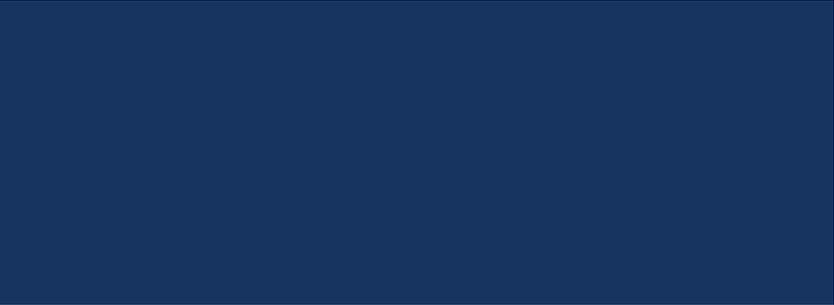


ILLECITO, RISARCIMENTO E (NUOVE) FUNZIONI DELLA
RESPONSABILITA' CIVILE*

*TORT, COMPENSATION AND (NEW) FUNCTIONS OF CIVIL
LIABILITY*

Actualidad Juridica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2478-2495

* Lo scritto è la rielaborazione di una lezione tenuta nel Corso di Diritto civile presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali "A. Galati", dell'Università di Catania.



Massimo
PARADISO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Nello scritto si sostiene che, a seguito delle innovazioni normative succedutesi in questi anni, è necessario spezzare l'endiadi responsabilità-risarcimento, prendendo atto che sono ormai diversificate le conseguenze che la legge collega alla responsabilità civile, e cioè a quella peculiare forma di tutela "obbligatoria" che – a differenza della tutela "reale" o in forma specifica – si sostanzia nell'obbligo di effettuare una prestazione pecuniaria: questa invero non di rado assume oggi contenuti e funzioni che non possono ricondursi all'esigenza, propria del "risarcimento", di riparare il pregiudizio arrecato.

PALABRAS CLAVE: Tutela contro l'illecito; risarcimento; responsabilità.

ABSTRACT: *The paper highlights that, also as a consequence of the regulatory innovations that have occurred in recent years, it is necessary to break the hendiadys responsibility-compensation, noting that the consequences that the law assigns to civil liability, that - unlike the "real" protection in a specific form - is substantiated in the obligation to make a pecuniary service: in fact, this "pecuniary service" actually assumes in the various cases contents and functions that cannot be traced back to the need, proper to "risarcimento", to repair the caused injury.*

KEY WORDS: *Protection against unlawfulness; compensation; liability.*

SUMARIO.- I. PREMESSA: LA RESPONSABILITA' CIVILE TRA SANZIONE E RIMEDIO E LE DIVERSE CONCEZIONI SULLE RELATIVE FUNZIONI.- II. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: LA CONCEZIONE "ETICA".- I. La concezione "tecnica".- 2. La concezione "mista" e la concezione unitaria.- III. CONFIGURAZIONI DOTTRINALI E MUTAMENTI DEL QUADRO NORMATIVO.- IV. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI TUTELA CONTRO L'ILLECITO.- I. La tutela reale o in forma specifica e il suo carattere rigido o assoluto.- 2. La tutela obbligatoria o per equivalente e il suo carattere relativo e flessibile. V. LA ROTTURA DEL QUADRO NORMATIVO CONSOLIDATO: I DANNI PUNITIVI.- I. Le astreintes.- VI. L'ESIGENZA DI RIMEDITAZIONE DELLE RAGIONI POSTE ALLA BASE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE.- VII. LA TUTELA CONTRO L'ILLECITO, NATURALHESTELLUNG E RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE. L'ESIGENZA CHE IL RISARCIMENTO SVOLGA (ANCHE) UN'UTILE "FUNZIONE SOCIALE".- VIII. LE "FUNZIONI SOCIALI" SOTTESE AI DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE. COLPA E DOLO.- I. Responsabilità oggettiva.- 2. La funzione di riequilibrio equitativo perseguita in alcune fattispecie. In particolare, gli atti leciti dannosi.- 3. I danni non patrimoniali e la funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che le suole essere assegnata.- 4. La funzione marcatamente sanzionatoria dei danni punitivi e delle astreintes.- IX. L'ESIGENZA DI RICONDURRE A SISTEMA L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA DISCIPLINA VIGENTE. LA ROTTURA DELL'ENDIADI RESPONSABILITA'- RISARCIMENTO E LE DIVERSE TIPOLOGIE DI (CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA) RESPONSABILITA' CIVILE.

I. PREMESSA: LA RESPONSABILITA' CIVILE TRA SANZIONE E RIMEDIO E LE DIVERSE CONCEZIONI SULLE RELATIVE FUNZIONI.

Già nella formulazione testuale dell'art. 2043 c.c. emergono i due criteri fondamentali di imputazione della responsabilità civile: la colpa e il dolo, previsti in via alternativa ai fini della nascita dell'obbligo risarcitorio. Tale statuizione, peraltro, va ben oltre l'aspetto cd. soggettivo della responsabilità: essa si allarga fino a toccare l'intero sistema aquiliano, sì che può ben dirsi che la scelta dell'uno o dell'altro criterio vale a determinare (o a ridefinire) le stesse funzioni della responsabilità civile.

Due sono, fondamentalmente, le risposte che una tale questione riceve comunemente. Secondo una prima, più risalente impostazione, la responsabilità costituisce sanzione dell'illecito; secondo un'altra, più recente, essa costituisce rimedio contro il danno ingiusto. Risposte, che possono poi riannodarsi a diverse concezioni della funzione della medesima responsabilità.

II. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: LA CONCEZIONE "ETICA".

Una prima concezione, che possiamo definire *etica*, individua nel (requisito del) la colpa gli estremi di una valutazione morale della condotta: la responsabilità

• Massimo Paradiso

Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Catania. E-mail: mparadiso@lex.unict.it

costituisce cioè sanzione per una volontaria e consapevole violazione di un dovere giuridico-morale. Prova ne sia il presupposto della capacità naturale d'intendere e di volere in capo all'agente, che lega insieme libertà (d'agire) e responsabilità (per l'azione). Si individua così nella disciplina, accanto all'essenziale funzione riparatoria, una finalità sanzionatoria e deterrente: sanziona le azioni passate e indirizza quelle future. Ed è appena il caso di richiamare qui i fondamenti filosofici della concezione, fatti comunemente risalire alla filosofia scolastica (almeno nella sua formulazione più completa), che ha inteso così respingere concezioni fondate su una rozza causalità di tipo meccanicistico: in definitiva, la colpa è requisito indefettibile della responsabilità perché la sua mancanza (e dunque l'"incapacità") revoca in dubbio la stessa riconducibilità dell'azione all'essere umano.

