2. di Corte Cass., sez. III, 3 luglio 2014, n. 15223, cit.

³⁸⁰ 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.

³⁸¹ Consultabile in banca dati *Dejure*.

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 proprietà dell'attrice, in conseguenza al panorama deteriorato godibile da queste ultime per l'esistenza della variante *de qua*.

È di sicuro interesse porre mente al cuore della motivazione che ha portato 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 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 equivalgano, 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 antiggiuridico): paradigma mite e attento alle esigenze del contemperamento di opposti interessi, declinato, nella fattispecie astratta analizzata, per dirimere un conflitto fra usi incompatibili delle proprietà.

*

2.5. Lo stato di necessità, in connessione con 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 della responsabilità civile, ed è considerata dalla dottrina maggioritaria un'esimente di

responsabilità³⁸², in accordo alla natura della omonima esimente operante nel diritto penale³⁸³.

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 *ex lege aquilia*. 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*³⁸⁴.

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*³⁸⁵.

Non sembra necessario entrare in dovizia nei particolari di ciascuna di esse. Basti qui rilevare che tutte le teoriche evocate hanno un minimo comune denominatore, ovverosia 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

³⁸² 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, 2011, p. 2197 ss., ed ivi riferimenti. Per uno studio monografico approfondito vedi invece B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988.

³⁸³ 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 v. 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).

³⁸⁴ 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 ed utilizzando lo *ius moderandi* conferito dalla legge per stabilire l'ammontare dell'indennizzo: onde ritagliare il rimedio al caso di specie.

³⁸⁵ Svolge una compiuta panoramica degli inquadramenti proposti, negli anni, dalla dottrina B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 69 ss.

altre parole, lo stato di necessità, che integra un'ipotesi peculiare di *forza maggiore*³⁸⁶, impedirebbe *ab origine* la nascita della anti-giuridicità³⁸⁷, quindi dell'illecito. Ci si confronta con un danno (in senso economico: disutilità) per il terzo incolpevole, è vero, tuttavia l'operatività di questa esimente consente di elidere il profilo dell'ingiustizia del danno³⁸⁸.

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 equità³⁸⁹, 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.

³⁸⁶ «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 dal vantaggio che l'autore del fatto ne trae in termini di salvezza». Così C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 665 s.

³⁸⁷ 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. trasp.*, 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. (Ulpianus, 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.

³⁸⁸ 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 preconcetta 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.

³⁸⁹ 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.

A spazzare via le incertezze sulla retta qualificazione della fattispecie militano le considerazioni di una dottrina attenta al contemperamento degli interessi in conflitto nella norma *de qua*³⁹⁰. L'autore, con raffinato argomentare, qualifica la fattispecie a seconda della natura del diritto del terzo sacrificato: ove sia lesa 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 quando essa è raggiunta sacrificando quella altrui, quando, in altre parole, siano in gioco interessi giuridici di pari rango³⁹¹, non potendosi sussumere nel dominio del 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»³⁹² (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 costituzionale³⁹³. La fattispecie dello stato di necessità rappresenta

³⁹⁰ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 667 s.

³⁹¹ Poniamo salvezza di A vs la salvezza di B; non a caso in un caso del genere se A provasse a conseguire la salvezza sulla pelle di B, quest'ultimo potrebbe agire in legittima difesa.

³⁹² C. M. BIANCA, *ibidem*, p. 667.

³⁹³ V. §§ 2.7. e 2.8., in questo Capitolo. Sia consentito un rinvio ad A. PISANI, *Indennizzo, risarcimento e i confini mobili della proprietà*, cit, p. 9 ss.

un'eloquente testimonianza dell'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*³⁹⁴, il quale esplica una funzione da un lato redistributiva, e di equa riparazione dall'altro.

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 incolpevole³⁹⁵. E tale arricchimento ben potrà consistere in un vantaggio d'indole non patrimoniale³⁹⁶.

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

³⁹⁴ Che il giudice italiano non può fruire come regola generale.

³⁹⁵ Si tratta di B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 95 ss.

³⁹⁶ Cfr. C. DIONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 649 ss., per una spiccata sensibilità della ricostruzione del senso dei singoli indici normativi sulla base di canoni altri, a latere di quelli economicistici. Inoltre, si consideri che il fine, il motivo soggettivo - contrariamente al pur necessario insegnamento scolastico semplificativo - 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.

ha il potere di stabilire, in funzione dell'equità, se sia opportuno lasciar raggiungere il medesimo livello nei due vasi, o mantenere un delta³⁹⁷.

Sottolinea adeguatamente il punto la dottrina che ritiene, a ragione, 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”)»³⁹⁸.

Prima di passare ai singoli elementi della fattispecie di cui all'art. 2045 c.c., si 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 ritirata³⁹⁹.

Da un canto, la norma in oggetto è applicabile, come noto, 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

³⁹⁷ E ciò in forza della fattispecie *ex art.* 2045 c.c. Altrimenti le normali regole di responsabilità comporterebbero il risultato naturale del fluido nei due vasi: il raggiungimento del medesimo livello. 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.

³⁹⁸ B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 101.

³⁹⁹ 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.

necessitato importa, evidentemente, «un'autonoma e assorbente causa di esclusione dell'antigiuridicità, che fa venir meno l'obbligo dell'indennizzo»⁴⁰⁰.

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*⁴⁰¹, 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 terzi⁴⁰², 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 sensi⁴⁰³.

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, dunque è una norma che governa una fattispecie obbligatoria. Tuttavia, gli spunti che possono trarsene valgono, *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.

⁴⁰⁰ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 670.

⁴⁰¹ Sull'importanza della analogia nella materia che ci occupa – segnatamente dell'indennizzo come rimedio mite e diverso dal risarcimento – si consideri un breve inciso della Corte 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.

⁴⁰² Pena aumentata ove, alla persona ferita o altrimenti in pericolo, dall'omissione derivi una lesione personale; raddoppiata ove ne derivi la morte.

⁴⁰³ Autotutela per sé o per la prole.

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*⁴⁰⁴.

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 medesimo⁴⁰⁵, 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, certamente, 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

⁴⁰⁴ Il secondo comma 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».

⁴⁰⁵ Ma si rammentino gli insegnamenti di G. IORIO e P. TRIMARCHI citati *retro*, a proposito di norme eccezionali e vocazione espansiva di talune norme speciali (cfr. Cap. I, nota 105).

diritti più strettamente connessi alla persona umana, sia a) altamente desiderabile, b) infungibile⁴⁰⁶. 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 invariati⁴⁰⁷, la persona fisica ed i suoi bisogni, troppo spesso eclissata, e talvolta schiacciata, dal peso del "terribile diritto" e da interpretazioni tratlative ad esso serventi⁴⁰⁸.

*

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 minaccianti 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

⁴⁰⁶ 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».

⁴⁰⁷ 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 invece 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.). Sul piano probatorio ciascuna parte ha l'onere di provare quei fattori che reputi rilevanti, fermo comunque l'onere di provare quei fattori che reputi rilevanti, fermo comunque l'onere del danneggiato di provare l'entità del danno subito» (nostra l'enfasi).

⁴⁰⁸ Il riferimento è alla straordinaria opera di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, III ed., Bologna, 2013.

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»⁴⁰⁹. Tale estensione è stata operata mercé il richiamo all'art. 2 Cost. il quale, evocando «le formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», ha in sé un notorio 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 lo esclude recisamente. Tuttavia, v'è chi lo ritiene con altrettanta fermezza⁴¹⁰. Tale dottrina, muovendo dalla pacifica estensione dei c.d. diritti della personalità alla persona giuridica⁴¹¹ – come onore nome e libertà – ritiene,

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 26 ss. Parimenti M. FRANZONI, commento *sub* art. 2045, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1993, p. 296 s.

⁴¹¹ Sul punto cfr. Corte 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 *factio 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 *factio 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. giur.*, 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

che solo se la legge, regolando lo stato di necessità, avesse in modo esplicito indicato esclusivamente diritti per certo configurabili solamente in relazione alla persona fisica, si potrebbe escludere senz'altro 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»⁴¹².

Ora, se la tesi appena prospettata ha un qualche fondamento, stante 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. Certamente 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

commettere delitti».

Le riflessioni 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 mirabilmente 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 (cfr. l'ampia bibliografia ivi). Tale A. comparando la nozione tradizionale di persona giuridica con la costruzione "critica" suesposta, riconosceva il fondamentale apporto recato da tale revisione alla scienza giuridica sul piano del metodo. Tuttavia, suggeriva che 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».

⁴¹² 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».

fattispecie. Sembra difficile immaginare il soccorso necessitato, il quale eliderebbe, peraltro, in radice l'obbligo di corrispondere financo l'indennizzo. Quanto a quest'ultimo basta rammentare che lo *ius moderandi* conferito dalla legge al giudice consente a quest'ultimo 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 ammettere l'estensione della esimente alla persona giuridica possa causare scossoni nel sistema.

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*, per la dottrina, deve essere apprezzata in strettissima relazione al caso di specie, secondo gli elementi offerti dal comune senso giuridico⁴¹³. Un corollario di tale principio 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»⁴¹⁴.

In forza del requisito di *attualità del periculum*, l'evento sfavorevole deve essere altamente probabile ma, ovviamente, non si richiede un danno già verificato⁴¹⁵: 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.

⁴¹³ A. THIENE, *commento sub art. 2045*, cit., p. 2198.

⁴¹⁴ 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)». Così C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 673.

⁴¹⁵ A. THIENE, *commento sub art. 2045*, cit., 2011, p. 2198.

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 rischio⁴¹⁶.

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 certotine, le quali sono, evidentemente, esperibili *ex post* dall'interprete terzo con diverso grado di lucidità⁴¹⁷. E ciò a pena di sterilizzare il portato applicativo della fattispecie, condannandola ad un orpello manieristico della *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 riconosciuto⁴¹⁸. 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*⁴¹⁹. L'evocato diritto pur non essendo sancito

⁴¹⁶ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 243 s.

⁴¹⁷ «Ai fini del possibile riconoscimento dell'esimente dello stato di necessità, ex art. 54 c.p., 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*, rientrante tra i *bisogni primari di una persona* (nostra l'enfasi)». Così Trib. Milano, 14 gennaio 2013, in *Corr. merito*, 8-9/2013, p. 854.

⁴¹⁸ Cfr. G. PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008; nonché P. BASSO, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 2007.

⁴¹⁹ Cfr. la teoria del *bundle of rights* che vede la proprietà come un fascio di prerogative elaborata da Tony Honoré e Wesley Newcomb Hohfeld: 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

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 Cost⁴²⁰, la quale ha in sé un potenziale generativo di nuovi diritti⁴²¹.

Sembra chiaro a colpo d'occhio che luogo d'elezione per lo svolgimento della personalità umana sia la casa di abitazione, sì come spazio antropico necessario per ospitare le formazioni sociali necessarie allo sviluppo della prima.

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 proprietà nel Paese, per realizzare il progetto di una proprietà accessibile a tutti tratteggiato dall'art. 42 capoverso Cost⁴²².

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»⁴²³. A tacere del *vulnus* al diritto alla salute provocato dalla mancanza di una abitazione.

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.

⁴²⁰ «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». Cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980; e M. CIOCIA, *Lesione del diritto all'abitazione*, in *Danno e Resp.*, 4/2013, p. 356 ss.

⁴²¹ Parla addirittura di «natura generativa di nuovi infiniti diritti», M. BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 819.

⁴²² Ancora si può evocare l'art. 14 Cost., il quale sancisce l'invulnerabilità 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.

⁴²³ 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 atteggiano in modo diverso, in funzione del bene oggetto di

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 fondamentale⁴²⁴.

Sul punto, un caso significativo è quello deciso da Tribunale di Bologna, 27 marzo 2007⁴²⁵. 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 contemperamento tra le ragioni della proprietà ed il diritto all'abitazione di un cittadino non proprietario.

Il Tribunale di Bologna, con una motivazione ampia e diffusa, mostra di 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,

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 massiccio fenomeno 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.

⁴²⁴ In adesione alla tesi prospettata nel testo B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., p. 18, nota 20. Sul punto cfr. Corte Cass., 23 giugno 1983, n. 5924, in *Riv. dir. pen.*, 1984, p. 586.

⁴²⁵ Consultabile in *Resp. civ. e prev.*, 9/2008, p. 1882 ss.

invero, non può non considerarsi in modo globale, riflettendo, prima che sulle conseguenze applicative, sulla sostanza ontologica dell'istituto» (l'enfasi è nostra)⁴²⁶.

Dopo aver individuato gli elementi essenziali della fattispecie, il giudice proseguiva con le motivazioni ritornando sulla questione, probabilmente conscio anche del portato innovativo (e progressista⁴²⁷) della emananda sentenza; sicché, arriva 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 antiggiuridica e quella che disciplina l'eventuale eccezionale rilievo risarcitorio – *rectius*: indennitario, Nda – di una lesione lecita» (nostra l'enfasi)⁴²⁸.

Tanto argomentato sul portato astratto della fattispecie, il Tribunale sulla base dei fatti 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 causato⁴²⁹, 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

⁴²⁶ Trib. Bologna, 27 marzo 2007, *ibidem*.

⁴²⁷ In una contemporaneità giuridica anestetizzata, talvolta finanche la mera ermeneutica costituzionale ha il sapore di un gesto rivoluzionario.

⁴²⁸ Trib. Bologna, 27 marzo 2007, *ibidem*.

⁴²⁹ Il giudice lo inferiva dal fatto che la separazione dal coniuge non fosse addebitabile alla ricorrente.

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 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»⁴³⁰.

Il corollario del dispositivo è pregno di interesse: rinvenendo i presupposti del soccorso necessitato⁴³¹ veniva meno, insieme all'antigiuridicità del fatto, anche il presupposto teoretico per l'indennizzo, atteso che «(...) la antigiuridicità 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». Ovviamente, ciò 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

⁴³⁰Trib. 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 prospettiva "necessità" si potesse ovviare altrimenti (considerato che 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".

⁴³¹Essendo il soccorso in parola presidiato dalla fattispecie *ex art. 593 c.p.*

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 a quello analizzato. Oltre al diritto del titolare formale, 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 della 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»⁴³² 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 alternative⁴³³. Sembra che la sentenza in parola rappresenti 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 norme della Costituzione, utilizzata per trarne delle conseguenze operazionali e non già come testo “sacro” ma... programmatico. E

⁴³² Espressione di S. PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità, ibidem*.

⁴³³ *Iter* argomentativo condiviso, *expressis verbis*, da S. PORRECA, *L'occupazione di alloggio pubblico non è abusiva se c'è lo stato di necessità, 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.

nell'importante *obiter dictum* riportato, il Tribunale ha anche dato conto di come le esigenze⁴³⁴ di eventuali soggetti in graduatoria – per l'assegnazione degli alloggi popolari – non fossero rimaste estranee alla sua *ratio decidendi*, mostrando di interpretare con consapevolezza il proprio ruolo istituzionale.

Infine, si deve dare atto di un contrasto, in *subiecta materia* insorto all'interno del TAR Lombardia, in ordine alla considerazione ed al portato che debba o meno 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 ordinari⁴³⁵, e dall'altro, tipicamente *ex post*, in una fase patologica intercorrente tra 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 necessità⁴³⁶. Vi è, però, 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'equità⁴³⁷: senza far prevalere la prospettiva

⁴³⁴ *Rectius*: interessi legittimi.

⁴³⁵ Ad esempio l'art. 14 del Reg. 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, «necessitano 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».

⁴³⁶ V. per tutti TAR Lombardia, Sez. I, Milano 22 aprile 2013, n. 1030, consultabile in banca dati *DeJure*.

⁴³⁷ Cfr. TAR Lombardia, Sez. I, Milano, 20 dicembre 2010, n. 7602, consultabile in banca dati *DeJure*. In tale pronuncia si afferma, con raffinata argomentazione sistematica, 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 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'Amministrazione competente, previa un'attività istruttoria in contraddittorio con l'interessato. Il che, si aggiunge, non significherebbe

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 principi insomma⁴³⁸.

Se questo è il quadro di sistema nel quale ci si muove, sono da condividere e valorizzare le posizioni emerse nella magistratura (civile ed amministrativa⁴³⁹), 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 procedente⁴⁴⁰ è un proprietario qualificato, il quale trova la sua stessa ragion d'essere nella tutela e considerazione delle esigenze della persona/cittadino.

*

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-loccupante-abusivo-lamministrazione-deve-accuratamente-esaminare-le-sue-condizioni-soggettive/>>.

⁴³⁸ Cfr. M. AUSIELLO, *Dal principio*, in *Turin L. Rev.*, del 17 gennaio 2013, consultabile all'indirizzo: <<http://turinlawreview.blogspot.it/2013/01/dal-principio.html>>. L'A. fra l'altro rileva a proposito della sfuggente e idolatrata certezza del diritto: «Certezza! Ecco l'altare al quale sacrificare la dirompente creatività di un diritto "vivente". Una norma costruita per stare tra il contravventore e la contravvenzione prima che essa si verifichi, come ad arginare l'oceano dei possibili comportamenti umani al fine preservare un interesse dalla sommersione dei fatti». Cfr. anche J. RAZ (1972), *Legal principles and the Limits of Law*, apparso originariamente in *Yale Law Journal*, 81, p. 823 ss., ora anche in M. ARNHEIM (Edited by), *Common Law*, Aldershot-Singapore-Sydney, 1994, p. 503 ss.

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ 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'uomo⁴⁴¹.

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 alla proprietà, a monte, discendono regole operazionali diverse, quando sia esperito il rimedio riparatorio, a valle.

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 prosieguo sono tese a dimostrare non soltanto l'estraneità della proprietà dall'ordito dei diritti fondamentali⁴⁴², 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”⁴⁴³; ciò accade, beninteso, non solo in riferimento al

⁴⁴¹ In sostanza si ripropone l'antica equivalenza (assiomatica) proprietà = libertà.

⁴⁴² 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>.

⁴⁴³ 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

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 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 naturale⁴⁴⁴, 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?»⁴⁴⁵.

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 naturale⁴⁴⁶.

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».

⁴⁴⁴ Brillantemente osserva N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 257, come «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».

⁴⁴⁵ N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, cit., p. 259.

⁴⁴⁶ N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, cit., 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'avisait 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, «*inviolabile 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 contribuisce ad 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. Per considerazioni ancora valide e appassionate, cfr. H. DEMSETZ, *La nascita del diritto di proprietà e la proprietà collettiva*, trad. it., in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, Milano, 1982, p. 155 ss.

Riservando ad altro paragrafo l'analisi puntuale delle norme CEDU riguardanti la proprietà ed il loro impatto sul diritto interno⁴⁴⁷, 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 «Principi fondamentali», né tra i «Diritti e doveri dei cittadini», bensì nel Titolo dei «Rapporti economici». Già questa considerazione "topografica" basterebbe a inferire il diverso peso specifico della proprietà rispetto alle altre categorie evocate⁴⁴⁸.

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, etc." (...) A proposito della proprietà privata, la Costituzione non usa più la dizione "La repubblica riconosce e garantisce, ecc.", ma "la legge riconosce e garantisce"⁴⁴⁹».

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 Cost⁴⁵⁰.

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

⁴⁴⁷ Cfr. §§ 2.8. ss.

⁴⁴⁸ 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.

⁴⁴⁹ 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>.

⁴⁵⁰ P. MADDALENA, cit., p. 5. E la stessa Corte Cost. 17 febbraio 1971, n. 22, in *Foro it.*, 1971, I, p. 527, ha riconosciuto che la proprietà non è un diritto «presidiato come primario e fondamentale».

positiva; diritto–valore che grazie alla funzione sociale interiorizza una serie di limiti, intesi come corollario di valori di rango ad essa pari e superiore⁴⁵¹.

In altra sede – alla quale sia consentito un rinvio⁴⁵² – si è trattato della vitalità e della straordinaria attualità della clausola *ex art. 42 capoverso Cost.* 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 svolte⁴⁵³.

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 consenso⁴⁵⁴; e lo ha fatto proprio in nome della funzione sociale.

Parimenti sembra difficile dubitare della razionalità, e fondamentale equità, di taluni interventi della Corte di 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 e perequazione delle risorse⁴⁵⁵.

