



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO – *CURRICULUM PRIVATISTICO*

XXXV CICLO

TESI IN DIRITTO CIVILE

*La responsabilità civile tra compensazione e sanzione:
alla ricerca di un ordine*

Tutor:

Chiar.mo Prof. Mauro Grondona

Chiar.ma Prof.ssa Francesca Benatti

Candidato:
Luca Oliveri

A mia nonna Giulia

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO	
LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: PROFILI TEORICO-GENERALI	14
§ 1. L'emersione del problema funzionale.	14
§ 2. Le peculiarità dell'approccio funzionale alla responsabilità civile: a) l'ampiezza della questione.	16
§ 3. <i>Segue.</i> b) la pluralità dei soggetti coinvolti.	20
§ 4. <i>Segue.</i> c) il raffronto con il passato.	23
§ 5. La necessità di operare alcune precisazioni alla luce di un problema potenzialmente "eversivo".	24
CAPITOLO SECONDO	
LE DEGENERAZIONI DELLA QUESTIONE FUNZIONALE: PROFILI CRITICI	32
§ 1. Prima precisazione: la necessità di individuare correttamente l'oggetto di studio.	32
§ 2. Il giurista e il fascino della sociologia.	35
§ 3. L'utilizzo strumentale della questione funzionale nell'ottica sociologica.	52
§ 4. Erroneità della ricostruzione: a) le problematiche ordinamentali.	53
§ 5. <i>Segue.</i> b) una socialità con dubbie basi assiologiche.	60
§ 6. <i>Segue.</i> c) l'alterazione del contenuto oggettivo di una pronuncia.	66
§ 7. Il problema delle funzioni come questione normativa.	69
§ 8. Seconda precisazione: la questione funzionale tra pluralismo, pluralità e monismo.	73
§ 9. Polifunzionalità indotta vs polifunzionalità ricercata.	77
§ 10. Funzioni o... presunte tali!	84
§ 11. Per un ridimensionamento di una polifunzionalità esasperata.	94
§ 12. Terza precisazione: la comparazione storica.	97
§ 13. Un primo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.	100

CAPITOLO TERZO

L'ANALISI FUNZIONALE IN PROSPETTIVA STORICA: SANZIONE, RIPARAZIONE E DANNI 103

§ 1. La responsabilità extracontrattuale quale “monolite”?	103
§ 2. Le coordinate dell’analisi storica: l’epoca delle moderne codificazioni.	106
§ 3. Le problematicità di una rubrica legis dal sapore millenario.	107
§ 4. Il dolo nel delitto civile: una fattispecie punitiva?	108
§ 5. <i>Segue.</i> Norme di risarcimento e dolo: una conferma della funzione compensativa.	114
§ 6. Pluralità ricostruttive e benefici dei conflitti interpretativi.	118
§ 7. <i>Segue.</i> Il sistema della responsabilità e il “buco nero” della colpa.	120
§ 8. L’annosa questione del danno morale e della sua risarcibilità.	132
§ 9. Le (superabili) problematicità di una nuova categoria: la riparazione pecuniaria.	141
§ 10. Il progetto italo-francese del 1927 e il danno morale: un primo esplicito riconoscimento.	149
§ 11. Il codice penale e il definitivo accoglimento del danno “non patrimoniale”.	155
§ 12. La pubblicazione della sentenza di condanna nel codice penale: un cenno... funzionale.	164
§ 13. Un secondo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.	166
BIBLIOGRAFIA	168

INTRODUZIONE

Il problema delle funzioni della responsabilità civile extracontrattuale, a seguito della nota pronuncia del luglio del 2017, ha indubbiamente vissuto, nei tempi a noi più prossimi, una nuova fase di interesse e, dunque, di ricco e vivace dibattito dottrinale.

Tale interesse, a ben vedere, non si è peraltro rivolto – restrittivamente – solo a quelle tipiche fattispecie legislative che sono state progressivamente introdotte nel panorama normativo nazionale (e che le stesse Sezioni Unite hanno richiamato nel corpo della citata sentenza, pur precisando come tale elencazione non possa considerarsi esaustiva), ma ha portato con sé il (quasi ovvio, per alcuni) obiettivo di un più radicale ripensamento dell’istituto inteso nella sua interezza: la nuova attenzione al tema delle funzioni, quindi, non si è limitata a quella ristretta parte del diritto positivo di più recente introduzione e a cui si è testé fatto riferimento, ma ha finito con l’esercitare – mercé l’opera (e, soprattutto, le tendenze e le preferenze di politica del diritto) degli interpreti – una *vis expansiva* nient’affatto trascurabile.

Ma vi è di più. Il tema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale, oltre a quanto appena osservato, si presenta all’attenzione dell’interprete con tutte le sue peculiari caratteristiche, frutto (o meglio, esito) delle precedenti riflessioni della scienza giuridica: si vuole qui alludere alla progressiva fioritura di “nuove ed ulteriori” funzioni che, nel corso della seconda metà del secolo scorso, sono state individuate e attribuite all’istituto, andando – così – ad insidiare il predominio incontestato della rigida dicotomia tra un risarcimento volto a compensare il soggetto danneggiato per la perdita subita e un risarcimento connotato da tratti punitivi nei confronti del soggetto agente a motivo della riprovevolezza della sua condotta.

Ed è soprattutto a motivo della volontà di rinvigorire la funzione punitiva da ultimo menzionata che l’interprete ha inoltre rivolto il suo sguardo al passato, mettendosi alla ricerca di referenti normativi non più vigenti che potessero consentirgli di instaurare una armoniosa continuità storica al fine di poter giungere ad affermare che la nuova attenzione per l’elemento della sanzione (intesa in senso stretto, e non, invece, in senso lato, e cioè quale “mera” conseguenza giuridica – in termini di effetti giuridici conseguenti al verificarsi di quei fatti resi giuridicamente rilevanti mediante il loro inserimento all’interno, per l’appunto, della fattispecie normativa) non costituisce altro che un benefico “recupero” del diritto.

Tale recupero, inoltre, troverebbe una ulteriore possibile giustificazione e legittimazione (cui si è voluto fare – neanche troppo implicitamente – riferimento mediante l’utilizzo di un ben preciso sintagma) in un ruolo di certo non nuovo, ma da qualche tempo riscoperto e oggetto di sempre maggiore attenzione e di progressiva valorizzazione (nonché di entusiaste adesioni), che alcune correnti di pensiero vorrebbero attribuire al giurista, e cioè la possibilità di procedere alla creazione del diritto dalla magmaticità del fattuale, basandosi su di una presunta valorialità che i comportamenti dei consociati esprimerebbero e che dovrebbe essere considerata quale modalità di produzione del diritto da prediligere e privilegiare rispetto a quelle che, di contro, sarebbero – secondo questa visione – assai più formalistiche (e, pertanto, finirebbero col costituire nient’altro che un impositivo limite al libero fluire della valorialità e dello sviluppo del diritto).

Il tema oggetto di analisi, dunque, alla luce di tutte le peculiarità che sono state sopra sommariamente ripercorse (e sulle quali ci si soffermerà diffusamente nel corso del presente lavoro) non si presta ad essere analizzato senza aver operato alcune indispensabili *precisazioni preliminari* volte, per l’appunto, alla chiara individuazione della metodologia da seguire nell’affrontare lo studio

della questione funzionale della responsabilità extracontrattuale, e ciò al fine di evitare di poter ingenerare la convinzione che la scelta di un simile tema si sia basata sull'intento di offrire ulteriori argomenti a sostegno di letture e ricostruzioni che potrebbero definirsi – da un punto di vista ordinamentale – come “creativamente eversive”.

La prima precisazione riguarda, sulla base di quanto affermato poco sopra, l'oggetto di studio. Quasi banalmente (e il margine di dubbio deriva dalla forte presa di campo della differente posizione cui si è fatto poc' anzi riferimento), si è ritenuto che l'attenzione del giurista non potesse rivolgersi ad altro elemento che al diritto positivo, in ragione del grado di oggettività decisamente maggiore che caratterizza quest'ultimo rispetto a tutti gli altri differenti aspetti ed elementi a cui, di contro, talune correnti di pensiero hanno attribuito preponderanza (ma, in alcuni casi, sarebbe forse meglio parlare di vero e proprio incontrastato dominio).

In quest'ottica, al di là delle più radicali (ma invero, e fortunatamente, sporadiche) manifestazioni di preferenza nei confronti di visioni dall'innegabile sapore metafisiceggianti, è stato il cosiddetto metodo sociologico applicato al diritto privato quello che ha richiesto una più attenta disamina, nel tentativo di fornirne una lettura critica, e ciò per quanto concerne – in special modo – la questione delle funzioni della responsabilità extracontrattuale. Infatti, proprio la nota sentenza sul tema in questione è stata portata a sostegno della nuova metodologia proposta (ma, in verità, come detto, potrebbe addirittura parlarsi di differente visione del diritto e della giuridicità complessivamente intesi), ritenendo che la Corte di cassazione, anche in questo caso (poiché molti altri, invero, sono gli esempi adottati), pronunciandosi nell'interesse della legge e propendendo per una polifunzionalità della responsabilità civile, si sia attribuita un ruolo neanche troppo latamente normativo, siccome la soluzione per cui si è optato sarebbe risultata priva di qualsiasi supporto normativo e basata, invece, sulle peculiarità di singoli casi giudicati meritevoli di *quella* precisa soluzione; casi a cui deve riconoscersi una particolare rilevanza, in quanto chiare manifestazioni di una assiologia socialmente diffusa e nei cui confronti il diritto inteso in senso formale non dovrebbe opporre resistenza.

Prendendo, dunque, spunto da questa peculiare lettura che di tale vicenda è stata offerta, si è colta l'occasione per meglio esplicitare alcune perplessità in relazione a questo metodo, evidenziando quelli che sono sembrati essere gli aspetti maggiormente problematici: il primo inerente la praticabilità ordinamentale di una simile proposta; il secondo concernente l'effettiva rinvenibilità, in termini assiologici, di un *favor* nei confronti della punizione del soggetto agente.

Epperò, prima di addentrarsi nella disamina dei due aspetti problematici, non ci si è potuti esimere dal rilevare – a livello ancor più generale (prescindendo, dunque, dal più stretto collegamento con la vicenda in questione) – come la teoria in questione finisca col manifestare un elemento di intrinseca contraddittorietà da un punto di vista logico: difatti, la presunta bontà che caratterizzerebbe la teoria in relazione a quella tanto decantata maggiore capacità di aprirsi nei confronti del “mondo” (cosa che, sempre secondo tale teoria, i cultori-adulatori del frigido diritto positivo non sarebbero in grado di fare, tutti presi dalla loro attenzione all'astratto paradigma kelseniano della mera validità – dimenticandosi, tuttavia, che, giusrealisticamente, il Kelsen ha dedicato non poche pagine al tema della effettività tanto dell'ordinamento, quanto della legge), risulta poi essere, nei fatti, negata proprio dagli stessi sostenitori della nuova visione, in quanto questi ultimi – pur non potendo disporre, per evidenti ragioni, delle necessarie capacità di analisi, a cavallo tra l'antropologia e la sociologia – ritengono tuttavia di poter compiere in prima persona, senza particolari difficoltà, quelle analisi e quelle ricerche che, per essere effettivamente aderenti alla realtà (e non, invece, frutto di soggettivistici apriorismi dal forte carattere ideologico), dovrebbero essere più correttamente condotte da coloro che siano effettivamente nelle condizioni di compiere tali indagini. In caso

contrario, il giurista-sociologo rischia di proporre come visione assiologica socialmente diffusa nient'altro che *la propria visione del mondo e delle cose e le proprie preferenze valoriali*, ammantandole di un consenso diffuso dall'irresistibile potere nomogenetico (il che, comunque, pone seri problemi nei rapporti di prevalenza tra la cosiddetta coscienza sociale – sempre ammesso che il termine possa essere declinato al singolare – e la morale critica del legislatore che quest'ultimo ritiene di dover positivizzare, eventualmente anche in opposizione ad una morale sociale di differente tenore, poiché, se così non fosse, *essere e dover essere* verrebbero tra loro sovrapposti e integralmente identificati).

Venendo alla problematica di tipo ordinamentale, si è notato come una simile teorica di impostazione sociologica finisca col porsi in insanabile contrasto con la realtà normativa (poiché, se l'attenzione alla realtà dei fatti deve guidare l'interprete, allora tra questi fatti deve necessariamente essere ricompresa anche la *legge vigente* e prodotta in conformità alle modalità stabilite, pena una ideologica e immotivata esclusione), per di più – in questo caso – di rango costituzionale, siccome le modalità dello *ius ponere* sono state individuate con assoluta precisione nel testo fondamentale e, in tale assetto, salvo usurpazioni a vario titolo operate (ma pur sempre illegittime), nessun potere di genuina creazione del diritto è stato attribuito alla giurisprudenza (se non nei limiti della declaratoria di illegittimità costituzionale, riservata, però, solo alla Corte costituzionale) o alla dottrina. E perfino il famoso secondo comma dell'art. 3 Cost. non pare poter essere addotto a sostegno di simili ricostruzioni, in quanto la (certamente innovativa) portata di esso era stata ben delimitata in seno all'Assemblea costituente, in riferimento a quelle che sarebbero dovute essere le modalità operative: la eliminazione delle disuguaglianze di fatto richiedeva comunque, nell'ottica dei costituenti, l'intermediazione della legge intesa in senso formale, non concependosi – proprio in ragione di quella famosa ripartizione delle competenze – un ruolo nomogenetico di altri formanti dell'ordinamento.

A tal fine, sono risultati essere particolarmente utili e interessanti i lavori e le discussioni delle commissioni dell'Assemblea costituente: così facendo, oltre a utilizzare un metodo interpretativo conforme a quanto previsto nel dettato del tanto vituperato art. 12 delle Preleggi, e di cui ci si sarebbe serviti anche nel prosieguo del lavoro, si è potuto constatare come le teorie di più recente elaborazione siano giunte fino al punto di individuare nel testo costituzionale ciò che, di contro, non è in quest'ultimo rinvenibile, e cioè – conformemente a quanto si diceva poc'anzi – concretizzando quel pericoloso rischio di sovrapporre alla *realtà* dei fatti la *visione* propria dell'osservatore. Tale conclusione, oltre che per le ragioni di cui si è dato conto, e che si concretizzano nella maggiore oggettività che il testo può fornire all'interprete (ulteriormente corroborata dalla *intentio legis*), risulta essere apprezzabile anche dal punto di vista logico, non potendosi prendere in considerazione l'ipotesi (appunto del tutto illogica) secondo la quale i costituenti avrebbero sì disciplinato con cura e attenzione le competenze ordinamentali e le vicende della legge (sempre intesa in senso formale), ma tutto – in fin dei conti – non sarebbe particolarmente rilevante, ben potendo il giudice procedere in forma specifica e nel singolo caso alla posizione della regola del caso concreto.

Ciò, per quanto concerne l'aspetto ordinamentale. Ma, come si diceva, anche il merito dell'affermazione secondo la quale le nuove istanze punitive potrebbero godere di un valido fondamento assiologico non sembrano poter essere ritenute meritevoli di condivisione, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Preliminarmente, però, al fine di meglio comprendere quanto verrà osservato, pare rendersi necessario un rilievo chiarificatore.

La teorica in questione, per sfuggire al potenziale tentativo di assimilazione a più risalenti movimenti che hanno manifestato una indubbia simpatia per un diritto creato liberamente dal giudice

nella risoluzione del caso concreto e basato su personali convincimenti e istanze equitative (si allude, ovviamente, alla c.d. *Freirechtslehre*), ha individuato nel portato assiologico costituzionale un elemento da utilizzare tanto “negativamente” (e cioè per prevenire e non dare cittadinanza all’interno dell’ordinamento a valori che si pongano in contrasto con i principi sanciti al massimo livello), quanto “positivamente” (e cioè quale lente attraverso la quale osservare il mondo e i comportamenti dei consociati al fine di individuare la progressiva emersione dei “nuovi” valori che non possono attendere l’intervento della legge scritta per essere applicati concretamente).

Orbene, è proprio prendendo le mosse dal versante c.d. positivo della rilevanza assiologica costituzionale che si è voluta contestare la applicabilità di tale metodo alla questione dei *punitive damages* e, più in generale, delle funzioni della responsabilità extracontrattuale. Difatti, anche prescindendo – per un momento – dal fatto che, perfino tra i più fieri sostenitori della torsione funzionale dell’istituto, non si sia voluto fare riferimento a dati sociologici empiricamente verificabili (siccome gli argomenti sono per lo più incentrati su ragioni quali l’efficienza economica di un sistema contemplante una responsabilità di stampo concorrentemente punitivo, o argomenti di ordine morale/metafisico – latamente inteso – e rinviati alla necessità di punire più severamente l’autore del danno, quasi implicando un presunto e diffuso consenso sociale nei confronti di tale ipotesi), non si è riuscito a comprendere su quali principi e valori contenuti nel testo costituzionale possa affermarsi la necessità di punire il danneggiante: tanto la onnipresente solidarietà sociale (la cui aggettivazione in termini di “inderogabilità” è stata, però, nel tempo, sottoposta ad una vera e propria *interpretatio abrogans*), quanto la altrettanto frequentemente invocata “effettività dei diritti”, non sono parse idonee a fungere da fondamento assiologico per una nuova fioritura della funzione punitiva dell’istituto. Di contro, un valore di segno opposto – chiaramente ravvisabile nel dettato costituzionale – può ben individuarsi in quella avversione per l’idea della punizione fine a sé stessa; valore che, mediante l’esplicito riferimento alla tendenza rieducativa della pena, caratterizza addirittura il settore dell’ordinamento in cui l’idea retributiva della punizione, intesa quale sofferenza per il soggetto agente, ha trovato storicamente uno spazio, e cioè il diritto penale: pertanto, se – positivamente – un valore che deve fungere da lente attraverso la quale osservare sociologicamente i comportamenti dei consociati al fine di ricavarne indici assiologici può essere individuato, questo non potrà essere certamente inteso in senso favorevole alla punizione, ma nel suo esatto contrario.

Passando, poi, al versante di rilevanza “negativa” (o limitativa che dir si voglia) dell’assiologia costituzionale, si è potuto notare come – in questo caso – siano effettivamente presenti dei valori cristallizzati nella Carta e dai quali si può desumere un disfavore nei confronti dell’idea della “punizione”: il riferimento è – quasi ovviamente – a tutte quelle particolari cautele e garanzie che sono state previste, a tutela di ogni singolo soggetto, anche in ambito non penale, quali la necessità di una precisa e non altrimenti ovviabile intermediazione legislativa anche in relazione alle fattispecie legali di prestazioni pecuniarie (in questo caso di tipo sanzionatorio).

All’esito di questa prima parte dell’analisi, si è potuto quindi affermare, senza eccessive remore, che anche la questione delle funzioni della responsabilità aquiliana – pur riguardando una questione di teoria generale dell’istituto – non possa che essere intesa (e, dunque, affrontata) in maniera *schiettamente normativa*: le funzioni non possono essere create dall’interprete *a prescindere* dal dato normativo e sulla base di altri elementi, ma devono essere ricavate dalle disposizioni legislative poste a sistema. Utilizzando una metafora si potrebbe dire che queste ultime non sono un contenitore che può adattarsi al contenuto che l’interprete – per ragioni differenti da quelle giuridiche – vuole inserire in sostituzione del precedente, ma sono esse stesse *contenuto*; un contenuto che deve, certo, essere studiato con attenzione e senza correre il rischio di cadere, anche seguendo questa (ad avviso di chi

scrive, più corretta) metodologia, in facili apriorismi dal sapore fideistico, ma che non può essere sostituito se non seguendo le modalità che l'ordinamento ha a tal scopo stabilito.

La seconda importante precisazione riguarda le funzioni che possono essere attribuite alla responsabilità extracontrattuale.

Il sintagma, declinato al plurale, ha richiesto alcune ulteriori precisazioni che consentissero di chiarire perché il termine sia stato utilizzato in questo senso e, soprattutto, se tale utilizzo possa essere considerato accettabile sulla base di quanto osservato in relazione alla prima precisazione.

La pluralità di funzioni è sembrata essere suscettibile di osservazione sotto tre differenti punti di vista: (i) il primo, in cui più funzioni sono contemporaneamente riconosciute all'istituto e poste tra di loro alla pari; (ii) il secondo, in cui all'istituto è attribuita una funzione principale e le altre funzioni eventualmente riscontrabili rivestono un ruolo c.d. secondario; (iii) il terzo, per cui alla responsabilità sarebbe attribuibile una sola caratterizzante funzione, senza che quest'ultima debba (forzosamente o pacificamente) trovarsi a convivere con altre. Si è, quindi, affermato che, dalla astratta pluralità di funzioni attribuibili legislativamente all'istituto, nella pratica si possa poi riscontrare o – come da ultimo visto – un monismo funzionale, oppure – come nei primi due casi – un pluralismo funzionale (a sua volta declinato in polifunzionalità in senso forte o in senso debole, e ciò a seconda del ruolo gerarchico attribuito alle differenti funzioni).

Orbene, prima di procedere al puntuale esame delle differenti funzioni che sono state progressivamente individuate nel corso del tempo, si è però ritenuto utile soffermarsi sulle modalità con cui la polifunzionalità può essere raggiunta (da un punto di vista teorico, si intende), ritenendo che alcune di queste siano fondate su ricostruzioni tendenti alla valorizzazione delle differenti (a) sfaccettature o (b) potenzialità dell'istituto, così da poter giungere a: (aⁱ) un pluralismo funzionale di tipo “minimalista” e “classico” (e cioè basato sulla compresenza di compensazione e punizione) già ravvisabile fin dalle origini nel sistema legislativo; (aⁱⁱ) un pluralismo funzionale più marcato rispetto al precedente (in quanto tendente ad una vera e propria *poli*-funzionalità) e di tipo “innovativo” (poiché basato – a legislazione invariata – sulle nuove riflessioni della scienza giuridica); (bⁱ) una implementazione delle molteplici funzioni individuabili nell'istituto, ma ritenute non ancora sufficientemente valorizzate; (bⁱⁱ) una individuazione di elementi sulla base dei quali procedere alla attribuzione all'istituto di nuove (rispetto a quelle ricavabili dal dettato normativo) funzioni.

Ed è sulla base di tali rilievi che la polifunzionalità è stata suddivisa tra *indotta* e *ricercata*, volendosi, con questi aggettivi, fare riferimento a differenti atteggiamenti dell'interprete nei confronti del dato positivo: nel primo, pur prendendo le mosse dal testo legislativo, il giurista finisce col concentrarsi eccessivamente su alcune particolarità dell'istituto o di alcune norme (si pensi ai criteri di imputazione o alle differenti tipologie di danno), allo scopo di ricavarne indizi funzionali che, però, risulterebbero non condivisibili alla luce del mancato inserimento nel complessivo quadro normativo; nel secondo, invece, più condivisibilmente, egli tiene in maggiore considerazione la differenza che intercorre tra situazione data e situazione desiderata, non creando (e cioè: facendo dire alla norme ciò che queste, però, non dicono) in autonomia quella polifunzionalità che, per differenti ragioni, si ritiene possa essere auspicabile. In quest'ottica, è sembrato che solo l'ultima modalità indicata *sub* (bⁱⁱ) potesse effettivamente corrispondere ad un *modus procedendi* maggiormente rispettoso del dettato legislativo e, dunque, essere positivamente inquadrata nella (eventuale) ricerca della polifunzionalità, e non sfociare – invece – in una sua imposizione in chiave interpretativa, la quale si porrebbe in contrasto con la ripartizione costituzionale delle competenze a cui è stata dedicata la prima parte del secondo Capitolo.

All'esito di queste precisazioni, sono state analizzate le plurime funzioni (eccedenti addirittura la decina, come ricordato dalla stessa pronuncia a Sezioni Unite del luglio 2017) che, nel tempo, hanno affollato il panorama. Rinviando a quanto più precisamente verrà osservato, si può qui anticipare come la contestazione di alcune delle funzioni presentate come tali sia basata sulla loro eccessiva genericità (si pensi alla responsabilità presentata quale strumento per "rendere giustizia" o per "garantire il valore primario della persona", che nulla dicono sulla funzione dell'obbligazione posta in capo al soggetto agente e da corrispondere al soggetto leso), o – tautologicamente – sulla riproposizione enfatica, quali nuove ed ulteriori funzioni, degli stessi effetti giuridici pianamente riconducibili al contenuto della fattispecie legale (parlare, infatti, di "ripartizione delle perdite" o di "diluizione del carico dei danni" non aggiunge nulla al rilievo in forza del quale si può già affermare che, una volta presa positivamente in considerazione da parte della legislazione mediante la predisposizione di una precisa disciplina normativa, la perdita non rimane lì dove è caduta, e viene quindi ripartita sulla base dei criteri stabiliti dalla legge; senza contare, poi, che la formulazione di tali funzioni sembra rinviare pianamente alla ben nota funzione compensativa).

Ma anche altre funzioni sono state oggetto di critica, potendosi giovare – in questo caso – della ben nota distinzione, autorevolmente proposta in dottrina da Mario Barcellona, tra la funzione di un istituto giuridico, da un lato, e la sua efficacia sociale, dall'altro lato. Difatti, nessuno vuole spingersi fino al punto di negare che la concreta applicazione delle regole di responsabilità possa produrre degli effetti ulteriori rispetto a quello risarcitorio inteso in senso stretto; ciò che non può ritenersi condivisibile è la indebita presentazione di tali *effetti* quali *funzioni*. E allora, anche quegli effetti sulle attività produttive e sulla regolazione del mercato – oltre a sembrare richiedere un ulteriore intervento del diritto pubblico, non potendosi delegare integralmente tale regolazione al diritto privato – non possono assurgere a funzioni dell'istituto per la banale ragione che tali non sono e non possono essere.

Questa distinzione, inoltre, sembra applicabile – conformemente al pensiero di colui che l'ha formulata – anche alla funzione che, negli ultimi tempi, pare vivere una stagione di sempre maggiori successi: il riferimento è, ovviamente, alla funzione deterrente. A tal proposito, non si è voluto negare che l'applicazione delle regole di responsabilità possa generare, nel soggetto agente, il timore di subire le conseguenze economiche negative consistenti nel risarcimento del danno, né si vuole negare che una sanzione possa generare, tanto se applicata da sola, quanto se irrogata congiuntamente alla condanna al risarcimento del danno (e, in quest'ultimo caso, in misura ancora maggiore), un più forte timore tale da scoraggiare il soggetto a comportarsi in determinati modi o a tenere un comportamento ispirato ad un livello più alto di diligenza. Ciò che si è voluto contestare è stata la trasformazione di tale effetto in una funzione dell'istituto, poiché – anche ove si volesse in tal modo procedere – una tale spiegazione nulla ci direbbe circa le finalità che il legislatore ha voluto attribuire, in quel caso, alla obbligazione posta in capo al soggetto che deve corrispondere all'altro una determinata somma di denaro: questa, infatti, o è volta a compensare una perdita subita, o mira a punire il soggetto a cagione di una sua determinata condotta (o, eventualmente e in linea teorica, a svolgere entrambe le funzioni mediante la predisposizione di apposite fattispecie normative), non potendo, però, la deterrenza fornire una soddisfacente spiegazione dal punto di vista funzionale.

Così facendo, si è suggerito di procedere ad una benefica riduzione di quel florilegio di funzioni che, lungi dall'aiutare a comprendere fino in fondo l'istituto, ne ha appesantito l'elaborazione teorica (senza, peraltro, poter riscontrare positivi e apprezzabili vantaggi) e ha finito col legittimare quell'eccesso di sollecitazioni da parte degli interpreti che ha caratterizzato un certo atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza nei confronti della responsabilità extracontrattuale, ingenerando

la convinzione che ogni problema sociale ed economico potesse – alla fine – essere risolto per il tramite di tale istituto.

La terza ed ultima precisazione riguarda lo sguardo rivolto al passato, in chiave di ricostruzione storico-critica. Come si diceva poco sopra, nel tentativo di trovare ulteriori legittimazioni a letture di carattere punitivo della responsabilità extracontrattuale, l'interprete ha orientato la propria analisi anche nella direzione del passato, al fine di individuare specifici e significativi precedenti storici che potessero consentirgli di recuperare un armonioso rapporto di continuità tra l'ieri e l'oggi, su cui fondare siffatta ricostruzione.

Tuttavia, la continuità storica, oltre a non essere mai un *valore* in sé e per sé apprezzabile (ben potendosi contemplare – e infatti non ne mancano, se pure talvolta occultati – casi di discontinuità storiche, anche marcate, che non devono destare stupore o perplessità), nemmeno deve essere forzosamente ricostruita ove non sia effettivamente riscontrabile, pena il ricadere in quella fallacia argomentativa ideologicamente caratterizzata alla cui critica è stata dedicata la prima precisazione su cui ci si è soffermati in apertura del discorso.

Ed è, appunto, in tale ottica, che, nel terzo Capitolo del presente lavoro, ci si sofferma sui precedenti storici del nostro codice civile vigente (nonché su categorie giuridiche differenti dalla responsabilità extracontrattuale, ma che sono state a questa accostate; e ciò tanto all'epoca, quanto nei tempi a noi più prossimi), ponendo il punto di partenza dell'itinerario storico nella prima codificazione unitaria e individuando quello di arrivo nella codificazione penale del 1930, così da porre solide basi documentarie che consentano di potersi concentrare esclusivamente – in un momento successivo della ricerca – sull'opera codificatoria del 1942 e sulle fattispecie legislative extracodicistiche successivamente introdotte nel panorama normativo.

Prendendo le mosse dalla famosissima *rubrica legis* della sezione del codice civile abrogato dedicata ai *delitti e quasi-delitti*, si è ripercorsa, dapprima, la spiegazione romanistica della distinzione tra questi ultimi basata sul differente gradiente dell'elemento psicologico riscontrabile nel soggetto agente al fine di comprendere se la presenza del dolo potesse, in qualche modo, giustificare un più severo trattamento – rispetto a quello previsto nel caso di sussistenza della “semplice” colpa – di carattere punitivo nei confronti del soggetto agente, facendo emergere una (per lo meno concorrente, sulla base dei rilievi sopra svolti in relazione al pluralismo e alla sua necessaria distinzione dalla pluralità) funzione punitiva della responsabilità aquiliana.

Ebbene, ad un simile risultato – nonostante la chiara derivazione giustiniana della nomenclatura giuridica e del fondamento della sua distinzione chiaramente incentrato sull'elemento psicologico del soggetto – non si è riusciti a pervenire in ragione del mancato rinvenimento di elementi idonei a suffragare tale ricostruzione: guardando anche agli immediati precedenti del codice civile del 1865 (e cioè il codice civile albertino del 1837 per il regno di Sardegna¹ e il *code Napoléon*²), si è infatti

¹ Cfr. art. 1488 c.c. 1837: «Alcune obbligazioni nascono senza precedente convenzione, nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di quello verso cui si è obbligato. Le une risultano dalla sola autorità della legge, le altre nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato. Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle dei tutori o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengono attribuite. Le obbligazioni che nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato, risultano o da quasi-contratti o dai delitti o da quasi-delitti. Esse formano il soggetto di questo titolo».

² Cfr. l'art. 1370 *code Napoléon*: «Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre». L'articolo in questione

notato come nella tassonomia delle differenti fonti delle obbligazioni si attribuisse certamente rilevanza giuridica alla massima manifestazione di volontarietà del comportamento, ma ciò avveniva solo con riferimento alla “convenzione” (e cioè il – a noi ben noto – accordo volto alla costituzione, regolazione o estinzione di rapporti giuridici patrimoniali tra le parti), ponendo – di converso – tutte le altre fonti delle obbligazioni diverse da quest’ultima (e cioè il quasi-contratto, il delitto e il quasi-delitto) sullo stesso piano. Alla simmetria ricostruttiva (che tanto piacque ai compilatori del *Corpus iuris civilis* e alla scuola bizantina) caratterizzante la quadripartizione delle fonti di obbligazioni non corrispondeva, dunque, una effettiva distinzione normativa e, di conseguenza, una differente produzione di effetti giuridici: si è potuto affermare, pertanto, che le categorie di provenienza giustiniana erano bensì state conservate nell’opera napoleonica di codificazione, ma – per quanto qui di interesse – avevano interamente perduto (ammesso che l’abbiano mai avuta, come autorevoli studiosi non mancarono di rilevare con precisione e sguardo disincantato) la loro ragione giustificatrice: l’unico elemento soggettivo contemplato all’interno della disciplina codicistica di quelli che oggi siamo soliti chiamare “fatti illeciti” era la *colpa* del soggetto agente, rimanendo esclusa ogni rilevanza del dolo ai fini dell’integrazione degli elementi della fattispecie legislativa.

Questo primo aspetto del nostro percorso ha consentito di rilevare come, essendo stata esclusa una differenza di trattamento fondata su di un elemento inerente al soggetto agente, l’attenzione debba concentrarsi non già sulla punizione di chi ha commesso il fatto, ma sulla compensazione del soggetto danneggiato per le perdite da lui subite.

E, per l’appunto, in relazione all’elemento del risarcimento e alla sua quantificazione, non ci si è potuti esimere dal soffermarsi, seppur brevemente, sulla eventuale rilevanza del dolo all’interno della disciplina dettata a tal riguardo dal codice, e ciò in considerazione dell’esplicita menzione del dolo di cui agli artt. 1228³ e 1229⁴ c.c. abr. Anche in questo caso, alcuni cenni sono stati dedicati alla topografica del codice del 1865, ponendola in raffronto con quella del *code Napoléon* e del codice albertino del 1837, al fine di notare come la codificazione unitaria del 1865 avesse collocato, rispetto a questi ultimi, in una posizione differente le norme dedicate ai delitti e quasi-delitti, e cioè prima di quelle dedicate al risarcimento del danno (mentre nelle due codificazioni comparativamente prese in considerazione queste erano poste dopo le sezioni dedicate al contratto in generale e ai differenti contenuti delle obbligazioni): al di là del sempre invocabile e applicabile (ove sussistano le condizioni) strumento dell’analogia, la diversa collocazione topografica di tali disposizioni avrebbe potuto offrire un ulteriore argomento – stante la mancanza di precisi rinvii alle norme di risarcimento all’interno della sezione dedicata ai delitti e quasi-delitti (differentemente rispetto al modello per cui si sarebbe optato nella nuova codificazione del 1942) – a sostegno della loro applicabilità anche ai fatti illeciti.

Tornando, invece, alla rilevanza risarcitoria del dolo, si è potuto notare come tale elemento fosse sì inserito negli enunciati legislativi disciplinanti la materia, ma in una maniera che non consente di trarne argomenti a sostegno di una presunta funzione punitiva della responsabilità extracontrattuale. In una sorta di *climax* della (ir)rilevanza punitiva dell’elemento soggettivo, la norma dapprima presa

non è più in vigore, essendo stato abrogato dall’art. 4 dell’Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. Le differenti fonti delle obbligazioni sono ora disciplinate dagli artt. 1100, 1100-1 e 1100-2 c.c. fr.

³ «Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l’inadempimento dell’obbligazione non derivi da suo dolo».

⁴ «Quantunque l’inadempimento dell’obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui il medesimo fu privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento dell’obbligazione».

in esame è stata quella in relazione alla quale i dubbi circa la sua applicabilità anche alla responsabilità aquiliana erano decisamente minori, e cioè l'art. 1229 c.c. abr.

Infatti, in tale disposizione, l'eventuale presenza del dolo del soggetto danneggiante era stata espressamente presa in considerazione dal legislatore non già per stabilire delle conseguenze patrimoniali di carattere punitivo da porre in capo al soggetto agente, quanto per parificarla espressamente a quelle situazioni in cui fosse stata riscontrabile "solo" una sua colpa: a prescindere dall'elemento soggettivo, il fattore su cui si sarebbe dovuta concentrare l'attenzione del giurista era costituito dalle conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento/evento lesivo (e, quindi, il pregiudizio subito dal danneggiato), e non dall'eventuale volontà di nuocere del soggetto agente (da reprimersi con apposite sanzioni).

La prima norma menzionata (e cioè l'art. 1228 c.c. abr.) è quella che è sembrata meritevole di essere posta al vertice di quella scala di irrilevanza punitiva, poiché, nonostante – in prima battuta – la presenza del dolo possa sembrare implicare conseguenze risarcitorie più severe per il soggetto inadempiente/danneggiante, l'elemento fondamentale su cui è imperniata la disposizione rimane, anche in questo caso, il danno: in nessun caso, nemmeno in quello in cui il danno sia stato deliberatamente cagionato con l'intento di nuocere, vengono in rilievo fattori diversi dalla perdita subita dal soggetto che ha patito l'inadempimento/danneggiamento. In questo caso, però, la particolarità su cui ci si è voluti concentrare consiste sì nel differente trattamento risarcitorio previsto per i danni cagionati da dolo o da colpa, ma, più precisamente, nella sua operatività "inversa": infatti, in presenza della "mera" colpa, il soggetto danneggiante sarebbe stato chiamato a risarcire solamente i danni prevedibili, rimanendo esclusi i danni imprevedibili (che, però, sempre danni sono); di contro, solo in presenza del dolo sarebbero stati risarcibili tutti i danni subiti, prevedibili e non.

Orbene, al di là della questione inerente all'applicabilità di quest'ultima disposizione anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (conclusione della quale si dubita a motivo delle origini e della *ratio* di una tale regola, e non solo in ragione di una stretta aderenza al metodo esegetico in riferimento alla soluzione normativa attualmente vigente), deve notarsi come, in questo caso, non sia tanto la presenza del dolo a comportare conseguenze deteriori in termini punitivi (certo, il risarcimento sarà prevedibilmente maggiore perché verranno presi in considerazione anche danni che, in presenza della semplice colpa, non sarebbero stati risarcibili, ma si tratta pur sempre del risarcimento di una perdita patita), quanto quella della colpa a limitare le conseguenze dannose risarcibili: in tale ipotesi, pur essendosi verificati danni causalmente riconducibili all'inadempimento, il soggetto leso non riceverà alcuna somma di danaro a titolo di risarcimento in relazione a questi ultimi. Si può rilevare, quindi, come la colpa funga da criterio limitatore delle conseguenze risarcibili e come, invece, il dolo riporti la regola risarcitoria nel solco del soddisfacimento integrale della vittima dell'inadempimento, senza concedere spazi a presunte e concorrenti finalità punitive del soggetto agente.

Successivamente, l'attenzione si è rivolta alla seconda grande spiegazione che la dottrina aveva fornito in relazione alla distinzione tra delitti e quasi-delitti, e cioè quella basata sulla responsabilità, rispettivamente, per fatto proprio o per fatto altrui.

Tuttavia, nonostante il tentativo di offrire spiegazioni di carattere sistematico da portare a sostegno della distinzione, è emerso come, salvo rare eccezioni, tutte le fattispecie normative di responsabilità fossero interpretate in chiave soggettivisticamente colposa: si cercava, cioè, di individuare, anche in quelle fattispecie che della colpa non facevano menzione (e che nemmeno sembravano farvi implicitamente riferimento), un elemento di rimproverabilità in termini soggettivi, siccome si riteneva – sulla scorta dell'adagio jheringhiano "nessuna responsabilità senza colpa" – che il soggetto

responsabile non avrebbe potuto essere condannato al risarcimento in mancanza di un suo comportamento (per lo meno) colposo.

Aspetto interessante di questa parte dell'analisi è stato il riscontro della genuina creazione, in relazione a quelle fattispecie legali appena richiamate, di vere e proprie presunzioni legali (alcune, con riferimento alle più rigorose ipotesi che oggi diremmo, più correttamente, di responsabilità oggettiva, addirittura *iuris et de iure*), senza che – però – la legge nulla disponesse a tal riguardo: l'interpretazione in ottica soggettivistica, dunque, non corrispondeva a quanto previsto dal dato positivo, ma risultava essere una interpolazione ideologica (ed ecco ritornare un elemento sul quale ci si sofferma nelle prime parti del lavoro, di cui si può quindi comprendere ancor meglio l'utilità e la necessità nell'economia complessiva della analisi) delle disposizioni di legge. Si è potuto notare, pertanto, come ad essere caratterizzata in senso punitivo non fosse la responsabilità extracontrattuale, bensì la *visione* che alcuni interpreti avevano di essa; interpretazione sovrastrutturale e alterante di cui si è potuti liberare solo nel momento in cui le disposizioni sono state osservate senza quelle lenti ideologiche – e come tali deformanti – offerte dalla incondizionata (e verosimilmente aprioristica) adesione al dogma (inteso qui nella sua accezione negativa, quale sinonimo di una precomprensione che sfocia nel preconetto, e non già quale feconda sintesi concettuale di una serie di elementi normativi) jheringhiano della colpa.

Nell'ultima parte del terzo Capitolo, ci si sofferma maggiormente sul danno non patrimoniale, in quanto, oggi, quest'ultimo risulta essere la figura su cui gli interpreti si sono soprattutto concentrati, ritenendo che il suo risarcimento costituisca un chiaro esempio di polifunzionalità della responsabilità civile, in quanto, non potendo “compensare” effettivamente il soggetto per la perdita di quel determinato bene, la corresponsione di una determinata somma di denaro può, o al limite deve, assolvere anche ad una concorrente funzione punitiva del soggetto danneggiante.

Il punto di partenza è stato individuato nella accesa disputa circa la risarcibilità di quello che, all'epoca del codice civile abrogato, veniva chiamato “danno morale”, soffermandosi sulle ragioni che la corrente di pensiero contraria portava a sostegno della inammissibilità del risarcimento di un tale pregiudizio ed evidenziando come, in un'ottica tendente alla valorizzazione unicamente delle componenti patrimoniali della sfera giuridica del soggetto di diritto, solo le ripercussioni economiche derivanti da tali lesioni sarebbero state suscettibili di risarcimento.

Tuttavia, il dibattito che si è voluto ripercorrere ha consentito di notare come le argomentazioni sia della corrente favorevole alla risarcibilità di un simile pregiudizio, sia di quella che vi si opponeva, fossero incentrate non tanto sul soggetto danneggiante, quanto sul (per gli oppositori “presunto”) danneggiato: il confronto verteva sulla prova del pregiudizio, sulla sua quantificazione, sulla legittimazione ad agire anche di soggetti non coincidenti con la “vittima primaria”, e non sulle condizioni personali (o patrimoniali) del soggetto agente, siccome queste ultime non potevano (né dovevano) venire in rilievo in una situazione nella quale l'attenzione dell'interprete doveva focalizzarsi esclusivamente sul pregiudizio subito, facendo così emergere una chiara connotazione funzionale – anche in questo caso – in senso compensativo (e non già punitivo).

Nello svolgimento della analisi storica e nella ricerca delle radici del danno non patrimoniale sono state altresì prese in esame alcuni interventi legislativi di portata sistematica che, sebbene non appartenenti all'ambito della codificazione civile, dovevano comunque divenire oggetto di attenzione in quella fase, specialmente nella parte in cui contemplavano una categoria particolare che, ancora in tempi a noi più prossimi, è stata addotta quale precedente storico sulla base del quale poter procedere all'affermazione di una concorrente funzione punitiva in relazione al risarcimento del danno non

caratterizzato dalla patrimonialità: il riferimento è alla figura della riparazione pecuniaria, prevista – all’art. 38⁵ – dall’abrogato primo codice penale unitario italiano del 1889.

Il dettato normativo è stato oggetto di differenti e opposte interpretazioni, la cui disamina si rileva particolarmente proficua per ben chiarire quale fosse la funzione di tale categoria e, dunque, la eventuale continuità storica che potrebbe essere instaurata tra quest’ultima e le odierne disposizioni regolanti la materia.

Orbene, siccome la norma in questione stabiliva che l’autore di reati che avessero offeso l’onore della persona o della famiglia potesse essere condannato, *anche qualora il reato non avesse cagionato danno*, alla corresponsione di una somma di denaro a titolo di riparazione, alcuni studiosi interpretarono tale disposizione alla luce delle riflessioni – precedentemente richiamate – sulla risarcibilità del danno morale: poiché il danno risarcibile era solo quello di tipo patrimoniale, allora anche l’inciso sulla mancata produzione di danno doveva essere inteso come riferito al solo danno materiale, e, di conseguenza, l’art. 38 c.p. 1889 avrebbe contemplato un vero e proprio risarcimento del danno morale patito dal soggetto vittima del reato.

Senonché, giovandoci – come, peraltro, si era già fatto in occasione dell’interpretazione di alcune norme di rango costituzionale – del contenuto dei documenti che avevano accompagnato la presentazione dei progetti legislativi, si è potuto scoprire come i codificatori avessero esplicitamente escluso una interpretazione orientata nel senso della risarcibilità del danno morale: la mancanza di danno era da intendersi quale *totale* mancanza di ogni possibile pregiudizio, incluso quello morale. La somma in questione, dunque, doveva essere considerata quale vera e propria ulteriore sanzione civilistica da irrogare nei confronti dell’autore del reato, senza indebite assimilazioni con la differente figura del risarcimento del danno morale: specularmente a quanto si rilevava poc’anzi, l’attenzione – in questo caso – si sarebbe dovuta concentrare sul soggetto danneggiante, e non – invece – sul soggetto danneggiato. Come si può agevolmente notare, la differenza tra le due situazioni, e ciò anche da un punto di vista schiettamente funzionale, non è di poco momento, trovandosi in presenza di un risarcimento volto alla compensazione, in un caso, e di una sanzione civilistica orientata alla punizione del soggetto agente, nell’altro.

Epperò, tale interpretazione, che avrebbe consentito al giurista di inquadrare correttamente tale categoria e di porla in un corretto rapporto con le altre figure già contemplate nel panorama civilistico, fu pericolosamente insidiata dalla differente lettura risarcitoria: di questa non condivisibile lettura si è potuta trovare traccia nella relazione – elaborata da giuristi italiani – di accompagnamento al progetto preliminare di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, in cui si afferma che la risarcibilità del danno morale⁶ poteva essere ricompresa pacificamente nel progetto normativo, dato che questa era già contemplata anche dalla legislazione italiana (e con ciò facendo esplicito rinvio alla figura della riparazione pecuniaria).

A prescindere dalla interpretazione della categoria in questione, ritenuta non condivisibile da parte di chi scrive, ciò che è nuovamente emerso senza margini di incertezza è stata la caratterizzazione in

⁵ «Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l’onore della persona o della famiglia, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione».

⁶ Cfr. art. 85 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti: «L’obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni materiali e morali, cagionati dall’atto illecito. In particolare, il giudice potrà attribuire un’indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all’onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. Il giudice potrà ugualmente attribuire un’indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del dolore sofferto nel caso di morte della vittima».

senso rigorosamente compensativo del risarcimento che deve essere riconosciuto al danneggiato anche nel caso in cui la lesione abbia riguardato beni non suscettibili di valutazione economica: in tutti questi casi – esemplificativamente (e non tassativamente) indicati nel secondo comma dell’art. 85 della versione definitiva del progetto –, la somma da corrispondere al soggetto leso deve essere intesa e corrisposta al fine di compensare il pregiudizio subito, senza che possa subire indebite contaminazioni (nemmeno concorrenti) di carattere punitivo.

L’esplicita ammissibilità della risarcibilità di questa tipologia di danni contenuta in un progetto che, approvato nella sua versione definitiva al termine del 1927, sembrava destinato ad essere effettivamente recepito per via legislativa dai due paesi latini (e il cui naufragio, riconducibile non solo a ragioni di ordine politico, sarebbe avvenuto in un momento successivo) influenzò anche la assai ravvicinata nuova opera codificatoria penale (il cui progetto preliminare fu presentato nello stesso anno dell’approvazione del progetto italo-francese): infatti, in considerazione del fatto che la legislazione civile avrebbe previsto una ampia e non tipicizzata risarcibilità del danno morale, sarebbe risultato incongruente escluderlo o limitarlo in sede penale. Pertanto, già il non equivoco utilizzo del termine “risarcimento” nella nuova disposizione del codice penale, unitamente ai richiami del progetto italo-francese nella relazione presentata al re unitamente al testo approvato in via definitiva del nuovo codice penale, avrebbero dovuto far chiaramente comprendere come, anche in caso di illecito penalmente rilevante, al risarcimento del danno non si potesse forzosamente attribuire alcun tipo di rilevanza in senso punitivo.

Ma, ove ciò non fosse ritenuto ancora sufficiente, vi è di più. Infatti, sempre fedeli ai documenti di accompagnamento dei testi legislativi (che forniscono un non trascurabile ausilio nella interpretazione delle disposizioni, in conformità a quanto previsto dal troppo criticato art. 12 delle Preleggi), possiamo rilevare come nella relazione al re fosse categoricamente escluso che al danneggiato potessero essere concesse somme ulteriori rispetto a quelle già attribuite a titolo di risarcimento (compensativamente orientato), poiché, secondo quanto si può ivi leggere in maniera cristallina, se non vi è un pregiudizio da risarcire, allora nemmeno vi deve essere un trasferimento di denaro, pena un (inammissibile) soddisfacimento del solo sentimento di vendetta del soggetto leso: la punizione del soggetto danneggiante, dunque, non sembra poter trovare seriamente cittadinanza all’interno della disciplina del risarcimento del danno (perfino di quello non patrimoniale e perfino nel caso in cui il pregiudizio derivi dal compimento di un atto penalmente rilevante). Conseguentemente, un simile risultato non potrebbe mai essere raggiunto, da parte del giurista, forzando non solo il dato legislativo, ma la stessa *ratio legis* (come tale decisiva nella prospettiva sistematica), mercé la sua attività interpretativa, poiché quest’ultima, in tale ipotesi, diverrebbe una indebita interpolazione di un testo legislativo.

Ebbene, all’esito di una non breve analisi teorica di carattere generale, nonché all’esito di un rinnovato tentativo di ricostruzione storica della categoria del risarcimento del danno, della sua funzione (monisticamente declinata al singolare) e dei suoi rapporti con differenti figure, possono ritenersi individuate con sufficiente chiarezza le basi sulle quali poter procedere oltre nella ricerca, in base a quanto già immaginato nel configurare la prospettiva generale del lavoro: in particolare, ci si occuperà della disamina non solo della più ravvicinata (rispetto a quanto in questa sede oggetto di attenzione) disciplina contenuta nella codificazione civile del 1942, ma anche di quelle figure che spesso – forse troppo spesso – sono state poste sullo stesso piano della responsabilità extracontrattuale, generando pericolose confusioni pratiche e, soprattutto, teoriche; confusioni che hanno condotto, per via interpretativo-creativa, al facile (ma per nulla condivisibile) sconvolgimento funzionale dell’istituto della responsabilità aquiliana.

CAPITOLO PRIMO

LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: PROFILI TEORICO-GENERALI

SOMMARIO: 1. L'emersione del problema funzionale. – 2. Le peculiarità dell'approccio funzionale alla responsabilità civile: a) l'ampiezza della questione. – 3. *Segue.* b) la pluralità dei soggetti coinvolti – 4. *Segue.* c) il raffronto con il passato. – 5. La necessità di operare alcune precisazioni alla luce di un problema potenzialmente “eversivo”.

§ 1. *L'emersione del problema funzionale.*

L'utilizzo del termine “funzione”, con particolare riferimento al campo della responsabilità civile extracontrattuale¹, ha finito col costituire – nei tempi più recenti² – una vera e propria cifra caratterizzante³ ogni riflessione che abbia avuto ad oggetto un qualche aspetto⁴ dell'istituto in questione⁵: la lettura funzionalistica sembra ormai costituire pacificamente un dato acquisito

¹ La differenza tra l'ambito della responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale è (condivisibilmente) rilevata da V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, pp. 407-408: «chi si occupa, pure con visione sistematica, di responsabilità per inadempimento di obbligazioni [...] non sembra interessato a porsi la domanda che invece si considera fondante e ineludibile in ogni trattazione della responsabilità extracontrattuale: qual è la funzione della regola di responsabilità?».

² Che il tema delle funzioni della responsabilità civile avrebbe vissuto nuove fortune a seguito della nota pronuncia a Sezioni Unite del 2017 (cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss.) era stato correttamente evidenziato da M. GRONDONA, *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediabile)*, in C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 67: «È allora immaginabile che gli anni a noi prossimi saranno caratterizzati dall'ennesimo dibattito sulle funzioni e sulle frontiere (tanto nobili quanto mobili, per alludere qui a celebri interventi che si ebbero in un recente passato) dell'ingiustizia del danno». L'attenzione per il tema viene rinvigorita, di tanto in tanto, dalle, invero poi non così numerose, pronunce che hanno ad oggetto alla delibazione di sentenze straniere: lo rilevava già D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in EAD. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Napoli, 2012, p. 55 ss.

³ L'importanza (e la modernità) della “questione funzionale” furono ben poste in evidenza già negli anni '80 del secolo scorso da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 165, che attribuì all'analisi funzionale dell'istituto il ruolo di «componente essenziale di una moderna indagine sulla responsabilità civile». Tale peculiare riflessione, che pare essere contraddistinta da un andamento carsico, vive – periodicamente – nuovi momenti di fermento, che contribuiscono a farla ri-emergere dall'andamento ipogeo che caratterizza le fasi di minore attenzione nei confronti dell'istituto. Lo rileva efficacemente C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 912: «Lo studioso che intenda affrontare gli snodi fondamentali del problema della responsabilità civile non può fare a meno di confrontarsi con la questione delle funzioni della stessa, come dimostra la circostanza che su questo specifico aspetto del rimedio aquiliano si ritorni periodicamente e proprio nei momenti di massima vivacità del dibattito sull'istituto». Cfr., più in generale, S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 1: «Temi “classici”, che da lungo tempo caratterizzano l'evoluzione del diritto, per quanto possa apparire sorprendente, si ripresentano periodicamente all'attenzione del giurista con elementi di novità, tali da far mettere in dubbio le conclusioni raggiunte e spingere ad una nuova elaborazione». Si veda anche il rilievo di A. GORASSINI, *Dal danno ingiusto al danno “ingesto”. Oltre il danno punitivo...senza aspettare Godot*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 54: «Per i giuristi della mia generazione sembra trovarsi ancora una volta in piena storia evolutiva dell'istituto della responsabilità civile, segnata negli ultimi 50 anni dagli interventi dirompenti di sentenze della Cassazione che di volta in volta portano ad una “svolta” nella sistemica interpretazione delle norme vigenti [...]». Si sofferma molto sull'influsso della comparazione M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020, pp. 113-115.

⁴ C. SALVI, *Quali funzioni per la responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, p. 138, ritiene che la nuova e più recente vitalità del dibattito sul tema sia stata in parte prodotta dal transito del danno non patrimoniale, operato per via giurisprudenziale, dalla tipicità legislativa ad una tendenziale atipicità.

⁵ Lo rileva, anche se in ambito più generale, G. TERRANOVA, *La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 514: «Per quanto concerne le più recenti tendenze della riflessione

all'analisi e alla sensibilità del giurista dal quale non pare potersi più prescindere, se non a prezzo di una ricostruzione che finirebbe col risultare mancante di un elemento di particolare importanza tanto ai fini della comprensione della natura dell'istituto e delle sue peculiarità, quanto – di riflesso – al fine di una corretta (e, soprattutto, organicamente coerente) applicazione in sede operativa⁶.

L'interrogativo – tanto nei casi in cui sia stato formulato esplicitamente, quanto nei casi in cui sia dato riscontrarne la presenza anche solo che in forma implicita⁷, quasi a mo' di invitato di pietra (e, guardando ai sopra citati tempi recenti, questo sembra accadere proprio in ragione della rilevanza della tematica) – è sempre rivolto alla ricerca di uno o più argomenti (giuridicamente apprezzabili) che possano fornire, nella maniera più soddisfacente possibile, una risposta alla domanda circa la (o le?) finalità che la responsabilità deve andare a perseguire nel momento in cui si procede alla condanna *de quo*: a quale fine mira l'obbligazione⁸ che, in questo caso, il legislatore ha deciso di porre in capo ad un determinato soggetto⁹?

giuridica, è evidente che, col tempo, l'attenzione della dottrina si è spostata dai problemi di carattere strutturale e dogmatico a quelli di natura funzionale ed economica, dalle questioni di metodo ai profili sostanziali della disciplina normativa, dalle categorie generali ed astratte del pensiero sistematizzante alla verifica degli effetti, diretti o mediati, d'ogni singola soluzione legislativa o ermeneutica, nel suo impatto sullo sviluppo dei traffici, o sulla vita quotidiana». Tuttavia, come si avrà modo di precisare più approfonditamente, le visioni evocate non sembrano dover essere viste tra di loro in contrasto, siccome le funzioni di un determinato istituto, lungi dal dover essere necessariamente ricavate in via esclusiva dalla prassi e dalla sua rilevanza economica, possono trovare – anzi – un ben saldo fondamento nell'analisi normativa che restituisca la fisionomia e la sistematicità di un istituto, rivelandone, così, le funzioni (e difatti anche lo stesso A. subito noterà come l'attenzione dedicata al versante pratico non può sostituire una imprescindibile conoscenza di tipo sistematico e concettuale).

⁶ Che una corretta e rigorosa ricostruzione delle funzioni sia necessaria alla successiva verifica dei risultati interpretativi condotti con riferimento a singoli istituti ben lo evidenzia M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 402-403.

⁷ Cfr. M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. contemp.*, 31 luglio 2016, p. 20: «In conclusione può dirsi che il tema dei danni punitivi ha il merito di fare emergere ciò che sta sullo sfondo e che a volte rimane, o viene sospinto, in ombra: il discorso sulle funzioni della responsabilità civile, oggi discorso che merita di essere ripreso e ripensato [...]».

⁸ L'obbligazione risarcitoria non può essere osservata quale elemento a sé stante e chiamato a svolgere delle funzioni differenti da quelle dell'istituto: quella, infatti, è parte integrante di questo (e cioè un istituto che risulta funzionalmente caratterizzato in un preciso senso, che andrà ricostruito) e sarebbe illogicamente contraddittorio affermare che l'obbligazione determinata sulla base degli elementi e della struttura dell'istituto finisca, poi, con l'assolvere a funzioni diverse; di contro, se così fosse, ci si troverebbe in presenza di una discrasia tra responsabilità e risarcimento che sarebbe riconducibile non tanto all'ambito normativo, quanto ad un errore operativo imputabile all'applicatore delle disposizioni legislative. Cfr., sul punto, la netta e condivisibile posizione di C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 791: «Quando poi questa pluralità di funzioni venga argomentata sulla base della distinzione tra funzioni della responsabilità e funzioni del risarcimento, ritenendo solo le seconde ancorate alla riparazione, mentre nella molteplicità delle prime si potrebbe annoverare, ma non in via esclusiva, anche quella riparatoria, si deve dire che *la distinzione tra responsabilità e risarcimento è semplicemente irricevibile*, dato che in diritto civile la responsabilità non è altro che obbligazione di risarcimento del danno, onde le due categorie coincidono perché sono la stessa cosa» (corsivo agg.). L'A. evocato è, come ampiamente noto, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 90: «Anzitutto, sembra necessario distinguere tra il profilo del risarcimento, e quello del giudizio di responsabilità nel suo insieme; e dunque a seconda se il carattere sanzionatorio e la funzione punitiva vengano riferiti al primo, o al secondo». Condivide la distinzione, evidenziandone i limiti che imporrebbe alle potenzialità ordinanti dell'istituto, F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 38: «Uno dei freni all'espressione delle menzionate potenzialità ordinanti è da ricercare nella comune equiparazione tra l'area di operatività del diritto della responsabilità civile e quella del risarcimento del danno». Sul punto, si veda, inoltre, G. VISINTINI, *Che cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2014, p. 11: «Nel linguaggio tecnico giuridico tradizionalmente il termine 'responsabilità civile' evoca l'idea di un danno subito da qualcuno e l'obbligo di ripararlo a carico di qualcun altro. E la riparazione del danno costituisce la sanzione che segue all'accertamento della responsabilità».

⁹ Lo rileva, con riferimento, però, alla nozione di danno (e in senso sbilanciato a favore della fattualità), D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia «tradito»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 562.

Ma, a ben vedere, la domanda, oltre ad essere ovviamente formulata avendo a riguardo una specifica situazione che si presenti come data e in relazione alla quale il giurista deve operare la sua analisi, può essere (e, anzi, è auspicabile che sia) posta anche in relazione alle eventuali modificazioni che, sulla base di ragioni di ordini differenti, vengono progressivamente da più parti invocate (e, specularmente, da altrettante parti, e sulla base di opposte ragioni, respinte): la cifra funzionale che caratterizza l'istituto dovrebbe mutare (con la duplice declinazione in termini di revisione parziale o totale) e assumere una configurazione differente rispetto a quella fin qui attribuitale? È possibile procedere, senza eccessivi sconvolgimenti ordinamentali e sistematici, in questo senso?

Le risposte alle problematiche domande poco sopra formulate saranno oggetto degli sviluppi della presente analisi. Tuttavia, prima di procedere in tal senso, non pare fuor di luogo iniziare a fornire – quasi in via preliminare e, a tratti, tendente al propedeutico – una serie di doverose precisazioni e specificazioni volte a sgomberare il campo da potenziali equivoci e incomprensioni derivanti da alcune peculiarità che connotano la c.d. “questione funzionale”; anzi, l'attività in questione appare financo doverosa, e ciò al fine di non ingenerare nel lettore aspettative che potrebbero finire col rimanere deluse qualora le suddette precisazioni non dovessero essere effettuate.

Ma allora, stanti così le cose, deve essere però compiuto un ulteriore e imprescindibile passaggio: porre in evidenza quelle peculiarità a cui si è voluto fare riferimento al fine di meglio intendere anche il senso delle successive e promesse precisazioni.

§ 2. *Le peculiarità dell'approccio funzionale alla responsabilità civile: a) l'ampiezza della questione.*

Una prima caratteristica del tema potrebbe essere individuata nella sua nient'affatto trascurabile ampiezza. Epperò, in relazione a questo specifico aspetto, deve essere subito compiuta una preliminare e ulteriore partizione che vede duplicemente declinato il fattore poc'anzi menzionato.

Un primo versante di questa prima peculiarità si manifesta nella notevole estensione dei termini in cui la tematica si presta ad essere analizzata, in un'ottica di teoria generale, da parte dell'interprete. Difatti, come è stato autorevolmente notato¹⁰, il discorso funzionale – lungi dal doversi necessariamente svolgere secondo schemi che si potrebbero qui definire “minimalisti” – ben potrebbe estendersi anche ad un livello ulteriore rispetto a quello che a cui si è stati tradizionalmente abituati. Le funzioni della responsabilità civile extracontrattuale, invero, sono state quasi sempre oggetto di uno sguardo primariamente rivolto ad un minimo essenziale che potrebbe essere enucleato nella dicotomia tra la compensazione di un danno e il sanzionare la condotta (o meglio, sanzionare un soggetto a causa – o, più precisamente, in ragione – della connotazione negativa, in un'ottica di disvalore morale e sociale, che si accompagna, qualificandola in senso deteriore, alla condotta) che tale danno ha prodotto¹¹; una dicotomia che, in virtù della sua costante *traditio* da una epoca all'altra

¹⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 37: «Declinare al plurale la dimensione funzionale della responsabilità civile significa “sfidare” un indirizzo consolidato che attribuisce al risarcimento del danno una funzione precipua, quella che – con una disinvolta, ma ormai acquisita, traduzione dal lessico giuridico di *common law* – prende il nome di compensazione».

¹¹ Si veda, ad es., G. VENEZIAN, *Saggio di un manuale di diritto privato*, in ID., *Opere giuridiche*, III, Roma, 1925, p. 18 ss. (paragrafo significativamente intitolato “Sanzioni del diritto positivo”), in cui si evidenzia come «l'osservanza del diritto positivo» sia assicurata per il tramite di quattro differenti sanzioni (da intendersi, come subito emergerà, in senso lato): la prima «consiste nell'*impedimento del torto*» (corsivo orig.), impedimento che «può essere recato con la forza» e che non è «rimesso all'autorità sociale»; la seconda, «quando l'effetto contrario alla norma è prodotto, quando il torto è compiuto», consiste nella sua rimozione, al fine di ristabilire «l'ordine giuridico turbato» (p. 20); tuttavia, siccome in «troppi casi la rimozione del torto è impossibile; o effetti sono stati determinati dal torto, che la rimozione impedisce di estendere, ma non vale ad eliminare», deve «subentrare od aggiungersi alla rimozione un'altra sanzione» che è la «*riparazione del torto*» (corsivo orig.), la cui «funzione principale» è «quella di rimettere la vittima del torto nella stessa

e delle riflessioni e dibattiti che ha suscitato nel tempo, ben potrebbe ambire alla meritata qualificazione in termini di classicità¹².

Solo successivamente si è scelto di innestare su questa linea “minimalista” un ulteriore e più ampio piano di analisi che si è progressivamente volto alla ricerca di funzioni “altre” rispetto a quelle che tradizionalmente hanno goduto – tra varie e alterne fasi – dell’incontrastato predominio di campo e, conseguentemente, del monopolio dell’attenzione dell’interprete. Sovvengono nuove chiavi di lettura dell’istituto improntate alla deterrenza, alla efficienza economica¹³, alla ottimale (con chiara eco paretiana) regolamentazione dei rapporti tra le diverse delle situazioni giuridiche dei privati che si sono trovate (e non in ragione di un atto costituente chiara manifestazione dell’autonomia negoziale) improvvisamente interrelate, alla missione paideutica¹⁴ o correttiva (intesa quale emenda del soggetto agente), alla redistribuzione¹⁵ della ricchezza in una ottica di maggiore giustizia sociale, alla solidarietà interindividuale che ha tratto un innegabile vigore dai (riscoperti e rivalutati, in ambito privatistico) fondamenti costituzionalistici, e così via enumerando.

posizione economica che avrebbe [avuto] se il torto non fosse avvenuto» e (ma questo aspetto sarà ripreso) «può avere una funzione diversa, quella di procurare una soddisfazione per l’interesse offeso che non abbia avuto ripercussioni economiche» (p. 21); da ultimo, vi è la vera e propria “pena” che differisce «dalle altre, perché non ne deriva una soddisfazione per l’interesse offeso, sibbene una sofferenza per l’offensore» (*ibidem*). È interessante rilevare come, per il Venezian, quest’ultima costituisca «la forma primitiva di reazione contro il torto» e «perman[ga], negli stadi superiori di civiltà, come complemento necessario delle altre sanzioni, e [venga] principalmente applicata dove non sono applicabili le altre, o dove l’applicazione delle altre non è sufficiente al perfetto ristabilimento dell’ordine turbato dal torto» (pp. 21-22). Come si può agevolmente notare, tolta la prima “sanzione” di tipo preventivo non riconducibile alla responsabilità civile, le altre tre sanzioni rispondono perfettamente alla citata dicotomia tra compensazione del danneggiato e punizione del danneggiante.