Ed è noto che è stata questa la concezione classica, dominante in tutto il corso del 19° secolo, almeno in campo aquiliano. Soprattutto a partire dalla fine del secolo, peraltro, vennero emergendo nuove esigenze, determinate dal drammatico incremento degli infortuni sul lavoro e dal moltiplicarsi dei sinistri stradali derivanti dalla nascente motorizzazione: ipotesi, nella quali era difficile, se non impossibile, individuare una colpa o addirittura l'"agente" cui imputare il sinistro. E si tratta di esigenze che porteranno poi all'introduzione di una disciplina specifica per le ipotesi che definiamo di responsabilità oggettiva già nel codice del '42.

I. La concezione "tecnica".

Si parla invece di concezione tecnica a proposito delle configurazioni che ritengono la responsabilità civile una mera tecnica di allocazione (o redistribuzione) dei danni. I danni, si dice, sono un fatto sociale, non etico: non prospettano un problema di tipo morale perché non si tratta di punire o di premiare; si prospetta piuttosto un problema di allocazione delle perdite che va risolto come un problema economico-sociale: è bene che il danno sia sopportato da chi meglio è in grado di sopportarne le conseguenze col minor impatto sociale. Da tale punto di vista, è l'imprenditore che meglio di altri è in grado di sostenere l'onere economico di tali perdite: anzitutto perché è in grado di prevedere, in linea di principio, l'entità dei danni che mediamente potranno derivare dalla sua attività (che sono una parte del cd. rischio d'impresa), e può perciò predisporre strumenti per farvi fronte (ad es., effettuando degli accantonamenti); in secondo luogo, perché è in grado di trasferire tali oneri economici sui prezzi dei prodotti, così ridistribuendoli su una larga platea di soggetti. Ogni singolo acquirente, così, sopporterà una frazione modesta di un "costo" che, se gravasse su uno solo, potrebbe rivelarsi insostenibile.

Tale tecnica di distribuzione del "costo degli incidenti", perciò, si avvicina al meccanismo assicurativo e in effetti il sistema spinge in tale direzione, tanto che non soltanto è ormai largamente diffuso il ricorso a tale strumento di copertura dei rischi (conviene assicurarsi piuttosto che accantonare risorse per far fronte

ai risarcimenti), ma è la stessa legge che in molti casi prevede come obbligatoria l'assicurazione della responsabilità civile.

Ed è appena il caso, anche qui, di richiamare l'articolata stagione di studi che ha accompagnato tale elaborazione e che va sotto il nome di analisi economica del diritto. Nel nostro sistema a tale concezione sembrano ispirarsi, o sono comunque coerenti, le ipotesi di responsabilità cd. oggettiva (artt. 2050 ss. c.c.).

Anche questa concezione tuttavia lascia dei problemi sul tappeto. Essa rimuove il pregiudizio economico dalla sfera della vittima, ma né lo elide nel presente, né lo previene per il futuro. Essa perciò rischia di avere effetti di deresponsabilizzazione, in particolare per gli operatori professionali che troveranno magari più conveniente assicurarsi, o includere i danni tra i costi di esercizio, piuttosto che adottare condotte e prassi rispettose delle sfere giuridiche altrui. E questo, per non dire della logica "pan-economicista" che sembrerebbe animarla: in particolare quando siano in gioco beni fondamentali delle persone, dalla salute ai diritti della personalità, le tutele non possono limitarsi a ripianare le perdite economiche, trascurando la valenza non patrimoniale degli interessi coinvolti.

2. La concezione "mista" e la concezione unitaria.

La cd. concezione mista della responsabilità, allora, cerca di tener presenti gli inconvenienti delle due teorie sopra brevemente richiamate. Così, si argomenta, in alcune fattispecie è previsto come requisito l'elemento soggettivo della colpa o del dolo: e questo assegna alla responsabilità una indubbia valenza sanzionatoria e deterrente. In altre fattispecie, invece, l'elemento centrale che decide della responsabilità è l'estremo oggettivo del rischio: chi opera deve sopportare i danni che costituiscono realizzazione del rischio creato. Non si tratta allora di considerare la mera possibilità che un'azione abbia un esito pregiudizievole (ciò che in nessun caso può essere escluso a priori). Si tratta invece di considerare il "rischio concreto" di una conseguenza pregiudizievole, e cioè la probabilità, statisticamente significativa in base all'esperienza, che dall'attività derivi un pregiudizio ad altri.

In qualche modo, questa impostazione si riallaccia al vecchio brocardo *cuius commoda eius incommoda* e alla disciplina del rischio d'impresa, per cui chi si serve della collaborazione di altri risponde delle conseguenze del loro operato (e basti qui il riferimento agli artt. 1228 e 2049 c.c.). Ma altresì, negli ultimi anni se n'è fatta applicazione riassumendone gli estremi nel principio "chi inquina paga", che ha inteso introdurre una forte dose di razionalizzazione nel sistema: se l'impresa non è in grado di far fronte ai pregiudizi creati – e perciò alla distruzione di risorse determinata dalla sua attività – essa si rivela un'attività anche economicamente passiva, e perciò comunque nociva per la collettività. Una tale impresa, cioè,

opera grazie a una scissione tra costi privati e costi sociali, tra economie interne e diseconomie esterne (per i "costi" scaricati sulla collettività).

La concezione unitaria, infine, rinviene nella responsabilità un unico fondamento: la tutela contro l'illecito, configurandosi così come una sanzione che da un lato ha lo scopo di reagire contro le violazioni della sfera giuridica altrui, e, dall'altro, ha il fine di prevenire future violazioni, operando cioè da deterrente. Fondamentale funzione della responsabilità civile, allora, è quella di sanzionare l'illecito tramite un obbligo risarcitorio a fronte della violazione degli interessi tutelati nella comune vita di relazione.