Soprattutto oggi, giusta la presenza di due colossi impegnati in una lotta all’ultimo sangue – *Leviatan vs Beemot (Corporation)*⁴⁵⁶ – si avverte la necessità di esperire una chiara perimetrazione del contenuto semantico della funzione sociale della proprietà;

⁴⁵¹ Esclude la proprietà dal novero dei diritti fondamentali ed inviolabili anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991 p. 1111.

⁴⁵² A. PISANI, *Sulla funzione sociale del diritto di proprietà*, in *Turin L. Rev.*, 11 dicembre 2014, consultabile all’indirizzo: <<http://turinlawreview.blogspot.it/>>.

⁴⁵³ 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.

⁴⁵⁴ 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”*.

⁴⁵⁵ Paradigmatico appare il caso “Scordino” che sarà considerato più avanti.

⁴⁵⁶ 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.

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 civilistica 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 possidenti⁴⁵⁷.

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»⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Alfieri di quella parte di autorevole dottrina che ha da sempre respinto la teorica del contenuto minimo è sicuramente S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1315.

⁴⁵⁸ 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

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, se la legge di conformazione non prevede un indennizzo essa sarebbe incostituzionale.

Quella riportata è, in buona sostanza, la posizione sostenuta tradizionalmente dalla nostra Corte Costituzionale – pur con minime varianti argomentative da pronuncia a pronuncia⁴⁵⁹. 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»⁴⁶⁰.

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 n. 6 del 20 gennaio 1966, in tema di servitù militari⁴⁶¹.

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*;

da legislatore e dai pubblici poteri in vario modo, ma non fino al punto di provare il titolare di qualsiasi utilità o potere, anche A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 210. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, p. 86, il quale ritiene che la proprietà non possa essere ridotta a mera forma priva di sostanza

⁴⁵⁹ 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, 1817. Per una prospettiva storica v. O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, trad. it. Bolaffi, Bari, 1982, p. 84.

⁴⁶⁰ 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.

⁴⁶¹ 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 dominicale, ma anche nei casi in cui, ferma restando quest'ultima, «il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo».

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 obbietta meglio i caratteri di un intervento sostanzialmente espropriativo aggiungendo che esso deve⁴⁶²:

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 Consulta⁴⁶³ costituiscono il tentativo di sintetizzare due teoriche, invero già elaborate dalla dottrina tedesca⁴⁶⁴: 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 semplice⁴⁶⁵; 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 intrapropriataria; raramente valorizzando l'equità "generale" dell'ordinamento⁴⁶⁶.

⁴⁶² Corte Cost., 9 maggio 1968, n. 55, Pres. Sandulli, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838 ss.

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ Ne dà contezza C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (Artt. 832-833)*, cit., p. 13 ss.

⁴⁶⁵ Un distinguo esemplificativo è presente nelle sentenze della Corte Cost., 9 maggio 1968, nn. 55 e 56, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838 e 884 ss.

⁴⁶⁶ 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 beni unanimemente riconosciuti come di interesse pubblico; così M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1375.

Pur nella mancanza di linearità degli interventi della Consulta, emerge una giurisprudenza decisamente 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»⁴⁶⁷.

Ora, pare evidente che tra una interpretazione radicale del contenuto minimo e la nozione di funzione sociale non corra buon sangue⁴⁶⁸. 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 dianzi che non tutte le proprietà possono considerarsi alla stessa stregua; che è altresì importante distinguerle in ragione della estensione⁴⁶⁹, della natura dei proprietari (persone fisiche o giuridiche), dell'ontologia dei beni, e dei rapporti tra quest'ultima ed 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

⁴⁶⁷ C. SALVI, cit., p. 28.

⁴⁶⁸ Parla, sostanzialmente, di antinomia U. MATTEI, *Una primavera di movimento*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, p. 539.

⁴⁶⁹ 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.

sei miliardi di uomini, non può certo far pensare ad una proprietà di ampie dimensioni»⁴⁷⁰.

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 inviolabile⁴⁷¹. Insomma, in questo ristretto ambito non pare azzardato il collegamento tra proprietà e libertà⁴⁷².

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 dovizia i contorni⁴⁷³. 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* – sull'altare di un dato interpretativo etereo e di, almeno, dubbia compatibilità sistematica⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ P. MADDALENA, cit., p. 2 s. L'A. deriva il riferimento alla proprietà personale da garantire ad ognuno dall'articolo 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.

⁴⁷¹ Cfr. ad esempio Corte Cost. 11 febbraio 1988 n. 217 e Corte Cost. 11 luglio 1990 n. 364.

⁴⁷² In adesione M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1379 ss.

⁴⁷³ 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 Corte Suprema federale ha infranto il principio dell'uso pubblico come ratio giustificatrice dell'espropriazione, legittimando la medesima a favore della multinazionale del farmaco Pfizer (la *corporation* che commercializza il "viagra"); 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.

⁴⁷⁴ 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>; 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. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*,

*

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 multilivello⁴⁷⁵. È fin troppo noto come un ruolo sempre più importante sia svolto CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁴⁷⁶.

La Convenzione, al protocollo addizionale n. 1 art. 1, annovera al proprio interno il diritto di proprietà⁴⁷⁷: 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

cit., p. 146.

⁴⁷⁵ 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 NERGELIUS-P. POLICASTRO-K. URATA (a cura di), *Challenger of Multi-level Constitutionalism*, Kraków, 2004.

⁴⁷⁶ Alla Convenzione è stata data esecuzione con la legge 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*). V. in generale 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.*, 2010, II, 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.

⁴⁷⁷ 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 principi 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.

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 di natura eccezionale, devono essere interpretate alla luce del principio generale⁴⁷⁸.

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 della Corte è stato assai penetrante non solo in riferimento alle espropriazioni formali e sostanziali, ma anche riguardo alla attività conformativa degli 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 autonomia⁴⁷⁹. Ciò ha consentito alla Corte di assegnare centralità al valore patrimoniale dell'interesse allegato dal ricorrente, «senza peraltro che venga tracciata una netta distinzione tra titolarità in un diritto *stricto sensu* e semplice interesse patrimoniale»⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Così a partire dal caso C.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. Nel caso C.edu., GC, *Scordino c. Italia* (n. 3), 17 maggio 2005, § 83 la Corte, riprendendo la giurisprudenza del caso *Sporrong*, «*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*».

⁴⁷⁹ In tempi recenti principio ribadito in C.edu, GC, *Brosset-Triboulet c. France*, 29 marzo 2010 § 65. È, in sostanza, del tutto irrilevante il *nomen juris* della situazione di appartenenza.

⁴⁸⁰ Così M.L. PADELLETTI, cit., p. 794.

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 singolo⁴⁸¹.

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 retroattivamente⁴⁸².

L'approccio della Corte Edu si rivela di pragmatico sostanzialismo: 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'irrelevanza del *nomen juris* del provvedimento ablativo⁴⁸³.

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 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»⁴⁸⁴. Inoltre, gli effetti del provvedimento contestato devono avere carattere definitivo e, in linea di massima, irreversibile⁴⁸⁵.

Per quanto attiene, invece, alle condizioni di liceità dell'espropriazione i due concetti chiave nella giurisprudenza della Corte Edu sono quello della *pubblica utilità*

⁴⁸¹ *Leading case* sul punto C.edu, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991; Orientamento consolidato, di recente confermato in C.edu *Plalam Spa c. Italie*, 18 maggio 2010, § 36.

⁴⁸² In altre parole, la legittima aspettativa da criterio diventa essa stessa un bene tutelabile *ex art. 1*, protocollo 1 Cedu.

⁴⁸³ Si che è stata considerata espropriazione la occupazione dei terreni del ricorrente da parte del Fondo della Marina Nazionale nel caso C.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: C.edu *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 dicembre 1994, §§ 58, 61.

⁴⁸⁴ M.L. PADELLETTI, cit., p. 795.

⁴⁸⁵ 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: C.edu, *Terrazzi c. Italie*, 17 ottobre 2002.

e la dottrina del *margin de 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 protetta convenzionalmente.

Perché si integri la nozione di pubblica utilità, il bene espropriato non deve essere messo necessariamente a disposizione della collettività⁴⁸⁶. Pur dovendosi considerare autonoma, è evidente come la categoria «pubblica utilità», in virtù della sua natura di clausola generale, partecipa 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»⁴⁸⁷.

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 potere⁴⁸⁸.

In un gran numero di pronunce è emersa come la principale preoccupazione 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*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Così C.edu, *James et autres*, 21 febbraio 1986, § 40.

⁴⁸⁷ M.L. PADELLETTI, cit., p. 796. Principio emerso in maniera cristallina nel precedente C.edu, *James et autres*, cit., § 46.

⁴⁸⁸ Ad es. nel caso C.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.

⁴⁸⁹ C.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*

Paradigmatico è il caso *Scordino*: esso ha portato ad una pronuncia della *Grande Chambre* della Corte Edu⁴⁹⁰, 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'ultima⁴⁹¹, 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 articolo 5-*bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 333⁴⁹², che introduceva altri criteri⁴⁹³ 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 durata), sia un contrasto radicale tra i criteri di cui al citato ar. 5-*bis* ed i principii 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

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 (latridis, précité, § 58). Le principe de légalité signifie l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles». Cfr. ancora C.edu, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, 27 maggio 2010, § 45 ss.

⁴⁹⁰ C.edu, GC, *Scordino c. Italie*, 29 marzo 2006.

⁴⁹¹ Corte Cost., 15 luglio 1983, n. 223.

⁴⁹² Convertito in l. 8 agosto 1992, n. 359.

⁴⁹³ 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, cit., p. 249 s. L'intitolazione del decreto-legge tradiva la ratio ispiratrice dei "nuovi" criteri introdotti: «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, recante *misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica* (l'enfasi è nostra)». I criteri, palesemente 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 criteri negli anni Novanta, li avallava, sostanzialmente, sulla base della transitorietà dei medesimi. Cfr. Corte Cost. n. 283 del 16 giugno 1993.

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*»⁴⁹⁴.

Questo del giusto equilibrio (declinazione del nostrano principio di proporzionalità) rappresenta per la Corte europea 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 bene⁴⁹⁵.

Si rinviene un'eccezione *in melius*: indennizzo *maggiore* del valore di mercato⁴⁹⁶. 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 vita⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ C.edu, GC, *Scordino c. Italie*, cit., § 93.

⁴⁹⁵ C.edu, GC, *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».

⁴⁹⁶ Per le eccezioni *in melius*, continuano a valere i principii già affermati prima del considerato irrigidimento.

⁴⁹⁷ Emblematico sul punto è C.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, cit., p. 802. Per l'A. questa impostazione è coerente col principio della funzione sociale, intesa come veicolo di

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 sociale⁴⁹⁸, 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 tedesca⁴⁹⁹.

Atteso che la Corte Edu dopo il caso Scordino si è irrigidita sul criterio generale⁵⁰⁰ dell'indennizzo a valore di mercato per le espropriazioni isolate⁵⁰¹ (ove sia la nozione di "bene", sia quella di "espropriazione" sono intesi 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 mercato⁵⁰², 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 limite⁵⁰³ dai quali sembra difficile inferire un *favor* da parte della Corte europea per interventi

realizzazione di altre libertà. Cfr. per un principio analogo a quello cristallizzato nel caso *Lallement*, C.edu. *Pincová et Pinc c. République Tchèque*, 5 novembre 2002.

⁴⁹⁸ C.edu, GC, *Scordino c. Italie*, cit., § 97; C.edu, *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce*, 23 novembre 2000, § 91; C.edu, *Broniowski c. Pologne*, 22 giugno 2004; di recente C.edu, *Kozacioğlu c. Turquie*, 19 febbraio 2009, § 64.

⁴⁹⁹ C.edu, GC, *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.

⁵⁰⁰ 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 propria funzione sociale. Cfr. G. CALABRESI, *Conclusioni*, in C. B. D'Argentine (a cura di), *Fra individuo e collettività. La proprietà nel XXI secolo.*, p. 242.

⁵⁰¹ Nelle quali, sostanzialmente, il sacrificio del singolo è deciso da un lancio di dadi, in relazione al gruppo di cui fa parte.

⁵⁰² Vedasi caso *Lallement*, cit.

⁵⁰³ Giova ripeterlo, i casi *Broniowski* e *Jahn* riguardavano due momenti di transizione da economia pianificata ad economia di mercato.

ordinari e normali di ridiscussione della rendita, pur su larga scala e con opportune cautele per garantire parità di trattamento avanti ai carichi pubblici.

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 indennizzo⁵⁰⁴.

Insomma, al netto del “peccato originale” della Convenzione di considerare la proprietà un diritto fondamentale, muovendo dai casi si rinvergono principii condivisibili⁵⁰⁵, che spesso nella implementazione pratica hanno giovato all'ordinamento italiano per spazzare via talune situazioni ben al di sotto dell'asticella della civiltà giuridica, conferendo alla certezza del diritto qualcosa di più di mero elemento esornativo dell'ordinamento.

Ma, una parte dei condivisibili e desiderabili principii 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 (caso *Scordino* e gli altri esaminati in ordine alle articolate vicende della “occupazione acquisitiva”⁵⁰⁶) che

⁵⁰⁴ Alla luce di tale pronuncia appare lungimirante la scelta dei Padri costituenti di inserire in Costituzione l'avocazione alla Repubblica dei beni dei Savoia (v. XIII disposizione finale Cost.).

⁵⁰⁵ 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. C.edu, *Pine valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, § 59.

⁵⁰⁶ Fondamentale è sicuramente C.edu, *Carbonara c. Italie*, 30 maggio 2000, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 235 ss. Per una puntuale panoramica cfr. A. GAMBARO, voce *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*

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 legislatore⁵⁰⁷.

Invece il *conditor*, in un afflato di zelo filoproprietario, ha ritenuto di leggersi un dovere⁵⁰⁸; 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»⁵⁰⁹.

Di più: si mantiene il sistema premiale in caso di «cessione volontaria»⁵¹⁰, ma la "non decurtazione" del 40% prevista dalla normativa previgente – effettivamente in

Agg., IV, Milano, 2000, p. 859 ss.

⁵⁰⁷ Tant'è che dopo aver mandato al macero quell'articolo 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 riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato. 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».

⁵⁰⁸ 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 delle 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.

⁵⁰⁹ Art. 2, comma 89, l. 24 dicembre 2007, n. 244, che ha modificato l'art. 37 del T.U. Espropri.

⁵¹⁰ Sistema che riposa sulla necessità della speditezza del procedimento amministrativo, apprezzabile

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.

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%»⁵¹¹.

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.

*

secondo il principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*

⁵¹¹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2008, 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.

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. Espropri⁵¹²:

A) art. 37, rubricato: *Determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile* – il quale prevede l'ipotesi canonica di espropriazione rituale⁵¹³;

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*⁵¹⁴.

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 edificabili⁵¹⁵. Sostanzialmente assistiamo ad una piena convergenza del rimedio indennitario sul paradigma aquiliano – segnatamente del

⁵¹² Atteso che le altre disposizioni del medesimo T.U., che pure si interessano di indennizzo, sono corollari necessitati dei dispositivi normativi *de quibus*.

⁵¹³ «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 decimi in quella determinata in via definitiva, *l'indennità è aumentata del 10 per cento*». Commi così sostituiti dalla dall'articolo 2, comma 89, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

⁵¹⁴ «1. 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.

⁵¹⁵ Criterio esteso anche alle aree agricole da Corte Cost. 10 giugno 2011, n. 181.

risarcimento per equivalente monetario. 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'indennizzo⁵¹⁶, 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 dottrina⁵¹⁷, 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 bene⁵¹⁸, essendo al di là di ogni logica costituzionale che la P.A. nell'eseguire un'opera pubblica benefici l'espropriando proprietario con una regalia di denaro pubblico (sotto mentite spoglie), premiando l'accordo bonario⁵¹⁹;

iii) l'unica eccezione prevista perché l'indennizzo possa discostarsi dal valore di mercato è rappresentata da quella espropriazione che invece di essere isolata⁵²⁰ 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.

⁵¹⁶ 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 danaro all'amministrazione procedente, solo per non vedersi abbattuto pesantemente l'indennizzo, falcidiato poi a valle pure dall'imposizione fiscale.

⁵¹⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 815 ss.

⁵¹⁸ 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'indole costituzionale a tutela dei valori patrimoniali della proprietà. In costanza, per converso, della chiara evocazione della *funzione sociale* della medesima *ex art. 42 Cost.*

⁵¹⁹ *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 deteriore, 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 ablato.

⁵²⁰ 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.

Oltre alla difficoltà di tracciare una precisa linea di dislivello tra cosa sia una riforma economico–sociale e cosa non lo sia, perplime 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 aquiliana⁵²¹. 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 nominalisticamente riferita al modello indennitario, ben superiore nel *quantum* a quella prevista dal vecchio articolo 43 del T.U. Espropri, in costanza del quale l'obbligazione era qualificata espressamente come risarcitoria⁵²².

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.

⁵²¹ 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 vi era sensibilmente inferiore.

⁵²² Cfr. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, Torino, 2013, p. 168 ss.

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 5° comma 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, opportunamente, denegato la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di lesione proprietaria, sia per coerenza rispetto ai principi cardine della responsabilità civile, sia per le preclusioni operanti in virtù delle norme costituzionali in materia proprietaria.

In primo luogo, 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»⁵²³.

Inoltre, la Suprema Corte in una fondamentale pronuncia a Sezioni Unite, pochi anni fa⁵²⁴, 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. Sul presupposto che i provvedimenti oggetto di contestazione, emanati dal governo argentino⁵²⁵, erano atti *iure imperii* idonei a manifestare la volontà sovrana dello Stato. E quantunque le leggi *de quibus* incidessero sui 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 umana⁵²⁶.

⁵²³ Corte Cost., 17 febbraio 1971, n. 22.

⁵²⁴ Corte Cass., Sez. Un., 21 aprile 2005, n. 11225.

⁵²⁵ Atti di moratoria che differivano il pagamento dei titoli del debito pubblico, e quindi incidevano sulla proprietà dei risparmiatori, in questo caso italiani.

⁵²⁶ Corte Cass., Sez. Un., 21 aprile 2005, n. 11225, parlando dei limiti alla operatività della immunità:

A colpo d'occhio è evidente che la Cassazione, nella sua compagine più autorevole, non ha ritenuto la proprietà un diritto umano inviolabile.

Infine, ancora la Corte di vertice, nel ridisegnare il sistema della responsabilità civile, archiviando il danno esistenziale come autonoma voce di danno risarcibile, affermava 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»⁵²⁷.

In base a quanto sopra, si rileva una macroscopica incongruenza: se da un lato si limita fortemente – già che non è stata smantellata in radice – la possibilità di risarcire il danno esistenziale (in forza dell'orientamento affermatosi dopo le decisioni c.d. di San Martino), 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 mercato⁵²⁸. 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 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).

«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, con un effetto che sarebbe assurdo ritenere limitato ai soli interessi (come deduce parte ricorrente) e che invece, in relazione alla finalità perseguita, deve considerarsi esteso anche alla sorte capitale - 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».

⁵²⁷ 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., e *Guida dir.*, 2008, f. 47, p. 18 ss.

⁵²⁸ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 174, commentando l'evoluzione interpretativa degli anni 2000 che ha portato a dilatare l'operatività dell'art. 2059 c.c. riteneva, giustamente, 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».

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 della area acquisita dalla P.A. e rispetto agli altri proprietari ritualmente espropriati, e, soprattutto, rispetto ai non proprietari, i quali, però, finanziano tramite la fiscalità generale il "bonus" del danno non patrimoniale.

Il disposto normativo evocato ha già introdotto strumenti altri per disincentivare la P.A. dall'agire a cuor leggero. Ci si riferisce al comma 4 dell'art. 42-bis, 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, è 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.

In ogni caso, il rimedio analizzato in questo paragrafo continua ad essere, pur dopo l'irrigidimento dovuto alla giurisprudenza della Corte EDU, il paradigma dell'indennizzo. Di un rimedio, dunque, da tenere distinto sia sul piano sistematico, sia sul piano pratico dal risarcimento (a valore di mercato) o, in altre parole, dal modello di pura e piena *compensation*.

