

PREMESSA

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

LORD ATKIN¹

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

La domanda, secca e “grave”, così posta ha un sapore evangelico. E non sembra il caso di rispondere con un lapidario – quanto fallace – aforisma, o *tweet*, secondo la moda odierna². Probabilmente qualche decennio fa si sarebbe potuto rispondere alla domanda con un'affermazione semplice e condivisa nella comunità degli interpreti; oggi il quadro è notoriamente più complesso. In parte ciò è fisiologico: è la stessa forza dirompente della fattualità ad impedire che le regole di responsabilità siano cristallizzate una volta per tutte in un testo normativo.

Nel nostro ordinamento, ad esempio, decenni orsono già si denunciava l'“esplosione” dell'istituto³, 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”⁴). Acuta dottrina ha evidenziato diverse ragioni di tale deflagrazione della

¹ *Donoghue v. Stevenson*, UKHL, 26 May 1932, AC 562.

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

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

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

responsabilità civile (in avanti anche “R.C.”⁵). In primo luogo, vi è l’intuitivo, e statisticamente accertato, *incremento delle occasioni e del costo dei danni* tipico delle società industriali⁶. 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 ’48⁷. In tale rinnovato contesto valoriale, la protezione della vittima diventa un vero e proprio caposaldo della costituzione materiale del *Welfare State*, «e gli individui avvertono il ‘diritto’ a una compensazione, che restauri lo *status quo*, per le conseguenze dannose di un novero sempre più ampio di rischi»⁸.

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

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere la polifunzionalità della responsabilità civile⁹. Fra le diverse funzioni esprimibili dall’istituto si devono

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

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

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

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

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

menzionare perlomeno le seguenti: *compensativa, preventiva o deterrente, sanzionatorio-punitiva, (efficiente) distribuzione delle perdite e allocazione dei costi, organizzativa e moralizzatrice*¹⁰. Tali funzioni, il cui peso specifico varia in ciascun ordinamento, nel tempo e nello spazio, *dovrebbero* cooperare armonicamente in vista di uno scopo desiderabile di politica del diritto¹¹: garantire al singolo, e al corpo sociale nel suo complesso, un adeguato sistema di difesa e reazione contro le offese ingiuste (in avanti anche lo “Scopo complessivo”).

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

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

Si può dunque intendere il *quantum* risarcitorio come una variabile per la regolazione della risposta giuridica di R.C. Poiché non si può ripristinare perfettamente lo stato del mondo preesistente al fatto illecito, il risarcimento per equivalente monetario integra una risposta convenzionale (una *fictio iuris*) che rappresenta, in qualche modo, il corrispettivo del danno¹². Ciò è particolarmente evidente con riguardo al danno non patrimoniale, il quale, a ben vedere, integra

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il mondo contemporaneo, infatti, vede l'individuo¹⁵, titolare di diritti soggettivi, sempre più solo ed in balia dei grandi attori istituzionali, stretto tra lo stato e la *corporation*. Quest'ultima, in particolare, sembra avere oggi una forza supe-

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

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

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

riore a quella del tradizionale Leviatano¹⁶ e, sovente, gli ordinamenti giuridici statuali non sono adeguatamente attrezzati per spingere gli attori sociali forti economicamente alla sopportazione integrale dei costi, anche sociali, delle proprie azioni (c.d. internalizzazione). La realtà economico-sociale mostra che ove i profitti stimati siano di gran lunga in esubero rispetto ai danni inferti, il danneggiante si determini ad operare con disinvoltura, sapendo che tutt'al più dovrà risarcire un importo pari al mero controvalore del danno cagionato alla vittima; se, e nella misura in cui, peraltro, quest'ultima abbia accesso al rimedio e abbia affrontato vittoriosamente l'alea di un (tipicamente) lungo ed estenuante processo¹⁷. In altre parole, ove restino in ombra le finalità deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile, il danneggiante (razionale) sarà portato a intendere la compensazione come un semplice costo implicito della propria azione anti-giuridica, una mera voce negativa da appostare in bilancio¹⁸. Con la conseguenza che molti danni restano dove sono caduti "naturalmente".

Insomma, il paradigma compensativo mostra la corda quando sia chiamato a reagire contro illeciti dolosi e lucrativi, sovente posti in essere in contesti caratterizzati da significativa asimmetria economica e informativa¹⁹.