III. CONFIGURAZIONI DOTTRINALI E MUTAMENTI DEL QUADRO NORMATIVO.

Nei limiti di tempo assegnati a questa lezione, non è possibile analizzare a fondo le diverse ricostruzioni, più complesse e articolate di quanto non abbia potuto, e saputo, fare io. Quanto detto può essere sufficiente tuttavia a farci comprendere la complessità della questione e a stimolare qualche riflessione in materia, se non altro perché dette ricostruzioni sono risalenti nel tempo. Non è detto cioè che qualche ulteriore considerazione non sia per derivare dai grandi mutamenti che il capitolo della responsabilità ha conosciuto in questi ultimi anni. Si tratta di mutamenti che in primo luogo hanno inciso sul profilo del danno e del risarcimento, fino a capovolgere aspetti che potevano considerarsi caposalda della disciplina: penso, per fare qualche esempio, alla rilevanza dell'illecito endofamiliare, alla responsabilità medica, all'ormai generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale, per non dire delle aperture al danno contrattuale non economico.

E, soprattutto, vanno considerate le ormai innumerevoli fattispecie di danno ammesse per via legislativa a una peculiare tutela "risarcitoria": una tutela, che impone l'erogazione di una prestazione pecuniaria, e sia questa un vero e proprio risarcimento, sia essa una pura e semplice sanzione. Al di là degli ambiti specifici di intervento, mi sembra che tali innovazioni testimonino di un mutamento nell'approccio alla tematica dell'illecito e del danno, prima ancora che al profilo della loro rilevanza risarcitoria: essi, pertanto, finiscono con l'incidere sulle funzioni che la responsabilità civile è chiamata ad assumere nel sistema odierno.

IV. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI TUTELA CONTRO L'ILLECITO.

Per orientarsi nella questione, ritengo utile muovere dal complesso della disciplina diretta a reagire contro una violazione dei diritti altrui o altra anomalia che alteri l'ordine giuridico stabilito. In altre parole, è opportuno partire dalla constatazione che la responsabilità civile è solo un capitolo del sistema rimediale,

uno solo degli strumenti approntati dal sistema per reagire all'illecito, alla violazione dell'altrui sfera giuridica.

E la prima osservazione che può farsi al riguardo è che la violazione può venire sia da un'azione umana (imputabile o no), sia da un fatto o da uno stato di fatto (non conforme a quello giuridico) che comporti la menomazione di una sfera giuridica ovvero uno squilibrio tra diverse sfere, in esito alla quale una di esse risulti danneggiata (e l'altra eventualmente avvantaggiata, quando si tratti di vantaggio non adeguatamente giustificato alla luce del sistema). Ebbene, in tutti tali casi l'ordinamento dispone il ripristino, la reintegrazione della situazione giuridica violata tramite due tipologie strumenti, nettamente diverse: una tutela di tipo reale e una tutela di tipo obbligatorio.

I. La tutela reale o in forma specifica e il suo carattere rigido o assoluto.

La tutela che possiamo chiamare "reale" o "in forma specifica" si articola in varie sottospecie.

1) Tutela conservativa o manutentiva, e che può dar luogo a:

- tutela inibitoria (divieto d'uso del nome e dell'immagine altrui, nuova opera e danno temuto, sequestro degli stampati, tutele d'urgenza (ove le si ritenga 'autonome', queste ultime, rispetto a quelle stabilite in via sostanziale; artt. 7, 10, 1171, 1172 c.c., 'art. 156 della legge sul diritto d'autore 700 c.p.c.);

- tutela dichiarativa: rivendicazione, regolamento di confini, negatoria, azioni di stato (artt. 948, 949, 950, 236 ss.);

- forme di autotutela: possesso, legittima difesa, diritto di ritenzione (art. 1140, 2044, 1152, 2756).

2) Tutela restitutiva: "accessione", reintegrazione e manutenzione, indebito, consegna e rilascio forzati (artt. 936 ss., 1168, 1170, 2033, 2937, 2930 ss.).

3) Tutela ripristinatoria: riduzione in pristino, distruzione dell'opus, distruzione degli stampati, pubblicazione di rettifiche (artt. 872, 2933, 124, comma 2, e 131, comma 2, del codice della proprietà industriale).

Forme diverse e articolate di tutela, accomunate però dal fatto che tutte prescindono dall'elemento soggettivo: l'agente può essere in perfetta buona fede e può ritenere, senza colpa, di usare una cosa propria ovvero di aver ottenuto il consenso dell'avente diritto: in ogni caso, la tutela "in forma specifica" opera oggettivamente per conseguire il fine del ripristino della situazione giuridica violata. In breve, la tutela contro l'illecito in sé considerato – e cioè a prescindere dal fatto

se esso arrechi o no un danno è rigida o assoluta, e cioè senza “condizioni”. Essa è sì diversificata – dall’inibitoria alla rimozione o distruzione di quanto fatto in violazione dell’altrui sfera giuridica – ma al contempo oggettiva, non tenendo in nessuna considerazione le ragioni o condizioni soggettive dell’agente: persino la legittima difesa è legittima pur contro una persona totalmente incapace d’intendere e di volere.

2. La tutela obbligatoria o per equivalente e il suo carattere relativo e flessibile.

Accanto alla tutela reale v’è poi quella “obbligatoria” o per equivalente, che si sostanzia nell’imposizione di una prestazione a carico dell’autore dell’illecito: il risarcimento. Essa si aggiunge alla tutela in forma specifica quando questa non sia possibile o utile ovvero non basti a rimediare alla violazione occorsa: ad es., perché si è determinata una perdita economica, ovvero è residuo uno squilibrio patrimoniale tra le sfere giuridiche venute a contatto, ovvero, ancora, quando si ritenga che la tutela in senso stretto risarcitoria (quella che postula, per intenderci, equivalenza ‘quantitativa’ tra danno e risarcimento) non sia sufficiente o comunque adeguata al caso di specie.