*

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 di venale del ben 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 settembre 2010, n. 3557⁵²⁹. 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 raggugiarsi, ai sensi del novellato art. 37 T.U. Espropri, al valore di mercato del bene ablatto.

Dal proprio canto, il Comune di Roma sosteneva doversi applicare la riduzione del 25% prevista dal primo comma del medesimo articolo, atteso che l'espropriazione *de qua* aveva destinato l'area alla realizzazione di un'opera pubblica importante. Insomma, occorreva stabilire cosa intendesse il legislatore con «interventi di riforma economico–sociali».

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

⁵²⁹ Consultabile in banca dati *DeJure*.

intera e, infine, dalla connotazione delle norme considerate come principi 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 condivisibile⁵³⁰. Siamo oltre la lettera della legge, ed anche al di là 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.

*

⁵³⁰ 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». Cfr. Cass., Sez. I, 28 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.

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'indennizzabilità del danno non patrimoniale⁵³¹, della cui sospetta incostituzionalità s'è detto – e si tratta di indizi gravi, precisi e concordanti. In attesa di un'auspicabile declaratoria di incostituzionalità, l'unica 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–sociali”, di cui all'art. 37, 1° co., T.U. Espropri, che ne sterilizza, praticamente, l'operatività, con la conseguenza di impedire, o comunque rendere estremamente onerosa, alla mano pubblica la realizzazione di opere pubbliche necessarie e di primario interesse (peraltro in un'epoca di gravi e crescenti ristrettezze di bilancio), poiché legate a filo doppio con il diritto di cittadinanza e il *dovere* della Repubblica di cui all'art. 3, 2° co., Cost.

⁵³¹ 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.

2.12. Le fattispecie ultra-compensative: una risposta forte e perentoria alle aggressioni. *Overcompensation* a fronte di un danno *molto* anti giuridico. Panoramica delle diverse fattispecie.

Nelle pagine precedenti sono state analizzate le *rationes* giustificative di un generale rimedio ultracompensativo 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 anti giuridico.

Dovendo procedere ad un'elencazione, per definizione mai completa, delle diverse fattispecie di diritto positivo riconducibili a tale 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 di fornire la prova 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»⁵³². 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,

⁵³² Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

sicché il controllo giudiziale attiene per l'appunto alla sproporzione della sua funzione sanzionatoria, non a quella risarcitoria, che non c'è»⁵³³;

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 arricchimento per la parte fedele al contratto la cui aspirazione negoziale sia stata frustrata;

iii) gli *interessi moratori* a ristoro dei danni nelle obbligazioni pecuniarie ex artt. 1224 c.c.⁵³⁴;

iv) la *non debenza degli interessi usurari convenuti* a séguito della declaratoria di nullità della clausola (art. 1815 c.c.⁵³⁵);

v) la sanzione per le *infrazioni al regolamento di condominio* (art. 70 disp. att. c.c.);

vi) la *responsabilità aggravata per lite temeraria* (art. 96 c.p.c. e l'omologa figura ex art. 26 c.p.a.);

vii) l'*astreinte* di diritto comune (artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, 4° co., lett. e) c.p.a.), quella consumeristica (art. 140, 7° co., cod. cons.), e le *astreintes* di diritto industriale (artt. 124, 2° co., e 131, 2° co., c.p.i.);

⁵³³ M. DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, cit., § 7.

⁵³⁴ Il portato sanzionatorio della norma si evince, fra l'altro, dal fatto che il debitore inadempiente non 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.; 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, 4° co., c.c., scatta il tasso aggravato previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁵³⁵ 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, cit., p. 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 doppio ripartito tra la vittima e lo Stato.

- viii) 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., 2° co., nn. 2, 3 e 4);
- ix) i rimedi sanzionatori a tutela del *subfornitore* (art. 3 l. 192/1998);
- x) gli interessi moratori aggravati contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (artt. 2 e 5 d.lgs. n. 231/2002);
- xi) la retroversione degli utili nel diritto industriale e autoriale (artt. 125 c.p.i.⁵³⁶ e 158 L.A.);
- xii) 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, 2° co., l. 27 luglio 1978, n. 392);
- xiii) la "riparazione" prevista per la diffamazione a mezzo stampa, che s'aggiunge al risarcimento compensativo (art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47);
- xiv) la "riparazione" per la pubblicazione di intercettazioni di comunicazioni illegalmente formate o acquisite (art. 4 d.l. 22 settembre 2006, n. 259, convertito in l. 20 novembre 2006, n. 281);
- xv) la "riparazione" dei danni cagionati per abuso di informazioni privilegiate (art. 187 *undecies*, 2° co., TUF⁵³⁷);

⁵³⁶ 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 estremamente 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.

⁵³⁷ 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.

xvi) 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. 386/1990);

xvii) 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, 2° co., Statuto dei lavoratori);

xviii) 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, 14° co., Statuto dei lavoratori);

xix) il *risarcimento forfettizzato previsto nei casi di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine* (art. 28, 2° co., d.lgs. n. 81/2015 e la anteriore norma di cui all'art. 32, 5°–7° co., l. 183/2010)⁵³⁸;

xx) 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, 6° co., d.lgs. 150/2011);

⁵³⁸ 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». In termini analoghi v. 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*.

xxi) 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)⁵³⁹;

xxii) 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. 349/1986; v. oggi gli artt. 298 *bis* ss. d.lgs. 152/2006, c.d. Codice dell’Ambiente e la lettura datane da parte della giurisprudenza che ritiene applicabili in parte i criteri di cui alla vecchia legge cit.);

xxiii) 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, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di *sanzioni pecuniarie civili*, con finalità sia preventiva che repressiva (artt. 3 ss. d.lgs. 7/2016)⁵⁴⁰.

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 sanzioni civili senza la cooperazione delle istituzioni repressive statali (seppur, ovviamente, dinanzi a un magistrato). 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 criminale⁵⁴¹.

⁵³⁹ In tal caso, se il passeggero chiede il risarcimento del danno la “compensazione pecuniaria” già incamerata “può” essere detratta dal risarcimento, ma, evidentemente, può anche cumularsi ad esso in funzione sanzionatoria.

⁵⁴⁰ 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.

⁵⁴¹ Cfr. F. QUARTA, cit., p. 332 s.

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. 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 personalità⁵⁴².

*

2.13. La condanna aggravata per lite temeraria.

L'art. 96 del codice di rito contiene una fattispecie composta di responsabilità processuale aggravata⁵⁴³. Si tratta di una previsione ultra-compensativa fondamentale

⁵⁴² Infine, è interessante 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. Sembra allora opportuno e necessario in funzione di *law enforcement* conferire al privato (almeno) una quota parte della sanzione. Per considerazioni più generali sul punto si rinvia al § 1.10.D), nonché al Cap. IV.

⁵⁴³ Essa recita: «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede 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 precedente, 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, 2015, p. 434, nt. 55.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 648 ss.; In generale su tale fattispecie cfr. i diversi interventi raccolti nel volume *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale, 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, 2017, 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.*

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*⁵⁴⁴. Inoltre, da un lato, la funzione prevalentemente sanzionatoria di tale rimedio è stata ormai certificata, al di là di ogni ragionevole dubbio, sia dalla Corte Costituzionale, sia dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁵⁴⁵; 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 avanti⁵⁴⁶.

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 *abuso* di quel diritto⁵⁴⁷. Il che accade,

Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, Torino, 2012, p. 1256 ss.

⁵⁴⁴ F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 394 ss.

⁵⁴⁵ 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, nonché Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.

⁵⁴⁶ Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, cit., p. 429 s. In generale in argomento v. C. CALVOSA, *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 Treccani*, 2013.

⁵⁴⁷ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, 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

tipicamente, quando l'esercizio del diritto esorbiti dal suo schema tipico o trascenda i limiti determinati dalla sua funzione normativamente sancita⁵⁴⁸. 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»⁵⁴⁹.

Dall'art. 96 c.p.c., come novellato nel 2009, possono trarsi tre distinte fattispecie.

L'art. 96, 1° co., 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, 2° co., c.p.c.⁵⁵⁰.

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);

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.

⁵⁴⁸ 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.

⁵⁴⁹ 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.

⁵⁵⁰ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2019, p. 440.

C) un *danno* rinvenibile nella sfera giuridica della parte che aveva ragione⁵⁵¹.

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 probatorio⁵⁵². Infatti, da tempo 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»⁵⁵³.

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, 2° co., Cost.). Ciò ha consentito, 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 sé, a carico della parte vittoriosa perdite economiche non precisamente quantificabili e, soprattutto, un danno non patrimoniale di natura

⁵⁵¹ V. F.P. LUISO, *ibidem*.

⁵⁵² Cfr. per tutti D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 144.

⁵⁵³ 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*.

psicologica. Danno da liquidare in via equitativa sulla base delle risultanze desumibili dagli atti di causa⁵⁵⁴.

Il secondo comma dell'art. 96 c.p.c. regola, invece, una specifica ipotesi di danno processuale. Esso si verifica quando soccomba nel merito la parte che abbia ottenuto un provvedimento cautelare, trascritto una citazione, iscritto un'ipoteca, oppure iniziata 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 cognizione⁵⁵⁵.

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 grave⁵⁵⁶.

Inoltre, il legislatore nel 2009 ha aggiunto all'articolo 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 civili⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Cfr. Cass., 12 ottobre 2011, n. 20995, Cass., 30 aprile 2010, n. 10606; nonché P. NAPPI, sub *art. 96*, in C. Consolo (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, VI ed., Milano, 2018, p. 1069 s., ed ivi riferimenti.

⁵⁵⁵ 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 autore sponsabile e, quindi, agire con prudenza. Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, cit., p. 433.

⁵⁵⁶ F.P. LUISO, *ibidem*.

⁵⁵⁷ 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*

Anzitutto, il fatto che la legge attribuisca al giudice il potere esercitabile “in ogni caso” *ex officio* di condannare la parte (interamente⁵⁵⁸) 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»⁵⁵⁹.

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 temeraria⁵⁶⁰. 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*»⁵⁶¹.

ordinamento». 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».

⁵⁵⁸ E infatti non sembra ragionevole applicare il rimedio in caso di soccombenza reciproca: v. *ex multis* Cass., 13 ottobre 2017, n. 24158.

⁵⁵⁹ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, cit., p. 435. Per Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, soltanto il terzo comma dell’art. 96 c.p.c. avrebbe introdotto una vera e propria pena pecuniaria con finalità sia risarcitorie che punitive.

⁵⁶⁰ V. *ex multis* F.P. LUISO, cit., p. 437; MANDRIOLI-A. CARRATTA, cit., p. 434 s.; e M.F. 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, p. 141: l’A. osserva che, in tale prospettiva, e astruendo 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.

⁵⁶¹ A. CARRATTA, *Intervento*, in *L’abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell’Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012, p. 245 s. La prospettiva dell’A. è suffragata dall’inciso con cui si apre il 3° co. 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

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 soccombente⁵⁶².

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, 3° co., 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»⁵⁶³.

In ogni caso, e a 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, teso a

nesso di causa tra condotta processuale abusiva e danno effettivamente patito.

⁵⁶² In tal senso v. P. NAPPI, sub art. 96, cit., p. 1076 s.; e G. 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, 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 danno e lite temeraria.

⁵⁶³ 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.

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»⁵⁶⁴. Se questa è la generale funzione della fattispecie, il rimedio previsto dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c. connota la condanna del litigante temerario di un'indubbia coloritura pubblicistica⁵⁶⁵, 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 dell'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 oggi⁵⁶⁶ – 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. Apostoliti⁵⁶⁷. 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

⁵⁶⁴ F. TOPPETTI (a cura di), cit., p. 8.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 648, definisce l'art. 96, terzo comma, 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».

⁵⁶⁵ V. P. NAPPI, sub art. 96, cit., p. 1076.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ 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.

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, imprevista ed imprevedibile, emergenza, bensì per avvelenamento acuto da Verapamil, essendo stata introdotta nell'organismo del paziente, in un'unica somministrazione, una dose sproporzionatamente più elevata rispetto a quanto stabilito dalla farmacopea»⁵⁶⁸. 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 una parola di comprensione venisse spesa per la vicenda umana di cui gli attori sono stati – loro malgrado – protagonisti»⁵⁶⁹. Tanto considerato in diritto, 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, 3° co., c.p.c. come una fattispecie sanzionatoria non difforme dal danno punitivo⁵⁷⁰.

Da un lato, infatti, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze in relazione all'art. 96 c.p.c. – per asserito contrasto con gli art. 3, 24, 111 Cost. – nella parte in cui dispone che, in caso

⁵⁶⁸ Trib. Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006, G.U. Apostoliti, cit., p. 127.

⁵⁶⁹ Trib. Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006, G.U. Apostoliti, *ibidem*.

⁵⁷⁰ Una simile considerazione era stata già svolta da F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impr.*, 4-5/2015, p. 862 ss.

di condanna officiosa, la somma equitativamente determinate vada a beneficio della controparte, anziché dell'erario⁵⁷¹. Senza ripercorrere tutti i passaggi logici della pregevole pronuncia, basti qui considerare che per la Consulta 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 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, 3° co., c.p.c. presenta una struttura «non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative»⁵⁷², per reagire all'offesa arrecata alla giurisdizione⁵⁷³.

D'altro canto, la Cassazione nella storica pronuncia a Sezioni Unite del 2017 nel descrivere il panorama normativo che si è venuto componendo negli ultimi decenni, da cui poi ricava *de plano* la polifunzionalità della R.C., inserisce nell'elenco degli indici normativi significativi, fra gli altri, proprio l'art. 96, 3° co., c.p.c. – unitamente all'omologa previsione sancita per il processo amministrativo dall'art. 26 c.p.a.⁵⁷⁴. 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.

⁵⁷¹ Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, cit.

⁵⁷² Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, cit., § 4.3.

⁵⁷³ In senso conforme, la successiva Corte Cost., 6 giugno 2019, n. 139, § 7, ha specificato che tale obbligazione «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 sanzionatoria della previsione censurata risulta, in tal modo, ibridata da una funzione indennitaria, realizzando complessivamente un assetto non irragionevole».

⁵⁷⁴ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., § 5.2.

96 c.p.c., 3° co., il legislatore ha posto come presidio del corretto funzionamento del sistema processuale»⁵⁷⁵.

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 3° co. art. 96 c.p.c.⁵⁷⁶. 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, 4° co., c.p.c. che ha rappresentato il calco adoperato poi dal *conditor* nel 2009 che, novellando l'art. 96

⁵⁷⁵ Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 4136, Rel. Graziosi.

⁵⁷⁶ V. per tutti C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, cit., p. 434; P. NAPPI, sub *art. 96*, 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, 3° co., 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».

c.p.c., ha introdotto un rimedio d'indole generale e azionabile in ogni tipo e grado di processo⁵⁷⁷. Per taluno tale assenza di un limite massimo sarebbe incostituzionale⁵⁷⁸.

In tale prospettiva, recentemente, il Tribunale di Verona ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 96, 3° co., 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.»⁵⁷⁹.

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, 2° co., Cost., recante una riserva assoluta di legge, la Consulta, in accordo con autorevole dottrina⁵⁸⁰, statuisce che il parametro costituzionale citato è impropriamente evocato «perché riguarda le sanzioni penali, nonché quelle amministrative “di natura sostanzialmente punitiva” (sentenza n. 223

⁵⁷⁷ P. NAPPI, sub *art. 96*, 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.

⁵⁷⁸ V. per tutti F.P. LUISO, cit., p. 437 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, 1° co., 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, 2° co., 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*».

⁵⁷⁹ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

⁵⁸⁰ 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.

del 2018) e non già prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge, alle quali fa invece riferimento l'art. 23 Cost.»⁵⁸¹. 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»⁵⁸².

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

⁵⁸¹ 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».

⁵⁸² 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, 3° co., c.p.c.).

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.

«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»⁵⁸³.

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.⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, *ibidem*.

⁵⁸⁴ Non è, infatti condivisibile, la lettura citata *retro* che predica l'incostituzionalità del criterio equitativo puro (v. ad es. Luiso). 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*, Bologna, 2019, 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).

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* dal sistema e applicabili a condotte simili⁵⁸⁵; con ciò mantenendo, altresì, la doverosa coerenza interna dell'ordinamento, considerando l'unitarietà del medesimo⁵⁸⁶. 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, 3° co., c.p.c.* va rapportata alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa⁵⁸⁷.

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.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ A ben guardare, trattasi della soluzione già adottata ad es. dalla Corte Suprema 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 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'ordinamento, considerandone la complessiva unitarietà. V. 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. IV).

⁵⁸⁶ 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.

⁵⁸⁷ 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 cod. proc. civ. (che contemplava il limite del doppio dei massimi tariffari), sia a quello attualmente stabilito dal primo comma dell'art. 26 cod. proc. amm. (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.

⁵⁸⁸ Fra gli altri, devono essere menzionati: una percentuale dell'ingiusto profitto che l'attore 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*, 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.* terzo comma. 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

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, potendo la parte forte e temeraria calcolare *ex ante* quando gli convenga instaurare o resistere ad oltranza in un processo⁵⁸⁹. Sicché, il valore della prevedibilità della decisione deve essere prudentemente bilanciato con quello della deterrenza delle condotte illecite⁵⁹⁰.

*

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 subfornitore⁵⁹¹.

da lite temeraria), l'intensità dell'elemento soggettivo dell'abusante, l'affaticamento derivato alla parte abusata a cagione del processo temerario.

⁵⁸⁹ 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.

⁵⁹⁰ 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. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2017, p. 1120 ss.

⁵⁹¹ V. A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna-Roma, 2003; R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, in Roppo-Benedetti (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Milano, 2014, 349 ss.; A. BERLOTTI, *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 stabat lupo et inferior agnus* (FEDRO, *Favole*, Libro I); o al titolo di un paragrafo di

Invero, la legge in commento non sembra aver attirato molto l'attenzione della dottrina civilistica⁵⁹². Essa ha avuto una genesi travagliata, tanto che nelle discussioni parlamentari furono sollevati addirittura dei dubbi di costituzionalità per possibile contrasto con l'articolo 41 della Costituzione. A ridosso della sua emanazione fu definita «una legge grave»⁵⁹³, 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 matematica perdita delle commesse provenienti dalla controparte forte⁵⁹⁴.

un volume pubblicato da uno dei padri parlamentari della l. 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.

⁵⁹² 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*, III ed., Torino, 2018, p. 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"*».

⁵⁹³ V. ancora G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., 449 ss.

⁵⁹⁴ A ciò si aggiunga che la definizione di subfornitura (art. 1. cit.), è stata oggetto, da parte della dottrina, di un ingiustificato tentativo di ridurre 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).

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 addirittura 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'autorevole 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 alla definizione in parola un ristrettissimo significato tale da marginalizzare l'applicazione della disciplina *de qua*, v. anche Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, 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.

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 Ventesimo Secolo, 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 imprenditoriale⁵⁹⁵, collegate 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'articolo 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.⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ 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.

⁵⁹⁶ V. G. IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., § 265, p. 558 ss.

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 fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa:

– 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»⁵⁹⁷.

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;

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 del committente, investimenti che non sempre sono facilmente riconvertibili nel breve periodo⁵⁹⁸.

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, patologica⁵⁹⁹. Tuttavia, essa

⁵⁹⁷ 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 riferisca 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».

⁵⁹⁸ Cfr. A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 13 ss.

⁵⁹⁹ 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, oltreché sulla competizione. Si v. ad. esempio la giurisprudenza che, rileggendo i doveri civilistici di correttezza e buona fede nel prisma dell’art. 2 Cost., impone al creditore di attivarsi fino al limite dell’apprezzabile sacrificio personale. Con tale lettura costituzionale dei doveri codicistici,

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 del soggetto forte, portato istituzionalmente, peraltro, a massimizzare il profitto che gli possa derivare dalla sua pozione⁶⁰⁰.

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»⁶⁰¹.

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

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.

⁶⁰⁰ 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».

⁶⁰¹ Sicché, al di là dei rimedi sanzionatori che si commentano 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, 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 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.

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 essentialiam* 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* unilaterale⁶⁰², 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'articolo 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»⁶⁰³. Tale sistema si compone in particolare di quattro rimedi, ovverosia:

- A) della mora decorrente *ex re*;
- 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;

⁶⁰² Sulle clausole di *jus variandi* in generale v. per tutti G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.