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

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

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

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

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

Quest’ultimo, come ci mostra l’economia, riposa sull’assunto che ciascun soggetto, in una relazione contrattuale, punti a massimizzare la propria utilità. Sicché, sarà razionale quell’inadempimento che conferisce al suo autore un’utilità maggiore o semplicemente preferibile – secondo la propria idiosincrasia – rispetto alla fedeltà al patto originario. Secondo la teoria classica dell’analisi economica del diritto di marca posneriana, tale inadempimento sarebbe anche efficiente ogni qualvolta il guadagno dell’inadempiente (c.d. *reluctant party*) fosse maggiore della perdita subita dalla parte fedele²¹.

Tuttavia, sembra appena il caso di anticipare che, fuori dai casi fisiologici di recesso (legale e convenzionale), non sembra opportuno consentire a cuor leggero al debitore la facoltà di sciogliersi dal vincolo monetizzandone il costo economico tramite il mero risarcimento del danno compensativo²². Si arriverebbe al completo sovvertimento del dato positivo *ex art.* 1453 c.c. che alloca invece in capo al creditore adempiente la scelta tra esatto adempimento e la risoluzione – più i danni. Non pare equo consentire alla parte infedele al contratto di arricchirsi mediante un comportamento antiggiuridico (inadempimento doloso). L’ordinamento deve compiere una scelta inequivoca: stare dalla parte del trasgressore o dalla parte dell’attore leso. In punto di giustizia (qualità cui il diritto talvolta ambisce e che ne rappresenta primigenia fonte di legittimazione²³), sembra

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

²⁰ 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. TORSSELLO, *Remedies for Breach of Contract*, in J.M. SMITS (edited by), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, II ed., 2012, p. 754 ss.

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

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

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

più ragionevole la regola che obblighi il convenuto a restituire il profitto conseguito, o una parte di esso²⁴.

Ora, sebbene, come osservato, il paradigma compensativo si dimostri inadeguato a gestire (da solo) la variegata fenomenologia dell'illecito, taluni interpreti – in particolare in seno al formante dottrinale – sembrano restii ad oltrepassare l'etereo limite della riparazione integrale e, quindi, a utilizzare le feconde possibilità rimediali dischiuse dalla variabile del *quantum* risarcitorio. Il principio della riparazione integrale, infatti, elevato a vero e proprio dogma²⁵, sembra aver generato la nota e diffusa avversione del giurista italiano per le sanzioni di diritto civile²⁶. Tale avversione viene talvolta giustificata col timore per asseriti effetti

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

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

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

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

incontrollabili che potrebbero derivare dalla franca ammissione di istanze sanzionatorie nell'“atto costitutivo” del diritto civile²⁷.

In ogni caso, e al di là delle riserve che ciascun interprete ritenga di esprimere nei confronti delle sanzioni di diritto civile, sembra possibile concordare su una questione di fondo: se la responsabilità civile non si dimostra in grado, concretamente, di raggiungere lo scopo di politica del diritto proprio dell'istituto, ci si trova dinanzi a un *problema*. E, sia consentito aggiungere, un problema giuridico significativo²⁸. Per questa ragione, già nel titolo del lavoro, citando la straordinaria opera di un Maestro che ha scritto pagine indimenticabili in materia²⁹, si è scelto di identificare come problematica una R.C. meramente compensativa.

Il corollario di tale considerazione, come si vedrà diffusamente in avanti, è che l'assenza di una fattispecie generale ultra-compensativa, dai chiari presupposti applicativi e limiti, comporta un insopportabile *deficit* di effettività rimediabile e un *vulnus* alla certezza del diritto³⁰.

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

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

Al di là dei dati strettamente positivi e delle formule declamatorie, s'è voluto indagare come le corti civili – anche a livello di crittotipi giuridici³¹ – si facciano

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

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

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

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

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

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

carico delle domande di giustizia sostanziale legate alla deterrenza e alla sanzione di comportamenti particolarmente riprovevoli (offensivi beni giuridici di inestimabile valore come la dignità della persona e l'ambiente), suscettibili di reiterazione pedissequa e seriale, in accordo al ruolo del giudice quale decisore istituzionale. In particolare, si è cercato di portare ad emersione le regole effettivamente adoperate dalla giurisprudenza per rispondere alle istanze di giustizia nei casi di più forte ed evidente asimmetria (che sembrano essere la maggior parte in una realtà globalizzata³²); e

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

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

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

Gli interrogativi da sciogliere sono molteplici. Quando è sufficiente la risposta risarcitoria *de minimis*: *i.e.* il risarcimento del danno secondo il principio della riparazione integrale? A fronte di quali offese l'ordinamento deve, invece, scatenare una reazione perentoria e severa, in chiave deterrente³³? Quali sono i criteri idonei a commisurare il *quantum* ottimale del risarcimento del danno in grado di esprimere armonicamente le diverse funzioni della responsabilità civile? Ancóra, come coniugare il bisogno di deterrenza delle condotte più gravi – che destano maggior allarme sociale – con l'esigenza di tendenziale prevedibilità dell'orizzonte dei risarcimenti³⁴?