Ed è noto che, a differenza della tutela reale, la tutela contro l’illecito dannoso è relativa e flessibile, nell’an e nel quantum. Vuol ai fini della nascita dell’obbligo, vuol ai fini (della misura) del risarcimento, essa tiene conto di una serie di fattori:

1) Ragioni dell’atto: ad es., quando si tratti di esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, legittima difesa, viene escluso ogni risarcimento; quando invece si tratti di azione compiuta in stato di necessità, l’agente può esser tenuto a una mera indennità. E ad analoga conseguenza si va incontro nei cdd. atti leciti dannosi, in considerazione delle ragioni che hanno mosso l’agente quando ha interferito nella sfera altrui.

2) Soggetto agente: se incapace, il risarcimento, nei congrui casi, graverà su chi è tenuto alla sua sorveglianza; ma altresì, in caso di ingresso (dannoso) nel fondo altrui, le conseguenze si diversificano in relazione alla qualifica del soggetto: un estraneo, un vicino, chi voglia recuperare la cosa o l’animale proprio.

3) Atteggiamento psicologico dell’agente: colpa, che costituisce il requisito generale della responsabilità risarcitoria. Di norma è sufficiente che essa sia “lieve”; in alcuni casi invece è richiesto che sia grave; ma il grado di colpa, altresì, se ordinariamente non incide (almeno teoricamente) sull’entità del risarcimento, in taluni casi assume a elemento di valutazione per la suddivisione interna del risarcimento tra corresponsabili solidali (e, secondo alcuni, sull’entità del risarcimento nei danni non patrimoniali).

4) Dolo dell'agente: se, nel disegno codicistico, l'intento di recar danno non avrebbe dovuto comportare differenze rispetto alle ipotesi colpose, nelle analisi dottrinali e nella prassi giurisprudenziale il dolo è andato assumendo valenza determinante per l'affermazione della responsabilità: storno di dipendenti, acquirente in mala fede che sia primo trascrivente, false informazioni.

5) Eccessiva onerosità, individuale o sociale del risarcimento in forma specifica (artt. 2058 e 2933).

6) "Attività esercitata": artt. 2050, 2054, navigazione aerea, sfruttamento dell'energia nucleare, produzione di "beni di consumo": ipotesi, com'è noto, che non richiedono colpa in capo al soggetto.

7) "Sfera" di controllo: artt. 2048, 2049, 2051, 2052, 2053, responsabilità degli enti per l'operato dei loro 'dirigenti'.

8) Tipologia di danno: a sentire la giurisprudenza sarebbe ancora vigente la regola sancita nell'art. 2059 sulla limitata (o "eccezionale") risarcibilità dei danni non patrimoniali, che si configurano così come "estranei" alla classica logica risarcitoria. Ma si dovrà tener conto allora che detta "eccezionalità" è sancita in una ormai innumerevole serie casi. A volerli rapidamente elencare: illegittima detenzione, ragionevole durata del processo, trattamento dei dati personali, discriminazioni contrattuali per motivi razziali, etnici, religiosi, di salute o condizione psico-fisica, "pari opportunità" tra uomo e donna, parità di trattamento nel lavoro, diritto d'autore, proprietà industriale, vittime del terrorismo, invalidità per ragioni di servizio, espressioni offensive impiegate in scritti difensivi, danno da vacanza rovinata, illegittima occupazione di un bene immobile da parte della p.a. (!).

V. LA ROTTURA DEL QUADRO NORMATIVO CONSOLIDATO: I DANNI PUNITIVI.

In tutte tali ipotesi, comunque, si rimane pur sempre nell'ambito della classica tutela risarcitoria, volta a ripianare la perdita subita; ottica, nella quale non solo la riparazione non può andare oltre l'ammontare del pregiudizio, ma, non di rado, se ne mantiene al di sotto, imponendosi il pagamento di una mera indennità. Per contro, negli ultimi anni si sono aggiunte, per via interpretativa o legislativa, una serie di ipotesi in cui viene meno la tradizionale commisurazione del "risarcimento"

I V., rispettivamente, artt. 1 legge n. 117/1998, 2 l. n. 89/2001, 82 Reg. Ue n. 2016/679, 44 d.lgs. n. 286/1998, 44 d.lgs. n. 215/2003, 4 d.lgs. n. 216/2003, 3 legge n. 67/2006, 37, 38, 55-quinquies d.lgs. n. 198/2006, 158 legge dir. aut., 125 cod. propr. industriale, 1 d.p.r. n. 181/2009, 1082 d.p.r. n. 90/2010, 89 c.p.c., 598 c.p., 47 d.lgs. n. 79/2011, 42-bis d.p.r. n. 327/2001. E altre ipotesi in cui sembra ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali riguardano l'annullamento del matrimonio (art. 129-bis c.c.), il licenziamento ingiurioso (art. 18 legge n. 300/1970), la violazione dei doveri genitoriali in caso di separazione personale dei coniugi (art. 709-ter, comma 2, n. 3 e 4, c.p.c.).

al danno arrecato e, comunque, il divieto di risarcimenti ultracompensativi: sono cioè casi in cui è "istituzionalizzato" il distacco tra pregiudizio subito e pretesa che si può far valere verso il responsabile. Ed è quel che si riscontra nei danni punitivi, ma altresì nelle *astreintes*.

Quanto ai primi, è noto che da tempo una parte della dottrina parla di danni che abbiano funzione essenzialmente punitiva, da tempo ammessi in altri sistemi giuridici, a partire dai *punitive damages* del *common law*, e oggi accolti con cautela dalla nostra giurisprudenza. Per la verità, anche chi vi parla ha sempre guardato con diffidenza a questa 'nuova' categoria, movendo dalla convinzione che il risarcimento debba mantenere la funzione primaria di riparare il danno piuttosto che di punire l'agente. Di là da tali perplessità sistematiche, peraltro, sta ormai il fatto che non sono più "eccezionali" le previsioni normative che sanciscono ammontare dei risarcimenti in misura eccedente il (presumibile) pregiudizio arrecato.