¹² Una efficace e sintetica ricostruzione è contenuta C. CICERO, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. XI, Milano, 2018, pp. 99-100. Un’analisi un poco più estesa è contenuta nel volume di C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 3^a ed., Milano, 2019, pp. 18-32. “Fluttuazioni” funzionali storicamente determinate sono prese in considerazione da M. BUSSANI, *L’illecito civile*, cit., p. 115 ss.; nonché, in maniera prodromica ad una analisi di stampo comparatistico, in S. CARABETTA, *“Punitive damages” e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Torino, 2020, p. 25 ss. Grande attenzione ai mutamenti di prospettiva a cui si è assistito nella seconda metà del secolo scorso è dedicata da E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il punto sui c.d. danni punitivi: la prospettiva civilistica*, in U. PERFETTI (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019, pp. 135-140.

¹³ Per quanto concerne l’analisi economica del diritto, un rinvio obbligato è a G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015. Sulla mancata influenza dell’opera del Calabresi, si veda G. PONZANELLI, *L’attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 294: «Dopo la pubblicazione del libro di Guido Calabresi, il diritto della responsabilità civile nordamericana pare aver preso, però, un corso, sicuramente diverso dai pilastri fondamentali della sua opera, raggiungendo situazioni di *overdeterrence* e di *overcompensation* davvero imprevedibili al momento in cui l’opera fu ultimata»; infatti, «l’approccio seguito da Guido Calabresi, pur dando vita ad un pensiero alto, non è riuscito più di tanto ad influenzare l’evoluzione della giurisprudenza» (p. 295).

¹⁴ Cfr. G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 322, ove si auspica una riforma legislativa, favorita dall’impulso giurisprudenziale più recente, che affermi la natura polifunzionale della responsabilità civile al fine di pervenire ad una uniformazione normativa tra i diversi sistemi; riforma che diverrebbe maggiormente comprensibile qualora si faccia riferimento alla funzione “educativa” dei *punitive damages* degli ordinamenti di *common law*. Fa riferimento ad un “messaggio simbolico-educativo” che la responsabilità civile, ri-orientata verso concorrenti finalità punitive, dovrebbe veicolare A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022, pp. 99-100. Si veda, sul punto, S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 604: «non v’è dubbio che l’orientamento verso la vittima e il danno abbia spogliato il modello della responsabilità civile di ogni funzione di tipo ‘educativo’».

¹⁵ Un cenno alla redistribuzione è contenuto in S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 604. Cfr., sul punto, A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 327: «Attualmente si assiste ad [...] una giurisprudenza che preferisce non farsi guidare da teorie coerenti perché teme di perdere la flessibilità aggiudicativa di cui attualmente gode, ma che tendenzialmente tende a favorire la redistribuzione della ricchezza per guadagnare consenso sociale, trascurando l’obbligo di coerenza complessiva del sistema juris [...]».

Questo ampliamento del campo funzionale, inoltre, è avvenuto in un lasso temporale che, qualora venga posto in raffronto con quello decisamente più esteso che ha caratterizzato la dicotomia a cui si è fatto sopra riferimento e che si è voluto rappresentare in termini di “classicità”, vede una netta sproporzione dell’ultima fase rispetto alla prima, nel senso che molte e nuove funzioni hanno reclamato – mercé l’attività del giurista e l’evoluzione della società di cui egli non voleva limitarsi ad essere un mero osservatore e passivo recettore (accusa che – come noto – viene sovente utilizzata per descrivere l’operato della figura del giurista e, in particolare, di determinati tipologie di giuristi) – uno spazio maggiore e in tempi decisamente più compressi: nuove funzioni dell’istituto aquiliano si sono affacciate su di una scena giuridica che, fino a quel momento, non poteva certo essere considerata affetta da una qualche forma di sovraffollamento e hanno finito col catalizzare l’attenzione in ragione del naturale fascino che la novità porta con sé¹⁶. Va tuttavia rilevato – seppur *en passant* – come la compressione temporale che ha caratterizzato la vicenda dell’emersione delle nuove funzioni abbia imposto ritmi di riflessione assai più veloci rispetto a quelli dei periodi passati, e ciò potrebbe essere andato a scapito non tanto dell’accuratezza (sarebbe ingeneroso e non corrispondente al vero pensarlo), quanto della ponderazione dell’analisi del nuovo materiale¹⁷ e – forse cosa ancor più importante – della ricostruzione del sistema e delle sue (nemmeno più potenziali) ricadute operative.

Infine, nella (a noi assai più prossima) nuova fioritura¹⁸ di funzioni dell’istituto (effettivamente presenti o anche solo auspiccate, ma lo si vedrà meglio in seguito) si è assistito ad una crescente attribuzione di rilevanza – all’interno dell’ambito più strettamente giuridico – ad altre scienze che, con il loro positivo apporto (ad avviso dei sostenitori), avrebbero dovuto contribuire, da un punto di vista generale, ad un profondo rinnovamento dell’*habitus* mentale del giurista e, con specifico riferimento al caso di specie, ad una non irrilevante rivisitazione di tipo innovativo della teoria delle funzioni della responsabilità civile: la scienza giuridica non poteva più rimanere avvinghiata ad una concezione tipica del passato che la voleva ieraticamente disinteressata a (e distaccata da) ciò che non era diritto, ma doveva cercare di cogliere, in un’ottica di vivificazione del diritto, quanto di positivo sarebbe potuto derivare dall’influsso di altre discipline (e basti qui tale riferimento, siccome

¹⁶ Cfr. G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1195: «Aumenta, inevitabilmente, la curiosità collettiva, che sempre è morbosamente attratta dalle novità risarcitorie; e anche i giuristi tronano a chiedersi se a un tale fenomeno [il risarcimento di ingenti somme per danni non misurabili con certezza] corrisponda un mutamento delle funzioni della responsabilità civile nel dubbio sulla qualificazione di un trasferimento a tal punto ingente».

¹⁷ Si è così (parzialmente) verificato lo scenario che era stato tratteggiato con timore da C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996, il quale, prendendo atto dell’aumento della velocità produttiva di un legislatore che diviene “motorizzato” e al cui passo cerca di tenersi anche la scienza giuridica nel commento e nella interpretazione del materiale prodotto (p. 61), auspicava una maggiore consapevolezza, da parte della scienza del diritto, di essere rimasta l’ultimo asilo del diritto, unitamente ad una seria riflessione sull’autentico compito di tutela dell’unità e della coerenza del diritto che rischiano di andare perdute nella bulimia della produzione legislativa (p. 63). Anche questa notazione dovrà essere tenuta presente per meglio comprendere quanto si dirà in seguito: l’attenzione per dati normativi extra-codicistici e l’infatuazione per nuove visioni che consentivano al giurista di dismettere una polverosa e ormai ristretta casacca di epoche precedenti (invero, più caricaturale che reale) hanno portato, nel campo di indagine qui preso in considerazione, ad una errata comprensione dei nuovi prodotti della legislazione, finendo, così, con l’attribuirvi una portata eccessiva.

¹⁸ C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatica e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 697, ha parlato – riferendosi alle ri-letture che hanno interessato gli sviluppi ultimi del discorso funzionalistico – della prospettiva di «un florilegio di funzioni della responsabilità civile». In precedenza, nello stesso senso, già M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 211: «A leggere dottrina e giurisprudenza si direbbe che, nella seconda metà del secolo che si è appena chiuso, la responsabilità civile sia esplosa e che le sue funzioni si siano proporzionalmente moltiplicate».

l'influenza del testo costituzionale su quella porzione del diritto privato che qui ci occupa sarà successivamente oggetto di attenzione).

Nuove funzioni, nuove sollecitazioni e scienze extragiuridiche che si accalcano – a legislazione (codicistica) invariata – su di un istituto che, fino ad allora, aveva sì offerto molteplici occasioni di confronto (e anche piuttosto serrato) su singole questioni che non possono essere considerate di secondo rilievo, ma non aveva vissuto un momento di precipua focalizzazione sul versante esclusivamente funzionale. Ecco la ragione per cui, in apertura, si è voluto porre l'accento sul riguardo sempre maggiore che, nell'attuale periodo¹⁹, si sta riservando alla chiave di lettura funzionalistica: in una ideale ripartizione in differenti fasi degli studi sulla responsabilità extracontrattuale, quella attuale ben potrebbe definirsi “la fase delle funzioni”²⁰.

L'inciso contenuto all'interno del periodo precedente consente di ricollegarsi al secondo versante in cui si articola la peculiarità estensionale del tema funzionale.

Orbene, come accennato, da un lato le disposizioni codicistiche²¹ che si è soliti prendere a riferimento non hanno subito – dall'entrata in vigore ad oggi – significativi mutamenti di carattere formale (sull'aspetto sostanziale ed applicativo – non meno importante del primo – dovrà essere svolta una apposita riflessione) ad opera dei soggetti che siano ordinamentalmente a ciò legittimati (se non, nel complesso e cronologicamente, una pronuncia di parziale incostituzionalità²² e l'introduzione di due soli commi nel contesto di un solo articolo²³ e quale riflesso civilistico – potremmo dire – di un disegno riformatore di matrice genuinamente penalistica²⁴); dall'altro lato,

¹⁹ La scansione delle differenti “periodi” (ma, anche: fasi, stagioni, etc...) della responsabilità civile e delle sue vicende appartiene ormai alla topica della materia. Per alcuni esempi, si vedano: C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2485 ss.

²⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., nota come, esauritasi la fase «delle grandi ricostruzioni dell'istituto [...] attorno ad un presupposto unificante», il discorso funzionale, seppur complesso e articolato, non possa comunque monopolizzare la riflessione sulla modalità odierna di tutela dei diritti: «In quest'ordine di idee, il discorso sulle funzioni della responsabilità civile entra, per così dire, in pieno nel tempo della postmodernità e deve farsi dunque umile, laica presa d'atto della densità ed articolazione delle medesime nel complessivo disegno della tutela dei diritti, che, a sua volta, non può dirsi esaurito nella tutela aquiliana» (p. 920). La suddivisione in fasi differenti è, invero, ricorrente negli studi sulla responsabilità civile: da ultimo, si può rinviare a M. BARCELLONA, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, p. 527 ss.; F.D. BUSNELLI, *Responsabilità aquiliana e diritto giurisprudenziale positivo*, *ibidem*, p. 571 ss.; M. FRANZONI, *Il PIL della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2020, p. 681 ss.

²¹ L'espressione è volutamente formulata in termini maggiormente ampi e privi di più specifica qualificazione settoriale, siccome il dato positivo che deve essere considerato, precipuamente inerente al diritto civile, non manca – come noto – di presentare strette intersezioni con altre opere codificatorie (quale, ad esempio, quella penale): anche su queste ultime – per le parti che risultano essere qui di interesse – dovrà soffermarsi l'attenzione, poiché rilevanti in relazione all'argomento oggetto di analisi e potenzialmente utilizzabili (cosa che è effettivamente avvenuta, ma di questa circostanza si darà successivamente conto) quali elementi idonei a sostenere una determinata ricostruzione dell'istituto aquiliano (*recte*, di una sua particolare fattispecie quale è il danno di tipo non patrimoniale), e ciò proprio in considerazione della loro collocazione in un contesto non civilistico. La considerazione è da ritenersi pacificamente estendibile anche alla normativa penalistica di tipo speciale che è stata progressivamente introdotta nel tempo.

²² Cfr. Corte cost. 29 dicembre 1972, n. 205, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1 ss., che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2054, secondo comma, del codice civile, limitatamente alla parte in cui nel caso di scontro tra veicoli esclude che la presunzione di egual concorso dei conducenti operi anche se uno dei veicoli non abbia riportato danni».

²³ Cfr. art. 7, l. 26 aprile 2019, n. 36: «All'articolo 2044 del codice civile sono aggiunti, infine, i seguenti commi: “Nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa. Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato».

²⁴ Duro il giudizio di M. FRANZONI, *La responsabilità civile e gli ottant'anni del codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 1450: «L'art. 7, l. 26 aprile 2019, n. 36, ha introdotto due commi all'art. 2044 c.c. più per soddisfare le esigenze della partitocrazia che quelle del diritto. Paradossalmente la modifica economicamente più rilevante è stata portata dalla sentenza della Consulta del 1972 [...]».

invece, risultano numericamente assai più consistenti rispetto al primo termine di paragone qui adottato le disposizioni²⁵ che – a torto o a ragione – sono state (e sono tuttora) frequentemente richiamate²⁶ nell’ambito degli studi aventi ad oggetto le funzioni della responsabilità civile²⁷.

Inoltre, va rilevato come questo insieme di disposizioni appartenenti alla legislazione speciale sia costituito da enunciati di tipo normativo che sono stati posti dal *conditor legum* in maniera costante nel tempo: lungi dal condensarsi in un solo momento nomogenetico, l’attività di posizione del diritto è stata progressivamente esercitata in un considerevole arco temporale, finendo così col rivestire un ruolo che – avendo sempre ben presente l’aspetto storicistico poc’anzi menzionato – consente di apprezzare la portata e la rilevanza dell’intervento legislativo qualora si voglia cercare di meglio comprendere come sia stato funzionalmente inteso l’istituto nel corso del tempo²⁸ (e, dunque, anche nel caso in cui la attività normativa debba essere intesa quale indice di un mutamento funzionale – per l’appunto – della responsabilità extracontrattuale).

§ 3. Segue. *b) la pluralità dei soggetti coinvolti.*

Vi è poi un secondo elemento che pare doveroso prendere in considerazione; un elemento che – benché riguardi il diritto nella sua interezza e complessità – pare assumere un ruolo e una importanza non suscettibili di obliterazione in un contesto quale quello delle funzioni della responsabilità civile: mi riferisco al differente ruolo dei formanti dell’ordinamento.

Tuttavia, la questione, così posta, rischia di presentare ancora un alone di indeterminatezza che potrebbe pregiudicarne la rilevanza e sottoporre l’affermazione all’accusa di banale notorietà che troverebbe facile accoglimento qualora si volesse procedere ad una sua critica.

La peculiarità che connota la tematica di cui si tratta in questa sede riguarda la declinazione che il sopra menzionato elemento di ordine generale subisce nel contesto funzionale della responsabilità civile; una declinazione che deve essere letta in termini di influenza dell’elemento ordinamentale – inteso in senso ampio (e cioè non solamente limitato alla ripartizione delle competenze a cui, anche poco sopra, si è voluto accennare, ma altresì comprensivo del *modus* in cui i diversi formanti intendono e – soprattutto – concretamente esplicano il loro ruolo²⁹) – sulla questione di teoria generale delle funzioni della responsabilità civile in un determinato contesto.

²⁵ Si veda, con precipuo riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale, C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 520: «Il riferimento a questa norma [sull’occupazione acquisitiva] consente di aggiungere che all’incertezza del diritto in questa materia, come purtroppo anche in altre del diritto civile, concorre una crescente legislazione settoriale e talvolta criptica, che prevede il risarcimento del danno non patrimoniale (peraltro variamente descritto nelle singole norme) in un numero crescente di ipotesi». La critica riguarda l’erroneo riferimento, in sede di legislazione extra-codicistica, alla categoria del danno non patrimoniale, con il conseguente concreto rischio di deviazioni concettuali e funzionali.

²⁶ Lo rileva puntualmente N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1813.

²⁷ C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2504, rileva come la questione funzionale non debba essere osservata limitatamente al solo versante delle norme speciali introdotte nel corso del tempo, ma investa pienamente anche il sistema disegnato a livello codicistico: «il problema delle funzioni della responsabilità civile (e l’impossibilità di esaurirla in quella riparatoria) non concerne – come parrebbe dall’argomentazione della sentenza [Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.] – solo le norme “speciali”, da essa richiamate [...]».

²⁸ Perplessità sono nutrite da A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, cit., p. 319: «l’inserimento in molti testi legali di numerose ipotesi di responsabilità speciale impedisce alla responsabilità civile di atteggiarsi a sistema coerente e ciò indipendentemente dalle ibridazioni che si possono rilevare in giurisprudenza».

²⁹ Circa le relazioni con il formante dottrinale, si veda la dura critica di R. PARDOLESI e B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 300, i quali parlano di una (invero non poi così nuova) forma di letteratura giudiziaria che si caratterizza per l’eccesso di motivazione: «Si tratta del “trattato

Detto in altre parole: la rilevanza non deriva semplicemente dal particolare punto di osservazione (i formanti ed il loro ruolo) che si è scelto di adottare per compiere una riflessione su di uno specifico argomento (le funzioni della responsabilità civile) che presenta – di per sé solo – un intrinseco interesse (se così si decidesse di procedere, la scelta sarebbe frutto di un giudizio personale che, per quanto apprezzabile o condivisibile, sarebbe però esposto – al contempo – a possibili obiezioni), ma – come detto – dalle effettive modalità in cui i formanti hanno interpretato il loro ruolo³⁰ e i loro reciproci rapporti³¹ nell'affrontare una questione di teoria generale in un contesto storico-normativo

giudiziario”, della sentenza superponderosa che solo *per accidens* sembra esprimere il deciso, cioè la consapevole scelta collegiale. La decisione è, infatti, avvolta nel flusso di pensiero dell'estensore che – *ben oltre l'ansia di mettere a disposizione del lettore tutto ciò che serve alla comprensione della pronuncia* – finisce per sovrapporre alla delibera del collegio un discorso personale, privo di misura ed esorbitante rispetto al caso di specie, perché inteso a ridisegnare il sistema in una chiave che rischia di apparire *autoritativa più che autorevole* (corsivo agg.); ‘genere letterario’ che l'estensore utilizzerebbe perché «mira ad accreditarsi come dottrina», esibendo una «superiore cultura» e finendo «così per imitare la letteratura accademica». Innegabile la rilevanza dell'inciso sulla conoscibilità, da parte di qualsiasi lettore, di tutti gli elementi (oggi troppo spesso laconicamente o lapidariamente riassunti, quasi a mo' di mero e doveroso assolvimento di un obbligo di cui si farebbe volentieri a meno) inerenti alla vicenda giudiziale e utili alla sua corretta comprensione, siccome sono questi ultimi (e non, invece, le tesi dottrinarie o le loro contestazioni) a essere non altrimenti conoscibili [su questo specifico punto, G. GORLA, *Continua: i metodi della ricerca. Il canone della totalità. Incivile est nisi tota lege (sententia) perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*, in ID., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, Roma, 1966, c. 31 ss.]. Uno dei due A. dello scritto citato è successivamente ritornato sul tema (cfr. B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 61), fornendo, in un passaggio che merita di essere riportato, una nuova e ancor più calzante definizione del genere letterario sopra menzionato: «Fiorisce così una “dottrina giudiziaria” che, formandosi in sede impropria e senza le costrizioni proprie della letteratura scientifica, dà luogo ad una “paradottrina” tendenzialmente creatrice non di un precedente di giudizio ma di un precedente di sistema latore spesso di esiti negativi per la razionale organizzazione degli istituti e, in definitiva, per la certezza del diritto (che dovrebbe invece essere l'obiettivo perseguito)» (corsivo orig.). Da ultimo, deve richiamarsi un'affermazione – particolarmente severa – di B. CAPPONI, *Sul «Ministero della giurisprudenza»*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 249: «In ogni sezione della corte c'è almeno un grande fantasista, un one-man-show che si conduce da giudice monocratico (e forse dobbiamo aspettarci, prima o poi, il giudice monocratico in Cassazione, quale ultimo ed estremo esito della cameralizzazione) e in tale veste somministra motivazioni in cui esibisce qualità ben superiori a quelle richieste al consigliere-operaio, uso allo smaltimento e al respingimento». Sul tema, una ulteriore (imprescindibile) lettura da segnalare è quella di R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 1/2019, p. 53 ss. Sullo “stile” e le modalità di redazione delle sentenze (nonché sui possibili motivi posti alla loro base), è da richiamare il graffiante contributo di P. CENDON, *La motivazione della sentenza e le divagazioni del giudice: il caso dei fatti illeciti*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 38 ss.

³⁰ In aggiunta a quanto si è avuto modo di esporre nelle note immediatamente precedenti, è opportuno richiamare un illuminante saggio di M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 246, ove si nota come la giurisprudenza tenda, nei periodi storici in cui si trovi priva di *auctoritas*, «a scimmiettare chi quell'*auctoritas* possiede» (e cioè la dottrina), esprimendosi «come se scrivesse saggi, in luogo di quei professori che la tengono in non cale e ai quali, quindi, vorrebbe sostituirsi, senza evidentemente poterlo [...]». Questo atteggiamento, però, produce solamente l'effetto di «sminuire ulteriormente quella modica misura di *auctoritas* che comunque residua in favore della giurisprudenza», poiché «non si può vincere una guerra di posizione combattuta internamente al campo avverso»: infatti, «mentre sono piuttosto numerosi i casi di opinioni dottrinali che hanno condotto a mutamenti di giurisprudenza, sono rarissimi i casi di persistenza giurisprudenziale ce abbiano prodotto un allineamento della dottrina (non me ne sovviene neanche uno)» (p. 247). Queste parole dell'illustre A. andrebbero lette e rilette spesso, soprattutto nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

³¹ C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., prendendo le mosse dalla parte motiva dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione circa la delibabilità di pronunce straniere contenenti condanne ai c.d. *punitive damages* (Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, p. 909 ss.), non ravvisa, sul punto, particolari criticità: «In particolare, lo sviluppo motivazionale dell'ordinanza sembra, ancora una volta, dimostrare che la storia dell'ultimo trentennio della responsabilità civile non si presta davvero ad essere descritta secondo il canone – che di recente è stato proposto in dottrina [...] – dello straripamento dell'istituto, consumato essenzialmente attraverso l'applicazione di una dogmatica incontrollata ed un ribaltamento di ruoli tra dottrina e giurisprudenza» (p. 918). Di contro, e con riferimento al formante legislativo, G. PONZANELLI, *Le Tabelle Milanesi, il danno da premorienza e la Corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2022, p. 82 vede una cassazione «sempre più *lawmaker*». Del medesimo avviso R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno resp.*, 2022, p. 16: la Cassazione, «dopo aver assunto il ruolo di *forerunner*, un tempo appannaggio degli *scholars*, viaggia a vele spiegate verso quello di *lawmaker*». Seppur in diverso ambito, sembra censurare l'atteggiamento della

quale quello che si è voluto sopra delineare con specifico riferimento al fattore della duplice ampiezza estensionale.

La questione non pare essere di poco momento. Infatti, il duplice ampliamento a cui si è fatto più volte riferimento è stato utilizzato da alcuni giuristi – teorici e pratici – per ricavare elementi argomentativi con cui poter procedere all’operazione, sull’immutato contesto codicistico di cui si è detto poco sopra, di interventi di tipo teorico concernenti la questione di teoria generale delle funzioni della responsabilità extracontrattuale³²: l’influsso di scienze extragiuridiche che vivevano momenti di indubbio successo (e fascino sul giurista) e la proliferazione di disposizioni legislative extra-codicistiche (a cui si è attribuita – a torto o a ragione, lo si vedrà – una forza espansiva sul versante teorico) hanno contribuito a ingenerare – in molti, ma non in tutti – l’opinione che anche l’istituto codicistico non potesse non risentire dell’influsso di quanto era oramai avvenuto; un influsso che avrebbe determinato un “mutamento funzionale” che avrebbe consentito alla responsabilità extracontrattuale di continuare a regolare in maniera soddisfacente, in un differente contesto socio-economico, le vicende in quest’ultima sussumibili.

Così facendo, si è lasciato intendere – più o meno esplicitamente – che la precedente elaborazione³³ e spiegazione funzionale fosse ritenuta non più idonea³⁴ (in quanto astrattamente ideata e concretamente strutturata in una epoca ormai lontana se osservata da questo particolare punto di vista³⁵) e che, quindi, dovesse cedere il passo, in un modo o nell’altro (espressione che deve essere intesa nei seguenti termini: o per il tramite dell’attività di posizione della legge o, in mancanza di questa, mediante l’intervento di altri formanti³⁶), a più moderne concezioni che avrebbero dovuto

giurisprudenza U. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Jus civile*, 2021, p. 641: «La giurisprudenza più recente, tuttavia, sembra spingere oltre la rilevanza del potere assegnato all’organo giudiziale, aderendo all’idea per cui, ogni qualvolta il giudizio coinvolga il minore, bisogna valutare in concreto il suo interesse al fine di risolvere il conflitto, anche in quelle fattispecie in cui il bilanciamento sia già stato considerato in astratto dal legislatore».

³² Lo rileva anche G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008, p. 706: «Dunque legislatore e giudici si contendono in campo e, come si è osservato, quel che non deve accadere è la confusione dei ruoli. Può stupire la centralità che ha assunto la giurisprudenza in questo settore negli ultimi decenni. Come si è osservato i giudici hanno completato e innovato il sistema con un mezzo spesso diverso dall’analogia».

³³ Secondo P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115, si «impone la deconcettualizzazione della materia e l’individuazione di nozioni di portata innovativa e adeguate alla realtà odierna».

³⁴ Così, circa l’atteggiamento del formante giurisprudenziale, G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 33: «La giurisprudenza – ma in questo caso assai confusamente – lancia pertanto alcuni segnali che rivelano tutta l’insoddisfazione per il metodo tradizionale di riparare il danno». Anche C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, p. 34 ss, ragionando sulle ragioni di interesse per l’istituto straniero dei *punitive damages*, si sofferma sul disagio del giurista interno dovuto ad una angustia monofunzionale della responsabilità extracontrattuale. Si veda anche C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, in D. BIANCHI e M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020, p. 12, ove la auspicata implementazione delle funzioni della responsabilità civile trova origine nella presa d’atto della inadeguatezza della tutela risarcitoria in alcune particolari circostanze.

³⁵ Si sofferma sul punto F. DI CIOMMO, *Valori e funzioni della responsabilità civile nell’epoca del post-turbocapitalismo*, in *Danno resp.*, 2021, p. 143. Fa riferimento alla necessità di ritornare criticamente sulle funzioni della responsabilità civile, ma in un modo differente da quello cui si è sempre fatto ricorso, S. ROMANÒ, *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, in S. TROIANO e M. SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Diritto, cambiamenti e tecnologie nel dialogo italo-tedesco*, Napoli, 2022, p. 132: «I tempi sono ormai maturi per riscoprire il pensiero di Thon, e, più in generale, per ripensare le funzioni della responsabilità civile disancorandosi definitivamente dalla delibazione dei *punitive damages* nordamericani».

³⁶ L’argomento, invero non poi così originale, sembra essere una vera e propria cifra caratterizzante delle riflessioni sulla responsabilità extracontrattuale. Si veda, anche se non con riferimento al tema delle funzioni, P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 851: «La sensazione è quella di una giurisprudenza costretta a fronteggiare nuove esigenze risarcitorie attraverso il puntello di un piedistallo teorico invecchiato e traballante».

influenzarne l'applicazione nella direzione di una vivificante attualizzazione: l'intenzione era quindi declinabile nel duplice proposito di mantenere e salvare la crismale forma legislativamente data all'istituto e, di pari passo, andare ad incidere direttamente sulla sostanza (per riprendere la nota distinzione: a disposizioni invariate, si sarebbe dovuto assistere ad una nuova configurazione delle norme).

§ 4. Segue. c) il raffronto con il passato.

Un terzo punto di interesse ha ad oggetto l'aspetto della comparazione storica. Nello svolgimento del discorso e dello studio funzionale, alcuni tra gli interpreti – a più riprese – hanno rivolto lo sguardo non solo al diritto positivo vigente, ma – nel tentativo di individuare storicamente le finalità che sottostanno a (e informano il) contesto legislativo di riferimento – anche a complessi normativi non più in vigore e che, in quanto a vario titolo riconducibili all'attuale apparato legislativo, sono stati ritenuti meritevoli di attenzione.

Senza voler ancora prendere posizione (in quanto tale atteggiamento costituirebbe una apodittica e aprioristica scelta che si presterebbe – anch'essa – a possibili critiche) tanto – da un punto di vista generale – sulla praticabilità, rilevanza ed estensione di una simile metodologia di ricerca, quanto – da un punto di vista particolare e nel merito – sugli esiti a cui una simile ricerca potrebbe condurre, deve però rilevarsi, *in limine*, come una simile metodologia di analisi sia andata assumendo, specie nel periodo più recente, una dimensione crescente e mirante alla ricerca di un argomento di tipo storicistico da portare a sostegno delle tesi sostenute: sintetizzando, si potrebbe dire che l'interprete, dopo aver studiato l'istituto così come disciplinato e sistematicamente strutturato in un determinato periodo storico, voglia andare a verificare come (ma, prima ancora, se) la responsabilità extracontrattuale abbia subito, nel corso del tempo (o meglio, all'esito delle modificazioni legislative intercorse), dei mutamenti che non fossero solo il mero riflesso di particolari contingenze a cui si è deciso di dare cittadinanza all'interno di un determinato *corpus* di disposizioni (circostanza alla quale, in definitiva, non si potrebbe nemmeno attribuire una portata degna di rilievo nel momento in cui si voglia prestare attenzione alla sistematica dell'istituto³⁷), ma un non equivocabile segnale di un

³⁷ Come si era già avuto modo di notare in altra sede [cfr. L. OLIVERI, *Responsabilità medica e pandemia: una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, in D. COLONNA, L. OLIVERI e S. ZERBONE (a cura di), *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza*, Genova, 2022, pp. 142-143], non sembrano convincenti quelle proposte di riforma avanzate in epoca pandemica (cfr. M. PETRINI, intervista a C. Cupelli e G. Travaglio, *Responsabilità medica e Covid-19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020) che auspicavano l'introduzione (fortunatamente poi non verificatasi) di nuovi articoli (nella fattispecie, un art. 2045 *bis* e un art. 1218 *bis*) al fine di tutelare maggiormente gli operatori sanitari che si fossero trovati a far fronte a situazioni oggettivamente eccezionali (quali, appunto, quelle a cui si è assistito durante l'emergenza sanitaria a tutti nota): la ragione è individuabile nel fatto che un simile intervento, ispirato e dettato da esigenze momentanee destinate ad una progressiva riduzione e fisiologica cessazione, sarebbe andato ad inserirsi in un contesto normativo che, secondo la tradizionale e condivisibile visione, deve disciplinare – conformemente alla sua vocazione alla durevolezza nel tempo sempre tendente al massimo grado – la generalità delle situazioni, e non singoli e puntuali eventi (ancorché di particolare rilevanza e gravità, per i quali sembra maggiormente confacente l'utilizzo della legge di tipo extra-codicistico). Sembra seguire quest'ultima metodologia legislativa E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *Questione giustizia*, 10 aprile 2020. Sulla differente qualità dell'intervento legislativo emergenziale rispetto a quello ordinario, in ambito contrattuale, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, p. 5. In generale, circa la difficoltosa produzione di materiale legislativo in contesti eccezionali, si veda R. PARDOLESI, *Frammenti di responsabilità sanitaria ai tempi del contagio*, in *Jus*, 2021, p. 112: «Legiferare sull'onda dell'emergenza è cosa ancora più complessa e delicata, perché, nell'ansia concettualmente bulimica di perseguire un obiettivo ritenuto essenziale nel contesto specifico della crisi che tutto ottunde, si rischia (di far enorme confusione e viepiù) di non valutare nel loro complesso i costi/benefici dell'intervento». Sulla stessa (condivisibile) linea si colloca A. D'ADDA, *Pandemia e modelli «dogmatici» di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 451 ss., il quale – dopo aver rilevato, in via generale, che «è bene non

effettivo e più profondo cambiamento³⁸ funzionale da poter spendere quale ulteriore argomento a sostegno della ricostruzione che viene effettuata con specifico riferimento al materiale legislativo di cui attualmente si dispone.

§ 5. *La necessità di operare alcune precisazioni alla luce di un problema potenzialmente “eversivo”.*

I diversi elementi caratterizzanti la questione delle funzioni della responsabilità extracontrattuale che si è cercato di lumeggiare poco sopra non devono essere ritenuti indipendenti l'uno dall'altro (quasi come se fossero, secondo la nota espressione, delle monadi prive di finestre), poiché, qualora si dovesse procedere in questo senso, si finirebbe con l'obliterare non tanto la rilevanza del singolo elemento, quanto la stretta interrelazione (e, quindi, la reciproca influenza) tra tutti gli aspetti menzionati (fino a giungere alle conseguenze di tipo pratico che la differente configurazione di tali rapporti produce). Ed è proprio questa fitta rete di relazioni e influenze reciproche tra i vari elementi che deve essere sempre tenuta ben presente dall'interprete per comprendere – secondo quanto appena detto – come la attribuzione di un erroneo grado di rilevanza e cogenza ad anche uno solo di questi elementi possa influire negativamente sui medesimi aspetti degli altri, nonché – in definitiva – produrre effetti distorsivi dell'armonia complessiva di quel quadro ricostruttivo in cui tutti i menzionati elementi devono bensì essere tenuti in considerazione e valorizzati, ma secondo precisi contenuti e rapporti relazionali che favoriscano la creazione di un ordine sistematico che possa giovare (e non essere di ostacolo) nell'analisi del tema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale.

Orbene, provando ad operare una sintesi puntualizzatrice che renda maggiormente concreto quanto appena affermato in termini generali, si potrebbe dire che i vari elementi della riflessione funzionale

“piegare” in una logica di eccezionalità» snodi cruciali del diritto civile «in ragione della spesso carente qualità delle tecniche normative “dell'emergenza”» che non consente «un adeguato adattamento sistematico di tali interventi» e rischia, invece, di rendere tale interventi «di incerta traduzione operativa» (pp. 452-453) – afferma, nel merito, che le proposte di intervento legislativo avanzate da più parti (in termini di scriminanti o cause di giustificazione) siano non solo «discutibili sul piano tecnico e dell'opportunità», ma anche «operativamente ridondanti» (p. 455). Sulla possibilità (nonché opportunità) di procedere ad interventi normativi in relazione agli eventi verificatisi durante la pandemia, si veda la posizione di G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020 (in particolare, p. 8 ss.), ove si ritiene che, tra le “classi” di ipotetici futuri contenziosi, alcune potrebbero essere regolate in maniera soddisfacente dalla normativa codicistica e speciale già contenente la disciplina della materia, mentre altre potrebbero richiedere un intervento legislativo che, ex art. 2 Cost. (sul quale si tornerà più oltre, e proprio con riferimento alla sua applicabilità “diretta” nel contesto pandemico), attribuisca, in determinati casi, una indennità che verrebbe ad essere una «sorta di riconoscimento monetario che, pur escludendo la ordinaria responsabilità della struttura sanitaria, indica la volontà della comunità tutta di mettere a disposizione di quella particolare categoria di danneggiati una somma di denaro, in adempimento dei doveri di solidarietà sociale costituzionalmente rilevanti [...]». Opta per una soluzione indennitaria U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I e II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1768 ss., e *ivi*, 2021, p. 62 ss. Sulla proposta si era già avuto modo di esprimere qualche riserva nel già citato L. OLIVERI, *Responsabilità medica e pandemia: una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, cit., p. 138 ss., a cui ci si permette di fare nuovamente rinvio.

³⁸ Da una prospettiva storica e più generale, merita attenzione la riflessione di F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1699: «Che cosa lascerà definitivamente questa legislazione, cessate le contingenze che l'hanno determinata, nel diritto dei vari Stati e del nostro in particolare? Tutta potrà scomparire, come un corpo di leggi temporanee? o in parte?»; «Il problema dunque preliminare che s'impone di fronte a codesta legislazione è quello di stabilire se e in quale parte l'assetto di vita istauratosi e affermatosi in questi anni si voglia consolidare o abolire» (p. 1701). Ritorna sul tema anche F. FERRARA SR., *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, cit., p. 1731: «Il problema che invece io mi propongo è di scrutare, se in tutta questa congerie legislativa noi abbiamo da fare esclusivamente con provvedimenti d'eccezione, con anomalie dettate dalla necessità ed opportunità del momento, od invece a canto ed insieme ad essi, vi siano pure principi di diritto comune, applicazioni di concetti più generali, e talora germi di un diritto nuovo che si matureranno nel lontano avvenire». Si può altresì osservare quanto contenuto nella prima parte dell'analisi di G. FAGGELLA, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 345 ss.

sopra individuati (*sub specie* del menzionato grado di rilevanza e cogenza) e le loro relazioni e reciproche influenze potrebbero, ove non correttamente intesi, influire negativamente – e anche in maniera piuttosto incisiva – su alcuni rilevanti aspetti del ragionamento giuridico quali: (i) la individuazione dell’oggetto di studio su cui l’interprete deve concentrarsi al fine di trattare in maniera adeguata il problema funzionale (contribuendo, in questo modo e allo stesso tempo, anche alla precisa circostanziatura di cosa si intenda qualora si faccia riferimento alle funzioni della responsabilità extracontrattuale); (ii) la conseguente individuazione del metodo di studio da applicare³⁹; e, a cascata, (iii) la ammissibilità ordinamentale e sistematica degli esiti di un approccio funzionalistico che, se non correttamente impostato fin dal momento iniziale del suo svolgimento sulla base dei due aspetti appena menzionati, potrebbe rischiare di assumere configurazioni teoriche non rigorose e non condivisibili e, di conseguenza, pericolosi risvolti applicativi.

Quest’ultimo rilievo circa il terzo aspetto non par essere fuor di luogo. Difatti, la riflessione funzionale, pur collocandosi su di un livello dello studio giuridico improntato ad una maggiore tensione teorica e in una fase della cultura giuridica che non vede più il ruolo dell’interprete asfitticamente ridotto a quello di un mero esegeta (per dirla con Chironi, “la scuola per il foro”⁴⁰), non è nemmeno limitata – ovviamente – al solo versante teorico⁴¹ destinato a non produrre concreti

³⁹ Da ultimo, si veda A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 654, ove, con riferimento al tema delle categorie e della loro presunta “crisi”, ben si evidenzia come il metodo sia fondamentale, poiché «modificare il metodo modifica l’esito».

⁴⁰ Cfr. G.P. CHIRONI, *Il “metodo” nello studio del diritto civile a proposito di un lavoro sulla colpa*, in ID., *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914, p. 8: «La scuola francese [...] col suo sistema d’indagine ci dà la *pratica* del codice civile, ed a questo suo processo sono ispirati quasi tutti i lavori che in Italia si sono venuti pubblicando sul codice civile. Insomma, da noi, come in Francia, si studia in generale, si scrive per quel che riguarda l’applicazione, si pensa che la scuola debba avere a principale obiettivo il foro: la pratica più che la scienza. E questo è un male [...]» (corsivo orig.). Infatti, è «anzitutto necessario studiare il codice non per i soli bisogni del foro, ma in sè stesso, nei suoi principii; e nelle disposizioni che contiene, ed in quelle che si hanno in altre leggi speciali ad esse correlative, formare anzitutto la teoria. Il foro non è tutto per la scuola: questa deve spaziare nelle regioni alte e serene della scienza, indagare la ragione degli istituti giuridici [...]» (*ibidem*). Il testo citato era apposto, quale Prefazione, alla 1^a ed. del volume sulla “Colpa contrattuale” e «ristampar[lo] qui [nella 2^a ed.] non parve cosa necessaria, e neppure opportuna, essendo al tutto inutile l’affaticarsi a discutere del metodo di fare, quando appunto occorre si faccia [...]» (p. 13). Le ragioni di questa mancanza vengono indicate, dallo stesso Chironi, nella Prefazione della 2^a ed. della “Colpa contrattuale” (da ultimo citata), ove l’Autore dovette precisare le sue precedenti affermazioni, siccome la formula “la scuola per la scuola” «andava certo oltre l’intendimento voluto: chi scriveva non suggeriva (e la condotta del mio stesso lavoro era sufficiente a dimostrarlo) di trascurare nello studio del diritto il movimento della pratica giudiziaria, ma di abbandonare nella ricerca scientifica quel metodo che restringendosi a chiosare la legge coi cosiddetti “casi pratici” riesciva soltanto a isterilire la fonte viva, [...] rimpicciolendo [...] il criterio giuridico» (*ibidem*). Sulle critiche che suscitò la citata Prefazione e sulla disputa dottrinale alla sua base, si veda B. DUSI, *L’opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 25, che evidenzia come alla chironiana espressione “la scienza per la scienza” fu contrapposta, da parte di Gianturco e Venezian, quella di “la scienza per la vita”. Circa il nuovo metodo della civilistica italiana dell’epoca e l’affrancamento dai risultati degli studi condotti in altri ordinamenti, si può fare riferimento a ALF. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant’anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 298: «La nuova scuola italiana di diritto civile si afferma appunto nell’indirizzo preconizzato dal Gianturco, dal Chironi e dal Polacco. Usando del metodo sistematico, condotto dai giuristi tedeschi a squisito grado di perfezione, i civilisti italiani di questo periodo si guardarono dal formalismo eccessivo e dalle astruserie metafisiche della dottrina tedesca; è merito della scuola italiana l’aver accoppiato all’uso delle generalizzazioni e della sistemazione, lo studio dell’elemento sociale del diritto, una visione più netta della funzione pratica della giurisprudenza». Sul punto, deve essere richiamato anche G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, p. 182.

⁴¹ È sotto questo aspetto che dovrebbe essere valorizzata la differenza (che si avrà modo di rilevare in seguito) tra la riflessione sulle funzioni della responsabilità civile e la delibabilità di sentenze straniere contenenti condanne ai c.d. *punitive damages*. Cfr. A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, cc. 2630-2631: «Nondimeno, ci vuol poco per rendersi conto che il problema (dell’importazione) dei danni punitivi sia dimensione destinata a rimanere, tutto sommato, di margine (di quelle che catturano l’attenzione dei teorici del diritto, senza sconvolgere le abitudini dei pratici). I casi di richiesta di *exequatur* per pronunzie d’oltre Atlantico [...] sono statisticamente ridotte di numero [...]».

effetti nella pratica⁴². In quest’ottica, sono proprio i possibili risvolti in punto di applicazione del diritto⁴³ all’esito di una analisi ricostruttiva che vede la presenza delle menzionate particolarità – e che, però, non sia stata adeguatamente (e, soprattutto, chiaramente) indirizzata e circostanziata nelle sue premesse – che potrebbero contribuire ad ingenerare la convinzione che la concentrazione sul versante funzionale della responsabilità civile non sia altro che la manifestazione di una modalità (neanche troppo astrattamente) qualificabile come “eversiva” di approccio allo studio dell’istituto: intervenire – più o meno dichiaratamente, ma sempre consapevolmente – sugli elementi essenziali della riflessione teorica (quali, come sopra detto, l’oggetto di studio e il metodo applicabile) tramite una loro riconfigurazione alterativa che trovi fondamento (e, soprattutto, giustificazione) nelle citate peculiarità verrebbe così a costituire una via con cui sarebbe possibile – a legislazione invariata – andare a modificare gli esiti operativi dell’applicazione dell’istituto⁴⁴, consentendo, allo stesso tempo, di poter presentare una tale rimodulazione strutturale del ragionamento (che però si caratterizza per il fatto di essere ideologicamente orientata) quale positivo progresso⁴⁵ per la scienza giuridica⁴⁶.

⁴² Bisogna, dunque, cercare di evitare quanto contenuto nella simpatica immagine di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 947: «i pratici comprano libri, ma li mettono negli scaffali: e non dico che facciano male, perché quando i pratici [...] si mettono a leggere quei libri e credono, perché sono stampati, che debbano dire qualche cosa di giusto o, per lo meno di serio, fanno correre alla pratica dei gravissimi rischi, onde è molto meglio che quei libri rimangano intonsi negli scaffali». Soccorre, allora, l’ammonimento di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 62: «Se ogni scienza, ormai, si propone il quesito dell’utilità (sia pure sistematica) dei concetti che elabora e dei postulati che introduce (e questo è il minimo pratico della ricerca scientifica), la giurisprudenza, se lo deve proporre *a fortiori*. Una distinzione giuridica che non sia legata ad esigenze di ordine pratico, immediate o remote, non è soltanto inutile, nel senso più lato, ma porta ad una errata conoscenza [...]»; e, poiché «la scienza giuridica ha un suo valore teoretico», «non può sottrarsi al rigore metodologico di una scienza» (p. 63).

⁴³ Sperando, in generale, in un positivo ritorno ad una situazione quale era quella descritta da J.H. MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: l’interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 377: «Parlando realisticamente, il diritto in Italia è in gran parte quello che gli studiosi dicono che sia. [...] Il valore vincolante della loro opera è formalmente nullo; la loro autorità effettiva è grande». Ma, si badi, l’autorità in questione deriva da un serio e rigoroso studio interpretativo e ricostruttivo dei concetti (e non sulla base di affascinanti teorie basate su visioni del mondo o credenze filosofico-metafisiche).

⁴⁴ Per fornire un termine di paragone che sia maggiormente noto al lettore, si potrebbe instaurare un parallelismo con quanto si verificava all’epoca in cui il danno di cui all’art. 2043 c.c. era ritenuto “ingiusto” solo qualora avesse leso un diritto soggettivo assoluto: come noto, a seguito del verificarsi di un fatto produttivo di un danno il cui risarcimento non voleva essere escluso per mancanza del requisito della positiva verifica di una situazione giuridica assoluta, la soluzione prescelta fu quella di una sana creazione, al massimo livello tra le situazioni giuridiche, di un vero e proprio diritto. E che il percorso logico-argomentativo non fosse condivisibile (oltre che non normativamente fondato, aggiungerei oggi) lo rilevò P. SCHLESINGER, *La “ingiustizia” del danno nell’illecito civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, cit., p. 2899, parlando di una «autentica inversione logica» che portava ad «affermare l’esistenza di tali diritti soggettivi proprio per giustificare la risarcibilità dei danni arrecati con la lesione di quei beni».

⁴⁵ Si caratterizza per encomiabile moderazione la posizione di C. SCOGNAMIGLIO, *L’influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1796, che, pur auspicando una forte e pregnante rilevanza delle esigenze e ai problemi della vita materiale per non far correre il rischio al diritto di trasformarsi in un «gioco di logica algida ed autoreferenziale», invita a non assumere decisioni «dimentiche del vincolo che all’interprete deriva dal sistema normativo».

⁴⁶ Si veda la lettura di un noto contributo dottrinale fornita da G. TARELLO, *Discorso assertivo e discorso prescrittivo nel linguaggio dei giuristi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1967, pp. 432-433: «Un altro esempio, forse ancora più significativo anche se troppo lungo, potrebbe reperirsi nell’articolo di Renato Scognamiglio, *Il danno morale* [...] che ha per oggetto la tanto giustamente criticata norma dell’art. 2059 c.c. la quale circoscrive il risarcimento dei danni non patrimoniali ai casi espressamente previsti dalla legge [...]. Lo Scognamiglio, anziché limitarsi a criticare, conia un nuovo concetto costruttivo, quello del “danno personale”. Il discorso procede così: 1) *Si invocano esigenze di giustizia sostanziale*; 2) si nega valore alle “definizioni del legislatore” e si accusa di genericità la locuzione “non patrimoniale”; 3) si osserva che l’art. 2043 parla di “danno” e non di “danno [a questo punto, nello scritto, è presente un “non”, che, però, sembra costituire un mero errore materiale] patrimoniale”; 4) si afferma che il codice nulla dice sul “danno personale” che viene al contempo distinto dal “danno non patrimoniale” e dal “danno morale” [...]; 5) si conclude che è risarcibile anche il “danno personale”, che pur essendo non patrimoniale è tuttavia diverso dal “danno morale”» (corsivo agg.). La ricostruzione fornita rende particolarmente confacente l’utilizzo dell’esempio in questione, siccome – ma lo si vedrà meglio in seguito

Provando ad abbandonare, per un momento, la visione problematicamente “negativa” e ad adottare un filtro di osservazione “positivo”, si potrebbe dire – per meglio esplicitare quanto affermato – che il tema delle funzioni e le (per certi aspetti, nuove) peculiarità a cui si è fatto riferimento non costituiscono – per loro intrinseca natura – un problema a cui il giurista deve guardare con sospetto o diffidenza (anzi, potrebbero essere visti quale terreno d’elezione in cui svolgere riflessioni di tipo teorico tutt’altro che prive di interesse⁴⁷ anche in ragione della vastità dei fattori suscettibili di inclusione); il problema, a ben vedere, sorge proprio nel momento in cui la tematica e le sue particolarità dovessero essere affrontate: (i) rivolgendosi (ed ecco che entra in scena l’interprete e il modo di intendere il suo ruolo) ad oggetti di studio che esulano dal tema poiché non sono quelli su cui dovrebbe soffermarsi in via principale il giurista (e, poco oltre, ci si soffermerà – a fini concretamente dimostrativi – su di una ben nota vicenda); oppure, nonostante la corretta individuazione dell’oggetto di studio di cui al punto precedente, (ii) adottando una metodologia ricostruttiva che porti l’interprete a fraintendere i termini in cui affrontare l’analisi del problema (si pensi – senza voler qui anticipare nulla di quanto verrà detto in seguito – alla confusione o alla indebita sovrapposizione del piano delle funzioni della responsabilità con quello delle *ragioni* che hanno spinto il legislatore ad attribuire una determinata configurazione ad alcune delle fattispecie che fanno parte di un istituto); oppure, nonostante la corretta individuazione dell’oggetto di studio e l’applicazione di una adeguata metodologia interpretativa e ricostruttiva di cui ai due punti precedenti, (iii) contaminando il ragionamento giuridico con elementi extragiuridici⁴⁸ introdotti arbitrariamente dall’interprete sulla base di valutazioni e giudizi di valore che potrebbero riguardare tanto (a) il prodotto⁴⁹ dell’attività interpretativa condotta su di un piano generale⁵⁰ (e cioè inerente al risultato

– non è possibile sovvertire, ancorché sulla base di motivazioni che potrebbero ritenersi astrattamente condivisibili da un punto di vista di politica legislativa, una precisa scelta normativa in cui era pacificamente ravvisabile una chiara *ratio* di limitazione del risarcimento dei danni di tipo non patrimoniale: procedere diversamente sulla base di una lettura critica del dato legislativo (e cioè, come si dirà subito oltre nel testo, in termini di mancanza di condivisibilità assiologica dei risultati ottenuti in sede di applicazione del diritto) rischierebbe di costituire una forzatura di quest’ultimo, indebitamente trasformando, così, un *posterius* operativo in un *prius* interpretativo e ricostruttivo.

⁴⁷ Lo nota C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 914: «La considerazione dell’aspetto funzionale dell’istituto della responsabilità civile [...] ha sempre rappresentato uno dei punti di osservazione privilegiati attraverso i quali sviluppare qualsiasi ricostruzione dell’istituto [...]».

⁴⁸ Cfr. A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 648: «il giudice “crea” quando, occultando lo scarto logico (altrimenti la decisione non sarebbe accettata), introduce elementi extra-giuridici camuffati da elementi giuridici o fa scartare il ragionamento, che devia dalla linea (più) logica apparendo però motivato» (corsivo orig.).

⁴⁹ Cfr., sul punto, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1980, p. 39 ss.

⁵⁰ N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, cit., p. 1825, evidenzia come i problemi circa la tenuta del sistema nascano nel momento in cui le concettualizzazioni della responsabilità civile vengono tradotte in regole operative che, unitamente al riferimento (“ormai immancabile”) al principio di effettività, paiono volte alla attribuzione di un nuovo significato ai medesimi enunciati normativi (percorso a cui «l’interprete ricorre quando giudica inappagante l’attuale sistemazione di un determinato istituto e vuole giustificarne un’uscita dal suo alveo, prodromica ad una risistemazione»), richiamando, però, l’attenzione, subito dopo, sulle «eventuali controindicazioni» di un simile procedimento modificativo del sistema. Tuttavia, nella prospettiva di chi scrive, è proprio l’apertura alle modificazioni sistematiche (e, in questo caso, funzionali) derivanti dalla influenza della “operatività” a non sembrare pienamente condivisibile (e questo a prescindere dalla posizione assunta dall’A., che si caratterizza per una assai apprezzabile cautela e che non pare certo rivolta alla demolizione o allo svilimento del sistema): le funzioni attribuite alla responsabilità civile, costituendo il fondamento dell’istituto in grado di renderne la spiegazione ultima, devono essere ricostruite, come si dirà meglio in seguito, sulla base di uno studio sistematico del materiale legislativo disponibile proprio per evitare che, anche nelle occasioni in cui le regole operazionali pongano l’interprete di fronte a problemi particolarmente complessi o nuove esigenze, si rischi di perdere di vista la connotazione funzionale e, dunque, cedere alla tentazione di pericolose deviazioni (e, in questa circostanza, il mutamento sarebbe davvero eccessivamente radicale in ragione dell’elemento sul quale andrebbe ad incidere, e cioè le funzioni).

che si ottiene mediante la interpretazione in astratto⁵¹), quanto (b) il risultato che deriverebbe dalla applicazione alla fattispecie concreta, mediante il meccanismo della sussunzione, del prodotto interpretativo ottenuto in astratto a fini decisionali nell'ambito della risoluzione di una controversia⁵². Il tutto – giova ribadirlo – con esiti applicativi potenzialmente sconvolgenti.

Pertanto, si può affermare che uno studio di tipo teorico sulle funzioni della responsabilità extracontrattuale manifesti *ab origine* la necessità di quelle premesse più volte evocate (e invocate) per un duplice ordine di ragioni: (i) in primo luogo, diverrebbe così possibile comprendere in maniera corretta le peculiarità a cui si è fatto riferimento in apertura senza cadere in due possibili errori di segno opposto (e cioè intenderne erroneamente la rilevanza e la portata, oppure – cosa ancor meno commendevole – obliterarle totalmente all'interno della ricostruzione, pregiudicando così la completezza di quest'ultima); (ii) in secondo luogo, si eviterebbe che l'approccio funzionalistico possa essere inteso quale semplice *posterius* (non tanto espositivo, quanto logico-ricostruttivo⁵³) di un *prius* ideologico-creativo⁵⁴ dell'interprete che si caratterizza per una attenzione primariamente

⁵¹ Sul punto, si veda G. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 394-395. Deve essere altresì richiamato R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2011, pp. 15-18; 33-37.

⁵² Il rinvio va nuovamente alle parole di A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 648: «perché i giudici creano? [...] spesso, nei casi difficili, lo scarto [logico] è intenzionale. Il giudice crea (intrufolando materiale extra-giuridico, facendo scartare l'argomentazione) perché non è soddisfatto dell'approdo *secundum legem*, e allora magari con le migliori intenzioni fa dire alla legge quel che non dice, coprendo lo scarto con artifici argomentativi» (corsivo agg.).

⁵³ Mette a nudo il problema R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 235, il quale, in relazione alla componente descrittiva della teoria ermeneutica dell'interpretazione, evidenzia come – tra le congetture tipicamente ascrivibili al processo mentale di interpretazione (del giudice) – vi sia quella per cui «la giustificazione della decisione (la motivazione), e in particolare delle scelte interpretative, sia nulla più che la razionalizzazione *ex post* di valutazioni morali (in senso ampio): il giudice *prima* decide il caso secondo giustizia, *dopo* cerca la disposizione normativa idonea, opportunamente interpretata, a giustificare la decisione». In linea generale, per meglio rendere l'idea di quanto affermato nel corpo del testo, si può osservare quanto contenuto in N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1129: «è il caso che assegna significato alla regola e che viene valutato, nella chiave appunto del bilanciamento, nei termini di una mediazione che trova nel testo normativo *solo un semplice punto di riferimento argomentativo*» (corsivo agg.). Di quest'ultimo aspetto si possono trovare ampie tracce nella produzione post-bellica di Calamandrei: cfr., ad es., P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, pp. 584-585; nonché ID., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, *ivi*, p. 607. Anche P. CENDON e L. GAUDINO, *Il suicidio e la responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 107 ss., tendono a attribuire rilievo allo svolgimento di alcune vicende concrete (e al *decisum* finale) per individuare «un'area all'interno della quale la responsabilità civile eserciti funzionalmente una signoria esclusiva, dispiegando i suoi effetti non solo sul piano reintegratorio, ma anche su quello sanzionatorio/preventivo» (p. 110). Orbene, in alcuni casi, il giudicante potrà certamente aver dato ingresso (e magari anche esplicitamente) a esigenze punitive nel suo percorso decisionale, ma ciò non deve ingenerare la convinzione che la decisione concreta possa influire sulla funzione dell'istituto, la quale – come meglio si tenterà di dimostrare nel prosieguo – deve essere ricavata dal materiale normativo, e non altro: questo per la banale, banalissima ragione che l'errore non è mai un argomento.

⁵⁴ Si sofferma sulla erroneità di uno studio funzionale svolto prima ancora di soffermarsi sul dato positivo C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 165: «l'analisi degli aspetti funzionali [...] pare debba indirizzarsi – nei limiti in cui tale distinzione sia possibile – piuttosto come conseguenza della ricostruzione sistematica e operativa dell'istituto, che come presupposto di essa» (come si avrà modo di rilevare *infra*, l'unico aspetto che non convince dell'affermazione riportata riguarda il riferimento al versante operativo in relazione al tema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale). Si veda anche il rilievo critico di M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., p. 213: «Ma è anche chiaro che questo, di escogitare sempre nuove funzioni della responsabilità al fine di agevolare un ingresso al rimedio aquiliano che le funzioni prima ad esso assegnate rendessero problematico, non sembra proprio un buon metodo. Codesta attenzione alla funzione potrebbe sembrare un'apertura della dommatica giuridica ad approcci funzionalistici al diritto e alla sua interpretazione. Ma, in realtà, rimane semplicemente un espediente retorico, la posizione di una premessa del ragionamento nella quale sono stati previamente introdotti i presupposti delle conclusioni che ci si propone di raggiungere». Da ultimo, all'interno di una pregevole analisi critica (cfr. F.A. BENATTI, *Un diritto privato neofeudale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, p. 82 ss.), sono stati messi in evidenza i rischi potenzialmente derivanti dalla forzatura, da

rivolta più alle conseguenze⁵⁵ applicative⁵⁶ che, per l'appunto, al rigore teorico⁵⁷ (nei termini sopra meglio delineati) della analisi (con i conseguenti rischi di “rigetto” sistematico – per così dire – che ne deriverebbero)⁵⁸.

E poiché, oltre a quanto appena esposto, deve rilevarsi – richiamando un autorevole insegnamento – come anche l'attività del pensiero sia incontrovertibilmente dominata dal principio di responsabilità⁵⁹, pare quindi doveroso, per non sottrarsi a questa necessaria auto-assunzione di responsabilità⁶⁰, procedere con le precisazioni che sono state solo genericamente richiamate al fine di meglio specificarne il contenuto ed evidenziare l'utilità nell'economia del presente lavoro.

parte della giurisprudenza, della struttura e delle funzioni della responsabilità civile per il perseguimento di obiettivi politici che richiederebbero, invece, un intervento del potere legislativo: quest'ultimo, infatti, è l'unico in grado di operare una scelta chiara e un bilanciamento che, di contro, la giurisprudenza, focalizzata sul particolare, non è in grado di effettuare (pp. 87-88).

⁵⁵ Per questo motivo non convince l'attenzione al dato statistico mostrata da M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 269-270 (specialmente a p. 270: «Nel discutere sulle funzioni proprie alla responsabilità civile senza disporre di dati accurati alto è il rischio di praticare facili generalizzazioni, incapaci di setacciare – e, a maggior ragione, di spiegare – le articolazioni e gli strati del giuridico»).

⁵⁶ Sembra questa, se non ci si inganna, la linea di D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia «tradito»*, cit., pp. 556 e 562. Cfr. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 198: «Ancora una volta (e con riferimento ad un tema di frequentissima emersione nelle vicende giudiziali) si è rotto il meccanismo tradizionale di riferimento alla categoria e questa viene costruita *a posteriori* in funzione degli interessi concreti da proteggere». Una spiccata attenzione alle esigenze sociali concrete è presente in M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei “risarcimenti punitivi”*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 52: «non ci dovrebbero essere dubbi che la legittimità ordinamentale della funzione sanzionatorio-punitiva e dei “risarcimenti punitivi” è variabile dipendente dall'assetto generale della responsabilità civile; quest'ultimo è tale non perché costruito in un certo modo dal legislatore di ieri o di oggi, ma perché risponde ad un'esigenza sociale che, nel momento in cui sia ravvisabile, deve ottenere una risposta proprio dall'“esperienza giuridica” [...]». Si vedano, però, le considerazioni, che muovono da un noto (e controverso) caso giudiziario, di F.A. BENATTI, *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 57: «In tali ipotesi emerge come non sia la qualificazione della fattispecie a determinare il risarcimento applicabile, ma è la preferenza per una liquidazione sanzionatoria che porta ad un certo inquadramento giuridico». La stessa A. (cfr. EAD., *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *giustiziacivile.com*, 24 maggio 2017, p. 11) ha altresì rilevato come, in quegli Stati degli Usa che hanno visto l'introduzione di *caps* ai danni punitivi, sia aumentato l'ammontare del risarcimento attribuito per i danni di tipo patrimoniale: «Tale aumento conferma gli studi di natura psicologica che rilevano come il giudice o la giuria nel procedimento decisionale abbia in mente una somma determinata e modula le voci di danno in modo da poterla liquidare in quella dimensione. Una volta riconosciuta la funzione sanzionatoria essa viene attuata comunque attraverso gli strumenti a disposizione del giudice». Da ultimo, ritorna sulle condanne risarcitorie che, però, mascherano, nei fatti, vere e proprie sanzioni A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, cit., pp. 78-80.

⁵⁷ «È cattivo giurista, e poco rispettoso del diritto positivo (inteso come ordinamento vigente, al cui interno ci si pone), quello che propone [...] costruzioni dogmatiche astratte ed unilaterali, rispetto alla realtà dell'ordinamento»: così M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 137-138.

⁵⁸ Si veda la riflessione sui rimedi di P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 4: «Una “categoria” dei rimedi, ricavabile dal diritto positivo, se fosse possibile costruirla, si rivelerebbe del tutto inutile. La tematica va affrontata, piuttosto, *in chiave funzionale, rifiutando rigidi schemi*» (corsivo agg.). Ma, ancora, p. 8: «Il rifiuto dei tentativi di concettualizzazione e una prospettiva assiologico-funzionale possono indurre a definire rimedio ogni strumento idoneo ad attuare un interesse. Questo non soltanto ne giustifica la previsione ma ne offre altresì la misura: la tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti deve sempre essere adeguata ed effettiva». Sembra ben sintetizzare questo procedimento un'espressione di L. TULLIO, *“Crisi” dell'abuso del diritto e suoi rilievi applicativi*, in *Annali Sisdic*, 4/2019, p. 104: «nel ricercare il senso e la costruzione giuridica dello specifico problema egli [il giurista] dovrà non limitarsi ad individuare il rigido schema legislativo, ma applicare al regolamento d'interessi in esame quella normativa ricavata alla luce di un'interpretazione che sia assiologicamente conforme alle scelte di fondo del sistema, rivolta ad adeguare la ‘realtà giuridica’ alla ‘realtà sociale’».

⁵⁹ Si vedano le parole di S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità in generale*, in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2011, p. 951: «Anche il pensiero, che è azione, è dominato dal principio di responsabilità. In nessun caso, infatti, manca una scelta iniziale, dalla quale dipende il successivo orientamento: il pensiero dogmatico ha come fondamento l'atto (di fede, più che di semplice pensiero), che costituisce la decisione responsabile del soggetto».

⁶⁰ Infatti, «ci facciamo (noi stessi, dunque, in quanto agenti,) responsabili dell'avere posto e dell'avere realizzato il fine, cioè dell'avere agito (o soltanto pensato). L'uomo è potenzialmente una fonte inesauribile di responsabilità,

esattamente come fonte inesauribile di azione, e diviene responsabile, o è permanentemente responsabile per tutto il suo *agere*, cioè per tutto il suo operare e pensare nel quale si realizza»: così S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità in generale*, cit., p. 959.

CAPITOLO SECONDO

LE DEGENERAZIONI DELLA QUESTIONE FUNZIONALE: PROFILI CRITICI

SOMMARIO: 1. Prima precisazione: necessità di individuare correttamente l'oggetto di studio. – 2. Il giurista e il fascino della sociologia. – 3. L'utilizzo strumentale della questione funzionale nell'ottica sociologica. – 4. Erroneità della ricostruzione: a) le problematiche ordinamentali. – 5. *Segue.* b) una socialità con dubbie basi assiologiche. – 6. *Segue.* c) l'alterazione del contenuto oggettivo di una pronuncia. – 7. Il problema delle funzioni come questione normativa. – 8. Seconda precisazione: la questione funzionale tra pluralismo, pluralità e monismo. – 9. Polifunzionalità indotta vs polifunzionalità ricercata. – 10. Funzioni o... presunte tali! – 11. Per un ridimensionamento di una polifunzionalità esasperata. – 12. Terza precisazione: La comparazione storica. – 13. Un primo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.

§ 1. *Prima precisazione: la necessità di individuare correttamente l'oggetto di studio.*

Il primo passo che bisogna muovere per tracciare le coordinate in base alle quali si procederà in seguito attiene, quasi ovviamente, all'oggetto di studio.

Orbene, a tal riguardo, non può non condividersi quella linea di pensiero che vede nel diritto positivo consegnatoci dai soggetti legittimati a porlo nel rispetto delle regole e della struttura ordinamentali il primario oggetto di studio da parte dell'interprete. A questo punto, però, qualcuno potrebbe subito rilevare la banalità e ovvietà (e, quindi, inutilità) della precisazione: verso cos'altro mai potrebbe volgersi lo sforzo riflessivo di un giurista che si voglia occupare del diritto civile se non quegli enunciati aventi carattere normativo che ambiscono a disciplinare i rapporti tra i privati?