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

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

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

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

A tali quesiti si può dare una risposta seguendo una pluralità di approcci metodologici. La ricerca qui compendiata ha cercato di seguire le direttrici dell'effettività della tutela³⁵, del metodo rimediale³⁶, e del metodo comparato. Come noto, la comparazione giuridica non rappresenta un esercizio puramente accademico e culturale. L'argomento di diritto comparato, anche nel nostro ordinamento, va assumendo un'importanza crescente. Esso, infatti, è sempre più utile e necessario in un contesto di sistemi giuridici interconnessi dalla rete mercatoria globale. I nostri giudici ne sembrano consapevoli e, sempre più spesso, adoperano il diritto comparato, seppur con finalità diverse tra loro, le quali oscillano, grosso modo, tra un uso *ad colorandum* e un uso normativo vero e proprio³⁷.

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

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

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

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

Qualche ulteriore chiarimento metodologico sembra dunque necessario.

Nel presente lavoro non si propone affatto un trapianto legale o un innesto³⁸. Non si suggerisce l'introduzione per via legislativa o pretoria dei *punitive damages* tipici dei paesi di *common law*. Si è ben consapevoli delle caratteristiche istituzionali del sistema giuridico italiano e del fatto che, a tacer d'altro, un simile *legal transplant* avrebbe un'alta probabilità di rigetto. D'altronde, prima di provare a ipotizzare un trapianto, anche il chirurgo tenta un approccio correttivo/riparatorio, consapevole dell'opportunità di lavorare con i materiali autologhi del paziente³⁹.

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

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

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

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

prete paradigmi di ragionamento giuridico che sfuggirebbero ad una lettura puramente interna del problema»⁴⁰. Lo studio di un ordinamento straniero potrebbe servire a indicare, infatti, nuovi itinerari da percorrere nell'analisi di un dato problema, oppure servire a verificare come una certa soluzione funzioni effettivamente nella pratica, consentendo a dottori, legislatori e giudici di formulare un argomento di tipo empirico sulle conseguenze di quella soluzione⁴¹.

In altre parole, e con riguardo a ciò che anche nel titolo è stato individuato come un problema (R.C. meramente compensativa), in avanti si utilizzerà il metodo comparato per attuare una *verifica* del *reasoning* e anche delle ragioni che presiedono all'istituto giuridico indagato⁴².

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

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

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

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

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

⁴⁰ G. SMORTO, *op. ult. cit.*, p. 297.

⁴¹ G. SMORTO, *ibidem*.

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

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

Infine, nel quinto capitolo si ritorna al sistema domestico, con la ricostruzione di una fattispecie generale ultra-compensativa azionabile a diritto positivo invariato, l'identificazione dei suoi presupposti applicativi e dei relativi limiti. Si valuta, inoltre, il tenore di un'eventuale riforma del codice civile per l'introduzione di una simile fattispecie di diritto comune per via legislativa⁴³.

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

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MERAMENTE COMPENSATIVA

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

1.1. *Le diverse funzioni della responsabilità civile*

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

dagli interpreti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹. 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”².

Tale caratteristica dell'istituto è riconducibile alla scelta del legislatore di modificare la materia per clausole generali, le quali, per definizione, assegnano all'interprete un ruolo di primo piano³. D'altronde, i concetti cardine su cui si

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

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

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

appunta tutto il diritto della responsabilità civile (fatto, danno ingiusto, nesso eziologico, colpa e dolo) sono definiti da parole polisemiche: ancora una volta sarà l'interprete a scegliere il senso da attribuire alla parola, in accordo ad una pluralità di variabili, fra cui occorre menzionare, schiettamente, il proprio orientamento ideologico⁴.

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

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

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

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

Infine, come ulteriore causa di continua espansione della R.C., si deve menzionare la fisiologica attitudine di tale istituto ad offrire tutela a nuovi diritti, anzi, a garantire una vera e propria forma di "controllo sociale" – come si vedrà meglio in avanti – nei confronti di attività rischiose o riprovevoli⁵.

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 dottrina⁶, sospinta, fra l'altro, dagli apporti del diritto comparato e dell'analisi economica del diritto, che hanno consentito di andare oltre le formule declamatorie e tralatizie che, ancora recentemente, continuavano a recitare il mantra della monofunzionalità⁷.

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

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

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

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