Basti ricordare le disposizioni che, a carico della parte che non rispetta i termini di pagamento nelle transazioni commerciali e nei contratti di subfornitura, comminano interessi in misura fortemente sbilanciata rispetto ai tassi di mercato nonché penali severe e comunque preventivamente forfetizzate (artt. 2, lett. e), d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; 3, comma 3, legge 18 giugno 1998, n. 192). Ma altresì, la legge sul diritto d'autore e il codice della proprietà industriale prevedono, in caso di violazione della privativa, che il "risarcimento" possa essere commisurato agli utili conseguiti dal responsabile o al prezzo che si sarebbe dovuto pagare per acquistare il diritto di sfruttamento delle opere dell'ingegno (²) (artt. 128, comma 2, legge 22 aprile 1941, n. 633; 125, commi 1 e 3, legge 10 febbraio 2005, n. 30). E analoghe sono le previsioni che, in tema di diffamazione a mezzo stampa e di pubblicazione di documenti illegittimamente formati, prevedono il pagamento di una «somma a titolo di riparazione pecuniaria» ulteriore rispetto al risarcimento vero e proprio (artt. 12, legge 8 febbraio 1948, n. 47; 4, d.l. 22 settembre 2006, n. 259). E v'è poi la disposizione forse più nota: quella che sanziona la condotta di chi agisce o resiste in giudizio con mala fede o colpa grave, così cagionando un danno alla controparte ma altresì un pregiudizio all'esercizio della funzione giudiziaria (artt. 96, c.p.c.; 26, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). E ancora – se pur eccentriche rispetto alle precedenti per il soggetto che andrà a incamerare la sanzione pecuniaria – possono annoverarsi le previsioni previste dall'art. 15 della legge Antitrust e dall'art. 187 undecies, comma 2, del TUF.

2 A tale riconduzione tra i danni punitivi si è obiettato che nel nostro sistema la figura può essere più efficacemente ricondotta nell'alveo dell'ingiustificato arricchimento. Ma dovrebbe essere sufficiente rilevare che, posto pure che l'autore della violazione sia senza colpa, le norme in questione imporrebbero di pagare la minor somma tra impoverimento e arricchimento: e cioè proprio la conseguenza che la disposizione intende evitare.

Ipotesi, alle quali possiamo in via provvisoria accreditare quella funzione schiettamente sanzionatoria che si suole riconoscere a taluni casi, etichettati come danni punitivi, e sempre che li si ritenga ammissibili al di là delle ipotesi testualmente previste. Non è questa la sede per analizzare più a fondo la questione della ammissibilità generale di tale figura; qui può bastare il rilievo che taluni casi di danni punitivi sono oramai entrati in Italia – sia pure con “valigia diplomatica”: per il tramite della loro previsione in altri ordinamenti – e quivi, dice la Cassazione, potranno operare previo controllo di conformità con i principi dell’ordine pubblico internazionale.

I. Le astreintes.

V’è, infine, l’ormai nutrito gruppo di figure che va sotto il nome di astreintes: fattispecie, nelle quali si rinviene comunemente una funzione (schiettamente) punitiva, caratterizzate come sono dal fatto che non v’è (né può esservi) corrispondenza tra ammontare del “risarcimento” ed entità del pregiudizio, che è solo futuro e ipotetico.

Sono ormai numerose le misure introdotte per via legislativa negli ultimi anni: richiamo, in particolare, le figure disciplinate negli articoli: 614 bis e 709 ter, 2° comma, n. 4, c.p.c.; 114, 3° comma, c.p.a.; 18, ult. comma, st. lav.; 124, 2° comma, e 131, 2° comma, cod. propr. ind.; 156 legge dir. aut.; 140, 7° comma, cod. cons.; 11, 3° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (in tema di mediazione). Figure certo nuove nel nostro sistema, ma non del tutto “aliene”, se è vero che per taluni versi possono accostarsi alla clausola penale.

In breve, se certo è legittimo dubitare della coerenza col sistema di una “figura generale” costituita dai “danni punitivi” che sia argomentata per via interpretativa, certo non è possibile trascurare la serie ormai massiccia di disposizioni legislative che attribuiscono al giudice, che abbia assunto un certo provvedimento a carico dell’autore di una violazione, il compito di fissare «somme dovute per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento» medesimo. Previsioni che, integrando la riserva di legge richiesta dall’art. 23 Cost. per l’imposizione di prestazioni personali o patrimoniali, superano le perplessità da tempo manifestate in dottrina.

VI. L’ESIGENZA DI RIMEDITAZIONE DELLE RAGIONI POSTE ALLA BASE DELLA RESPONSABILITA’ CIVILE.

L’ingresso nel sistema di tante e così disparate disposizioni non può che richiedere una rinnovata riflessione sul ruolo della responsabilità civile, che non può più essere limitato alla funzione in senso stretto risarcitoria. In altre parole,

se pure il risarcimento può e deve mantenere la funzione di riparare il pregiudizio effettivamente arrecato alla vittima, non è detto che la responsabilità civile non possa assumerne altre, nel quadro di un rinnovamento degli strumenti di tutela contro l'illecito. E, a tale scopo, è forse opportuno partire proprio da una riflessione sulle ragioni di tale tipo di tutela.

Già con riferimento alla tutela in senso stretto risarcitoria, infatti, mi sembra emerga sempre più chiaramente come il solo fine di ripristinare la situazione giuridica violata non sia sufficiente a darne adeguata giustificazione. S'è veduto infatti che, quando si tratti di rimettere le cose in pristino, la tutela opera incondizionatamente, come s'è veduto nella rapida carrellata fatta in apertura di discorso. Non importa se l'agente sia in colpa oppure no, se sia maggiore o minore d'età, capace d'intendere e di volere oppure totalmente incapace; e neppure importa che l'agente abbia operato in stato di necessità, per legittima difesa o magari per ordine dell'autorità: là dove residui una qualche situazione irregolare alla stregua dell'ordinamento – sono ad es. venute meno o 'scadute' le ragioni che avevano portato a un legittimo sequestro o alla confisca dei beni – l'interessato potrà ottenere un provvedimento che lo reintegri nei suoi diritti o nel suo possesso. Qui dunque, quali che possano essere gli interessi collettivi o pubblici coinvolti, la tutela è e rimane incondizionata, quale che ne sia il costo ⁽³⁾.