Ebbene, il rilievo può bensì essere banale e praticamente scontato, ma – va notato – se si è sentito il bisogno di effettuarlo è forse perché, all'interno della riflessione giuridica (e vedremo se e come un simile atteggiamento trovi proiezione nello studio delle funzioni dell'istituto della responsabilità extracontrattuale), si è progressivamente concesso uno spazio (e, soprattutto, una incisività) sempre maggiore a fattori schiettamente extragiuridici (ad esempio, per limitarsi ai casi più noti, la sociologia¹, l'economia² e, qualora si sia caduti preda di furori metafisiceggianti³ o, peggio,

¹ G. STOLFI, *Persona umana e norma civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 507, rileva: «devo però notare che negli ultimi anni si è venuta palesando fra i più giovani colleghi una singolare inquietudine circa la maniera di studiare il diritto civile e il modo di ricostruire il sistema [...]», «come se noi dovessimo per forza diventare noti al pubblico o comunque popolari, alcuni giovani, alcuni giovani colleghi ricorrono alla sociologia ed alla economia politica perfino allo scopo malcelato di sovvertire l'assetto odierno della società».

² Cfr. L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, I, Milano, 2011, p. 265: «L'analisi economica ha comunicato alla dottrina giuridica modelli di razionalità, sapere empirico e sussidi tecnici che hanno contribuito ad affrancarla dal dogmatismo e a indirizzarla verso nuove interpretazioni e concettualizzazioni sistematiche più rispondenti all'evoluzione delle strutture socioeconomiche, specialmente nelle materie dei contratti e della responsabilità civile».

³ P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, cit., p. 869, parla di «un mutamento radicale di prospettiva che obbliga a profondi ripensamenti circa il ruolo del giudice o, più in generale, del giurista: ieri impegnato a sfogliare leggi e repertori, oggi chiamato a chiedersi, prima di tutto, che cos'è l'uomo». Per quanto concerne tempi meno recenti (e in diverso settore disciplinare), si veda, inoltre, P. PIOVANI, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1963, p. 79: «Se noi così vediamo l'essenza del filosofare, non può sorprendere il nostro rifiuto della concezione che fa del filosofo del diritto nient'altro che un giurista concettualmente perfezionato. Per noi, il "filosofo del diritto" in senso stretto nemmeno esiste: filosofo del diritto è il filosofo che medita sull'attività giuridica come su una delle attività che fanno umano l'uomo: è filosofo del diritto in quel suo meditare su quel tema e per quel tanto che vi mediti; ma non potrà filosoficamente meditarvi se non sappia inserirlo in una sua integrale concezione della vita». Ma, allora, sarebbe forse da richiamare un insegnamento di Tarello, sintetizzato assai efficacemente dall'allievo R. GUASTINI, *Giovanni Tarello e la*

utopisticisti, la “giustizia”⁴ – per di più, ma non potrebbe essere altrimenti⁵, variamente o variopintamente declinata, non potendosi seriamente pretendere di attribuirle un contenuto che possa essere tenuto giuridicamente in considerazione) che dovrebbero invece vedere radicalmente ridimensionata la loro influenza non tanto in termini assoluti, quanto in termini relativi.

Bisogna intendersi, dunque, su almeno tre distinte questioni: (i) la qualificazione del dato positivo quale oggetto necessariamente primario dell’attenzione; (ii) la relazione che tale oggetto può (o deve, lo si vedrà) intrattenere con altri elementi che non siano caratterizzati dalla giuridicità che, invece, connota il primo; (iii) le ragioni (anche se, come si vedrà, sarebbe forse più appropriato parlare di motivi⁶) che hanno spinto l’interprete ad intervenire – alterandolo – sul fisiologico rapporto di cui al punto precedente.

La puntualizzazione vorrebbe evidenziare come non si stia sostenendo, in questa sede, una assoluta e puristica⁷ (oltre che anacronistica e, per certi tratti, forse financo astorica) esclusione dal campo

“Scuola di Genova”, in *Lo Stato*, n. 16/2021, p. 130: «La filosofia analitica non è una “filosofia” nel senso tradizionale [...]. Anzi si oppone fermamente a quel modo di filosofare che consiste nel blaterare dei massimi sistemi e/o pretendere di attingere, oltre le scienze, alla essenza ultima del mondo. La filosofia – la sola “buona” filosofia – è l’analisi logica del linguaggio delle scienze (e, marginalmente, del linguaggio ordinario). [...] La filosofia del diritto, per dirlo con Tarello, o è vaniloquio, o è una “metagiuridica”». Di contro, non nutiva eccessivi timori nei confronti dell’influsso della metafisica, bensì di quello crescente della tecnica, C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 82: «Il pericolo che oggi minaccia lo spirito della scienza del diritto europea non viene più dalla teologia, e solo occasionalmente da una metafisica filosofica, bensì dallo scatenarsi di un tecnicismo che si serve della legge dello stato come di uno strumento». Sulla tecnica, deve essere richiamato l’agile volume di N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Roma-Bari, 2008 (specialmente la parte seconda, p. 57 ss), ove si auspica un recupero dell’importanza della ideologia (qui intesa nella sua nobile accezione) politica: quest’ultima, infatti, se non affetta da debolezza, potrebbe opporre un valido argine allo strapotere dell’economia e della tecnica (che finiscono per asservire la politica alle loro esigenze e al raggiungimento dei loro obiettivi), poiché offrirebbe ciò che queste ultime non sono in grado di offrire, e cioè una *visione* del mondo, un obiettivo da raggiungere che consiste non tanto nel soddisfacimento delle esigenze di una contingenza che richiede l’immediatezza della risposta, quanto nel fornire una risposta soddisfacente ai più profondi interrogativi dell’uomo. Ritorna sulla specifica questione anche F. DI CIOMMO, *Valori e funzioni della responsabilità civile nell’epoca del post-turbocapitalismo*, in *Danno resp.*, 2021, p. 141: «occorre recuperare il primato della politica, posto che quest’ultima rappresenta l’unico formante possibile di organizzazione sociale da opporre alla tendenza naturale dei mercati all’anarchia (tecnica ed economica) o, meglio, all’appropriazione egoistica ed onnivora di risorse a vantaggio di sempre meno operatori».

⁴ Per quanto concerne gli elementi menzionati (oggetto di un vero e proprio eterno ritorno), si vedano le parole di G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in G. VISINTINI (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, Milano, 1999, p. 31: «Anzitutto si deve rilevare la estrema vacuità della postbellica reviviscenza del giusnaturalismo cattolico (fenomeno comune all’Italia e alla Germania). Nella ingiustamente famosa tavola rotonda del 1949 raccolta nel volume *Diritto naturale vigente* si leggono solo generiche proclamazioni senza alcuna specifica indicazione di politica del diritto; così nulla si ricava da scritti del 1950-1951 in cui giuristi accademici proclamano che *lex iniusta non est lex*. Si ha l’impressione, leggendo quelle oramai lontanissime pagine, che quegli scritti ad altro non servissero che a fare la conta degli accademici oltranzisticamente fedeli al magistero ecclesiale, a quei tempi meramente antisocialista». Ecco, l’unica riserva che si può formulare (avendo però il vantaggio del decorso del tempo ormai avvenuto) è circa l’ultima affermazione di Tarello, siccome ancora oggi molti giuristi – seppur non vestendo più la trepida livrea del giusnaturalismo, ma rimanendo ad esso comunque intimamente fedeli e avvinghiati – contestano la vigenza e la legittimità della legge che si presenti come “ingiusta” (si badi, non costituzionalmente illegittima: il che, come facilmente intuibile, è cosa assai diversa).

⁵ Cfr., in ambito contrattuale, C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 39: «quando si discute di contratto giusto e di giustizia contrattuale, si presuppone, di solito implicitamente, che esiste un’idea condivisa di giustizia, alla cui luce valutare le regole che governano il contratto. Ma nel pensiero occidentale – che ne dibatte da due millenni e mezzo – un’idea condivisa di giustizia non è stata ancora trovata». Su quest’ultimo aspetto rimane imprescindibile la condivisibile analisi del problema svolta da H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino, 1975.

⁶ Per una precisa distinzione tra motivi e ragioni, si rinvia all’ottima analisi di R. GUASTINI, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, pp. 55-56.

⁷ Con ciò nemmeno volendo assumere quell’atteggiamento descritto da M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, pp. 223-224, quale «ricognizione del proprio dominio e [...] agnosticismo per tutto ciò che si trova[...] al di fuori».

visivo dell'interprete di tutto ciò che non sia diritto positivo⁸ (e, in una versione ancor più radicale, potrebbe farsi addirittura riferimento al solo diritto positivo vigente), ma come si voglia porre in particolare risalto – secondo quanto accennato – il ruolo che a tali elementi dovrebbe essere riconosciuto in relazione al fattore che, in tale gioco di rapporti, deve continuare a mantenere una primazia che non pare potersi tutt'ora contrastare in una maniera che risulti convincente: gli esiti degli studi condotti nell'ambito di altre scienze potranno certamente essere tenuti in considerazione dal giurista⁹ (anzi, in alcuni casi, *dovranno* essere tenuti in considerazione: si pensi al noto peso che è andata acquisendo la scienza medica nella verifica della sussistenza e della conseguente liquidazione dei pregiudizi non patrimoniali che siano suscettibili di accertamento mediante l'ausilio giudiziale di esperti medico-legali), ma non dovranno assumere (o meglio: l'interprete non dovrà far loro assumere) una primazia che finirebbe con lo sconvolgere *ab imis* i termini nei quali si svolge e deve continuare a svolgersi la riflessione giuridica.

Gli esiti delle ricerche condotte in altri settori scientifici, si diceva. Ebbene, anche questa notazione sarebbe dovuta essere facilmente evitabile, ma se così non è vuol dire che, alla radice, vi è una specifica ragione. Quest'ultima va individuata nella tentazione (che spesso – purtroppo – non rimane interiormente confinata nelle più o meno recondite intenzioni) del giurista di cimentarsi in prima persona nell'esercizio delle attività proprie di altre scienze, rispetto alle quali si dubita seriamente dell'effettivo possesso delle competenze necessarie¹⁰ per poter procedere in tal senso¹¹: se utilizzare

⁸ In termini ancor più profondi (siccome riguardano l'essenza stessa del diritto), si sofferma sull'apporto di altre discipline alla scienza giuridica P.G. MONATERI, Forward: Law &..., in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 273 ss., evidenziando come quelle possano fornire a questa, a seguito ad una crisi essenziale «che deriva dalla perdita dello statuto epistemologico dell'elaborazione giuridica come scienza», «una base che non sa più trovare in sé stess[a]» (p. 273). Sulla considerazione delle altre scienze da parte del giurista, si veda, inoltre, un contributo (più risalente nel tempo) di J.H. MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1180 ss. Più di recente, torna sul tema, con riferimento alla responsabilità civile, A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, cit., p. 111 ss.

⁹ Sulla rilevanza delle scienze all'interno del processo, si può rimandare, anche per il ricchissimo apparato bibliografico, A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 24 ss.

¹⁰ R. TREVES, *Considerazioni intorno alla sociologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 169 ss., seppur criticando gli indebiti sincretismi tra sociologia e giurisprudenza (e, quindi, non condividendo le assimilazioni e sovrapposizioni tra sociologia giuridica e giurisprudenza sociologica) che finiscono per far perdere di vista quale sia l'attività primariamente compiuta, afferma: «Sulle indagini relative al secondo problema, cioè al problema della funzione o del ruolo delle norme giuridiche nella società, si possono fare poi, forse con ancora maggiore facilità, degli analoghi rilievi. Si tratta infatti in questo caso di indagini che, in modo ancor più palese che nel precedente, richiedono l'uso di metodi e di tecniche proprie della sociologia e non della giurisprudenza. [...] E non si può neppur supporre che possano essere condotte da giuristi dotati della sola preparazione del giurista le numerose inchieste che la sociologia dovrebbe svolgere nei diversi settori del diritto pubblico e del diritto privato» (p. 173). Ma, ancora: «A me pare che gli indirizzi giuridici contrari al formalismo quali possono essere, non solo la giurisprudenza degli interessi, ma la scuola del diritto libero, il realismo giuridico americano, le dottrine dell'istituzione, della pluralità degli ordinamenti giuridici, del diritto sociale, delle personalità collettive complesse e via dicendo, siano tutti indirizzi costruiti e sviluppati da giuristi che sentono l'esigenza di studiare il diritto nei suoi rapporti con i fatti sociali e *non già da sociologi che questi rapporti e questi fatti concretamente indagano*» (p. 175, corsivo agg.). Da ultimo, va aggiunto che, qualora i giuristi dovessero dismettere la loro veste per assumere quella del sociologo (ipotesi, invero, contemplata anche dall'A.: cfr. p. 175), questi dovrebbero applicare e rispettare metodologie e studi propri della sociologia (come visto), e non affidarsi al proprio intuito e "fiuto" sociale. Circa le possibili similitudini tra i diversi indirizzi giuridici richiamati da Treves, si veda G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., p. 26, che evidenzia come «la lista degli elementi comuni a tutti questi movimenti» si esaurisca nella tendenza – antiformalistica – a suggerire gli operatori giuridici prassi di comportamento «meno pedissequamente legate alle forme documentali della legge», siccome, all'esito di un esame più approfondito, «si vede chiaramente come la loro genesi e la funzione politica svolta al loro primo apparire siano fortemente condizionate dal contesto storico in cui vennero elaborate, mentre la funzione politica svolta in momenti successivi è condizionata dai contesti storici del successivo impiego».

¹¹ In generale, è di diverso avviso M. GRONDONA, *Il diritto della contemporaneità: tra (dis)ordine sistematico e individuale (in margine a «Law after Modernity», di Sionaidh Douglas-Scott)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 141 ss., il quale, a proposito del sincretismo a cui si faceva cenno nella nota precedente, evidenzia: «Ogni teoria, quando non

un ‘prodotto finito’ ricevuto da chi lo ha potuto – e, soprattutto, saputo – confezionare con i crismi della scienza di appartenenza risulta essere opera positiva per il diritto (ove possibile, beninteso) e la sua interpretazione (non escludendosi neppure un influsso sulle possibili future modifiche legislative), di contro, risulta assai pernicioso cedere alla luciferina presunzione di sapere come svolgere compiti che non appartengono al giurista senza “abbassarsi” ad interpellare chi, invece, dovrebbe avere – per ovvie ragioni – più voce in capitolo¹².

§ 2. *Il giurista e il fascino della sociologia.*

A mero titolo d’esempio, sovengono – guardando, quanto al momento genetico, a ricostruzioni offerte parecchi lustri addietro¹³ – impostazioni di tipo sociologico che avevano quale obiettivo una pregnante e diffusa influenza del dato sociale (o meglio: di una presunta coscienza sociale¹⁴, per di più pervicacemente declinata al singolare) non solo sulle possibili spiegazioni o ricostruzioni teoriche del sistema del diritto privato ritenute più convincenti in virtù dell’apporto che si poteva trarre da elementi che non fossero limitati a quelli prettamente giuridici¹⁵, ma anche sulla metodologia da adottare nella interpretazione del dato positivo e – addirittura – sulla sua eventuale modifica in sede operativa qualora si fosse scoperto che il prodotto dell’attività attributiva di significato si sarebbe posto in contrasto con i risultati che lo stesso interprete aveva saputo – a suo avviso, assai abilmente – intercettare tramite lo svolgimento della sua analisi sociologica: come è dato osservare, così facendo, l’oggetto di studio del giurista smette di essere il dato positivo per deviare verso la “società”

improvvisata, ha un nucleo di verità, cioè capacità di spiegazione di persuasione; ma ogni teoria, da sola, non può spiegare il tutto; donde mi parrebbe inevitabile e fruttifera una buona dose di sincretismo metodologico, sempre arricchente, pur quando possa risultare sovrabbondante [...]» (p. 146).

¹² L’esempio delle scienze c.d. esatte – che, sotto questo aspetto, segnano forse la distanza maggiore da quelle sociali – è ben riportato da M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 687 ss.

¹³ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss.

¹⁴ Sulla coscienza sociale, si veda G. ALPA, *L’arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, pp. 113-123. Le problematicità del concetto in questione, ad avviso di chi scrive, sono ben sintetizzate alle pp. 122-123: «il ricorso alla coscienza sociale è libero, potendo il giudice farvi riferimento nel corso del processo interpretativo, senza che sia necessario rinvenire nella disposizione applicata un rinvio (quale una clausola generale, un’espressione normativa elastica, ecc.) o ad espressioni elastiche; i ruoli dispiegati sono molteplici, essendo il sintagma utilizzato quale modello di riferimento al sentire collettivo, quale ambiente depositario di valori etici, morali, religiosi, deontologici [...]; *come modello convalidante la vincolatività di una legge* o l’interpretazione di una legge, o di una prassi» (corsivo agg.). Ma, ancora (*ibidem*): «Occorre che la maggioranza silenziosa che l’avverte e la esprime trovi un traduttore, esplicitatore, vate, maieuta, tramite. È il giudice che si incarica [si noti la formula verbale riflessiva] di questo compito, che se ne fa interprete: normalmente assumendo di recepire il sentire della coscienza sociale [...], solo eccezionalmente giustificando il comportamento individuale in contrasto con la coscienza sociale». Ma, allora, può essere utile recuperare una non recente prospettiva di G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 197: «D’altra parte, e anche prescindendo dalle considerazioni che esporremo in seguito, vi è da chiedersi: la giurisprudenza, l’opinione dei dotti, sarebbe oggi in grado di assumere quell’alto ufficio al quale si vorrebbe elevarla? Di fissare cioè essa il criterio del diritto, al cui vaglio sarebbe da giudicare l’intrinseco fondamento delle statuizioni del legislatore? [...] in altri tempi l’opinione dei dotti era assai più uniforme quanto a tali criteri informativi e assai più rappresentativa della coscienza giuridica popolare. [...] Ma è chiaro che tale non è più il caso [...]».

¹⁵ Si veda quanto affermato da S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, in ID., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 1168: «anche a voler considerare una sola direzione, quella dell’influenza della sociologia sulla giurisprudenza, tale influenza può rivelarsi unicamente nei confronti degli organi legislativi o comunque produttori di norme giuridiche, che esercitano attività modificative e riformatrici dell’ordinamento giuridico [...]».

e l'asserito contenuto valoriale¹⁶ della sua "coscienza"¹⁷. Inutile dire che simili modifiche non si limitavano, nei propositi dei sostenitori, a meri interventi di tipo interpretativo (in generale accettabili nella misura in cui sono volte all'attribuzione di un significato contenutistico a quelle disposizioni che contemplano clausole generali che, per loro natura, sono in tal senso orientate fin dal momento genetico), ma tendevano ad assumere una vera e propria portata disapplicativa della norma ritenuta, senza possibilità di appello, in contrasto col sentire sociale¹⁸ (neanche troppo mascherato l'esito sostanzialmente abrogativo¹⁹ del dato positivo²⁰, e ciò tenendo in totale non cale ogni possibile nefasto riflesso di ordine sistematico che potrebbe derivare da un intervento che si focalizzi solo sul "qui ed ora"²¹).

¹⁶ Rileva N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 508: «Oggi, essendo venuta meno la verità delle premesse formali, le conclusioni vanno attinte da altri presupposti e chiedono quindi una ragionevolezza fondata sulla condivisione di principi non necessariamente riconducibili ad enunciati. L'arte di ragionare in termini di diritto suppone oggi il riferimento alla complessità di un contesto valutato nell'ottica di criteri di valore condivisi» (corsivo agg.). Non può non essere richiamata la (più realistica) visione di N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, cit., pp. 49-50: «I 'valori condivisi' sono un auto-inganno: promettono l'assoluto, e offrono l'eminente relativo [...]».

¹⁷ Sul punto, vedi per tutti N. MUFFATO, *Morale positiva vs morale critica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2014, p. 115 ss.

¹⁸ Cfr. G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1159: «Dove la separazione dei poteri è concepita come separazione di tipo ontologico, non ci dovrebbe essere spazio per il diritto sapienziale, quale nel passato si è affermato negli interstizi lasciati liberi dall'autorità, in un periodo di sovranità debole nel quale il potere era eroso dalle innumerevoli forze centrifughe che avevano modo di operare. Ciò non vuol dire che il diritto sia definitivamente cristallizzato nell'enunciato normativo. Vuol dire che la giurisprudenza e la scienza dei dottori (oggi sempre più marginalizzata), così come le stesse invenzioni di chi per agire ha bisogno di regole precostituite su cui fare affidamento [...], operano su di un piano diverso, che non è quello della "creazione", ma quello della interpretazione (compatibile con "il significato proprio delle parole") e della sollecitazione al cambiamento legislativo o all'innovazione. Non dovrebbero essere ammesse scorciatoie di tipo giusnaturalistico».

¹⁹ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 326: «se cambiano gli individui, gli interessi, gli indici di valore della società, di riflesso si modifica (anche indipendentemente da una abrogazione formale) la legge che l'equilibrio di quella società rispecchia ed esprime».

²⁰ L'argomento in questione dovrebbe destare un *quid pluris* di cautela nel giurista contemporaneo non solo a motivo delle problematicità ordinarie che si stanno progressivamente sottoponendo all'attenzione del lettore, ma anche in ragione dell'immediato (e assai doloroso) precedente storico del periodo dei totalitarismi in cui si è assistito al suo utilizzo. Ovviamente, nessuno potrebbe mai seriamente pensare (e il contrario sarebbe manifestazione di un atteggiamento puerile che si colloca tra l'ingenuità e l'offesa vera e propria) che gli obiettivi di allora siano riscontrabili anche nel pensiero degli odierni sostenitori della teoria in questione: non si vuole, quindi, instaurare un paragone di (assai) dubbio gusto e rigore scientifico tra le *ideologie politiche* di ieri e quelle di oggi; si vuole, invece, porre l'attenzione sul pericolo che si annida in una *concezione* del diritto che, seppur rivolta – nei singoli casi – a finalità tra loro radicalmente differenti, si presta a divenire potenzialmente vettore di contenuti anche profondamente antidemocratici e illiberali. Sul punto, si veda G. FASSÒ, *Tra positivismo e nazismo giuridico*, in *Mulino*, 1971, p. 794: «Le affinità di una simile concezione con quelle che ispirano alcuni dei giuristi e dei giudici "democratici" italiani dei nostri giorni sono evidenti. Le ideologie che le ispirano possono essere, speriamo anzi che siano davvero, diverse, ma in entrambi i casi si tratta appunto di ideologie, di elementi non razionali, e, soprattutto, non razionalizzabili» (ma il saggio deve intendersi richiamato anche per le scarse, ma assai preziose, indicazioni bibliografiche e per la quantità di questioni poste all'attenzione del lettore; questioni che non possono essere qui nemmeno accennate, se non al prezzo – insostenibile – di una banalizzante semplificazione). Merita di essere citata una considerazione di N. IRTI, *Νόμος e lex. (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 598: «Kelsen, il teorico del puro e radicale positivismo, scelse l'"andarsene", lasciò la cattedra di Colonia e ripartì a Ginevra; Schmitt, il critico più aspro e implacabile, scelse il restare e l'obbedire, e, nel 1934, dopo la crudele "notte dei lunghi coltelli", volgendosi di nuovo dalla *lex* al νόμος, salutò, nell'azione di Hitler, un "genuino atto di giurisdizione", che crea immediatamente diritto [...]».

²¹ Si sofferma sulla versione ancor più radicale A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 5: «Ma cosa significa, esattamente, nell'ottica postmoderna, superamento della tradizionale metodica della sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta di cui alla norma? Significa che è stata ammessa la possibilità di "rinvenire" regole forgiate appositamente per il caso concreto attraverso il richiamo ai principi generali delle Carte costituzionali nazionali e dell'Unione Europea, oltre che attraverso il richiamo a clausole generali [...]. Significa, in altre parole, che sono state aperte le porte a un *diritto del caso*, che non passa per la riconduzione del fatto a fattispecie normativamente delineate, ma si fonda *direttamente* sul fatto» (corsivo orig.). Sul punto, si veda, diffusamente, P. PERLINGIERI, *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali Sisdic*, 3/2019, p. 1 ss.

Incidentalmente, non ci si può esimere dal porre in evidenza come un simile atteggiamento, lungi dal dimostrarsi effettivamente per ciò che vorrebbe sembrare, nasconda in realtà un atteggiamento che, oltre ad essere giuridicamente censurabile, non pare essere nemmeno particolarmente commendevole e, a tratti, forse financo affetto da incoerenza. Infatti, nel momento immediatamente successivo a quello in cui il giurista che voglia procedere in tal senso ha assunto la serafica espressione di benevola disposizione all'apertura verso il mondo esterno²² – la cui importanza i giuristi dediti alle formalità²³ e fredde astruserie²⁴ del diritto mostrano di non capire (neanche troppo

²² Cfr. quanto sostenuto da F. VIOLA, *Prospettive della teoria del diritto*, in A. SCERBO (a cura di), *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica*, Napoli, 2021, p. 18: «Il diritto è un'impresa cooperativa in cui l'agire degli uni può essere compreso solo prendendo in considerazione quello degli altri. A questa cooperazione prende (o dovrebbe prendere) parte a suo modo anche il teorico del diritto quando è alla ricerca del senso generale dell'impresa giuridica. La teoria giuridica non dovrebbe essere intesa come separata dalla pratica giuridica. Quando ciò avviene, la teoria giuridica diventa un'esercitazione meramente intellettuale; per quanto pregevole possa essere, diventa irrilevante per la conoscenza pratica del diritto che è quella propria di quest'oggetto». Ma, ancora: «L'oggettivazione introduce una distanziamento tra il mondo in cui vive l'interprete e quello del testo. Questa frattura deve essere ricomposta nella coscienza ermeneutica attraverso il principio della fusione degli orizzonti» (p. 19). Si vedano, in epoca meno recente, le parole di F. CARNELUTTI, *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 243: «Ciò che io volevo dire ai giovani in questa lezione è proprio che essi non debbono aver paura di evadere dalla scienza del diritto. Si dà, specialmente sul principio, ma non è detto che tutti se ne liberino con l'andare degli anni, una specie di tentazione, a questo proposito, che è quella del *giurista puro*: il giurista puro sarebbe uno, il quale non si occupa se non di diritto. Io voglio dir loro, invece, che il giurista puro, se pure esiste, è un aborto di giurista. L'evasione dal diritto anzi che un peccato, per chi studia il diritto è una necessità» (corsivo orig.).

²³ Merita di essere richiamata la visione che ebbe ad offrire della dottrina italiana J.H. MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: la dottrina*, cit., p. 1181: «Due aspetti di questa scienza giuridica e delle sue conseguenze per il pensiero giuridico e per il modo di applicazione del diritto, più largamente criticati (in Italia, dagli italiani), sono la sua astrattezza e il suo concettualismo. Essa è astratta in due sensi: innanzitutto la si isola, la si rende immune dalla intrusione sia di dati sociologici che di giudizi di valore [...]. In secondo luogo, essa non si interessa tanto della soluzione di problemi concreti e delle fattispecie, oggetto di casi giudiziari, quanto dello sviluppo ed elaborazione della struttura scientifica». Epperò, il paragone non è impietoso come sembrerebbe a prima vista: «Per uno scienziato del diritto la differenza tra la dottrina italiana e americana non è che la dottrina italiana è troppo concettuale, ma è che quella americana non lo è abbastanza. Dal punto di vista italiano, uno studioso americano sensibile, che si ponga in una posizione obiettiva ed esamini le rovine lasciate dai "realisti", non dovrebbe esultare; dovrebbe piangere» (p. 1184). Più di recente, si veda la critica al kelsenismo di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Milano, 2007, p. 58: «Al giurista moderno imperativista e formalista sorride parecchio la costruzione kelseniana di una 'Dottrina giuridica pura' anche se si risolve in un castello di forme, in una armonia astratta di linee angoli cerchi, insomma in una geometria che doveva trarre forza da se stessa ma che era scaturita dal nulla e nel nulla si fondava».

²⁴ Sembrano da richiamare (e riportare integralmente) le parole di S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010, p. 814: «E mi pare che proprio il termine "realtà" possa far nascere gravi equivoci. La realtà dello scienziato, infatti, è tutta nel sistema dei concetti che egli elabora sul dato positivo. Non c'è la possibilità di confondere il dato col concetto, perché si tratta di entità di natura differente: questo – ho detto – è come la proiezione di quello. Ma non c'è neppure la possibilità di confondere il dato giuridico (la norma) con quello extra giuridico: elemento economico, politico, sociale ecc., grezzo, non assunto come immediato oggetto di tutela giuridica. E allora, nel campo della scienza giuridica non è da parlare di disconoscimenti della realtà, ma di errori analitici e costruttivi». Di qualche lustro anteriore (il saggio del Pugliatti risale al 1941) la diversa posizione, espressa nella prolusione del 1918, di V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 109: «Rifuggasi pure dalle vuote astrazioni, cui troppo repugna la severità del metodo positivo di indagine che è nostro abito e vanto, ma la rigidità del metodo non trasformi a sua volta gli studi nostri, cultori come siamo di scienze morali, in aride catalogazioni di fatti, o in grette esegesi di testi, o sia pure in costruzioni sistematiche, tecnicamente perfette, ma che nessuna fiamma ideale scaldi ed avvivi».

velata la accusa di ottusità²⁵) o di reprimere brutalmente²⁶ –, si verifica una chiusura proprio nei confronti del mondo verso cui si era rivolto lo sguardo²⁷, siccome *quel tipo* di giurista vuole sì aprirsi

²⁵ Sono di conforto le parole di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Le prolusioni dei civilisti*, I, cit., p. 103: «Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza di ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali». Per quanto concerne le accuse, si veda, ad es., G. MAGGIORE, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 57: «Bisogna convenire che i giuristi sono sovente delle brave, ma torpide, persone destinate a perdere il treno nel gran movimento delle idee onde è agitato il mondo». Più di recente, fa riferimento alla "sensibilità" T. GRECO, *La solidarietà nel diritto. Sui fondamenti teorici dell'istituzionalismo*, in *Quad. fiorentini*, 2022, p. 34: «In epoche [di mutamento] come queste si ha un grande bisogno di giuristi sensibili, capaci di riaprire la porta che separa la scienza giuridica dalla realtà: perché, se nei periodi di stabilità quella porta può restare chiusa, in base alla presunzione che ciò che è scritto nei codici coincide con ciò che sta fuori dalla porta, nei periodi di rinnovamento, di transizione, di crisi, sono coloro che varcano la soglia a fornire le chiavi per riannodare il filo tra il diritto e la vasta e variegata realtà nella quale esso vive».

²⁶ L'immagine vuole intenzionalmente ri-evocare il continuo scambio di battute tra un von Jhering dantescammente assopitosi e lo spirito che lo accolse in seguito alla sua "dipartita" (cfr. R. VON JHERING, *Nel cielo dei concetti giuridici*, in *Id.*, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, p. 271 ss.); dialogo tutto incentrato sulla totale irrilevanza dei fatti nel cielo dei concetti: «L'aria è veleno per noi. Proprio per questo il nostro cielo è situato all'estremo confine del mondo: bisogna che non ci sia nessuna corrente d'aria e nessun raggio di luce. *I concetti non tollerano contatti con il mondo reale*» (p. 276, corsivo agg.).

²⁷ Cfr. T. ASCARELLI, *Scienza e professione*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 89: «quello che sembra "maggior peso" delle valutazioni dell'interprete è in realtà spesso l'effetto del *minor consenso generale sulle valutazioni invocate*» (corsivo agg.).

al mondo, ma nelle forme e nelle modi che *lui*²⁸ ha già individuato²⁹ e che aspetta solo di mettere concretamente in pratica alla prima occasione utile.

²⁸ «In realtà quando ci si addentra nel mondo dei valori si introduce nel sistema un soggettivismo che era ben lontano dalle intenzioni dei Costituenti»: così G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, cit., p. 1164, che, subito dopo, riporta un caso (risoluzione del contratto di locazione per inadempimento nel contesto pandemico) di “solidarietà a senso unico” (l’espressione è mutuata da A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 7, ma il concetto permea tutto il saggio, che necessita di essere letto per intero) che, oltre ad entrare – per questo fatto – in contraddizione con sé stessa, sembra illustrare perfettamente come il richiamo ai principi sia, il più delle volte, operato al fine di concretizzare nel momento e nel contesto del giudizio un orientamento che, da un punto di vista teorico e astratto, si richiama bensì al valore (e al principio fissato su carta all’interno della Costituzione), ma per dargli poi una unilaterale e pre-costituita conformazione nella vicenda concretamente portata all’attenzione del giudicante, siccome un valore – e il rilievo dovrebbe essere del tutto pacifico (ma così non è, purtroppo) – non è mai suscettibile di una concretizzazione in un solo e ben preciso senso, e ciò dovrebbe imporre un *quid pluris* di cautela e prudenza nel suo utilizzo all’interno di (e in relazione a) un contesto normativo che già contempla una regolamentazione degli interessi tra loro confliggenti. L’attenzione per i contratti di locazione a cui si è assistito in tempo di pandemia non deriva, ad avviso di chi scrive, da una insana passione degli autori che si sono occupati del tema, ma dal fatto che l’invocazione della solidarietà è stata operata quasi esclusivamente a favore della parte conduttrice, ritenuta (presunzione alla soglia del *iuris et de iure*) la più debole del contratto, dimenticandosi così che la parte locatrice, oltre alle imposte su di un reddito che si continua a considerare prodotto fino alla convalida dello sfratto, deve corrispondere all’Erario imposte di varia natura che non subiscono le ripercussioni dell’applicazione concreta della solidarietà (dimenticandosi, inoltre e in un colpo solo, che la delicata materia è stata più volte regolata da complessi normativi ispirati al raggiungimento di un soddisfacente punto di equilibrio tra diversi interessi e istanze che l’applicazione diretta del principio finirebbe col travolgere e ri-orientare sproporzionatamente in una direzione a senso unico). Circa l’operatività del principio di solidarietà nel contesto pandemico, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L’emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, il quale auspicava, proprio in ragione della eccezionalità della situazione e delle posizioni confliggenti, un intervento del legislatore che fosse in grado di consegnare regole puntuali, specifiche e di facile amministrazione, al fine di garantire un elevato tasso di prevedibilità e, conseguentemente, una riduzione del potenziale contenzioso. Sulla capacità del diritto contrattuale, da leggere alla luce del principio di solidarietà, di far fronte all’emergenza sanitaria, cfr. A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, *ivi*, 29 aprile 2020. Si è soffermato sul potenziale aumento del contenzioso derivante da una (solidaristica) torsione applicativa delle regole codicistiche R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l’applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *ivi*, 27 aprile 2020. Sul tema, ma al di fuori del contesto pandemico, C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, cit., c. 44: «I giudici si appropriano di principi come il dovere di solidarietà e l’eguaglianza, abbandonati dal legislatore, nel tentativo di creare microsoluzioni equitative a conflitti interindividuali». Ma, allora, non può non essere richiamato il più risalente (e appassionatamente condivisibile) ammonimento sulla natura “antagonista” del contratto di P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss. (e, pensando a quanto si è assistito in epoca di pandemia e – in alcuni casi – continua ad assistersi anche con riferimento all’ordinarietà, ben potrebbe dirsi – con le parole dell’A. – che molti discorsi appaiono effettivamente “*rugiadosi*”). In relazione all’ambito sanitario, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19 tra funzioni della responsabilità civile e modelli indennitari*, in *Jus*, 2021, p. 142 ss.

²⁹ Non intravede problematiche di tipo soggettivistico F. VIOLA, *La positivizzazione del diritto tra immanenza e trascendenza*, in T. ALLODI, E. ANCONA e S. ZANELLI (a cura di), *Verità e prassi tra immanenza e trascendenza. Prospettive di etica, politica e diritto*, Perugia, 2020, p. 155: «Il dinamismo vitale della pratica giuridica consiste in un processo di positivizzazione, che trasforma i valori in principi e questi in regole d’azione. Per questo la pratica giuridica è una pratica dei principi, che urbanizzano i valori. I partecipanti non sono liberi di d’intenderla come vogliono, ma sono vincolati a giustificare le loro determinazioni dei principi con interpretazioni corrette e argomentazioni convincenti». Difficile non notare, però, come ogni concreta (e differente) applicazione dei principi che si suggerisca possa portare a proprio sostegno delle argomentazioni che, ad avviso di alcuni, possano risultare convincenti; epperò, e ciò va da sé, anche diverse ed ulteriori applicazioni concrete possono risultare altrettanto convincenti e confliggenti con le altre: la scelta tra opzioni, pertanto, non sembra attività che si possa rimettere all’interprete e alla sua *sapientia*, quanto al legislatore, unico soggetto che possa effettivamente contemperare diverse esigenze e diverse visioni (ed è per questo che la tanto vituperata astrattezza dei testi legislativi non costituisce una pecca, ma – a ben vedere – un elemento da valorizzare e custodire). N. LIPARI, *Per gli ottant’anni del codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 696, attribuendo grande rilievo alla “ragionevolezza”, sembra esaltarne, però, solo gli aspetti positivi, obliterando totalmente i chiari rischi di stampo soggettivistico: «La ragionevolezza non è mai individuale; la razionalità (o l’irrazionalità) lo è». *Contra*, condivisibilmente, A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 658: «la ragionevolezza è senza discussione un ingrediente indispensabile del ragionamento giuridico, ma se valutata in base ai valori è sempre un portato di questo o quel valore: è ragionevole quello che è conforme alle nostre attuali convinzioni di valore. Che però non sono necessariamente condivise. E che mutano» (corsivo orig.). Non potendocisi soffermare oltre sul punto, sia consentito

Questo filantropico e non meglio precisato stato dell'anima (che potremmo definire una sorta di "nirvana giuridico"³⁰ che il giurista-asceta cerca faticosamente di raggiungere tramite la liberazione dalla sofferenza cagionata dalle disposizioni legislative, dalla sistematica e dalla dogmatica³¹ – ma, forse, anche dalla logica³² che deve guidare il ragionamento giuridico³³) che vorrebbe sostanzarsi in una maggiore attenzione al mondo esterno al diritto – che dovrebbe essere comprensiva dell'apertura, ove ciò sia effettivamente praticabile (e cioè, guardando alle conseguenze di una siffatta azione, senza arrecare nocimento alla coerenza sistematica e all'assetto ordinamentale vigente), alle altre scienze e a quanto queste ci dicono (e non, invece, a quanto ognuno vorrebbe far loro dire secondo la propria insindacabile opinione³⁴) – si risolve, in definitiva, in una autoreferenziale chiusura che si pone in

rinvviare a quanto si è già potuto esprimere in L. OLIVERI, *Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori: qualche considerazione intorno a "Elogio della giustizia"*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, p. 215 ss.

³⁰ L'espressione è mutuata da G. BETTIOL, *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale. (Risposta cortese ad un autorevole critico)*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 124, il quale, però, la utilizzò per criticare l'eccessivo concettualismo che, a suo avviso, avrebbe afflitto la scienza penalistica: «Il giurista non deve essere una specie di monaco tibetano che contempla immobile la montagna incantata dei propri concetti che svettano al di sopra delle nuvole. Non c'è un nirvana giuridico!»

³¹ Sul punto vanno richiamate le parole di L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 483: «Le profonde trasformazioni sociali ed economiche, che a partire dagli anni Sessanta hanno progressivamente destabilizzato le strutture concettuali del sistema classico del diritto privato, hanno acuito lo spirito critico della dottrina giuridica, ma non hanno prodotto un rinnovamento altrettanto vigoroso dello spirito sistematico. L'indebolimento del pensiero dogmatico, e quindi degli strumenti concettuali di verifica di legittimità della prassi, è una delle cause dell'instabilità della giurisprudenza e anche dell'insorgere in qualche parte di essa di una certa *hybris* insofferente al vincolo della legge [...]». Non paiono dunque condivisibili i decostruttivi "consigli ai giovani" di N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, cit., p. 317: «Ove si voglia oggi guardare al futuro del diritto civile, offrendo alle nuove generazioni qualche opportuno suggerimento per le sfide del domani, è possibile farlo solo liberandosi dalle sedimentazioni culturali, dalle categorie dogmatiche, dai modelli classificatori sui quali siamo stati formati e dei quali abbiamo fatto raffinato esercizio».

³² Non lascia dubbi, circa la logica, un passo di S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 817: «Le generazioni che verranno avran da sistemare tutta la legislazione speciale e quella generale che è nata sotto il segno dei tempi nuovi. Seguiranno le più idonee direttive metodologiche, i criteri d'indagine più appropriati, conseguiranno risultati diversi da quelli ai quali noi siamo non solo abituati, ma anche affezionati. *Ma a condizione di avere fede nella scienza e nei principi della logica*» (corsivo agg.). Più di recente, con specifico riferimento al tema delle funzioni, si veda C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 327: «La fuga dalla logica, di cui la dogmatica ha bisogno come dell'aria che respira, poteva favorire un interesse non esclusivamente culturale ma per così dire operativo, di innesti possibili nonostante i rischi di incongruità: e questo era precisamente il caso del risarcimento sanzionatorio [...]» (corsivo agg.). Stupisce, pertanto, un'affermazione post-bellica di P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., p. 604: «Vi confesso che quanto più passano gli anni e più si allunga la mia esperienza forense che ha già superato il quarantennio, tanto più si accresce la mia diffidenza, che *certe volte si avvicina al terrore*, per la logica giuridica» (corsivo agg.). Sulla logica e le sue declinazioni, si può richiamare una frase (retoricamente efficace, ma contenutisticamente vuota) di G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1926, p. 380: «l'atto dell'interprete non può essere contenuto nel quadro consueto della logica formale. Solo una logica superiore, che sta alla formale come il concreto sta all'astratto, come la vita sta all'ombra della vita, può spiegare l'opera dell'interprete».

³³ Che la razionalità rivesta, anche con riferimento all'ambito dei valori, un ruolo estremamente importante lo evidenziò assai lucidamente già L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 16: «Fino a quando non saranno rimosse le difficoltà di una *discussione razionale* sui valori, sulle clausole generali peserà la diffidenza di chi le considera "pure regole di opinione", formule vuote inafferrabili dal pensiero discorsivo e abbandonate al *regno del non razionalmente fondato*, cedimenti della fede nella legge quale garanzia contro l'arbitrio soggettivo del giudice» (corsivo agg.). Sui principi e sulla razionalità, si osservi anche quanto affermato da M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1092: «Ciò che si può rimproverare all'attuale dottrina giuridica è, piuttosto, il livello ancora insoddisfacente (e, spesso, addirittura primitivo) della *discussione razionale sul contenuto dei principi*» (corsivo agg.).

³⁴ Una piccola aggiunta, rispetto a quanto già riportato nelle note precedenti, è costituita da R. GUASTINI, *Applicare principi costituzionali*, in M.V. BALLESTRERO e R. GUASTINI, *Dialogando su principi e regole*, a sua volta in *Mat. st. cult. giur.*, 2017, p. 132: «l'accertamento delle idee morali socialmente diffuse è questione di indagine empirica (sociologica), mentre giudici e giuristi accademici non sono scienziati sociali: non sono intellettualmente attrezzati per compiere

netta contraddizione con l'intento³⁵ (della cui genuinità si potrebbe, dunque, iniziare a dubitare: *timeo Danaos et dona ferentes!*) che aveva costituito l'abbrivio della "nuova via": la presunta apertura non è, dunque, manifestazione di una sincera (e, forse, simpaticamente apprezzabile) ricettività di ciò che da questo mondo arriva³⁶, ma – a bene vedere – segni di una assai meno auspicabile e autoritativa impositività³⁷.

indagini di questo tipo, e comunque il processo non è il luogo adeguato per compierle. Inoltre, di fatto, in società pluralistiche, su molte questioni morali seriamente controverse non esiste consenso sociale. I giudici costituzionali a volte fanno riferimento alla morale sociale, ma si tratta della morale sociale come essi la immaginano, o come essi la percepiscono attraverso il filtro della loro morale critica». Cfr., inoltre, G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 368: «Scardinato il principio della certezza formale del diritto (che può anche esser considerato un mito della tradizione continentale europea), sorge il mito del giudice-demiurgo, il quale, individuo tra individui (né migliore né peggiore degli altri), diventa depositario, non si sa bene per quale sovranaturale e misteriosa ragione, del vero, del giusto, dell'esatto». Di diverso avviso M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, cit., p. 232: «anche se i giuristi respingono gli studi sociologici, in concreto finiscono col farne [...] perché nel compiere certe ricerche il giurista è insieme sociologo».

³⁵ Non possono non essere richiamate le parole di M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., p. 1091: «la linea di pensiero volta ad affermare il primato della giurisprudenza sulla legislazione dovrebbe ascrivere al filone epistocratico, anche se i suoi esponenti italiani non sembrano di ciò consapevoli e appaiono piuttosto inclini a sposare argomentazioni di carattere "populistico"». Andrebbero riportate (ma non è ovviamente possibile) anche le pregevoli (e sottoscrivibili in ogni loro parola) pagine successive in cui si evidenzia come il ruolo della giurisprudenza quale custode dei principi si legittimi «soltanto nel quadro di una democrazia liberare, che riconosce l'essenziale importanza di una funzione legislativa politicamente qualificata e coerente, oltre che distinta dalla funzione esecutiva e quella giudiziaria» (p. 1092). Cfr., inoltre, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 393-394: «Consegnare la norma al giudice, infatti, significava, né più né meno, sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico. Un diritto largamente giurisprudenziale (ma ancora intendendo per "giurisprudenza", si badi, l'elaborazione del ceto dei giuristi nel loro complesso) poté consolidarsi già nella paradigmatica esperienza romana solo in forza del tratto aristocratico della repubblica e non sembra casuale che la tendenza verso un approdo simile, ma ancor più estremo (facendosi la *giurisprudenza* ormai coincidere con la *giurisdizione*), si manifesti proprio nelle crisi di fine secolo (decimonono), quando lo Stato borghese è messo in discussione e si affacciano alla ribalta sociale e politica le grandi masse che prima ne erano escluse (e soprattutto le loro "pericolose" organizzazioni, partitiche e sindacali). È un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi» (corsivo orig.).

³⁶ Si sofferma sulle potenzialità evolutive dell'ordinamento ad opera della legislazione, in termini di positivizzazione della morale critica del *conditor legum* che potrebbe entrare in conflitto con la morale sociale già riscontrabile, G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, cit., p. 213: «Alle volte il legislatore deve, non seguire ma, come diceva il Saleilles, precorrere l'evoluzione della coscienza giuridica popolare e contribuire egli stesso alla sua formazione [...]». G. BETTIOL, *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale. (Risposta cortese ad un autorevole critico)*, cit., non attribuisce una eccessiva rilevanza (c. 122) al mondo "naturale" così com'è, ma ritiene che il contenuto del diritto e le sue categorie debbano trovare un valido fondamento nel mondo dei valori (cc. 121-122).

³⁷ «Il diritto libero, invero, significa questo: l'onore, il patrimonio e tutti gli interessi di ciascuno di noi rimessi all'arbitrio di Tizio, di Caio o Sempronio solo perché siedono sopra un determinato scanno. Or nessuno al mondo può tollerare una cosa simile; e, se per evitarla dovremo legarci alquanto, ci legheremo, ma non seguiremo quella via»: così V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., p. 948. Si veda anche un efficace passaggio di L. FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, p. 76: «Anche attualmente, nel diritto positivo nostro e di altri paesi, dove la funzione della giurisprudenza è soltanto interpretativa, si deplora, con un noto tratto di arguzia, che nei casi di "prudente arbitrio" del giudice, spesso va via la prudenza e resta soltanto l'arbitrio. figuriamoci a quali incommensurabili limiti può estendersi l'arbitrio, se esso non è né pure mantenuto nella sfera, molto platonica, della prudenza imposta dalla legge!».

Di conseguenza, la ideologia³⁸ (perché di questo si tratta e non di altro³⁹ – ed è bene ribadirlo ad ogni occasione utile) che sta alla base delle proposte avanzate dai sostenitori di questa nuova visione del diritto civile e, in generale, del giuridico mondo⁴⁰, anche qualora si rivelasse animata da intenzioni effettivamente mosse da spirito costruttivo e migliorativo (e non, invece, da ostilità nei confronti di un sistema e di un metodo che vengono ritenuti reperti di epoche passate di cui diffidare e di cui sbarazzarsi⁴¹ – o, al massimo, continuare ad ammirare, ma in un museo – perché ritenute di intralcio all’umano progresso che si sta già concretamente verificando nel mondo reale che il giurista – ostacolo frutto del conservatorismo – non sembra considerare), mostrerebbe – come detto – segni di insanabile contraddittorietà non già tra quanto elaborato da un punto di vista teorico e il risultato operativamente ottenuto, quanto tra le premesse e le modalità operative proposte all’interno della stessa teorica della nuova tesi.

Orbene, tale avviluppiamento logico sembra derivare – per l’appunto – proprio dalla iniziale erronea individuazione dell’oggetto (nonché dei modi e delle forme dello studio) su cui deve focalizzarsi l’attenzione del giurista, siccome quest’ultimo, abbandonando l’ambito della giuridicità, ha scelto un oggetto esterno al diritto in relazione al quale, pur non possedendo le competenze adatte⁴², pretende di poter continuare a rivestire il ruolo di protagonista nel compimento di un’analisi ai cui risultati vorrebbe inoltre attribuire, in un momento successivo, efficacia giuridica. Questo scarto logico che si manifesta in termini di insanabile contraddittorietà può essere ritenuto una utile spia idonea a segnalare la profonda ideologicità (e, quindi, la sua inutilizzabilità all’interno del discorso giuridico che voglia mantenere la sua caratterizzazione scientifica⁴³) di una proposta che – in ragione

³⁸ L’unilateralità di certe visioni è ben messa in luce da S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., pp. 1167-1168: «Di conseguenza, si può porre soltanto il problema delle influenze reciproche, e per la scienza ora, come accadde al principio del presente secolo, per la scienza economica, si pone – dai sociologi – il problema delle influenze della sociologia giuridica sulla giurisprudenza, e non viceversa. Al punto che i sociologi mostrano di ritenere che la scienza giuridica è destinata a inaridire e a svuotarsi di ogni utilità sociale e in genere pratica, se non si lascia fecondare dalla sociologia; ed è tale l’entusiasmo che i sociologi del diritto mostrano nelle loro ricerche, che essi non si curano troppo di acquisire un’esperienza adeguata dei metodi, della tecnica e del linguaggio dei giuristi [...]».

³⁹ «Nel più ristretto perimetro della scienza civilistica, la post-modernità sembra esaurirsi, come si dirà meglio appresso, o in uno sforzo di teoria ideologica del diritto, e quindi in un’ennesima narrazione, ovvero in un vero e proprio progetto di politica del diritto che però corre il rischio di scambiare l’essere con il dover essere»: così S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 845-846. Ritorna sulla questione, in relazione alle categorie, A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 635: «In termini di tecnica giuridica la tesi che se di fatto una categoria non viene usata non è da usare è una osservazione che secondo logica deontica è per definizione erronea, perché deriva non deve da non è (“non si devono più usare le vecchie categorie per inquadrare i fatti perché giuristi e giudici non le usano più”)» (corsivo orig.).

⁴⁰ «Una influenza in senso “modernistico” ha esercitato e continua ad esercitare sui criteri giuridici la sociologia, quando si industria ad applicare il suo semplicismo ai fenomeni più complessi della vita del diritto»: così L. FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, cit., p. 77.

⁴¹ «Il pensiero postmoderno, nel suo “furore demolitorio”, ha quindi in anni più recenti avviato una serrata critica nei confronti dei sistemi ordinamentali fondati su norme astratte e sulla connessa logica applicativa che trova il proprio fulcro nel meccanismo della sussunzione, al fine di mostrarne l’inadeguatezza e propugnarne, al tempo stesso il superamento»: così A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell’epoca del post-postmoderno*, cit., p. 4.

⁴² Cfr. un interessante passaggio di G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, cit., p. 199: «Se anche si volesse considerare soltanto il diritto creato dai giudici e si ritenessero questi angelicamente alieni da interessi e pregiudizi della loro classe sociale, di null’altro desiderosi che di interpretare la volontà popolare, come si può pensare che, in materie ove sussista urto di concezioni e di interessi, il giudice possa prender partito? [...] Come potrebbe egli avere mezzi ed agio di compiere la indagine sociologica necessaria, diretta ad accertare l’opinione socialmente preponderante?».

⁴³ Merita di essere riportato un passaggio particolarmente netto (ma assai condivisibile) di R. GUASTINI, *La giurisprudenza come politica del diritto (rileggendo Bobbio)*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 63: «In precedenza ho criticato la tesi di Bobbio, secondo cui sarebbe compito della giurisprudenza trasformare il suo oggetto. Quella critica vale ancora: una disciplina che non si limita a prendere conoscenza del suo oggetto, ma lo trasforma, non può aspirare legittimamente al nome nobile di “scienza”». Con specifico riferimento all’ambito della responsabilità civile, si veda C. CASTRONOVO, *Da Corte costituzionale n. 184/1986 a Corte costituzionale n. 372/1994*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 276: «Il risarcimento

della caratteristica anzidetta – risulta essere, per il giurista che non vi abbia aprioristicamente aderito in virtù di una commilitanza ideologica⁴⁴ (o che sia affetto da quella terribile malattia che è il positivismo⁴⁵, per alcuni intollerabile perfino nella sua moderna connotazione improntata alla ben nota moderazione), anche difficilmente afferrabile e inquadrabile, poiché – tra le altre cose – rinuncia *ab origine* al tentativo autodefinitorio⁴⁶ del proprio contenuto (va detto, però, che anche in sede di possibile eterodefinizione il compito non sembra presentare alte probabilità di successo in considerazione del grado di non lieve approssimazione con cui gli stessi proponenti hanno formulato e formulano le tesi in questione⁴⁷).

Ma, oltre a quanto già rilevato, deve notarsi come la succitata teoria, ove eventualmente applicata dal giurista che – novello Ulisse – abbia sentito il canto delle sirene (della sociologia) e non sia però riuscito a resistervi, produrrebbe delle conseguenze che non possono essere trascurate in ragione del livello della loro influenza sull'assetto ordinamentale entro il quale siamo tutti chiamati ad operare senza travalicare quei limiti di rispettive attribuzioni e competenze che non debbono mai essere

del danno, in quanto obbligazione essendo un effetto giuridico, rientra completamente nella competenza del discorso giuridico, onde quest'ultimo da sé e non da altro deve trarre le categorie che riguardano quello».

⁴⁴ L'aspetto ideologico delle nuove ricostruzioni diventa particolarmente rilevante nella spiegazione delle nuove ricostruzioni, in quanto queste ultime, avendo abbandonato un tipo di argomentazione che sia giuridicamente apprezzabile e controllabile, trovano fondamento in nient'altro che, per l'appunto, l'ideologia. Lo rilevava già nel 1981 (guardando ai dieci anni precedenti) R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 73: «Se infatti, come abbiamo visto, la dottrina precedente aveva proceduto tenendo fede ai concetti, sia pure mettendone in evidenza la loro relatività, adesso questi vengono messi da parte, sicché le soluzioni prospettate divengono spesso incontrollate e incontrollabili e ci si limita ad *assumere a giustificazione o a presupposto delle argomentazioni discutibili motivazioni ideologiche*» (corsivo agg.).

⁴⁵ «In fondo, una forma di filosofia è quell'adorazione passiva del dato, o della legge, ond'è predominata la mentalità del giurista. Nella sua preoccupazione di salvare ad ogni costo l'oggettività della legge, si rispecchia l'indirizzo speculativo del realismo ingenuo, dell'oggettivismo dommatico, del positivismo»: così G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit., p. 373.

⁴⁶ Cfr. N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, cit., p. 511: «Va tuttavia, a mio giudizio, respinto ogni tentativo non solo di incapsulare la ragionevolezza entro rigidi paradigmi definitivi, ma anche semplicemente ridurla a categorie consolidate nella tecnica argomentativa dei giuristi» (potrebbe, allora, provocatoriamente domandarsi: cos'è, di grazia, questa benedetta ragionevolezza che sconfigge il sistema e l'ordinamento, che dovrebbe essere di per sé evidente, a tutti nota, innegabile e inesorabilmente auto-imponente, ma che, poi, non riesce nemmeno ad essere definita? Sembra, dunque, di trovarsi di fronte, più che ad un qualcosa di pervasivo e imperativo, ad un assai evanescente ectoplasma). Ma, ancora: «Dobbiamo liberarci dalla convinzione che i procedimenti argomentativi in tanto siano legittimi in quanto siano riconducibili entro confini definitivi» (*ibidem*).

⁴⁷ Cfr. i rilievi sempre precisi e diretti al cuore del problema di A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 635: «Una valutazione critica delle tesi "nuoviste" è infatti molto difficile. Perché i loro fautori non sempre si preoccupano di tradurle in proposizioni definite. Procedono per suggestioni, allusioni, esempi, con un metodo pamphlettistico più che scientifico».

dimenticati. Infatti, è inutile effettuare ripetitivi (ma generici⁴⁸, siccome raramente circostanziati⁴⁹) richiami al dato costituzionale che – a dire dei sostenitori di siffatte teorie – avrebbe sconvolto un precedente sistema che viene aspramente criticato mediante l'utilizzo di una ricercata evocatività terminologica (che, tuttavia, presenta uno stantio retrogusto retorico) che parla di vetusti⁵⁰ monismi

⁴⁸ Soffermandosi sulle potenzialità “frantumatorie” della Costituzione, porta a sostegno della nuova concezione del diritto e della sua genesi una non meglio precisata “ottica costituzionale” N. LIPARI, *Per gli ottant'anni del codice civile*, cit., p. 694: «L'ottica costituzionale ha, a ben vedere, rotto questo paradigma perché, spostando la prospettiva dal piano delle regole dettate a quello dei valori da attuare, dei fini da conseguire, non richiede più un'autorizzazione formale del legislatore per cercare il diritto al di fuori della statica di un enunciato». Come si avrà modo di meglio esplicitare in seguito, non si capisce come questa affermazione possa conciliarsi con la seconda parte della Costituzione. Un altro esempio è costituito da P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, p. 68: «La carica rivoluzionaria, che il costituzionalismo pluralistico del Novecento nutre in sé, sta precisamente nel richiamo pressante a cercare e trovare il diritto nel *sostrato valoriale* di una civiltà storica [...]» (corsivo orig.). Orbene, se il richiamo fosse davvero così “pressante”, allora dovrebbero per lo meno essere chiaramente individuabili, con riferimento al nostro testo costituzionale (e non ad un fenomeno genericamente inteso), diversi (e numerosi) indici testuali che corroborino una tale visione e che consentano all'interprete di poter desumere una non contestabile superiorità gerarchica di questa modalità di produzione del diritto basata sulla ricerca valoriale nella società sulle altre eventualmente presenti nel testo stesso (cosa che, sia detto per inciso, non si verifica nel caso di specie). Che tra Grossi e Lipari vi sia una innegabile consonanza di idee lo dimostra anche il coinvolgente e affettuoso intervento di quest'ultimo (cfr. N. LIPARI, *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 755 ss.) in occasione dell'attribuzione, al primo, del “premio Chiarelli”. Sulla comunanza di prospettiva e sensibilità tra di due A., si veda anche U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 141.

⁴⁹ Esemplicative, sul punto, le parole di F. VIOLA, *Prospettive della teoria del diritto*, cit., p. 24: «La costituzionalizzazione dei principi, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Tutto il contrario della codificazione che vede la regola come già confezionata prima della sua applicazione. Pertanto i giuristi e i giudici, e con loro la scienza giuridica, sono chiamati a contribuire alla formazione della regola, mentre il modello napoleonico di giurista è come la nottola di Minerva che si leva in volo a giochi fatti. Alla formazione del diritto contribuiscono anche i giuristi e i giudici. Il diritto non è la legge, ma la pratica a cui la legge dà impulso». Il ragionamento, assai lineare e demolitorio, sembra però difettare di anche minimi riferimenti puntuali al testo della Costituzione nella parte in cui autorizzerebbe a procedere in tal senso e di una spiegazione che consenta di raccordare questi postulati e presupposizioni (dalla dubbia consistenza) con ben più tangibili articoli in cui vengono disciplinate la formazione delle leggi, la verifica della loro conformità al testo e ai valori costituzionali e la soggezione del giudice alla legge: di conseguenza, o i Costituenti hanno adottato un modello soggetto a schizofrenia, o, di contro, l'argomento si fonda su assiomi che non trovano positivo riscontro nel dettato normativo della Costituzione (come si avrà modo di evidenziare *infra*). *Tertium non datur*. E, si badi, non si può opporre che il testo costituzionale deve – anch'esso – adattarsi ai tempi per consentire e legittimare operazioni del tipo auspicato dall'A.: l'argomento – oltre a costituire una visione ideologica dell'interprete che non trova riscontri in un testo che, per essere modificato, prevede apposite procedure e che, in caso contrario, obbliga ad osservarlo “*fedelmente*” come legge fondamentale così com'è (cfr. XVIII disp. trans. fin.) –, anche ove fosse ritenuto concretamente applicabile a fini modificatori, dovrebbe essere più correttamente limitato al contenuto e all'estensione dei diritti riconosciuti dalla Costituzione con formule non descrittive e assai poco circostanziate, e non estensibile anche alla parte (ben più precisa e puntuale) che regola il funzionamento dello Stato e l'attribuzione delle competenze. Possono, quindi, riproporsi le parole di U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 650, secondo cui gli slogans contestatori «hanno il torto, non di essere contestatori, ma di essere slogans [...]».

⁵⁰ Si veda la lapidaria affermazione di C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 49: «La crisi della scienza del diritto europea comincia cento anni fa con la vittoria del positivismo giuridico. Anche qui lo scoppio rivoluzionario del 1848 sta ad indicare il grande bivio. I nostri padri ed i nostri nonni gettarono via un antiquato diritto naturale e videro, nel passaggio a ciò che chiamarono “positivismo”, un grande progresso dall'illusione alla realtà». Epperò, andrebbe forse dedicata, in generale, maggiore attenzione al percorso che ha portato al “trionfo” del positivismo e dell'idea di codificazione, in quanto emersione di nuove esigenze (giuridiche) che la società in cambiamento stava manifestando e che il precedente sistema non era in grado di soddisfare (e, dunque, il coatto mantenimento – o, peggio, la invocata restaurazione – di paradigmi superati non sarebbe altro che esempio di quella astorica impositività che viene sì tanto contestata, ma che, altrettanto spesso, finisce poi con l'essere concretamente realizzata proprio da parte di coloro che le muovevano critica). Sulle esigenze sociali e sulle ideologie che hanno portato ad una nuova (e moderna) concezione di codificazione, si rinvia alla assai interessante lettura di V. PIANO MORTARI, voce *Codice (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 227 ss., di cui si sceglie di riportare solo un breve passaggio sintetizzante (p. 232): «La concezione moderna della codificazione cominciava, insomma, ad affacciarsi e si svolgeva sulla base di tre fondamentali criteri direttivi: l'instaurazione di un sistema giuridico più semplice, il raggiungimento dell'unità legislativa, il rifiuto di istituzioni giuridiche estranee alle tradizioni nazionali». Per un giudizio diverso da quello di Schmitt, si veda la ricostruzione di L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 5, ove si evidenzia come il

«positivismo moderato della nostra tradizione» operi con categorie sistematiche in cui erano cristallizzati «i valori morali del giusnaturalismo moderno, che erano poi i valori della società borghese conformi ai valori dell'Europa cristiana».

legalisti⁵¹ statocentrici⁵² (incredibile la capacità – e di questo bisogna dare volentieri atto – di coniare espressioni⁵³ che, con la loro sinteticità, siano in grado di suscitare anche nel più benevolo lettore la

⁵¹ «Il diritto come ragione supera definitivamente il paradigma della statualità del diritto perché la ragione si intende quale attività ermeneutica e non può essere ricondotta ad un momento esclusivamente impositivo. La ragione indica una facoltà conoscitiva di tipo discorsivo e non ha nulla a che fare con indici di tipo imperativo o precettivo»: così N. LIPARI, *Ragionare di diritto*, oggi, cit., p. 500.