⁶⁰³ Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 184.

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 rimediabile appena citato si evince chiaramente la logica deterrente/sanzionatoria del sistema in commento⁶⁰⁴.

Quest'ultimo esprime, congiuntamente, almeno due delle funzioni fondamentali che le Sezioni Unite del 2017 riconoscono essere nel DNA della responsabilità civile: quella *deterrente* (rivestita anche di valenza generale), che s'esprime *ex ante*, poiché la mera previsione di questo apparato rimediabile, col suo carico di male minacciato, unitamente all'accelerazione processuale impressa alla tutela del subfornitore⁶⁰⁵, 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).

⁶⁰⁴ 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.

⁶⁰⁵ *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).

Inoltre, la marca sanzionatoria del descritto sistema rimediabile si evince dalla 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 debole⁶⁰⁶, snella, svincolata dall'onere di provare il danno subito, e azionabile rapidamente in via monitoria. Tuttavia, posta tale – significativa – tutela di *default*⁶⁰⁷, il subfornitore potrà comunque ottenere il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore subito a causa del ritardo del committente, secondo le regole ordinarie⁶⁰⁸.

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 necessaria⁶⁰⁹; e *ii*) nel caso, piuttosto frequente, di cessione dei crediti di prezzo a

⁶⁰⁶ L'espressione è di A. BERLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 104.

⁶⁰⁷ 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, 700.

⁶⁰⁸ Si segnala altresì la previsione di cui all'art. 3, 5 co., 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.

⁶⁰⁹ 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. Sarebbe infatti fin troppo agevole per la controparte forte eludere la normativa di tutela approntata dalla l. n. 192/98, 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 contenga una simile normativa di protezione come legge applicabile. In forza delle richiamate prescrizioni, dunque, 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 e 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 valgano, *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.

società di *factoring*, il credito agli speciali interessi aggravati e penali *ex lege* dovrebbe comunque rimanere in capo al subfornitore⁶¹⁰.

A sugello del sistema vi è poi il noto articolo 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)⁶¹¹.

I ipotesi tipiche di abuso sono individuate nel «rifiuto di vendere» o «di comprare», nell'«imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o

⁶¹⁰ 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, *Le pene private*, op. cit. Anche perché, a opinare diversamente, il *factor* beneficerebbe di un arricchimento privo di causa.

⁶¹¹ In punto di alternative di mercato soddisfacenti v. Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, 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*) V. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016, 128 ss.

discriminatorie», e nell'«interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto» (2° co.)⁶¹².

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)⁶¹³.

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 interesse⁶¹⁴.

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 la prima; oppure *ii*) nuocciono all'altra senza alcuna contropartita o obiettiva giustificazione⁶¹⁵.

⁶¹² Si precisa inoltre che destinataria della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica 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.

⁶¹³ 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). 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).

⁶¹⁴ 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*, Padova, 2018; 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, esaurendo, 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.

⁶¹⁵ In altre parole, la funzione del divieto di abuso di dipendenza economica è quella di imporre

Giova infine sottolineare come la giurisprudenza abbia emancipato tale fattispecie dal contesto settoriale della subfornitura ritenendola applicabile a qualsiasi rapporto di 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 diritto⁶¹⁶.

*

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 denaro⁶¹⁷.

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 articoli 388 e 650 c.p. che presidiano l'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, per restituire in qualche modo efficacia ai provvedimenti civili⁶¹⁸.

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, cit., p. 31 ss. L'esperienza insegna, poi, che l'abuso, e le violazioni della l. n. 192/98, 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.

⁶¹⁶ V. Cass., 4 novembre 2015, n. 22584; Trib. Milano 17 giugno 2016, *Attrakt c. Google*; e Trib. Torino, 31 marzo-6 giugno 2017, n. 2952, § 18, 230 ss., cit.

⁶¹⁷ 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, nonché G. CORNU, voce *Astreinte*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, 2005.

⁶¹⁸ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, II, 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 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

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*), al 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»⁶¹⁹.

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 esecutiva⁶²⁰. 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 danaro⁶²¹, 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 potranno ora essere assistite da *astreintes*.

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

carattere penale, sia pure attenuato».

⁶¹⁹ F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2017, 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.

⁶²⁰ 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.

⁶²¹ 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.

interesse meramente patrimoniale della controparte: in casi simili, il filtro opera come presidio della libertà di autodeterminazione del singolo;

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 Carnelutti⁶²².

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 avveduta. Anzi, il caso dell'*astreinte* rappresenta un chiaro esempio sia di fattispecie sanzionatoria presente nel sistema⁶²³, 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 prospettiva 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

⁶²² Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006, p. 226.

⁶²³ Che insieme alle altre numerose fattispecie riepilogate al § 2.12., per usare le parole delle Sezioni Unite in commento, «denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti».

inadempimento. Si tratta dunque di una misura diretta a vincere la resistenza del debitore “recalcitrante” inducendolo ad adempiere alla propria obbligazione»⁶²⁴.

In altre parole, si tratta di una sanzione minacciata che si invera 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»⁶²⁵.

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* 614–*bis* c.p.c. Tant’è che in giurisprudenza si rinvengono taluni arresti in cui la misura viene qualificata semplicemente come «penale»⁶²⁶. E la figura di *astreinte* “gemella” prevista per il giudizio di ottemperanza amministrativo è definita dallo stesso legislatore come “penalità di mora” (art. 114, 4° co., 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 contrattuale 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 periodo⁶²⁷.

⁶²⁴ C. CONSOLO-F. GODIO, cit., p. 2554. Compatta la dottrina nel definire l’istituto in parola sanzione civile: cfr. F.P. LUISO, 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, 2016, p. 206.

⁶²⁵ 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?*

⁶²⁶ 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, 3° co., 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, 2° co., c.p.i.

⁶²⁷ V. 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,

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 principi 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»⁶²⁸.

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 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 tutela⁶²⁹.

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.

p. 321 s. Per la logica giuridico-economica estrattiva tipica della *corporation* contemporanea cfr. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1120 ss.

⁶²⁸ 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.

⁶²⁹ 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*, 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*.

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 misura⁶³⁰. 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'ordinamento⁶³¹. 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 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 una paura dei giudici di beneficiare la parte vittoriosa di un ingiustificato arricchimento. Non si discute che trattasi effettivamente di un arricchimento: da un punto di vista sostanziale si verifica un

⁶³⁰ 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, 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.; sul punto cfr. 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*.

⁶³¹ Più in particolare: di una vera e propria divaricazione tra le funzioni rimediali veicolate dalle norme e gli esiti applicativi rinvenibili in giurisprudenza.

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 la «necessaria 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, § 1.9.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. 349/86 ha rappresentato uno dei primi indici normativi recenti a considerare al fine della quantificazione del risarcimento, e unitariamente, la gravità della colpa individuale, il profitto conseguito dal trasgressore, nonché il costo

necessario per il ripristino della risorsa ambientale danneggiata. 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). Sembra appena il caso di precisare che, infatti, 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)⁶³².

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 (voluta dal legislatore UE)⁶³³. Con la giurisprudenza nazionale che, però, sembra "riesumere" i criteri della vecchia norma per riempire di significato i margini interpretativi lasciati dalla – invero non limpida⁶³⁴ – nuova normativa eurounitaria.

Infine, il rimedio ultra-compensativo che si intende proporre con questo lavoro rappresenta uno strumento particolarmente utile ed efficace per il contrasto

⁶³² Come dimostrato dai maestri del diritto comparato, infatti, spesso una norma formalmente abrogata continua a rappresentare la regola di fatto applicata dai giuristi - magari sotto forma di crittotipo - anche quando la *ratio decidendi* si fonda 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.

⁶³³ Per una condivisibile critica al rimedio inibitorio, ritenuto tradizionalmente l'unico in grado di tutelare interessi non patrimoniali (ambiente, salute etc.), v. 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'inquinante 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».

⁶³⁴ Limpidezza che manca sia nella formulazione testuale, sia nell'approccio risarcitorio scelto che non sembra riconciliarsi appieno con gli obiettivi declamati. Inoltre, la citata Direttiva 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.

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 ambientali⁶³⁵. In un'epoca di rapidissimi e, apparentemente, inarrestabili cambiamenti tecnologici, che spiegano un impatto viepiù 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 future⁶³⁶. Ma andiamo alla struttura della fattispecie.

L'art. 18 della l. 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 ambientale:

«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 arrecando 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

⁶³⁵ 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 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 e M.A. Sandulli, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, Milano, 2014, p. 67 ss.; nonché le riflessioni già svolte da 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.; e L. FRANCIOSI, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990.

⁶³⁶ Nella cornice dell'innovazione scientifica e tecnologica, occorre dunque studiare e promuovere le soluzioni giuridiche sostenibili ed ecologiche. Più in generale, v'è l'obiettivo 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, cit.; e anche S. FANETTI, *Ambiente e beni comuni*, Milano, 2019.

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 punitivo⁶³⁷. 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 artt. 298 *bis* ss.), il legislatore ha riscritto per intero la materia del danno ambientale recependo quasi pedissequamente la Direttiva 2004/35/CE. Nel nuovo *corpus* normativo è stato invero accantonato il modello centrato sul risarcimento (deterrente/sanzionatorio), in favore di un modello ripristinatorio puro; mantenendosi, tuttavia, il rimedio risarcitorio come ipotesi residuale (pur depurato della componente punitiva).

Attualmente, pertanto, il danneggiato viene condannato di *default* al ripristino dello stato dei luoghi (c.d. riparazione primaria). Qualora 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 convenuto non ponga in essere tali misure ripristinatorie, potrà essere condannato al pagamento del risarcimento per equivalente e, in particolare, ad una somma che non copre il danno prodotto, ma esclusivamente i costi delle attività necessarie per implementare le citate riparazioni⁶³⁸.

Il complessivo abbassamento di tutela che il nuovo apparato rimediale sembra comportare per i beni ambientali non può andare esente da critiche.

Invero, 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, 1° co., d.lgs. 152/2006 «è danno ambientale qualsiasi deterioramento *significativo* e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o

⁶³⁷ V. per tutti P. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in Seminari di Diritto Privato Comparato, a cura di Pardolesi, Bari, 2011, p. 83 ss.; e P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, p. 16 ss. E Cass., Sez. I, 1° settembre 1995, n. 9211.

⁶³⁸ U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 339; v. anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., § 76, *Danni all'ambiente*, p. 115 ss.

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, 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 proteggere⁶³⁹.

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 d.lgs. 152/2006)⁶⁴⁰. Scelta comprensibile giacché quello ambientale è caso di scuola che dimostra l'alta desiderabilità della tutela in forma specifica. Tuttavia, come noto, la perfetta riduzione in pristino non è sempre tecnicamente possibile. E infatti la legge prevede che quando non sia possibile il risarcimento in forma specifica, si proceda al risarcimento per equivalente pecuniario, calcolato, però, in relazione al pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino (art. 311, 2° co., d.lgs. 152/2006).

Il riferimento al costo del ripristino rischia di devitalizzare la forza del rimedio, soprattutto in quei casi in cui *i*) non sia possibile il ripristino, e *ii*) l'illecito sia stato altamente profittevole. Insomma, 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

⁶³⁹ Cfr. D. DE STRÖBEL, *Il danno ambientale fra legislazione previgente e attuale, 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 secondo comma dell'art. 300 d.lgs. 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 rimediale.

⁶⁴⁰ V. per tutti M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, e in particolare Cap. V, *Ambiente e danno*, p. 269 ss.

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 inquinato⁶⁴¹) e colui che incamera i danari parametrati al costo di un meramente ipotetico ripristino. Men che meno, in tale prospettiva, il rimedio sanzionerà il *tortfeasor*⁶⁴².

Da ultimo, l'art. 25 della c.d. legge Europea 2013 (l. 97/2013), al fine di neutralizzare talune contestazioni della Commissione UE, risistemando – ancora una volta – la materia, ha eliminato ogni riferimento al risarcimento “per equivalente patrimoniale” ed ha stabilito che il danno all'ambiente deve essere risarcito solo con le “misure di riparazione” previste dall'Allegato 3 alla Parte VI del Codice Ambiente⁶⁴³.

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

⁶⁴¹ Ma non solo, essendo quello ambientale un danno materiale collettivo e, talvolta, tragicamente, intergenerazionale.

⁶⁴² Come detto la normativa citata non brilla certo per chiarezza e coerenza. Come osservato da G.D. COMPORTELLI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, 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». Infine, si consideri che ai sensi dell'art. 311, 2° co., «solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti». *Quid iuris*, dunque, di quei casi in cui sia impossibile quantificare il costo del ripristino poiché quest'ultimo è tecnicamente impossibile?

⁶⁴³ Parte della dottrina sembra ritenere che il risarcimento in forma specifica nel vigente ordinamento sia, di fatto, l'unico rimedio azionabile, perseguibile a ogni costo e a prescindere dalla qualificazione del danno come patrimoniale o non patrimoniale. In tale prospettiva, il riferimento dell'art. 311 al risarcimento per equivalente “se necessario” sarebbe frutto di un errore 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. V. D. BARBIERATO, cit., § 3, ed ivi riferimenti. Cfr. G.D. COMPORTELLI, 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.

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...»⁶⁴⁴.

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 efficace⁶⁴⁵ e “perentorio” le risorse ambientali, non sembra che la polifunzionalità della R.C., anche in campo ambientale, possa più essere (seriamente) revocata in dubbio.

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 darsi⁶⁴⁶.

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 affermava ostinatamente 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 vigente⁶⁴⁷.

*

⁶⁴⁴ 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.

⁶⁴⁵ 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, 3° co.) 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.

⁶⁴⁶ V. F. CAPRA-U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017.

⁶⁴⁷ 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 definitivo e chiaro assetto. 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 rimediabile e *ius superveniens*.

Capitolo 3: Note di diritto comparato: i *punitive damages* USA e l'evoluzione del sistema francese di responsabilità civile.

3.1. Premessa: la scelta dei sistemi *target* oggetto di comparazione.

I *punitive damages*, o danni punitivi⁶⁴⁸, 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 essa riservata da numerosi *legal thriller*, che per il reale portato tecnico-applicativo⁶⁴⁹. Si tratta, inoltre, di un rimedio ibrido, di “natura” anfibia quasi, che lo pone a cavaliere tra il diritto privato e quello pubblico⁶⁵⁰. Recentemente, inoltre, l'istituto è stato oggetto di studi approfonditi anche nei sistemi di *civil law*⁶⁵¹, sotto il pungolo delle richieste di delibazione di sentenze

⁶⁴⁸ Si consideri che la locuzione *punitive damages* è quasi sempre tradotta con l'italiano “danni punitivi”. Tale traduzione convenzionale sarà 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). 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.

⁶⁴⁹ 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*».

⁶⁵⁰ 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*».

⁶⁵¹ Uno studio miliare e pionieristico è certamente quello di G. PONZANELLI, *I punitive damages*

straniere (in particolari nordamericane) comminatorie *punitive damages*, sempre più frequenti negli anni – giusta la caratura del commercio transnazionale dell’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 origine⁶⁵². 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*, affermata 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)⁶⁵³, 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 deliberare tali sentenze⁶⁵⁴.

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.

⁶⁵² Cfr. per tutti G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 333 ss.

⁶⁵³ V. per tutte Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Dir. econ. ass.*, 2-3/2008, con nota di D. Cerini, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183*, p. 474 ss.

⁶⁵⁴ Come noto non si tratta 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. 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.

Dall'altro lato, il progressivo affacciarsi al di qua dell'Atlantico del potente e performante istituto in commento, usato negli ordinamenti nativi, come si vedrà, per correggere talune endemiche imperfezioni della R.C., 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 tralatizio principio di integrale riparazione⁶⁵⁵. 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 art.* 24 e 111 Cost. Diverse ipotesi sono state presentate. Dal trapianto legale puro e semplice ad un uso normativo del diritto comparato⁶⁵⁶, fino a proposte di riforma legislativa palesemente ispirate, anche a livello linguistico, ai *punitive damages*⁶⁵⁷. Quest'ultimo, in particolare, è il caso della Francia, che verrà esaminato nel § 3.8.

Sulla base di quanto complessivamente considerato, sono stati scelti come sistemi giuridici *target* della comparazione quello statunitense e quello francese.

Il primo si presenta come candidato d'elezione "naturale" per un simile lavoro. Ivi, infatti, l'istituto ha avuto notoriamente 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,

⁶⁵⁵ Cfr. cap. I, § 1.3.

⁶⁵⁶ 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 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. Cfr. anche A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit.; nonché 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. 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.

⁶⁵⁷ 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. 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*, Berlin, 1993.

contribuito a renderli meno alieni anche al giurista *civilian*. In prosieguo, saranno pertanto esaminate: *i*) le dottrine che hanno consentito di superare i dubbi di costituzionalità dell'istituto in parola, *ii*) le diverse teoriche dei limiti elaborate e implementate, nonché *iii*) 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 Corte Suprema e le decisioni quotidianamente assunte dalle corti statali.

La Francia, d'altro canto, 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 Napoleon* è stato il calco del nostro Codice civile del 1865, nonché il primo e immediato referente anche per i *conditores* del 1942. 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 Unito, è permeata quella sensibilità rimediale tipica dei *common lawyers*⁶⁵⁸.

Infine, come anticipato, in Francia è aperto un cantiere di riforma del Codice civile che include anche i luoghi "sacri" della responsabilità. I giuristi francesi, come si dirà, sembrano aver imboccato la via della riforma legislativa per introdurre, a scampo di equivoci, una fattispecie generale ultra-compensativa (simile, *quod effecta*, ai *punitive damages* nordamericani). Tale via sarà considerata anche nel presente lavoro, seppur in subordine ad altre soluzioni che paiono maggiormente persuasive, in considerazione delle peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano⁶⁵⁹.

*

3.2. I *punitive damages*: nozione e breve inquadramento storico nell'ordinamento di origine.

⁶⁵⁸ 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.

⁶⁵⁹ Cfr. IV capitolo, § 4.6.

Generalmente, si suole ricondurre la nascita dei *punitive damages* all’Inghilterra del XVIII secolo⁶⁶⁰. Essi integrano una quota di risarcimento (*damages*) che può essere concessa all’attore in una causa civile, in aggiunta al risarcimento compensativo–riparatorio⁶⁶¹.

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*»⁶⁶². 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.

⁶⁶⁰ 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*, V ed., Torino, 2018, p. 47 ss., i quali, fra l’altro, individuano il diritto romano come antico patrimonio comune alla tradizione giuridica occidentale.

⁶⁶¹ Da un punto di vista strutturale, essi costituiscono crediti pecuniari liquidabili dal giudice, conseguenti a un illecito e commisurati all’entità del risarcimento del relativo danno (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. gli artt. 743 s. c.p.c.). Da un punto di vista funzionale, invece, i danni punitivi assolvono a funzione diversa da quella essenziale al 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”, ma piuttosto una condanna.

⁶⁶² C. SUNSTEIN, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002, p. 8.

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 gravi⁶⁶³.

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*⁶⁶⁴ e *Huckle v. Money*⁶⁶⁵. 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 questo 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 *aggravate damages*, rintracciabili nella giurisprudenza inglese.

⁶⁶³ Cfr. *Tullidge v. Wade*, 95 Eng. Rep. 909, 1796.

⁶⁶⁴ 95 Eng. Rep. 768 (K. B. 1763).

⁶⁶⁵ 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.

Gli *aggravate 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 integrare 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 generale⁶⁶⁶.

Se questa è la tradizionale differenza teorica, viene spesso messo in luce come il confine concettuale 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 comunità⁶⁶⁷. 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 pie' sospinto, contrariamente a quanto la letteratura non giuridica abbia accreditato. Essi infatti vengono tradizionalmente riconosciuti solo quando le esigenze di *punishment* e *deterrence* non lascino spazio ad altre alternative⁶⁶⁸.

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

⁶⁶⁶ 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.; 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.

⁶⁶⁷ Sulla differenza fra *exemplary damage* e *aggravate 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.

⁶⁶⁸ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 12.