Quando invece si invochi una tutela che passi attraverso uno spostamento patrimoniale, l'ordinamento richiede che il trasferimento di risorse economiche da un soggetto a un altro svolga un'utile funzione non solo individuale ma anche sociale. In altre parole, se il ripristino della situazione violata fosse l'unico obiettivo o interesse perseguito dall'ordinamento, non si vede perché il risarcimento dovrebbe richiedere l'estremo della colpa o del dolo in capo all'agente. Viceversa, tale estremo è, in linea di principio, imprescindibile, tanto è vero che la tutela s'arresta pur di fronte a casi di "indebito impoverimento" quando, in mancanza di detti estremi, non sia attivabile la tutela "reale". Così, chi in buona fede ha ricevuto indebitamente una cosa è tenuto solo nei limiti del suo (persistente) arricchimento e, comunque, non risponde del perimento pur se la cosa non sarebbe perita presso il legittimo proprietario (art. 2037, 3° comma, 2041, 2° comma; e cfr. invece l'art. 1221, 1° e 2° comma, c.c.).

3 In tale logica si comprendono anche gli artt. 2058 e 2933 c.c., che a prima vista sembrerebbero contraddire l'assunto: l'art. 2058, là dove esclude il risarcimento in forma specifica quando «la reintegrazione risulta eccessivamente onerosa per il debitore», e l'art. 1933, 2° comma, che vieta la demolizione di quanto fatto abusivamente se la distruzione è di pregiudizio all'economia nazionale (e analoga è ad es. la disposizione dell'art. 124, 2° comma, e 131, 2° comma, del codice della proprietà industriale. In realtà, se la tutela contro l'illecito – reale od obbligatoria che sia – ha da svolgere una funzione utile anche dal punto di vista sociale, si comprende come vengano negate quelle forme di tutela che, lungi dall'aver una positiva ricaduta sulla collettività, ne minaccino o ledano gli interessi. E a chi poi ritenesse inadeguata tale argomentazione – visto che in tal caso sembra messo in discussione il principio della assoluta priorità che qui si è assegnata alla reintegrazione in forma specifica – altro non saprei replicare se non che, per fortuna, il legislatore è più attento alle ricadute concrete della disciplina che non alle esigenze di coerenza nelle ricostruzioni teoretiche della dottrina (...).

VII. LA TUTELA CONTRO L'ILLECITO, NATURALHESTELLUNG E RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE. L'ESIGENZA CHE IL RISARCIMENTO SVOLGA (ANCHE) UN'UTILE "FUNZIONE SOCIALE".

Il punto meriterebbe ben altro approfondimento. In questa sede dovrà bastare un richiamo a quella sorta di pre-giudizio che più o meno consapevolmente sottende un po' tutta la disciplina giuridica in tema di reazione all'illecito. Tale disciplina, di per sé, si progetta come sistema di reazione a un disordine, a una violazione che alteri l'ordine costituito, che, se potesse – nella sua purezza o integrità (o nella punta di 'giacobinismo' che certo non le manca) –, ambirebbe a cancellare dal mondo dei fatti l'avvenuta violazione. E se certo *factum infectum fieri nequit*, si cerca però di cancellarne le tracce. In ambito politico, si riscrivono i libri di storia, si abbattono i monumenti, si cancellano dalle fotografie i personaggi divenuti scomodi o dichiarati nemici del regime. In ambito giuridico (almeno quello privatistico) si opera ad es. con la *fiction* della retroattività, col risarcimento per il mancato godimento passato, con la risarcibilità del lucro cessante (che è solo futuro e ipotetico), e così via.

In campo aquiliano, là dove la reintegrazione sia effettivamente possibile, e cioè fisicamente o materialmente fattibile, il sistema cerca di elidere ogni ostacolo nella sua ansia di rimettere le cose in pristino, e cioè di rimettere le cose al posto in cui avrebbero dovuto rimanere senza la violazione. E se la *Differenztheorie* ne è l'esempio più immediato, basti ricordare che dal combinato disposto dei §§ 249 e 253 del BGB emergeva nettamente come non vi fossero limiti alla risarcibilità del danno «*der nichtsvermögenshaden ist*» purché fosse possibile (materialmente o giuridicamente) una *Naturalherstellung*: purché cioè il danno non patrimoniale fosse suscettibile di essere "riparato" in natura. Ove invece un tale risultato non fosse conseguibile, emergevano nel codice tedesco, come poi emergeranno nel nostro, una serie di filtri o di limiti alla tutela per equivalente. E se il più noto di essi è appunto il limite/divieto di risarcire i danni non patrimoniali (art. 2059; ma v. anche gli artt. 1223, 1225, 1227 c.c.), non è detto che la reintegrazione in una forma "soltanto equivalente" all'alterazione prodotta discenda de plano dall'esigenza di tutelare la vittima dell'illecito. Essa invero non è del tutto 'indolore', implica un salto mentale ed implica dei costi economici.

Implica un salto mentale sia perché si tratta di un ripiego cui occorre rassegnarsi per l'impossibilità di rimediare alla violazione in modo "reale" (e perciò effettivamente adeguato), sia per i problemi sollevati dalla equivalenza tra torto e rimedio, tra lesione e riparazione: basti pensare al tormentone della "incommensurabilità" tra dolore e denaro ed ai problemi che prospetta la valutazione e liquidazione degli stessi danni economici.

Per altro verso sono noti gli studi, soprattutto in ambito di common law, i quali evidenziano come, da un punto di vista sociale, la soluzione economicamente più razionale, o almeno la più conveniente, sarebbe quella di lasciare il danno là dove si è verificato.

In altre parole, non basta che un soggetto abbia subito una perdita ad opera di altri: il risarcimento infatti *non elimina* la perdita economica come fatto storico (e dunque non pone rimedio sostanziale alla distruzione di ricchezza determinata dall'illecito), ma si limita a *spostarne l'incidenza* dal soggetto che l'ha subita a chi l'ha provocata. Ma soprattutto, la riparazione pecuniaria comporta dei costi (contestazioni, accertamenti, perizie tecniche, azioni giudiziarie o accordi transattivi, atti di esecuzione, e via elencando), e perciò un'ulteriore perdita di risorse per la collettività considerata nel suo complesso. Dal punto di vista dell'economia generale, perciò, forse sarebbe conveniente lasciare il danno là dove si è verificato! È necessario allora che il risarcimento svolga una utile funzione anche dal punto di vista collettivo, è necessaria cioè una giustificazione ulteriore: una qualche ragione che vada oltre la considerazione della vittima, superi le controindicazioni sociali e faccia da contraltare alla perdita economica aggiuntiva che essa comporta.