⁵² Sia qui consentita, giovandosi della libertà concessa dalla forma delle note (e pur consapevoli del biasimo che avrebbe espresso L. FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, cit., p. 75, nei confronti dell'«abitudine costante di digressioni in note tanto lunghe da soverchiare il testo»), una breve (e necessariamente incompleta) riflessione. Spesso, troppo spesso, si sostiene che la dottrina formale del Kelsen, per il tramite di una innegabile influenza oggettivamente riscontrabile, abbia costretto il discorso giuridico, in ragione della ricercata purezza della dottrina, in anguste prospettive totalmente astratte e prive di ogni interesse per i fatti. Tuttavia, dovrebbe forse rilevarsi come una siffatta critica venga sovente mossa con estrema facilità ed eccesso di zelo (*de facto*, alla soglia dell'iconoclastia), quasi considerando il pensiero del Kelsen come una fase transitoria del percorso giuridico-intellettuale del singolo utile solo ad appagare e placare furori e desideri giovanili («questa del K. è una malattia che ogni giovane giurista attraversa»: così E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, p. 19) e non idonea a rendere in maniera sufficientemente esaustiva la complessità che, invece, deve caratterizzare ogni discussione e riflessione sulla giuridicità; in realtà, si dovrebbe notare come sia stato lo stesso “accusato” a dedicare non brevi e non lievi pagine al tema della effettività del diritto e a quello della sua efficacia (e ciò non tanto per liquidarli come elementi privi di interesse per chi si occupa del diritto nella sua purezza, quanto per prenderli positivamente in considerazione e inserirli nella dottrina in questione): infatti, il principio della effettività viene visto quale fattore di mutamento radicale del sistema (la rimozione della norma fondamentale per la sua sostituzione con un'altra), e dunque, quale limite del principio di legittimità (cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 238). A questo punto, però, alcuni potrebbero obiettare che, così osservato, il principio di effettività sia limitato al solo versante, maggiormente dinamico e non ancora ipostatizzato (per usare un termine molto caro ai critici del formalismo), costituzionale (fondamentale) della teoria e che, di conseguenza, non sia destinato ad esplicitare i suoi effetti sulla dinamica giuridica che sia anche di ordine inferiore: ebbene, Kelsen sembra essere nuovamente frainteso, poiché egli non nega affatto la forza – sconvolgente per la dinamica giuridica così come si è oggi abituati ad intenderla nel mondo occidentale – della consuetudine, ma, anzi, esplicitamente la riconosce (p. 257). Ed è a questo punto e in questo contesto, però, che, se non ci si inganna, deve essere chiamata in causa la concezione kelseniana della sanzione predisposta dall'ordinamento per coloro che, essendovi obbligati, non hanno compiuto le azioni che, invece, avrebbero dovuto compiere: in un sistema che abbia precedentemente optato (a livello costituzionale) per un meccanismo di produzione del diritto incentrato prevalentemente sull'opera del legislatore e in cui tale prodotto (il diritto positivo) sia gerarchicamente posto al di sopra della “fonte consuetudine”, va da sé che, qualora si voglia davvero garantire la cogenza e la effettiva applicazione delle disposizioni prodotte conformemente al meccanismo costituzionalmente stabilito (così da garantire anche l'efficacia dell'ordinamento, di modo che quest'ultima non proceda disgiuntamente dall'aspetto della validità delle disposizioni), dovranno essere predisposte delle sanzioni per colpire quelle azioni che minino la tenuta di un tale sistema attribuendo una forza giuridica maggiore ad elementi che, invece, sono posti ad livello inferiore (e questo fino al momento in cui, eventualmente, i fatti non conducano alla *effettiva* sostituzione della costituzione, in quanto non più condivisa dai consociati). Tuttavia, ciò non vuol significare che il Kelsen manifesti il suo favore teorico-ricostruttivo esclusivamente per la fonte scritta (il che, come visto, non corrisponderebbe nemmeno al vero), ma che, di contro, un ordinamento che abbia compiuto al massimo livello una scelta in un determinato senso ha a disposizione degli elementi idonei a rendere il diritto non solo legittimamente posto e valido, ma anche effettivo (divenendo così, l'ordinamento, efficace). Sull'efficacia e la sanzione nel pensiero di Kelsen, merita di essere richiamato G.B. RATTI, *Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 358. Sul tema dell'effettività in Kelsen, si veda U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, ora ripubblicato in *Lo Stato*, 16/2021, p. 173: «Entro l'ordinamento giuridico la competenza si accerta in base alle norme stesse dell'ordinamento; a questo nella sua interezza Kelsen applica il criterio dell'effettività». Non si comprendono, pertanto, per tornare al tema dal quale si erano prese le mosse, le critiche mosse da F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 1455-1456: «Non si può perciò accogliere la dottrina formalistica di Kelsen, ora degnamente celebrato nel centenario della nascita, perché il diritto che conta è il diritto effettivo, ma resta vera la sua indicazione del diritto quale è e non quale dovrebbe essere, come esclusivo oggetto della scienza giuridica». Più in generale, con riferimento al pensiero tutto del Kelsen, potrebbero ritenersi valide ancor oggi le parole – pronunziate quasi settant'anni fa – da N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 356: «Colui che non sono molti anni era al centro di ogni discussione fra i giovani studiosi del diritto, non solo di diritto costituzionale e internazionale, ma pur di diritto privato – la sua teoria generale costituiva una vera e propria iniziazione agli studi giuridici – oggi non dico che sia meno discusso o ignorato, ma è avvicinato con *preconcetta diffidenza*, e quindi *meno compreso*, talora superficialmente messo da parte come autore dannoso, talora *insipientemente e acrimoniosamente osteggiato*» (corsivo agg.).

⁵³ «Le critiche del formalismo sembrano prendere quindi lo spunto da una nobilissima e insopprimibile esigenza morale: quella del diritto *giusto* e del diritto *adeguato*, specchio – per così dire – sincero dei caratteri e delle esigenze della società che è destinato a regolare. Tuttavia un osservatore attento non può non constatare come l'iniziale impulso

sensazione che davvero una sorta di demonio giuridico abbia scorrazzato liberamente sulla terra per molto tempo affliggendo i poveri consociati) che sono capaci solo di imporre⁵⁴ dall'alto un diritto

morale si sia tradotto in formulazioni generiche, se non addirittura in espressioni retoriche e moralistiche»: così G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, cit., p. 361 (corsivo orig.).

⁵⁴ Sul punto, si veda la critica di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021; critica che, ad avviso di chi scrive, è stata contestata in maniera particolarmente convincente da A. PINTORE, *Il dovere della sfiducia*, in F. MANCUSO e V. GIORDANO (a cura di), *Ombre del diritto*, numero speciale di *Teoria e storia del diritto privato*, 2022.

formale a scapito del fluire⁵⁵ del vero⁵⁶ sostanziale diritto⁵⁷ (che proviene dal basso⁵⁸ di una fattualità⁵⁹ “magmatica”⁶⁰), poiché anche nel sistema costituzionale – pur se connotato da una

⁵⁵ Che il nuovo metodo sia connotato da una dinamicità che si ataglia al fluire dell’esperienza in maniera migliore rispetto alle statiche e ipostatizzate concezioni del passato è rilievo che è dato sovente leggere in opere, ad es., del Lipari (di cui qui si omettono eccessivi e puntuali riferimenti bibliografici, rinviando ai contributi citati *supra* e a quelli che verranno nel prosieguo richiamati per la prima volta, limitandosi qui ad aggiungere solo N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., in particolare il capitolo I), siccome si ritiene che le categorie e il sistema non facciano altro che “imbrigliare” una volta per sempre la realtà senza possibilità di modificazione (cfr., sul punto, anche P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 20). La critica, tuttavia, non sembra meritevole di accoglimento per il semplice motivo che essa si basa – come si cercherà di precisare – su di una confusione di piani e, dunque, su una indebita generalizzazione. Infatti, l’accusa di staticità viene mossa in ragione del fatto che le categorie – espressione dell’ipostasi del diritto civile – impedirebbero un “adeguamento” immediato delle regole al caso concreto, andando così ad inficiare il perseguimento del risultato di giustizia che deve caratterizzare la risoluzione giurisdizionale delle controversie. Sennonché, a bene vedere, il giudizio negativo circa il mancato adeguamento immediato al caso concreto, sembra, il più delle volte, frutto solo della mancata condivisione della concreta declinazione contenutistica (cfr. N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 995: «Così, l’appello alla coscienza sociale significa soltanto che non si è soddisfatti del diritto vigente e si vuole mutarlo [...]») della disposizione (che non sia, ovviamente, in contrasto con il dettato costituzionale): in questo modo, però, si giunge ad effettuare un vaglio (personale) di precise scelte legislative che sono comunque poste nel solco assiologico della costituzione, contestandone il merito a motivo della diversa conformazione che il singolo avrebbe a queste fornito (ritenendolo “più” vicino al testo costituzionale e alle espressioni valoriali della società). Tuttavia, come noto, il conflitto tra differenti conformazioni (tutte compatibili con il portato assiologico della Costituzione, lo si ribadisce a scanso di equivoci) delle disposizioni basate su concezioni tra loro non convergenti e la prevalenza di una di queste conformazioni sono eventi che si svolgono (e devono continuare a svolgersi) democraticamente a livello politico, e non nella mente e nell’ambito della riflessione teorica del giurista, che non è e non dovrebbe essere politico [cfr. S. COTTA, *L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 424-425: «Dove risiede allora la vera volontà generale, di cui la legge dovrebbe essere la formulazione e che il giudice dovrebbe far rispettare? Una scelta inevitabile si imporrebbe al giudice: o ridursi a semplice strumento d’un potere impositivo, oppure cercare di comprendere il senso vero che la legge ha nella coscienza sociale. Ma questa scelta è politica» (corsivo orig.)]. Ciò che sembra emergere, allora, è una critica all’attuale assetto ordinamentale (e ciò nonostante le roboanti affermazioni di una diversa realtà che sarebbe andata inesorabilmente imponendosi e alla quale non si potrebbe nemmeno opporre resistenza), ad una determinata concezione del diritto in quest’ultimo riflessa e, di conseguenza, delle modalità di produzione (e, soprattutto, modifica) del diritto; epperò, non condividere (i) il contenuto delle disposizioni e (ii) le modalità della loro modifica non può tradursi nella critica dei concetti stessi di categoria e di sistema, poiché, se così si facesse, si finirebbe col sovrapporre due piani che, invece, sovrapponibili non sono. Allora, in quest’ottica, i concetti di categoria e sistema divengono vittime sacrificali di una più generale e radicale critica; vittime definite “sacrificali” poiché l’accusa di staticità nemmeno corrisponde al vero, siccome – come noto – sistema e categorie non sono dati una volta per sempre (stabili e immutabili in eterno), ma richiedono un lavoro continuo da parte dell’interprete che accoglie le novità e le ricomponne pazientemente: il problema, come si diceva, non sta dunque nelle categorie e nel sistema, ma nel modo in cui le “novità” vogliono essere rese giuridicamente rilevanti. Sui concetti e sulle categorie si ritiene imprescindibile la lettura dei contributi di A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., *passim* (ma, in particolare, p. 652 ss.); nonché ID., *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 ss. Sulla Costituzione e la sua modalità di attuazione, si veda M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI e G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Milano, 2013, p. 53: l’attuazione «passa dalle aule parlamentari (e comunque dai processi decisionali democratici) e non dalle aule di giustizia». Da un punto di vista più ampio, sono da richiamare le parole di N. IRTI, *Νόμος e lex. (Stato di diritto come Stato della legge)*, cit., p. 594: «L’attuazione dei valori – in che consisterebbe il vero e autentico diritto – si pone di contro all’applicazione della legge; e l’organo giudicante prende luogo e funzione dell’organo legislativo» (corsivo orig.).

⁵⁶ «Ogni concezione che porti a svalutare la legislazione a beneficio della giurisprudenza, a concedere a questa il vaglio delle leggi per sceverare il “diritto” in esse contenuto dal “non diritto” è essenzialmente anti-democratica. [...] Non si dice, naturalmente, che antidemocratica sia la mira degli odierni sostenitori di quelle concezioni, ma le idee vanno giudicate in base alla loro portata obbiettiva e reale»: così G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, cit., p. 198. Altrettanto meritevoli di condivisione le parole, incentrate sui riflessi ultimi di tipo ordinamentale, di S. SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 130: «E si potrebbe aggiungere che quando, nella vita di uno Stato, i giudici contestano la legge, per ciò stesso che è legge, cioè al di là della normale dialettica del giudizio, è segno che la fine della libertà, la fine dell’ordinamento di approssima». Ma, allora, cfr. anche S. COTTA, *L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, cit., p. 426: «Orbene, il giudice non è eletto dal popolo né l’attività giurisdizionale è sottoposta al suo controllo. Il giudice è nominato sulla base della sua competenza e non della sua rappresentatività politica o sociologica. [...] Pertanto, il giudice che non rispetti la ripartizione costituzionale dei compiti si oppone, dal punto di vista politico, alla sovrana volontà del popolo e agisce in modo antidemocratico» (corsivo agg.). Da ultimo, particolarmente taglienti le

innegabile novità nell'impostazione assiologica su cui si ritorna in maniera così frequente da monopolizzare, di fatto, la riflessione dei sostenitori delle nuove teorie e, conseguentemente, la impostazione di queste ultime – è presente una precisa e non equivocabile ripartizione delle

parole di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 398: «Ma soprattutto va chiesto se non sia il momento di restaurare le ragioni della modernità giuridica a petto di un *modernismo che sa tanto di premoderno* e di verificare se e quanto le dottrine aristocratiche dell'interpretazione *siano coerenti con la professione di democrazia* degli ordinamenti che le ospitano» (corsivo agg.).

⁵⁷ «Non va dimenticato che secondo Perelman il ricorso ad un “principio” al di là della norma, principio costruito attraverso un argomento di dissociazione consente di applicare il diritto al di là della regola, cioè il *vero diritto* e non il *diritto apparente*: sono l'*equità*, la *giustizia sostanziale* contro quella formale, la giustizia del caso singolo, la rottura con l'ordine giuridico legislativamente imposto, il fondamento di un'ideologia di mutamento»: così N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, cit., p. 512 (corsivo agg.). Cfr., di contro, quanto affermato da R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, cit., p. 236: «Ora, la dottrina dell'equità è discutibile non solo, com'è ovvio, dal punto di vista etico-politico, ma anche dal punto di vista del diritto positivo vigente, giacché sembra porsi in conflitto con i principi di eguaglianza e di legalità nella giurisdizione, che caratterizzano lo stato di diritto. Principi, in virtù dei quali i casi sottoposti alle corti devono essere risolti in conformità a norme generali precostituite, e le norme devono essere uniformemente applicate a tutti i casi che ricadono nel campo di applicazione (e, ovviamente, solo ad essi) senza eccezioni». Da un punto di vista generale, si veda, in aggiunta, F. D'ALESSANDRO, *Il metodo nel diritto commerciale*, in A. NUZZO e A. PALAZZOLO (a cura di), *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, II, Roma, 2020, p. 74: «Il sacrificio della mia personale libertà sull'altare dell'organizzazione democratica dello Stato di diritto in tanto si giustifica e si legittima in quanto si concreta nella soggezione ad una legge *formata col consenso di tutti ed uguale per tutti*» (corsivo orig.). È per queste ragioni, che trovano fondamento nel diritto positivo vigente, che non sembra di potersi condividere l'affermazione di M. GRONDONA, *La nuova edizione delle “Tabelle milanesi”: effettività della tutela, equità della liquidazione e centralità dell'argomentazione*, in *Danno resp.*, 2021, p. 416, secondo cui l'equità rappresenterebbe «una delle principali caratteristiche della giuridicità contemporanea». Difatti, l'equità può certamente essere accolta con maggiore ampiezza all'interno dell'ordinamento, ma ciò deve avvenire solo per il tramite di un mutamento verificatosi in conformità alle modalità previste dall'ordinamento stesso.

⁵⁸ Si veda, ancora, A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 648: «Il caso estremo (la creazione pura) è la completa indifferenza al tessuto di norme pertinenti e la diretta regolazione del fatto in base a valori condivisi in frazioni anche ampie della società» (a cui va aggiunto il contenuto della nota 48: «Che purtroppo è proprio quello cui rischiano di approdare certe tesi nuoviste sulla crisi delle categorie, quando predicano un diritto che viene “dal basso”»).

⁵⁹ Cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 918: «L'indirizzo “fattuale”, in nome della “vita” o “realtà” o consimili entità, rifiuta la logica del diritto e il processo astrattivo che le è proprio. Non bisogna aver paura della parola “astrazione”: che è il prender distanza dalla vita, dal caos informe di ciò che accade, dal “selvaggio fiume del divenire”. Soltanto questa distanza ci permette di ridurre i fatti a tipi, a schemi ripetitivi, e perciò di comporli in un ordine».

⁶⁰ «Infatti, se essenza del diritto è *ordinare* il magma sociale, lo può fare solo a condizione che tenga conto di valori, interessi, bisogni circolanti in quel magma»: così P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 19 (corsivo orig.). E tuttavia, non si comprende su che basi sia sostenuta questa “necessità”: infatti, un valore circolante nella società ben potrebbe corrispondere a visioni certamente maggioritarie, ma ciò non implica (men che meno in via necessaria) che, per questa sola circostanza, esso sia da ritenere meritevole di essere custodito e preservato da potenziali modifiche (anzi, ben potrebbe sostenersi – cosa che, invero, accade molto spesso, e specie proprio in quei tempi di mutamento in cui differenti visioni si confrontano e scontrano – che il valore circolante debba essere sostituito, per il tramite della positivizzazione della morale critica del legislatore, da un nuovo). Non può, quindi, non richiamarsi l'efficace rilievo (che coglie puntualmente nel segno, come sempre) di R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1375: «La tesi che il diritto nasca non dai legislatori, ma dai “costumi”, dalla coscienza sociale, e simili – a meno di circoscrivere inopinatamente la nozione di diritto alle sole norme consuetudinarie – non solo è storicamente falsa, ma è anche *simpaticamente reazionaria*» (corsivo agg.).

competenze⁶¹ che non deve essere in alcun modo pretermessa⁶² facendo leva sul cennato argomento assiologico⁶³ (in caso contrario, si finirebbe – come effettivamente accade fin troppo spesso – per dare rilevanza ad una sola parte del testo costituzionale e ad una sola delle novità in questo contenute⁶⁴).

Anche quest'ultima notazione dovrebbe contribuire a far meglio emergere il carattere profondamente ideologico della proposta di cui si discorre: contestare la possibilità di una perdurante applicabilità di un determinato disegno ordinamentale e di una sistematica delle fonti⁶⁵ sulla base di un nuovo assetto assiologico di rilievo costituzionale può bensì essere sostenuto solo allorquando si possano ravvisare nel testo in questione degli elementi idonei allo scopo, ma non anche nel caso in cui il suddetto testo continui a contemplare una ripartizione dei compiti e delle funzioni che non presenta soluzioni di continuità rispetto al passato. Di contro, qualora si decida di continuare a sostenere la “nuova teoria” anche nel caso in cui l'assetto costituzionale e ordinamentale corrisponda

⁶¹ Che alcuni elementi ordinamentali, anche nel precedente assetto costituzionale albertino, fossero percepiti quale ostacolo (e ciò in ragione della loro pregante rilevanza) ad una rimodulazione del modo di intendere il diritto, la giurisdizione e, indefinitiva, lo Stato nel suo complesso lo rilevò già G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit., p. 385: un quadro aperto ed elastico di concetti e categorie «non sarà possibile finché la giurisprudenza non si liberi di alcuni *pregiudizj*, che la tengono irretita, e la fanno vivere in uno stato di ipocrisia e contraddizione: tali sono, per nominare qualcuno, la riduzione di tutto il diritto oggettivo alla norma scritta, l'idolatria del legislatore, il monopolio statale del diritto, la divisione dei poteri, la pretesa completezza dell'ordinamento giuridico» (corsivo agg.). Si veda, però, quanto contenuto nell'analisi di L. FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, cit., p. 76: «Nessuno nega, che formalmente la legge possa presentare delle lacune e che queste non debbano impedire l'attuazione del diritto; ma l'intero sistema giuridico ha in sé la forza di espansione e di adattamento dei principi per sopperire alle esigenze di questi casi, senza il bisogno di sovvertire le basi stesse della costituzionale distinzione dei poteri» (corsivo agg.).

⁶² Cfr., sul punto, U. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, cit., p. 649.

⁶³ Un altro interessante argomento che non consente di ritenere condivisibili quelle ricostruzioni tutte incentrate sul sociale è individuato da M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, cit., p. 51, il quale rileva come la giustizia sia amministrata in nome del «popolo, si badi, non della nazione: questa previsione costituzionale, legando la giurisdizione al popolo e non alla nazione, vieta che le “correnti profonde” che l'interprete ritenga di percepire nel corpo sociale prevalgano sulla volontà popolare, per quanto contingente e per quanto mediata dalla rappresentanza (dalla legge) possa essere».

⁶⁴ Cfr. U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 2: «Sappiamo benissimo tutti, naturalmente, che molti cittadini della Repubblica e varie forze politiche, grandi e piccole, operanti nella società repubblicana, sono ben lungi dall'aver verso la costituzione quella fedeltà devota e leale che altri hanno e vorrebbero, ed accettano la costituzione per compromesso, calcolo, acquiescenza alla forza dei fatti (con la riserva e l'accorgimento, magari, di *invocarla solo quando fa comodo*, o *solleccarla a dire un po' quel che si desidera*, o lasciarla dormire in qualche sua parte per anni) [...]» (corsivo agg.).

⁶⁵ Da richiamare la ricostruzione fornita da M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi, Oltre la legalità*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 799: «La gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica ha oggi perso i suoi riscontri sul piano dell'effettività». Infatti, la «piramide tende a sgretolarsi ed assume consistenza il paradigma della “rete delle fonti” [...]», un «nuovo paradigma» che, «tuttavia, non implica la sparizione del precedente modello, la piramide: entrambi sono compresenti e complementari» (p. 800). Sul punto, è nota la severa critica di N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 13. In precedenza, lo stesso A. (cfr. ID., *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 409 ss.) aveva affermato: «Certo non è possibile operare con gli strumenti ai quali ci aveva abituati una radicata tradizione. Si pensi soprattutto alla stessa teoria delle fonti e alla loro gerarchia» (p. 416). Ma, allora, deve essere altresì richiamata la (altrettanto) severa critica di P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 11 («se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante»). Epperò, pare difficile poter concordare con le presenti affermazioni in ragione della semplice constatazione che anche il testo costituzionale presuppone (in quanto consustanziale alla sua natura di legge fondamentale dello Stato) il concetto di fonte e, soprattutto, quello di una loro gerarchia (e ciò, si badi, non solo per quanto concerne le relazioni tra dettato costituzionale e legge ordinaria ai fini della verifica di legittimità costituzionale di quest'ultima, ma anche per quanto riguarda la diversa “forza” riconosciuta ad atti differenti che ben traspare dalla tanto obliterata parte seconda). Sulla connessione tra gerarchia dei valori (costituzionali e ordinari) e gerarchia delle fonti, si veda A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 266-267, 274-275.

alla seconda ipotesi sopra menzionata, il discorso giuridico propriamente inteso verrebbe inevitabilmente soppiantato da un discorso politico-ideologico privo di solide basi argomentative di tipo giuridico: ebbene, in questo caso, non rimarrebbe che la possibilità di prendere atto di questa deviazione e della conseguenziale incomunicabilità tra i due piani per evitare di procedere verso commistioni poco rigorose e poco raccomandabili⁶⁶.

L'esempio su cui ci si è brevemente soffermati (e la brevità deriva dalla ampia notorietà della vicenda a cui è stata dedicata tanta – forse addirittura troppa – attenzione da parte dei giuristi) è stato addotto quale paradigma dimostrativo di quanto si era affermato in precedenza in termini più generali in relazione alle necessità di effettuare alcune precisazioni circa la impostazione iniziale di una riflessione giuridica che voglia mantenere i suoi connotati propriamente scientifici. Infatti, come si è avuto modo di osservare, la “deriva” sociologica – prendendo le mosse da un assunto di tipo ideologico che viene propinato in mancanza di serie dimostrazioni che possano fungere da valido sostegno (ma, se così non fosse, non si tratterebbe di una ideologia), facendogli così assumere le vesti di vero e proprio assioma – fa abbandonare all'interprete, che subisce il fascino delle nuove scienze a cui si accennava in principio, l'ambito della giuridicità e, in definitiva, lo conduce alla eliminazione dall'orizzonte procedimentale delle sue funzioni⁶⁷ e dei suoi compiti⁶⁸ così come ricavabili dal complesso ordinamentale (a cui, ovviamente, non si sente più legato proprio in ragione di

⁶⁶ Sorprendono, pertanto, e anche con riferimento ai toni utilizzati, alcune affermazioni di N. LIPARI, *Per gli ottant'anni del codice civile*, cit., pp. 694-695: «È chiaro che la giurisdizionalizzazione del diritto, effetto inevitabile dell'impianto costituzionale, rompe alcuni schemi che la nostra tradizione giuridica considerava irreversibilmente acquisiti e che ancora si trovano *passivamente richiamati nei talk-show televisivi o in una saggistica di basso conio alimentata da una stampa non culturalmente provveduta*: basti dire del principio della separazione dei poteri e del principio di legalità, ancora passivamente richiamati in chiave radicalmente antistorica» (corsivo agg.). Si veda la contraria (ma condivisibile, in quanto costituzionalmente fondata) posizione di C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 995-996: «In maniera ancora più decisa si deve escludere che la separazione dei poteri non faccia più parte del nostro *habitus* istituzionale, se è vero che essa è idea strutturale della nostra Costituzione. E perciò quando il giudice ordinario ritiene di poter decidere riferendosi direttamente alle norme costituzionali o ai principi di diritto, trascurando il dato legislativo nel quale quelle e questi sono già stati concretizzati, cade in una *ύβρις* evidente che può essere applaudita come sintomo di un'età nuova, ma che non trova alcuna giustificazione nel quadro costituzionale che ci riguarda».

⁶⁷ Condivisibile, sul punto, quanto affermato da P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, cit., p. 3187: «È, a nostro avviso, una visione utopistica della realtà: la spinta di forze non sempre spontanee e non sempre espressive di interessi generalizzati, che pur muove la formazione legislativa, finisce con l'incidere, e molto più sensibilmente, sul potere di valutazione del giurista condizionandolo del tutto, e invitandolo a ritenere superata la norma benché formulata nell'interesse generale. Le funzioni del giurista diventerebbero esclusivamente politiche, le sue scelte, volutamente vincolate ad un ben chiaro presupposto filosofico e ideologico costituirebbero sì l'agognato superamento dell'“agnosticismo culturale dei giuristi italiani”, ma anche – nel contesto della nostra tradizione – la rinuncia a qualsiasi ordine». La lettura della prolusione camerte dell'illustre A. consente di comprendere chiaramente la netta differenza che intercorre tra una la teoria che propone una lettura delle disposizioni legislative alla luce dell'assiologia costituzionale (sui rischi che potrebbero derivare da un uso eccessivo di questo meccanismo non ci si può qui soffermare, anche se non debbono essere trascurati) e, invece, un sociologismo valoriale che oblitera totalmente il dato normativo (cosa che, di contro, la prima teoria nemmeno immagina di suggerire all'interprete). È per questo motivo che, a distanza di oltre mezzo secolo e con sguardo retrospettivo, l'A. (cfr. ID., *Stagioni del diritto civile. a colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, pp. 62-63) è tornato a criticare – seppur soffermandosi maggiormente sull'uso alternativo del diritto – quelle deviazioni derivanti dalla «valutazione distorta del profilo fattuale rispetto a quello normativo» provenienti, in misura maggiore, «dal sociologismo e dal pragmatismo» (p. 62).

⁶⁸ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, cit., p. 1166, rileva: «Il giudice dei valori non è il giudice che accerta, è il giudice che regola, che dispone. In questo contesto, il giudicato è messo nell'angolo, non costituisce più il timbro proprio della giurisdizione. Il giudice finisce con l'essere sovraccaricato di compiti che nulla hanno a che fare con l'accertamento».

quell'assunto assiomatico da cui ha preso le mosse e che lo ha portato a ripudiare il sistema precedente⁶⁹).

Così procedendo, lo si nota facilmente, le distinzioni e le relazioni tra oggetto della ricerca, metodo da applicare e ammissibilità (*recte*, legittimità) delle scelte operate tendono a sfumare fino a confondersi l'una con l'altra: mutuando l'immagine da uno brillante scritto che ha trattato il tema, si potrebbe dire che la categoria maggiormente adatta a descrivere il contenuto di queste teorie sia quella del "fritto misto"⁷⁰.

§ 3. *L'utilizzo strumentale della questione funzionale nell'ottica sociologica.*

Orbene, dopo aver esaminato – sempre da una prospettiva maggiormente teorica e generale – un esempio ritenuto particolarmente significativo di un certo nuovo modo di procedere nello studio del diritto, bisogna comprendere se quanto si è osservato in termini generali possa effettivamente ritenersi applicabile – in concreto – anche all'oggetto della presente analisi. A questa domanda pare che si possa fornire una risposta di segno positivo.

Infatti, benché la teoria di cui trattasi adduca molte e particolareggiate vicende da portare a dimostrazione della bontà ricostruttiva che esplica i propri positivi effettivi in maniera puntuale su alcuni specifici e ben individuati istituti del diritto civile – ma non solo (e l'estensione al diritto penale dell'influenza di una non meglio precisata "coscienza sociale"⁷¹ ai fini della determinazione del contenuto normativamente rilevante ai fini sanzionatori fa sorgere timori ben peggiori di quelli derivanti da un "mostruoso" positivismo) –, il tema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale, in virtù della sua collocazione su di un piano di teoria generale, non può che venire a costituire un campo in cui applicare con facilità ancora maggiore un modalità di studio di questo tipo.

Non è un caso, per l'appunto, che il maggiore sostenitore e instancabile⁷² propugnatore della teoria in questione conferisca una rilevanza nient'affatto trascurabile alla nota vicenda della delibazione di

⁶⁹ Si veda, seppur in poca differente e con riferimento al dibattito sull'equità, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 96: «Per verità non è facile combattere contro i fautori di simili dottrine; perché gli argomenti tratti dalla legislazione sono per essi nulli, quelli fondati sui fatti sono buoni o cattivi, secondo che rispondono o no alle loro idee».

⁷⁰ Cfr. A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., p. 649.

⁷¹ Merita di essere riportata la gustosa ricostruzione del pensiero e delle tesi di Bonini (cfr. G. BONINI, *Il diritto penale secondo i principi socialisti*, Milano, 1946) di G. BETTIOL, *A proposito di "diritto penale socialista"*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 49: «La legge penale deve quindi rifuggire dall'idea di fissare dettagliatamente le fattispecie delittuose. Il principio di legalità espresso dal *nullum crimen sine lege* risponde a concezioni politiche superate. Esso non è strumento efficace di difesa perché i delinquenti più abili e così più pericolosi fanno – come i pesci grossi – rompere od eludere le maglie della legge. La legge penale deve essere costituita più che da regole – vale a dire da previsioni ipotetiche – da comandi, cioè da precetti di vita la cui osservanza è condizione assoluta perché una società possa reggersi in pace e in armonia».

⁷² Epperò, nonostante il preclaro esempio di fedeltà ad una ben precisa visione del diritto che dura da oltre mezzo secolo, si è potuto assistere, nel corso del tempo, ad una nuova declinazione di quest'ultima che ha portato a mostrare una più marcata sensibilità nei confronti dei principi costituzionali: infatti, da una assai più sdruciolevole (in quanto autofondata e autogiustificante) rilevanza del dato sociale e del consequenziale influsso modificativo sulla legge, si è passati ad una maggiore attenzione ai principi costituzionali, intesi (comunque non condivisibilmente, come si avrà modo di notare) quali elementi idonei a meglio legittimare la predetta visione (sul mutamento in questione ci si permette di rinviare a L. OLIVERI, *Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori: qualche considerazione intorno a "Elogio della giustizia"*, cit., p. 215 ss.). Sorvolando sulle possibili problematicità che una simile modifica porta con sé e che la espongono a forti critiche in termini di ideologicità (infatti, se il risultato finale rimane lo stesso, e ciò che cambia è solo l'argomento utilizzato – scelto comunque tra quelli già disponibili *ab origine*, siccome la Costituzione, nel 1968, era già da tempo ampiamente vigente –, è davvero forte il timore che l'"argomento" possa essere tale solo da un punto di vista meramente nominalistico: la "fungibilità degli argomenti" non sembra essere un buon indizio, almeno a parere di chi scrive), ciò che è rimasto immutato è l'atteggiamento di sfiducia nei confronti dello strumento della "legge" in quanto tale ai fini della modifica del sistema conformemente al fluire dei valori nella società: è per questo specifico motivo che,

sentenze nordamericane (potenzialmente) comprensive, oltre al risarcimento dei danni inteso in senso proprio (*compensatory damages*), di condanne alla corresponsione di *punitive damages*, affermando che la Corte di Cassazione, condividendo la natura polifunzionale della responsabilità extracontrattuale, avrebbe «ammesso [...] la figura dei c.d. danni punitivi», scegliendo consapevolmente di attribuirsi – ed ecco il tratto saliente – «un ruolo *lato sensu* normativo prendendo spunto dalle peculiarità di singoli casi che giudica meritevoli di soluzioni fin qui *prive di qualsiasi supporto normativo*»⁷³.

§ 4. *Erroneità della ricostruzione: a) le problematiche ordinamentali.*

già all'epoca, non fu accolta con particolare entusiasmo la proposta di una legislazione c.d. “per principi” avanzata, pur nel quadro di un’analisi «acuta e brillante» [N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, cit., p. 313], da Rodotà, siccome sempre ricorrente allo strumento legislativo; strumento che avrebbe impedito, così, quel radicale mutamento di prospettiva invocato dall’A. Circa la nuova metodologia legislativa suggerita, si veda S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, cit., *passim* (ma, in particolare, p. 3102: «Se la legislazione civile vuol tornare ad essere il filo con cui si intesse la trama dei grandi istituti della società, allora non può consistere che in ferma disciplina dei principi. Se questi principi non vogliono rappresentare la stanca proiezione di tipi esemplati sulle esperienze già compiute, come tali inidonei a reggere un imprevedibile futuro, allora devono esprimersi in clausole generali»). L’esplicita conferma della mancanza di condivisione della proposta, derivante da un’affermazione contenuta nella parte finale della prolusione del Rodotà («Non è, dunque, in questione il ricorso alla legge, ma il tipo di tecnica legislativa a cui ricorrere»: p. 3106), si trova, da ultimo, in N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., pp. 11-12 (e che l’aspetto problematico sia, in generale, proprio il ricorso allo strumento della legge in quanto tale lo si nota anche in ID., *L’uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 157: «il paradigma dell’uso alternativo del diritto, mentre scuoteva alle fondamenta l’assetto della democrazia liberale di stampo ottocentesco, si collocava pur sempre all’interno di un’ottica di segno positivista asserendo che il diritto non è altro che un ordinamento coattivo»). Della mancata adesione (e applicazione) della metodologia legislativa c.d. “per principi” «non è il caso di dolersi se si considera il rischio che una legislazione di tal fatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista»: così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 6. Cfr., allora, in precedenza, G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, cit., p. 378: «In definitiva, in un regime democratico, il sistema che per la sua indeterminatezza, elasticità, duttilità e manomettibilità, appare meno adeguato è proprio quello che si fonda su principi generali, su leggi-quadro o che abbia, in conseguenza, bisogno dell’attività liberamente creatrice del giudice». Su questo specifico aspetto delle clausole generali, deve essere altresì visto il volume (recentemente tradotto da Luca Nivarra) di J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, 2022. Si sofferma maggiormente sulla impraticabilità di un simile sistema legislativo in uno Stato che abbia assunto nel tempo compiti non più riconducibili ad un minimo essenziale di stampo proto-ottocentesco C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 27: «Peraltro si rivela improcedibile l’idea di una legislazione per principi generali quale rimedio contro l’alluvione legislativa: essa è corretta sul piano teorico astratto ma si rivela velleitaria sul piano storico. L’alluvione legislativa è infatti figlia dello Stato sociale ed è resa necessaria dal ruolo che questo è venuto assumendo nell’ultimo secolo, pervadendo l’intera esperienza sociale, in un tentativo forse inconsapevole di ridurre lo scollamento che caratterizzò lo Stato di diritto rispetto alla società civile». Sulle clausole generali, i loro precedenti storici a cui le si vorrebbe ricollegare e sulle criticità di una simile ricostruzione, si veda G. STOLFI, *Persona umana e norma civile*, cit., p. 508, il quale, ricordando come l’attuale conformazione legislativa degli istituti sia, il più delle volte, «l’ultimo anello di una catena di cui il primo si ancora al diritto romano» (e cioè ad una legislazione scarna integrata mediante l’opera del pretore, del suo editto e dei giureconsulti), non manifesta, però, il suo favore nei confronti di quelle tesi che vorrebbero un estemporaneo ritorno ad una scarna legislazione per “clausole generali”: «Mi pare strano che si voglia ricominciare da capo la stessa opera, pur sapendo che non esistono il pretore romano col suo editto e specialmente i giureconsulti romani che favorirono il progresso civile dei loro concittadini e delle altre genti [...]». Cfr., inoltre, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., p. 90: «E qui mi sia lecito aprire una parentesi, per notare che, l’ordinamento giudiziario moderno essendo totalmente diverso da quello romano, il volere inferire da ciò che fecero i pretori ciò che dovrebbero fare i nostri tribunali altro non sarebbe che un errore di storia». Merita di essere operato un rinvio anche a quanto affermato da E. BETTI, *Forma e sostanza della «interpretatio prudentium»*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, p. 390: «Si è anche voluta ravvisare una analogia fra codesto diritto [la *interpretatio prudentium*], che è opera del ceto dei giuristi, e quello che si assume elaborato oggi dalla dottrina, nella scuola e nella scienza [...]. A nostro sommo avviso, la pretesa analogia non sussiste per la radicale differenza che separa l’ambiente giuridico odierno da quello di Roma antica. [...] La funzione odierna della dottrina si restringe all’interpretazione propriamente detta, ed esula dall’orbita delle fonti del diritto».

⁷³ Sono parole di N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 20 (corsivo agg).

Qualche parola merita di essere spesa su questo passaggio per soffermarsi su almeno tre distinti aspetti che sembrano offrire una buona dimostrazione – per il tramite dell’esempio – di quanto sopra affermato in maniera più generale.

In primo luogo, da un punto di vista generale, si può notare come lo sconvolgimento delle attribuzioni e delle competenze ordinamentali a cui si è fatto più volte sopra riferimento e che deriverebbe dalla applicazione della teoria in questione non sia percepito come un riflesso problematico; anzi, questa rimodulazione «inesorabilmente determinat[a]si nell’esperienza giuridica»⁷⁴ non è solo candidamente ammessa, ma è addirittura auspicata di fronte alla pervicace resistenza di una (presunta, siccome – per fortuna – le cose non stanno realmente così) ridotta pattuglia di decrepiti e strenui difensori di tempi che furono (quasi dei *laudatores temporis acti*⁷⁵): non un *vulnus* ordinamentale e costituzionale, dunque; ma – con incredibile capovolgimento – un valore da custodire e implementare in virtù degli effetti positivi e rinvigorenti che avrebbe sulla scienza giuridica.

Tuttavia, incidentalmente, e quasi a mo’ di semplice interrogativo problematicamente sollevato, non ci si può esimere dal rilevare come la rimodulazione proposta come “inesorabile” e derivante dalla esperienza giuridica non trovi concreti elementi di sostegno: su quali basi si deve inesorabilmente far deviare l’ordinamento, la nomogenesi e la giurisdizione verso un diritto talmente fluido da arrivare quasi a rivestire i panni di un diritto del caso concreto⁷⁶? Si consenta una breve digressione ad integrazione e maggiore esplicazione di quanto sopra già esposto.

⁷⁴ N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 15. E, infatti, ad avviso dell’illustre A., il risultato pratico «sarebbe difficilmente classificabile in funzione di un criterio di gerarchia delle fonti o addirittura alla stregua di una rigida alternativa tra ruolo del legislatore e ruolo del giudice» (*ibidem*).

⁷⁵ L’espressione è tratta dalla critica, come sempre garbata quando si tratta di esprimere dissenso, rivolta a Carlo Castronovo da P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, p. 155 (critica che aveva già espresso un A. che, con Grossi, condivide sensibilità critica e prospettiva di analisi: cfr. N. LIPARI, *L’uso alternativo del diritto, oggi*, cit., p. 157, ove si parla di «persistenti ma antistoriche resistenze» al processo inesorabile di progressiva giurisdizionalizzazione del diritto). Ulteriori citazioni di certo non mancherebbero, ma se ne sceglie – volutamente – una sola, in quanto riferita ad un caso specifico che un A. ha sempre portato quale esempio paradigmatico del mutamento che dovrebbe avvenire all’interno di ogni giurista che non voglia rimanere, a suo dire, legato al passato. Si veda, dunque, ID., *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 876: «Il vecchio illuminista getta via senza troppi rimpianti la vecchia veste, che aveva indossato con tanta convinzione e soddisfazione, quella – però – che, già nel 1940, dopo la conferenza degli universitari cattolici fiorentini, aveva provocato degli interrogativi che si traducevano sostanzialmente nella proposta d’una scelta coraggiosa: mantenersi addosso i panni di “conservatore d’un passato in dissoluzione” o indossare quelli di “precursore dell’avvenire”?».

⁷⁶ Cfr. F. VIOLA, *L’interpretazione dell’interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*, in P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI e G.B. RATTI (a cura di), *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 36, il quale ripercorre il (condivisibile) contenuto della relazione tenuta dal prof. Guastini in occasione della presentazione del libro di G. Zaccaria “Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica”: «A suo avviso la teoria ermeneutica è ossessionata dal caso concreto in modo sicuramente patologico, cioè fino al punto di considerare i casi concreti quasi come essere viventi. I casi non hanno esigenze o desideri, ma è l’interprete che proietta in essi le sue insane pulsioni. Riccardo ha concluso con una feroce critica alla sedicente “giustizia del caso concreto”. Insomma, un disastro». Su quest’ultimo aspetto, si legga lo stesso R. GUASTINI, *Teorie dell’interpretazione. Lo stato dell’arte*, cit., p. 234: «La teoria ermeneutica dell’interpretazione ha una componente propriamente “teorica”, nel senso di puramente descrittiva, e una componente “ideologica”, nel senso di prescrittiva. Entrambe sono accomunate da ciò che in altra occasione ho chiamato “l’ossessione del caso concreto”, nel senso che l’orizzonte della teoria ermeneutica è circoscritto ai problemi di applicazione, di soluzione di casi concreti, e dunque all’interpretazione giudiziale». Si veda, inoltre, M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., pp. 679-680: «In società strutturalmente multiculturali il rinvio al senso comune rischia di apparire completamente “vuoto”, o di servire da copertura a scelte compiute in modo del tutto soggettivo da chi prende decisioni. Non è un caso che proprio nella società tipicamente e tradizionalmente multiculturale [...] siano emersi negli ultimi decenni orientamenti teorici che, sotto la comune etichetta di *postmodern jurisprudence*, tendono in vario modo ad esaltare le peculiarità di singoli o gruppi [...] sino a suggerire che la decisione giudiziaria dovrebbe tenere conto soprattutto di queste peculiarità, piuttosto

Qualora si cerchi di evadere dalle strettoie logiche e dimostrative che vorrebbero presentare la teoria rimodulativa come “di per sé evidente” (ma, a bene vedere e come detto, la auto-evidenza non è un argomento per il semplice fatto che non ci dice nulla, ci pone solo di fronte ad un assunto che non potrebbe nemmeno essere contestato in ragione – per l’appunto – della sua evidenza), l’unico elemento individuabile che si è avuto la bontà di portare a sostegno è costituito dall’art. 3, comma 2, Cost., nella parte – esaltata in massima misura e posta quale aristotelico motore immobile del nuovo sistema – in cui fa riferimento all’eguaglianza sostanziale da contrapporre ad un’eguaglianza formale⁷⁷ di stampo formalistico e tardo-ottocentesco⁷⁸ di cui il concetto di fattispecie legislativa generale e astratta costituirebbe un preclaro riflesso. Orbene, ad avviso dei sostenitori della tesi, l’aver posto il dovere di eliminare gli ostacoli⁷⁹ contemplati nel comma citato⁸⁰ imporrebbe un ruolo

che di criteri generali e astratti come quelli che tipicamente sono forniti dalle norme giuridiche. In questa direzione una delle conseguenze che si prospettano è che la decisione giudiziaria dovrebbe essere massimamente *individualizzata* piuttosto che formulata *secondo regole*» (corsivo orig.).

⁷⁷ Si veda la prolusione senese, nel centenario della Rivoluzione francese, di L. MORTARA, *La lotta per l’uguaglianza*, ora ripubblicata in *Quad. fior.*, 1990, p. 160: «L’uguaglianza di diritto non contiene l’uguaglianza di fatto. Anzi il principio della uguaglianza di diritto non ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell’ordine di natura sono inevitabili. Ma l’uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest’ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento. Tendenza ed aspirazione che gli uomini dell’età nostra non possono arrogarsi il diritto di giudicare se e quando siano nel lontano avvenire realizzabili» (corsivo orig.); di conseguenza, «[v]edremo la costituzione e il funzionamento della sovranità, tutta la legislazione e l’opera governativa, ricevere, con l’impronta del nuovo principio, indirizzi nuovi per le vie della civiltà e del progresso».

⁷⁸ «Si teorizza, valorizzando tali norme, che il diritto eguale borghese è un diritto sostanzialmente diseguale, e quindi introdurre forme di diritto diseguale è la via per recuperare la “sostanza” del principio di eguaglianza»: così C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, cit., c. 43.

⁷⁹ L’esasperazione con cui in certi (troppi, di recente) frangenti si suole ritornare su questo singolo aspetto, dimentichi delle nefaste conseguenze che un fraintendimento del ruolo di quest’ultimo all’interno dell’assai più complesso disegno ordinamentale potrebbe cagionare, consente di poter intravedere una interessante analogia col pensiero (riferito, però, ad un ambito ancor più delicato) del già citato volume di Bonini: «Da tali premesse [sul principio di legalità] deriva non solo che il reato è concretamente rimesso alla discrezione del giudice per la valutazione della difformità del fatto con gli interessi della classe dominante [...], ma che il reato è diverso a seconda della classe alla quale l’imputato appartiene per cui, ad es., il furto delle persone facoltose è più grave del furto commesso dal povero» (così G. BETTIOL, *A proposito di “diritto penale socialista”*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 50).

⁸⁰ Debbono essere brevemente richiamati alcuni passaggi – ritenuti assai significativi ed esemplificativi – dei resoconti sommari della seduta dell’11 settembre 1946 della Prima Sottocommissione dell’Assemblea Costituente (cfr. *Volumi dei lavori dell’Assemblea Costituente*, XV, Roma, 2008, rist. anast., p. 36): l’on. Mastrojanni «riterebbe utile che i relatori chiarissero il concetto del comma in esame, e solo in seguito i colleghi fossero ammessi a discuterne»; a cui segue la risposta del relatore, on. Basso: «Naturalmente i primi articoli della Costituzione *non possono essere delle norme concrete di pratica applicazione, ma delle direttive indicate al legislatore* come un solco in cui egli debba camminare, come affermazione della finalità cui la democrazia tende e cioè verso l’eguaglianza sociale» (corsivo agg.). Successivamente (p. 39), l’on. Togliatti si sofferma sull’elemento testuale anche oggi molto valorizzato, «fa[cendo] presente che è proprio il termine “di fatto” che dà una nuova impronta *alla legge*» (corsivo agg.), impostazione subito confermata dalle parole del relatore, on. Basso, il quale «osserva che dopo aver fatto una solenne affermazione dei principi di libertà e di eguaglianza, nella concreta realtà sociale, questi principi possono trovare poi ostacoli di ordine economico e sociale che impediscano il raggiungimento dell’affermata eguaglianza. Pertanto *tutta l’opera della legislazione* italiana deve tendere ad eliminare questi ostacoli» (corsivo agg.). I passaggi citati vengono, dunque, a costituire le (invero, non banali) ragioni per cui non sono ritenute condivisibili le posizioni e le prospettive entro cui si muovono, ormai da molto tempo, P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, pp. 51-52 (in quanto ci sofferma esclusivamente sulle parole “di fatto”, senza prestare attenzione alla rilevanza attribuita, in seno all’Assemblea stessa, alla legislazione) e N. LIPARI, *Un problema di confini? (A proposito di due recenti libri)*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2022, p. 199, il quale rileva – da ultimo – come questo “sviluppo fondamentale” che «esige l’analisi di un dato fattuale, di un modo d’essere dell’esperienza» non goda però di buona salute in sede di applicazione giurisdizionale: «[s]i deve riconoscere che il principio di cui all’art. 3 cpv. della nostra Costituzione è rimasto fin qui estraneo (salvo pochissime eccezioni) ai procedimenti applicativi della nostra giurisprudenza, quasi che la giurisdizione non fosse uno degli snodi di quella Repubblica cui, secondo il dettato costituzionale, spetta l’attuazione del principio». A prescindere dall’indubbio interesse mostrato – in questo frangente – dall’A. per il versante testuale (il che dovrebbe destare particolare attenzione) e per la sua cogenza non suscettibile di modificazione alcuna (poi, come ciò si concili con una concezione teorica dei principi elastica e aperta alla determinazione

maggiormente attivo dell'ordine giudiziario⁸¹ al fine di garantire il concreto e costante perseguimento del risultato⁸² di giustizia⁸³, eventualmente anche in una direzione non coincidente (ma, potenzialmente, perfino opposta⁸⁴) a quella cristallizzata nel dettato legislativo⁸⁵.

sociale del contenuto, non ci viene detto; e non basta affermare che vi è un limite che la valorialità sociale non può superare, siccome l'argomento sarebbe – e, forse, dovrebbe essere – utilizzabile anche per le altre disposizioni costituzionali, quali, ad es., quelle sulla produzione della legge e sulla ripartizione delle competenze), merita di essere rilevata la contrarietà della ricostruzione con quanto si è avuto modo di riportare testualmente in apertura della presente nota (che non è opinione di giuristi reazionari obnubilati da formalistico vecchiume positivisticò, ma espressione di ciò che si intendeva nella sede in cui la fonte invocata è stata creata). Sull'aspetto da ultimo messo in evidenza, sembrano potersi trovare rassicuranti conferme in M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 58-59: «basta dire che quella che sembra esaltazione della prescrittività costituzionale è, in realtà, radicale alterazione del modello disegnato dalla Costituzione repubblicana, che è [...] fortemente caratterizzato dal positivo apprezzamento dell'agire politico, inteso anzitutto come strumento di compimento del percorso di sviluppo della personalità di tutti e di ciascuno tracciato dall'art. 3, comma 2» (corsivo agg.). Il punto è lucidamente colto, come sempre, da C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, cit., pp. 776-777: «il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2 cost può ben essere considerato un'eccezione, proprio per questo da concretizzare in chiave rigorosamente legislativa, al principio di eguaglianza formale fissato al co. 1, il quale continua a costituire la pietra d'angolo dello Stato di diritto». Meritano attenzione, inoltre, i risalenti rilievi di U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, cit., pp. 656-657. Più in generale, circa la rilevanza “orizzontale” ai principi costituzionali, si veda P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, cit., p. 3225: «Escluso che dette norme abbiano quale loro unico destinatario il legislatore e che la loro natura sia, per definizione, limitativa o programmatica, s'impone affrontare il problema della loro diretta rilevanza nei rapporti interindividuali, con particolare riguardo ai rapporti di diritto civile».

⁸¹ Così E. SCODITTI, *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 285 (il fatto che l'autorevole esponente della magistratura di legittimità si mostri particolarmente sensibile al tema può essere ricondotto all'appartenenza a quella scuola, assai vivace, a cui diede vita il professor Lipari).

⁸² R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, cit., p. 235: «gli ermeneutici sembrano pensare che ciò che i giudici, a loro avviso, comunemente fanno [...] si fatto bene. La componente prescrittiva, [...] ridotta all'osso, consiste dunque in una raccomandazione, rivolta al giudice, di non decidere [...] applicando “ciecamente” o “meccanicamente” le norme esistenti, ma di decidere invece cercando la giustizia del caso concreto, una giustizia case by case, scegliendo l'interpretazione più conveniente in vista del risultato. Insomma: decidendo, diciamo, secondo giustizia più che secondo diritto» (corsivo agg.).

⁸³ Nella civilistica, l'idea è ricorrente, da ultimo, in N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021 (ad es., p. 74: «Quel traguardo che un tempo poteva ritenersi, senza sostanziali conflitti, consegnato ad un testo, oggi va ricercato, indagato, esplorato e non è possibile farlo se non in vista di un fine, del perseguimento di un risultato condiviso dalla comunità di riferimento. E quindi sostanzialmente nell'ottica di un comune sentimento di giustizia»). Inoltre, l'A. ci rammenta come, a suo avviso, la nuova ottica imporrebbe la condivisione di una nuova declinazione del principio di legalità a cui è pervenuto «un filosofo del diritto della nuova generazione» (p. 71): il riferimento è alla differenza tra quanto contenuto in S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss., e in M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 371 ss.

⁸⁴ Emblematica la vicenda del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.: «Sta di fatto che il sintagma “giusto processo”, introdotto nell'art. 111 Cost, non è inteso nel senso che il processo è giusto se è svolto nel rispetto delle leggi che lo regolano (là dove la legge processuale funge anche da limite al potere del giudice), ma che è tale se ottiene la decisione giusta. Se questo è l'obiettivo (peraltro in contraddizione con riti costellati di preclusioni e decadenze, che spesso hanno soltanto fini dissuasori), è inevitabile che la prova venga utilizzata comunque, anche se è stata acquisita senza il rispetto delle regole, perché le fonti di conoscenza, in questi casi sono preziose e non vanno disperse (ce lo ha detto anche la Corte costituzionale. Si creano, in questo modo, i presupposti per pericolose deviazioni [...])» (G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, cit., p. 1167). Ritorna lucidamente sul punto C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, cit., pp. 1013-1014: «In realtà sembra molto più saggio ritenere che in tale contesto giustizia ed equità significhino soltanto il rispetto formale delle regole, che costituiscono le misure approntate dallo stato di diritto a presidio della persona: nient'altro che il *due process of law* della tradizione statunitense e del XIV emendamento, dal quale queste formule derivano. Si tratta di distinguere la giusta sentenza dalla sentenza giusta. La pretesa che la giusta sentenza sia anche una sentenza giusta è stata sempre prudentemente rimossa nella tradizione occidentale, la quale nel rispetto della forma giuridica ha trovato il suo *Als-Ob*, la regolarità formale conseguibile in luogo della giustizia, che rimane idea dominante ma inattuabile, convinta come sempre è stata che la pretesa di essere giusti sfociasse nella pretenziosità e nell'arbitrio».

⁸⁵ A tal proposito, dovrebbero essere lette le discussioni svoltesi in seno alla Assemblea Costituente (cfr. *Volumi dei lavori dell'Assemblea Costituente*, IX, cit., p. 1796 ss.), ove non viene messo in alcun dubbio il fatto che la “soggezione del giudice alla legge” non costituisce solo una garanzia per gli appartenenti alla magistratura, ma anche un limite (da

La questione, ovviamente, imporrebbe una trattazione analitica che, nell'economia del presente lavoro, non può certamente essere svolta. Tuttavia, non può non essere sollevato un interrogativo particolarmente importante riguardante, come sopra accennato, il disegno complessivo delineato nel (e consegnato al) testo costituzionale: come può effettivamente ritenersi plausibile – e, quindi, sostenibile – che i costituenti abbiano posto un principio caratterizzato da una immane potenza nello stesso testo in cui, a distanza di qualche decina di articoli, viene analiticamente disciplinato il procedimento di produzione del diritto, vengono indicati i soggetti a ciò legittimati e – ancora oltre – vengono indicate, nuovamente, procedure e soggetti chiamati a collaborare, in diverso grado e in diverso modo, nella verifica della compatibilità del prodotto normativo con i principi ed il portato assiologico costituzionali⁸⁶? A meno che non si voglia ritenere che i costituenti abbiano deciso di affermare un principio e, poco dopo, trepidi emuli di Penelope con la sua tela, lo abbiano per altra via

vedersi, questa volta, quale garanzia per i soggetti che si trovino dinnanzi al giudice) ben tangibile posto alla sua funzione. In particolare, merita attenzione il lungo discorso del prof. F.M. Dominedò (p. 1823 ss.), di cui si sceglie di riportare solo alcuni estratti: «Ora a me pare, cercando di seguire la trafila dei lavori preparatori e la gestazione spesso faticosa delle Commissioni, ma soprattutto sforzandomi di sentire quella che è l'aspirazione della nostra coscienza, nella veste di rappresentanti del popolo italiano in sede costituente, a me pare che la finalità centrale – e perciò lo spirito informatore del Titolo – sia esattamente quella di assicurare l'indipendenza della funzione giurisdizionale e quindi la figura del giudice libero. Mi guardo a questo proposito da reminiscenze storiche che i potrebbero condurre troppo oltre, sino alla scuola del diritto libero. Lascio Kantorowitc [*sic*] ed i suoi continuatori, perché, quando parlo di giudice libero, intendo evidentemente dire: giudice libero nell'alveo della legge» (p. 1824). Ma, ancora: «Ecco, precisamente: vogliamo che il diritto sia nutrito di socialità, non solo nella fase creatrice, ma anche nella fase applicativa. Questo fa parte del nostro senso umano, del nostro spirito della democrazia. Questo, sì, noi vogliamo. Ma ciò inquadriamo proprio nel principio di libertà del giudice nell'ambito della legge» (*ibidem*). Da ultimo, quasi a mo' di conclusione di questa prima parte del discorso più teorica (ed anche per questo dovrebbe essere letta: sintetica, ma assai densa di contenuti): «Poiché non si rinnega, bensì si avvalora il principio della certezza del diritto, quando affermiamo che un giudice libero, così nutrito di socialità nell'esercizio della sua virtù discrezionale, debba operare ad un tempo nel campo del diritto costituito e preservare quindi l'esigenza suprema della intangibilità del diritto obiettivo. Servi della legge per poterci dire liberi, secondo la grande parola di Cicerone» (p. 1825). Il discorso del Dominedò fu condivisibilmente seguito, come recano i resoconti stenografici, da «Vivissimi applausi – Congratulazioni». All'esito di questa (non breve) citazione, risulta quindi non accoglibile la interpretazione del comma in questione che viene offerta da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 125: «Io lo leggerei così: la soggezione del giudice *soltanto* alla legge intende salvaguardare la sua autonomia e indipendenza, non esprimere una relazione di tipo gerarchico» (corsivo orig.). Sulla libertà del giudice in rapporto alla legge, si vedano le caustiche parole di S. SATTA, *Il giudice e la legge*, cit., p. 130: «Un giudice che non abbia o non voglia avere sopra di sé la legge, secondo certe ricorrenti aspirazioni, s'illude di essere un giudice libero: egli è soltanto un giudice disponibile». Cfr., inoltre, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., pp. 919-920: «La "soggezione" del giudice alla legge, enunciata dall'art. 101 Cost., deve ricevere larga e profonda lettura. Vi si esprime non soltanto una garanzia di indipendenza da altri poteri dello Stato, ma anche una duplice regola di decisione: il vincolo applicativo alla "legge", e non a un generico e vago "diritto", che possa immaginarsi oltre e al di là della legge (onde legge e diritto si identificano senza residui); la "mediatezza" del rapporto tra giudice e fatto concreto, il quale non gli si porge nella sua "immediatezza", ma viene ridotto e racchiuso nello schema normativo (nella "fattispecie"). L'applicazione della legge rifiuta ed esclude la "immediatezza" del confronto tra giudice e "vita" (o realtà, o altro di consimile), la quale invece va posta o abbassata al rango logico di "caso", ossia di fatto conforme a modello tipico». Sulla stessa linea C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, cit., p. 993: «E certo se ne coglie anche il significato importante di bastione delle legalità, eretto bensì a protezione della libertà individuale ma espressione di un garantismo più ampio perché duplice: uno rivolto al cittadino, l'altro allo stesso giudice, di *ambidue ergendosi ad usbergo la legge*: onde nel momento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, è di questa servitore e non di altro potere, ma non può trascenderla violando la libertà individuale, che dalla legge è appunto garantita» (corsivo agg.).

⁸⁶ La difficoltà di rinvenire, all'interno della Costituzione stessa, elementi che possano fungere da utile limite a certe tendenze ricostruttive dell'ordinamento e del giuridico mondo non riguarda tanto il dato positivo (siccome, come visto, non mancherebbero), quanto la disponibilità dell'interprete a tenerli in debita considerazione. Sia nuovamente consentito citare alla lettera un passaggio di S. SATTA, *Il giudice e la legge*, cit., p. 134: «la Costituzione non basta, a questa gente che non accetta la giuridica, e giuridicamente severa, realtà della vita. Ed è naturale che sia così: quando non si accetta di essere servi delle leggi, nessuna legge, nessuna carta, nessun principio può porre ostacolo al libito che si fa licito, cioè in definitiva al proprio orgoglio».

dis-fatto senza preoccuparsi dei possibili problemi sistematici da ciò derivanti⁸⁷, sembrerebbe maggiormente appropriato ritenere che il comma in questione sia certamente connotato – al di là del suo aspetto assiologicamente rivoluzionario – da una potenzialità evolutiva dell’ordinamento senza precedenti⁸⁸, ma che, per il suo tramite, non si possa procedere non solo ad un eccessivo ampliamento del meccanismo di controllo di costituzionalità ed alla eventualmente conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale⁸⁹ (cosa che, però, la Corte costituzionale non si è lasciata sfuggire⁹⁰), ma anche ad una sua estensione alla magistratura ordinaria⁹¹ e, in definitiva, alla totale confusione dei

⁸⁷ È per questo ordine di ragioni (nonché per quanto verrà rilevato nelle note immediatamente successive) che non convince la posizione di G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Riv. diritti comparati*, 2022, pp. 3-13, in cui il modello del costituzionalismo giuridico (secondo cui i diritti fondamentali sarebbero sottoposti ad una «amministrazione da parte di organi di tipo giudiziario»: p. 5), opposto a quello del costituzionalismo politico (caratterizzato, di contro, «dalla centralità del momento politico – e, segnatamente, dalla deliberazione democratica – nell’amministrazione dei diritti fondamentali»: p. 6), sembra, in fin dei conti, essere osservato con particolare favore da parte dell’A. in ragione di un intrinseco legame dei diritti fondamentali alla giurisdizione. Epperò, si badi, al fine di evitare di poter ingenerare la convinzione che il momento giurisdizionale sia di per sé sufficiente per fare “vivere i diritti”, non basta affermare che vi è «anche bisogno del momento legislativo» (p. 12, corsivo agg.), poiché, in questo modo, l’ampiezza dei poteri che si finirebbe con l’attribuire alla magistratura tutta (e, come è dato leggere nel saggio, anche agli apparati amministrativi) sarebbe difficilmente conciliabile con la struttura ordinamentale – certo, forse più complessa e accentrata (e, dunque, meno suscettibile di applicazioni “di prossimità”), ma, di sicuro, non surrettiziamente sovvertibile – che è stata consegnata, con sufficiente chiarezza (ma, magari, meno condivisibilmente, per alcuni), al testo costituzionale; struttura che, se applicata con maggiore fedeltà, renderebbe forse meno problematico quel rapporto di tensione (non certo da incentivare) tra *judicial review* e democrazia rappresentativa (cfr. p. 13). Sul punto, cfr., in precedenza, S. COTTA, *L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, cit., p. 425: «O viene considerato valido il criterio della maggioranza politica – esteso così dall’ambito elettorale-parlamentare a quello giurisdizionale – e allora il giudice dovrà attenersi alla legge, poiché questa esprime la volontà e i valori della maggioranza, ai quali il giudice dovrà richiamarsi nei casi di ambiguità o genericità del testo normativo. Oppure, se si svincola dal criterio della maggioranza, il giudice non potrà che seguire la volontà e i valori della minoranza, anzi d’una delle varie minoranze presenti nella società. In tal caso il giudice si costituisce come *oppositore dichiarato della maggioranza* e quindi un *conflitto permanente* si apre tra legislazione e giurisdizione. L’alternativa tra criterio di maggioranza e criterio di minoranza mi pare insuperabile. Infatti, attribuire al giudice il compito di conciliare maggioranza e minoranza secondo un criterio politico superiore ad entrambe (criterio che potrebbe essere solo personale) significa ricadere nell’ipotesi del giudice arbitrario. L’alternativa è dunque rigida» (corsivo agg.). Sulla critica al principio di maggioranza, si veda H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 199: «Il principio di maggioranza viene rifiutato perché – a torto o a ragione – viene rifiutato il compromesso, del quale esso costituisce il presupposto».

⁸⁸ Come si è avuto modo di notare anche grazie alla citazione testuale delle discussioni in seno all’Assemblea Costituente, la portata ordinamentale del principio di uguaglianza nella sua nuova duplice declinazione non deve essere fraintesa e utilizzata strumentalmente per surrettizie rivoluzioni e sconvolgimenti delle attribuzioni di poteri; emerge, di contro, la volontà di ribadire e rafforzare ulteriormente l’aspetto propositivo del principio (che, come visto dalla prolusione del Mortara, non era nient’affatto escluso dal nucleo originario), affinché quest’ultimo fosse sempre ben presente al legislatore e ne orientasse quanto più possibile l’operato.

⁸⁹ Cfr. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 682: «l’opera del legislatore non deve solo auspicabilmente preservare un margine di flessibilità alla valutazione giudiziale sul caso, ma anche rimanere soggetta al controllo sia della Corte costituzionale sia delle Corti internazionali. Anche in questo caso, tuttavia, si impone un necessario *self-restraint*. La funzione storica di tali organi è ed è stata quella di impedire gli abusi o addirittura le possibili follie del potere legislativo, ma non quella di delegittimare tale potere e le scelte effettuate dai parlamenti nazionali. È evidente, dunque, che il ruolo di tali organi, e *a fortiori* delle Corti internazionali, è assolutamente limitato alla funzione di reagire a violazioni palesi dei diritti umani e non quella di sostituire alla visione politica che si evince da una scelta legislativa, eventualmente supportata dalla Corte costituzionale nazionale, una differente e contrapposta “volontà”».

⁹⁰ Sia consentito riportare ancora un passaggio del discorso del prof. F.M. Dominedò sulla Corte costituzionale: «Poiché noi dobbiamo porci questo quesito: la Corte costituzionale che funzione avrà? Creare il diritto o dire il diritto? Ora alla Corte spetterà precisamente di dire il diritto nell’ambito della Costituzione, voluta e creata dagli organi rappresentativi della volontà popolare» (*Volumi dei lavori dell’Assemblea Costituente*, IX, cit., p. 1827). Ci si domanda (ma senza voler qui fornire esplicita risposta) se l’attuale magnificato e onnipotente controllo di ragionevolezza della legge posto in essere dalla Corte costituzionale possa effettivamente corrispondere ad uno *ius dicere*, e non debba essere inteso, invece, come attività (invero più aderente alla realtà) di *ius facere*.