*exemplary damages*⁶⁶⁹. 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 la forse troppo vasta 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 governativi⁶⁷⁰. 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 *Justice Devlin* il datore di lavoro potrà essere punito allorquando la sua condotta venga a configurarsi come illegale, oltreché oppressiva⁶⁷¹.

In secondo luogo, v'è la fattispecie di illecito commesso al fine di studiato e calcolato profitto, nel qual caso, come noto, esiste il rischio concreto che l'indebito

⁶⁶⁹ 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.

⁶⁷⁰ 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.

⁶⁷¹ «*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*.

arricchimento del *wrongdoer* superi il risarcimento (compensativo) dovuto all'attore⁶⁷².

La terza e ultima fattispecie che per Lord Devlin legittima l'utilizzo dei danni punitivi è quella in cui essi siano espressamente preveduti dalla legge⁶⁷³.

Da tale perentoria presa di posizione della *House of Lords*, l'istituto ha subito in Inghilterra un lento declino, 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*.

*

3.3. I danni punitivi nell'ordinamento statunitense: *functions and rationales*.

Quando l'istituto in commento approdò nel sistema giuridico nordamericano, verso la fine del XVIII secolo ⁶⁷⁴, 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

⁶⁷² 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.

⁶⁷³ 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 2000, come si dirà diffusamente nel IV Capitolo.

⁶⁷⁴ 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.

ritenute gravi e oltraggiose, le corti cominciarono ad adoperare a piene mani l'arma dei danni punitivi, anche in funzione di moralizzazione delle attività economiche.

Da un punto di vista istituzionale, i danni punitivi 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*⁶⁷⁵.

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*⁶⁷⁶, l'istituto in parola fu applicato *expressis verbis* per le funzioni di *punishment* e di *deterrence* che lo caratterizzano.

Dopo la doviziosa 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 consociati⁶⁷⁷. Con funzione punitiva del danno, anche nel contesto del *common law* nordamericano, si fa riferimento all'obiettivo della società di sanzionare adeguatamente gli individui che hanno commesso atti illeciti biasimevoli e che denotino una peculiare indifferenza per il benessere e la sfera giuridica altrui⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Cfr. VII emendamento alla Costituzione federale degli Stati Uniti, in U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 345.

⁶⁷⁶ 1 N.J.L. 77 (1791).

⁶⁷⁷ 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)».

⁶⁷⁸ 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

Il *Restatement (Second) of Torts*, pubblicato dall'*American Law Institute* nel 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*»⁶⁷⁹.

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 attore⁶⁸⁰, 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

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».

⁶⁷⁹ *Restatement (Second) of Torts*, 1977, § 908. Tale descrizione sottolinea la distinzione fra la natura 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, p. 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.

⁶⁸⁰ Cfr. il *Restatement Corpus Juris Secundum XXV, Damage*, §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.

Federazione hanno leggi e giurisprudenza differenti, che si intrecciano, peraltro, con leggi e giurisprudenza federali che possono influenzare, dall'esterno, l'istituto in commento⁶⁸¹.

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*»⁶⁸². Tale problema va inquadrato alla luce del carattere interstiziale del diritto federale. Per quanto, 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 particolare⁶⁸³.

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»⁶⁸⁴.

In particolare, dall'evoluzione storica del sistema giudiziario statunitense è venuto affermandosi un parallelismo biunivoco tra Corti statali e federali. Qualesivoglia 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

⁶⁸¹ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 123.

⁶⁸² G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 333.

⁶⁸³ 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*».

⁶⁸⁴ U. MATTEI-E. ARIANO, *ibidem*.

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 *Supreme Court*, a misura che esse alleghino la violazione di un principio di diritto federale⁶⁸⁵. Tale descritta peculiarità istituzionale determina, giova ribadirlo, un limitato controllo della pur potentissima e autorevole Corte Suprema federale sulle Corti statali.

Ma veniamo alle diverse funzioni espresse dai danni punitivi nordamericani nell'ultimo secolo⁶⁸⁶.

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 parola⁶⁸⁷. 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:

⁶⁸⁵ U. MATTEI-E. ARIANO, *ibidem*.

⁶⁸⁶ In generale cfr. A. J. SEBOK, Punishment, and Disgorgement, Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?, in 78 *Chi. Kent L. Rev.*, 2003, p. 3 ss.; A. J. SEBOK, What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding The History of Punitive Damages Matters Today, in *Ch. 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 Damages 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. ROBBENOLT, 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, *Utah L. Rev.*, 2017, p. 1019 ss.

⁶⁸⁷ La magistrale opera di sistemazione si deve a G. CALABRESI, The complexity of torts – the case of punitive damages, cit., p. 337 ss.

A) *enforcement* delle norme sociali tramite il ruolo dell'attore in giudizio come *private attorney's general*⁶⁸⁸;

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 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 responsabile⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ 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 anche al ruolo delle vittime, e in particolare 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, soggiunge 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 *torfeasor* onde rendere il rimedio effettivamente sanzionatorio e deterrente anche per i convenuti ricchi è stata considerata anche dal legislatore italiano: v. artt. 3 ss. d.lgs. 7/2016.

⁶⁸⁹ 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*, 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 poiché necessaria 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,

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 €⁶⁹⁰;

C) *Tragic choice*. Si tratta di una funzione di orientamento morale alle c.d. scelte tragiche⁶⁹¹. Nel definire tale funzione dei punitivi, Calabresi, nel citato lavoro del 2005, prende abbrivio dal noto caso Pinto⁶⁹², 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 tenere l'auto 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 la lucida, sebbene tragica, scelta di sacrificare l'integrità di un certo numero di persone a fine di profitto. La questione 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 quando la mera analisi costi-benefici non debba essere sufficiente come "esimente" di responsabilità. 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

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.

⁶⁹⁰ 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.

⁶⁹¹ In materia, un classico è ovviamente il libro di G. CALABRESI-P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

⁶⁹² *Grimshaw v. FordMotor Company*, 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981).

giuridici di più alto valore sociale fuori dal mercato, verso la c.d. *inalienability*⁶⁹³;

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 statunitense⁶⁹⁴. 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 sinistro⁶⁹⁵;

E) Raddrizzare e "riparare"/"vendicare" i torti civili⁶⁹⁶. 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 teorica dei limiti dell'istituto che gli evitino di sconfinare verso un baratro di arbitrio emozionale⁶⁹⁷. 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 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*

⁶⁹³ Cfr. G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 144 ss.

⁶⁹⁴ Sulle quali si rinvia a U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, cit., p. 119 ss.

⁶⁹⁵ 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)».

⁶⁹⁶ 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.

⁶⁹⁷ 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, per la quale: «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».

family»⁶⁹⁸. Si tratta di una questione fondamentale, certo, che va a toccare valori inespresi e talvolta “inconfessabili” di una società⁶⁹⁹, 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 economia del diritto e *dalla legal theory* nota come *corrective justice*.

Gli studi di analisi economica del diritto⁷⁰⁰ sono stati piuttosto critici nei confronti dell’istituto in commento⁷⁰¹. 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, avrebbe finito per creare, paradossalmente, una situazione di sottodeterrenza, aggravata dalla loro asserita irrazionalità e imprevedibilità⁷⁰².

⁶⁹⁸ Cfr. G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 345.

⁶⁹⁹ Senza giri di parole G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 348, evoca «*unspoken and sometimes unspeakable values of a society*».

⁷⁰⁰ 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.

⁷⁰¹ 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*”.

⁷⁰² 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

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. 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 economicistici 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 utilizzare 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 rules* (o avvicinarsi tendenzialmente) al paradigma di *inalienability*⁷⁰³.

fossoro sovente elevati, concessi senza criteri fissi e imprevedibili sulla base dei *compensatory damages*.
⁷⁰³ 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. Deterring such behavior requires the punishment of the directors and managers*». Come affermato anche da Judge Posner nel

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 di essere preso sul serio. Tuttavia, esso non va neanche “sacralizzato”⁷⁰⁴. Non può diventare insomma lo spauracchio, o la foglia di fico argomentativa, per nascondere teorie 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 sé, come argomento dirimente contro la legittimità funzionale dei *punitive damages*.

Ancora, talune scuole di EAL criticano il criterio del patrimonio del convenuto, ritenuto inutile al fine di ottenere un’effettiva deterrenza⁷⁰⁵. 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 patrimoniale⁷⁰⁶.

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

caso *Douglas v. Hustler Magazine Inc.*, l’ammontare dei danni punitivi «should relate rather closely to the profits from the wrong»: 769 F2d 1128 (7th cir. 1985), cert. *denied* 475 U.S. 1094.

⁷⁰⁴ Come considerato nel caso *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 U.S. 71 (1988), giudicato dalla Corte Suprema, 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, pagg. 88 ss.

⁷⁰⁵ Così fra gli altri K. N. HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, cit. 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.

⁷⁰⁶ D’altronde il tema è ben risalete: cfr. R. 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.

dei comportamenti illeciti rispetto a prezzi bassi, purché sia⁷⁰⁷. 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 continentali⁷⁰⁸, rappresenta la definitiva smentita a tale presupposto ideologico di taluni falchi della giuseconomia⁷⁰⁹.

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 costui⁷¹⁰.

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.

⁷⁰⁷ Cfr. Cap. Primo, parr. 1.9.A)-1.9.G).

⁷⁰⁸ Cfr. artt. 3 ss. d.lgs. 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.

⁷⁰⁹ 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.

⁷¹⁰ 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.

Invero, da un'analisi empirica dei casi emerge che la narrazione dominante tende ad enfatizzare a soverchio l'asserito uso spregiudicato e incontrollabile dell'istituto⁷¹¹. Vero è che i danni punitivi hanno avuto maggiore protagonismo grazie alla *product liability* e alla *mass tort litigation*⁷¹².

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 stesso convenuto avrebbero potuto determinare la crisi e finanche il fallimento di una società financo solida e ben patrimonializzata.

Infatti, seppur 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*⁷¹³.

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

⁷¹¹ 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 Corte Suprema ad “addomesticare” l'istituto in commento (cfr. § 3.7., 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.

⁷¹² Si v. per tutti G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 203 ss.

⁷¹³ 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.

rischio sul prodotto⁷¹⁴; 4) inadeguatezza dei controlli⁷¹⁵; 5) incapacità nel correggere/rimediare ai difetti del prodotto dopo la sua messa in commercio⁷¹⁶.

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 consumatore⁷¹⁷ (tale da interrompere il nesso eziologico).

Venendo ai difetti e alle imperfezioni di un rimedio straordinariamente performante – dotato però di un «*devasting potential for harm*»⁷¹⁸ – occorre considerare come siano fiorite diverse teoriche e proposte di soluzioni, talune poi implementate dagli Stati per via legislativa. Così, soprattutto per ovviare al rischio 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 federale⁷¹⁹. Talune giurisdizioni, poi, hanno provato ad agire sul regime delle prove, vietando la produzione di *evidence* relative a casi di danni derivanti dal medesimo prodotto, allo scopo di focalizzare l'attenzione dei giurati esclusivamente sulle

⁷¹⁴ 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>.

⁷¹⁵ Essa viene desunta in genere dalla mancanza di un procedimento formale di *safety review*, o in insufficienti *crash-testing* in relazione al settore automobilistico.

⁷¹⁶ 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*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.

⁷¹⁷ Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 41.

⁷¹⁸ L'espressione è di Justice O'Connor nella sua *dissenting opinion* in *Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip* et alii, da G. PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 235 ss.

⁷¹⁹ Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 44.

risultanze del caso concreto⁷²⁰. 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 classe⁷²¹. 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.

Ancora, come soluzione radicale – sponsorizzata anche dagli arresti della Corte Suprema 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, quand'anche non sia di facilissima implementazione in giudizio, soprattutto nei processi con giuria⁷²².

Infine, sempre al fine di correggere le storture di danni punitivi *grossly excessive*, s'è proposto di affidarne l'amministrazione a giudici togati, in tesi meno influenzabili dalle emozioni rispetto a dodici uomini onesti estratti a sorte ed esposti al fuoco retorico di navigati *plaintiff's lawyers*⁷²³.

*

⁷²⁰ 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.

⁷²¹ Cfr. per tutti G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 349; e C. M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit., p. 402 ss.

⁷²² 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 sortico: cfr. D. M. BRAUN, *The Risky Interplay of Tort and Criminal Law: Punitive Damages*, cit., p. 467, che riferisce il paradosso del mucchio di sabbia il noto paradosso logico.

⁷²³ 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.

3.4. 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 dei *punitive damages*⁷²⁴. Le più serie frizioni dell'istituto con la Costituzione del 1787 sono state sollevate in relazione al V (*Double jeopardy clause*⁷²⁵), all'VIII (*Excessive fine clause*⁷²⁶), nonché al XIV emendamento (*Due process clause*⁷²⁷). Il tema è di grande fascino e spessore. Su di esso si sono confrontati e talvolta scontrati i migliori giuristi

⁷²⁴ La prima questione di legittimità costituzionale fu sottoposta alla Supreme Court nel 1986, in *Aetna Life Insurance Co. v. Lavoie* (475 U.S. 813), dove essa riconobbe l'importanza della questione rimandando però la decisione a un contesto più appropriato; successivamente 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.

⁷²⁵ 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.

⁷²⁶ «Non si dovranno esigere cauzioni esorbitanti, né imporre ammende eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate».

⁷²⁷ Il XIV emendamento, emanato nel 1868, alla sezione 1 prevede: «Tutte le persone nate o naturalizzate 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*)».

nordamericani, nonché giudici di grande esperienza e levatura culturale. Non potendosi concentrarsi 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”⁷²⁸), la Corte Suprema 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 *guidepost* 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 Corte Suprema dello stato, onde verificare che essi siano proporzionati rispetto allo scopo (adeguati ma non eccessivi)⁷²⁹.

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 trasparenza 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.

⁷²⁸ 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*.

⁷²⁹ 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.

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 500:1⁷³⁰. I legali di BMW portarono il caso dinanzi alla *Corte Suprema*, 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 motivare⁷³¹).

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 *guidepost* 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 repressibilità del comportamento del convenuto e la sua oggettiva gravità, con puntuale valutazione di tutte le

⁷³⁰ 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 Corte Suprema dell'Alabama.

⁷³¹ Sulla impossibilità di escludere il potere di revisione giudiziale dell'entità dei danni punitivi liquidati dalla giuria, cfr. Corte suprema, 24 giugno 1994, *Honda Motor co. v. Oberg*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 204 ss., con nota di M. S. Romano.

circostanze del caso concreto, la tipologia di danno causato e le modalità della condotta⁷³² (*the degree of reprehensibility of the defendant's action*);

ii) l'accertamento di un equo rapporto tra il danno compensativo e l'importo assegnato a titolo di danni punitivi (*constitutional limits on the ratio between harm, or potential harm, to the plaintiff and the punitive damages award*)⁷³³;

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*)⁷³⁴.

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 che venivano applicate 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 illegittima⁷³⁵.

*

3.5. Segue: il successivo percorso di “costituzionalizzazione”: i casi *State Farm*, *Philip Morris* ed *Exxon*.

⁷³² 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.

⁷³³ In quel caso il rapporto era di 1:500 e per questo fu ritenuto sproporzionato dalla *Supreme Court*. Tuttavia, essa ritiene non opportuno una rigida individuazione matematica *ex ante* di tale rapporto, ribadendo che in tale giudizio di proporzionalità deve essere considerato il *potential harm* dell'istituto.

⁷³⁴ 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. 234 s.

⁷³⁵ 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*».

A pochi anni di distanza dal *leading case* in materia, la Corte Suprema 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*⁷³⁶. Nel 2003, con il caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*⁷³⁷ (in avanti anche "State Farm"), la Corte Suprema 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 costituzionalità⁷³⁸.

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 giudizio dinanzi ai giudici statali si concludeva dinanzi alla Corte Suprema 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 1:145⁷³⁹.

⁷³⁶ 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.

⁷³⁷ Corte Suprema USA, 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».

⁷³⁸ 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.3d 236, 242 (2d Cir. 2000) (Calabresi, J., concurring)».

⁷³⁹ 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,

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 connesse⁷⁴⁰;

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 compensativi⁷⁴¹. 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 risarcitorie⁷⁴²;

iii) i *punitive damages* non possono essere considerati puramente e semplicemente un surrogato delle sanzioni criminali⁷⁴³.

dimostravano una grave mancanza di diligenza e serietà. Condotta grave ma non idonea a legittimare il *quantum* riconosciuto dalla Corte suprema dello Utah, considerando evidentemente la sproporzione esistente tra il pregiudizio concretamente sofferto dalla vittima e l'importo liquidato a titolo di danni punitivi.

⁷⁴⁰ 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, raggiro 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 talmente riprovevole da giustificare l'attribuzione di sanzioni ulteriori, con funzione punitiva e di deterrenza generale.

⁷⁴¹ La Corte Suprema 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

⁷⁴² Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 89.

⁷⁴³ 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 Corte Suprema osserva che la sanzione civile più rilevante applicata nello Stato dello Utah in consimili casi consiste in una multa da

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 impunemente pagando (forse) il costo implicito della propria azione illecita⁷⁴⁴.

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 convenuto⁷⁴⁵.

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.

⁷⁴⁴ 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 artt. 3 ss. d.lgs. 7/2016.

⁷⁴⁵ 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 es. su tutti: nel caso *Johnson v. Ford Motion Co.*, 2005 Cal. Lexis 7094 (Calif. Sup. Ct June 16, 2005) 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 Corte Suprema 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 «*as permitted by due process, that the manufacturer's fraud was*

La seconda pietra miliare del percorso di conformazione ortopedica dell'istituto operata dalla Corte Suprema, successivamente alla prima presa di posizione del '96, è sicuramente rappresentata dal caso *Philip Morris USA v. Williams*⁷⁴⁶ (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 aziendali⁷⁴⁷.

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 Corte Suprema 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)⁷⁴⁸. Innanzi ai nove giudici della *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

more reprehensible because it was part of a repeated corporate practice».

⁷⁴⁶ 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».

⁷⁴⁷ 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., con nota di A. Palmieri. Si v. altresì Trib. Roma, 5 dicembre 2007, in *ID.*, I, c. 985 ss.

⁷⁴⁸ 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.

multiplo punitivo, ove basato sul diritto di credito vantato da coloro che non hanno instaurato la lite.

Per la Corte Suprema federale 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 risarcibili⁷⁴⁹.

Venendo al *multiplier*, come visto nei paragrafi precedenti, il rationale sottostante è la piena deterrenza economica, intesa dunque secondo l’insegnamento tradizionale di *law and economics*⁷⁵⁰ (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. Tale 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, 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

⁷⁴⁹ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 93.

⁷⁵⁰ 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.

fare per mezzo dei tre generali criteri della *reprehensibility*, della proporzionalità e dell'esistenza di sanzioni integrative»⁷⁵¹.

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*⁷⁵².

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 Corte Suprema, sol che le corti statali sappiano motivare con perizia⁷⁵³.

Infine, il problema della valutazione della condotta e dei danni a terzi si è poi ripresentato nel caso *Exxon Shipping Company v. Baker*⁷⁵⁴ (in avanti anche “Exxon”), approvato al *bench* della Corte Suprema e deciso nei primi mesi del 2008.

⁷⁵¹ Cfr. G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, c. 180.

⁷⁵² 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.

⁷⁵³ La sottile distinzione teorica sul multiplo che guardi al danno patito dalle vittime potenziali, vietato per sé, 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.

⁷⁵⁴ 554 U.S. 471. 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.*

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 diretta *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 sopra⁷⁵⁵.

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* espansiva⁷⁵⁶.

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 circostante⁷⁵⁷.

Quello della Exxon rappresenta il peggior disastro ambientale nella storia degli Stati Uniti⁷⁵⁸.

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 della 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.

⁷⁵⁵ 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>>.

⁷⁵⁶ 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.

⁷⁵⁷ Il disastro ambientale della Exxon Valdez è descritto in dettaglio da G. J. BUNSENBERG, *Oil and Wilderness in Alaska: Natural Resources, Environmental Protection, and National Policy Dynamics*, in *Georgetown University Press*, Washington D.C., 2013, p. 80 ss.

⁷⁵⁸ 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.