VIII. LE “FUNZIONI SOCIALI” SOTTESE AI DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE. COLPA E DOLO.

Ebbene, se analizziamo le disposizioni del nostro sistema sotto tale angolo visuale, troveremo conferma di questo assunto. Il risarcimento ha certo come funzione propria, e funzione primaria, quella di riparare il pregiudizio determinatosi in capo alla vittima tramite l'erogazione di un equivalente pecuniario alla perdita subita: ad essa però si affiancano poi finalità diverse che, non escludendo la funzione primaria, perseguono più o meno direttamente altri, peculiari obiettivi che assicurano, nei diversi casi, il perseguimento di un'utile “funzione sociale”.

La prima giustificazione, o utile funzione da un punto di vista sociale, è quella sancita nell'art. 2043 c.c., là dove si stabilisce che solo in presenza di un adeguato atteggiamento psicologico l'illecito comporterà risarcimento: e la ragione, com'è ovvio, è che in tal modo l'obbligo risarcitorio può assumere quelle valenze sanzionatoria e deterrente da sempre ritenute di essenziale rilevanza per un ordinato svolgimento della vita sociale. Ed è appena il caso di rilevare che questa è (ancora?) la regola generale, applicandosi a tutte le fattispecie non predefinite nei loro estremi se non con 'rinvio' al carattere «ingiusto» del pregiudizio. Dunque, la responsabilità soggettiva o per colpa – che risponde alla cd. concezione etica – e svolge una funzione risarcitoria in senso stretto del patrimonio della vittima; ad essa si aggiungono una valenza sanzionatoria, perché “retribuisce” chi colpevolmente (o dolosamente) ha violato l'altrui sfera giuridica (e cagionato un danno), e altresì una

deterrente, perché (con la minaccia dell'obbligo risarcitorio) dissuade dal tenere una tale condotta.

I. Responsabilità oggettiva.

Ove detta funzione non possa operare, mancando tali estremi, il risarcimento sarà negato nonostante la violazione dell'altrui sfera giuridica, salvo che si rientri nei casi di responsabilità cd. oggettiva: casi specificamente e nominativamente previsti, nei quali, accanto alla funzione riparatoria, la previsione assume una finalità in senso lato "assicurativa" o di garanzia dell'altrui sfera giuridica. Chi si trovi nelle condizioni indicate dagli artt. 2050 ss. c.c., ovvero svolga le attività che rientrano nel novero di quelle "pericolose", a noma delle note leggi speciali, è tenuto a tenere indenni i consociati dei danni che ad essi possano derivare dallo svolgimento di dette attività. In definitiva, e per riprendere la terminologia di una nota dottrina, chi ricava vantaggi dallo svolgimento di una attività, deve garantire gli altri per i danni che dovessero derivare dal rischio tipico creato dall'attività medesima. Certo, si tratta di fattispecie nominate, ma non si tratta più di mere "eccezioni": la verità è che ormai esse occupano quasi l'intero ventaglio delle ipotesi in cui si danno liti e risarcimenti, dai sinistri stradali alle attività pericolose. E conferma di tale assunto può trarsi dal fatto che risarcimento non sarà dovuto ove ricorra qualche scriminante: ad es., chi abbia avuto in custodia materie esplodenti per ordine dell'autorità non risponderà, in caso di sinistro, ai sensi dell'art. 2051 c.c..

2. La funzione di riequilibrio equitativo perseguita in alcune fattispecie. In particolare, gli atti leciti dannosi.

In altri casi ancora, il risarcimento svolgerà una funzione diversa, che possiamo definire come di riequilibrio equitativo: sono casi in cui mancano, *rectius*: non rilevano né le connotazioni psicologiche dell'agente, né gli estremi che caratterizzano le specifiche attività di cui s'è appena detto, e tuttavia il sistema assegna alla previsione di un tale obbligo un'utile funzione sociale. Sono i casi di danno arrecato dall'incapace e di pregiudizio causato in stato di necessità (artt. 2045, 2047, 2° c., c.c.): qui, per definizione, mancano gli estremi della "volontaria e consapevole violazione" – vuoi perché manca la capacità d'intendere, vuoi perché manca la (piena) libertà del volere –, ma siamo altresì al di fuori delle fattispecie che giustificano la funzione 'assicurativa'. Sembra appropriato allora parlare di una diversa funzione di "riequilibrio equitativo".

Ma in tale ambito sono soprattutto da annoverare le fattispecie che vanno sotto il nome di "atti leciti dannosi" e sono previste negli artt. 843, 2° comma, 844, 924, 925, 1328 c.c. In tutti tali casi, se mancano gli estremi dello svolgimento di una "attività pericolosa", sarebbero tuttavia presenti i requisiti soggettivi per l'irrogazione di una ordinaria responsabilità aquiliana. La legge tuttavia ha valutato

come eccessiva tale conseguenza in considerazione del fatto che chi pregiudica l'altrui sfera giuridica si trova in una situazione che rende meno riprovevole la sua condotta. Sono sembrate cioè degne di considerazione le ragioni che inducono a interferire con la sfera altrui, sia essa la proprietà sia essa l'autonomia negoziale. Al contempo, è sembrato iniquo lasciar privo d'ogni tutela la controparte; e dunque, la previsione di una indennità, in luogo dell'ordinario integrale risarcimento, compone equitativamente il conflitto tra le parti interessate.

3. I danni non patrimoniali e la funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che le suole essere assegnata.

V'è poi l'ormai nutritissimo capitolo dei danni non patrimoniali, che la giurisprudenza si ostina a tener fuori dall'alveo dell'art. 2043 c.c., e perciò fuori dal quadro 'generale' della responsabilità civile. Corretto oppur no che sia tale inquadramento, certo si è che diversi, comunque, sono i criteri di valutazione e liquidazione del danno: tra criterio equitativo, tabelle giudiziarie e forfetizzazione legislativa, liquidazione delle micropermanenti e pagamento di una rendita a norma dell'art. 2057 c.c., sicuro appare il distacco dai modi di valutazione e liquidazione del danno patrimoniale. Si potrà allora, se si vuole, accreditare a tali ipotesi quella funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che non da oggi molta parte della dottrina loro attribuisce.