⁹¹ Il pensiero va, per es., al compito di “invenzione” del diritto dal quel presunto “sostrato valoriale comune” che Grossi (P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., p. 83) attribuisce anche al giudice ordinario (civile): «In questa sede, in

ruoli e delle competenze⁹² dei diversi soggetti costituzionalmente rilevanti⁹³: ecco la ragione per cui si dubita della fondatezza di una ricostruzione che vorrebbe presentare il giurista (e, in particolare modo,

cui ci occupiamo del ruolo attuale del giudice civile, non ho dubbi che anche a lui si possa estendere la conclusione ora fatta per il giudice costituzionale, mentre discorso sensibilmente diverso dovrebbe forse riguardare il giudice penale». Orbene, perché si esclude da questa nuova prospettiva il giudice penale? Sulla base del contenuto *testuale* di alcuni articoli della Costituzione? Il testo, allora, avrebbe una sua rilevanza; e questa non sarebbe nemmeno poi così trascurabile, dato che riuscirebbe a limitare pesantemente una ricostruzione di cui non si narrano altro che le magnifiche sorti e progressive. Epperò, ciò dovrebbe valere, di conseguenza, anche per la interpretazione di altri articoli della Costituzione (quali – ad es. – quelli sulla produzione della legge e sulla soggezione a quest’ultima): su quali basi si fonderebbe una eventuale distinzione? Sinceramente, oltre a non riuscire personalmente a trovare alcuna valida ragione (ma il limite è tutto soggettivo), questa nemmeno ci viene offerta (e così il limite diviene pesantemente oggettivo). A questo punto, però, qualcuno potrebbe sagacemente obiettare che questa limitazione corrisponde proprio a quelle non trascurabili esigenze di tutela che il singolo consociato storicamente ha richiesto nei confronti dell’apparato penale e che, anche in assenza di un testo scritto, sarebbero chiaramente, evidentemente e incontrovertibilmente individuabili nel tanto esaltato comune sostrato valoriale. Bene, ammettiamo – per assurdo, sia chiaro – che la spiegazione possa anche essere questa. Ma, allora, ciò non dovrebbe valere anche per le esigenze che, in ambito privatistico, sono sfociate nella richiesta di un diritto che fosse scritto e che non fosse liberamente producibile (dove la necessità della forma scritta), alterabile o modificabile in sede giudiziaria? La limitazione, dunque, disvela il limite della teoria. Sull’ultimo punto toccato, sono utili i rilievi di G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, cit., p. 396: «La rigidità non è, in una legislazione civilistica, un carattere proprio soltanto di un codice civile; essa deriva da una esigenza propria di ogni legislazione civilistica che deve appunto esprimere non soltanto criteri di valutazione di interessi, ma modi di organizzazione di interessi e di rapporti. La presunta rigidità del codice civile deriva dalla necessaria rigidità di queste forme organizzative».

⁹² Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 40-41: «la differenza concettuale dell’attuazione e applicazione della Costituzione (per quanto fatalmente elastica nella concreta pratica dell’ordinamento) era definita con puntualità: la prima sarebbe consistita nel realizzare, secondo le cadenze e le priorità della politica, la volontà progettuale dei costituenti (per come oggettivarsi nel testo delle norme costituzionali); la seconda nel far valere la sua supremazia nei riguardi delle fonti subordinate. Protagonista della prima attività sarebbe stato il legislatore, mentre della seconda sarebbe stato lo stesso giudice costituzionale. Questa sistemazione sinteticamente data all’intera problematica dalla Corte [...] era, a me tuttora sembra, convincente». Si veda anche M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., p. 1092: «Se ci si muove, come riteniamo tuttora doveroso, nell’attuale quadro costituzionale, il primato della legislazione (anche costituzionale, s’intende) sulla giurisprudenza dovrebbe essere fuori di discussione». La confusione di ruoli e competenze costituzionalmente previsti, non trovando solide basi giuridiche su cui potersi appoggiare, sembra quindi costituire una nuova emersione della profonda ideologicità (politica) delle teoriche in questione; teorie che, sia consentito notarlo incidentalmente, peccano anche di contraddittorietà logica, poiché, nonostante invocino a ogni piè sospinto la Costituzione, finiscono col porsi in contrasto con quest’ultima nel momento in cui, non rispettando la ripartizione dei compiti e delle competenze, violano il già richiamato dovere (cfr. XVIII disp. trans. fin.), previsto *per tutti i cittadini e organi dello Stato*, di osservarla *fedelmente*. Cfr., sul punto, S. COTTA, *L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, cit., pp. 426-427: «Come esemplarmente stabilisce la nostra costituzione, “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101); perciò, se non rispettano la ripartizione costituzionale dei compiti, violano la legge suprema, venendo meno al loro dovere d’ufficio, e si pongono fuori dall’ambito in cui sono un’autorità giuridicamente costituita» (corsivo agg.).

⁹³ Deve prestarsi molta attenzione alla severa e assai critica analisi di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021, n. 3, p. 86 ss., in cui vengono prese in considerazione due note questioni di legittimità costituzionale sollevate innanzi alla Corte (c.d. caso DJ Fabo e diritto di due donne unite civilmente ad essere genitori) che, nonostante siano ritenute assimilabili (poiché entrambe si muovono all’interno del noto spazio “vuoto” lasciato dalla Costituzione), hanno ricevuto un trattamento assai differente: infatti, mentre nel secondo caso la Corte ha condivisibilmente optato per una declaratoria di inammissibilità della questione, nel primo caso, ha scelto – come noto – di percorrere la inconsueta via del rinvio con concessione di un termine per procedere legislativamente alla rimozione di una incostituzionalità già riscontrata. Come si sarebbe potuto evitare, ad avviso dell’A., uno spettacolo non proprio encomiabile e chiara manifestazione di tendenze para-legislative? Rispettando la ripartizione dei compiti, non coinvolgendo la Corte in questioni che sarebbero dovute essere di esclusiva competenza del legislatore, unico soggetto legittimato a “intercettare” la coscienza sociale: «In questi casi, è proprio in coinvolgimento della Costituzione a suonare stonato. La Costituzione dice quel che c’è scritto, non già quel che *oggi* ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”. Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, e di nuovo, gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti. C’è un procedimento di revisione apposito, certo difficile e complesso: ma tale è *pour cause*, per resistere ai tentativi di cambiamento, come è compito delle Costituzioni rigide. La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che “sta al passo coi tempi” [...]» (p. 97-98). Sull’originalismo e il testualismo in ambito costituzionale, con specifico riferimento all’esperienza nordamericana, non può non essere richiamato il volume di G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, 2022 (in particolare, per quanto qui di interesse, p. 67

la magistratura) quale terminazione nervosa atta alla ricezione di un sentimento diffuso nella società e determinatosi – per di più “inesorabilmente” – nel fluire di una esperienza giuridica dalla chiara eco capogrossiana; esperienza sulla base della quale si dovrebbe arrivare perfino alla posizione/creazione di nuove norme e alla disapplicazione per contrasto⁹⁴ (non tanto col diritto euro-unitario – ambito nel quale il concetto risulta familiare al giurista –, quanto) coi valori⁹⁵ che nell’esperienza si rendono... evidenti!

§ 5. Segue. *b) una socialità con dubbie basi assiologiche.*

In secondo luogo, ma adottando – questa volta – un punto di vista maggiormente incentrato sulla particolare fattispecie che ci occupa, non appare assolutamente convincente la motivazione che dovrebbe assurgere a giustificazione di quanto affermato. Anche volendo ammettere – per assurdo – che oggi si debba ragionare in conformità ad un paradigma ordinamentale che non risponde più a quello fondato su di una divisione dei poteri facilmente⁹⁶ riconoscibile e su di una gerarchia delle fonti intesa quale “riflesso dell’ipostasi del positivismo giuridico”⁹⁷, non è dato comprendere come l’affermazione della creazione giurisprudenziale del diritto basata sul perseguimento di un risultato di giustizia sostanziale – il cui contenuto si è concretamente determinato nel libero fluire dell’esperienza e non nella astrattezza vincolante dello *ius scriptum* che tende ad una intollerabile uniformazione per il tramite della “gabbia” della fattispecie legale⁹⁸ – sia destinata a venire in rilievo

ss.), in cui viene doviziosamente ricostruita – per la prima volta in lingua italiana – la nota (e divisiva) teoria interpretativa di *Justice* Scalia. Sul tema dell’originalismo e del suo influsso all’interno della Corte Suprema degli Stati Uniti, si può leggere quanto contenuto in A. PIN, *Le corti degli Stati Uniti, l’interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L’era Trump ha lasciato un segno?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 187 ss. Sull’originalismo, ma in termini più generali, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 438-441. Sulla usurpazione, da parte della Corte costituzionale, di funzioni che spetterebbero, invece, al legislatore, si veda la (già risalente) critica di S. SATTA, *Il giudice e la legge*, cit., p. 135: «anche la Corte è inserita nel sistema, ubbidisce e deve ubbidire al sistema. Se non lo fa, se esce dal sistema, usurpa le funzioni del legislatore, che è purtroppo la tentazione comune alla Corte (e ai giudici di merito), alla quale, un po’ per la naturale insofferenza che ciascuno ha dei propri limiti, un po’ per la carenza del legislatore e dello Stato, non si sa resistere». Ma, ancora: «Sola difesa della Corte è che essa si considera un organo politico, non giurisdizionale: e naturalmente a questo non c’è possibilità di risposta».

⁹⁴ La tensione tra *essere* e *dover essere* (che caratterizza – fino a prova contraria, che non è stata ancora fornita – l’ambito della giuridicità) e la conseguente preferenza per una supremazia del primo sul secondo (e ciò onde evitare cesure troppo nette tra i due ambiti al fine di riavvicinare il diritto alla realtà, con riduzione di quella tremenda impositività “dall’alto”) è ben evidenziata da G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit., pp. 381-382: «Orbene, questa necessità dell’accadere, nonostante ogni coercizione della logica astratta, sfugge ai giuristi. Essi, immemori dell’*essere* storico del diritto, si lasciano illudere da un vano *dover essere*: la perfetta conformità tra la situazione di fatto e la norma giuridica, il rispetto assoluto della lettera della legge. Intanto la realtà è più forte di loro. Tutte le più belle raccomandazioni di fedeltà alla legge non impediranno mai al giudice e allo scienziato di farsi creatori del diritto nel caso concreto, quante volte si tratti di schivare le conseguenze inique di una legge [...]».

⁹⁵ Merita attenzione la posizione di chi (M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 694), pur riconoscendo «un ruolo sempre più attivo e creativo» del giudice che lo porta a «definirsi come *interprete attivo* della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo» (corsivo orig.) al fine di soddisfare un bisogno di giustizia che sia, però orientato non «nel senso della giustizia particolaristica del caso singolo, quanto piuttosto nel senso della giustizia della decisione giudiziaria vista come accettabilità di essa nel contesto giuridico e sociale» (cfr. ID., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 20 ss.), continua ad evidenziare «la necessità – tipica dello Stato di diritto fondato sul principio di legalità – che questa creazione avvenga secondo criteri di *razionalità*, e sia riconducibile entro il contesto – dinamico finché si vuole, ma non privo di ordine – dell’ordinamento» (p. 30, corsivo agg.).

⁹⁶ Peculiare, sotto questo aspetto, l’analisi di J.H. MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: l’interpretazione*, cit., p. 386 ss., ove il (consapevole) atteggiamento del giudice che non voglia – nonostante si trovi nella posizione per poterlo fare – modificare la legge sulla base di un’auspicabile (in base a cosa?) evoluzione viene addirittura qualificato come “folklore” in cui egli trova rifugio, finendo, così, per aggiungere all’immobilismo del legislatore anche quello giudiziario.

⁹⁷ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 5.

⁹⁸ L’immagine, invero, non è poi (così) nuova. Merita di essere integralmente riportato, specie per la chiusa, un graffiante passaggio di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., p. 947: «Vi è tutta una scuola, che forse nelle

con riferimento al tema dei *punitive damages* e, di riflesso, delle funzioni della responsabilità civile⁹⁹. Per questa ragione, è opportuno spendere, sul punto, qualche ulteriore parola che funga da chiarificatrice esplicazione dei dubbi che sembrano sorgere nel momento in cui la teoria, ancora nella fase di astrattezza che le è propria, viene calata nella concretezza degli eventi – ponendola in relazione ad un caso specifico – per verificarne (positivamente, nell'intento dei sostenitori, con una conseguente approvazione empiricamente fondata) la correttezza e la praticabilità; parole necessarie al fine di meglio comprendere i termini in cui deve essere inteso – anche con riferimento alla concretezza dei casi rilevanti per l'analisi qui condotta – il dissenso.

Prima di addentrarsi nella disamina del caso in questione, dovrebbe essere però svolta una breve precisazione che consenta di integrare quanto già esposto in relazione al contenuto della teoria che ci occupa. La nuova e ipotetica modalità di produzione del diritto socialmente orientata, al fine di non pervenire a (o di prevenire?) risultati che la ponessero in un solco di continuità ideologica con la ben nota e risalente (ma il cui fascino sa anche oggi generare sostenitori¹⁰⁰) *Freirechtslehre*¹⁰¹, ha individuato nel testo costituzionale e nei principi e valori ivi contenuti un elemento particolarmente

sue massime esagerazioni non ha molti seguaci, ma che pure attrae molta gente, la quale ritiene che nella pratica applicazione il giudice non debba stare troppo attaccato alla legge, che è un vincolo scomodo, duro, spesso produttivo di effetti che non si intendono bene nei singoli casi, ma che si debba fare del diritto libero [...]. Anche questo, forse, è passato un po' di moda, perché *le esagerazioni hanno in se stesse la loro fine: salgono tanto in alto che non possono più reggersi in bilico e precipitano*» (corsivo agg.). Per un differente giudizio, si può osservare quanto sostenuto da G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 261: «Parimenti il diritto non si attua se non spogliandosi di quei caratteri di generalità, di astrattezza, e di rigidità che costituiscono la sua natura; esso si realizza snaturandosi in qualche modo, negando cioè la sua natura di puro e astratto diritto, per divenire giusto in concreto, giustizia del caso particolare, ritornando alla moralità onde fu originariamente divelto»; tuttavia, per «questo suo carattere di concretezza o storicità, l'equità non va confusa nè con le *idealità* della scuola di diritto naturale, nè con la *coscienza popolare* della scuola storica» (p. 263).

⁹⁹ Più in generale, ma pur sempre nell'ambito della responsabilità civile, può farsi riferimento al rilievo di F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 192: «Non c'è dubbio che il ruolo che la giurisprudenza svolge in questa materia sia un ruolo dominante, un ruolo da protagonista, appunto. C'è un grosso rischio in questo ruolo, un rischio dal quale desidero mettere subito in guardia: c'è il rischio che il giudice, potendo fruire di una clausola generale, ne faccia uso in modo per così dire giustizialistico o equitativo».

¹⁰⁰ Si spera, però, di poter rivivere – un domani – la situazione (ma anche i sentimenti ad essa conseguenti) ben sintetizzata da L. COVIELLO SR., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, cit., p. 1645 ss.: «per fortuna, l'utopia del diritto libero è passata di moda e il dogma del rispetto alla legge ha ripreso, almeno presso di noi, il suo antico impero».

¹⁰¹ Il pensiero va immediatamente a H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano-Palermo-Napoli, 1908. Merita di essere riportato un passaggio, particolarmente caustico e severo, di F. FERRARA SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, cit., p. 1572: «Volete sapere, dice il K., come l'opinione dominante si raffigura il giudice? Un impiegato dello Stato fornito di cultura universitaria ed armato d'una macchina di pensiero siede nella sua camera. L'unico mobilio un tavolo verde sul quale sta il codice. Con questo solo, egli a forza di operazioni logiche, e di una tecnica misteriosa che sa lui solo, in grado di decidere qualunque caso nel modo prestabilito dal legislatore. Ora questo è finzione! La nuova teoria invece vuole il diritto libero, indipendente dalle podestà dello Stato. [...] La scienza giuridica dev'essere libera e creativa. Operare con costruzioni, con deduzioni logiche, con la *ratio legis*, ecc., ... tutte fandonie: l'interprete fa quella costruzione, per volere le conseguenze, se voleva altre conseguenze, avrebbe pensato un'altra costruzione *ad hoc*. [...] L conclusione, dunque? Il giudice deve decidere secondo arbitrio, la sentenza non deve esser motivata, libertà su tutta la linea: la scienza così entra nella sua fase volontaristica, e dov'è libertà, è giustizia! Se non si sapesse che l'A. di quest'opuscolo ha scritto sul serio, si sarebbe proprio tentato di credere che esso abbia voluto fare una satira pungente e velata del nuovo indirizzo, tanto sono paradossali i risultati cui giunge». Sul punto, deve essere necessariamente segnalata una recensione, condivisibilmente molto critica, di B. CROCE, *Recensione a H.U. Kantorowicz, La lotta per la scienza del diritto*, in *La critica*, 1908, p. 199 ss., se non altro per il suo apprezzabilissimo *incipit*: «Questo libriccino, che ha fatto molto parlar di sè da due anni che è stato pubblicato in tedesco, avrà forse importanza pratica e politica, ma non ne ha nessuna dottrinale» (corsivo agg.). Giudizio non dissimile quello di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in ID., *Opere giuridiche*, I, cit., p. 506: «Il sistema del "diritto libero", in realtà, non merita questa sua denominazione se non per ironia; perché esso è negazione insieme di ogni diritto e di ogni libertà». Sul diritto libero, specie per la sua storia, si veda L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Diritto libero*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 279 ss.

rilevante: il giurista, infatti, non deve solo utilizzarli – negativamente, potremmo dire – per porre un limite, dalla chiara funzione arginante, a quel processo nomopoietico che trovi le sue fondamenta nelle empiriche manifestazioni della ormai nota coscienza sociale qualora questa si ponga, in ragione del contenuto assiologicamente apprezzabile reso esplicito, in contrasto con il testo costituzionale; egli deve anche utilizzarli – in positivo – per saper cogliere e intercettare, grazie ai sopracitati comportamenti, l'emersione di valori socialmente condivisi che contribuiscano a concretizzare e dare attuazione all'insieme dei principi (e, dunque, dei valori ad essi sottesi) costituzionali: mutuando – seppur con alcune modifiche all'uopo apportate – una celebre ed efficace immagine utilizzata da Tarello, si potrebbe dire che dai lemmi-spia della precettività¹⁰² si sia passati ai *comportamenti-spia* della *valorialità*.

Orbene, per tornare alla vicenda presa ad esempio e che dovrebbe fornire la dimostrazione della bontà del nuovo metodo, non sembra, anche all'esito di un'attenta analisi, di poter agevolmente ritenere che la vicenda possa essere utilizzata in maniera pertinente quale sostegno argomentativo – rigorosamente *in fatto* – della tesi in questione.

Sia consentito procedere ad alcuni rilievi di tipo dubitativo, e ciò proprio sulla scorta della doppia rilevanza (negativa e positiva) del dato costituzionale a cui si è fatto poco sopra cenno.

Invertendo, per un momento, l'ordine espositivo di cui ci si è precedentemente avvalsi, si dovrebbe verificare, in primo luogo, se il risultato concreto “inesorabilmente determinatosi nell'esperienza giuridica” possa essere effettivamente inteso quale emersione di un sentimento socialmente diffuso dal chiaro connotato assiologico, così da fornire solide basi empiriche a quella attività di posizione dello *ius* (in questo caso asseritamente avvenuta “in mancanza di dati normativi”). In realtà, qualora si cerchi di osservare la vicenda da un punto di vista che voglia essere il più scevro possibile da connotazioni ideologiche che non farebbero altro che operare una incorretta e indebita torsione interpretativa dei fatti solo in quanto confacente ad una determinata ricostruzione, ci si dovrebbe accorgere che non sono poi pochi gli aspetti che rendono problematica la percorribilità di un simile percorso logico-argomentativo.

Un primo elemento riguarda il dibattito che, nei momenti antecedenti la notissima decisione delle Sezioni Unite, ha interessato la dottrina. Come si avrà modo di meglio evidenziare in seguito, il dibattito sulle funzioni della responsabilità extracontrattuale e, in particolare, sui *punitive damages* non si era solo limitato ad “interessare” problematicamente la dottrina (cosa che, invero, accade nella quasi totalità dei casi che sono oggetto di attenzione), ma la aveva addirittura vista radicalmente spaccata in differenti correnti di pensiero¹⁰³ che si contrapponevano sulla ammissibilità stessa dell'ingresso della figura propria di ordinamenti stranieri (e per di più appartenenti, come noto, ad una famiglia e tradizione giuridica differenti dalle nostre): anche volendo ammettere – per un momento – che la dottrina debba svolgere il proprio compito scientifico sulla base di (e orientata da) un presunto sentimento sociale e che, dunque, debba essere intesa, rappresentativamente, quale mera “cassa di risonanza” della socialità e delle sue istanze (una sorta di – si conceda l'espressione – mal congeniato surrogato del parlamento), non si capisce su quali basi si sia potuto procedere al positivo accoglimento della figura, in quanto il panorama dottrinale contemplava tanto fieri sostenitori, quanto

¹⁰² Cfr. G. TARELLO, *Discorso assertivo e discorso prescrittivo nel linguaggio dei giuristi*, cit., p. 422.

¹⁰³ Cfr., sul punto, la ricostruzione di M. TESCARO, *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. impr./Eur.*, 2017, p. 57 ss.

strenui oppositori. Dove è stato dunque percepito questo diffuso *favor* sociale nei confronti dell'istituto¹⁰⁴?

Ma vi è di più. Anche qualora si dovesse ritenere che la corrente dottrinale che si opponeva (e oppone tutt'ora) ai *punitive damages* e alla funzione sanzionatoria della responsabilità extracontrattuale lo abbia fatto sulla base di argomentazioni connotate da bieco conservatorismo dogmatico e formalismo giuspositivista (essendo questi, in definitiva, i “capi di imputazione” che alcuni continuano a formulare, quasi che si fosse in presenza di un vero e proprio crimine), non sembra che i sostenitori dell'opposta teoria – all'interno di un panorama che si presenta piuttosto variegato – abbiano fatto riferimento, quale argomento principale, alle emersioni sociali di segno favorevole: gli argomenti, differenti e non reciprocamente escludentisi, sembrano per lo più fare riferimento a ragioni economiche, morali o metafisiche, ma non comprendono dati empirici (i quali, se anche fossero presenti, non farebbero poi mutare la situazione: la risultanza empirica, pur se socialmente fondata, non può supplire a – o porsi quale surrogato delle – ragioni di tipo scientifico).

In ultimo luogo, avvicinandosi così alla congiunzione con il versante c.d. negativo della rilevanza costituzionale, non paiono facilmente individuabili valori e principi costituzionali che possano essere utilizzati quale elemento magnetizzatore dell'ago di quella “bussola” assiologica che consenta all'interprete di orientarsi, all'interno del magma sociale, nella identificazione dei comportamenti che costituirebbero manifestazione esplicatrice ed implementatrice del portato costituzionale¹⁰⁵: pur

¹⁰⁴ «Vorrei tanto che i fautori della tesi mi facessero una lista di questi pretesi valori condivisi. Il semplice presupporli e proporli come elemento decisivo è un appello all'integralismo, e un'aggressione a chi la pensa diversamente [...]»: così A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., pp. 658-659.

¹⁰⁵ L'argomento dell'effettività, ancorché sovente richiamato e utilizzato, deve essere comunque inserito all'interno di un contesto che non si limiti ad una ristretta, assolutistica e monopolizzante visione, non potendosi trascendere dal rispetto di altri limiti costituzionalmente previsti e qui più volte richiamati (perplessità sono riscontrabili, ad es., in M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, cit., p. 398). Sul punto, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1122 ss. Pur condividendo la rilevanza da attribuire all'argomento dell'effettività (intesa quale complemento di una tutela che si presenta come inadeguata, poiché esclusivamente incentrata sull'effetto risarcitorio), mostra qualche perplessità, in relazione all'opera del legislatore in tal senso, C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., c. 2507: «Tesi condivisibile, anche se forse concede troppo alla razionalità del legislatore post-moderno, spesso incompetente oltre che asistematico». Da un punto di vista generale, sul principio di effettività, vanno menzionati: G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020 (in particolare modo il primo capitolo); A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.; G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss.; G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 377 ss. (ove si cerca di offrire la dimostrazione della forte pervasività del principio di effettività della tutela in ogni settore del diritto, e cioè anche oltre gli ambiti che hanno subito la diretta influenza del diritto sovranazionale). La conclusione tratta da M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., p. 1095, sembra rimanere, oltre che la più plausibile, anche quella maggiormente convincente: «In sostanza, credo che la riduzione del principio di effettività alla sola dimensione soggettiva del “diritto a un rimedio effettivo” costituisca un *impoverimento assiologico del principio*. Ciò non significa che la dimensione soggettiva debba essere tralasciata o trascurata, ma solo che dovrebbe essere recuperato il primato della concezione oggettiva (ordinamentale) del principio di effettività». Si veda, inoltre, la assai critica posizione di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, rist. emend., p. 195, nota 245: «Il richiamo dell'art. 24 cost. al fine di ancorarvi l'effettività della tutela è un esempio tra i tanti di quell'utilizzo improprio della dogmatica, volto ad asseverare [...] esiti applicativi altrimenti pericolanti. Nella specie, si inocula nel principio della tutela giurisdizionale dei diritti una effettività che o è un truismo (la tutela è tale solo se la legge la prevede, e quando la legge la preveda va attuata nei modi e nei limiti che la legge le assegna) o è un'indebita aggiunta. L'art. 24 cost. si limita a prevedere che la tutela delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento si svolga mediante l'azione in giudizio che l'ordinamento deve a tal fine prevedere, non invece che tra le azioni variamente previste dall'ordinamento sia possibile esercitare quella che il soggetto privato, e di conserva il giudice, reputi più opportuna anche quando ne difettino i presupposti». Particolarmente severo anche il giudizio di M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*,

ponendosi nella prospettiva dei sostenitori, e quindi non richiedendo la esasperata e anacronistica ricerca di un articolo a cui fare riferimento, non si comprende su quali valori possa trovare valido e solido fondamento la richiesta punitiva nei confronti di coloro che abbiano commesso un illecito civile¹⁰⁶, anche qualora quest'ultimo presenti caratteristiche tali da renderlo particolarmente odioso dal punto di vista etico-sociale.

Basti qui un breve, lapidario, ma forse assai efficace, rilievo di segno contrario. Ponendo attenzione sull'assai più problematico ambito penalistico, sarà rinvenibile un principio che non solo non consente di addurre elementi che militino a favore di una individuazione di valori costituzionalmente miranti alla punizione *lato sensu* intesa (e, quindi, estensibile anche al diritto civile), ma che costituisce chiara manifestazione dell'*avversione* nei confronti dell'idea pura della punizione, e ciò perfino nel settore in cui ci si sarebbe forse potuti aspettare una preferenza di segno opposto: affermare che la pena deve *tendere* alla rieducazione del condannato implica un radicale mutamento della preminenza ideologica della concezione retributiva della sanzione penale; un mutamento che – proprio perché operato addirittura nell'ambito in cui la punizione e la pena avevano

Modena, 2022, p. 9: «Il primato della giustizia sulla legge, che essa [la dottrina dei rimedi] suppone e predica, comporta, infatti, che la determinazione delle condizioni di applicazione di un rimedio, invece che alla ricorrenza della relativa fattispecie legale, sia rimessa all'apprezzamento dell'interprete. Al quale, in fin dei conti, spetterebbe di “giudicare”, di volta in volta, se nel caso concreto si diano, oppure no, “buone ragioni” per ingiungere l'applicazione di un rimedio» (nella pagina successiva, si evidenzia che l'«idea del primato dei rimedi è figlia della dottrina del *diritto vivente* e di quel suo recente aggiornamento che va sotto il nome di *principio di effettività*», corsivo orig.). Deve essere altresì richiamato il rilievo di L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 605: «La riflessione sulla tutela giurisdizionale dei diritti prende le mosse dall'art. 24, co. 1, cost. a mente del quale, come è noto, “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”. È interessante notare che la lettera del precetto costituzionale, nella misura in cui rispecchia, si direbbe scolasticamente, la tradizionale impostazione *civilian* dei rapporti tra diritto e processo, è quanto di più lontano si possa immaginare dalle odierne, vagheggiate inversioni rimediali». Di contro, attribuisce particolare rilevanza al principio di effettività P. PERLINGIERI, *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, cit., p. 20 ss.

¹⁰⁶ Dubita – condivisibilmente – della invocabilità del principio costituzionale di solidarietà ai fini di una rimodulazione in senso sanzionatorio del risarcimento del danno (in questo caso patrimoniale) da microviolazioni M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss. Alle puntuali e sottoscrivibili osservazioni dell'A. sul punto (p. 97 ss.), sia consentito aggiungere due frammentarie e marginali notazioni personali (dal sapore forse dannatamente formale, ma – si pensa – non totalmente prive di fondamento e rilevanza) che sembrano rendere difficilmente conciliabile il principio di solidarietà con il concetto di punizione. In primo luogo e in via generale, non persuaderebbe la (ennesima) invocazione del principio, siccome quest'ultimo – nella sua formulazione testuale – fa riferimento a doveri di solidarietà che, però, vengono circoscritti per il tramite dell'utilizzo dell'aggettivazione che fa riferimento alla loro *inderogabilità*: e allora, se il testo non vuole essere obliterato, bisognerebbe procedere ad una più parca applicazione del principio, e non, invece, ad un suo generoso utilizzo anche in relazione a situazioni che non presentino caratteristiche tali da consentire l'invocazione dell'adempimento di tali inderogabili doveri (come, ad esempio, quella in questione). In secondo luogo, non sembra che le esigenze solidaristiche, con il loro connotato positivamente rivolto al (e incentrato sul) soggetto che si dimostra essere necessitante della solidarietà (nel nostro caso, il danneggiato), possano fungere da puntelli di una visione punitivamente incentrata sulla figura del soggetto che deve adempiere a siffatti obblighi (il danneggiante): infatti, anche in presenza di microviolazioni delle situazioni giuridiche di altri soggetti che non abbiano agito in giudizio, l'esigenza solidaristica sfociante in una corresponsione ultracompensativa non sarebbe rivolta tanto ad un loro soddisfacimento diretto (cosa che, invece, ci si aspetterebbe nel momento in cui si invoca la solidarietà), quanto indiretto e – forse – addirittura eventuale (mostrandosi, così, per ciò che realmente sarebbe, e cioè un argomento di cui si finirebbe solo col servirsi per trovare un appiglio teorico e assiologico su cui fondare la ricostruzione teorica, ma che, ad una più attenta osservazione, si rivelerebbe essere in insanabile contrasto con il contenuto “positivo” del principio). Sul principio di solidarietà, si richiama solamente – *ratione temporis* – l'ultimo ricco volume di G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022 (nella cui immagine di copertina – sagace scelta dall'A. – si può visivamente comprendere cosa debba intendersi per declinazione “positiva” del principio). Sul punto, merita di essere richiamato un contributo (recentemente ri-pubblicato) di S. RODOTÀ, *Tra solidarietà e dignità: tornare ai principi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p. 455 ss. (ma, in particolare, in relazione anche al contenuto del libro dell'allievo sopra citato, p. 460: «Consapevoli della forza evocatrice della parola, bisogna sfuggire proprio alla tentazione naturalistica. Il suo comparire nelle situazioni, nei tempi, nei contesti più diversi, invece, obbliga a una analisi rigorosa delle sue modalità d'uso e, soprattutto, della sua costruzione storica [...]»).

trovato cittadinanza e libero sviluppo – non consente di poter affermare che, nel disegno costituzionale, siano rinvenibili elementi da cui desumere la manifestazione di un tendenziale *favor* valoriale nei confronti dell’idea di punizione (e ciò a maggior ragione nel momento in cui si vuole procedere all’estensione dell’ottica sanzionatoria a settori diversi da quello penalistico). In definitiva, sarebbe quindi per lo meno curioso cercare di (e riuscire a) ricavare dal testo costituzionale argomenti assiologici che possano contribuire a sostenere che – anche in caso di positivo accoglimento della teoria sociologica basata su valori costituzionalmente fondati – un eventuale sentimento sociale maggiormente orientato all’idea della sanzione civilisticamente intesa possa essere inteso quale estrinsecazione comportamentale ed empirica di valori che i consociati percepiscono come tali e che la Costituzione non solo non disapproverebbe, ma addirittura favorirebbe: sarebbe difficile in quanto gli elementi che vengono in rilievo, come visto, sono di segno esattamente opposto.

Esaurite le brevi considerazioni sul versante assiologicamente “positivo” del testo costituzionale, rimane da analizzare se – e, soprattutto, come – quest’ultimo venga negativamente (e cioè quale potenziale limite) in rilievo.

Come sopra accennato, pare potersi affermare – in prima battuta – che una qualche forma di rilevanza negativa del testo costituzionale possa essere riscontrata senza particolari problemi qualora ci si soffermi sul tema delle prestazioni pecuniarie, ancora inteso in senso ampio e quindi privo – per ora – di ogni riferimento all’aspetto sanzionatorio delle stesse. Infatti, il portato assiologico costituzionale, lungi dal manifestare – anche sotto questo aspetto – più o meno ampie simpatie nei confronti delle ideologie punitivo-retributive, sembra procedere, invero, con la predisposizione di particolari cautele e garanzie¹⁰⁷ – consistenti nella necessaria e non altrimenti ovviabile intermediazione della legge¹⁰⁸ – che dovrebbero imporre una maggiore cautela non solo operativa, ma anche teorica: la richiesta di una ben precisa formalità vorrebbe evitare che l’estro creativo dell’interprete (teorico e pratico) possa liberamente generare – per di più in spregio tanto della vituperata divisione dei poteri, quanto del principio della rappresentanza parlamentare – fattispecie non-legislative che impongono indebitamente e illegittimamente prestazioni economiche a carico dei singoli (e ciò a prescindere dalla loro concreta consistenza: ennesima dimostrazione che la fattualità, che imporrebbe un “ragionevole” allentamento del principio in questione per le somme di più

¹⁰⁷ Si esprime in termini critici sull’eccessiva attenzione mostrata, in ambito privatistico, verso la riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. S. ROMANÒ, *Sui limiti dell’operatività del nulla poena sine lege nel diritto privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 665: «L’art. 23 Cost. fa parte delle norme di diritto pubblico che si incaricano di arginare la potestà punitiva statale, ma nel diritto privato, dove anche il singolo può esercitare la predetta potestà, più che la previsione di legale di ciascuna ipotesi afflittiva, sembra più appropriato parlare di prevedibilità delle conseguenze del proprio agire tramite la conoscibilità della fonte, legislativa oppure pattizia, istituyente la sanzione». Ma, ancora: «non è qui in discussione la meritevolezza della certezza del diritto *sub specie* della conoscibilità delle conseguenze del proprio agire. Lo è, invece, l’imposizione generalizzata del *nulla poena sine lege* a ogni ipotesi punitiva di diritto privato [...]» (*ibidem*). L’A. suggerisce, dunque, un riferimento (meno forzoso del precedente) al diverso principio di proporzionalità (p. 666), richiamato «dalle Sezioni Unite del 2017 accanto al principio di legalità in modo talmente superficiale e brevilouquente da essere pressoché dimenticato dalla giurisprudenza successiva» (p. 677). F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, p. 98, opta per una riduzione dell’ambito di operatività dell’art. 23 Cost. al solo versante fiscale, attribuendo, così, al diritto privato la possibilità di raggiungere agevolmente spazi che, altrimenti, se sottoposti alle più stringenti regole dettate per l’ambito pubblicistico, sarebbero rimasti inaccessibili. In altra sede (cfr. ID. *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1172), i riferimenti costituzionali, la cui verifica veniva richiesta per poter procedere alla delibabilità di sentenze straniere irroganti condanne ai *punitive damages*, erano decisamente maggiori, ma, già allora, si escludeva la rilevanza dell’art. 23 Cost. sulla questione.

¹⁰⁸ Cfr., sul punto, P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 688-689, ove si evidenzia – per l’appunto – la rilevanza costituzionale dei valori di tipicità e prevedibilità in relazione alla base normativa su cui poggia la sanzione. Sul punto, si veda, inoltre, C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 919.

modesto valore, non può costituire una valida alternativa a quelle ricostruzioni teoriche ben più solidamente fondate).

Un limite, dunque, è presente ed è destinato a spiegare la sua rilevanza e potenza proprio in una direzione che si pone in netto contrasto con quanto affermato – in generale, e nel caso di specie – da coloro che ritengono che, oramai, la normatività e la legalità debbano essere intese in un senso incontestabilmente fattualista e socialmente orientato: sostenere che la Cassazione, «prendendo spunto dalle peculiarità di singoli casi che giudica meritevoli di soluzioni fin qui prive di *qualsiasi supporto normativo*», abbia scelto «consapevolmente [di attribuirsi] un ruolo *lato sensu normativo*»¹⁰⁹ per “introdurre la figura dei c.d. danni punitivi” appare – se corrispondente al vero (e lo si vedrà) – per lo meno problematico e dubbio dal punto di vista costituzionale che si è sopra lumeggiato.

§ 6. Segue. c) *l’alterazione del contenuto oggettivo di una pronuncia.*

Il terzo ed ultimo punto che pare abbisognevole di attenzione – strettamente connesso con la questione da ultimo trattata – è inerente alla verifica, per ora sommaria e condotta solo da un punto di vista generale, della veridicità della affermazione secondo la quale il radicale cambiamento, operato dalla Cassazione, sui c.d. *punitive damages* e le funzioni della responsabilità civile sarebbe avvenuto senza il supporto del dato positivo, così da poter affermare pacificamente che, ormai, nei fatti, del diritto giurisprudenziale non si potrebbero descrivere altro che le magnifiche sorti e progressive (con tanto di consequenziale trionfalistico riconoscimento di un radicale cambiamento della struttura dell’ordinamento, dei principi che lo reggono e informano e del modo di intendere il diritto e la giuridicità).

Come accennato, sarebbe indebitamente anticipatorio approfondire la questione della correttezza e condivisibilità del percorso logico-argomentativo fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel luglio del 2017 in questa sede di più generale inquadramento del problema e del metodo che si sta cercando di delineare e presentare come quello ritenuto correttamente applicabile ai fini della sua trattazione; tuttavia, una verifica sommaria (una sorta di cautelare riscontro del *fumus boni iuris*, si potrebbe dire) non può essere ulteriormente rinviata. E, purtroppo, le notizie che possono essere ricavate anche solo che da una veloce ed epidermica lettura non paiono essere poi così confortanti per coloro che hanno voluto attribuire alla sentenza in oggetto una portata assai ben più ampia di quella (in sé già non trascurabile) che le si potrebbe – ed effettivamente le si può – riconoscere.

Infatti, nel corpo della sentenza (e con specifico riferimento alla parte in cui l’attenzione del lettore trova il suo acme a motivo dell’esposizione della ragione posta alla base della decisione), sono presenti numerosi riferimenti legislativi; riferimenti che, proprio in ragione della loro mole, la stessa Corte rinuncia ad elencare puntualmente e con pretese di completezza, e ciò nonostante l’ausilio di una ben strutturata ordinanza di rimessione e degli studi condotti dall’Ufficio del Massimario.

In questa sede, lo si ribadisce nuovamente a scanso di equivoci, non si intende ancora vagliare la correttezza (*sub specie* della utilizzabilità nella ricostruzione di categorie da cui poter eventualmente ricavare l’espressione di una diversa teoria generale a cui farebbe riferimento la responsabilità civile) dell’adduzione di questi dati di diritto positivo da parte dell’ordinanza di rimessione e delle Sezioni Unite ai fini del capovolgimento di un orientamento che si presentava come talmente consolidato da poter essere qualificato come “granitico”; ciò che si vuole porre in evidenza è la erroneità

¹⁰⁹ È la già richiamata citazione di N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 20.

dell'affermazione non tanto in diritto (rilievo che sarebbe forse anche contestabile da chi facesse proprie differenti, ma argomentate, ricostruzioni), quanto *in fatto* (proprio quella stessa fattualità molto cara ai sostenitori della teoria): l'ordito argomentativo su cui è costruita la motivazione è di stampo schiettamente e genuinamente normativista¹¹⁰, siccome la necessità di una revisione del precedente orientamento giurisprudenziale viene desunta dalla introduzione, all'interno – per l'appunto – del panorama normativo, di fattispecie legislative da cui la Corte ha desunto, come noto, un mutamento funzionale della responsabilità civile verso una curvatura che si caratterizzi, rispetto al dominante paradigma esclusivamente compensativo, anche in senso deterrente e sanzionatorio.

Orbene, l'essersi soffermati diffusamente su di una vicenda concreta a cui è stato attribuito risalto quale elemento da utilizzare ai fini di una presunta dimostrazione di quanto sostenuto in termini generali in sede di formulazione e ri-proposizione di una determinata teoria permette di svolgere alcune brevi riflessioni di sintesi che, però, non si vogliono limitare alla sola ed isolata vicenda cui si è fatto riferimento, ma che debbono essere sviluppate e portate fino alle loro conseguenze di più ampio respiro teorico, e cioè fino ad investire in maniera diretta la ammissibilità stessa della teoria e, di conseguenza, una più precisa individuazione – come era negli originari intenti – dell'oggetto di studio su cui deve soffermarsi l'attenzione del giurista senza pericolose deviazioni distorsive.

Cercando di essere più precisi, si potrebbe esplicitare quanto detto nei termini che subito seguono.

Siccome sulla teoria in sé e per sé considerata sono già state avanzate alcune perplessità circa la bontà metodologica e la intrinseca coerenza logica, rimane ora da vedere se (e come) l'esempio concreto possa essere utilizzato quale elemento idoneo alla dimostrazione non tanto di ciò che i sostenitori della teorica in questione vanno (inesorabilmente, direbbero loro stessi) affermando, quanto del suo esatto contrario: l'esempio, dunque, non si rivela interessante solo per la tematica che ci si sta qui accingendo ad affrontare, ma anche per il suo potenziale utilizzo, in relazione alla citata tesi, quale vera e propria prova contraria.

¹¹⁰ Tale visione è praticamente unanime, fatto salvo l'unico caso di cui si è avuto modo di dare conto nel corpo del testo. «Manifestazioni di una significativa presenza, nel nostro ordinamento giuridico, di una responsabilità civile non compensativa, ma punitiva, le si sono volute perciò trovare in altre norme di legge»: così P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 690. L'analisi dell'illustre A. prende analiticamente in considerazione, infatti, alcune fattispecie legislative che sono state richiamate nel corpo della sentenza delle Sezioni Unite, e ciò al fine di dimostrare che, in tutti i casi osservati, non si è in presenza di risarcimenti punitivi, poiché le disposizioni «non hanno in realtà quella struttura e quella funzione» (p. 708). L'attenzione al dato positivo extra-codicistico, riportato utilmente a sistema, mira al positivo riscontro non solo di una mancata presenza, nel nostro ordinamento giuridico, di una regola di responsabilità civile punitiva, ma anche della sua incoerenza con esso (p. 721). M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, cit., p. 50, parla di un «approccio (solo apparentemente) normativistico delle S.U.» Anche l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, cit.) si caratterizza per una impostazione argomentativa di stampo schiettamente normativo: lo evidenzia con chiarezza C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 917 (il quale fa riferimento ad una «rilevazione di una serie di dati normativi, in grado di attestare la già avvenuta introduzione nel sistema di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria»). Analizzando l'ordinanza interlocutoria, G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno resp.*, 2016, p. 838, aveva mostrato perplessità sulla possibilità di introdurre, nel nostro ordinamento, delle misure non riparatorie che fossero fissate dal giudice «secondo il suo esclusivo e incondizionato apprezzamento», dovendosi ritenere necessaria una «intermediazione legislativa» (e che tale impostazione dell'A. non sia stata originata da una prona adesione a quanto contenuto nell'ordinanza di rimessione lo si può evincere dal fatto che sia stata sostenuta anche in momenti ad essa precedenti: cfr. ID., *Novità per i danni esemplari?*, cit., pp. 1203-1204). In precedenza, in relazione alla delibabilità di pronunce straniere contenenti condanne ad *astreintes*, si veda N. SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzioni della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015. Come si può agevolmente notare, il momento normativo rimane imprescindibile nell'ambito della materia qui oggetto di attenzione, dovendosi considerare, dunque, quelle visioni «creatrici» nient'altro che la manifestazione di *desiderata* di più ampio rilievo che difficilmente potrebbero spiegare i loro effetti al di fuori di un ben più radicale mutamento ordinamentale e sistematico.

La nota pronuncia sui c.d. *punitive damages*, per le ragioni sopra esposte, non pare poter essere addotta quale seria riprova dimostrativa della teoria. Allora, sorge spontaneo l'interrogativo: perché utilizzarla a tale fine se ciò non è possibile, e non lo è proprio sulla base di elementi fattuali?

Dovendosi – ovviamente – escludere la risposta che farebbe esclusivamente perno su di una presunta ed infondata ingenuità (in caso contrario, l'accusa sarebbe invero da rivolgere a chi la formulasse) o incomprendimento del fatto (non tanto storicamente inteso, quanto nei suoi aspetti di rilievo giuridico), non si può che propendere per un ben più plausibile (ma, non per ciò, meno inaccettabile) utilizzo *volutamente distorto* del caso specifico.

Ciò che emerge con sufficiente chiarezza è un indebito e apodittico piegamento rimodulativo non tanto di alcuni precisi e puntuali elementi della vicenda, quanto di quest'ultima nella sua interezza¹¹¹, affinché potesse essere ri-strutturata in modo tale da poterla presentare quale innegabile conferma di quanto sostenuto: difatti, non dedicare attenzione agli aspetti fortemente problematici della vicenda, limitandosi ad una loro ingiusta obliterazione (i limiti di stampo costituzionale sopra citati), stravolgere completamente (e, per di più, senza nemmeno spendere una parola sul punto) una parte fondamentale della motivazione della decisione che – a quanto è dato intendere – dovrebbe aver contribuito a determinare il convincimento del Collegio (la forte presenza di dati legislativi) e presentare la decisione come fondata su di un sentire sociale a cui la magistratura dovrebbe solo conferire l'unzione col crisma giuridico non può che essere inteso quale poco commendevole utilizzo strumentale di vicende concrete a fini dimostrativi di determinate teorie.

Altre domande si affollano impetuose e richiedono a gran voce risposte alle quali non si può certo (né si vuole) cercare di eludere. Se, a questo punto della storia giuridica, il mondo e il modo di intendere la giuridicità fossero effettivamente cambiati in maniera radicale e i giuristi – salvo sparuti gruppi di strenui affezionati ai tempi passati e animati da spirito reazionario – non dovessero che prendere atto di una realtà incontrovertibile che cogentemente si impone ai loro occhi e che presenta

¹¹¹ Lo rileva icasticamente P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 689, soffermandosi tanto sulla reale portata della sentenza (la delibabilità di pronunce straniere contenenti condanne punitive, *sub specie* della loro compatibilità con la nozione di ordine pubblico), quanto sui risvolti che, a tale vicenda giudiziaria, vorrebbero far assumere alcuni interpreti (in termini di modifiche radicali delle funzioni dell'intero sistema interno di responsabilità extracontrattuale). Da un (condivisibile) punto di vista metodologico, particolare attenzione alla distinzione tra ciò che può oggettivamente essere rinvenuto nella sentenza (e cioè: la delibabilità delle sentenze straniere contenenti condanne ai *punitive damages*, vera questione di diritto risolta in sede nomofilattica) e la rilevanza sistematica che, invece, alcuni vorrebbero (ancorché su basi piuttosto precarie, come meglio si vedrà) attribuirle è dedicata da G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 513. Si vedano, inoltre, C. SALVI, *Quali funzioni per la responsabilità civile*, cit., p. 138; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, cit., pp. 320-321. Che la decisione sarebbe stata oggetto di differenti interpretazioni in ragione dell'importanza e della rilevanza della questione trattata ben lo rileva G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1413: «Tutti coloro che in questi ultimi venti anni hanno seguito da vicino le traiettorie della responsabilità civile si interrogavano su quale sarebbe stata la decisione delle sezioni unite, finendo così per caricarla di un'aspettativa eccessiva: la delibabilità di sentenze straniere di condanna a danni punitivi era avvertita quasi come il profilo più semplice, si direbbe scontato, da affrontare e risolvere, essendosi modificati negli ultimi anni i vari pilastri sui quali l'elaborazione tradizionale era basata, mentre si respirava aria di grande curiosità e incertezza su altre, importanti e possibili, modificazioni che avrebbero potuto investire tutta quanta la categoria della responsabilità civile» (e l'A., in precedenza, aveva già evidenziato con precisione il rischio di confusione tra i due differenti piani: cfr., ID., *Novità per i danni esemplari?*, cit., pp. 1199-1200). Sulla concreta possibilità di procedere alla delibazione, si possono richiamare le analisi critiche di: V. ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Quest. giust.*, n. 1/2018, p. 111 («Generalmente questa sentenza viene rappresentata come una sentenza che “apre” ai danni punitivi. rappresentazione, a mio avviso, clamorosamente sbagliata. Secondo me questa sentenza piuttosto “chiude” ai danni punitivi nel nostro sistema [...]»); nonché di S. ROMANÒ, *Sui limiti dell'operatività del nulla poena sine lege nel diritto privato*, cit., p. 662 («Sembra evidente che, lungi dall'aprire ai *punitive damages*, la Corte di cassazione ponga ostacoli di fatto insormontabili al loro recepimento»).

– dunque – numerosissimi casi a cui poter fare riferimento, quale sarebbe – in definitiva – la necessità di utilizzare impropriamente alcune vicende? Il dubbio – invero sempre più pressante – è che, se si è dovuto ricorrere alla erronea rappresentazione di un caso a fini dimostrativi, quelli a cui si può attingere con positivo costrutto non siano poi molti: sembra quasi che, nella ricerca di elementi da portare a sostegno del *demonstrandum*, si sia trovato non già quello che si cercava, quanto – ancor peggio – si sia *costruito artificiosamente* ciò che si andava cercando.

Il caso, quindi, non solo non presenta caratteristiche tali da renderlo una utile dimostrazione del cambiamento propugnato dalla teoria di cui ci si occupa (e, pertanto, non pare essere elemento idoneo all'assolvimento dell'onere probatorio che dovrebbe ancora essere posto in capo a chi contesta una situazione esistente), ma dovrebbe essere addirittura utilizzato – e con esiti maggiormente soddisfacenti – quale prova della profonda ideologicità di una teoria che, però, tende a presentarsi all'osservatore con indubbie aspirazioni di evidenza oggettiva e scientificità giuridica¹¹².

Come si accennava poc'anzi, l'essersi soffermati – dopo le considerazioni di ordine generale di stampo prettamente teorico – su di una specifica vicenda dovrebbe essere servito a mostrare come le forti perplessità che erano state avanzate, lungi dal rimanere confinate in un ambito tacciabile di maggiore astrazione, trovino ampie conferme in casi offerti dagli stessi sostenitori: l'incoerenza interna a cui si è fatto sopra riferimento si ripresenta nel momento in cui la fattualità (*sub specie* dei comportamenti dei consociati), da elemento fondativo della nuova visione valorizzato in massima misura in ragione di una presunta incontrovertibile oggettività da cui poter desumere perfino “valori”, diviene oggetto di indebite e violente destrutturazioni e ricostruzioni che si caratterizzano per il non trascurabile e pericoloso rischio (concretamente verificatosi, come visto) di venire ad essere nient'altro che interpretazioni soggettivisticamente orientate che finiscono col renderle del tutto inutilizzabili e inadatte allo scopo.

§ 7. *Il problema delle funzioni come questione normativa.*

Sia consentito solo un ultimo rilievo che – coerentemente a quanto affermato – vorrebbe costituire l'estrema conseguenza del discorso che consentirebbe finalmente di raggiungere l'obiettivo che ci si era prefissati.

L'aver tentato di trovare un fondamento che fosse caratterizzato da maggiore oggettività (una empiricità che non dovrebbe poter essere messa facilmente in discussione in quanto percepibile e non esposta alle critiche avanzabili nei confronti di più astratte “idee”) rispetto ai valori in sé e per sé considerati (con i consequenziali rischi in termini di accusa di neo-giusnaturalismo post-bellico¹¹³) non pare, in definitiva, aver avuto esito positivo: oltre alle già richiamate ed imprescindibile disposizioni di ordine costituzionale che non possono essere impunemente violate o sovvertite, si è visto come anche la presunta forza della oggettività tipica del fattualismo giuridico presti il fianco a problematiche di non poco momento e tali da viziare in radice la nuova ricostruzione teorica che si è

¹¹² Cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, cit., p. 681: «il quadro di riferimento è sempre meno dominato da una sensibilità scientifica e sempre più è alterato da tentazioni ideologiche-culturali».

¹¹³ Non può non sovvenire il classico contributo di G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI e M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, p. 149 ss. Per quanto concerne il panorama italiano, si vedano G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, p. 177 ss.; nonché G. BETTIOL, *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, *ivi*, 1954, p. 189: «Non dobbiamo – invero – dimenticare oggi quella che è stata la tragica esperienza di ieri: abbiamo sofferto lungamente non solo per il carcere che portavamo in noi stessi, ma abbiamo subito la schiavitù mentale di una falsa e monca impostazione giuridica, di un diritto “senza verità”, di un diritto “senza giustizia”, di un diritto “senza anima”».

cercato di offrire – anche se con toni non sempre encomiabili nei confronti del dissenso scientifico – alla comunità di riferimento.

La conclusione di un simile percorso di analisi sembra confermare quanto si era affermato in apertura in relazione alla prima importante precisazione che era stata promessa al lettore: il problema delle funzioni non può essere inteso se non come questione di stampo genuinamente¹¹⁴ normativo¹¹⁵.

Sono, cioè, le disposizioni legislative l'oggetto sul quale deve soffermarsi l'attenzione del giurista¹¹⁶; sono questi enunciati linguistici di tipo precettivo il materiale con cui si deve entrare in relazione e che deve essere posto a sistema¹¹⁷ per poter successivamente procedere alla corretta

¹¹⁴ La soluzione non è condivisa da M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisprudizioni)*, cit., p. 9: «è chiaro che una riflessione sull'opportunità o meno dei danni punitivi potrà essere fatta solo tenendo conto del contesto sul quale il rimedio va a incidere e in chiave di politica del diritto, non certo nella solo chiave formal-normativistica, che descrive tutto senza spiegare nulla» (a p. 19 si fa riferimento ad un «normativismo patologico» che caratterizzerebbe le eventuali obiezioni circa la ricezione nel nostro ordinamento – a legislazione invariata – dei danni punitivi). Una via mediana è percorsa da A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 223: «Le funzioni si ricostruiscono, in parte, muovendo dalle norme; ma, per altra parte, possono prescindere, quando la loro individuazione è rimessa a metodi di analisi differenti, con i quali si possano misurare gli effetti – sociali ed economici – che un certo insieme di regole giuridiche effettivamente consegue».

¹¹⁵ Cfr., sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 913: l'istituto aquiliano «non poteva comunque fuoriuscire, se non correndo il rischio di esporsi ad aporie sistematiche ed a torsioni applicative, dal perimetro funzionale tracciato dalla sua evoluzione storica e dalla sua stessa disciplina normativa». Anche C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., c. 2507, evidenzia una «precisa indicazione metodologica di privilegiare, nella descrizione del sistema, anche sotto il profilo funzionale, il dato positivo». Esclude che possano venire in rilievo «obblighi» funzionali di diverso ordine P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 829: la preminenza della funzione risarcitoria e la generale assenza di una funzione punitiva non costituiscono «il risultato di una necessità logica od ontologica, bensì di una scelta positiva da parte del legislatore [...]». Si veda, inoltre, il risalente ammonimento di F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 674: «È tempo di tornare alle norme per trarre da esse i criteri ispiratori di una interpretazione sistematica idonea a determinare presupposti e limiti di una conciliazione tra apertura ai nuovi problemi e rispetto dello *ius positum*, tracciando al tempo stesso – all'insegna della coerenza – le possibili linee evolutive dello *ius condendum*».

¹¹⁶ Per la dottrina «il dato normativo non è il punto di arrivo, ma quello di partenza dal quale muove la spiegazione di ciò che senza di essa finisce con il presentarsi come semplice arbitrio del legislatore»: così C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatica e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, cit., p. 705. Cfr., in precedenza, R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 74, il quale afferma che è dovere del giurista «non perdere mai di vista la norma, che deve costituire il suo punto di riferimento immediato e, quanto meno, uno degli strumenti mediante cui si perviene ad una determinata soluzione». Da rilevare la differente posizione critica di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, cit., p. 3184: «Ma il discorso del giurista non è un discorso *su* parole o gruppi di parole: il fatto, non la parola, è l'oggetto della scienza giuridica» (corsivo orig.).

¹¹⁷ Meritano di essere richiamate le parole di S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., pp. 797-798: «E quella che dico (e tutti diciamo, chi con debolezza idolatrica, chi con scetticismo iconoclasta) *tendenza sistematica*, non è altro che lo sviluppo necessario dell'altra tendenza, che pare (e non è) opposta: la *tendenza esegetica* (anch'essa pigramente idolatrata o con prevenzione combattuta) [...]. E se, dunque, non si può fare a meno di tenere presenti i rapporti tra norma e norma, e da qui già si scoprono quelli tra i vari gruppi (e legami interni si intrecciano e completano con quelli esterni), e se già attraverso la trama di quei legami si delineano i vari istituti, non vi può essere incertezza: *il primo serio tentativo esegetico è giù il primo passo verso il sistema*» (corsivo orig.). Ma, allora, possono essere aggiunte anche le parole di P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in *Id., Opere giuridiche*, X, cit., p. 158: «Non soltanto il metodo esegetico e il metodo sistematico appaiono spesso difficilmente distinguibili (perché ogni esegesi postula la esistenza di categorie generali, così come ogni sistematica presuppone la interpretazione analitica dei singoli istituti), ma neanche si può dire che rappresentino stadi distinti e tra loro incompatibili della indagine giuridica, perché essi, come metodi che rispondono a bisogni pratici diversi, possono coesistere e integrarsi a vicenda nello stesso momento della scienza», e infatti «il metodo esegetico [...] può avere tuttora, e potrà avere nell'avvenire, la sua funzione». Più di recente, ritorna sul tema A. NICOLUSSI, *Le parole del diritto e la scienza del diritto con la sua dimensione internazionale*, in *Jus*, 2021, p. 537 («la dogmatica deve fare i conti col diritto positivo che nel nostro ordinamento si interpreta in base ai canoni delle preleggi»). Cfr., sullo specifico tema delle funzioni dell'istituto, C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 148: «nel nostro ordinamento, quella ragione, o quelle ragioni [della traslazione del danno], non possono essere rinvenute che

individuazione¹¹⁸ di quelle che possono essere chiamate “funzioni” della responsabilità extracontrattuale¹¹⁹: in questo modo, pur senza sfociare in altrettanto radicali e contestabili ideologismi di tipo neo-positivistico¹²⁰, si avrebbe effettivamente a disposizione un oggetto di studio che, seppur suscettibile di differenti interpretazioni, presenterebbe l’indubbio vantaggio di sottrarre alla discrezionalità del singolo (facilmente orientabile e, come visto, anche cedevole di fronte alla tentazione di ricostruzioni arbitrarie) l’individuazione del *giuridicamente rilevante*¹²¹, poiché gli elementi che devono essere presi in considerazione dall’interprete¹²² sono già stati individuati dal soggetto costituzionalmente a ciò legittimato e cristallizzati nell’enunciato¹²³.

La precisazione dell’oggetto di studio¹²⁴ e dei differenti ruoli che i vari soggetti (si era fatto riferimento ai formanti) rivestono e devono continuare a rivestire (non essendo intervenute modifiche

all’interno del diritto positivo, e quindi non in una concezione desiderabile della giustizia, ma in quella particolare concezione che si è tradotta normativamente nella disciplina dell’istituto [...]). Sulla dogmatica giuridica, sul suo sviluppo e sui suoi rapporti con l’esegetica, si veda anche l’analitico saggio di F. OLGATI, *Problemi giuridici e problemi filosofici: la dogmatica giuridica*, in *Riv. fil. neo-scol.*, 1932, p. 24 ss.

¹¹⁸ Il ruolo positivo della sistematica, con più generale riferimento alla responsabilità civile complessivamente intesa, è ben espresso da G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, cit., p. 652: «la ricostruzione sistematica dei principi e delle regole della responsabilità civile costituisce l’argine coerente e idoneo a evitare straripamenti e alluvioni».

¹¹⁹ Non condivide questa prospettiva M. GRONDONA, *Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek: ‘The Political Order of a Free People’)*, in C.A. D’ALESSANDRO e C. MARCHESE (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, I, Roma, 2018, p. 306: «E l’approccio esclusivamente strutturale, come se la funzione non possa che essere l’esito della struttura, quasi che ogni struttura abbia in sé inscritta una determinata e immutabile funzione, è scarsamente produttivo». In termini maggiormente dubitativi A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, cit., p. 326: «È ben evidente come il richiamare l’attenzione della giurisprudenza sulla struttura delle fattispecie previste dal legislatore è sempre opera meritoria; ma il problema è se ciò sia sufficiente, ovvero se il discorso non debba essere integrato da una sottolineatura forte delle funzioni».

¹²⁰ Infatti, la dogmatica «risponde all’insopprimibile esigenza di fare emergere il significato profondo delle norme, che non è il ‘significato proprio delle parole’ ma la ragione che induce il legislatore ad usarle tutte insieme per costruire una norma e poi tutte quelle che con questa si compongono in un istituto, nei vari sottoinsiemi di esso»: così C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatico e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, cit., p. 692.

¹²¹ Sul punto, rimane tutt’ora imprescindibile, a giudizio di chi scrive, la lettura di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 55 ss.

¹²² «Il diritto è generale nel senso che assume dal nostro vivere alcuni dati essenziali, – e che, in quanto essenziali, sono comuni a tutti gli uomini – scarnifica le situazioni particolari e le riduce al generale. La norma determina dunque la nostra vita secondo questi dati essenziali. In ciò – si deve ammettere – v’è la discrezione della norma: è lo scegliere alcuni elementi del nostro vivere, tralasciandone altri»: così C. PUNZI, *La funzione del giudice nell’attuale evoluzione del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, pp. 18-19. Cfr., in precedenza, P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, cit., p. 26: «La possibilità della norma con valore generale, nasce invece solo quando nei fatti della vita pratica si comincia a tener conto soltanto di alcuni caratteri e, trascurando gli altri, a quelli soli si attribuisce un effetto giuridico; così si vengono a creare tante categorie di fatti, raggruppando e considerando uguali, dal punto di vista giuridico, tutti i fatti che hanno in comune un carattere generico, quantunque profondamente differiscano per le altre qualità loro specifiche».

¹²³ In relazione ai tempi odierni, è di diverso avviso M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l’ubi consistam ordinamentale dei “risarcimenti punitivi”*, cit., p. 52: «Se il nostro tempo è quello della “fattualità”, non c’è dubbio che la misura del giuridicamente rilevante e del giuridicamente irrilevante non può trovare risposta né nella teoria della fattispecie, né nella teoria della sussunzione, ma solo nella costante concretizzazione, di fronte alle specifiche esigenze di fatto, dei principi generali [...]». Si veda, però, l’ammonimento di C. CASTRONOVO, *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 1179-1180: «Non si deve perdere di vista che la ‘scoperta’ dei valori da parte dell’ordinamento significa l’accoglimento di essi in un contesto squisitamente normativo che dà ad essi una calibratura e un orientamento che impedisce di estrapolarli a piacimento secondo che la naturale vaghezza concettuale che li caratterizza sembri consentirlo. Non possono diventare, cioè, i valori, strumenti di rimodellatura degli istituti di diritto civile, tale da renderli irriconoscibili».

¹²⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, cit., p. 858: «L’epilogo del discorso non può che essere la convinta riaffermazione dell’assoggettamento dell’interprete alla legge e la riaffermazione dell’immanenza del vincolo del sistema, perché viceversa non si fa altro che *distruggere l’oggetto stesso del sapere giuridico*» (corsivo agg.).

costituzionali in tal senso e non potendosi accettare una modificazione imposta, al di fuori di ogni procedura controllabile, da parte dei diretti interessati) consente di allontanare il timore, a cui si era accennato più sopra, per cui l'attenzione dedicata alle funzioni della responsabilità extracontrattuale potrebbe apparire una modalità di studio della materia connotata da potenzialità sistematicamente e ordinamentalmente eversive: se l'analisi si rivolge non tanto a presunti valori socialmente diffusi dalla potenza nomogenetica o alla individuazione di più o meno auspicabili modificazioni da apportare (surrettiziamente, ma sempre illegittimamente) sulla base delle più svariate considerazioni circa una possibile migliore strutturazione e conformazione del diritto (e cioè il diritto non come è¹²⁵, ma come alcuni pensano dovrebbe essere¹²⁶), quanto al diritto così come si presenta agli operatori e ai consociati, allora il soffermarsi sulle funzioni che possono essere induttivamente ricavate dal sistema ricostruito sulla base di tale materiale non può che fugare i timori per far giungere ad una ben più rasserente e approfondita comprensione dell'istituto che consenta di risolvere anche problematiche di più recente manifestazione¹²⁷, per di più con l'indubbio vantaggio di non dover continuamente invocare¹²⁸ (con un atteggiamento che finirebbe solo con l'essere rivelatore di un positivismo forse addirittura più ideologico di quello dei sostenitori della versione c.d. temperata) l'intervento di un già operato legislatore (alla cui eventuale mancanza sarebbe addebitabile il classico – ma, a nostro avviso, spesso più retorico-politico¹²⁹ che reale – rimprovero di una inerzia¹³⁰ che secondo alcuni legittimerebbe fattualmente altri soggetti ad intervenire in via suppletiva)¹³¹.

¹²⁵ «Dirò che per la scienza giuridica continua ad essere la scienza di ciò che è diritto e come deve intendersi, non ha il compito di valutare, ma di interpretare l'ordinamento, fatto di norme e di istituzioni, cioè di strumenti propulsivi e applicativi. [...] Spetta ad altre attività dello spirito, alla filosofia, alla politica, alla sociologia del diritto stabilire ciò che è giusto al di là del diritto, o razionale, o conveniente»: così F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 1454.

¹²⁶ Fa riferimento alle aspettative della società in relazione alle funzioni della responsabilità extracontrattuale, da valorizzare, però, in sede legislativa, S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, cit., pp. 2-3: «si fa strada una tesi favorevole all'abbandono del principio dell'equivalenza, almeno in alcuni settori. Ciò perché, in caso contrario, la responsabilità civile rischia di non svolgere in modo adeguato i suoi compiti e di non soddisfare le aspettative dei consociati che, nel risarcimento del danno, vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio leso ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell'illecito».