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 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 un miliardo di dollari, mentre venivano concessi cinque miliardi di dollari a titolo di *punitive damages* (condanna confermata in appello)⁷⁵⁹. 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.

Ad esito dell'azione di classe, la convenuta veniva condannata a pagare circa 507 milioni di dollari di danni compensativi e 5 miliardi di danni punitivi.

Come osservato dalla dottrina⁷⁶⁰, prima che il caso potesse arrivare in Corte Suprema la fisionomia dell'istituto era già stata modificata dai precedenti arresti sopra esaminati⁷⁶¹.

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. 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,

⁷⁵⁹ 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 Corte Suprema, 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., p. 167 e 170.

⁷⁶⁰ A. B. KLASS, cit., p. 187.

⁷⁶¹ 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).

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 fauna⁷⁶² – 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 (criticabile⁷⁶³) assunto sulla base dei seguenti argomenti.

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 statali⁷⁶⁴, 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*

⁷⁶² 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.

⁷⁶³ 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 *dissenting 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.

⁷⁶⁴ Nella sentenza *Exxon* infatti si legge: «*A survey of the literature reveals that... the median ratio of punitive to compensatory awards has remained less than 1:1. Nor do the data substantiate a marked increase in the percentage of cases with punitive awards over the past several decades*» (554 U.S. 471, pagg. 2624, 2625). 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*.

Farm⁷⁶⁵ (c.d. *single digit ratio*). Ciò confermava, positivamente, la progressiva moderazione da parte delle corti statali nel maneggiare il temibile istituto⁷⁶⁶.

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*.

Nel caso Exxon la Corte prende in esame una serie di proporzioni diverse, rinvenibili nella legislazione americana o usate dalla giurisprudenza: i *treble damages* del *private enforcement antitrust*, il rapporto di 9:1 di cui al caso State Farm etc. Tuttavia, esse sembrano inadatte⁷⁶⁷. 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.

⁷⁶⁵ 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.

⁷⁶⁶ 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. 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://milanosservatorio.it/>). In particolare, tale metodo di lavoro è stato adoperato in relazione alla lite temeraria e al danno da lesione del consenso informato.

⁷⁶⁷ 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.

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 statunitense⁷⁶⁸, e rappresenta forse il punto di massima invasività della Corte Suprema 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 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*⁷⁶⁹. Ciò mostra un non sempre agevole dialogo 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"⁷⁷⁰. 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»⁷⁷¹.

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

⁷⁶⁸ Cfr. A. B. KLASS, 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 Corte Suprema 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 enunciati 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*.

⁷⁶⁹ 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.

⁷⁷⁰ 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.

⁷⁷¹ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 121.

svolgere ancora qualche breve considerazione sulla tecnica di conformazione adoperata dalla Corte Suprema, 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 Corte Suprema, 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»⁷⁷².

L'illustre A. propone due strade per consentire all'istituto di sortire dagli angusti binari nei quali la Corte Suprema ha costretto la sua scalpitante variabilità rimediale, con l'ammonimento, che ciascuna di esse può “funzionare”, ma ognuna presenta dei costi⁷⁷³.

Da un canto, si propone un cambio di nomenclatura. Le censure della Corte Suprema, svolte secondo un'angusta prospettiva *single-mindedly*, hanno investito

⁷⁷² G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., p. 336 s.

⁷⁷³ L'insegnamento si rivela particolarmente utile anche per l'interprete italiano giusta la nota 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. *infra* Cap. IV).

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 espresso⁷⁷⁴, potrebbe farlo, utilizzando un'altra nomenclatura per riferirsi ad esso, rispettando così formalmente i limiti fissati dalla riforma voluta dalla Corte di vertice⁷⁷⁵. Così, sono state proposte cinque diverse nomenclature, ciascuna in linea con il retrostante razionale-funzionale. Quella più interessante, ci sembra la categoria «*socially compensatory damages*»⁷⁷⁶, 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 ipotizzabili⁷⁷⁷.

L'altra via proposta è il tentativo di perseguire le funzioni un tempo assolte dagli *extracompensatory damages* tramite rimedi diversi (anche, ma non necessariamente) da quelli presenti nell'armamentario della *tort law*. In altre parole, vi sarebbero altre vie per “performare” quelle esigenze sociali che continuano ad esistere scalpitanti – a

⁷⁷⁴ Cfr. D. B. DOBBS, *Law of remedies*, St. Paul MN, 1993, p. 467, sulle diverse funzioni dei danni punitivi, in concorrenza fra loro.

⁷⁷⁵ 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. ZIVIZ). 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*, cit.

⁷⁷⁶ G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, 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».

⁷⁷⁷ Cfr. Cap. IV, *infra*.

dispetto delle pur autorevoli prese di posizione della giurisprudenza. Ciascuna di esse presenterebbe, naturalmente, *pro e contra*⁷⁷⁸.

*

3.6. 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 Corte Suprema 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 punitivi⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ 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.*

⁷⁷⁹ E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, *The Effects of Limiting Punitive Damage Awards*, in *25 Law and Human Behavior*, 2001, p. 217 ss.

Ad esempio, l'ordinamento dello 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 assegnati⁷⁸⁰. A seconda dello Stato, quindi, si avrà un diverso coefficiente e quindi una diversa proporzione (massima) tra danni compensativi e quota punitiva⁷⁸¹.

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 quello 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 punitivi⁷⁸². 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

⁷⁸⁰ 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 con i danni compensativi, sia, in altri casi, quello della parità fra i due risarcimenti (E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, 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, oggi, 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.

⁷⁸¹ Questa è la soluzione indicata come preferibile dalla *Supreme Court* nel caso Exxon.

⁷⁸² 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*).

punizione e deterrenza, che in quel caso i danni punitivi – giusta i limiti di *default* posti nell'esperimento – non avrebbe potuto svolgere adeguatamente⁷⁸³.

Nel primo decennio del nuovo secolo, il panorama giuridico della Federazione presentava una disciplina frammentata⁷⁸⁴. Ciò è dovuto alla pluralità degli ordinamenti statuali e alle loro peculiarità storiche, sociali e istituzionali. Ciascuno 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 cinquanta⁷⁸⁵) e il New Hampshire, ad esempio, hanno optato per una regolamentazione più tradizionale, concedendo quindi i danni punitivi limitatamente nelle 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 danneggiato⁷⁸⁶. 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

⁷⁸³ 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 riassunti in E. GREENE-D. COON-B. BORNSTEIN, cit., p. 228.

⁷⁸⁴ 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.

⁷⁸⁵ Il caso della Louisiana è interessante sotto molteplici punti di vista. Innanzitutto, si tratta dell'unico stato USA in cui è stato introdotto un sistema 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».

⁷⁸⁶ 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).

non ricorrendo a una valutazione equitativa⁷⁸⁷, 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 coerentemente già di per sé soddisfattivi i danni compensativi⁷⁸⁸.

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*⁷⁸⁹. 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*.

⁷⁸⁷ 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 harm* 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 IV capitolo del presente lavoro).

⁷⁸⁸ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 110.

⁷⁸⁹ F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 119 s.

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 compensativi⁷⁹⁰.

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 adottati nei sistemi continentali per giustificare il traluzio ostracismo verso i danni punitivi. 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 americana, *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*.

Uno studio miliare, in proposito, è quello di Sharkey⁷⁹¹, che focalizza l'attenzione sopra una delle funzioni fondamentali dell'istituto, di peculiare interesse per il giurista

⁷⁹⁰ 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).

Risulta indicativo il fatto che così tanti stati, con il passare del tempo, si siano avvalsi, ognuno nel proprio ordinamento interno, di sistemi per arginare la quantificazione di tali "premi". Ciò probabilmente è avvenuto per l'impellente esigenza, avvertita finalmente dai legislatori, di regolamentare il danno punitivo e costituisce senz'altro un progresso nella storia dell'istituto.

⁷⁹¹ 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.

continentale, *i. e.* la funzione sociale dei danni punitivi che evoca subito il collegamento dell'istituto con gli interessi iperindividuali tutelati, in funzione "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 guadagni⁷⁹².

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*⁷⁹³. 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 $\frac{2}{3}$ ⁷⁹⁴. Altri affidano alla *trial court* il potere di decidere la concreta

⁷⁹² 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 D. CERINI, *Polifunzionalità della responsabilità civile e polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, cit., p. 84 ss., ed ivi bibliografia.

⁷⁹³ 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 Corte Suprema dello Stato decideva di assegnare i $\frac{2}{3}$ 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.

⁷⁹⁴ Ad es. Alaska, Missouri, Utah ($\frac{1}{2}$) e Georgia, Indiana e Iowa ($\frac{2}{3}$): v. le considerazioni di F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 114.

ripartizione della quota ultra-compensativa, consentendo, quindi, un equo contemperamento delle circostanze del caso⁷⁹⁵.

Inoltre, la regola più diffusa è quella di compensare comunque l'attore per le spese processuali subite, 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*⁷⁹⁶. Ed è altresì la soluzione prescelta dal legislatore italiano che, recentemente, ha stabilito di devolvere le sanzioni pecuniarie civili *ex d.lgs. 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'azione⁷⁹⁷.

Pertanto, anche in relazione a quanto osservato sul ruolo dell'attore come *private attorney general*⁷⁹⁸, sembra necessario, in funzione di incentivo all'azione, destinare

⁷⁹⁵ 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*.

⁷⁹⁶ 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 (V. A. GIUSSANI, *ibidem*). Per tale via si scongiura il rischio (paventato forse con eccessiva enfasi dalla dottrina nostrana) di prostrare il danneggiante potenziale con condanne mostruose.

⁷⁹⁷ 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, 7° co., cod. cons.

⁷⁹⁸ Cfr. Cap. I, § 1.9.E).

una quota parte del “premio” punitivo al danneggiato⁷⁹⁹. 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?⁸⁰⁰.

*

3.7. Nuovi movimenti alle frontiere dei *torts*: anche in America “si fa ma non si dice”...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 discensus* per la giuria che, nei casi citati, potrà determinare “liberamente” l’entità dei danni punitivi con la sola limitazione della *Due Process Clause* sostanziale⁸⁰¹, semmai secondo l’interpretazione poco generosa datane dalla Corte Suprema.

La riforma non ha trovato un consenso unanime. Le condivisibili critiche si appuntano sull’eccessiva rigidità che essa introduce nel sistema della *tort law* e sulla potenziale devitalizzazione dell’efficacia deterrente dell’istituto. In poche parole,

⁷⁹⁹ V. anche le interessanti riflessioni di A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit.

⁸⁰⁰ Il pensiero va a quelle fattispecie di recente depenalizzazione: si affranca il PM dal carico di 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.

⁸⁰¹ In tale senso anche F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 120.

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 empiricamente a valle dell’emanazione dei riferiti limiti.

Sul tema vi sono due recenti studi, di taglio empirico, provenienti dalla più autorevole dottrina nordamericana⁸⁰². Gioverà considerare, pur telegraficamente, 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 medesimi⁸⁰³. 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, solamente sulla punta

⁸⁰² Si deve segnalare anche il recente lavoro di J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, cit., che sembra essere il primo studio empirico svolto in UK sul tema. I risultati più significativi ottenuti si possono così compendiare: «(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 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» - p. 90. 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.

⁸⁰³ C. M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit.; C. M. SHARKEY, *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

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»⁸⁰⁴). 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»⁸⁰⁵.

Inoltre, Sharkey, commentando il caso *Horton v. Or. Health & Sci. Univ.* Del 2016⁸⁰⁶, 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 dogmatiche⁸⁰⁷. Per tale A., dunque, molte giurisdizioni «seem to think that there's 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 deterrenere (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.

⁸⁰⁴ 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».

⁸⁰⁵ C. M. SHARKEY, *The Practical Consequences of Caps on Damages*, cit., p. 734.

⁸⁰⁶ 359 Or. 168, 376 P.3d 998 (2016).

⁸⁰⁷ Tale approccio olistico alle voci di danno sembra riscontrabile anche nel giudice togato italiano.

Anche altra dottrina ha concentrato la propria attenzione sugli *excessive noneconomic compensatory damages* erogati dalle giurie a valle del percorso di “costituzionalizzazione”, giungendo a conclusioni analoghe⁸⁰⁸. 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 comparatistica⁸⁰⁹.

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 Corte Suprema⁸¹⁰.

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*»⁸¹¹. Tale insistente richiesta conferma due impressioni: da un lato, che il

⁸⁰⁸ Cfr. le acute osservazioni di T. COLBY, *The Constitutionalization Of Torts?*, in *65 DePaul L. Rev.*, 2016, p. 357 ss.

⁸⁰⁹ Cfr. in particolare Cap. IV, *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.

⁸¹⁰ G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, cit., 347 s.

⁸¹¹ T. COLBY, *The Constitutionalization Of Torts?*, *ibidem*. L’operazione di conformazione dei danni punitivi, come visto, è stata inaugurata e messa in pratica dalla Corte Suprema 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 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).

riferito *trend* in corso non è casuale e che l'interpretazione qui proposta – confortata dai risultati del metodo comparativo⁸¹² – 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 Stato⁸¹³. Il rischio paventato si è materializzato puntualmente: la vivacità della giurisprudenza, recependo soluzioni proposte dalla creatività dottrinale, trova una via, più o meno lineare, per soddisfare un bisogno di tutela che promana dal corpo sociale.

*

3.8. Il cantiere francese di riforma della R.C. Dal *dommage punitif* all'*amende civile*: alchimie linguistiche per evitare (formalmente) l'*americanization du droite*.

Il sistema francese di responsabilità, al pari di quello italiano, ha sempre annoverato tra i suoi principii costitutivi quello della riparazione integrale (*tout le dommage et rien que le dommage*). Invero, 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'aumento delle poste risarcitorie⁸¹⁴.

Inoltre, come è stato rilevato dalla dottrina, in Francia il sistema di R.C. ha sempre stentato ad emanciparsi del tutto dalle sue radici penali. «In particolare, l'ambiguità

⁸¹² I.e. la convergenza sistemologica di cui si dirà nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

⁸¹³ 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.

⁸¹⁴ V. per tutti D. CERINI, *Il danno alla persona: tendenze e interferenze con l'assicurazione per la r.c.a. in prospettiva comparata*, in *Danno alla persona*, a cura di Landini-Venchiari-Ziviz, 2016, p. 37 ss.

del concetto di *culpa* e la sua imprecisa traduzione (*faute*) influenzarono la teoria dell'illecito civile e, quindi, l'art. 1382 *code civil* ispirato alla *lex aquilia*⁸¹⁵. Sicché, la *faute*, senza distinzione alcuna tra dolo e colpa, fu utilizzata a fini di coesione sociale: cancellare una condotta immorale (“*péché juridique*”) riconoscendo, al contempo, a tutti i danneggiati il diritto al risarcimento⁸¹⁶.

Tuttavia, come noto, col tempo si venne consolidando la funzione riparatoria della responsabilità civile – risarcimento integrale del danno, obbligatorietà dei regimi di assicurazione sociale e azione restitutoria per arricchimento ingiustificato – adombrandosi, in parallelo, lo spazio riservato alla pena/sanzione privata. Anche in Francia guadagnava dunque campo l'idea che quest'ultima fosse ontologicamente incompatibile con il risarcimento⁸¹⁷.

Per contro, nel sistema italiano s'è verificata una sorta di integrazione tra la funzione riparatoria, tendente ad assimilare dolo e colpa, e le finalità retributive e distributive della legge penale che, invece, scevera, in base al principio di colpevolezza, i due elementi psicologici del reato⁸¹⁸. Nel mezzo si trova «l'area concessa all'art. 2059 cod. civ., riguardante il danno non patrimoniale, che, tramite il

⁸¹⁵ L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2018, p. 1869.

⁸¹⁶ Cfr. B. STARCK, *Essai d'une théorie de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 273 e 359 ss.; L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1870; nonché, in generale, A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, p. 349 ss.; e S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, in LGDJ, 1995.

⁸¹⁷ L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1870, allega come conferma indiretta di tale indirizzo la regola sostanziale relativa al risarcimento dei danni imprevedibili (art. 1150 *code civil*, in base al quale l'inadempimento doloso non influisce sull'entità del danno), e quella procedurale che consente al danneggiato di adire entrambe le giurisdizioni (penale e civile) qualora la *faute* civile integri anche un'infrazione criminale, *i.e.* l'azione civile nel processo penale. Tuttavia, come osservato da D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. e stud. leg.*, 2017, p. 18 «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*”». Inoltre, l'A. considera che, anche prima della presentazione del progetto di riforma, il sistema di R.C. 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.

⁸¹⁸ Cfr. quello che si dirà diffusamente nel Capitolo quarto.

rinvio alle “leggi civili”, si propone di “risolvere” la questione delle conseguenze risarcitorie della fattispecie penale»⁸¹⁹.

In tale contesto istituzionale, peraltro forgiato in due secoli di continuo lavoro interpretativo da parte di dottrina e, soprattutto, giurisprudenza, si inseriscono le proposte di riforma avanzate e discusse a partire dagli anni Duemila.

Il “cantiere” della responsabilità civile s’è infatti aperto con il *Projet Catala* (2005)⁸²⁰.

Tale progetto, come noto, è stato più volte rimodulato, fino all’approvazione di una prima parte dedicata alla riforma della prescrizione (2008), ed una corposa riforma del *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (2016)⁸²¹, da cui, però, è stata stralciata per intero la parte dedicata alla responsabilità civile extracontrattuale⁸²². A tale primo progetto è seguito un nuovo testo presentato nel 2016, da ultimo confluito nel *Projet réforme du droit de la responsabilité civile* discusso in sede parlamentare nel marzo 2017⁸²³. Tale percorso ha l’ambizione di riscrivere alcune norme milari del *Code Napoleon*, che sono servite a modello per numerose epifanie giuridiche in altri paesi – vuoi per fenomeni di imitazione spontanea, vuoi per via della potenza coloniale francese espressa nel XIX secolo. La modifica riguarderebbe gli articoli sino ad oggi dedicati ai *Délits et quasi délits* (artt.1382 ss.)

V’è una circostanza della relazione accompagnatoria al progetto che merita di essere sottolineata. Ivi si legge: «*outré la jurisprudence, qu’elle codifie largement, ce projet a pour sources plusieurs travaux doctrinaux et parlementaires essentiels*»⁸²⁴. Si

⁸¹⁹ L. KLESTA, *ibidem*.

⁸²⁰ *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)*, 22.9.2005.

⁸²¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

⁸²² Come osservato, è apparsa singolare (definita “*curieuse*”) una riforma del diritto delle obbligazioni che è giunta a stralciare il diritto della responsabilità civile in generale, e quello della responsabilità contrattuale in particolare: 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, doct. 99.

⁸²³ *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>. Se ne possono seguire le evoluzioni nel RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, Avril 2019, in <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf>.

⁸²⁴ *Dossier de presse, Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, 13 mars 2016, p. 2. Cfr.

riconosce dunque l'importanza di un insegnamento ormai classico del diritto comparato circa i diversi formanti dell'ordinamento e il loro dialogo. Dottrina e giurisprudenza, infatti, hanno consentito al codice civile dei francesi di sopravvivere formalmente per oltre duecento anni e, ora, il loro ruolo viene riconosciuto espressamente, consolidandosi, per così, dire nella riforma portata avanti dal legislativo.

La versione più recente del *projet de loi* del 2017 non si limita a un'operazione di *maquillage*. Essa 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 extracodicistiche), 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. In particolare, in due settori lo slancio innovativo appare più evidente ed atteso, ossia la disciplina sul danno alla persona e l'introduzione della componente punitiva per il responsabile dell'illecito in sede di azione civile»⁸²⁵.

Ed è su tale componente punitiva dell'obbligazione risarcitoria che ci si concentrerà per la connessione col tema generale indagato nel presente lavoro.

La proposta originaria del 2005 prevedeva l'introduzione di un nuovo istituto: il *dommage punitif*, calco piuttosto evidente, anche a livello 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*

altresì il *Discours de Monsieur Jean Jacques Urvoas, Ministre de la justice et garde des scéaux du 13 mars 2017*, nonché le considerazioni che hanno accompagnato, il 23 maggio 2017, la pubblicazione della traduzione in inglese del progetto a cura del Ministero: «*Un droit des obligations en phase avec son temps... une traduction [i.e. quella inglese] qui permettra d'accompagner la diffusion à l'entrager du nouveau droit français des obligations et d'en assurer l'influence, notamment auprès des pays s'étant autrefois inspirés du code Napoléon*». L'ambizione è quella classica dei legislatori francesi: rendere il diritto più accessibile, maggiormente certo e prevedibile e farne, anche per tale ragione, un “modello” per l'Europa e per il mondo.