4. La funzione marcatamente sanzionatoria dei danni punitivi e delle astreintes.

Quanto alla funzione schiettamente sanzionatoria dei danni punitivi non credo sia necessario spendere molte parole: l'istituzionale mancanza di corrispondenza col pregiudizio – che potrebbe anzi esulare del tutto – non possono che asseverare come principale, se non unica, la funzione schiettamente punitiva (oltre che di indiretta deterrenza).

Tanto più poi, si può rinvenire nelle astreintes sia una specifica funzione punitiva, sia una peculiare funzione di deterrenza preventiva, le cui peculiarità sono tali da escludere ogni assimilazione alle classiche funzioni del risarcimento. La robusta funzione deterrente è assicurata dal fatto che una certa condotta è già qualificata come illecita in un preventivo, pubblico accertamento; la funzione marcatamente punitiva è insita nella mancanza di 'corrispondenza' col danno (oltretutto ipotetico) che verrà arrecato, ma altresì nel fatto che la "riparazione" ben può andare a soggetto diverso da quello che ha subito il pregiudizio.

IX. L'ESIGENZA DI RICONDURRE A SISTEMA L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA DISCIPLINA VIGENTE. LA ROTTURA DELL'ENDIADI RESPONSABILITA'- RISARCIMENTO E LE DIVERSE TIPOLOGIE DI (CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA) RESPONSABILITA' CIVILE.

Si pone allora il problema di ricondurre a sistema questa complessa disciplina, fatta di fattispecie disparate in cui le previste prestazioni pecuniarie evidenziano un collegamento non univoco con il danno, e perciò con la classica funzione riparatoria della responsabilità aquiliana.

E al riguardo, non credo sia il caso di compiere sforzi interpretativi per far rientrare tali figure nell'alveo classico del risarcimento, sia pure rinnovato in taluni suoi aspetti. Invero, per un verso ci sono casi in cui le «somme» fissate dal giudice vanno versate alla cassa delle ammende o comunque all'erario; e se in altri casi beneficiario è il privato danneggiato dall'illecito – rectius: il privato i cui diritti sono stati violati – la fissazione preventiva del loro ammontare esclude possano svolgere funzione riparatoria, essendo commisurate a perdite ipotetiche o virtuali. E, naturalmente, discorso non dissimile può farsi per le ipotesi di sovra-compensazione cui danno luogo i danni punitivi. Nitide sono perciò le distanze rispetto al risarcimento in senso classico, di cui non possono costituire una semplice nuova 'modalità'.

D'altra parte, è fin superfluo rilevare che nel sistema sono ormai presenti diversi tipi di "responsabilità": penale, amministrativa, contabile; ma si parla anche di responsabilità "specifiche" per particolari categorie di soggetti: responsabilità sociale d'impresa, degli amministratori di società, dei genitori, degli enti, e via elencando, per non dire poi delle "sottosezioni" all'interno di ciascun tipo di responsabilità: contrattuale e precontrattuale, aquiliana, medica, endofamiliare, dirigenziale, civile dei magistrati. E questo, per non dire poi della responsabilità per danno ambientale, che, a sentire l'ultima giurisprudenza, sembra legittimare alla richiesta di risarcimento anche le associazioni ambientaliste e singoli soggetti privati.

È il caso di prendere atto, allora, che la disciplina positiva ormai ricollega all'illecito diversi tipi di conseguenze e prevede poi diverse tipologie di "tutela obbligatoria" delle ragioni e dei diritti dei privati. È cioè necessario rivedere l'approccio che identifica responsabilità con risarcimento, e quest'ultimo poi con la tutela del patrimonio, e perciò dei soli danni patrimoniali.

In breve, almeno nel diritto privato, credo sia il caso di spezzare l'endiadi responsabilità-risarcimento. Il risarcimento, inteso come prestazione atta a risarcire – e cioè, letteralmente, a ri-cucire lo strappo prodotto nella sfera altrui – è soltanto una delle conseguenze (e certamente la conseguenza di carattere

generale) cui può dar luogo la responsabilità civile, e in particolare quella aquiliana che si sostanzia nell'obbligo di effettuare una prestazione atta a reintegrare, per equivalente, il "valore" di cui la vittima dell'illecito è stata privata.

In casi specificamente determinati, poi – sempre a completamento della tutela reale, che prevede l'assoggettamento del responsabile a specifici tipi di conseguenze: fare, non fare, "subire" – è sancita una tutela obbligatoria che ben può prevedere l'imposizione di prestazioni pecuniarie caratterizzate da contenuti diversi, e su diversi elementi parametrate, in modo che la responsabilità possa assolvere le nuove funzioni reclamate dall'evoluzione sociale, conforme all'ormai imponente disciplina positiva che le prevede. Ovvio il riferimento a danni punitivi e *astreintes*, di cui s'è detto, vorrei qui aggiungere alcune ipotesi "anomale" di risarcimento, parametrato sui profitti conseguiti dal responsabile (ad es., in tema di diritti d'autore) o magari limitato al profitto pervenuto ai suoi eredi (così è stabilito in talune ipotesi di danno ambientale: art. 311, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Previsione, quest'ultima, che esentando gli eredi da responsabilità ove detto profitto manchi, consente poi di dubitare che si tratti di un loro subingresso nell'obbligo risarcitorio dell'ereditando, piuttosto che di un singolare dovere di restituzione di un indebito arricchimento.

Questo gruppo di ipotesi, allora, prevede strumenti di reazione all'illecito che si configurano come specifici – limitati come sono alle ipotesi testualmente previste – e che si distaccano per più versi dalla tutela risarcitoria: vuoi per la mancata parametratura delle «somme» dovute al pregiudizio subito – che potrebbe anzi mancare –, vuoi perché beneficiario del pagamento potrà essere sia un privato – e talora pur se il pregiudizio sia collettivo –, sia l'erario, e paradossalmente, pur quando ad essere leso sia stato un privato.