¹²⁷ Cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., p. 945: «è una illusione, in cui facilmente si cade, questa di credere che i fatti nuovi debbano produrre necessariamente regole nuove». Si veda anche L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, cit., p. 471: «Il sistema dogmatico diventa così non solo condizione di conoscenza del diritto vigente, ma anche mezzo per scoprire, con le tecniche della logica deduttiva, nuove regole giuridiche da applicare a casi non previsti».

¹²⁸ «Si è ecceduto nella prontezza del legiferare: ad ogni bisogno vero o presunto, accennato in un giornale od in un congresso, è corrisposto subito un decreto luogotenenziale, e ne è venuta fuori una legislazione affrettata e caotica. Spesso lo stesso ordinamento legislativo è stato modificato e ritoccato più volte, ritornando sulla stessa materia con continui rabberci, mentre l'idea originale si perdeva nelle successive modifiche, per modo che si è avuto talora l'impressione che l'opera legislativa si venisse svolgendo come un'improvvisazione alla giornata...»: così F. FERRARA SR., *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pp. 1728-1729.

¹²⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, cit., p. 14: «lo stesso omesso intervento del legislatore, per lo più, non costituisce una mancata attuazione, che deve essere riparata, ma l'esercizio di una discrezionalità politica, che può essere solo politicamente contrastata».

¹³⁰ Si veda U. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, cit., p. 642: «È forte il dubbio che i difetti, imputati al legislatore, scontino un eccesso di fiducia nella giurisprudenza [...]»; infatti, «i difetti imputati al legislatore, di essere tardivo e inadeguato, sono in realtà ricorrenti anche per il formante giurisprudenziale, ed anche in quei casi in cui esso adotta soluzioni che non sono vincolate dal dato normativo» (p. 646). Merita citazione la severa critica di un certo atteggiamento contenuta in H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., p. 10: «La democrazia moderna ha infatti carattere parlamentare e il parlamentarismo sembra, almeno secondo l'esperienza che se n'è fatta, l'unica forma in cui la democrazia sia realizzabile nella odierna realtà sociale. Se anche, perciò, democrazia e parlamentarismo non sono affatto concetti identici, ci si accorge giustamente che l'avversione sempre crescente per il parlamentarismo è, in definitiva, rivolta contro la democrazia».

¹³¹ Sia consentito rinviare nuovamente a L. OLIVERI, *Responsabilità medica e pandemia: una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, cit., pp. 143-145, ove si era già avuto modo di rilevare come la continua invocazione

Infine, quale ultimo aspetto su cui soffermarsi brevemente, va notato come la necessaria influenza del portato assiologico della Costituzione intervenga necessariamente su di un testo legislativo dal quale non è in alcun modo possibile prescindere: come noto, prima di giungere al propriamente inteso vaglio di legittimità costituzionale (che, sia notato per inciso, si basa pur sempre, quanto all'oggetto, sull'interpretazione-risultato dell'interpretazione-attività condotta dal giurista partendo dagli enunciati legislativi), l'interprete deve prima tentare – ove abbia fondati sospetti di una potenziale contrarietà a determinati principi costituzionali – di effettuare la ben nota interpretazione costituzionalmente orientata (e la responsabilità extracontrattuale non si presenta certo estranea ad un simile meccanismo); interpretazione che – ed ecco il punto – si svolge sempre sull'oggetto che è stato poc'anzi menzionato, ma alla luce del “valore” che un altro testo (quello costituzionale) ha reso giuridicamente rilevante e fruibile da parte dell'interprete: la disposizione, dunque, continua – anche nel nuovo assetto assiologico scaturente dalla nuova Carta fondamentale – a costituire un elemento essenziale dello studio del giurista.

Concludendo questa prima rilevante precisazione, deve quindi ribadirsi – tanto da un punto di vista generale, quanto da un punto di vista particolare rivolto alla questione oggetto di attenzione – come il giurista possa certamente tenere in considerazione i frutti di riflessioni e gli esiti delle ricerche condotte nell'ambito di altre scienze, ma non debba – all'infuori dell'attività di posizione dello *ius* – attribuirvi una indebita rilevanza e, men che meno, una potenza nomogenetica¹³².

§ 8. *Seconda precisazione: la questione funzionale tra pluralismo, pluralità e monismo.*

Dopo aver individuato l'oggetto che costituisce l'elemento su cui devono incentrarsi lo studio e l'attenzione del giurista, pare opportuno, all'interno della puntualmente progressiva determinazione del campo di indagine, effettuare una ulteriore precisazione di ordine generale – il cui collocamento e utilità nell'economia complessiva delle premesse emergeranno nello svolgimento del discorso – circa le funzioni che possono essere riconosciute – secondo quanto è stato rilevato in precedenza – alla responsabilità extracontrattuale.

Come si sarà potuto agevolmente notare, il sostantivo è stato declinato nel suo plurale, facendo riferimento a più funzioni dell'istituto. Di conseguenza, prima di procedere oltre, occorre effettuare una ulteriore precisazione – preliminare a quella a cui si è testé fatto cenno – che consenta di meglio comprendere in che termini debba essere intesa la pluralità di funzioni sopra evocata.

Orbene, quest'ultima può essere osservata, sostanzialmente, sotto tre differenti punti di vista; punti che costituiscono altrettante manifestazioni di meccanismi – tra di loro alternativi e reciprocamente escludenti – di cui si può avvalere (e, nei fatti, si avvale) l'interprete per ricostruire e offrire organicità al risultato della sua attività condotta sull'oggetto di studio sopra individuato: (*i*) da un primo punto di vista, alla responsabilità possono essere riconosciute, in via cumulativa e contemporanea, più

di un intervento del legislatore sia più volte motivata da timori generati dalle modalità con cui la giurisprudenza ha concretamente inteso e svolto il suo ruolo in rapporto al dato positivo, finendo così col creare un circolo vizioso in cui il *conditor legum* legifera in maniera irrazionale al fine di placare i sopra citati timori e la giurisprudenza trae dai suddetti interventi elementi in forza dei quali si sente legittimata a procedere a nuove interpretazioni che pongano ordine all'interno di un sistema legislativo che non può non risentire degli esiti negativi di un simile *modus operandi* complessivamente inteso.

¹³² Cfr. G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, cit., p. 204: «Per la funzione creativa del diritto, di cui qui si discorre, il legislatore ha, di fronte alla giurisprudenza, il vantaggio di essere l'organo adatto, apprestato allo scopo. Alla giurisprudenza il sistema non demanda, fondamentalmente, se non l'accertamento, l'interpretazione, l'applicazione del *diritto vigente*; e ciò sia che si tratti dei giudici e sia che si tratti di giureconsulti privati, quand'anche investiti di un *ius respondendi*. Se la giurisprudenza innova il diritto, essa non fa ciò che travisando, coscientemente o incoscientemente, le norme vigenti» (corsivo orig.).

funzioni che sarebbero poste su di un piano di assoluta parità e coesisterebbero pacificamente¹³³; (ii) da un secondo punto di vista, si può ancora parlare di più funzioni che possono essere riconosciute all'istituto e sempre in via cumulativa e contemporanea, anche se – a differenza dell'ipotesi di cui al punto precedente – queste sarebbero poste non più su di un piano di assoluta parità, bensì su di una scala gerarchica che vede la preminenza di una funzione (alla quale si dovrebbe quindi attribuire un ruolo primario) sulle altre (a cui sarebbe riconosciuto un ruolo – almeno – secondario¹³⁴); (iii) da un terzo ed ultimo punto di vista, le funzioni *astrattamente attribuibili* (con ciò facendosi riferimento alla conformazione discrezionalmente attribuibile in via legislativa all'istituto, ma pur sempre nel rispetto dei vincoli contenutistici derivanti da fonti gerarchicamente superiori a cui è stata dedicata attenzione più sopra) alla responsabilità sono declinate senza problemi al plurale (seppur con le precisazioni e limitazioni di cui si dirà poco oltre), ma, qualora dal versante dell'astrazione si passi a quello della concretezza legislativa, la tendenza sarà quella ad individuare non tanto una pluralità di funzioni contemporaneamente e cumulativamente presenti e poste – alternativamente – nei differenti

¹³³ Sembra questa la posizione di V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 250, e di P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 119: «La responsabilità civile non può avere un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere». Variegata la ricostruzione fornita da G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 134., il quale – dopo ampia e dettagliata analisi – individua le due funzioni “prevalenti” della responsabilità civile, ponendo sullo sfondo le altre: «Coerentemente con queste premesse, è allora conseguenza necessaria sottolineare che *in linea di massima le funzioni prevalenti* assolate dalle regole di responsabilità civile si riducono a due: quelle funzioni che nella corrente letteratura di *common law* (e, ormai, nelle espressioni usualmente impiegate dalla dottrina di ogni paese) si individuano in parole di *compensation* delle vittime e di *deterrence* dei danneggianti» (corsivo agg.). Anche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3ª ed., Milano, 2021, p. 3 ss., pur valorizzando diverse funzioni della responsabilità civile, riconosce la preminenza di quella compensativa sulle altre (p. 10). Sul punto, si vedano anche A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., cc. 2633-2634 ss.; A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2016, p. 571.

¹³⁴ Su questa linea, da un punto di vista generale, P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 6, p. 532; L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2018, p. 432; nonché, più di recente, S. CARABETTA, “*Punitive damages*” e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo, cit., pp. 50, 54-55. Ugualmente, seppur limitatamente ad alcune ipotesi legislative, V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezione del giudice*, Torino, 2018, pp. 192-193; nonché C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, cit., p. 20. Con riferimento al danno non patrimoniale: C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 252 ss., il quale non nega la preminenza, nell'assetto del risarcimento della tipologia di danno in questione, della funzione risarcitoria, ma la vede affiancata, anche se solo in alcuni casi (quale, ad. es., la verifica della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo) da concorrenti finalità punitive e deterrenti. Si colloca sulla stessa linea C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., c. 2509 (anche se – successivamente, c. 2510 – si nota come la prassi operativa avrebbe concesso eccessivo spazio alla implementazione della funzione punitiva, finendo, così, col farle assumere un ruolo forse prevalente rispetto a quello compensativo). In precedenza, ma in linea più generale, lo stesso A. [cfr. ID., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1198, aveva notato: «La funzione riparatoria non solo è elemento essenziale e caratterizzante del giudizio di responsabilità, ma condiziona e limita altresì il possibile ruolo di ulteriori e differenti finalità». Sulla base del legame con l'art. 185 c.p., attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale derivante da reato una concorrente finalità punitiva anche S. ROMANÒ, *Danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento*, in *Giur. it.*, 2021, p. 65.

termini di cui ai due punti precedenti, quanto *la funzione*¹³⁵ che, senza convivenze (forzose¹³⁶ o desiderate che siano), sia in grado di spiegare efficacemente – e, soprattutto, esaustivamente – la finalità ultima dell’istituto¹³⁷ così come oggettivamente ricavabile dal materiale su cui l’interprete ha svolto la sua attività di analisi.

¹³⁵ V. ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, cit., p. 109, ritiene che il monismo funzionale incentrato sulla compensazione sia assimilabile, in quanto “idea ricevuta”, ad un vero e proprio dogma; un dogma che, però, irrigidirebbe eccessivamente, rendendola riduttiva, l’analisi sulle funzioni della responsabilità civile. F. GAZZONI, *L’art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora?*, in ID., *Scritti giuridici minori*, II, Vilcavi (FR), 2016, p. 641, definisce «riduttiva» la visione secondo cui la responsabilità civile sarebbe funzionalmente limitata alla «mera reintegrazione o compensazione». Anche G. VISINTINI, *Che cos’è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell’inadempimento contrattuale*, cit., pp. 11-17, non pensa sia percorribile la strada di una *reductio ad unum* funzionale della responsabilità civile, evidenziando (p. 16) la progressiva (ma puntuale) emersione di concorrenti finalità preventive e punitive. In termini molto netti P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 832: «A parte la Corte di cassazione nessuno più ritiene [...] che la RC abbia una sola funzione: quella risarcitoria» (l’idea era stata già espressa – senza essere stata sollecitata da decisioni della Cassazione – in tempi più lontani: cfr. ID., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998, p. 19, ove si evidenzia – p. 22 – che funzione primaria dovrebbe essere ritenuta quella “organizzativa”). Nello stesso senso, più di recente, M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, cit., pp. 275-276: «Al di là delle ambiguità definitorie, la questione è che la tensione riparatoria, a dispetto della proclamata centralità della funzione compensativa e della saldezza dei suoi corollari, non può valere, da sé sola, a spiegare la totalità dei fenomeni raccolti sotto l’ombrello della responsabilità civile. Il dato gode di svariate dimostrazioni». Da richiamare, inoltre, il pensiero di G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., pp. 25-26, il quale, nonostante la chiara confessione preliminare («non ho ancora preso una posizione definitiva sulla legittimità e/o sull’opportunità di introdurre, nell’ordinamento italiano, una figura risarcitoria dalle tinte dichiaratamente punitive»), manifesta (e siamo nel 2008) la propria insoddisfazione provata «quando la Corte di Cassazione ha proclamato che il giudizio di responsabilità civile ha un’esclusiva funzione riparatoria e che, quindi, finalità punitivo-deterrenti [...] sono assolutamente da respingere [...]. Insomma, seguendo il ragionamento della Corte, una riflessione sui danni punitivi dovrebbe essere pregiudizialmente preclusa, perché il suo esito sarebbe già irrimediabilmente scontato». In precedenza, si veda G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, pp. 171-172: «Io credo che l’illecito non tolleri né una visione totalitariamente ed esclusivamente afflittiva, né una visione totalitariamente ed esclusivamente risarcitoria». S. CARABETTA, *“Punitive damages” e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, cit., p. 50, parla, in relazione al tentativo di individuare nella responsabilità civile una sola funzione, di «innaturale sincretismo coatto». Con riferimento al danno non patrimoniale nell’ambito della responsabilità oggettiva, si veda G. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 873: «La funzione compensativa, tuttavia, non sembra da sola sufficiente a giustificare la riparazione del danno non patrimoniale».

¹³⁶ Cfr. l’opinione di A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 319: «La responsabilità civile, invero, non può superare la funzione riparatoria, ché altrimenti si snatura e diviene, anche indipendentemente dalle personali intenzioni, altro e diverso istituto [...]». Esclude la polifunzionalità della responsabilità civile anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2ª ed. (rist. agg.), Milano, 2019, pp. 556-557. Nella stessa linea, più di recente, F. DENOZZA, *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, in G. BELLANTUONO e U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all’analisi economica del diritto*, Napoli, 2022, pp. 58-59: «Il riferimento alla polifunzionalità finisce per mascherare un aspetto cruciale e cioè il fatto che gli schemi concettuali che inquadrano e giustificano la concessione dei danni punitivi, non sono solo completamente diversi, ma sono opposti rispetto ai riferimenti concettuali che sono propri della funzione compensatoria-commutativa della responsabilità civile». In termini molto netti M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 129: «il riconoscimento alla responsabilità di una determinata funzione esclude necessariamente la reale operatività di altre funzioni e [...], perciò, discutere e ragionare a partire da una pluralità di funzioni di quest’istituto è logicamente improprio e scientificamente – quanto meno - ingenuo». Perplexità circa la polifunzionalità sono presenti anche in C. COSSU, *Lèggere il danno. Grammatica di un concetto plurale*, Pisa, 2022, p. 13 ss.

¹³⁷ Attribuisce finalità esclusivamente compensativa (distinguendo, sulla scia di von Jhering, tra riparazione e soddisfazione) anche al risarcimento del danno di tipo non patrimoniale (e ciò addirittura con riferimento al danno morale inteso in senso classico – e, in seguito, si vedrà se più o meno fondatamente – come sofferenza interiore derivante da reato) R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 300-301 e 303: «A nostro avviso deve escludersi che il risarcimento (del danno morale) sia accordato in odio al reo» p. 303). La distinzione tra risarcimento e punizione (e tra differenti istituti a cui sono attribuite tali funzioni) è presente in F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., p. 1164.

La tripartizione della declinazione al plurale del discorso funzionalistico può essere anche efficacemente rappresentata – ad avviso di chi scrive – mediante il ricorso a sintetiche espressioni che torneranno utili nel prosieguo sia per l’agevolazione espositiva, sia per una migliore comprensione dei termini in cui verrà svolta la riflessione.

Nel primo caso, essendo le funzioni contemporaneamente presenti e poste su di un piano di parità, si potrebbe parlare di una polifunzionalità in senso forte; nel secondo caso, invece, il riconoscimento di un ruolo preminente ad una funzione e di un ruolo (almeno) secondario alle altre funzioni potrebbe condurre sempre ad una polifunzionalità, ma intesa – questa volta – in senso debole; nell’ultimo caso, infine, avremmo una situazione esattamente opposta alla prima e potremmo parlare, quindi, di un monismo funzionalistico della responsabilità¹³⁸. Emerge, dunque, come solo nei primi due casi possa propriamente parlarsi di pluralismo funzionale¹³⁹ concretamente riscontrabile nel tessuto normativo e nel conseguente sistema da questo ricavabile, mentre – nell’ultimo caso – si potrebbe al più parlare di una pluralità di funzioni astrattamente concepibile, ma non concretamente realizzabile (ed è in questi termini che, per l’appunto, dovrebbe apprezzarsi la distinzione tra pluralismo e pluralità¹⁴⁰).

Esaurita questa breve parentesi preliminare, occorre riallacciarsi a quanto affermato in apertura circa la necessità di precisare quali possano essere le funzioni attribuibili, prima, e individuabili, poi, nella responsabilità civile.

In quest’ottica, come si è già avuto modo di rilevare, il periodo storicamente più recente – anche prima della ben nota e già richiamata pronuncia a Sezioni Unite del 2017 – è stato caratterizzato da un vero e proprio aumento esponenziale delle funzioni che ha portato a superare velocemente quella rigida dicotomia che, per lungo tempo, aveva caratterizzato la riflessione dei giuristi: l’alternativa monofunzionale tra la funzione compensativa e quella punitiva¹⁴¹ è stata progressivamente affiancata

¹³⁸ Si sofferma sulle incertezze teoriche (e sui conseguenti risvolti applicativi da queste ultime derivanti) di una ricostruzione funzionale di stampo monistico C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pp. 126-127, ben ponendo in evidenza, però, come l’incertezza in questione sia stata cagionata, oltre che da un’attenzione normativa connotata – forse – da un eccessivo atomismo, dall’aver riposto eccessive aspettative nei risultati empiricamente ricavabili dalla applicazione di un solo istituto tra quelli contemplati dall’ordinamento.

¹³⁹ «Questo pluralismo delle logiche normative [unificate sotto il termine “danno”] comporta, necessariamente, anche il pluralismo delle funzioni della responsabilità civile»: così D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia «tradito»*, cit., pp. 555-556.

¹⁴⁰ Seppur formulate con riferimento ad un contesto decisamente più ampio, sono da richiamare le parole (condivisibili, sul punto) di F. VIOLA, *Prospettive della teoria del diritto*, cit., pp. 27-28: «Pertanto, non è vero e proprio pluralismo giuridico riconoscere l’esistenza all’interno dello stesso sistema giuridico di differenti meccanismi normativi applicabili alla stessa situazione, perché questa è una pluralità nell’ordinamento o non già degli ordinamenti. [...] In conclusione, il pluralismo giuridico è significativo quando designa una situazione normativa in cui differenti ordini giuridici concorrono e competono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insiemi di azioni aventi lo stesso oggetto» (corsivo orig.). Il tema del pluralismo (giuridico) è particolarmente ampio, oltre che controverso: ci si limita – non potendolo affrontare in questa sede – ad un rinvio a M. CORSALE, voce *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 1003 ss., e, da ultimo, all’ampio saggio di P. COSTA, *Il ‘pluralismo’ politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, p. 29 ss. [di cui G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant’anni di Quaderni fiorentini*, *ivi*, p. 20, esalta l’ottica oppositiva: «L’esser ‘contro’ separa pluralità da pluralismo, rendendo pleonastico l’uso dell’aggettivo ‘moderno’ accanto a pluralismo giuridico»].

¹⁴¹ Il passaggio dalla concezione funzionalmente punitiva a quella risarcitoria nella seconda metà del secolo scorso è ben posto in evidenza da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 124, che evidenzia l’evoluzione «funzionale della responsabilità civile da mezzo per la prevenzione e la sanzione del comportamento riprovevole dell’agente, a strumento che consenta di risarcire, con la maggiore intensità e nel maggior numero dei casi, la vittima del danno»: la «funzione riparatoria sembra destinata così a riassumere le trasformazioni ed il destino stesso dell’istituto». Ritornano sul punto anche A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, cit., p. 320 (secondo cui il risarcimento è «storicamente germinato dal superamento del carattere originariamente afflittivo e penale della reazione al danno privato, dalla liberazione dalle antiche scorie penali»), e A. DI MAJO, *Responsabilità civile (Problemi e sistema)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, pp. 1593-1594. Sulle origini del modello

da ricostruzioni volte a valorizzare differenti (a) sfaccettature o (b) potenzialità dell'istituto al fine di ricavarne: (aⁱ) un pluralismo funzionale di tipo "minimalista" e "classico"¹⁴², ritenuto già individuabile *ab origine* nel sistema legislativo contenente la disciplina dell'istituto; (aⁱⁱ) un pluralismo funzionale decisamente più marcato rispetto al precedente (e cioè fortemente tendente alla vera e propria poli-funzionalità, a sua volta declinabile in senso debole e in senso forte come visto poco sopra) e di tipo "innovativo", in quanto riconoscibile all'istituto – a legislazione invariata¹⁴³ – sulla base delle più recenti riflessioni della scienza giuridica e – forse in misura ancora maggiore – in ragione della forte influenza di elementi che, seppur non strettamente giuridici, hanno incrociato la sensibilità dei giuristi e hanno saputo suscitare un indubbio favore; (bⁱ) una implementazione ed un potenziamento delle funzioni (non limitabili alla dicotomia minimalista a cui si è sopra fatto riferimento) già riscontrabili in seno all'istituto, ma ritenute non ancora sufficientemente valorizzate se poste in relazione con le potenzialità insite nella responsabilità extracontrattuale; (bⁱⁱ) elementi idonei a sostenere l'effettiva attribuzione, all'istituto, di funzioni che, astrattamente concepibili, non sono però riscontrabili nel tessuto normativo di riferimento (si potrebbe parlare, aristotelicamente, di un passaggio dalla potenza all'atto).

§ 9. Polifunzionalità indotta vs polifunzionalità ricercata.

Al di là del differente grado di intensità delle innovazioni rilevabile in relazione alle varie ricostruzioni funzionali testé citate (la cui schematizzazione costituirebbe un'operazione meramente ricognitiva e, dunque, priva di utilità ai fini della presente analisi), pare interessante soffermarsi su di una possibile grande suddivisione tra le diverse modalità (argomentative) che hanno portato alla elaborazione di modelli funzionali della responsabilità extracontrattuale non corrispondenti a quelli monistici precedentemente utilizzati nell'ambito della scienza giuridica (e, in particolare, all'aumento delle funzioni dell'istituto): a tal proposito, potrebbe parlarsi di una polifunzionalità *indotta* e di una polifunzionalità *ricercata*.

Prima di procedere oltre, però, siano consentite alcune minimali notazioni preliminari volte a chiarire i termini in cui gli aggettivi sono stati utilizzati, così da poter meglio comprendere, in seguito, le perplessità che verranno avanzate nei confronti delle citate ricostruzioni¹⁴⁴.

Orbene, come agevolmente intuibile dal primo aggettivo che si è scelto ai fini della schematizzazione di massima, per polifunzionalità *indotta* si intende un particolare tipo di ricostruzione argomentativa che, seppur sempre normativamente fondata¹⁴⁵, sembra, più che

monofunzionale, si veda la lettura offerta da S. ROMANÒ, *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, cit., p. 131: «La lettura di Windscheid ha prevalso su quella di Thon, e questo ha segnato la storia giuridica non solo tedesca, ma europea, determinando l'adozione di una responsabilità civile monofunzionale».

¹⁴² «[S]e la critica dello schema unitario può apparire in qualche misura persuasiva, anche lo schema bipolare, che si prospetta per sostituirlo, lascia in definitiva insoddisfatti»: così C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 130.

¹⁴³ C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., c. 2507, parla di un «carattere polifunzionale dell'istituto [...] già riscontrabile nella sua configurazione codicistica, senza che in proposito assuma rilievo l'esigenza di deroghe normative».

¹⁴⁴ La distinzione non essendo volta all'assoggettamento ad una determinata disciplina, «è data per mero amor di concettualizzazione» (cfr. G. TARELLO, *Discorso assertivo e discorso prescrittivo nel linguaggio dei giuristi*, cit., p. 434). E tuttavia, «non sarebbe corretto evitare il problema dicendo che, in questo caso, si tratta di discorsi privi di funzione specifica. Io credo che, anche in questo caso, si tratti di discorsi interpretabili dall'analista sia come discorsi precettivi sia come discorsi assertivi. Infatti da una parte si può dire che questi discorsi si esauriscono o in una direttiva, rivolta (oltre che, come impegno, al loro autore) ad altri giuristi, affinché usino certi vocaboli anziché altri; ovvero in una qualificazione, cioè nella legittimazione dell'uso di quei certi vocaboli» (p. 435).

¹⁴⁵ Debbono ritenersi escluse, quindi, quelle ricostruzioni che ricavano dalla empirica diversità dei fatti concretamente verificatisi (ma pur sempre sussumibili nella medesima fattispecie legislativa) una differente conformazione funzionale:

utilizzare il materiale legislativo oggetto di studio, *servirsene* per porre in evidenza e attribuire rilevanza solo ad alcuni tra gli elementi ricompresi nelle fattispecie disciplinanti la materia al fine di ricavarne argomenti, per l'appunto, da portare a sostegno di una determinata ricostruzione funzionale.

Va osservato come una simile modalità di studio del tema delle funzioni presenti, rispetto a quella che è stata più sopra scrutinata e oggetto di alcune non irrilevanti perplessità in ragione delle pericolose distorsioni dovute alla pregnanza dell'extragiuridico sul giuridico, un grado indubbiamente maggiore di precisione e rigore nell'identificazione dell'oggetto di studio (e, dunque, l'impostazione iniziale può ritenersi pienamente condivisibile); di contro, focalizzare eccessivamente – e atomisticamente – l'attenzione solo su alcuni elementi di una (o più) fattispecie costituisce uno sviluppo del percorso logico e argomentativo che non sembra meritevole di accoglimento¹⁴⁶, in quanto privo di quell'armonico inserimento all'interno dell'*intero* contesto normativo e della consequenziale visione d'insieme necessaria per poter sviluppare un discorso funzionale che non sia soggetto ad attrazioni, per così dire, "gravitazionali" da parte di elementi che tale forza non dovrebbero nemmeno esercitare in tale sede (pena fluttuazioni occasionali che non avrebbero altro effetto che rendere il discorso funzionale inutilizzabile).

Quanto appena affermato non vuole significare che tali elementi debbano essere considerati irrilevanti o non sufficientemente interessanti per il giurista: tutt'altro. Ciò che si vuole evidenziare è che siffatti elementi devono essere intesi dall'interprete per quello che sono e quello che ci comunicano, non per quello che *si vorrebbe* siano e ci comunicino: ad esempio, la presenza di un determinato criterio di imputazione¹⁴⁷ piuttosto che un altro o la manifesta espressione dei principi

si veda, ad es., C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., pp. 255-256, nella parte in cui si sostiene che il risarcimento del danno non patrimoniale assumerebbe – in concreto – diverse funzioni, e ciò a seconda della sussistenza di un diverso elemento psicologico del soggetto agente (nello specifico, colpa o dolo). La prospettiva, come si è già avuto modo di accennare, non convince nella misura in cui lega la individuazione delle funzioni non già alle disposizioni e al sistema da queste ultime ricavabile, quanto alla fattualità (la quale, pertanto, riassumerebbe un ruolo che, in precedenza, si era voluto contestare e disconoscere). Cfr., di contro, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., p. 332, il quale sostiene che la diversità dell'elemento soggettivo non rilevi ai fini della determinazione delle funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*

¹⁴⁶ Su questo aspetto risulta condivisibile la posizione di P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1989, pp. 891-892, ove parla di una «rinuncia a una visione frammentaria dell'illecito: il no cioè a una lettura che, nell'intrecciarsi fra danno, imputabilità, consapevolezza, causalità e ingiustizia, non riesce a scorgere nulla di più se non la somma pura e semplice di tanti compartimenti stagni, ciascuno da apprezzare per se stesso e destinato a non poter mai incontrare gli altri, nel quadro del giudizio di responsabilità». Meno condivisibile, però, la soluzione a cui porta questo sguardo d'insieme sulla responsabilità civile: «No quindi, in conclusione, ai resoconti che perseguono l'unità strutturale dell'istituto aquiliano oltre i vessilli del danno (ingiusto e causalmente rilevante) e dell'obbligo del risarcimento. Troppe condanne resteranno inspiegabili, funzionalmente e descrittivamente, fintantoché ci si ostini a negare che entro quest'area dell'afflittività diverso e peculiare sia il valore che assumono voci quali, ad esempio, prevenzione rimprovero, esternalizzazione dei costi, abuso, licenza di nuocere quali mercato, equità, *laisser faire*, assicurazione: a negare cioè che esista più di un modo per servire gli interessi della vittima – che le vie della funzione reintegratoria possano essere, se non proprio infinite, comunque abbastanza numerose». Sugli elementi richiamati, a fini funzionali, nella citazione, ci si soffermerà poco oltre. Tuttavia, non può non notarsi una inversione logica che non può essere accolta: non devono essere le funzioni a modellarsi (e, eventualmente, ri-modellarsi) per spiegare le decisioni della giurisprudenza, ma l'esatto contrario. Si deve, cioè, procedere prima con l'individuazione della funzione (o delle funzioni) e, poi, verificare se la giurisprudenza abbia correttamente applicato l'istituto (funzionalmente caratterizzato in un determinato senso): in caso contrario, si finirebbe per attribuire valenza argomentativa e dimostrativa all'errore. Il che non pare francamente possibile.

¹⁴⁷ La riflessione classica, sul punto, è quella di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 34-36 (e, a p. 213, si specifica come la prevenzione derivante dalla responsabilità oggettiva non debba essere erroneamente confusa con la funzione punitiva). Anche S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 599, sostiene che la «molteplicità di criteri di imputazione accentua la flessibilità del modello e la sua propensione ad adempiere a molteplici funzioni» (anche se l'affermazione in questione pare difficilmente conciliabile con quanto sostenuto dallo stesso A. – cfr. ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, rist. inalt., p. 145 – in relazione all'errore consistente nello scambio della «ratio particolare di un criterio con i principi che stanno alla base dell'intero

che regolano la risarcibilità di differenti tipologie¹⁴⁸ di danno sono certamente aspetti rilevanti e imprescindibili per la comprensione di quale sia la *ratio* delle disposizioni ai fini di una loro corretta applicazione in sede operativa, ma, qualora li si osservi in mancanza della più ampia visione che si è

sistema di responsabilità»). Più di recente, si veda C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., c. 2506, il quale ritiene che le differenti funzioni della responsabilità civile vadano ricercate anche nei criteri di imputazione, facendo, però, riferimento, subito dopo, alle «ragioni per le quali si è tenuti alla riparazione». Tuttavia, in questo modo, sembra che l'aspetto funzionale (che dovrebbe fornire la spiegazione dell'istituto e delle finalità della obbligazione posta in capo al soggetto agente) venga a sovrapporsi con quello della *ratio* di una norma: quest'ultima ci fornirà la ragione che informa una determinata disposizione o un gruppo di disposizioni (quali, ad es., quelle complessivamente riferibili al criterio di imputazione "oggettivo"), ma nulla sarà in grado di dire circa la funzione che è stata attribuita al risarcimento del danno osservato nella sua interezza (e, difatti, la condanna alla corresponsione di una somma anche in caso di assenza di colpa potrà essere funzionalmente rivolta tanto alla compensazione di un danno, quanto alla punizione – civilisticamente intesa – di un soggetto). Di quanto appena affermato sembrano potersi trovare ampie conferme in M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, cit., p. 126: «la funzione della responsabilità va distinta dalle funzioni dei singoli criteri di imputazione, e cioè dalle *rationes* che presiedono all'articolazione dell'ambito generale di questo istituto in sotto-ambiti differenti [...]. La *funzione della responsabilità* designa la logica cui, in ultima istanza, obbedisce il dispositivo fondamentale nel quale essa consiste [...]. Le *funzioni dei singoli criteri di imputazione* designano, invece, le *rationes* in forza delle quali l'ordinamento ha deciso di articolare quest'ambito primario assegnato alla responsabilità in una pluralità di sotto-ambiti e di determinarne diversamente in ciascuno di essi le condizioni di operatività del dispositivo aquiliano [...]. Questa distinzione [...] mostra che, in linea di principio, la funzione della responsabilità rimane, in linea di massima, indipendente dalle funzioni dei singoli criteri di imputazione» (corsivo orig.). Si veda, in aggiunta, C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatico e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, cit., p. 698: «Il rischio, la creazione di pericolo, l'esistenza di un rapporto di assicurazione in capo a colui che la norma eventualmente trasceglie tra coloro ai quali il costo del danno può essere riferito possono spiegare all'interprete la ragione (*ratio*) della norma, ma non gli chiedono di scegliere, all'interno del ventaglio di teoria generale della responsabilità civile, tra prevenzione, riparazione, distribuzione del costo del danno, punizione: perché tale scelta è stata fatta dal legislatore [...]».

¹⁴⁸ C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, cit., pp. 520-522, attribuisce una differente rilevanza funzionale alle diverse tipologie di pregiudizio non patrimoniale, distinguendo tra il danno biologico, il danno da lesione dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti e il danno da reato (con funzione, rispettivamente, solidaristica, satisfattoria e punitiva unitamente a quella satisfattiva). In precedenza, nello stesso senso di una differenziazione sulla base del pregiudizio, con spiccate tendenze – per quanto concerne la lesione di diritti costituzionalmente tutelati – ad un vero e proprio polimorfismo funzionale di tipo operativo, G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, p. 10: «Il danno biologico svolge una funzione riparatoria; il danno morale soggettivo ne attua, invece, una più vicina alla razionalità di tipo punitivo [...]; il danno non patrimoniale, lesivo di altri diritti inviolabili, a sua volta, ha funzioni non fisse e che possono variare da caso a caso, potendo essere anche punitive o meramente satisfattive». Opta per una diversificazione funzionale tutta interna all'art. 2059 c.c. anche C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 54. Una funzione «afflittiva» del danno morale soggettivo è riconosciuta da P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., pp. 862-863. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto si avrà modo di osservare più ampiamente nel prosieguo del presente lavoro, non potendosi verosimilmente pensare di poter indicare esaustivamente in questa sede i riferimenti bibliografici circa la interpretazione sanzionatoria dell'art. 2059 c.c.

sopra menzionata¹⁴⁹, finirebbero per assumere un ruolo eccessivo e debordante¹⁵⁰; ruolo al quale, da un punto di vista sistematico, nemmeno potrebbero ambire¹⁵¹.

In conclusione, singoli elementi contenuti in determinate fattispecie legislative non possono essere convincentemente utilizzati quali argomenti di per sé idonei alla dimostrazione della sussistenza di un paradigma funzionale idoneo allo scardinamento dei modelli ricostruttivi precedentemente elaborati e qualificabile come “nuovo” in relazione non tanto al diverso materiale su cui si è soffermata l’indagine, quanto alla modalità con cui sono stati valorizzati alcuni tra gli elementi già normativamente presenti; di contro, se così non fosse, ci si troverebbe in presenza di un argomento che – come si suol dire – finirebbe col provare troppo.

Ma, prima di passare oltre, vi è un secondo profilo sotto il quale può essere osservata l’attività dell’*in-ducere* funzionale: se il primo profilo risulta affetto da eccessivo particolarismo, il secondo, invece, tende perniciosamente ad un eccessivo generalismo.

¹⁴⁹ Per questo non si ritiene condivisibile la posizione, improntata ad un eccessivo frammentarismo, di C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit., p. 85: «In effetti, nella misura in cui sempre più spesso l’imputazione non presuppone un’affermazione di ‘responsabilità’ etico-comportamentale, e si articola invece intorno a criteri disparati, la risposta al quesito sulle ragioni della responsabilità non può più essere unitaria. Nessuna ‘funzione’ è, se isolatamente considerata, sufficiente a spiegare l’intera struttura del giudizio aquiliano» (corsivo agg.). Si muove nella stessa linea P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 325: «Di conseguenza, secondo questo diverso fondamento, natura e funzione del rimedio risarcitorio mutano nelle singole disposizioni e problematicamente da settore a settore». Si veda anche A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018, p. 117 ss. (ma, in particolare, p. 119: «a fronte della varietà delle fattispecie lesive, si pongono differenti funzioni, talvolta capaci di operare singolarmente, talaltra destinate a presentarsi intimamente collegate»).

¹⁵⁰ Non convince, pertanto, l’affermazione (in sede “autoptica”) di V. ZENO-ZENCOVICH, *Autopsia del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 618, il quale rileva: «Quanto poi alla responsabilità civile, le discipline speciali nei campi di maggiore importanza (r.c.a., responsabilità professionale) ne hanno mutato la funzione in strumento solidaristico». Infatti, la *ratio* giustificatrice degli interventi legislativi in materie che, socialmente, rivestono una importanza piuttosto marcata può ben essere ravvisata in esigenze di tipo solidaristico e di maggiore efficacia (nonché garanzia) della tutela che si vuole accordare alla vittima di un danno, ma questa – come detto – rimane *ratio* della singola legge (o del singolo e più puntuale intervento legislativo), e non incide sulle funzioni dell’istituto: la responsabilità civile, assicurata o meno, continuerà a rispondere alla funzione ricavabile dal complesso delle disposizioni di riferimento, divenendo, nel singolo caso, lo strumento cui il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, ha fatto ricorso in quanto ritenuto quello maggiormente adatto al raggiungimento degli obiettivi che si era prefissato. Utile riprova sembra essere costituita dal fatto che, nei casi menzionati, l’istituto troverebbe comunque applicazione (con le sue caratteristiche e la sua funzione specifica) al verificarsi di un danno: l’imposizione dell’obbligo di assicurazione, quindi, non ne muta la funzione, ma diviene solo un ulteriore elemento che, da un punto di vista applicativo, rafforza la garanzia della tutela riconosciuta a determinati soggetti e in determinate situazioni; tutela che, però, si esplicherà sempre per il tramite della operatività dell’istituto menzionato.

¹⁵¹ Cfr. M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, cit., p. 127: «Un’elementare logica sistemica avverte, dunque, che non è possibile assumere la *ratio* che presiede al criterio di imputazione proprio di ciascun ambito della responsabilità a *ratio* generale dell’istituto»: di conseguenza, «non è sensato, e non è giuridicamente fondato, assumere che la responsabilità abbia una preminente funzione preventiva perché di tale *ratio* si troverebbe traccia nei criteri della sua imputazione, o anche solo assumere che per tale ragione essa debba considerarsi equiordinata alla funzione compensativa: *ratio* della responsabilità e *ratio* dei criteri della sua imputazione ineriscono, infatti, a tipi di *problemi diversi e operano in ambiti differenti*» (corsivo agg.). L’influsso del pensiero del Maestro del Barcellona si può notare se solo si volge l’attenzione a R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 636: «L’altra, ed opposta, linea di sviluppo della moderna dogmatica in materia passa attraverso la teoria della responsabilità oggettiva. Si deve però avvertire subito che questa concezione, nell’ambiguità dei suoi termini, sembra esaurirsi nella segnalazione, di portata ridotta e di segno negativo, di quelle fattispecie (di responsabilità) che non risultano fondate sulla colpa. *Ne deriva, per cominciare, la sua inidoneità*, almeno nelle formulazioni principali, *a proporre una visuale unitaria e coerente della materia della responsabilità*» (corsivo agg.). In quest’ottica, merita senz’altro di essere richiamato l’affettuoso ricordo dell’allievo: cfr. M. BARCELLONA, *Renato Scognamiglio e il “metodo realistico”*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1153 ss. (p. 1160 ss., nello specifico, per l’istituto in questione).

Infatti, per consentire alla polifunzionalità di farsi strada attraverso le strettoie di modelli asseritamente asfittici e vetusti, si è anche cercato – pur mantenendo fermo il punto di osservazione normativo – di trovare una nuova “messa a fuoco” che consentisse di cogliere una sorta di essenza profonda dell’istituto che fosse in grado di restituirne la ragion d’essere.

Deve rilevarsi, tuttavia, come l’attività consistente nel ricavare alcune nuove (nei termini che si è già avuto modo di meglio precisare) funzioni dell’istituto per il tramite di una visione unitaria e globale, ma priva della necessaria e contestuale compresenza di un altrettanto imprescindibile sguardo analitico che non può operare disgiuntamente e indipendentemente da quello complessivo e sistematico che contribuisca alla resa della ricostruzione funzionale, non ha prodotto un risultato che possa ritenersi particolarmente soddisfacente: le nuove lenti che sono state utilizzate per sperimentare una differente messa a fuoco hanno prodotto, più che un ampliamento, una limitazione e una distorsione della visione dell’interprete, il quale – sotto questo versante – non ha potuto che fruire di una impressione fortemente epidermica circa le funzioni della responsabilità extracontrattuale.

Come si sarà intuito, questo secondo profilo della induzione della polifunzionalità è esattamente speculare rispetto a quello che – analizzato per primo – ha posto l’accento non sul “generale”, quanto sul “particolare”. Epperò, non bisogna essere tentati di pensare che i due profili si pongano in antitesi tra di loro e siano destinati ad operare in via necessariamente alternativa. Difatti, alcune nuove funzioni che sono state attribuite alla responsabilità civile sono derivate – per l’appunto – tanto da una visione particolaristica, quanto da una visione generalista: in questo modo, non ostando ad una tale simultanea operatività procedimentale alcuna ragione di tipo logico, il novero delle funzioni ha potuto ampliarsi rispetto alla astratta dicotomia e, allo stesso tempo, al concreto e dominante monofunzionalismo.

Tuttavia, da un punto di vista generale e teorico, ciò che non convince appieno in relazione ai due menzionati profili è proprio la particolare osservazione a cui è stata sottoposta la disciplina normativa regolante la materia al fine di ricavarne le funzioni che sono state attribuite all’istituto per il tramite della legislazione: come detto, entrambe le visioni possono bensì essere utilizzate simultaneamente dall’interprete senza che questo comporti un *vulnus* al percorso logico-argomentativo, ma ciò che non sembra essere accettabile all’interno del discorso funzionale è la capacità dei due differenti profili menzionati di offrire una solida base su cui fondare la ricostruzione sistematica (e, di conseguenza, il rinvenimento delle funzioni da riconoscere alla responsabilità extracontrattuale) in ragione delle *mananze* che la scissione delle due visioni comporta e che, invece, non sarebbe data nel caso di un loro congiunto utilizzo che tenga conto, nello stesso tempo, delle singole particolarità normative e del complesso legislativo nel suo più ampio insieme.

Sintetizzando, dunque, si potrebbe dire che è la parzialità – operante in diverse ed opposte direzioni – che caratterizza le due visioni a renderle insanabilmente inadatte alla loro tensione e ambizione funzionale, in quanto prive di quella necessaria complementarietà che – essa sola – potrebbe contribuire allo svolgimento tanto di una corretta e condivisibile analisi normativa, quanto di una altrettanto condivisibile ricostruzione sistematica.

Esaurita la sommaria esposizione delle brevi notazioni di ordine generale sulla prima modalità con cui si è giunti a parlare di polifunzionalità della responsabilità extracontrattuale, deve ora spendersi qualche parola su quella seconda modalità che si è voluto definire polifunzionalità “ricercata”.

Anche in questo secondo caso, l’aggettivo è stato scelto in ragione della sua chiara e immediata capacità comunicativa: a differenza del modello precedente, quest’ultimo sembra tenere in maggiore considerazione la distinzione intercorrente tra una situazione esistente e una situazione che, sulla base

di differenti ordini di ragioni, è certamente desiderata e auspicata, ma che non si è ancora concretizzata trovando cittadinanza all'interno del sistema normativo.

Questa brevissima, ma essenziale, precisazione consente di porre in rilievo – fin da subito – alcune caratteristiche di questa seconda tipologia di polifunzionalità.

In primo luogo, similmente a quanto già rilevato in relazione alla tipologia c.d. “indotta”, l'oggetto di studio su cui rimane primariamente focalizzata l'attenzione del giurista è sempre il dato positivo, poiché le funzioni (ed il plurale va inteso – come sopra accennato – nel senso di una astratta pluralità di funzioni, e non di vero e proprio pluralismo) riconosciute, allo stato attuale, alla responsabilità civile sono ricavate dalle disposizioni e dal sistema che queste consentono all'interprete di ricostruire, e non in virtù di altri e ben più sfuggibili fattori (e da ciò deriva una non trascurabile – e apprezzabile – riduzione del rischio di iniziali indebite ibridazioni dell'impostazione dell'analisi).

Vi è, però, un altro aspetto – ed ecco un secondo elemento caratterizzante – che, a differenza del primo, pone una distanza tra la polifunzionalità indotta e quella ricercata.

Orbene, l'adesione – da un punto di vista teorico – ad un modello normativamente fondato e facente riferimento – da un punto di vista pratico – ad una legislazione posta in un contesto idealmente influenzato dalla (e limitato alla) tradizionale dicotomia compensazione-punizione, ha condotto ad una interpretazione del materiale disponibile nei termini di un incontestabile monismo funzionale di stampo classico della responsabilità extracontrattuale (sul punto, però, non si può qui accennare altro, pena indebite anticipazioni di quanto verrà successivamente esposto): ed è in questo peculiare contesto che si sviluppa il passaggio successivo della riflessione dei giuristi; passaggio in cui è dato riscontrare la differenza a cui si faceva poc'anzi riferimento.

Infatti, data una determinata situazione esistente, l'attenzione dei giuristi è andata spostandosi verso (e soffermandosi su) nuove esigenze funzionali¹⁵² che, poste in evidenza tanto da riflessioni degli stessi giuristi, quanto da studi condotti in altre discipline, avrebbero dovuto trovare un riconoscimento all'interno dell'istituto aquiliano. Epperò, l'emersione di queste peculiari esigenze non ha fortunatamente condotto – *ipso facto* – a quella che, seppur in altro contesto, Chironi felicemente chiamò «cura violenta d'interpretazione»¹⁵³: le nuove richieste, sorte anche dalla

¹⁵² Cfr. M. GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, cit., p. 17, ove si guarda con particolare favore ad una effettività rimediabile che giustificerebbe un mutamento funzionale della responsabilità civile e non renderebbe convincente l'affermazione di una monofunzionalità di tipo compensativo «all'interno di un approccio che guardi ai *punitive damages* non quale fattispecie in senso stretto, ma quale rimedio che come tale va collocato in una dimensione sistematica che è il prodotto di una cultura giuridica fortemente attenta alla protezione tanto esistenziale quanto psicologica quanto patrimoniale della persona» (il richiamo alla effettività del rimedio in chiave funzionale ritorna anche a p. 19). Si sofferma sul punto anche C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, cit., p. 12: «concepire il risarcimento in termini esclusivamente compensativi risulta del tutto inappagante tanto sul piano della effettività della tutela del danneggiato, quanto sul piano più generale della giustizia sociale». Sulla stessa linea L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, cit., p. 448. Al principio di effettività fa riferimento anche S. ROMANÒ, *Sui limiti dell'operatività del nulla poena sine lege nel diritto privato*, cit., p. 676, lasciando però intravedere, almeno a giudizio di chi scrive, un antagonismo con il principio di legalità che potrebbe rischiare di generare, in sede operativa, pericolose deviazioni applicative che, invece, dovrebbero essere a tutti i costi evitate: «una piena operatività del *nulla poena sine lege* potrebbe, forse, ripercuotersi in maniera non del tutto auspicabile sull'effettività della norma. [...] un margine di imprevedibilità della reazione dell'ordinamento potrebbe più efficacemente scoraggiare l'azione antiggiuridica».

¹⁵³ Cfr. G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 801. Si vedano anche A. GORASSINI, *Dal danno ingiusto al danno “ingesto”. Oltre il danno punitivo...senza aspettare Godot*, cit., p. 54, il quale nota come le (note e immutate) norme vigenti subiscano interpretazioni tali da renderle «sempre più forzate verso nuovi orizzonti» (corsivo agg.); nonché, in ottica comparatistica, A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, cit., p. 325: «L'esempio americano, ma anche quello italiano, ed in parte quello francese, indica infatti che una giurisprudenza attivista usa i testi legislativi come risorsa argomentativa al fine di pervenire al risultato voluto [...]».

concretezza e urgenza caratterizzanti le fattispecie della vita pratica, non si sono automaticamente tradotte – per il tramite del giurista – nella fallace ricerca a tutti i costi di un qualche appiglio normativo che, debitamente adattato allo scopo in sede interpretativa¹⁵⁴, potesse offrire il terreno sul quale porre le fondamenta dell’edificio delle nuove funzioni della responsabilità e giustificare nuove applicazioni operative dell’istituto, ma, più limitatamente e condivisibilmente, hanno dispiegato tutta la loro utilità nel porre problematicamente l’attenzione su questioni e vicende che, per alcuni, interrogavano in modo diverso l’istituto e non potevano trovare una (soddisfacente) risposta in visioni classiche ed elaborate in tempi remoti¹⁵⁵.

La rilevanza di un tale passaggio non è di poco momento, siccome presenta almeno due elementi che dovrebbero incontrare l’indubbio favore del giurista.

Un primo elemento riguarda il rapporto, in senso stretto, dell’interprete con il dato positivo: quest’ultimo, se non deve suscitare sentimenti di ideologismo vetero-feticista nei confronti della legge tali da sfociare in un atteggiamento interpretativo tendente alla mera esegesi, nemmeno deve essere utilizzato quale oggetto di cui *servirsi* discrezionalmente e sul quale sarebbe addirittura possibile intervenire liberamente al fine di potervi estrapolare – con un po’ di fatica, certo, ma con un risultato quasi sempre assicurato – ciò che si voleva *ab origine* (e cioè fin dal momento in cui ci si è accostati ad esso) ritrovare.

Il secondo elemento è un corollario del primo, in quanto estensione della precedente visione all’ambito ordinamentale: un rapporto armonioso e non conflittuale del giurista con il materiale legislativo consente di non sovvertire la ripartizione (costituzionale) dei compiti e dei poteri a cui si è più volte accennato e che, nel settore della responsabilità extracontrattuale, pur non essendo stata esplicitamente messa in discussione (se non nei casi più radicali ai cui si è già fatto riferimento), ha visto certamente una netta e rivendicata (ma non sempre correttamente esercitata) preponderanza dei formanti ai cui non è attribuito il compito di porre lo *ius*.

All’esito di questi brevi rilievi, si nota come – da un punto di vista astratto e teorico – la seconda modalità attraverso la quale si è giunti a parlare di polifunzionalità della responsabilità sia decisamente preferibile – per le ragioni testé esposte – rispetto alla prima: il rispetto dei ruoli e delle competenze ordinamentali, l’osservanza e lo studio non aprioristicamente e ideologicamente orientato del dato positivo e le conseguenti resistenze alle facili lusinghe di un fattualismo sociale non sono atteggiamenti di ingenua e fideistica adesione a postulati di epoche che furono, ma genuina e preclara espressione di democraticità e di uno studio giuridico che non vuole diventare un altro da sé¹⁵⁶ (e che, per questa ragione, non teme le critiche puramente ideologiche).

Allora, a questo punto, in base alla classificazione su cui ci si è appena soffermati, si potrebbe dire che l’unico atteggiamento effettivamente rispondente al modello della polifunzionalità “ricercata” sia

¹⁵⁴ «E si potrebbe anche additare l’aberrazione di alcuni tra questi [scrittori], i quali piegano il dato positivo alle loro aprioristiche ed astratte costruzioni. I quali sono errori umani, in buona o cattiva fede, ma non intrinseche debolezze della scienza»: così S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 806.

¹⁵⁵ È per queste ragioni che sembra particolarmente condivisibile nel metodo (ancorché non nel merito, come si vedrà oltre) la posizione di P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*, cit., p. 534, la cui analisi tende a valorizzare le potenzialità deterrenti dell’art. 2059, auspicandone una riforma legislativa (p. 537) che consenta la liquidazione del danno morale soggettivo (la terminologia è – ovviamente – influenzata dal fatto di essere utilizzata in un contesto giuridico precedente alle note sentenze c.d. di San Martino) non solo nei casi di violazione di un diritto costituzionalmente garantito, ma ogni qual volta l’illecito sia stato compiuto in mala fede.

¹⁵⁶ «Solo un malinteso oggettivismo etico scambia il preteso valore dei fatti per un dato intrinseco e valido in sé stesso. La tesi della “natura dei fatti” è una fallacia che vuole derivare *deve* da *è*. Credere il contrario è appunto oggettivismo etico. Cioè fede, non ragione. Ma il diritto è ragione, non fede»: così A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, cit., pp. 657-658 (corsivo orig.).

quello che si è indicato *sub* (b^i), siccome anche il modello (b^i) – volto a valorizzare e potenziare alcune caratteristiche dell’istituto – poggia su una precedente e incontestata polifunzionalità indotta (riscontrabile anche nelle prime due ipotesi) che andrebbe solo implementata in taluni suoi aspetti, ma che viene comunque acquisita come un punto di partenza (anche se non condivisibile, in quanto raggiunto per il tramite di meccanismi che, come si è notato, presentano non trascurabili problematicità interpretativo-sistematiche).

§ 10. *Funzioni o... presunte tali!*

Esaurita la disamina dei differenti atteggiamenti che il giurista potrebbe assumere in relazione al materiale legislativamente dato e i diversi modelli in cui tali atteggiamenti possono essere classificati, bisogna entrare all’interno di quella astratta pluralità di funzioni (che, lo si ribadisce, non deve essere confusa con il pluralismo) per poter comprendere se le “nuove” funzioni che sono state nel tempo individuate costituiscano effettivamente un avanzamento e un approfondimento del discorso o se, invece, non contribuiscano ad una più profonda comprensione teorica dell’istituto (e, quindi, non siano proficuamente utilizzabili).

Quanto appena affermato potrebbe essere riassunto, a giovamento del lettore, in una lapidaria – ma, si pensa, efficace – domanda: queste nuove e numerose funzioni sono effettivamente esistenti *in quanto tali* o sono, più propriamente, un *quid aliud* a cui si è fatta indossare la veste della funzione?

Il modo migliore per cercare di rispondere all’interrogativo pare essere quello di una breve disamina delle funzioni¹⁵⁷ che, rispetto alla tradizione, ben potrebbero essere appellate “soprannumerarie”, e ciò al fine di eliminare gli elementi che, pur non essendo apprezzabili in tale sede, sono comunque riusciti a conquistarsi (ancorché abusivamente) un posto.

In primo luogo, quasi al vertice di una ipotetica graduatoria, il campo deve essere sgomberato da tutte quelle funzioni che, lungi dall’essere colte da quanto la sistematica è ottimamente in grado di offrirci, sono frutto di una riflessione (o, nelle ipotesi peggiori, di assiomi dallo scarso valore contenutistico) dichiaratamente svolta su di un piano che non è quello della giuridicità, ma consiste – a vario titolo – in imperativi morali, argomenti metafisici o filosofici e così via enumerando: riferirsi alla responsabilità extracontrattuale come strumento finalizzato a “rendere giustizia”¹⁵⁸ veicola senza dubbio un messaggio dal forte valore simbolico e ideale, ma, a causa della mancanza di un qualche legame con le disposizioni¹⁵⁹ e – allo stesso tempo – di un contenuto assai difficilmente individuabile¹⁶⁰, non riesce ad aggiungere nulla alla discussione sulle funzioni dell’istituto e non aiuta a raggiungere un più elevato grado di approfondimento e comprensione, finendo così solo con l’essere una aggiunta particolarmente forzata e davvero percepibile come “corpo estraneo” all’interno del discorso funzionale. Se, invece, abbandonata la visuale astratta e teorica, si dovesse intendere che

¹⁵⁷ D’ora in avanti, le funzioni cui si farà riferimento – mercé l’uso del virgolettato – sono tratte da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 128, che si assunse il gravoso compito di elaborare il lungo elenco di funzioni da attribuire (o, per alcuni, già attribuite) all’istituto della responsabilità extracontrattuale.

¹⁵⁸ G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, cit., p. 47 ss., fa riferimento ad una funzione di giustizia della responsabilità civile che, benché analizzata per prima, non viene espressamente posta sullo stesso piano dell’altra funzione (e cioè quella della riduzione dei costi), ma viene presentata quale «limite a ciò che può essere fatto per ridurre i costi» (p. 47, nota 1).

¹⁵⁹ «L’ideale di giustizia, che poi si traduce nella corrispondenza del giudicato ai valori generalmente condivisi nella società di riferimento, può essere certamente perseguito, e deve essere perseguito. E per perseguire questo ideale si può altrettanto certamente fare ricorso ai principi e alle clausole generali. Ma questo ricorso deve essere contenuto entro i confini di un sistema normativo di riferimento certo, e non arbitrariamente funzionalizzato ad esprimere estemporanee regole del fatto a quel sistema ignote»: così si esprime A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell’epoca del post-moderno*, cit., pp. 11-12.

¹⁶⁰ *Contra*, G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, cit., p. 50.

l'attività giurisdizionale deve concretamente rendere una giustizia effettiva che corrisponda ad una qualche forma di ideale o valore, allora si sfocerebbe – stante la difficoltà di individuazione contenutistica testé richiamata – in una attività di vera e propria produzione del diritto sulla quale ci si è in precedenza ampiamente soffermati (e sulla quale non pare necessario dover ritornare).

Analogamente, la pretesa funzione di “garanzia del valore primario della persona umana”, anche nel caso in cui il portato assiologico di indubbia matrice costituzionale (ma alquanto indefinito nel contenuto normativo) riuscisse a trovare un qualche aggancio legislativo che possa legittimare la creazione di una “corsia preferenziale” per la “tutela della persona” in ambito aquiliano, non farebbe altro che valorizzare un singolo aspetto della conformazione dell'istituto volto alla produzione di determinati effetti sociali e non offrirebbe una risposta alla domanda circa la finalità: la corresponsione di una somma di danaro risponde ad una funzione compensativa o punitiva¹⁶¹? Di più. Anche in questo caso, qualora la tutela che il giudicante dovesse concretamente accordare a colui che la richiede si dimostrasse deficitaria nella garanzia del valore primario, si sarebbe legittimati ad intervenire sul dato positivo per “ricalibrare” e rendere più efficace tale garanzia? I problemi (e le risposte di segno negativo) sono gli stessi visti poco sopra.

Vi è poi un secondo possibile gruppo di presunte funzioni che si pone in evidenza per la (invero non particolarmente encomiabile) caratteristica di presentare come funzione nient'altro che l'effetto giuridico prodotto dalla applicazione delle disposizioni contenenti la disciplina di un istituto funzionalmente orientato in una ben precisa direzione che le nuove funzioni non farebbero che ribadire, con qualche modificazione lessicale, in un duplicato che si presenterebbe, quindi, come inutile, in quanto nulla aggiungerebbe – e ciò anche solo che da un punto di vista astratto e ipotetico – ai termini in cui il discorso viene svolto.

Di conseguenza, si comprende come il fare riferimento alla “ripartizione delle perdite” e alla “diluizione del carico dei danni” ponga pianamente la questione nel solco di quella funzione compensativa che è già nota all'interprete: il ragionamento diviene così ellitticamente tautologico e, forse, ancor meno utilizzabile di quelli presi poc'anzi in considerazione (riuscendo, dunque, in un'impresa per nulla facile).

E ciò per ovvie ragioni. Anche solo che da un punto di vista schiettamente logico, va da sé che, nel momento stesso in cui il legislatore attribuisce rilevanza giuridica a determinati fatti mediante il loro utilizzo quali elementi costitutivi di una fattispecie (e, dunque, di un istituto giuridico) che sia finalisticamente orientata alla produzione di specifici effetti, esso si prefiguri che, al verificarsi degli eventi rilevanti, gli effetti vengano prodotti proprio secondo il modello predisposto: in questo particolare caso, quindi, presentare come “nuova ed ulteriore” funzione giuridica – ancorché con nomenclatura leggermente modificata – l'effetto prodotto dall'operatività dell'istituto in conformità alla funzione effettivamente caratterizzante il complesso normativo finisce solo con l'essere inutilmente ripetitivo.

¹⁶¹ E ciò vale anche per una presunta funzione “espressiva” del rimedio che sarebbe volta a riaffermare il valore del diritto che sia stato violato (cfr. N. BRUTTI, *Oltre i punitive damages: rilievi su una funzione “espressiva” del rimedio*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 840 ss.). Orbene, se le “scuse” pubbliche (o la pubblicazione della sentenza di condanna) sono disposte dal giudice per rimediare al danno cagionato dal soggetto agente (e non per sanzionare il condannato: p. 852), allora queste verranno a configurarsi come un risarcimento in forma specifica (e, per quanto concerne la pubblicazione della sentenza di condanna, si potrebbe dire: nulla di nuovo, non sotto il sole, ma nel diritto positivo italiano) volto a compensare il soggetto di una perdita. Se, invece, alcuni dovessero proporre una combinazione tra questo risarcimento in forma specifica e l'erogazione ultracompensativa di somme di denaro volte a sanzionare il soggetto assisteremmo all'operatività di due differenti rimedi, uno compensativo e l'altro sanzionatorio: in cosa consiste, dunque, questa funzione espressiva?

A questo punto, prima di procedere ulteriormente nella nostra disamina delle “nuove” funzioni, deve essere richiamata, per meglio comprendere le chiavi di lettura che verrà utilizzata subito oltre, la assai nota e condivisibile distinzione operata da un autorevole studioso tra la *funzione giuridica* di un istituto e la sua *efficacia sociale*¹⁶²; richiamo che consente di evitare l’indebita (e teoricamente perniciosa) sovrapposizione del risultato della analisi normativa e della sua riconduzione a sistema con gli effetti che la concreta applicazione di un determinato istituto giuridico produce all’interno del corpo sociale¹⁶³.

Di conseguenza, deve essere operata una terza limitazione nei confronti di quelle ricostruzioni che vorrebbero attribuire alla responsabilità compiti di “controllo delle attività produttive e dei servizi pubblici” e di “garanzia del funzionamento ottimale del mercato”.

Orbene, queste asserite funzioni, in verità, se osservate attraverso il prisma della distinzione poc’anzi richiamata, si dimostrano chiaramente essere effetti *ulteriori* (ulteriori rispetto a quelli “solamente” giuridici) che la applicazione delle disposizioni legislative produce all’interno del corpo sociale: gli effetti giuridici contemplati dal legislatore nel momento in cui ha posto lo *ius*, una volta concretamente prodottisi, generano, nel corpo sociale, comportamenti che producono – a loro volta e in seconda battuta – effetti di altro tipo; effetti che, però, non possono (né men che meno devono) cangiare la loro natura e far sentire ad alcuno il bisogno di tramutarli in (ma, forse, sarebbe meglio dire: surrettiziamente renderli) qualcosa che non sono (quali, per l’appunto, le funzioni di un istituto).

Ma vi è di più. Questo terzo “raggruppamento” in una sorta di macro-settore funzionale dovrebbe inoltre far emergere anche un altro elemento: infatti, anche da un punto di vista più generale, simili effetti poco si prestano ad essere raggiunti per il solo tramite del diritto dei privati, ma richiedono un intervento legislativo ulteriore¹⁶⁴ (e ciò anche in ragione della loro complessità e degli imprescindibili

¹⁶² Cfr., anche per quanto concerne, nello specifico, alcune “funzioni” che verranno successivamente scrutinate, M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., pp. 213-214: «è necessario distinguere la *funzione giuridica* di un istituto dalla sua *efficacia sociale*. È ovvio, ad es., che la consapevolezza di poter essere chiamato a rispondere del danno provocato può, in qualche misura, indurre a maggiore prudenza e dissuadere da quei comportamenti che presentassero un tal rischio. È, perciò, ovvio, che la responsabilità svolge in qualche guisa una qualche funzione preventiva della fenomenologia dei danneggiati. Ma questo non consente affatto di affermare che codesta efficacia dissuasiva assurga a funzione giuridica della responsabilità. Tale funzione dissuasiva, infatti, rimane semplicemente una constatazione sociologica [...] finché non si dimostri che un tale scopo sia incorporato nella regola al punto da determinarne in tutto o in parte il contenuto» (corsivo orig.). Il tema verrà poi ripreso in ID., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, cit., pp. 129-130 (ma, in particolare, p. 130: «Occorre, dunque, dire a chiare lettere che l’argomentazione a partire da una funzione ridotta a mera inferenza sociologica si risolve in un mero procedimento affabulatorio che poco ha a che spartire con il ragionamento giuridico, anche quando fosse inteso come retorica»).

¹⁶³ Si sofferma su questo aspetto anche C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 913: «Infatti, la rilevazione delle funzioni astrattamente riferibili all’istituto aquiliano [...] potrebbe risolversi in una mera constatazione sociologica, almeno finché non si dimostri che la disciplina della responsabilità sia conformata in modo tale da perseguire proprio l’esito funzionale di volta in volta preso in considerazione e cioè che questo scopo sia incorporato nella regola al punto da determinarne in tutto o in parte il contenuto» (il quale, in nota, rileva come i ‘contributi più stimolanti’ sul problema delle funzioni provengano da ambiente nordamericano, notoriamente meno caratterizzato – rispetto al contesto giuridico di tradizione continentale – da un vincolo assai meno stringente con il dato positivo).