⁸²⁵ D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese*, cit., p. 1 s.

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» (nostra l'enfasi).

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 motivazione⁸²⁶: 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*)⁸²⁷.

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*»⁸²⁸. Con ciò, tuttavia, 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.

⁸²⁶ 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*.

⁸²⁷ 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 parsa essere più vicina alle caratteristiche istituzionali del sistema giuridico francese.

⁸²⁸ Ad ogni buon conto, la Corte riconosceva espressamente che le sanzioni classiche (danni compensativi e sanzioni penali) sono insufficienti oggigiorno a neutralizzare talune gravi condotte, specialmente quando animate dal fine di profitto. Cfr. D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 21, ed ivi i riferimenti alle posizioni classiche della Cassazione francese, tradizionalmente contraria, in sede giudicante, ai danni punitivi.

Al di là della posizione espressa dalla Suprema Corte francese, l'impressione generale è che ai civilisti francesi non piacesse molto un istituto che tradiva, anche nominalisticamente, un'eccessiva esterofilia⁸²⁹.

Nel 2017 veniva così avanzato un nuovo progetto. La proposta per l'introduzione di un rimedio ultra-compensativo viene mantenuta. Ma, similmente alla scelta operata dal legislatore italiano che ha depenalizzato l'ingiuria (v. d.lgs. 7/2016), si evoca in maniera più marcata la componente pubblicistica di tale peculiare quota dell'obbligazione risarcitoria (*amende civile*). 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 francese⁸³⁰.

Attraverso l'inserimento di un art. 1266-1 nel *code civile* – che la riforma mira a rinforzare come vera e propria costituzione civile – i *conditores* francesi prevedono ora:

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 colposo⁸³¹ (...).

⁸²⁹ 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, Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2001, p. 50 ss.

⁸³⁰ Cfr. L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, cit., p. 1871, nt. 22.

⁸³¹ 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*

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 utilità⁸³². 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 fortunata espressione di Cesare Salvi). La descritta atipicità sembra sia stata utilizzata anche al fine di evitare sovrapposizioni con istituti affini già positivizzati nel *code civile*, siccome nel *code de commerce*⁸³³. 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*⁸³⁴. Tali obiezioni non sembrano avere un serio fondamento, anche alla luce di quanto ha recentemente considerato la nostra Corte Costituzionale – in un ordinamento confrontabile appartenente alla stessa

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».

⁸³² 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, 1 ss.

⁸³³ Cfr. L. 442-6 *code comm.*, nonché le considerazioni di L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1873.

⁸³⁴ 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: una 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? 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. 7.

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)⁸³⁵.

Tornando alla fattispecie, dietro la nozione di *faute lucrative* aleggia 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»⁸³⁶.

D’altro canto, sembra evidente la scelta dei compilatori di concentrare l’attenzione sul concetto di offesa, tramite la scelta dell’avverbio “*délibérément*”, 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 condotta⁸³⁷.

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

⁸³⁵ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, cit.

⁸³⁶ L. KLESTA, *op. cit.*, p. 1874.

⁸³⁷ 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.

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 per legge e conoscibile *ex ante* è condivisibile. Forse 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»⁸³⁸.

Inoltre, deve essere accolta positivamente la distinzione effettuata nell'introducendo art. 1266-1, 4° comma, *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. 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 adottabili⁸³⁹.

Infine, merita un commento la scelta dei *conditores* francesi di devolvere l'importo dell'*amende*, per intero, a un fondo correlato alla natura del danno o, in mancanza, al

⁸³⁸ D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 24. 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.

⁸³⁹ Con ciò anche valorizzandosi gli apporti provenienti dal diritto della concorrenza (ove sovente 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).

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 7/2016. E la scelta si deve criticare per le stesse ragioni giuseconomiche.

È ormai chiaro come l'incentivo economico al privato sia stato, empiricamente, un ingrediente del successo dell'effettività rimediale dei *punitive damages* USA. 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»⁸⁴⁰. Insomma, si tratta del vero limite della soluzione prescelta, che meriterebbe, pertanto, di essere rimeditata, magari ritornando alla regola elastica del *Projet Catala* che dava facoltà al giudice di modulare l'allocazione dell'*award* in base alle risultanze del caso concreto.

*

3.9. Una suggestione sistemologica.

Infine, a corollario di questa breve indagine di diritto comparato, sembra emergere una formidabile 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

⁸⁴⁰ D. CERINI, *op. ult. cit.*, p. 24. 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.

empirici piuttosto solidi, si potrebbe parlare, meglio, di una ragionevole conclusione sullo stato dell'arte degli ordinamenti oggetto d'indagine.

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 garanzie costituzionali del convenuto, i *punitive damages* almeno dal 1996 (dovendo scegliere una data topica) hanno vissuto una stagione di parziale declino formale. 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 Corte Suprema Federale e dai legislatori statali. 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. In Italia si adopera il bisturi tentando preliminarmente una reinterpretazione 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-compensativo⁸⁴¹.

*

⁸⁴¹ Con riferimento al sistema italiano c. G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 489 ss. e in part. § 4.

Capitolo 4: Un rimedio risarcitorio effettivo: una rilettura del sistema italiano di R.C.

4.1. Danno non patrimoniale (morale) come fattispecie generale a vocazione ultra-compensativa. Inquadramento della fattispecie e funzioni.

L'art. 2059 del codice civile, 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 applicativa⁸⁴², è stato quello previsto dall'art. 185 c.p., attingendo così rilievo risarcitorio soltanto quei fatti illeciti che integrassero al contempo una fattispecie di reato⁸⁴³. Inoltre, e sempre per consolidata tradizione, era

⁸⁴² Come ricorda opportunamente G. IORIO, *Corso di Diritto privato*, cit., p. 832 ss., il caso previsto dall'art. 185, 2° co., c.p. è stato interpretato tradizionalmente come l'unico da prendere davvero in considerazione.

⁸⁴³ 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 la colpa del *tortfeasor*, essendo sufficiente la configurabilità del reato: v. F. GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, XVIII ed., Napoli, 2017, p. 738, nonché, negli stessi termini, ID, *Manuale di Diritto privato*, XIX ed., 2019. 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 rivivere 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 Messouak, «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, almeno, 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 co. 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. Antonori *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, giunge a liquidare 1 milione di Euro per la lesione

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*»⁸⁴⁴ (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 privato⁸⁴⁵.

Già sotto la vigenza del codice del 1865, la questione principale su cui si misuravano gli interpreti era la convertibilità in danaro del pregiudizio⁸⁴⁶. E di tale convertibilità essi discettevano 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»⁸⁴⁷. 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,

della *privacy* di un personaggio noto (calciatore).

⁸⁴⁴ 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.; TIZIO, sub *art. 2059*, in P. Rescigno (a cura di), *Codice civile*, VIII ed., Milano, 2010, p. 4060 ss.;

⁸⁴⁵ Cfr. M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011, p. 299 ss., ed ivi bibliografia; e C.M. Bianca, come riportato da P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, p. 121.

⁸⁴⁶ G. C. CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908.

⁸⁴⁷ M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 300.

dall'etica, dalle regole della civile convivenza, dal buon costume. Cosicché, il criterio della patrimonialità, che governava tale distinzione, veniva pensato 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 sociale⁸⁴⁸.

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 sociale⁸⁴⁹.

Se è vero che la patrimonialità rappresenta un costruito/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.)

⁸⁴⁸ M. BARCELLONA, *ibidem*.

⁸⁴⁹ M. BARCELLONA, *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 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.

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»⁸⁵⁰.

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'offensore⁸⁵¹). 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 significati, 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*⁸⁵².

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

⁸⁵⁰ 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 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».

⁸⁵¹ Esempio di M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, *ibidem*.

⁸⁵² Secondo la straordinaria intuizione di G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 144 s. 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.

a trovare “ristoro” o, comunque, ad innescare una reazione da parte dell’ordinamento⁸⁵³.

La legittimità di un tale meccanismo di selezione viene per lo più data per scontata dagli interpreti. Ed essa 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»⁸⁵⁴.

Veniamo al tema delle funzioni del danno non patrimoniale. Esso non presenta un mero interesse accademico⁸⁵⁵, ma si lega al momento, di estrema rilevanza pratica, della liquidazione⁸⁵⁶. S’è detto ampiamente nel primo capitolo di questo lavoro della pacifica funzionalità della R.C. Tale acquisizione, insieme al noto allargamento della categoria del danno non patrimoniale verificatosi negli anni Duemila, impone

⁸⁵³ Resterebbero pertanto prive di riscontro “risarcitorio” quelle offese/compromissioni che si manifestino fuori dal rinvio operato dall’art. 2059 c.c.

⁸⁵⁴ P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 323.

⁸⁵⁵ Sulle funzioni del danno non patrimoniale v. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 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*, Milano, 2011, p. 307 ss., ove l’A. svolge anche una opportuna critica al modello tradizionale (v. in particolare p. 38 ss.); M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, parte IV, Torino, 2011, p. 745 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.; nonché G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, II ed., Padova, 2006. Per un’interessante prospettiva comparatista 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 Tizio.

⁸⁵⁶ Per una panoramica d’insieme sulle diverse teorie, v. G. CRICENTI, cit., p. 471 ss.

all'interprete di verificare quali funzioni esprima oggi il danno non patrimoniale nell'ambito del più generale sistema di responsabilità civile⁸⁵⁷. 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»⁸⁵⁸. 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*⁸⁵⁹.

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 trasgressore⁸⁶⁰. Tale lettura trarrebbe oggi linfa dal rinnovato interesse per la funzione dissuasiva-preventiva che si suole riconoscere ai rimedi civilistici nel complessivo

⁸⁵⁷ In prospettiva analoga v. M. ASTONE, *Danni non patrimoniali*, in *Commentario al Codice civile* diretto da F.D. Busnelli, 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».

⁸⁵⁸ M. ASTONE, *Danni non patrimoniali*, cit., p. 242.

⁸⁵⁹ Cfr. M. ASTONE, *ibidem*, per una review delle diverse posizioni in materia.

⁸⁶⁰ Tale concezione è sostenuta da consistente e autorevole dottrina. Fra gli altri si devono menzionare P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 193; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. p. 272 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 1245 ss.

processo di tutela e protezione degli interessi umani; nonché dal principio immanente nell'ordinamento di cui s'è detto nel primo Capitolo, § 1.3.

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 infelice⁸⁶¹.

Infine, v'è la tesi (maggioritaria) che riconosce al danno non patrimoniale una funzione solidaristico-satisfattiva⁸⁶². 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 perdute⁸⁶³.

Invero, ciascuna di tali dottrine coglie nitidamente una porzione di realtà, ma nessuna di esse sembra in grado, di per sé, di descrivere compiutamente la fenomenologia del danno non patrimoniale⁸⁶⁴. Per tale ragione, è senz'altro maggiormente aderente alla realtà la c.d. teoria mista, che assegna al danno non patrimoniale una funzione composita risultante dalla «combinazione delle funzioni punitiva e satisfattiva», idonee a qualificare il danno morale come «una sanzione civile punitiva»⁸⁶⁵. 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

⁸⁶¹ In tal senso sembrano R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 293 ss.; e F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, p. 12. Senonché, tale tesi 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.

⁸⁶² V. per tutti E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 343 ss.

⁸⁶³ 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 impresa*, XY, p. 912.

⁸⁶⁴ 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.

⁸⁶⁵ M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 1250 ss.; v. anche 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*, Luogo, anno, p. 104 ss.

tipologie di danno non patrimoniale, la questione delle finalità da riconoscere all'istituto 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" conseguente⁸⁶⁶.

*

4.2. *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 vigente⁸⁶⁷.

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 conseguenze non economiche della lesione dell'integrità fisica alle condizioni di sofferenza, fastidio, disagio etc.»⁸⁶⁸. 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

⁸⁶⁶ M. ASTONE, cit., p. 248.

⁸⁶⁷ 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.

⁸⁶⁸ M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 297.

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 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, generando 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»⁸⁶⁹. 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 morali⁸⁷⁰ – 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 monetarie⁸⁷¹. La codificazione penale del 1930, con l’art. 185 c.p. sembra rappresentare una sorta di *rastetement* 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”⁸⁷². E continuava a ritenersi l’irrisarcibilità del danno morale/non

⁸⁶⁹ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 298.

⁸⁷⁰ Compendiabili nel brocardo: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*.

⁸⁷¹ Così lucidamente M. BARCELLONA, *ibidem*.

⁸⁷² Così 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*.

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, 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”»⁸⁷³.

La “eccezionale” 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.)»⁸⁷⁴. 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 ai “casi determinati dalla legge” di risarcibilità del danno non patrimoniale, la legislazione speciale, già a ridosso dell'emanazione del Codice, ha visto una fioritura di nuove fattispecie risarcibili in assenza di illecito penale⁸⁷⁵, aprendo così la strada alla progressiva emancipazione del 2059 c.c. dal reato e conseguente “laicizzazione” del danno non patrimoniale. Tuttavia,

⁸⁷³ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 299.

⁸⁷⁴ Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, § 803.

⁸⁷⁵ M. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *ibidem*.

in base all'orientamento dominante, fino agli anni Duemila l'art. 2059 c.c. è stato interpretato sostanzialmente alla lettera⁸⁷⁶ (con gli interpreti che si portavano dietro, forse inconsciamente, 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 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 lesa un valore inerente alla persona»⁸⁷⁷, e quindi 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*, n. 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 patrimoniale⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ 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, cit., p. 242.

⁸⁷⁷ 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.

⁸⁷⁸ 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. TAMPIERI, *Il danno non patrimoniale*, cit.

La logica conseguenza della descritta sistemazione è stata la revisione del sistema restrittivo di cui al 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 inviolabili inerenti alla 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 fonti⁸⁷⁹.

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 ampia»⁸⁸⁰. 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»⁸⁸¹.

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»⁸⁸². Così opinando si disegna un sistema a tipicità attenuata che converge verso la atipicità dell’art. 2043 c.c.⁸⁸³.

⁸⁷⁹ 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).

⁸⁸⁰ Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 143.

⁸⁸¹ P. ZIVIZ, *ibidem*.

⁸⁸² 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.

⁸⁸³ Cfr. anche l’evoluzione del “danno morale” che sembrerebbe guadagnare nuovamente una sua autonomia prescrittiva, oltreché descrittiva: cfr. Cass., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, Pres. e Rel.

4.3. Portato espansivo 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 umani⁸⁸⁴.

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»⁸⁸⁵.

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»⁸⁸⁶.

In tale quadro di riferimento, si dimostra di straordinaria attualità l'osservazione di Galgano per cui la categoria dogmatica di risarcimento “punitivo” potesse trovare

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 principi 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 della Cassazione 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.

⁸⁸⁴ M. ASTONE, 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.

⁸⁸⁵ V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 676 ss.

⁸⁸⁶ M. ASTONE, cit., p. 253.

riscontro, già all'epoca, nel risarcimento del danno non patrimoniale⁸⁸⁷. Insomma, l'art. 2059 c.c. rappresenta proprio quella (generale) intermediazione legislativa evocata dalle Sezioni Unite del 2017 per una prudente, quanto necessaria, curvatura sanzionatoria del risarcimento nei casi più gravi⁸⁸⁸.

Tale conclusione è avvalorata dall'*intentio legislatoris* e da un'analisi scevra da pregiudizi dell'ecosistema normativo in cui la previsione si trova oggi inserita⁸⁸⁹. Ma, soprattutto, essa è richiesta, di necessità, dalle numerose considerazioni 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*,

⁸⁸⁷ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 161.

⁸⁸⁸ Sulla vocazione sanzionatoria di tale fattispecie, nell'attuale sistema di R.C., v'è ampio consenso in dottrina. V. *ex multis* P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 656, il quale, pur essendo, come riferito, critico nei confronti della "responsabilità extracompensativa", ammette che «può essere opportuno, nell'applicazione di norme e principi sul danno non patrimoniale, considerare che questo può essere oggettivamente aggravato dall'atteggiamento offensivo dell'autore dell'illecito». Per F. GAZZONI, 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. 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.

⁸⁸⁹ Cfr. Cap. II di questo lavoro.

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»⁸⁹⁰.

A questo punto, bisogna delineare la fattispecie, definendone i presupposti applicativi e i limiti.

*

4.4. 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 passo⁸⁹¹. Oltre a tutti gli argomenti considerati nel primo capitolo e all'osservazione realistica di quel che fanno i nostri giudici, i quali, a fronte di condotte 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 dolose⁸⁹². Talvolta le conseguenze giuridiche scattano solo quando la condotta sia voluta dall'agente (v. art. 42, 2° co., c.p.). Talaltra il dolo aggrava le

⁸⁹⁰ M. BARCELLONA, cit., p. 303 s.

⁸⁹¹ 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. prev.*, 1977, come riportato in G. Alpa-M. Bessone, *La responsabilità civile*, Milano, 2001, 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».

⁸⁹² V. per tutti M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., Sez. IV, *Il dolo*, p. 302 ss.

conseguenze base per 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.)⁸⁹³.

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.

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 ha la capacità di attrarre nell'area dell'illecito fatti che altrimenti resterebbero indifferenti...», e «inoltre, specie in sede

⁸⁹³ 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.

di impiego del criterio equitativo, la presenza di un illecito doloso può indurre il giudice ad una quantificazione più elevata, introducendo questo elemento fra le circostanze del caso, e probabilmente allentando il rigore della teoria differenziale del danno»⁸⁹⁴.

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 bisogna riportare un autorevole orientamento circa la base normativa che possa giustificare l'evocato risultato pratico.

Come noto, 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 assegnare 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»⁸⁹⁵.

Tale principio è senz'altro condivisibile e la sua enucleazione è pienamente in linea con l'analisi, in parte empirica, svolta nel primo capitolo. Il metodo indicato

⁸⁹⁴ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 336 s.

⁸⁹⁵ 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.

(combinato disposto degli artt. 1227 e 2056 c.c.) ha però incontrato una strenua resistenza in dottrina e non sembra essere seguito 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.

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).

È appena il caso di considerare che non si propone un *legal transplant*, il quale sarebbe ad altissimo rischio di rigetto, giusta le caratteristiche istituzionali del sistema italiano, nonché le posizioni della dottrina dominante. 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*.

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*⁸⁹⁶. 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 doloso è più intensa l'offesa all'ordine giuridico. Così come è più intensa la determinazione dell'agente che

⁸⁹⁶ La categoria è abbastanza ampia da ricomprendere la fattispecie astratta 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.

ha progettato, desiderato, 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 il fatto⁸⁹⁷. Ove la sanzione prospettata non riesca a dissuadere costui, fallendo quindi la sua funzione 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 ultra-compensativo, 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 punitivo) l'offesa ai diritti fondamentali trova conforto nella scelta compiuta da un altro paese di tradizione giuridica civilistica: la Provincia canadese del Québec. Ivi l'art. 49 della Carta dei diritti e delle libertà della persona sanziona con gli *exemplary damages* le offese deliberate ai principi ivi enunciati⁸⁹⁸. Con ciò

⁸⁹⁷ 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.

⁸⁹⁸ «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*

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. Anche dall'indagine comparativa svolta è emerso che un numero significativo di illeciti, nella contemporanea società capitalista, è 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, anche di uno iota, il costo complessivo delle conseguenze giuridiche negative. 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 l'agente. 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 esattamente al guadagno incamerato dal malfattore sarebbe perfettamente prevedibile da costui e, al contempo, deterrente al massimo grado; ii) andrebbe incontro alla domanda di moralizzazione dei comportamenti degli individui e degli operatori

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 privée*, 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.

economici, in conformità all'esigenza cardinale di una piena tutela delle vittime e di *law enforcement* di quella regola del *neminem laedere*⁸⁹⁹, 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 precedente, la riforma francese attualmente in discussione, che punta a introdurre l'*amende civile* va, del pari, in una simile direzione⁹⁰⁰.