¹⁶⁴ Che in alcuni particolari ambiti siano oltremodo necessari interventi legislativi ulteriori non dovrebbe essere particolarmente opinabile, non potendosi affermare che la responsabilità civile possa essere chiamata – essa sola – a regolare praticamente ogni aspetto della vita sociale; e questo nonostante l’opinione di S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 604, il quale sostiene che l’istituto abbia subito un ri-orientamento verso «obiettivi di ingegneria sociale».

processi valutativi e decisionali¹⁶⁵) non propriamente ascrivibile a quest'ultimo¹⁶⁶. Certo, con questa precisazione non si vuole negare che un qualche effetto potrà anche derivare da istituti appartenenti al diritto privato, ma non si può essere sinceramente convinti che quest'ultimo – da solo – possa, specie in un contesto complesso come quello attuale, rivestire un ruolo preponderante in tal senso: alcuni – come appunto chi scrive – potrebbero ravvisare in quanto appena rilevato un utile argomento da portare a sostegno del mantenimento (e, anzi, alla valorizzazione) della distinzione tra diritto pubblico¹⁶⁷ e diritto privato¹⁶⁸, ma a costoro, a giudizio di alcuni, non dovrebbe nemmeno essere

¹⁶⁵ Cfr., S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, cit., p. 854: «Al di là dello spontaneismo, pur sempre vivo in varia misura, i diritti sociali rappresentano proprio il tentativo più organico di ordinare, attraverso l'opera della legge e quindi dello Stato, un determinato tipo di complessità sociale. Esiste, dunque, una complessità che è impensabile affidare al giudice, se non altro perché il suo compito istituzionale – decidere il caso concreto – appare incompatibile con una qualsiasi forma di progettualità». Nello stesso segno le parole di A. BARBERA, *Ai confini fra diritto e politica: origini e attualità dei Quaderni costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 797, il quale, dopo aver fatto riferimento ad un certo “radicalismo dei diritti”, nota: «Non pochi diritti, del resto, sono legati a politiche redistributive, a scelte che solo le istituzioni rappresentative sono in grado di effettuare». Si veda anche quanto contenuto in A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, cit., p. 322: «sotto questo profilo [della redistribuzione della ricchezza e del governo della società] la responsabilità civile è, assieme al più tradizionale diritto penale, lo strumento mediante il quale la magistratura ordinaria ha ripreso il controllo di aspetti importanti dei conflitti sociali. In questa prospettiva si spiega la ragione per cui lo stile dei processi in cui si fa questione di responsabilità civile sia divenuto quello retorico persuasivo e non già quello tecnico dimostrativo di una tesi giuridica che abbia un certo grado di oggettiva condivisibilità interpersonale». Si sofferma sul tema anche M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 298.

¹⁶⁶ Lo notava già, circa le attività produttive, C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1196: «Negli orientamenti più recenti, alla responsabilità civile dell'impresa si tende infatti ad attribuire una ‘funzione ausiliare’, rispetto a un sistema di prevenzione specifica organizzato mediante prescrizioni normative» (e, alla pagina seguente, pur evidenziando come, in certi ambiti, la responsabilità civile possa ambire ad una funzione «aggiuntiva, sostitutiva o di ‘supplenza’ rispetto ai tradizionali strumenti amministrativi o penali», non si manca di rilevare i limiti «che incontra una siffatta funzione di controllo»). Sul punto, deve nuovamente richiamarsi G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, cit., p. 141: «Proponendosi però una nozione di *specific deterrence* intesa come strumento necessario per esercitare controllo sulle attività d'impresa eccessivamente rischiose, non si fa altro se non identificare una nozione di *deterrence* del tutto diversa da quella tradizionale. [...] La *specific deterrence* involge dunque una valutazione (politica) della utilità delle attività rischiose che non può ridursi, com'è ovvio, alla applicazione delle regole di responsabilità civile e, tanto meno, di regole del diritto privato, comportando piuttosto un intervento legislativo (e dell'esecutivo). Sotto le sembianze della *specific deterrence* si introduce così una serie di valutazioni che non pertengono più all'operare delle regole di responsabilità». Valorizza l'intervento legislativo di matrice pubblicistica in chiave dissuasiva P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., pp. 18-19. Più di recente, e con riferimento ad un più specifico contesto, può rinviarsi, ad es., a quanto contenuto in C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19 tra funzioni della responsabilità civile e modelli indennitari*, cit. p. 149.

¹⁶⁷ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 665: «L'affermarsi di una tendenza all'indistinzione tra strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale potrebbe avere effetti sconvolgenti sulla disciplina degli incidenti della circolazione stradale, trasformando l'attuale sistema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, fondato sulla “combinazione” di regole privatistiche di assicurazione della responsabilità civile e di regole pubblicistiche di sicurezza sociale, in un regime “eclettico”, tendente a fondere tali regole, che pur la dottrina continua a ritenere espressione di modelli concettualmente e operativamente ben distinti se non, addirittura, radicalmente alternativi».

¹⁶⁸ Per quanto concerne il diritto civile e i suoi rapporti con il diritto pubblico, si caratterizza per sano esercizio di realismo l'analisi critica di V. ZENO-ZENCOVICH, *Autopsia del diritto civile*, cit., pp. 619-620, in cui viene denunciata una «crisi del diritto civile (di cui qui si anticipa l'esame autoptico) [che] non è frutto di qualche malvagio disegno, bensì rientra pienamente nella perdita di autonomia privata che si è registrata in tutta Europa nell'ultimo mezzo secolo. [...] Le società contemporanee – opulente, popolose, longeve, democratiche, pluraliste, tecnologiche – hanno scelto in Europa (a questo serve il voto) modelli di governo paternalistico-assistenziali» (p. 619). Ne emerge una «collettività [...] dotata di innumerevoli diritti, ma [...] sempre meno libera, cioè dotata di autonomia» (p. 620). Da questo punto di vista, merita di essere nuovamente richiamata la appassionata prolusione genovese del Vassalli (F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit.), in cui viene messa in risalto la capacità del fenomeno bellico di sottrarre ampie zone alla sfera del diritto privato per condurle nell'area della regolamentazione del diritto pubblico, con conseguente riduzione (e, in alcuni casi, vera e propria soppressione) della rilevanza della volontà individuale (p. 1724). Sul tema, ma in ottica comparatistica e in relazione al tema (*sub specie* della giustificazione della ammissibilità) dei *punitive damages*, si veda la distinzione tra ordinamenti appartenenti a famiglie di *civil law* e di *common law* contenuta

concesso troppo credito, in quanto sicuramente orientati da limitate (e limitanti) convinzioni legalistiche e vetero-formalistiche¹⁶⁹.

Rimangono da sottoporre ad analisi due funzioni che non sono state suscettibili di inquadramento nei tre macro-raggruppamenti appena osservati (canonicamente, si potrebbe paragonarle alle decretali *extravagantes* post-graziane), ma che non possono essere pretermesse in ragione della grande attenzione e del vivace dibattito che hanno suscitato e continuano a suscitare tra i giuristi.

Il pensiero si rivolge, in primo luogo, al chiaro influsso esercitato da alcune discipline extragiuridiche (nella specie, l'economia¹⁷⁰); influsso che ha portato a valorizzare una presunta funzione di "allocazione delle risorse nel modo più efficiente" che potrebbe essere riconosciuta alla responsabilità extracontrattuale. Tuttavia, già la semplice presentazione della funzione consente di comprendere come – anche in questo caso – le disposizioni legislative¹⁷¹ siano studiate solo indirettamente e in seconda battuta¹⁷²: discettare di allocazione *efficiente* delle risorse non avrebbe senso qualora si dovessero prendere a riferimento le disposizioni e non gli effetti¹⁷³; anzi, il punto privilegiato da cui svolgere questa analisi pare essere proprio quest'ultimo¹⁷⁴: studiare e individuare gli effetti che determinate disposizioni¹⁷⁵ concretamente producono in sede operativa¹⁷⁶ e, sulla base

in G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, cit., p. 300. Più in generale, sulla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, si veda la classica voce di S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.; nonché il più recente contributo di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

¹⁶⁹ In termini critici N. LIPARI, *Un problema di confini? (A proposito di due recenti libri)*, cit., *passim*.

¹⁷⁰ La diversa rilevanza dell'analisi economica del diritto in ambiente italiano, rispetto a quello di origine (e cioè nordamericano), è evidenziata da G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p. 27, ove si evidenzia come questa metodologia di studio, unitamente alla "teoria dei multipli", costituiscano tendenze che «anche in America sembrano scemare».

¹⁷¹ L'importanza del dato positivo nell'ambito dell'analisi economica del diritto è lucidamente messo in evidenza da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 144. Condivide questa linea C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., pp. 255-256.

¹⁷² «L'analisi economica del diritto svolge anzitutto una funzione descrittivo-esplicativa: mira a informare legislatori e giuristi circa la congruenza degli strumenti normativi, e dei modelli di decisione con la razionalità economica, indicando le vie tecnicamente più adeguate per raggiungere certi obiettivi»: così L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., p. 264.

¹⁷³ Cfr. C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 137: «La funzione economica assorbe ogni altra funzione ipotizzabile per il giudizio di responsabilità, per una ragione che attiene più in generale al modo di concepire il rapporto tra economia e diritto. Il mercato è considerato infatti il modello ottimale di organizzazione sociale; di conseguenza, il diritto deve limitarsi al ruolo di strumento per garantire l'allocazione delle risorse più efficiente (in quanto tale da rendere massima la ricchezza), correggendo le c.d. esternalità e le altre distorsioni che possono verificarsi rispetto all'allocazione di risorse operata dal mercato». Sul punto, si veda anche l'analisi comparatistica di F.A. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 580: «Bisogna, però, notare con riguardo a quest'ultima [la natura deterrente dei *punitive damages*] che nonostante il loro fascino, i modelli di analisi economica del diritto, tra cui il moltiplicatore di Polisky e Shavell, la teoria del *gain elimination* di Hylton e il *property model* di Haddock non hanno trovato salvo sporadici casi, accoglimento in giurisprudenza. Ciò è dovuto non solo alla difficoltà per i giudicanti di confrontarsi con modelli matematici, ma anche all'impossibilità di utilizzarli in una complessa e caotica realtà, soprattutto quando *gli obiettivi possono essere diversi dall'efficienza economica*» (corsivo agg.).

¹⁷⁴ Sembra sufficientemente chiara l'indicazione di S. SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Harvard, 2004, p. 4: «One might ask whether there is any qualitative difference between economic analysis of law, as defined here, and other approaches to its assessment. [...] What does seem to mark economic analysis are three characteristics. First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither».

¹⁷⁵ In termini più ampi, siccome si riferisce non ad una singola disposizione, ma ad un principio, P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 713: «Ho accennato al principio di non favorire il conseguimento di un lucro senza merito. Si tratta di un principio fondamentale in un'organizzazione economica che voglia essere efficiente e fondamentale anche ai fini di un'organizzazione sociale coesa, nella quale il profitto sia meritevole di rispetto. Il fondamento ne è così evidente, che non sarebbe necessario indicarne le manifestazioni nel sistema giuridico».

¹⁷⁶ G. TERRANOVA, *La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo*, cit., p. 514, pone in evidenza come l'attenzione crescente dedicata all'analisi economica del diritto non faccia venire meno l'esigenza

del criterio di efficienza economica, suggerire – ove ritenute necessarie – specifiche modifiche normative di tipo migliorativo¹⁷⁷.

Beninteso, nessuno vuole – in questa sede – contestare la bontà delle intenzioni volte al raggiungimento – ma pur sempre in un’ottica *de iure condendo* – del tanto tanto famoso “ottimo paretiano” (e ciò sarebbe anche auspicabile ai fini del perseguimento del ben noto “risultato di giustizia”, *sub specie* di maggiore e diffuso benessere sociale). Ciò che non convince di questa metodologia di analisi è la permanenza della impossibilità di arricchire, da un punto di vista contenutistico¹⁷⁸, i termini in cui si svolge riflessione funzionale¹⁷⁹: difatti, qualora si dovesse modificare una fattispecie al fine di renderne gli effetti maggiormente efficienti da un punto di vista economico, l’ordinamento avrebbe sì al suo interno una fattispecie che produrrebbe un concreto risultato di ottimale allocazione delle risorse, ma quest’ultimo nulla ci direbbe circa le finalità¹⁸⁰ che informano, ad esempio, prendendo come riferimento il nostro ordinamento, la corresponsione di quella somma di denaro che determina l’efficienza economica¹⁸¹.

di approfondimenti teorici che chiariscano la vera portata dei concetti utilizzati: infatti, «solo un più completo dominio delle categorie concettuali, di cui ci si avvale, può consentire quella comparazione e quell’apertura al nuovo, che è il presupposto indispensabile per comprendere ed armonizzare esperienze giuridiche diverse» (p. 519).

¹⁷⁷ L’utilizzabilità dei risultati della analisi economica nell’ambito legislativo viene evidenziata, ponendo l’accento sulla differenza rispetto a ricostruzioni di tipo precettivo (tipiche dell’ambiente nordamericano), da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 143: «Il campo privilegiato del metodo economico appare invero l’ausilio alla decisione politica (e quindi, nel nostro sistema, a quella legislativa) [...]». Si veda la differente opinione di L. MENGONI, *Sull’efficienza come principio giuridico*, cit., p. 273: «Più ancora che al legislatore l’analisi economica del diritto si indirizza ai giudici e in genere agli interpreti del diritto, proponendo il principio di efficienza come un “luogo” dell’argomentazione giuridica. Entro certi limiti la proposta non può essere respinta dai giuristi: il mito positivistico del giudice esonerato dai compiti valutativi e quindi da responsabilità morale e politica è da tempo tramontato».

¹⁷⁸ G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, p. 387, parla di una analisi economica del diritto «sussiegosamente idolatrata, nonostante che le soluzioni, che attraverso essa sembrano potersi raggiungere, sembrano, sovente, non possedere una spessore utile per aprire, alla riflessione dello studioso del diritto, nuovi orizzonti o per delineare nuove frontiere».

¹⁷⁹ Per riallacciarsi a quanto osservato poco sopra in relazione alla distinzione tra diritto pubblico e privato, deve notarsi come, con riferimento alla allocazione ottimale delle risorse, S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., pp. 604-605, non condivide quelle letture che vedono nella «disciplina dei torts» un “diritto pubblico mascherato”, ma opti per una “funzione pubblicistica” della responsabilità civile, siccome quest’ultima «è stata, in tutta la fase recente, lo strumento che ha permesso di fornire una prima fascia di protezione giuridica a nuovi beni o interessi». Rilievi critici sono contenuti in C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., p. 316: «la responsabilità civile, da istituto di tutela ultima ed estrema del diritto soggettivo è diventata la prima linea di tutela degli interessi».

¹⁸⁰ «Altrove ho tentato di dimostrare che le critiche dell’analisi economica del diritto colgono nel segno quando affermano che, senza una base in questi altri valori, la massimizzazione del benessere è un concetto privo di significato»: così G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell’analisi economica del diritto*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ e F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 245.

¹⁸¹ Cfr. F. DENOZZA, *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, cit., p. 62: «la prospettiva dell’EAL, che si riflette anche nella questione dei danni punitivi, muove esattamente in questa direzione. L’unica questione importante sembra quella di capire come si può arrivare a stabilire quale è la somma (efficiente) che il responsabile deve pagare (la somma che disincentiva le attività socialmente dannose, ma non scoraggia le attività che aumentano il benessere collettivo). Il fatto poi che il pagamento avvenga attraverso risarcimenti, tasse o multe, viene considerato praticamente secondario [...]».

La funzione che è stata volutamente lasciata al termine di questo percorso è quella che, negli ultimi periodi¹⁸², ha destato forse l'attenzione e l'interesse maggiore¹⁸³ da parte dei giuristi: la funzione deterrente¹⁸⁴.

Senza dover qui ripetere quanto già osservato in relazione alla confusione tra funzione ed effetti sociali, può essere rilevato, in aggiunta, come il particolare effetto sociale preso in considerazione – consistente nel timore che le disposizioni legislative (ma, sarebbe meglio dire: gli effetti tipici concretamente prodotti dalla applicazione di queste ultime, finalisticamente orientate in un preciso senso fin dalla loro posizione) dovrebbero indurre¹⁸⁵ nei consociati¹⁸⁶ – sia destinato ad operare in un ambito estremamente instabile ed insondabile quale quello dei motivi¹⁸⁷ che spingono i singoli alla tenuta di comportamenti che siano conformi a quelli previsti – in via astratta – dal dato positivo, e ciò

¹⁸² Merita di essere segnalata la differente (e più “tiepida”) posizione di G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, cit., pp. 138-139: «Una attenta analisi della evoluzione dei sistemi di disciplina dell'illecito non può tuttavia non registrare, insieme con l'alternarsi delle tecniche di imputazione del danno, anche il graduale mutamento delle funzioni stesse assegnate alle regole di responsabilità civile. In un'epoca nella quale si assiste, nell'ambito di ogni ordinamento, al passaggio da forme di responsabilità senza colpa a forme di “responsabilità oggettiva”, anche il profilo della *deterrence* tende a scomparire, o, quanto meno, ad assumere significati assai diversi da quelli originari».

¹⁸³ In ambito non patrimoniale, e con specifico riferimento al danno c.d. tanatologico, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1439, che, criticando la limitazione funzionale sostenuta dalla Corte di cassazione, parla di una «consapevolezza della rilevanza che, all'interno dell'istituto della responsabilità civile, può assumere la funzione di deterrenza [...] entrata ormai da anni nel circuito della riflessione dottrinale». Lo notava, già nel 2008, A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289: «Il superamento della funzione meramente *compensativa* della responsabilità civile in favore di una funzione che ne sottolinei e accentui quella c.d. “deterrente” e cioè di prevenzione rispetto ai danni è il tema di grande attualità sul terreno di una ridefinizione di funzioni e compiti della responsabilità civile». Sulle ragioni che hanno portato al maggiore interesse, può essere vista E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 232: «L'attenzione per la funzione preventiva e deterrente, certo non incompatibile con gli obiettivi di giustizia sottesi al patrimonio costituzionale, è penetrata invero nel dibattito odierno specie attraverso canali associati a rappresentazioni della responsabilità civile più ispirate all'efficienza che alla giustizia». , F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., p. 216, vede la deterrenza come «obiettivo di sistema» che, «in quanto tale, permea a pieno titolo anche il diritto della responsabilità civile».

¹⁸⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., p. 252, ritiene che di funzione deterrente della responsabilità civile possa parlarsi solo nei casi in cui (i) l'affermazione della sussistenza della responsabilità sia subordinata ad una particolare qualificazione soggettiva della condotta l'autore del fatto o (ii) la determinazione del *quantum* della condanna del responsabile tenga in considerazione i vantaggi per il soggetto agente derivanti dalla commissione del fatto stesso.

¹⁸⁵ Con riferimento all'ambito psicologico, K. OLIVECRONA, *L'imperativo della legge*, in *Jus*, 1954, p. 451 ss., esclude la rilevanza (primaria) della riflessione del singolo sulle eventuali conseguenze della tenuta di un comportamento difforme da quello legislativamente previsto, attribuendole, rispetto al momento della suggestione esercitata dall'imperativo contenuto nelle disposizioni, solamente una rilevanza di tipo secondario (in quanto destinata a venire in rilievo solo nel momento in cui la suggestione non sia stata sufficientemente efficace).

¹⁸⁶ A. GORASSINI, *Dal danno ingiusto al danno “ingesto”*. *Oltre il danno punitivo...senza aspettare Godot*, cit., p. 58, ponendo l'attenzione sull'elemento della socialità, vede strettamente legate tra loro responsabilità e deterrenza: «Già dalla genesi dell'istituto appare co-sostanziale la deterrenza della responsabilità civile in funzione di garanzia dell'intera collettività incidendo sul tipo di vita della comunità stessa, quello che si qualifica come *honeste vivere* e rappresenta anzi un “bene comune”, la base assiologica carsica che nell'evolversi nel tempo resta sempre presente come base dell'aggregazione sociale». Attribuisce alla responsabilità civile e alla diversa graduazione della sua efficacia general-preventiva una funzione di regolazione sociale V. ZENO-ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a “punitive damages”*, in *judicium.it*, 11 luglio 2016, p. 2.

¹⁸⁷ Sull'“obbedienza”, merita di essere richiamata l'analisi, come sempre intellettualmente nitida e stilisticamente assai piacevole, di N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 111 ss.; ma, in particolare, sullo specifico punto in questione, p. 114: «L'obbedienza *per paura* è considerata tra le forme più semplici e diffuse. E certo è così se si tiene l'occhio alle norme giuridiche, garantite da minaccia coercitiva. Allora la paura della sanzione (che, nel suo “male”, sia superiore a qualsiasi vantaggio dell'inosservanza) diviene il fattore determinante» (corsivo orig.).

al fine di evitare, come noto, gli effetti negativi¹⁸⁸ che deriverebbero dalla tenuta del comportamento di segno contrario.

Ed è proprio questo aspetto peculiare che consente di comprendere come l'effetto deterrente possa bensì ottenersi in plurimi modi (anche la semplice "sanzione giuridica" del risarcimento¹⁸⁹ – intesa, quindi, in senso assai lato¹⁹⁰ – è astrattamente idonea a generare un *metus* nel singolo tale da spingerlo

¹⁸⁸ Si veda, in relazione agli effetti deterrenti di un sistema di responsabilità civile che sia modellato sulla base delle riflessioni e dei suggerimenti ottenuti dall'analisi economica, quanto affermato da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 140: «È dubbia, anzitutto, l'efficacia deterrente di un sistema di responsabilità fondato sulla comparazione dei costi, che presuppone una razionalità economica dell'agire umano non facilmente suffragata già dal senso comune» (incidentalmente, si noti l'utilizzo di termini che, nuovamente, si incentrano sugli "effetti" propriamente intesi, e non sulle funzioni). Una razionalità di fondo che caratterizzerebbe l'agire umano sembra presente, invece, nella disamina dell'aspetto della deterrenza svolta da M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., p. 133 ss.

¹⁸⁹ In questi termini C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 557. Di contro, una più marcata valenza sanzionatoria della norma comminante l'obbligo del risarcimento del danno – sulla base dell'antigiuridicità – è sostenuta da G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, pp. 391-394; nonché da A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, 3ª ed., Milano, 1979, pp. 16-20 e 232-234. Non condivide questa ricostruzione R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 638.

¹⁹⁰ Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530: «In un senso [...] più generale, e, come vedremo, molto fluttuante, non proprio del linguaggio giuridico perché comune al linguaggio della morale e delle scienze sociali, il termine "sanzione" viene usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza».

a non tenere determinati comportamenti¹⁹¹) e per plurime ragioni¹⁹², ma non possa ambire ad una autonomia concettuale dal punto di vista funzionale¹⁹³: difatti, anche qualora si volesse ammettere la

¹⁹¹ Cfr. P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 690, che evidenzia come la concreta operatività della responsabilità civile (compensativa) in sé e per sé considerata possa già ingenerare nei singoli il timore degli effetti giuridici e, quindi, rivestire una funzione dissuasiva (ed anche sanzionatoria, ma ciò solo in un senso, come accennato, assai lato: a tal proposito, si intendono qui richiamate le considerazioni sopra svolte circa la mancanza di un vero e proprio apporto funzionale di tipo incrementale di una funzione così ricostruita). Deve rilevarsi, però, come, subito dopo, l'A. faccia riferimento ad una «efficacia o finalità dissuasiva» e ad un «effetto dissuasivo» del danno patrimoniale, sovrapponendo, così, la funzione dell'istituto agli effetti (socialmente) prodotti dalla sua applicazione: che effetti dissuasivi possano concretamente riscontarsi nella prassi è cosa della quale non si dubita; che questi ultimi possano divenire – sostanzialmente – funzione dell'istituto è cosa della quale, invece, si può dubitare. Senza entrare – per ora – nel merito dell'affermazione, deve notarsi come la distinzione tra funzione ed effetto sia invece positivamente ripresa (in termini maggiormente condivisibili, dunque) in relazione al concetto di punizione nell'ambito del danno non patrimoniale, ove si evidenzia come il risarcimento di quest'ultimo abbia sì un effetto punitivo, ma non – propriamente – una *funzione* punitiva (p. 701). Che il risarcimento del danno in sé e per sé considerato possa svolgere, seppur con differenti sfumature, una funzione deterrente è sostenuto da più parti. Ad. es., G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 553, afferma: «Se davvero si riuscisse a risarcire tutto il danno, nella sua interezza, potrebbe dirsi raggiunto anche quell'obiettivo di deterrenza che strettamente dipende proprio dal risarcimento integrale del danno [...]» [anche se, in precedenza, lo stesso A. – cfr. ID., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 74 – aveva mostrato qualche perplessità sul punto: «Giudicato nella prospettiva del diritto privato, il principio dell'integrale riparazione del danno solleva non facili problemi perché un danno integralmente riparato potrebbe non essere il miglior strumento di deterrenza economica»]. Anche M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1156, ritiene che, nella «grande maggioranza dei casi», la responsabilità civile «assolv[a] efficacemente la sua funzione deterrente senza che il risarcimento debba essere integrato da prestazioni di carattere sanzionatorio [...]». In precedenza, su posizioni simili, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 20-21. Per quanto concerne il danno non patrimoniale, cfr. E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., p. 222, la quale ritiene che, nel risarcimento di quest'ultimo, possa ravvisarsi, oltre alla funzione solidaristico-satisfattiva, una contestuale funzione general-deterrente sulla base della proporzionalità tra offesa subita e risarcimento. Di diverso avviso A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., c. 2638, che parlano di una «illusorietà di un disegno che, nel puntare tutto sull'afflato totalizzante della funzione compensativa, aspiri comunque ad attestare il sistema su livelli accettabili di prevenzione». Sulla stessa linea anche F.A. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 685: «I danni compensativi risultano, infatti, deterrenti solo se è facile individuare l'illecito, agire in giudizio nei confronti del danneggiante e l'ammontare del pregiudizio liquidato coincide con quello subito. Si tratta di ipotesi meramente teoriche». Critico anche F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 93, il quale sostiene che l'equivalenza tra danno e risarcimento «serve soltanto a collocare il (potenziale) danneggiante su una posizione di *indifferenza* rispetto alla commissione del fatto lesivo, non già a dissuaderlo» (corsivo orig.). Intravede una concorrente (ma indiretta) funzione deterrente (ancorché da implementare) P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., p. 532 (il riferimento ad una funzione indiretta sembrerebbe condurre, se ben si intende, all'effetto sociale dell'applicazione della norma). Sul punto, si veda anche L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, cit., pp. 438-439. Si esprime duramente sulla deterrenza e sulla prevenzione nell'ambito della responsabilità civile C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., pp. 328-329: «La prevenzione per così dire aggravata è svolta ampiamente dal diritto penale, e non si comprende perché ora debba essere accollata al diritto civile. La prevenzione riferita al danno è svolta in maniera precisa dal risarcimento, mentre laddove si intenda andare oltre la logica del risarcimento (*overdeterrence*) e cioè della prevenzione del danno fino al punto in cui essa diventa antieconomica, l'ordinamento può adottare altre forme senza che occorra stravolgere la responsabilità civile. Infatti a questo si giunge quando si attribuisce al danneggiato, come sempre accade con i *punitive damages*, un valore maggiore di quello che ristora la perdita».

¹⁹² Guardano con attenzione all'ambito della socialità E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., p. 250 («I danni punitivi, dunque, dovrebbero raffigurarsi proprio quale *extrema ratio* per combattere l'eventuale diffondersi a livello sociale di condotte particolarmente odiose, pur se nella singolarità della vicenda con un impatto offensivo limitato [...]»); M. GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 840 («la funzione specificamente deterrente della riparazione pecuniaria sta nel fatto che la condotta del giornalista è rimproverabile sotto il profilo della rilevanza sociale di essa»); F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 95 (secondo cui non si può «costringere la quantificazione giudiziale delle obbligazioni

possibilità di disciplinare legislativamente l'istituto di cui stiamo trattando¹⁹⁴ in modo tale da renderlo funzionalmente orientato alla pura dissuasione, quale sarebbe la concreta strutturazione¹⁹⁵ in cui si invererebbe la risposta alla domanda circa il suo fine¹⁹⁶? La deterrenza, in quanto effetto¹⁹⁷ (e,

pecuniarie da fatto illecito entro il limite massimo dettato dall'estensione delle sofferenze individuali, perché si finirebbe per lasciare nell'ombra il livello di antisocialità, quindi di antiigiuridicità, che ha contraddistinto la condotta del danneggiante»). Ad avviso di chi scrive, però, la rilevanza sociale (negativa) di un determinato comportamento – che non si vuole qui negare – deve essere tenuta in considerazione nel momento in cui il legislatore utilizza quest'ultimo quale elemento giuridicamente rilevante nella struttura di una disposizione che risulti finalisticamente orientata alla sanzione del soggetto che ha tenuto detto comportamento: in questo modo, e cioè per il tramite della concreta operatività della norma, si potranno anche ottenere effetti sociali di deterrenza (e, dunque, una minore incidenza statistica dei comportamenti ritenuti socialmente negativi), ma ciò non toglie che tali effetti siano effetti (e non funzioni) e che siano stati raggiunti grazie alla applicazione di una disposizione finalisticamente orientata alla sanzione. Che la indesiderabilità sociale del comportamento del danneggiante non possa giustificare la condanna ai *punitive damages* nell'ordinamento nordamericano è rilevato da P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., p. 533.

¹⁹³ Difatti, anche G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, cit., pp. 691-692, pur parlando di funzione deterrente, si sofferma, subito dopo, sull'equilibrio da ricercare tra riparazione e punizione («La riparazione delle vittim[e] e la finalità deterrente nei confronti del danneggiante sono oggi prevalenti rispetto ad altre finalità della responsabilità civile, secondo un'evoluzione che è in atto in tutti gli ordinamenti nazionali, ma i tratti delle novità legislative e giurisprudenziali, in ogni paese, non sono affatto univoci. Le questioni aperte sono essenzialmente due. Il rapporto fra contratto e illecito e l'esigenza di un equilibrio fra riparazione e punizione»), finendo, così, col confermare, però, che le funzioni (e le categorie) cui deve farsi riferimento sono quelle appartenenti alla tradizionale dicotomia più volte richiamata, e non una funzione deterrente che, benché richiamata nuovamente ed esplicitamente anche in chiusura (cfr., ad es., p. 710), sembra essere – come dovrebbe essere – solo un effetto derivante dalla applicazione concreta dell'istituto. La ricerca di un punto di equilibrio tra punizione e riparazione è valorizzata anche da V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 250: «Una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe mera *petitio principii*, e una riparazione del tutto prescindente dalla punizione sarebbe anch'essa velleitaria e priva di senso. Vi è una funzione preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile [...]». C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, cit., p. 5, si sofferma maggiormente sul più stretto rapporto della deterrenza con la punizione, facendo riferimento ad una «finalità (anche) deterrente-sanzionatoria», giungendo – anch'essa – alla constatazione (p. 20) che la deterrenza (e perfino la sanzione) siano «colorature sfumate» ottenute solo «in via fattuale».

¹⁹⁴ Una distinzione è contenuta in F. DENOZZA, *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, cit., pp. 59-60: «Il punto centrale piuttosto è che dietro l'esaltazione della funzione deterrente, come propugnata dall'EAL, si celano dei riferimenti concettuali che non sono solo diversi, ma vanno addirittura in rotta di collisione con le nozioni tradizionali che ispirano la concezione compensatoria e commutativa della responsabilità civile. Anzitutto va notato che compensazione e deterrente si muovono su piani completamente diversi. Una attiene alla riparazione delle conseguenze dell'evento e compete, sul piano funzionale, con assicurazioni, fondi privati e pubblici, indennizzi ecc. L'altra attiene alla prevenzione dell'evento e compete, sul piano funzionale, con regolamenti, ispezioni, multe, ecc.».

¹⁹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., p. 325: «La responsabilità civile, infatti, non ha soltanto ed esclusivamente funzione deterrente. Sovente la deterrenza è di tipo prevalentemente psicologico che si riscontra, tra l'altro, anche in altri istituti come la nullità negoziale e, in genere, nel diritto nel suo complesso» (corsivo agg.). Emerge, dunque, con sufficiente chiarezza, come la deterrenza non sia un (e non possa essere trattata quale) elemento normativo, ma fattuale.

¹⁹⁶ Non convince, pertanto, un'affermazione di F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra?*, in ID., *Scritti giuridici minori*, cit., p. 717: «La sanzione, d'altra parte, assolve alla funzione sua propria, che è quella di agire innanzi tutto, in via preventiva, da deterrente, al fine di rafforzare l'osservanza della norma [...]». Che la sanzione possa produrre (e, nei fatti, produca) una deterrenza maggiore rispetto a quella derivante, nel nostro caso, dall'obbligo di risarcimento del danno è fuor di dubbio; ma ciò non dovrebbe condurre ad assimilare sanzione e deterrenza, facendo diventare questa la funzione di quella: la sanzione, intesa in senso stretto, è funzionalmente orientata alla punizione di un soggetto che abbia tenuto un comportamento sussumibile nella fattispecie astratta; l'effetto che il timore di tale punizione, poi, riesce a produrre nel corpo sociale è, però, ben altra cosa (come si è detto). Sulla non assimilabilità tra deterrenza e funzione punitiva, si veda, in termini molto netti, C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 306.

¹⁹⁷ Che la deterrenza sia un effetto (seppur di differente gradiente di verifica) derivante dalla applicazione delle disposizioni sembra emergere con sufficiente chiarezza anche in C. SALVI, *Funzioni della responsabilità civile*, in G. BELLANTUONO e U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, cit., pp. 100-101, ove si evidenzia come, in caso di diffamazione, la preferenza dei soggetti danneggiati si rivolga, piuttosto che verso il diritto penale, verso il diritto civile e lo strumento del risarcimento, generando, però, «inquietanti effetti deterrenti». È

soprattutto, in quanto effetto affatto *particolare*), non riesce a liberarsi, essendo un *posterius* empiricamente concreto, dal rapporto di consequenzialità che intrattiene con il *prius* normativo-strutturale¹⁹⁸ in cui sono individuabili le funzioni dell'istituto¹⁹⁹ e, inoltre, da quest'ultimo punto di vista, non riuscirebbe nemmeno – anche ove si dovesse ritenere, per assurdo, di poter percorrere questa strada – a incrinare quella dicotomia che, in maniera sempre più evidente, viene progressivamente e ineludibilmente delineandosi tra la compensazione e la sanzione²⁰⁰ (intesa, questa volta, in senso stretto, e cioè quale punizione²⁰¹).

§ 11. *Per un ridimensionamento di una polifunzionalità esasperata.*

Al termine di questo itinerario tra le molteplici funzioni che nel tempo hanno reclamato uno spazio e una dignità concettuale sempre maggiore all'interno di questo particolare ambito della riflessione

per questa ragione che – qualora vi fosse il bisogno di ribadirlo ulteriormente – la riflessione funzionale deve essere svolta con esclusivo riferimento al dato normativo, evitando ibridazioni con elementi operativi (quale, per l'appunto, la deterrenza) che rischiano (unitamente alle tendenze volte a valorizzare la concorrente funzione punitiva del risarcimento del danno non patrimoniale che anche lo stesso A. aveva – come si è avuto modo di notare – riconosciuto all'istituto) di generare pericolose e indebite distorsioni applicative. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., p. 252, dopo aver individuato una funzione deterrente della responsabilità civile, fa però riferimento alla “efficacia” deterrente e preventiva della condanna risarcitoria; la distinzione si fa ancor più marcata in relazione all'illecito doloso, per il quale si parla di una “funzione” sanzionatoria (concorrente con quella propriamente risarcitoria) e della conseguente produzione di “effetti” deterrenti” (p. 256). Da ultimo, M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 285, fa espressamente riferimento ad una “efficacia preventiva” del diritto dei *torts* (ma pur sempre di efficacia si tratta, e non di funzioni).

¹⁹⁸ Non è un caso, difatti, che la implementazione di una asserita funzione deterrente della responsabilità civile passi per una valorizzazione di un “approccio rimediabile” alla materia che, per l'appunto, guarda più all'ambito delle conseguenze, che a quello – normativamente fondato – della fattispecie. Cfr., ad es., A. DI MAJO, *Responsabilità civile (Problemi e sistema)*, cit., p. 1606: «La vocazione del sistema di responsabilità civile è di essere un diritto a vocazione tendenzialmente *rimediabile* [...]. Il che significa lasciarsi guidare, come si è detto, nel sistema della responsabilità civile, *più dalle conseguenze* alle quali si intende porre rimedio *che alle loro “cause”*. Ad esempio la funzione di *deterrenza* che si dice (dover) essere svolta dalla responsabilità civile (specie attraverso la previsione di danni *punitivi*) fa leva proprio sui rimedi, che oltrepassano la fattispecie, col presentare quel tanto di *imprevedibilità e di incertezza* che è propria dei rimedi» (corsivo orig.).

¹⁹⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., p. 42: «La *deterrence* immortalata dal *Cost of Accidents* non è una funzione della responsabilità ma, piuttosto, un obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni [...]».

²⁰⁰ In senso contrario, molto chiara la posizione di M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, cit., p. 1145: «la funzione dei *punitive damages* – così come quella delle sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana – si comprende solo rapportandoli al risarcimento del danno. Il ricorso al rimedio si giustifica nella misura in cui il risarcimento spettante alla vittima dell'illecito non assolve adeguatamente la sua funzione deterrente, in quanto non è idoneo a indurre i soggetti che tengono condotte potenzialmente lesive ad adottare le precauzioni idonee ad evitare il danno». Orbene, come si notava poc'anzi, nessuno vuole negare che la sanzione produca un effetto deterrente maggiore rispetto a quello prodotto dal risarcimento propriamente inteso; e nessuno nega, altresì, che, dalla congiunta operatività del rimedio risarcitorio con quello punitivo, derivi un effetto deterrente ancor più elevato di quello che si potrebbe ottenere prevedendo l'applicabilità di uno solo tra i due rimedi (foss'anche la – di per sé già più temibile – sanzione). Ciò che non convince appieno è la presentazione di questo *effetto* quale *funzione*: infatti, come si legge nel passaggio riportato, il risarcimento (con funzione compensativa) viene “affiancato” da un altro istituto (la sanzione intesa in senso stretto, alla quale deve riconoscersi una funzione punitiva) non perché il primo non è riuscito a svolgere la sua funzione, ma in ragione della necessità di produrre un *effetto* sociale di deterrenza più elevato che è possibile raggiungere grazie alla congiunta operatività di un altro istituto. Una conferma sembra ravvisabile in un passaggio immediatamente successivo, in cui lo stesso A. fa riferimento all'«esigenza di ovviare all'*insufficiente efficacia deterrente* del risarcimento» (p. 1145, corsivo agg.). Sul punto, si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., p. 557: «Di una finalità deterrente della responsabilità civile si parla tuttavia con riferimento ad una deterrenza ‘forte’ da attuarsi mediante sanzioni punitive».

²⁰¹ La distinzione tra sanzione in senso lato e in senso stretto, nell'ambito della responsabilità civile e della discussione sulle sue funzioni, è ripresa chiaramente da C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit., p. 88.

sulla responsabilità extracontrattuale, paiono potersi porre alcuni punti fermi che possano sintetizzare gli esiti di quanto fino a questo punto si è avuto modo di rilevare.

Il primo (e più radicale) punto riguarda i termini con cui deve essere intesa la polifunzionalità dell'istituto. Ciò che sembra essere emerso con sufficiente chiarezza è la necessità di un forte ridimensionamento dell'utilizzo di un prefisso sì suadente, ma che contribuisce a ingenerare l'erronea convinzione che il discorso funzionale debba essere svolto secondo un paradigma non tanto improntato alla pluralità (anch'essa, comunque, ridotta rispetto al precedente novero di funzioni astrattamente ipotizzabili), quanto ad un pluralismo e, soprattutto, ad un pluralismo particolarmente marcato. Di contro, come si è visto, quelli che sembravano ineliminabili e imprescindibili attori reclamanti uno spazio e un ruolo di rilievo si sono dimostrati, dal punto di vista funzionale, nient'altro che veri e propri fuochi fatui: confusioni non dovute ad una non ravvisabile ingenuità, ma frutto di una ben precisa volontà, hanno contribuito a complicare inutilmente²⁰² il discorso funzionale, dando luogo ad un sovraffollamento che, in definitiva, non ha ragion d'essere.

L'alternativa tra compensazione e punizione, dunque, continua a rivelarsi fondamentale al fine della corretta comprensione dell'analisi funzionale dell'istituto (non ravvisandosi elementi che riescano a scalfire in maniera convincente tale ricostruzione): ed è alla luce di tale alternativa che dovrà essere successivamente svolta una più puntuale analisi normativa per comprendere quale sia la funzione da attribuire alla responsabilità extracontrattuale (non escludendosi – e nemmeno potendo, per ora – che entrambe, ma non altre, siano concretamente riscontrabili all'interno dell'istituto).

Vi è, poi, un secondo elemento su cui deve ritornare l'attenzione. È stato notato, più sopra, che, seppur sempre all'interno di uno studio condotto nel solco del normativismo, il pluralismo funzionale può essere tanto (forzosamente) indotto per via interpretativa, quanto ricercato per una via che era stata ritenuta maggiormente rispettosa della divisione dei compiti e delle funzioni.

Orbene, anche a motivo di quanto appena rilevato al punto precedente, non ci si può esimere dal rilevare come anche la polifunzionalità ricercata – pur sempre preferibile rispetto a quella indotta – finisca comunque con il prendere l'abbrivio da una erronea concezione della pluralità e del pluralismo di funzioni della responsabilità, poiché porre l'accento su alcuni elementi di un istituto o di una singola fattispecie, auspicandone una modifica migliorativa al fine di attribuire cittadinanza (o implementare, ove già presenti) a determinate e presunte funzioni, continua ad essere un atteggiamento che trova il suo fondamento nella confusione tra funzione ed effetto e che, pertanto, non può essere indebitamente trasposto dal piano dell'empirismo a quello della teoria.

Si badi, però, che quest'ultima precisazione non vuole e non deve essere letta quale facile e altezzosa liquidazione di un qualcosa che presenta elementi di indubbio interesse per il giurista: la ricerca di una implementazione di determinati aspetti di un istituto o di una singola disposizione può – e, anzi, deve – essere perseguita per il raggiungimento di chiari obiettivi (il citato effetto sociale, variamente declinabile) che possono essere raggiunti per il tramite dell'operatività dell'istituto, ma non deve essere cedere alle facili lusinghe di ricostruzioni che vedono funzioni ove queste non possono nemmeno essere intraviste.

Rimane un ultimo punto da prendere in considerazione, un punto non meno importante dei precedenti e che, come si vedrà, sembra ricollegarsi a quanto si è avuto occasione di porre in evidenza in relazione allo svolgimento della prima precisazione.

²⁰² «Troppe sono le funzioni della R.C. possibili [...]. E dunque? Apoptosi di un problema»: così A. GORASSINI, *Dal danno ingiusto al danno "ingesto". Oltre il danno punitivo...senza aspettare Godot*, cit., p. 55.

La richiamata necessità di distinguere tra funzione ed effetto sociale di un istituto non è dovuta ad un capzioso purismo teorico e ad un conseguente amore classificatorio, ma sembra essere particolarmente utile per far sì che si eviti di commettere, anche se percorrendo una via diversa, l'errore dal quale si era voluto mettere precedentemente in guardia il lettore: più esplicitamente, si potrebbe affermare che l'attribuzione di rilevanza funzionale (e, quindi, teorica) all'effetto sociale (apprezzabile, invece, da un punto di vista empirico) rischia di far nuovamente deviare il ragionamento e il discorso – ma, questa volta, in misura meno accentuata rispetto a quanto già notato – verso una fattualità alla quale verrebbero riconosciute una potenza e una rilevanza teoriche che si era già avuto modo di escludere e che, in questo modo, ri-acquisirebbero un ruolo che non compete loro.

Emerge, dunque, la necessità di non confondere e indebitamente sovrapporre piani che intrattengono indubbiamente delle relazioni, ma che sono – e, soprattutto, debbono rimanere – distinti: così procedendo, l'analisi funzionale potrebbe essere nuovamente svolta in un contesto definito con maggiore precisione e assai meno affollato del precedente, espungendo, quindi, ciò che era stato ivi inserito dalla eccessiva sovrabbondanza di malintesi *inputs*²⁰³ (non perché erronei in sé e per sé, ma perché osservati e divenuti rilevanti in un ambito – quale quello funzionale – che non li poteva *ab origine* accogliere²⁰⁴) e dal trepidante zelo degli interpreti (dovuto al fascino della novità di certi aspetti di alcune riflessioni), ma che non trovava solide basi teoriche su cui appoggiarsi.

²⁰³ La notissima espressione è ovviamente mutuata da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 128: «Che la crisi della responsabilità civile sia crisi funzionale, da eccesso di *input*, è fin troppo facile rilevare, considerando le domande che ad essa si rivolgono». Mirabile la sintesi e l'efficacia comunicativa con cui l'A. è stato in grado di indicare quell'atteggiamento che – come già accennato – vede nell'istituto della responsabilità civile una sorta di “super-rimedio” (o, prendendo a prestito e modificando la titolatura pontificia, un *remedium remediorum*) in grado di fornire una facile e pronta soluzione ad ogni problema della vita materiale che dovesse presentarsi (il che, come è ovvio che sia, non è realisticamente pensabile). Non sembra condividere questa impostazione S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., il quale, dopo aver ripercorso (p. 596) la lettura offerta da Salvi («La responsabilità civile è dilagata in aree nelle quali era quasi impensabile che potesse giungere: la crisi è da sovrabbondanza: determinata da un eccesso di *inputs*, si dice, che avrebbe fatto smarrire una fisionomia unitaria all'istituto, piegandolo verso funzioni incompatibili con la sua natura e con la normativa che lo disciplina. Più che un istituto giuridico riconoscibile, la responsabilità civile sarebbe ormai una vera e propria *ideologia giuridica*, che pervade le zone più diverse del sistema giuridico e può determinarne più di una distorsione», corsivo agg.), afferma che un giudizio del genere sembra fondato «su una sottovalutazione del processo che ha portato alla recente esplosione delle tecniche di responsabilità civile: un processo lungo, che ha visto una rifondazione teorica dell'istituto parallela all'ampliarsi della sua area di incidenza. Non siamo di fronte, dunque, ad una improvvisa manipolazione di una tecnica giuridica per far fronte ad esigenze di breve periodo. Abbiamo assistito, ed assistiamo, piuttosto all'incontro e ad una sintonia tra un istituto che già da tempo stava uscendo dalla vecchia pelle, presentandosi per più di un aspetto profondamente rinnovato, e domande sociali che da tempo battevano alla porta del sistema giuridico» (pp. 596-597). Si veda anche un passaggio di G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, cit., p. 295: «Le frontiere si sono sempre più allargate (forse troppo: secondo alcuni), finendo per far perdere alle trame della responsabilità civile i loro irrinunciabili lineamenti romanici, per un pericoloso groviglio di stili che negli ultimi anni avrebbe finito per far assumere alla stessa una forte caratterizzazione gotica». Si sofferma sui costi complessivi dell'istituto della responsabilità civile, all'esito della continua (e, a tratti, forse incontrollata) espansione P.G. MONATERI, *La RC oltre il punto di non ritorno?*, in *Danno resp.*, 2020, p. 557, secondo il quale bisogna «chiedersi se la parabola della RC non abbia raggiunto il punto in cui i suoi costi di gestione non cominciano a superare i suoi benefici sociali attesi». In precedenza, timori erano già stati manifestati da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 658: «Il momento presente segna, probabilmente, il vertice della parabola della responsabilità civile. A un livello massimo di espansione dei suoi confini corrisponde una *molteplicità massima di funzioni* e il massimo grado di erosione degli elementi strutturali della regola generale di responsabilità civile» (corsivo agg.).

²⁰⁴ Che la responsabilità civile non possa disciplinare tutto ciò che accade nella società è ben posto in luce da P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., pp. 535-536, il quale evidenzia come non tutti i problemi (economicamente e socialmente indesiderabili, si potrebbe dire) derivanti dalla commissione di un fatto illecito (nella fattispecie: la persistenza di un arricchimento del danneggiante anche all'esito del risarcimento del danno effettivamente cagionato e subito dal soggetto leso o, in altra ipotesi, il verificarsi di un arricchimento del soggetto agente in mancanza di un danno risarcibile per il soggetto che subisce l'illecito) possano essere

In definitiva, la crisi bulimica che affligge da tempo la riflessione sulle funzioni della responsabilità extracontrattuale può certamente essere superata con esiti che si prospettano positivi, ma sempre a condizione che certi adagi che ormai accompagnano la riflessione dei giuristi non siano visti quali verità indiscutibili, bensì quali elementi da rimettere in discussione e, auspicabilmente, da ricondurre alle opportune sedi di appartenenza ai fini di un più rigoroso e condivisibile svolgimento della riflessione sulle funzioni dell'istituto²⁰⁵.

§ 12. Terza precisazione: la comparazione storica.

L'aver delineato – si spera con sufficiente chiarezza – l'oggetto di studio, il metodo da applicarvi e il novero delle funzioni propriamente intese che possono essere attribuite alla responsabilità extracontrattuale dovrebbe giovare alla migliore comprensione dei termini in cui deve essere inteso un particolare tipo di analisi che, in quest'ambito, trova sovente uno spazio sempre maggiore: il riferimento è alla comparazione storica con sistemi legislativi non più vigenti.

Orbene, nel tentativo di individuare quali possano essere le funzioni da riconoscere oggi all'istituto in questione, la dottrina ha rivolto la sua attenzione non solo al complesso normativo attualmente utilizzabile e applicabile, ma anche a precedenti storici più o meno risalenti nel tempo e alle varie modificazioni che si sono succedute e che hanno conferito alla responsabilità

risolti in maniera soddisfacente dal solo istituto della responsabilità civile: per questa ragione, auspica un intervento legislativo che rimuova il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento di cui all'art. 2042 c.c., consentendo, così, per il tramite del concorso integrativo (ma non sfociante nel cumulo) delle azioni di arricchimento e di risarcimento, di implementare le finalità deterrenti e preventive di quest'ultimo. Orbene, l'aspetto che non convince della modifica legislativa suggerita riguarda la sua limitazione ai casi di mala fede (dolo o colpa grave), con esclusione di quelli in cui è riscontrabile solo una forma lieve di colpa del soggetto agente: infatti, nel momento in cui si stabilisce che il concorso integrativo dell'azione di arricchimento (con funzione restitutoria) con quella risarcitoria (con funzione compensativa) non possa condurre, con riferimento al *quantum* delle obbligazioni poste in capo a colui che ha commesso l'illecito, ad un superamento del guadagno ottenuto dall'agente (e, dunque, senza che sia riscontrabile alcuna funzione punitiva), non si comprende per quale ragione l'operatività dei rimedi non possa essere legislativamente estesa, in sede di riforma, oltre che ai casi di sussistenza di un elemento psicologico particolarmente grave, anche ai casi di colpa lieve (e ciò proprio in ragione della assenza di funzioni punitive, anche in caso di integrazione operativa tra i due rimedi). A tal riguardo, sembra più temuto che reale (e questo in virtù della conformazione della regola di operatività integrativa delle due fattispecie) il rischio di *overdeterrence* in caso di estensione del concorso integrativo dei due rimedi anche ai casi di colpa lieve, siccome il soggetto agente è a conoscenza del fatto che il suo patrimonio non sarà intaccato oltre il guadagno netto conseguito a seguito del compimento dell'atto illecito: anche se versante in colpa lieve, nulla di più di quanto è stato ottenuto gli potrà essere richiesto. Il tema è ripreso, più ampiamente, in ID., *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., *passim*, ove, però, sembra che la prospettiva del concorso integrativo dei rimedi sia formulata non più in termini *de iure condendo*, quanto *de iure condito* (facendo leva sull'interpretazione teleologicamente orientata dell'art. 2042 c.c.). Si sofferma sul punto anche A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 323 ss., ove, dopo ampia analisi attenta anche all'ambito sovranazionale euro-unitario, si prende atto della precisa «scelta di campo, che relega sullo sfondo (o, forse, ancora dietro) la possibilità di invocare altre prospettive teoriche, tra cui quella – da ultima accennata – dell'arricchimento senza causa» (p. 343). Sul tema, inoltre, devono essere richiamate le opere monografiche di R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959 (rist. an. 1980); P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.

²⁰⁵ Oltre a quanto si è già avuto modo di esprimere in precedenza, sia consentita una (non breve) citazione di M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., p. 217, che ben sintetizza molti degli aspetti fin qui posti all'attenzione del lettore: «La gran parte delle molteplici funzioni attribuite alla responsabilità civile deriva, invece, da simili illegittimi procedimenti, ossia dalla indebita assunzione di mere inferenze sociologiche a funzione giuridica dell'istituto o da indebite sineddoci che trasferiscono alla ragione primaria di esso *sotto-rationes* che presiedono a semplici parti della sua disciplina. Ovviamente, tale conclusione non delegittima affatto la comprensione funzionale della responsabilità civile, né vale, tanto meno, a mettere in dubbio che, a partire dalla funzione, si possa istituire un circolo interpretativo virtuoso. Vale, invece, a porre in termini corretti il problema della determinazione della funzione del rimedio aquiliano e dei dati funzionali a partire da quali è necessario risolverne i problemi interpretativi».

extracontrattuale la conformazione e la fisionomia a noi ben note, manifestando così un interesse che può ben ritenersi naturale e comprensibile (oltre che meritevole di accoglimento), in quanto spinge l'interprete ad interrogarsi sulla provenienza di un determinato istituto e a non ritenere soddisfacenti tutte quelle risposte che trovino appagamento nel soffermarsi solo sul contingente prodotto dell'attività dello *ius ponere* isolato²⁰⁶ da tutti gli altri possibili elementi²⁰⁷ (ma, d'altronde, come si è detto, nemmeno i positivisti – moderati – dell'oggi si immaginano né auspicano un ritorno alla versione ideologica di una sì nobile corrente di pensiero²⁰⁸).

Epperò, l'attività in questione, per continuare a mantenere l'interesse e la utilità che la contraddistinguono all'interno della riflessione giuridica e a produrre risultati di cui l'interprete possa giovevolmente servirsi, non deve cedere alla tentazione di essere svolta secondo canoni che finirebbero solo col renderla ideologicamente orientata²⁰⁹ e, in definitiva, un elemento più dannoso che utile: lo studio del materiale normativo disponibile deve quindi essere condotto sulla base delle precisazioni sopra già effettuate, evitando, al contempo, di attribuire una portata eccessiva agli aspetti

²⁰⁶ Si veda P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Parte prima*, in ID., *Opere giuridiche*, VI, cit., p. 16: «Simile lavoro di ricomposizione storica, presuppone, s'intende, un lavoro di scomposizione dommatica: poiché, per riconoscere quali sono gli elementi essenziali da ricercare nel passato, bisogna aver chiaro in mente il quadro analitico di quello che l'istituto è nel presente. Ma questo quadro dommatico, che pure ho dovuto per necessità tracciare dentro di me prima di accingermi alla ricerca storica, non potrebbe essere esposto qui senza nuocere alla chiarezza di una trattazione, in cui la indagine storica deve servire da naturale introduzione allo studio dei principii. Pertanto, come la esposizione storica, premessa ad ogni altra trattazione, spiegherà *a priori* qual concetto dommatico mi sono fatto [...], così la trattazione dommatica, che seguirà a suo tempo, spiegherà ancor meglio *a posteriori* il metodo seguito nella parte storica».

²⁰⁷ Rileva, seppur in un contesto differente, G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, cit., p. 1155: «Sono convinto che un giurista non svolge correttamente il suo mestiere se non si interroga su come le istituzioni e gli istituti giuridici sono nati, su come operano attualmente e su quali siano i possibili sviluppi futuri. Un buon giurista, che non voglia essere soltanto un tecnico del diritto, deve avere il senso della storia e deve conoscere la riflessione critica che accompagna e spesso precede gli eventi».

²⁰⁸ Di contro, nemmeno convince l'opposta e altrettanto radicale posizione di una eccessiva svalutazione delle possibilità modificative del diritto per il tramite dell'opera legislativa, in quanto ritenuta espressione di un eccessivo conservatorismo che – in definitiva – sembra caratterizzare quelle ricostruzioni che si focalizzano sulla progressiva gradualità evolutiva dell'ordinamento (e il cui punto di partenza è costituito da un comune patrimonio consolidatosi nel tempo ed emergente dalla tradizione, la quale finirebbe così per costituire solo un vincolo da cui sarebbe praticamente impossibile liberarsi, e non – come auspicato – un elemento di garanzia sistematica). D'altronde, come si vedrà nel prosieguo, la materia della responsabilità civile ha contemplato (e, forse, contemplerà ancora) fratture tra la nuova disciplina giuridica e la “tradizione” (e anche non di poco momento); e tuttavia, ciò non vuol significare (e *non gli si può far significare*) che il mutamento sia, per il solo fatto del cambiamento operato in una direzione diversa rispetto alla precedente, insuscettibile di coerente riconduzione a sistema: tale conclusione sarebbe aprioristicamente orientata e, dunque, non utile all'interno del ragionamento. In relazione all'atteggiamento di eccessiva chiusura nei confronti del formante legislativo, sembra vada richiamata una affermazione di C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 67: «Il diritto, come ordinamento concreto, non può essere isolato dalla sua storia. Il vero diritto non è posto, bensì sorge in una evoluzione involontaria».

²⁰⁹ Da richiamare la lucidissima analisi del pensiero di Grossi svolta da E. CONTE, «*Storicità del diritto*». *Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in *Storica*, 2002, p. 135 ss., ove si evidenzia: «è proprio il forte condizionamento ideologico che ha fatto della storia giuridica una disciplina guardata con sospetto dalle altre scienze storiche. E ha forse contribuito ad approfondire la separazione tra discipline un tempo assai vicine fra loro, come la storia delle istituzioni, quella delle dottrine politiche, la storia delle strutture sociali e quella del diritto: fino al punto che gli storici non giuristi hanno finito per considerare estranee al proprio lavoro quelle fonti del pensiero giuridico che sono tanto utili per conoscere la lettura che la società medievale dava di sé stessa». Ma, allora, deve essere citata anche la precedente (e assai dura) recensione (che dovrebbe essere letta molto attentamente, specie in ragione della puntualità delle osservazioni mosse al recensito) di M. ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 967, ove si afferma che la meditazione di Grossi «riporta una lettura del Medioevo che tuttavia, per esprimerci sinteticamente anticipando le conclusioni, offre tante verità, ma *frammiste a valutazioni così fortemente discutibili da rendere difficilmente accettabile il quadro complessivo*»: di conseguenza «la ricostruzione storiografica finisce [...] per essere semplificata, messa com'è al servizio del programma politico-culturale che percorre gli snodi fondamentali del libro» (corsivo agg.).

di discontinuità²¹⁰ o, ancora, di ricercare ad ogni costo²¹¹ presunte continuità²¹² su cui poter fondare letture che, però, proprio per questo, non sarebbero condivisibili²¹³.

Si comprende, pertanto, come la discontinuità o la continuità debbano certamente essere rilevate e divenire oggetto di studio da parte del giurista per evidenziare quanto è cambiato o è stato conservato (e, eventualmente, esprimere un giudizio sulle modificazioni su cui si è soffermata l'attenzione); tuttavia, questi elementi di cambiamento non possono essere atomisticamente considerati al di fuori del più ampio metodo che si è sopra delineato a fini dello svolgimento del discorso funzionale, né tantomeno essere considerati quali ipotetici valori da perseguire legislativamente o ricercare da un punto di vista teorico: la continuità o discontinuità di determinati elementi non devono assurgere ad argomenti dai quali poter ricavare, *sic et simpliciter*, conclusioni teoriche inerenti alle funzioni dell'istituto, in quanto, in caso contrario, non si farebbe altro che contraddire il metodo che era stato indicato quale via da percorrere per la corretta individuazione delle funzioni della responsabilità extracontrattuale²¹⁴, ricadendo così nella fallacia argomentativa e ricostruttiva che pone l'accento solo su di alcuni aspetti legislativi dell'istituto, considerandoli avulsi dal loro contesto normativo e sistematico.

²¹⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 350: «Spetta alla dottrina, tutt'al contrario, di comprendere il senso dei nuovi orientamenti, svelandone continuità o discontinuità con il passato, nel quadro di una verifica costante della fisionomia del sistema, che può sfociare anche in operazioni di reinterpretazione».

²¹¹ Non possono non essere richiamate le sottoscrivibili parole di A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, cit., p. 317: «Come assunto metodologico enuncerei di ritenere vero che la storiografia giuridica deve essere in grado di riconoscere e contrassegnare adeguatamente certe discontinuità, senza sentirsi obbligata a riannodare i fili di una tradizione culturale sempiterna anche quando essa sembra essere interrotta».

²¹² C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, cit., p. 5 ss., tende a valorizzare – fin dal diritto romano – una continuità storica della punizione (facendo riferimento all'art. 1382 del *Code Napoléon*, che, per un mero refuso, diventa art. 1832). Dedicano attenzione al diritto romano anche A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, cit., pp. 89-95; S. CARABETTA, *“Punitive damages” e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, cit., pp. 59-62; nonché A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., p. 30 ss. Fa riferimento all'esperienza romana anche A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, cit., p. 570. Si sofferma, più in generale, sulla ricostruzione storica S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 3094: «la riconosciuta storicità dei concetti giuridici, se vuole avere un senso, non può non comportare pure una modifica del metodo della loro elaborazione, e dunque un abbandono dei tradizionali procedimenti dommatici, a tutto vantaggio di una costruzione sistematica capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento legislativo». Cfr., inoltre, sul punto, S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 1164: «Il giurista come il pratico del diritto fanno uso di concetti, ma sanno bene che essi sono strumenti tecnici, più o meno raffinati, o addirittura elementari; [...] strumenti che mettono ordine nella complessa materia delle innumerevoli e svariate norme, e rendono più spedito e sintetico anche il più preciso linguaggio giuridico [...] strumenti variabili e legati al divenire storico dell'esperienza giuridica». Da ultimo, si veda anche A. NICOLUSSI, *Le parole del diritto e la scienza del diritto con la sua dimensione internazionale*, cit., pp. 537, 540-541.

²¹³ Merita di essere integralmente riportato un passaggio di G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 943, che contribuisce a far comprendere, meglio di sovrabbondanti parole di chi scrive, il concetto che si vuole esprimere: «Ma il curioso è questo, che se noi risaliamo, per così dire, il filone civilistico dai codici ai lavori preparatori e alla dottrina che a sua volta ne ha preparato le basi, noi possiamo seguire le tracce della nostra norma a lungo, e vorrei dire indefinitamente, senza coglierla in fasi di sviluppo meno completo: e viceversa se discendiamo il filone romanistico giù giù dai giustinianeî attraverso il diritto intermedio e il rinascimento fino ai pandettisti del secolo scorso, ci sembra di restare sempre sull'identico terreno e non avvertiamo uno sviluppo sostanziale, un processo esplicito di generalizzazione. Si direbbe che le due correnti non si incontrano: eppure il trapasso esiste ed è grave e fecondo di notevoli conseguenze: senonchè avviene larvatamente e sotto l'influsso di tendenze svariate che operano nel profondo senza affiorare in superficie [...]». Con riferimento a tempi a noi più prossimi, può essere visto quanto contenuto in M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, cit., pp. 133-134.

²¹⁴ Infatti, «i giuristi italiani riconoscono che molti dei loro istituti traggono origine dal passato e possono essere compresi appieno solamente alla luce della storia, ma essi escludono tali “fonti in senso storico” dal novero delle fonti formali del diritto»: così J.H. MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: le fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 713.

Lo studio storico, dunque, scevro di esagerazioni e storture ideologiche che ne alterano la portata e ne compromettono l'utilità, non deve essere osservato con guardingo sospetto o puristiche riserve, ma deve essere inteso semplicemente per quello che si dimostra essere: uno strumento di cui anche l'interprete del diritto positivo vigente può proficuamente giovare ai fini di una migliore e più profonda comprensione²¹⁵ del suo oggetto di studio.

§ 13. *Un primo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.*

Si era fatto riferimento, in apertura del Capitolo I, ad alcune peculiarità che caratterizzano e rischiano di ampliare – forse eccessivamente – i termini nei quali si presta ad essere analizzata quella che si era voluta problematicamente chiamare 'questione funzionale'; peculiarità che potrebbero far pericolosamente deviare lo sguardo del giurista dall'oggetto verso il quale dovrebbe essere primariamente rivolto.

Tali peculiarità hanno richiesto, come si era preannunciato, l'effettuazione di alcune precisazioni a cui si è dato sopra più ampio spazio e che hanno consentito non tanto di sgomberare il campo da elementi che, invero, hanno un loro peso ed una loro rilevanza (escluderlo sarebbe parimenti erroneo), quanto di intenderne correttamente la portata: ad esempio, l'attenzione per il dato sociale dovrà certamente essere tenuta in debita considerazione, ma ciò dovrà avvenire non in sede di interpretazione delle disposizioni legislative e di ricostruzione del sistema, quanto in sede di posizione del diritto. Di conseguenza, si è potuto osservare come il problema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale debba essere inteso da un punto di vista genuinamente normativo: ed è all'interno di questa visione che assumeranno rilevanza gli elementi sociali che hanno portato alla emanazione di una determinata disposizione e che possono aiutare il giurista nell'attività interpretativa, tenendo sempre ben presente, però, che, se tali elementi originariamente presenti e rilevanti ai fini della posizione della disposizione non possono comunque giustificare un sovvertimento del dato testuale nel momento in cui dovesse eventualmente emergere una loro incompatibilità con quest'ultimo, tanto meno quelli sopraggiunti nel tempo e di segno contrario al testo legislativo potrebbero condivisibilmente condurre ad una qualche forma di illegittima modifica legislativa che finirebbe col produrre criticità ordinamentali nient'affatto trascurabili.

Successivamente, giovandosi di quanto evidenziato in relazione all'oggetto, si è altresì avuto modo di esprimere alcune riserve nei confronti di certe modalità di conduzione dello studio delle funzioni in relazione all'atteggiamento tenuto nei confronti del dato positivo, siccome, mediante la confusione tra effetti prodotti dall'applicazione di una disposizione e quanto – invece – quest'ultima contiene al suo interno, si è attribuita dignità funzionale ad un qualcosa che tale dignità non poteva avere né a cui poteva strutturalmente ambire: in questo modo, il florilegio di funzioni che ha caratterizzato i tempi a noi più prossimi (senza, tuttavia, contribuire a far positivamente progredire l'analisi della questione funzionale) è andato fortemente riducendosi, fino ad arrivare a una ri-conferma della bontà della tradizionale dicotomia tra compensazione e punizione.