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 ottimo ufficio per deterrenere i convenuti forti⁹⁰¹.

Da ultimo, si consideri che il legislatore argentino nel 2008 ha introdotto esplicitamente nell'ordine giuridico interno 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 profitto⁹⁰². 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 immemorabile. Si tratta, piuttosto, di prendere atto che in tempi diversi, a latitudini diverse, giuristi e legislatori hanno

⁸⁹⁹ Così come dei principii che governano le obbligazioni contrattuali, sotto attacco, *inter alia*, dalle condotte di c.d. inadempimento razionale/"efficiente".

⁹⁰⁰ J. PROROK, L'*amende civile* dans la réforme de la responsabilité civile, cit., p. 327.

⁹⁰¹ Cfr. lo studio empirico citato di J. GOUDKAMP-E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, cit., p. 90 ss.

⁹⁰² 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.

pensato ad una regola di analogo tenore per una migliore immunizzazione del corpo sociale. E che dove è stata adottata sembra rendere buoni servizi o, se non altro, non peggiori di quelli resi dal paradigma solo compensativo. Quantomeno un indice non da poco sul quale meditare.

*

4.5. 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 questa si occupi di tracciare 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 la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria del magistrato e, a fronte di un'adeguata motivazione, ne consentano un controllo di legittimità *ex post*.

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 controllabile⁹⁰³.

⁹⁰³ 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, 3° co., c.p.c.

Il tema è stato ampiamente trattato nel secondo capitolo (§ 2.13.), quando si è indagata la fattispecie di condanna per lite temeraria. 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, gli può fare affidamento sulla giurisprudenza, la quale, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, può *specificare* il precetto legale⁹⁰⁴.

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* dal sistema e applicabili a condotte simili⁹⁰⁵; con ciò mantenendo, altresì, la doverosa coerenza interna dell'ordinamento – considerando l'unitarietà del medesimo⁹⁰⁶.

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 principii generali che devono guidare l'interprete, sia taluni criteri pratici e limiti di quantificazione⁹⁰⁷.

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:

⁹⁰⁴ 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 indeterminatezza (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.

⁹⁰⁵ Come rilevato, trattasi della soluzione adottata anche dalla Corte Suprema 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.

⁹⁰⁶ 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.

⁹⁰⁷ Cfr. il II capitolo, §§ 2.12. ss.

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.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 essere punito ed espropriato irragionevolmente, senza alcun beneficio sociale apprezzabile.

B) Il limite di una *percentuale del valore del petitum o del fatturato del trasgressore* (in un esercizio chiuso nell'anno precedente la commissione dell'illecito). In base a quanto considerato nel presente lavoro, il moltiplicatore fisso risulta essere inadeguato ogni volta che il profitto sperato 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, 2° co., 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 prevede che, in materia di appalto – ove gli illeciti potenziali sono 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, il legislatore francese, nella proposta di introduzione dell'*amende civile*, prevede 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 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, 2° co., l. 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»⁹⁰⁸. Dall'altro lato, nel diritto antitrust 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 impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida» (art. 15, 1° co., l. 287/1990)⁹⁰⁹. Ora, sicuramente c'è bisogno di svolgere delle riflessioni più approfondite sulla percentuale da definire per rendere l'importo massimo della quota ultra-compensativa deterrente ma non eccessiva: quindi “giusta” 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, si può affermare senza tema di smentita che la strada della percentuale (parametrata al *petitum* e/o al fatturato del convenuto) 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. Definito il limite massimo della sanzione civile, essa dovrebbe essere commisurata dal giudice in base ai criteri *ex art. 5 d.lgs. 7/2016*, ossia: la gravità della violazione, la

⁹⁰⁸ 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.

⁹⁰⁹ Come visto, nel caso *State Farm v. Cambell* (2001) la Corte Suprema 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».

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 recentissimo intervento del legislatore, 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 concreto⁹¹⁰. In particolare, come suggerito dagli 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.

*

4.6. 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 costituzionalmente orientata del diritto vigente, *ii*) una declaratoria di incostituzionalità di quelle norme che – in tesi – impediscono di azionare un rimedio generale ultra-compensativo, nonché, *iii*) la novella legislativa.

Sembra ormai chiaro come la nostra preferenza vada alla prima soluzione, secondo quanto descritto nei precedenti paragrafi.

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

⁹¹⁰ Oltre a tali criteri, utilissime indicazioni vengono dai principi generali di proporzionalità e adeguatezza (che informano anche il diritto UE), nonché dagli artt. *ex art.* 614 *bis* c.p.c., 96 c.p.c. e 133 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.

risarcimento, passando per l'intermediazione legislativa già offerta dall'art. 2059 c.c., che protegge, dunque, dal rischio di un incontrollabile soggettivismo giudiziario⁹¹¹. Anzi, giusta i presupposti applicativi (*an*), i 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 legislativo⁹¹². 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

⁹¹¹ Invero, per autorevole dottrina non sarebbe necessaria giocoforza una novella legislativa. Si potrebbe imprimere una curvatura sanzionatoria al risarcimento del danno, nelle fattispecie sopra delineate, sulla base del principio *ex art. 24 Cost.*: 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, in Europa e dir. priv.*, 4/2018, p. 1309 ss. Favorevole a una lettura del principio di effettività in chiave rimedial-espansiva è 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, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 656, che ritiene possibile aggravare la condanna *ex art. 2059 c.c.* in ragione del peculiare atteggiamento offensivo del danneggiante. *Contra* 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, anche a non voler ammettere l'esistenza di una regola immanente che legittimi il giudice a imprimere una curvatura sanzionatoria all'art. 2059 c.c. (come si ritiene dimostri lo studio in parte empirico del presente lavoro), non si può certo seriamente negare l'esistenza di un rimedio risarcitorio polifunzionale. Sicché il principio di effettività andrebbe a guidare l'interprete esattamente nel senso della premessa di tale Autrice: verso l'ottimizzazione di un rimedio... *esistente*.

⁹¹² 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 etc.

guadagnare immediatamente al sistema di R.C. una maggiore chiarezza e tendenziale prevedibilità⁹¹³.

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 positivo di tutele civilistico vigente impedisca di valorizzare la gravità della condotta e l'intensità dell'elemento soggettivo al fine della commisurazione dell'obbligazione risarcitoria, al di là della mera compensazione del danno 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 persona⁹¹⁴.

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, 41⁹¹⁵, 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 (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

⁹¹³ Per completezza, si consideri che l'effettività è una missione del complessivo apparato rimediario 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».

⁹¹⁴ 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.

⁹¹⁵ Giacché l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, il rimedio risarcitorio *deve* essere in grado di neutralizzare gli illeciti commessi a scopo di profitto.

Costituzionale non sembra essere la soluzione migliore. L'epifania del tentativo di "costituzionalizzazione" forzata 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 Cappato⁹¹⁶.

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.

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 suo reale interesse di legiferare in un determinato ambito. Inoltre, 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*⁹¹⁷. È assai interessante notare che pure in tale ambiente giuridico, ove il giudice

⁹¹⁶ 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>

⁹¹⁷ Cfr. U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *M. WASHINGTON, Cannabis Cultural Association, Inc.*

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 articolo 2059 *bis* c.c., che, anche sulla scorta di quanto sperimentato da altri legislatori di *civil law*⁹¹⁸, espliciti la cornice edittale della sanzione civile e i parametri per orientare la valutazione equitativa del giudice.

Di fatto, come è accaduto sovente nelle ultime stagioni di riforma, si andrebbero a positivizzare i limiti e i criteri già rintracciabili *aliunde* nelle pieghe dell'ordinamento, proposti sopra. 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 Napoleon, 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.

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

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.

⁹¹⁸ Il riferimento è ovviamente alla Francia, alla provincia canadese del Québec e all'Argentina.

anacronistiche, costringendo quindi il legislatore a inseguire una realtà sociale in perenne mutamento⁹¹⁹.

Il discorso è in parte diverso se parliamo di limiti e criteri orientativi per la 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 derivabili 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»⁹²⁰.

In altre parole, se esiste un’esigenza sociale di tutela, specie di beni giuridici fondamentali come la dignità della persona 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 consociati⁹²¹.

⁹¹⁹ Cfr. le lucidissime 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 secolo, quando si è accresciuto, eccessivamente secondo l’A., il peso del formante legislativo, finito per diventare lo scopo principale (e ultimo) del diritto. 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. anche 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».

⁹²⁰ S. PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, Milano, 1968, 119 s.

⁹²¹ 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

ABBAS-LICHTMAN-PILLAI, *Immunologia cellulare e molecolare*, IX ed., Traduzione 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.

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. ALPA *et alii*, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2002.

ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018.

ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1 ss.

ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, III ed., Milano, 2001.

ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012.

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 F.D. Busnelli, Milano, 2012.

ASTRALDI (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1946.

ATYIAH, Common Law and Statute Law, in *48 The Modern Law Review*, 1985.

AUSIELLO, *Dal principio*, in *Turin L. Rev.*, del 17 gennaio 2013.

BALDASSARRE, voce *Proprietà (dir. Cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma.

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 extracontrattuale*, Torino, 2011.

BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, parte IV, 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.
- BASSO, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 2007.
- 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.
- BEKOFF-PIERCE, *Giustizia selvaggia*, trad. it. di S. Petrucci, Milano, 2010.
- BENATTI, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impr.*, 2015.
- BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014.
- BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2019.
- BERGER, *Ordre public et poursuites criminelles sous le Directoire (1795-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 2007.
- BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- BIANCA, *Diritto civile*, V, *La Responsabilità*, II ed., Milano, 2012.
- 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.
- 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.
- BONVILLAIN, *Slaying the Trojan Horse: Arabie v. CITGO and Punitive Damages under Louisiana's Conflict-of-Laws Provisions*, in *74 Louisiana L. Rev.*, 2013.
- 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 *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, 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.
- BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2015.
- BUNSENBERG, *Oil and Wilderness in Alaska: Natural Resources, Environmental Protection, and National Policy Dynamics*, in *Georgetown University Press*, Washington D.C., 2013.
- BUONAURO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, Padova, 2012.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974.
- 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*, Torino, 2003.
- BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002.
- CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge-Massachusetts-London, 1982.
- CALABRESI, *Conclusioni*, in C. B. D'Argentine (a cura di), *Fra individuo e collettività. La proprietà nel XXI secolo.*, p. 242.
- CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, ed. it., Milano, 1975.
- CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, trad. it. di D. Maltese, Milano, 2018.
- CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *70 Yale L.J.* 499, 1961.
- CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, Chapter X, in M. 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-BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

CALABRESI-HIRSCHOFF, *Toward a test for Strict Liability in Torts*, in *Yale L.J.*, 81, 1972.

CALABRESI-MELAMED, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, in *85 Harvard Law Review*, 1972, p. 1089 ss.

CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954.

CAMPBELL-CHAO-ROBERTSON, Time Is Money: An Empirical Assessment of Non-Economic Damages Arguments, in *95 Wash. U. L. Rev.*, 2017.

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.

CARBONE, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998*.

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*, III ed., Milano, 2008.

CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006.

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 privé*, in *L.G.D.J.*, 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 G*, 2017.

CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2017.

- CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CATALANO R., *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009.
- CATERINA, *La reciprocità: alle origini della vendetta e dello scambio*, in G. Lorini-M. Masia (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Napoli, 2015.
- CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, Milano, 1982.
- CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.
- CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e imp.*, 1989.
- 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, *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 *Danno alla persona*, a cura di Landini-Venchiarutti-Ziviz, 2016.
- CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. e stud. leg.*, 2017.
- 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.
- CERINI, *Sanzioni civili, pene private, danni punitivi: funzioni e assicurabilità*, Milano in corso di pubblicazione.
- CERINI, *The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability: an Italian perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018.
- CERINI-CAMINITI-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.
- CHARDEAUX, *L'amende civile*, in *LPA*, 30 gennaio 2018, n. 132.
- 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.
- CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.

CICCARELLO, voce *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. del Dir.*, XXI, Milano, 1971.

CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019.

CIOCIA, *Lesione del diritto all'abitazione*, in *Danno e Resp.*, 2013.

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.

COMPORITI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Dodicesima ed., Torino, 2019.

CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908.

CONSOLO-GODIO, in *Consolo* (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, sub *art. 614 bis*, Milano, 2013.

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.

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. del 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'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, 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, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962.
- 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*, *Dir. e fisc. dell'ass.*, 2009.
- DELLA CASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e Impr.*, 4/2017.
- DEMSETZ, *La nascita del diritto di proprietà e la proprietà collettiva*, trad. it., in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, Milano, 1982.
- DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002.
- DEVOTO, *Jus. Di là dalla grammatica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948.
- 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.
- DREYER, *La sanction de la faute lucrative*, in *Dalloz*, 2017.

- 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.
- ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1949.
- FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.
- FANETTI S., *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, *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2001.
- FASQUELLE-MESA, *Les fautes lucratives et les assurances de dommages*, in *RGDA*, 2005.
- FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.
- 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. Alceste Tarchetti, 2014, Torino.
- 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.
- 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.
- FRANZONI, commento *sub art. 2045, Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1993.
- FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2004.
- FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018.
- 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.
- GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. del 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 impresa*, 2008.
- 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.
- 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 Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, VIII, Milano, 1995.
- GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ.*, 10/2017.
- GAMBARO, voce *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir. Agg.*, IV, Milano, 2000.
- GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Torino, 2018.
- GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2015.
- GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019.
- 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. 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.
- GIASANTI L., *Abuso della successione di Contratti a termine nella pubblica amministrazione: l'ambigua funzione del danno risarcibile*, nota a Cass., Sez. lav., 2 dicembre 2013, n. 26951, in *Giustizia civile.com*, 1° aprile 2014.
- 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, *Responsabilità aggravata (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2013.
- GLIOZZI, voce *Persona giuridica*, in *Enc. giur.*, 1996.
- GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. del 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.
- GRAMAGLIA, *Manuale breve diritto processuale civile*, Milano, 2017.
- 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, *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, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965.
- GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, 2004.
- GUYTON-HALL, *Fisiologia medica*, II ed. it., Napoli, 1999.
- HADDOCK-MCCHESNEY-SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in *78 Calif. L. Rev.*, 1990.
- HERSCH-VISCUSI, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, in *33 The Journal of Legal Studies*, 2004.
- HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, in J. Oberdiek (a cura di), Oxford, 2014.
- HERSHOVITZ, *What does tort law do? What can it do*, in *Val. U. L. Rev.*, 2012.
- HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante*, trad. it., Milano, 1984.
- HOLMES, *The common law*, Boston, 1881.
- HONORÉ, *Ownership*, in A.G. Guest (eds.), *Oxford Essays On Jurisprudence*, Oxford, 1961.

- 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 *Necessità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- IORIO, *Corso di diritto privato*, III ed., Torino, 2018.
- IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.
- IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *La nuova Cassazione Civile*, a cura di A. Di Porto, Milano, 2017.
- IUDICA-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, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Trad. it. di G. Lavaggi, Firenze, 1954.
- 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.
- L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale, Urbino, 23-24 Settembre 2011, Bologna, 2012.
- LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una 'ragionevole interpretazione' della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2005.
- 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.
- 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 e M.A. Sandulli, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, Milano, 2014.
- 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.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, I e III, Milano, 2019.
- 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.
- MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2019.
- MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I e IV, Torino, 2016.
- MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017.
- MARRA, voce *Sanzione*, in *Digesto*, IV, disc. priv. (sez. civ.), Torino, 1998.
- MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006.
- MARTIN, *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield: Judicial Redistribution of Punitive Damages*, in *40 San Diego L. Rev.*, 2003.
- MATTEI, in *Alpa et alii, Il diritto soggettivo*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2001.
- 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, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990.
- 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. del 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.
- MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e Impresa*, 2019.
- MAZZOLA, *Indennizzo e risarcimento*, in G. Cassano (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, I, Padova, 2011.
- MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007.
- 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.
- MEURKENS-NORDIN (Edited by), *The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?*, Cambridge-Antwerp-Portland, 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 *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1998.
- 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-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.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991.
- MULHERON, *Exemplary Damages and Tort: An International Comparison*, in *2 University of Notre Dame Australia L. Rev.*, 2000.
- MURPHY, Punitive Damages, Explanatory Verdicts, and the Hard Look, in *76 Wash. L. Review*, 2001.
- MUSSO, *La subfornitura*, Bologna-Roma, 2003.
- 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 C. Consolo (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 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), *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010.
- NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.
- NERGELIUS-POLICASTRO-URATA (a cura di), *Challenger of Multi-level Constitutionalism*, Kraków, 2004.
- 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.
- 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, commento *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 F. D. Busnelli-G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di Diritto Privato Comparato*, a cura di Pardolesi, Bari, 2011.
- PARDOLESI, *La camicia di Nesso e il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale*, in *Foro it.*, 2017.
- PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019.
- 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.
- PASTORI F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, III ed., Milano, 1992.
- PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in L. Vacca (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011.
- PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011.
- PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.
- PERFETTI U. (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019.
- PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971.

- PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004.
- 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 A. 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.
- PLAUTO, *Aulularia*, 741 'factum est illud. fieri infectum non potest'.
- 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, Punitive damages and the functions of reparation: some preliminary remarks after the decision of the Italian Supreme Court, Joint Divisions, 5 July 2017, 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.
- PONZANELLI, Punitive damages e due process clause: *l'intervento della Corte Suprema*, in *Foro it.*, 1991.
- 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.*, 2008.
- POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992.
- PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in *96 Yale L. J.*, 1987.

- PROCIDA 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.
- 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 *Dig. disc. pub.*, VIII, IV ed., diretto da R. Sacco, Torino, 1993.
- PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, Milano, 1968.
- 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 E., *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.
- 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.
- RAZ (1972), *Legal principles and the Limits of Law*, apparso originariamente in *Yale Law Journal*, ora anche in M. ARNHEIM (Edited by), *Common Law*, Aldershot-Singapore-Sydney, 1994.
- REIMANN (Edited by), *The reception of continental ideas in the common law world*, Berlin, 1993.
- 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: una 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 C. Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019.
- RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, *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.
- RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- 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 S., *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.
- ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in *74 Def. Couns. J.*, 2007.
- 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. di dir. comp.* diretto da Sacco, Torino, 1992.
- SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.
- SACCO, *La massima mentitoria*, in G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988.
- SACRA BIBBIA, versione CEI, 2008.
- 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*, II ed., in *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2005.
- SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del 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.
- SCHLUETER, *Punitive Damages*, II, Newark, 2005.
- 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.
- SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2017.

SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2016.

SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustizia civile.com*, 2017.

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *NN. D.I.*, XV, Torino, 1962.

SEBOK, Punishment, and Disgorgement, 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 *Ch. Kent L. Rev.*, 2003.

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.

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.
- 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.
- THIENE, *commento sub art. 2045*, in *Commentario breve al Codice Civile*, diretto da Cian e Trabucchi, Padova, 2011.
- TOMMASINI-LA ROSA, *I modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario P. Schlesinger-F.D. Busnelli*, Milano, 2017.
- TOPPETTI (a cura di), *Il risarcimento del danno da "lite temeraria"*, Milano, 2014.
- TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2017.
- 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.
- TORSELLO, *Remedies for Breach of Contract*, in J. M. 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*, 2013.
- TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012.
- TRILUSSA, *Poesie scelte*, Milano, 1970.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed., Milano, 2018.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019.
- TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970.
- TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988.
- TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985.
- TUNC, *La responsabilité civile*, II ed., Paris, 1990.

TUNC, Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, Studi Ancel, I, Paris, 1975.

TWINING-MIERS, *Come far cose con regole*, (trad it. di C. Garbarino), Milano, 1988.

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.

VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017.

VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010.

VILLA G., *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.

VISCUSI, The Challenge of Punitive Damages Mathematics, in *30 J. Legal Stud.*, 2001.

VITALONE-MACRÌ, *Riflessioni sulla lite temeraria*, Roma, 2014.

WERTHEIMER, Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron, in *39 Vill. L. Rev.*, 1994.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZIPURSKY, Theory of Punitive Damages, in *84 Texas L. Rev.*, 2005.

ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011.

ZOPPINI A., *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.* 3/2019.