Da ultimo, anche con riferimento alla possibile e assai utile comparazione diacronica, si è precisato come l'oggetto ed il metodo sopra individuati non necessitino di rimodulazioni che finirebbero per alterare ingiustificatamente quanto era andato progressivamente delineandosi.

²¹⁵ G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, cit., p. 409, vede la storia «come luogo in cui continuo e incessante si fa quel dialogo tra presente e passato, in cui ciascuno di questi due *momenti* è reciprocamente essenziale a comprendere l'altro» (corsivo orig.).

In definitiva, si può dire che, effettuando le precisazioni testé sommariamente ripercorse, sia stato possibile individuare gradualmente le linee guida essenziali che l'interprete dovrebbe fare proprie nello svolgimento della riflessione funzionale; linee che – conformemente all'intento iniziale – verranno in questa sede utilizzate per l'analisi di quello che si è dimostrato essere, anche da un punto di vista storico, un problema genuinamente normativo-sistematico²¹⁶.

²¹⁶ Sia consentita una lunga citazione di S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 801: «il risultato ultimo, nel quale tutti i momenti precedenti precipitano e tutti i contrasti, anche minimi, si sciolgono (anche a mezzo del sistema pratico della formazione di una maggioranza) rappresenta, inscindibilmente, tutta la fase prelegislativa puntualizzata, insieme con quella propriamente legislativa. A quest'ultima, dunque, si farà capo ormai; e soltanto il testo legislativo sarà il dato al quale la scienza del giurista dovrà rimanere ancorata. Sarà, dunque, *possibile* se non facile e (occorre dirlo) *necessario* che il giurista identifichi proprio *l'idea del legislatore intorno ai vari istituti*: val quanto dire, tracci le linee degli istituti sulla base del dato positivo, cioè delle norme giuridiche. E ogni elemento che egli introdurrà dall'esterno sarà compromesso dal segno dell'arbitrio (sono disposto a riconoscere che – non il giurista – ma (spesso) *i giuristi* si abbandonano a voli visibilmente arbitrari, nella ricostruzione degli istituti giuridici [...])» (corsivo orig.).

CAPITOLO TERZO

L'ANALISI FUNZIONALE IN PROSPETTIVA STORICA: SANZIONE, RIPARAZIONE E DANNI

SOMMARIO: 1. La responsabilità extracontrattuale quale “monolite”? – 2. Le coordinate dell’analisi storica: l’epoca delle moderne codificazioni. – 3. Le problematicità di una *rubrica legis* dal sapore millenario. – 4. Il dolo nel delitto civile: una fattispecie punitiva? – 5. *Segue*. Norme di risarcimento e dolo: una conferma della funzione compensativa. – 6. Pluralità ricostruttive e benefici dei conflitti interpretativi. – 7. *Segue*. Il sistema della responsabilità e il “buco nero” della colpa. – 8. L’annosa questione del danno morale e della sua risarcibilità. – 9. Le (superabili) problematicità di una nuova categoria: la riparazione pecuniaria. – 10. Il progetto italo-francese del 1927 e il danno morale: un primo esplicito riconoscimento. – 11. Il codice penale e il definitivo accoglimento del danno “non patrimoniale”. – 12. La pubblicazione della sentenza di condanna nel codice penale: un cenno... funzionale. – 13. Un secondo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.

§ 1. *La responsabilità extracontrattuale quale “monolite”?*

Non vi è riflessione sulla responsabilità extracontrattuale in cui non si faccia riferimento – esplicitamente o implicitamente, ma a poco rileva – alla continuità normativa che caratterizzerebbe l’istituto in maniera tanto evidente da rendere ogni possibile contestazione nient’altro che un inutile ed erroneo fuor d’opera.

Epperò, quanto appena affermato consente di porre immediatamente in rilievo almeno due elementi che non possono essere trascurati.

Un primo elemento è stato offerto al lettore mercé l’utilizzo del modo verbale del condizionale in relazione alla continuità normativa – storicamente apprezzabile – dell’istituto. Orbene, nessuno vuole arrivare al punto (invero insostenibile, se preso seriamente in considerazione) di dubitare del fatto che le progressive modificazioni¹ e le conseguenti consolidazioni abbiano condotto, nel tempo, alla elaborazione di un nucleo essenziale² della responsabilità extracontrattuale tuttora individuabile con sufficiente agevolezza e saldamente radicato nella nostra cultura giuridica³. Ciò che, invece, si vuole

¹ Il termine è volutamente utilizzato in luogo di “evoluzione”, poiché quest’ultimo pare positivamente connotato nel senso di un miglioramento costante; miglioramento che, di contro, non pare essere sempre riscontrabile con riferimento alla legislazione. Si sofferma sulla questione, seppur da un punto di vista differente, G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Quest. giust.*, 1/2020, p. 64: «E sottolineo “articola”, piuttosto che non “evolve”, perché il mito del progresso incessante può essere appropriato per le scienze tecniche, per la medicina e la biologia, ma la Storia ci ha insegnato che i rapporti sociali si disgregano, si riaggregano, si sovrappongono, si consumano seguendo le dinamiche proprie della distribuzione del potere, della diffusione della cultura, dell’influsso delle forze che si sprigionano all’interno dell’aggregato sociale o lo colpiscono dall’esterno».

² Si veda la bella immagine bucolica offerta da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 644: «Un corso d’acqua, alimentato da un’antica sorgente, attraversa un ampio territorio condizionandone lo sfruttamento economico. Col passaggio da un’economia agricola di sostentamento a un sempre più intenso sviluppo industriale, il flusso dell’acqua si rivela insufficiente; sì che gli esperti si ingegnano, con la costruzione di dighe, canali e altri manufatti, al fine di meglio utilizzare e distribuire la scarsa acqua disponibile. Ma, improvvisamente, il corso d’acqua si ingrossa, per il confluire di una serie di rivoli limacciosi provenienti da nuove polle. Ecco che, allora, gli esperti sono chiamati ad un’opera di contenimento delle acque, onde scongiurare straripamenti e alluvioni».

³ Da ultimo, si veda G. ALPA, *Il dialogo tra le Corti e la materia della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 971: «C’è una continuità singolare nella disciplina codicistica della responsabilità civile: il raffronto tra i testi del codice

evidenziare è il doveroso grado di attenzione che deve essere prestato a quelle modificazioni che sono certamente riscontrabili e che non devono essere poste in secondo piano: si deve, dunque, evitare di prediligere un monopolizzante apprezzamento della componente “monolitica” della responsabilità⁴ a scapito di quei – a volte anche piccoli – cambiamenti che, però, se considerati in un più ampio contesto normativo, sono in grado di spiegare forse ancor più di quanto si sarebbe tentati di pensare in un primo momento e all’esito di un veloce ed epidermico sguardo. Può, quindi, richiamarsi quanto si è già avuto modo di affermare in precedenza in relazione al punto di vista da adottare per la disamina del materiale legislativo (e, in seconda battuta, per individuare le funzioni legislativamente attribuite all’istituto in questione): la visione complessiva non deve indurre a trascurare le modifiche di ordine particolare, così come queste ultime non devono divenire oggetto di una atomistica (e limitante) analisi⁵.

Ma vi è di più. In un simile percorso interpretativo e ricostruttivo non devono essere tralasciate quelle novelle legislative che, seppur non direttamente riconducibili all’ambito del diritto privato propriamente inteso, non possono non essere prese in considerazione (e si vedrà, nel merito, in che termini) nello studio dell’istituto: e questo, si badi, non tanto (o meglio: non solo) ai fini della comprensione delle funzioni di quest’ultimo e degli altrettanto rilevanti rapporti intrattenuti con altri istituti *aliunde* disciplinati in una determinata epoca storica, quanto (o meglio: ma anche) al fine di poter fruttuosamente utilizzare – con riferimento ai tempi presenti – il risultato di una siffatta analisi nella verifica del prodotto dell’attività interpretativa di disposizioni attualmente vigenti⁶ che potrebbero destare, in alcuni, “sospetti funzionali” e condurre a visioni d’insieme che, invece, dovrebbero essere ritenute non meritevoli di accoglimento⁷.

Pertanto, soffermarsi storicamente su tutti questi elementi (la responsabilità extracontrattuale, altri istituti su cui si ritornerà nel prosieguo e i loro rapporti) non costituisce – ad avviso di chi scrive – un inutile orpello di cui si potrebbe tranquillamente fare anche a meno⁸, ma consente di ottenere argomenti idonei a corroborare quelle interpretazioni e ricostruzioni – ritenute maggiormente sostenibili e giuridicamente argomentabili – a cui è bensì possibile pervenire sulla base del dato

Napoleonico del 1804, i codici preunitari, il primo codice italiano del 1865 e il codice del 1942 dimostra che già due secoli fa i cardini dell’istituto erano consolidati, e che sarebbe spettato alla giurisprudenza piuttosto che non al legislatore edificare via via il sistema per adattarlo alle grandi trasformazioni della società e dell’economia».

⁴ Si vedano le parole di M. FRANZONI, *La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 1103: «Per tanto tempo, la responsabilità civile ha vissuto nella continuità, potremmo constatare, ha fatto un lungo viaggio senza particolari sorprese o scuotimenti. La responsabilità, nata da un fatto illecito, è sempre stata fonte dell’obbligazione risarcitoria, ma il sostantivo responsabilità finiva per stabilire un genere del quale gli aggettivi civile, penale, contabile e così via costituivano specie».

⁵ Prendendo in considerazione un lasso temporale più esteso di quello in cui, invece, andrà a collocarsi la nostra analisi (e che sarà tra poco meglio indicato), si è dedicato ad uno studio storico che tenga conto di entrambi gli aspetti richiamati F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 73-80.

⁶ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell’educazione giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 387: «La storia giuridica, se vuol essere scienza e non un’esposizione cronologica di regole o di dottrine, deve imporsi come oggetto questa ricostruzione di istituti nelle loro struttura e nella loro funzione, nella loro essenza e nelle loro relazioni con l’ambiente, la rappresentazione delle loro variazioni ed infine la ricerca delle leggi di queste variazioni».

⁷ «Insomma, l’interpretazione sistematica della norma e dei concetti rappresenta certamente un momento essenziale e imprescindibile nell’attività di ogni giurista positivo (e dello studioso del diritto civile, in particolare). E, tuttavia, ogni norma, ogni concetto hanno un loro retroterra. Possono affondare le ragioni d’esistenza in regioni prossime e meno prossime; possono, dunque, giungere, per così dire anche *da molto lontano* (tanto numerose e complesse sono spesso le esigenze sociali ed economiche e le ragioni politiche che li hanno determinati)»: così G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, cit., p. 371 (corsivo orig.)

⁸ Si veda, nuovamente P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell’educazione giuridica*, cit., p. 390: «Storia e dogmatica appaiono così come due posizioni scientifiche inscindibili, ove non si voglia ridurre la dogmatica ad una vuota metafisica e la storia ad un semplice diletto archeologico».

positivo disponibile, ma che, nei tempi a noi più prossimi, sono purtroppo divenute sempre più spesso oggetto di contestazioni – a tratti particolarmente severe, verrebbe da dire – che proprio l’analisi storica imporrebbe di avanzare con più cautela: un discorso sulle funzioni attuali della responsabilità extracontrattuale intesa in senso stretto non sembra dunque poter prescindere da un’analisi di tipo storico⁹.

Vi è, poi, un secondo elemento che deve essere affrontato e che si ricollega strettamente a quanto testé evidenziato. Conformemente a quanto sostenuto in precedenza¹⁰ circa la necessità di un fondamento genuinamente normativo anche in relazione allo studio della specifica tematica delle funzioni della responsabilità extracontrattuale, si è fatto poc’anzi riferimento ai mutamenti legislativi, alle introduzioni di nuovi istituti e ai rapporti tra questi ultimi su cui il giurista deve concentrare la propria attenzione al fine di poter individuare le funzioni dell’istituto. E tuttavia, non può non rilevarsi come, a volte, i mutamenti di prospettiva dell’istituto – che indubbiamente si sono verificati – siano stati frutto non tanto di una modifica legislativa, quanto di un (condivisibile) ribaltamento di letture precedentemente dominanti e basate su alcuni consolidati assunti che, raramente (ma non sono mancate – come si vedrà – positive eccezioni), erano stati sottoposti a puntuali verifiche normative (dimostrando, così, ancora una volta, qualora ve ne fosse la necessità, l’imprescindibilità di uno studio che trovi il suo oggetto e il suo momento di partenza nell’analisi del dato normativo) o contestazioni di sorta: di conseguenza, a rigor di logica, tali cambiamenti non possono essere presentati quali veri e propri mutamenti nel senso che si è sopra più puntualmente descritto, ma debbono essere intesi – più correttamente – quali eliminazioni di quelle “incrostazioni” interpretative che, progressivamente stratificatesi sul materiale disponibile, hanno finito con l’alterarne il significato e la portata.

Anche in questo caso si impone, però, una precisazione chiarificatoria, così da non lasciare spazio a possibili perniciosi equivoci. Quanto si è appena avuto modo di affermare non deve essere assolutamente inteso nel senso che le nuove letture non abbiano prodotto delle novità rispetto alla situazione precedente, poiché una tale ricostruzione verrebbe prontamente smentita tanto dalla rilevanza che hanno avuto, quanto dalla notorietà di cui tuttora godono (e giustamente) siffatte nuove letture: sintetizzando, si può quindi dire – giusrealisticamente – che, a *diritto (positivo) vigente* inalterato, ciò che ha subito dei mutamenti sia stata l’interpretazione di quest’ultimo (e, a cascata, il *diritto vivente*).

Queste due preliminari precisazioni sono parse doverose per meglio esplicitare quanto si è solo velocemente osservato nelle parti precedenti del presente lavoro in relazione alle modalità di analisi che devono essere utilizzate dal giurista nello studio del materiale storicamente disponibile: in primo luogo, e circa la seconda notazione di cui sopra, sovviene quanto si era avuto modo di notare in relazione all’importanza di individuare correttamente l’oggetto di studio e, soprattutto, di non ibridarlo con considerazioni o valutazioni che non trovino fondamento nel diritto positivo sistematicamente ordinato (onde evitare erronee letture, come si è solo accennato e come meglio si vedrà in seguito); in secondo luogo, e circa la prima notazione, non può non ritornare alla mente quanto già rilevato in relazione alle modalità che debbono essere adottate nella disamina del dato positivo ai fini della individuazione delle funzioni dell’istituto: in quest’ottica, come si diceva

⁹ Sia concesso prendere ancora a prestito le parole di G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, cit., pp. 406-407: «appare esatto dire che, per comprendere il presente e progettare il futuro (come è nel compito soprattutto del giurista positivo), è necessario conoscere il passato e che, dunque, il futuro (e, a maggior ragione, anche il presente) ha veramente (per far nostro il bellissimo titolo d’un libro di Carlo Levi) un cuore antico, di cui è necessario *conoscere* la storia» (corsivo orig.)

¹⁰ Cfr., *supra*, Cap. II.

poc'anzi, non si prenderà in considerazione solo l'istituto direttamente oggetto di attenzione, ma ci si dovrà soffermare anche su altri istituti non inquadrabili in ambito aquiliano al fine di poter comprendere la portata delle modifiche storicamente apportate a quest'ultimo ed evitare così il rischio di cadere in quella che – in precedenza – si era chiamata polifunzionalità indotta, basata (in questo caso) su di una valorizzazione di stampo “particolarista” di alcuni elementi.

§ 2. *Le coordinate dell'analisi storica: l'epoca delle moderne codificazioni.*

A questo punto, però, un interrogativo esige prepotentemente di ottenere delle risposte: fin dove deve spingersi, a ritroso, la nostra indagine storica? Fino a che punto il civilista può condurre la sua ricerca senza finire con l'invasione di campi ove non disporrebbe più degli strumenti idonei per svolgerla adeguatamente?

Come è stato assai condivisibilmente notato, il diritto privato moderno sembra essere il luogo d'elezione in cui il civilista, senza snaturarsi e – soprattutto – senza snaturare la sua ricerca, può effettivamente apportare un proprio utile contributo che non voglia apparire del tutto estemporaneo¹¹: il recepimento delle codificazioni moderne nello Stato che ha da poco raggiunto l'unità, le riflessioni e gli scontri su alcuni istituti e le non trascurabili modificazioni di cui si riesce a trovare il segno in quella nuova e fruttuosa fase codificatoria (ma non solo, come si vedrà), lungi dal poter essere rappresentati riduttivamente (e, a tratti, perfino offensivamente) quali strumenti di cui un ipotetico riduzionismo di stampo impositivo si sarebbe servito per realizzare i propri scopi (generando, così, vere e proprie mitologie giuridiche della modernità¹²), risultano invece essere preziosi elementi in relazione ai quali il civilista odierno sembra possedere le capacità necessarie per intenderli correttamente e, dunque, per giungere alla già evocata migliore comprensione del diritto vigente.

Ecco, allora, che le coordinate temporali sembrano quasi venire di per sé in rilievo e offrirsi al giurista nell'attività di delimitazione del suo campo d'indagine: il punto di partenza del nostro itinerario non potrà essere costituito che dal codice civile unitario del 1865, mentre – per quanto concerne la presente parte dell'analisi – il punto di arrivo non potrà che essere posto alle soglie della introduzione del vigente codice civile.

È ben noto che, in questo lasso temporale, il codice civile unitario non ha subito modificazioni fino alla sua completa sostituzione avvenuta nel 1942; ma ciò non vuol dire che la nostra attenzione non possa essere attratta da altre codificazioni che, nei lustri a cavallo tra il XIX e il XX secolo, hanno visto la luce e che, in alcune loro parti, recano significativa traccia delle riflessioni e delle controversie dottrinali civilistiche svoltesi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale: ci si riferisce, in primo luogo, al primo vero codice penale unitario di stampo liberale del nostro Paese, seguito – nel 1913 – dal nuovo codice di procedura penale. Ma nemmeno possono essere tralasciati, in secondo luogo, i tentativi – questa volta propriamente civilistici – di codificazione comune tra Italia e Francia

¹¹ Cfr. G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, cit., p. 412: «E così, per uscire, come suol dirsi, di metafora (e indicare subito qualche possibile *luogo* e occasione dove lo storico e il giurista positivo potrebbero lavorare insieme), basterebbe pensare alla storia del nostro diritto privato moderno (riguardante un periodo di cultura giuridica che va, grosso modo, dall'introduzione del *code Napoléon* in Italia a quello vigente) che è, nonostante la sua importanza, solo in parte conosciuta [...]. In materia, il contributo del civilista, potrebbe essere decisivo, dal momento che, per formazione intellettuale, sembra possedere strumenti e tecniche culturali particolarmente confacenti a una simile ricerca» (corsivo orig.).

¹² Come facilmente intuibile, si vuole alludere al già citato P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., che – ad avviso di R.E. KOSTORIS, *Per un diritto che si sviluppa dalla società. L'avventura scientifica di Paolo Grossi*, in *Ars. inter.*, 2021, p. 188 – avrebbe il merito di aver messo «impietosamente a nudo la falsità di assiomi tuttora circolanti».

in materia di obbligazioni, poiché davvero di poco antecedenti alla (attualmente ben più citata) nuova codificazione penale e assai vicini all'arcinoto punto di arrivo contenuto nel vigente codice civile.

Ed è nelle pieghe di tutte queste vicende e riflessioni che si andranno a ricercare gli elementi da ricomporre con pazienza al fine di poter ricavare quale fosse la funzione attribuita alla responsabilità extracontrattuale; ricerca il cui esito – come si accennava – consentirà all'interprete di disporre di una chiave di lettura, storicamente fondata, che possa aiutarlo ad osservare in una luce differente quelle disposizioni legislative che, in caso contrario, potrebbero presentare equivoche problematicità dal punto di vista funzionale.

§ 3. *Le problematicità di una rubrica legis dal sapore millenario.*

Prendendo le mosse da quella manciata di articoli (appena sei, ma già uno in più – e cioè quello sulla responsabilità solidale – rispetto ai cinque del *Code Napoléon*¹³) in cui, all'interno del terzo libro del codice civile del 1865, era contenuta la disciplina di quelli che oggi siamo soliti chiamare fatti illeciti, possiamo agevolmente notare come il primo problema su cui deve soffermarsi l'attenzione dell'interprete riguardi un elemento che addirittura precedeva la disposizione principale in materia, e cioè la rubrica – dall'inegabile sapore giustiniano¹⁴ – della sezione terza, intitolata “*Dei delitti e quasi-delitti*”.

Il rilievo in questione non pare essere specioso, siccome, in passato, la *summa divisio* pose non pochi interrogativi, e le risposte che furono fornite nel tentativo di elaborare una spiegazione non solo non furono – come si vedrà – appaganti e di qualche utilità scientifica, ma, in un caso, influirono anche sulla chiave di lettura dell'istituto (fattore cui si è fatto prima riferimento), generando, così, delle interpretazioni che influirono – fors'anco in misura maggiore rispetto ad altre – sulla individuazione delle funzioni della responsabilità extracontrattuale. Si prenderanno, quindi, in esame le due grandi spiegazioni che furono fornite, e cioè quella – particolarmente diffusa e da più parti sostenuta – che vedeva la distinzione basata sul diverso elemento psicologico del soggetto agente (dolo o colpa) e, successivamente, quella che si fondava sulla riconducibilità o meno del fatto dannoso ad una azione del soggetto responsabile (responsabilità per fatto proprio o per fatto altrui).

Ma perché la *rubrica legis* viene qui presa in considerazione? Perché si è detto che soffermarsi su di essa non pare essere fuor di luogo? Le ragioni paiono essere, sostanzialmente, di due diversi ordini.

In primo luogo, come è agevolmente verificabile, il codice civile abrogato – a differenza di quello vigente – non presentava una rubricazione per ogni singolo articolo, ma solo per i vari titoli, capi e sezioni in cui erano divisi i libri del codice: il problema non si poneva, quindi, in termini di eventuale definizione, nel corpo dell'enunciato legislativo, dell'elemento presente in rubrica e rivestente il ruolo di *definiendum*, ma era posto su di un piano più elevato; piano che potrebbe farsi coincidere con la sistematizzazione delle disposizioni rilevanti. Detto in altri termini: poiché nessun articolo era caratterizzato da una chiara definizione¹⁵ o da una rubrica che avrebbe consentito di distinguere le

¹³ Sui rapporti tra i due codici, si vedano le belle pagine di R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 240-243.

¹⁴ Cfr. Ins., 3, 13, 2: «Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio». Sullo specifico punto, si veda P. CERAMI, *Profili storici della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, pp. 452-453.

¹⁵ Si veda C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, in *Dig. it.*, IX, t. I, Torino, 1887-1898, p. 742: «Rimane, a compiere le indagini fondamentali, che devono agevolarci lo studio più approfondito di questi rapporti, che ricerchiamo quale sia il significato di *quasi-delitto* in contrapposto a *delitto* nel diritto moderno; diremo meglio, nella rubrica della sezione III del titolo IV, libro III del Codice civile, dove si parla *Dei delitti e dei quasi-delitti*, mentre poi negli articoli collocati sotto tale rubrica non si fa più alcuna menzione dell'una o dell'altra di tali figure in particolare [...]. Siccome la dizione è

due categorie, il tentativo da esperire in tal senso sarebbe dovuto essere condotto per il tramite della ricomposizione a sistema delle norme al fine di verificare se la distinzione avesse una qualche utilità e, soprattutto, per quanto qui di interesse e con gli occhi dell'osservatore contemporaneo, se potesse costituire un indice rivelatore delle funzioni dell'istituto¹⁶.

Ci si ricollega, così, al secondo elemento di interesse nei confronti della rubrica giustiniana: il legame con il passato. Infatti, come si è già avuto modo di notare in precedenza, l'elaborazione di una distinzione, prima, e la verifica della sua necessità, poi, non sono procedimenti a cui si è soliti ricorrere per mero amore di concettualizzazione, ma debbono essere caratterizzati da un positivo ausilio alla migliore comprensione, per esempio, di un istituto e, di conseguenza, essere di giovamento sul piano pratico; di contro, nel caso in cui questo tipo di ricerca produca un esito negativo, l'interprete dovrà saper abbandonare ciò che, pur profondamente radicato nella tradizione, non risulti essere dotato – anche per quanto concerne il tempo nel quale si sta operando – di solide basi.

Ecco che si è venuto ancor meglio specificando, se possibile, quanto era già stato progressivamente posto in evidenza in relazione alla necessità di non instaurare forzosi rapporti di continuità che, altrimenti, si troverebbero a poggiare su fondamenta non sufficientemente solide: del vincolo di continuità storica che si vuole individuare devono essere riscontrate tracce che non siano equivoche e meramente nominalistiche, ma elementi ricavabili dal dato positivo e in grado, quindi, di esercitare la loro forza persuasiva; paragoni e legami basati su una presunta *substantia rerum* (che, invero, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale va oramai esercitando un fascino che – a tratti – sembra destinato a non trovare paratie idonee al contenimento di sì impetuoso fluire) possono bensì apparire suggestivi, ma non potranno essere ritenuti condivisibili.

§ 4. *Il dolo nel delitto civile: una fattispecie punitiva?*

Come sopra accennato, una delle ricostruzioni elaborate per individuare l'ipotetica *ratio* della permanenza della distinzione tra delitti e quasi-delitti nel codice del 1865 faceva perno sul differente gradiente volitivo riscontrabile nel soggetto in relazione all'azione che avesse prodotto un danno¹⁷: il

sempre usata, senza che mai il legislatore faccia intendere a quali casi l'uno e l'altro dei termini di essa corrispondano, così grande è in proposito il disputare che fanno gli interpreti».

¹⁶ Infatti, come affermato da P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, cit., p. 378, «Prima cura del dogmatico è l'esegesi del testo, cui segue l'indagine diretta a scoprire i principi generali su cui si fonda la norma e a ricavare poi dai principi le conseguenze [...]».

¹⁷ «Il Pothier scriveva: “On appelle *délit* le fait, par lequel une personne *par dol ou malignité*, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le *quasi-délit* est le fait, par lequel une personne *sans malignité, mais par une imprudence, qui n'est pas excusable*, cause du dommage ou quelque tort à un autre”. Da ciò si vede come nell'opinione del tempo, in cui furono scritti i nostri articoli, e nell'opinione dello scrittore, che in questa materia ha servito di modello e di fonte diretta ai compilatori, il criterio della distinzione risiedeva nell'elemento soggettivo; *delitto* era il fatto o l'omissione dolosa; *quasi-delitto* il fatto o l'omissione colposa. E tale è tuttora l'opinione della maggior parte degli scrittori»: così C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 743. Si veda anche G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 273-274: «L'assidere la distinzione tra delitto e quasi delitto sull'antitesi tra dolo e colpa è conforme già se non proprio alle fonti giustinianee, alla tradizione bizantina che tende a ravvisare l'elemento specifico del delitto nel dolo: quanto al contenuto delle due figure, l'espressione “*du dommage ou quelque tort*” non lascia dubbio di sorta sulla estensione che il Pothier intende di dare alla responsabilità aquiliana». Ritorna, da ultimo, sul punto P. CENDON, voce *Dolo (intenzione della responsabilità extracontrattuale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 35: «Se una presenza di carattere generale vuole ritrovarsi al dolo, essa andrà cercata per il passato nel binomio “delitti e quasi-delitti”, che costituiva il titolo della parte dedicata alla responsabilità civile nel testo del c.c. del 1865. Si può così dire che il dolo, sino a ieri, connotava sub specie di sostantivo, ma innominatamente, un tipo autonomo e ben distinto di torto aquiliano, mentre oggi esso costituisce l'espresso predicato di un “fatto” illecito che è ormai presentato, dal legislatore, come realtà generale ed unitaria. Le vicende storiche della classificazione “delitti e quasi-delitti” sono abbastanza risapute, ed è ben noto in particolare come fosse appunto prevalsa fra i nostri interpreti

dolo, massima espressione della rappresentazione e volontà del comportamento tenuto e, soprattutto, delle sue conseguenze, sarebbe stato l'unico elemento psicologico in grado di caratterizzare quella figura che, già nella nomenclatura giuridica, presentava significativi collegamenti con l'ambito penalistico¹⁸; di contro, la colpa, in ragione della mancata volizione delle conseguenze derivanti da un determinato comportamento, avrebbe sì giustificato una reazione da parte dell'ordinamento giuridico, ma ciò per il tramite di una figura non coincidente con quella testé menzionata, bensì posta ad un livello – per così dire – inferiore (ed ecco l'obbligazione sorta *quasi* da delitto, secondo la più corretta denominazione delle Istituzioni¹⁹).

Da un punto di vista generale, e ricollegandosi a quanto osservato nel paragrafo precedente, si può rilevare come la distinzione in oggetto e la sua spiegazione nel senso appena esposto potessero ritenersi basate sulla volontà di mantenere, anche per quanto concerne il settore della responsabilità extracontrattuale, una perfetta simmetria con le altre due fonti di obbligazioni – anch'esse di derivazione chiaramente giustiniana – menzionate, immediatamente dopo la legge²⁰, dall'art. 1097 c.c. abr.²¹, e cioè il contratto e il quasi-contratto.

Difatti, all'interno del titolo quarto del libro terzo, dopo una più estesa sezione dedicata al contratto in generale (al cui principio era posta una disposizione che, seppur non totalmente coincidente con l'attuale art. 1321 c.c., dovrebbe risultare, nella sua sostanza, ben nota anche al giurista di oggi, in quanto precipuamente volta alla valorizzazione dell'elemento volontaristico dell'accordo tra le parti ai fini della conclusione del negozio), era possibile imbattersi in una ulteriore sezione (rubricata, per l'appunto, "Dei quasi-contratti") il cui primo articolo – sulla scorta di quanto appena osservato per i

del secolo scorso – da un certo momento in avanti, e sull'onda di quanto era accaduto anche in Francia – la lettura che identificava nel delitto il comportamento doloso, e nel quasi-delitto il fatto colposo» (su quest'ultimo aspetto, però, si veda, *infra*, la nota 46). Sulla influenza del diritto romano, si veda R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 918: «Noi avevamo un codice che rappresentava la continuità del pensiero di coloro che avevano permesso la elaborazione del *code Napoléon*, ma per la conoscenza dei principi codificati si utilizzavano gli schemi e le categorie elaborati da un movimento scientifico che prendeva le mosse da fondamenti normativi diversi, quali risultavano dalla evoluzione storica dei principi romanistici».

¹⁸ In tal senso fu influenzata la ricostruzione fornita da G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, IV, Torino, 1879, p. 204: «Quanto al significato della parola *delitto*, non è quello che a questa viene attribuito nel Codice Penale, che distingue i delitti dai crimini e dalle contravvenzioni. Come è definito dall'articolo 1151 del Codice Civile, ogni fatto dell'uomo che reca danno ad un altro, sia o non sia soggetto per altre leggi ad una pena, crea verso il danneggiato un'obbligazione. Sono perciò delitti tutti quei reati che possono essere puniti con qualsiasi pena; sono quasi-delitti quelli i quali, sebbene non puniti, danno origine ad una responsabilità puramente civile. Le regole stabilite in questa parte del Codice Civile sono perciò intieramente indipendenti, quanto alle loro conseguenze, da quelle sanzionate nel Codice Penale». Si veda anche L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, III, t. II, Torino, 1877, p. 333: «Nel pretto linguaggio legislativo non si è mai trovato incongruo di significare collo stesso vocabolo un fatto che ora è colpito da pena, e ora non è suscettibile che si conseguenze civili. Questo denominatore comune prova la esistenza di un principio comune ed è infatti la nozione semplice – del fatto doloso rivolto ad altrui nocumento».

¹⁹ Lo rilevò, con precipuo riferimento alla figura che sarà tra poco oggetto di attenzione (e cioè il quasi-contratto), V. SCIALOJA, *In difesa dei termini giuridici fuori d'uso*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 579: «Questa locuzione richiede un esame più approfondito. Essa ci viene dal diritto romano o classico o giustiniano che sia, ma in forma corrotta. Così, è noto, le fonti non parlano di *quasi contratti*, ma di obbligazioni nascenti *quasi ex contractu*. Riconosciuta la distinzione tra obbligazioni *ex contractu* e *ex delicto* (o *ex maleficio*), si trovò che certe obbligazioni, le quali precisamente non si potevano includere nè nell'una nè nell'altra categoria, erano tuttavia più simili a quella *ex contractu* e perciò si chiamarono *quasi ex contractu*. Questo semplice fatto pur troppo diede luogo a molti malintesi e dà ancora oggi luogo a molte controversie, che turbano la semplice verità. Lo stesso è accaduto relativamente ai *quasi delitti*, cioè alle obbligazioni *quasi ex delicto*» (corsivo orig.).

²⁰ «La novità esibita dalle codificazioni dell'Ottocento rispetto alla tradizione secolare è la previsione della legge tra le fonti di obbligazione. Questa novità non è espressione di un principio statualista o autoritario ma della ben diversa esigenza di garantire i privati contro interventi arbitrari del legislatore»: così A. DI MAJO, voce *Obbligazione. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 13.

²¹ «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto».

contratti veri e propri – forniva una definizione della categoria in questione, e la forniva in termini di “*fatto* volontario e lecito”²²: è relativamente facile, dunque, notare come, in quest’ultimo caso, l’elemento della volontarietà fosse limitato alla sola azione e non si estendesse alle conseguenze della stessa, marcando, così, una non trascurabile differenza con la maggiore intensità psichica che caratterizzava, di contro, l’*atto* e la sua efficacia giuridica²³; differenza che, come detto, portava a distinguere le due non assimilabili fonti di obbligazioni.

Orbene, prescindendo, in questa sede (poiché non sarebbe possibile soffermarsi con la dovuta attenzione e precisione di analisi su un tema nient’affatto suscettibile di rapida e non approfondita trattazione), dalle problematicità, dalla fondatezza e dalla utilità di questa distinzione tra i contratti e l’onnicomprendente e (forse eccessivamente) unificante categoria dei quasi-contratti²⁴, è però necessario chiedersi: quest’ultima dicotomia in che termini si poneva rispetto a quella da cui abbiamo preso le mosse? L’importanza dell’elemento soggettivo cui si è appena fatto riferimento caratterizzava effettivamente anche la distinzione tra delitti e quasi-delitti?

Ebbene, come si diceva in relazione al collegamento col paragrafo precedente, sono proprio l’insieme degli articoli contenenti la disciplina di questa specifica materia e la sistematica del codice abrogato a non consentire di fornire una risposta positiva al quesito, e ciò per le ragioni che si andranno subito ad illustrare.

In primo luogo, già dal punto di vista della mera topografia giuridica del codice, alla distinzione tra contratti e quasi-contratti (inveratasi, come visto, in due sezioni tra loro chiaramente distinguibili) non ne corrispondeva una altrettanto netta in relazione ai delitti e quasi-delitti, che venivano ricompresi all’interno della medesima e già menzionata sezione che – come detto – presentava un’unica rubrica dedicata ad entrambe le categorie: di conseguenza, anche visivamente, risultava più

²² Cfr. art. 1140 c.c. abr.: «Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un’obbligazione verso un terzo o un’obbligazione reciproca tra le parti».

²³ Fece riferimento – secondo uno schema interpretativo e ricostruttivo su cui, in seguito, si ritornerà – a un consenso “presunto” F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, II, 10^a ed., Roma, 1921, pp. 176-177: «Il quasi contratto è un rapporto obbligatorio, che ha analogia col contratto. Infatti se da un canto i quasi-contratti si distinguono dai contratti per la mancanza di un consenso vero e proprio, espresso o tacito, dall’altro vi si assomigliano, poiché di regola hanno a fondamento un *consenso presunto*; vale a dire, a motivo di certi fatti compiuti dalle parti, si presume ch’esse abbiano consentito ad un determinato contratto. Ogni quasi contratto è formato ad immagine di un contratto ed è soggetto alla teoria di quel contratto che gli ha servito di tipo, salvo, s’intende, le modificazioni richieste dalla natura stessa delle cose» (corsivo agg.). Si veda la diversa posizione di V. SCIALOJA, *In difesa dei termini giuridici fuori d’uso*, cit., p. 579: «Poiché non sono contratti, non si richiede in essi la corrispondenza tra due volontà. L’obbligazione nasce da una sola volontà. Vi sarà corrispondenza d’interessi, ma non è necessario che tra creditori e debitori vi sia stata convenzione. Il parlare di finta o presunta volontà è usare una figura rettorica lontana dalla realtà e quindi pericolosa».

²⁴ Merita di essere riportata la soluzione interpretativa fornita da G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d’Italia per singoli articoli*, cit., p. 158, in quanto esemplificativa della difficoltà di relazionarsi con una simile categoria: «Gli è che veramente le obbligazioni quasi-contrattuali sono riconosciute intuitivamente dal comune sentimento, ma si ha difficoltà a richiamarle con una formola giuridica. In un certo senso l’obbligazione quasi-contrattuale potrebbe dirsi un’obbligazione legale originata da un sol uomo col solo suo fatto in sé e in un altro uomo; oppure potrebbe dirsi una obbligazione che l’equità (sancita dalla legge) crea in una persona in corrispettivo d’un fatto spontaneamente compiuto da un’altra persona od in questa per il fatto stesso». Si veda quanto affermato da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed. riv., Napoli, 1989, rist. an., p. 294: «Scientificamente, la quadripartizione (che per essere stata accolta nelle Istituzioni può considerarsi come la dottrina ufficiale dei giustiniane) ebbe il solo merito di ribadire una volta per sempre il concetto del contratto come accordo di volontà produttivo di obbligazione. Quanto al resto, dire che in certi casi l’obbligazione nasce *come da contratto* vale non dir nulla circa la struttura degli atti da cui effettivamente l’obbligazione nasce: e quando con una facile trasposizione della terminologia dei compilatori i romanisti costruirono la categoria del *quasi-contratto*, misero insieme sotto questa denominazione atti e fatti che hanno in comune il solo carattere negativo del non essere contratti nel detto senso» (corsivo orig.).

difficile scorgere elementi che potessero favorire l'individuazione della distinzione e dei fattori sui quali poterla eventualmente stabilire.

A tale rilievo potrebbe obiettarsi che la semplice assenza di una suddivisione delle due fonti di obbligazioni in apposite sezioni non potesse costituire, di per sé sola, un elemento da cui inferire la mancata valorizzazione della differenza intercorrente tra il dolo e la colpa del soggetto danneggiante. L'obiezione, per le ragioni che si è avuto modo di esporre nelle precedenti parti del presente lavoro, è – ovviamente – meritevole di ampia condivisione, poiché una argomentazione che voglia essere logicamente persuasiva e giuridicamente convincente non può basarsi solo su di elementi formali e topografici senza una contestuale analisi delle disposizioni legislative.

Senonché, ed ecco il secondo ordine di ragioni cui ci si riferiva poc' anzi, anche qualora si proceda ad una scrupolosa disamina di quei pochi articoli dedicati alla responsabilità extracontrattuale, l'interprete non riuscirà a trovare alcun elemento che lo ponga nella condizione di sostenere che il dato positivo consenta di operare una distinzione teorica (e, dunque, una diversità in termini di conseguenze giuridiche) tra la figura dei delitti e quella dei quasi-delitti basata sul fattore psicologico del soggetto agente²⁵, siccome l'unico elemento psicologico (elementi di ordine diverso verranno successivamente presi in considerazione) di cui si faceva espressa menzione nell'art. 1151 c.c. abr.²⁶ e che qualificava il comportamento del danneggiante era – sul modello della *faute* – quello della colpa: il dolo, pertanto, non solo non veniva preso in considerazione dalle norme che disciplinavano la materia, ma una sua ipotetica sussistenza e valorizzazione non erano nemmeno ricavabili per via interpretativa, poiché in nessuna disposizione si faceva riferimento alla massima manifestazione della volontarietà dell'azione del soggetto agente²⁷.

Ma vi è di più. La simmetria della ricostruzione delle quattro fonti di obbligazione basata sulla differente intensità dell'elemento psicologico sembra trovare una ulteriore confutazione qualora si abbia la pazienza di guardare – solo per un momento – alla topografia e alle norme di quel codice nei cui confronti il nostro primo codice unitario si mostra – ma non senza qualche intervento modificativo (e la questione che ci occupa è una prova in tal senso) – debitore, e cioè il *Code Napoléon*.

Infatti, per quanto riguarda il primo elemento, i quasi-contratti erano ricompresi, *insieme ai delitti e ai quasi-delitti*, all'interno del medesimo titolo (il quarto) del terzo libro, dedicato alle “obbligazioni che si contraggono senza convenzione”²⁸: in questo modo, si può notare come non solo i quasi-

²⁵ Cfr., ad es., G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, cit., pp. 204-205: «La responsabilità s'incorre per un fatto proprio, a senso dell'articolo 1151 del Codice Civile. Questo fatto può essere determinato da volontà di nuocere; vi può essere perciò l'intenzione di nuocere, oppure esservi semplice colpa. Secondo l'articolo 1151, non è il caso di ricercare se vi sia intenzione o non di nuocere, e quindi molto meno vi ha necessità di conoscere se il fatto costituisca o no un vero delitto».

²⁶ «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

²⁷ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 295: «Soprattutto non è vero neppure per diritto giustiniano, quantunque molte volte lo si sia ripetuto e quantunque una tendenza dei compilatori in questo senso sia riconoscibile, che il delitto sia atto doloso (intenzionale) e il quasi-delitto colposo (derivante cioè da negligenza): il *damnum iniuria datum*, che pure è compreso fra i delitti, si fonda sulla *culpa* del danneggiatore. I casi che le fonti giustiniane enumerano come quasi-delitti hanno in comune soltanto l'origine storica: cioè di derivare non dal diritto civile ma dal pretorio». Nello stesso senso si esprime V. SCIALOJA, *In difesa dei termini giuridici fuori d'uso*, cit., p. 580: «Gli interpreti invece si sono affaticati a ricercare appunto la volontà presunta o finta nei quasi contratti, e la colpa nei quasi delitti. Anzi, relativamente ai *quasi delitti* si è giunti a chiamare delitto il maleficio doloso e quasi delitto il colposo, creando, per esempio, un quasi delitto nel caso che il *damnum iniuria datum* sia soltanto colposo, mentre la responsabilità per la legge Aquilia sia per dolo o sia per colpa è sempre *ex delicto*. Di questi errori si risente la terminologia del nostro codice civile» (corsivo orig.).

²⁸ Ritorna sul punto, da ultimo, F.D. BUSNELLI, *Responsabilità aquiliana e diritto giurisprudenziale positivo*, cit., p. 572.

contratti fossero posti sullo stesso piano dei quasi-delitti (il che, invero, avrebbe fornito nient'altro che una conferma del criterio ora in esame e sulla base del quale operare la distinzione), ma come entrambe le figure fossero parificate ai delitti civili propriamente intesi.

Ulteriore e plastica riprova di quanto appena affermato si trova – ed ecco il secondo elemento, quello normativo – in una disposizione che, in solitaria, apriva il titolo richiamato e precedeva le disposizioni contenute nei due capi dedicati ai quasi-contratti e ai delitti e quasi-delitti: l'art. 1370 *code Napoléon*²⁹.

Orbene, questo articolo, che rimane interessante e interpretativamente utile nonostante la (e anche in ragione della, come si vedrà in seguito) mancata trasposizione nel codice civile del 1865 (ma non si deve essere indotti a pensare, per questa sola circostanza, che esso fosse del tutto ignoto al giurista sabauda, prima, e italiano, poi, del XIX secolo, ben potendosi ritenere vero l'esatto contrario³⁰), dopo aver individuato quale elemento caratterizzante – per quanto concerne le obbligazioni nascenti dalla legge – la totale irrilevanza della volontarietà dell'obbligato in relazione al sorgere dell'obbligazione stessa, accomunava tra loro le obbligazioni appartenenti alle categorie del quasi-contratto, del delitto e del quasi-delitto in ragione del simile sorgere a seguito di un "fatto personale" del soggetto che, mercé la commissione di detto fatto, sarebbe indi divenuto obbligato: la posizione su di un piano comune (*sub specie* dell'elemento psicologico dell'agente) delle tre differenti fonti di obbligazioni in questione non consentiva quindi di attribuire, nell'elaborazione di una tassonomia simmetricamente perfetta, un rilievo al dolo nell'ambito della responsabilità civile, ulteriormente confermando – così – che l'eventuale suddivisione tra delitti e quasi-delitti non poteva basarsi su questo specifico elemento.

Concludendo con una breve sintesi questa panoramica su quella porzione del codice civile che si è voluta osservare attraverso il primo della componente volitiva del soggetto agente, possono essere notate, sostanzialmente, due cose.

In primo luogo, e riprendendo – così – un tema cui si era accennato in apertura, si può rilevare come il dolo, nonostante fosse l'elemento caratterizzante della distinzione giustiniana³¹, non potesse assurgere, a dispetto della tradizione millenaria, a valido e radicato ancoraggio del mantenimento codicistico della dicotomia di cui si sta trattando (ma non solo), poiché quest'ultima, come fu condivisibilmente notato, presentava non trascurabili profili di problematicità già nel momento stesso della sua elaborazione, e ciò proprio a motivo del suo basarsi su qualcosa che, di contro, non vi era

²⁹ «Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre». Una precisazione. L'articolo in questione non è più in vigore, essendo stato abrogato dall'art. 4 dell'Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. Le differenti fonti delle obbligazioni sono ora disciplinate dagli artt. 1100, 1100-1 e 1100-2 c.c. fr.

³⁰ Difatti, all'interno de titolo VII del libro III del codice civile albertino, era contenuto un art. 1488 che ricalcava la struttura e la formulazione dell'art. 1370 *code Napoléon*.

³¹ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, cit., pp. 393-394: «La scienza del periodo romano-ellenico, in parte per lo sviluppo dato alla filosofia nelle scuole orientali, in parte per le attitudini dialettiche dei giuristi bizantini, ha una spiccata tendenza per la costruzione di teorie generali, di definizioni, di distinzioni, di categorie e si mostra preoccupata, molte volte, più dell'architettura logica che dei fini pratici ed essenziali». In questo senso si espresse anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 295: «considerandoli come fonti di obbligazioni quasi ex delicto, i compilatori delle *res cottidianae* raggiunsero un duplice scopo, conforme alle più spiccate tendenze postclassiche: quello di fondere insieme, anche per questa parte degli atti illeciti, le cause civili di obbligazione e i fatti da cui derivano azioni pretorie; e quello di appagare, con la corrispondenza del quasi-delitto al quasi-contratto, il loro amore delle belle costruzioni proporzionate».

mai stato (e che, dunque, si rivelava essere una pura creazione di tipo interpolativo). Ne consegue, come si diceva, che la conservazione di un elemento (qualunque esso sia) giunto, attraverso i tempi e i luoghi, *per traditionem* non può basarsi sulla *traditio* stessa, ma deve essere verificata e, qualora non sia dato rinvenire ragioni che militino a favore del mantenimento, procedere eventualmente (come nel nostro caso) alla eliminazione di ciò che potrebbe creare più problematiche che benefici per la scienza giuridica, marcando, così, una discontinuità rispetto al passato che non deve destare timori o eccessive perplessità.

In secondo luogo, e strettamente collegato con quanto testé osservato, deve rilevarsi come la mancata attribuzione di rilevanza, all'interno di quel *corpus* legislativo codicistico dedicato alle norme di fattispecie della responsabilità extracontrattuale, all'elemento soggettivo del dolo non solo ponesse all'attenzione dell'interprete le surrichiamate problematicità della distinzione, ma – ed ecco il punto che riveste un particolare interesse nella nostra analisi – non consentisse nemmeno di affermare che – perfino in relazione alla massima manifestazione della volontarietà delle azioni di un soggetto – si sarebbe potuto parlare di una caratterizzazione in senso punitivo (o sanzionatorio in senso stretto, come in precedenza posto in evidenza) della responsabilità: difatti, anche qualora il singolo avesse tenuto i più riprovevoli comportamenti, non sarebbero conseguiti effetti giuridici differenti rispetto a quelli presi in considerazione all'interno della fattispecie (per così dire “depotenziata”) basata sulla “sola” colpa³²; e, in ogni caso, gli effetti giuridici in questione sarebbero stati comunque volti – tutti, nessuno escluso – all'esclusivo risarcimento di un danno³³ (e non alla irrogazione di eventuali pene ipoteticamente comminate nell'enunciato legislativo).

Su questo secondo punto messo in evidenza sia consentita una precisazione che, forse, potrà sembrare scontata (e pure banale), ma che deve però essere effettuata (e appuntata, per quanto si dirà nel prosieguo) a scanso di potenziali equivoci. Quanto affermato in relazione alla irrilevanza del dolo era (ed ecco la banalità) *limitato al settore civile*: il compimento di atti particolarmente gravi e riprovevoli che avessero cagionato un danno non avrebbe comportato, ai fini civili, una differenza di trattamento giuridico rispetto al compimento di *fatti*, poiché – come detto – in entrambi i casi l'obbligo posto in capo al soggetto agente sarebbe rimasto circoscritto al risarcimento del danno subito dal soggetto leso. Tuttavia, ciò non vuol significare che il comportamento doloso sarebbe dovuto essere parificato, *sempre e comunque*, a quello colposo: difatti, in questo senso, non mancarono voci³⁴ che ebbero modo di sostenere, coraggiosamente e pugnacemente, che il dolo *avrebbe dovuto* produrre delle conseguenze ulteriori rispetto al civilistico risarcimento del danno

³² Si veda la critica demolitoria di G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, cit., p. 287: «Più dannose sono le conseguenze delle forzate reminiscenze romanistiche nel tema delle fonti delle obbligazioni. “Delitto” e “quasi delitto”, in antitesi al “contratto” e “quasi contratto” si sono trapiantati di peso dalle Istituzioni di Giustiniano al codice Napoleone e derivati: ma il nome, conservatosi senza la cosa, non è che fonte di una svariata serie di equivoci. Che la distinzione tra delitto e quasi delitto, sorta nel più tardo diritto romano per particolari ragioni storiche, sia nel diritto moderno un puro residuo archeologico, è fuori di dubbio, pur dovendosi riconoscere che nelle varie ipotesi sul valore da attribuire alla bipartizione (dolo o colpa; fatto o omissione; fatto proprio o fatto altrui) la prima è la sola che corrisponde in qualche modo alle origini storiche e quindi, trattandosi di una distinzione che ha nella storia la sua unica ragion d'essere, la sola accettabile. Ma giacché il codice francese e il nostro, come il germanico, e a differenza del prussiano e dell'austriaco, hanno rinunciato, in tema di responsabilità extracontrattuale, a ogni disparità di trattamento tra il dolo e la colpa, ne consegue la assoluta irrilevanza pratica della distinzione: tutt'al più lo scrupolo sistematico dovrebbe farci dire che non è il “delitto” ma il “quasi delitto” la figura predominante».

³³ Lo avrebbe rilevato, all'interno di una più ampia riflessione sul tema del risarcimento dei danni non patrimoniali nel codice penale del 1930 (su cui si tornerà *infra*, § 11), G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, in *Resp. civ. prev.*, 1931, p. 220: «nella zona neutra degli atti illeciti, la catena si salda nella comune finalità, che è quella della piena reintegrazione del danneggiato; reintegrazione la quale, per principio tradizionale del nostro diritto, è indipendente, nella sua misura, dal maggiore o minore grado di colpevolezza dell'offensore».

³⁴ Si allude, ovviamente, a G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, *passim*.

(giustificando tale affermazione addirittura in termini, forse un poco eccessivi, di *necessità logica*³⁵), riconducendole – però – ad altri settori dell’ordinamento giuridico (quale, ad es., quello penale).

Orbene, come si vede, la sanzione in senso stretto (la punizione, per meglio intenderci) di colui che deliberatamente avesse creato dei danni non veniva affatto esclusa, ma veniva ricondotta alla sede che – tendenzialmente, anche se non esclusivamente – sarebbe risultata essere quella più appropriata: in questo modo, da un lato si può trovare conferma – mercé la richiesta di una conseguenza giuridica (punitiva) ulteriore rispetto al risarcimento del danno – di una caratterizzazione funzionale dell’istituto della responsabilità in termini genuinamente compensativi e, dall’altro lato e all’un tempo, non si può che prendere atto dell’esercizio di una seria opzione per il mantenimento di una suddivisione delle funzioni tra i diversi settori dell’ordinamento giuridico che, ove non intesa in un senso rigidamente invalicabile e preclusivo (dovendosi intendere in questa accezione l’inciso di cui subito sopra in relazione alla individuazione di una sede che sarebbe risultata essere quella tendenzialmente più appropriata alla punizione, ma non già l’unica ed esclusiva), pare essere modernamente apprezzabile e condivisibile.

§ 5. Segue. *Norme di risarcimento e dolo: una conferma della funzione compensativa.*

Esaurita questa breve precisazione sul secondo punto sintetizzante delle riflessioni finora svolte, rimane ancora da soffermarsi su di un breve inciso sopra effettuato per meglio specificare a cosa si sia voluto fare riferimento e, di conseguenza, corroborare ulteriormente – se possibile – i risultati interpretativi e, dunque, la ricostruzione che si sta progressivamente sottoponendo all’attenzione del lettore.

Si è detto che alla responsabilità extracontrattuale, così come strutturata nel codice del 1865, non era attribuibile una funzione punitiva, poiché, nelle norme di fattispecie (ed ecco l’inciso in questione), il dolo non era preso in considerazione quale “elemento aggravante” che potesse giustificare un civilistico *surplus* sanzionatorio, essendo la fattispecie incentrata non già sull’elemento soggettivo di massima intensità, quanto sul pregiudizio patito dal soggetto danneggiato. Ma, allora, l’inciso è servito ad anticipare un qualcosa che, in relazione al citato elemento del danno subito, era effettivamente riscontrabile, e cioè la espressa menzione del dolo in quelle norme che non sono di fattispecie, bensì di risarcimento.

Tuttavia, prima di soffermarsi brevemente su tali disposizioni, sembra giovevole procedere – conformemente a quella modalità cui si è già ricorsi in precedenza – ad uno sguardo complessivo e d’insieme della topografia giuridica del codice, e ciò al fine di poter apprezzare le eventuali modifiche con i codici precedenti e, in un secondo momento, con quelli attualmente vigenti.

Orbene, partendo dai già evocati antesignani del nostro codice unitario, si può notare come le disposizioni aventi ad oggetto la disciplina del risarcimento del danno fossero poste, in entrambi i casi, subito dopo le sezioni dedicate al contratto in generale e ai differenti contenuti delle obbligazioni, e – soprattutto – all’interno di un titolo (quello dedicato ai “contratti o alle obbligazioni convenzionali in genere”) differente da quello (immediatamente successivo) che conteneva le norme dedicate ai quasi-contratti, delitti e quasi-delitti: a tutta prima, si sarebbe potuti essere indotti a ritenere che le disposizioni in questione potessero e dovessero essere applicabili solamente al risarcimento

³⁵ «Si accetti o no quella teorica, resta vero ugualmente che, nel caso di *dolo*, il *risultato* contrario alla norma è *voluto* dall’agente, ossia vi è un rapporto *diretto* fra la volontà e il fatto illecito, mentre, nel caso di *colpa*, tal rapporto diretto *non* si verifica certamente; e questa differenza basta per giustificare la conclusione nostra: vale a dire che nel primo caso la comminazione della *pena* è una *necessità logica* dipendente dalla essenza giuridica della norma, mentre non è nel secondo»: così G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 276 (corsivo orig.).

del danno da inadempimento delle obbligazioni sorte dalla “convenzione” (secondo la dizione del codice) e non anche all’inadempimento delle altre obbligazioni sorte *ex lege* e, inoltre, al risarcimento del danno cagionato da un delitto o quasi-delitto (continuando a mantenere la nota dizione, seppur sempre con le riserve di cui si è dato conto più sopra).

Epperò, in questo modo, non si sarebbe fornita una risposta alla domanda (invero non trascurabile) sui criteri che si sarebbero dovuti seguire – per quanto qui di interesse – nella liquidazione del danno patito: infatti, se anche la sezione (o, da un punto di vista più ampio, il titolo nella sua interezza) non conteneva norme che disciplinano dette modalità, si sarebbe pur sempre reso necessario procedere – in qualche modo – a tale operazione³⁶.

Ebbene, a prescindere dal fatto che la collocazione delle norme (nonché il loro mancato richiamo nella sezione dedicata ai delitti e quasi-delitti) non avrebbe dovuto costituire un problema di per sé insormontabile grazie all’ausilio – ove possibile (ma non è questa la sede per affrontare tale questione) – dello strumento dell’analogia, va rilevato come, nel passaggio dal codice civile sardo del 1837 a quello italiano del 1865, si sia assistito ad uno “spostamento” non tanto di quelle norme dedicate al risarcimento del danno, quanto di quelle contenenti la disciplina delle obbligazioni sorte “senza convenzione”, che furono poste subito dopo la parte riservata al contratto in generale e prima di quella sulle “diverse specie” di obbligazione³⁷: così facendo, con le differenti fonti di obbligazione poste una di seguito all’altra e anteposte – nel loro insieme – alle disposizioni regolanti il risarcimento del danno, la questione della applicabilità di queste ultime anche alle obbligazioni sorte da delitto e da quasi-delitto sarebbe potuta ritenersi *astrattamente* risolta in senso positivo con un margine di certezza forse maggiore rispetto a quello di cui si disponeva in passato (discorso diverso, invece, quello sulla effettiva apprezzabilità e concreta praticabilità di una simile soluzione: donde la limitazione – oggi ben nota – solo ad alcune di esse³⁸).

³⁶ «Qui il limite non è affatto tracciato dal legislatore; questi si contenta di dire che ciascuno risponde del danno che il suo fatto colposo *arrec*a o *cagiona*. Vorremmo dedurne che deve rispondere qualunque sia, per quanto indiretta e remota, l’influenza concausale del suo fatto? Non penso neanche che Polacco sia di questa opinione»: così F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, p. 322 (corsivo orig.).

³⁷ Pur ritenendo detti articoli limitati all’ambito contrattuale, si interrogò sulla loro possibile applicabilità anche in quello extracontrattuale C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 801: «Qui abbiamo i due principi della prevedibilità del danno e della sua immediata derivazione dal contegno antigiuridico; d’altra parte è chiaro che qui il legislatore parla di un contegno antigiuridico, che consiste nell’inosservanza di un’obbligazione preesistente: siamo quindi fuori della materia dei delitti e dei quasi delitti. Si possono quei principi estendere a questa?». L’A. giunse, poi, ad una risposta negativa per quanto concerne l’art. 1228 c.c. abr. e “aperturista” nei confronti dell’art. 1229 c.c. abr.: «Troviamo poi fatta in qualche sentenza distinzione fra l’art. 1228 e l’art. 1229 e dichiarato inapplicabile il primo, applicabile il secondo. A me pare che, dato il sistema della legge nostra, questa distinzione non manchi di qualche considerazione a suo favore» (*ibidem*). In questo senso anche A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. it.*, XX, t. I, Torino, 1911-1915, p. 1350: «In tema di obbligazioni, i danni risarcibili sono indicati negli articoli 1228 e 1229 del codice civile, il secondo dei quali si ispira ad un criterio più vasto e generale, che potrebbe trovare applicazione anche in materia di delitti e di quasi-delitti». All’argomento analogico ricorse anche F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 322: «affermo solo che, se si rispetta il metodo imposto dall’art. 3 delle disposizioni preliminari al cod. civ., non si può giungere a diversa conclusione che alla applicazione analogica dell’art. 1229 anche al risarcimento del danno aquiliano». Nello stesso senso (sulla base delle argomentazioni di cui si darà conto *infra*, nota 42) anche N. COVIELLO, *Nota a Cass. Napoli, 20 ottobre 1896*, in *Giur. it.*, 1897, I, 1, c. 28: «Così posti i principii, egli è evidente come l’art. 1229 sia pienamente applicabile alla responsabilità per delitto. Anche qui, senza dubbio, e per i principii di ragione e per la lettera stessa della legge dev’esservi il rapporto di causalità tra danno e colpa. Ora se nella sfera contrattuale tutti i danni sono risarcibili, anche i remoti e indiretti, non può essere altrimenti per i delitti». Favorevole all’applicazione dell’art. 1229 c.c. abr. anche al risarcimento del danno derivante da delitti e quasi-delitti L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., pp. 339-340.

³⁸ Con riferimento alla precedente legislazione, cfr. C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 801: «Il significato dell’articolo è dunque questo. Il legislatore non vuole che uno per mancamenti *ex culpa* nell’esecuzione di una obbligazione contrattuale vada incontro a conseguenze più gravi di quelle che al tempo della conclusione del contratto avrebbe potuto prevedere e la ragione si è, che è da ritenersi ch’egli altrimenti non avrebbe assunto tale obbligazione. Ora tutto questo non ha ragione di essere nella materia dei delitti e dei quasi delitti».

Come si diceva poc'anzi, non è possibile soffermarsi – in questa sede – sulle interessanti e assai dibattute tematiche che le norme di risarcimento sollevano in relazione alla annosa questione della causalità. Ciò che, invece, viene qui ad essere di precipuo interesse riguarda – per riprendere il filo del discorso funzionale – la complessiva considerazione dell'elemento soggettivo del dolo, di cui gli artt. 1228³⁹ e 1229⁴⁰ c.c. abr. facevano espressa menzione.

Orbene, un aspetto che deve essere subito richiamato all'attenzione e evidenziato in maniera particolare è la focalizzazione delle norme citate sull'elemento del *danno* che il creditore/soggetto leso aveva effettivamente subito a seguito del verificarsi dell'inadempimento/evento lesivo: in nessuna delle norme in questione si faceva riferimento ad un qualcosa che non fosse il danno patito dal soggetto, di talché era questo elemento quello che sembrava effettivamente essere il punto focale della materia; un elemento la cui sola presenza non consentiva di poter attribuire all'istituto una (anche solo che) concorrente funzione sanzionatoria intesa in senso stretto, poiché la presenza egemonica del pregiudizio subito e dell'obiettivo del suo risarcimento contribuivano a collocare saldamente la responsabilità in un terreno che può ritenersi essere genuinamente caratterizzato da una esclusiva funzione compensativa.

Ma, allora, ed ecco un secondo aspetto per noi indubbiamente più interessante, il dolo perché veniva menzionato dalle disposizioni richiamate? Se il danno costituiva il limite invalicabile della responsabilità che, se oltrepassato, avrebbe reso quest'ultima – transustanzialmente – un qualcosa di diverso da sé, a cosa serviva l'esplicito richiamo del più intenso elemento psicologico?

Anticipando – in una battuta – quello che si andrà subito a meglio spiegare, ed anche sulla scorta di quanto appena osservato in relazione all'importanza dell'elemento del danno, si può affermare che la presenza del dolo non potesse essere ritenuta sintomatica di una possibile attribuzione di funzioni punitive all'istituto.

In una sorta di climax della irrilevanza sanzionatoria del dolo, il punto di partenza può ben essere individuato nel secondo degli articoli sopra evocati, e cioè l'art. 1229 c.c. abr.⁴¹ Ebbene, di questa disposizione, in cui era stabilito che il risarcimento del danno avrebbe dovuto ricomprendere le perdite subite e il mancato guadagno che fossero conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento⁴² (evento lesivo), è particolarmente interessante l'*incipit*, poiché quest'ultimo, grazie al suo tenore letterale (“Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore”), non solo non attribuiva rilevanza (né in positivo, né in negativo) al dolo, ma addirittura poneva espressamente l'inadempimento caratterizzato dalla presenza di quest'ultimo sullo stesso

³⁹ «Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo».

⁴⁰ «Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui il medesimo fu privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione».

⁴¹ Una interessante e dotta analisi dell'art. 1229 c.c. abr. fu svolta da D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 34 ss.

⁴² Sul punto, si vedano le parole di N. COVIELLO, *Nota a Cass. Napoli, 20 ottobre 1896*, cit., cc. 26-27: «Sicchè le parole dell'art. 1229 “conseguenza diretta e immediata” non riguardano solo i danni diretti, o anche gl'indiretti purchè siano prossimamente derivanti dal fatto colposo: ma tutti i danni, sì diretti che indiretti, sì prossimi che remoti, purchè costituiscano una conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento. Né questo è un giuoco di parole che nasconde una contraddizione. Perchè quando si parla di danni indiretti e remoti si tien presente l'ordine *materiale e cronologico* con cui quei danni s'avverano: invece, quando si dice che questi danni debbono essere una *conseguenza* immediata e diretta dell'inadempimento si tien presente esclusivamente il loro ordine *logico*» (corsivo orig.). E, poco oltre, ancor più netto: «Le parole della legge “conseguenza diretta e immediata” non sono che espressione sovrabbondante per indicare che tra il fatto colposo e il danno risarcibile deve correre l'intimo e stretto rapporto di causa ad effetto, non già semplicemente di occasione» (c. 27).

piano di tutti gli altri tipi di inadempimento, rendendo, così, del tutto ininfluyente la sua eventuale presenza: a fini risarcitori, e al di là del problema della quantificazione del pregiudizio, l'unico elemento a cui avrebbe dovuto prestare attenzione l'interprete sarebbe stato il riscontro della sussistenza di un legame tra l'inadempimento (danno evento, diremmo) e le sue conseguenze dannose (danno conseguenza). Nulla di meno, nulla di più.

Donde, tanto nel caso di un danno cagionato con i più deprecabili intenti, quanto nel caso di un danno prodotto da un soggetto versante in uno stato di "semplice" colpa, quanto – da ultimo – nel caso di un danno derivante da una di quelle fattispecie che oggi diremmo di responsabilità oggettiva (ma, sul punto, si ritornerà), l'elemento rilevante sarebbe continuato ad essere il danno subito, rimanendo del tutto ininfluyente la differente connotazione volitiva (più o meno intensa) della condotta di chi tale danno ha cagionato.

Il vertice della irrilevanza punitiva (e, dunque, non della irrilevanza *tout court*) del dolo sembra potersi dire raggiunto nell'art. 1228 c.c. abr. In questa sede, non pare possibile soffermarsi sulla dibattuta questione della applicabilità della disposizione in oggetto anche all'ambito della responsabilità extracontrattuale (questione che, come noto, sarebbe stata successivamente risolta nel mancato richiamo, da parte dell'art. 2056 c.c., dell'art. 1225 c.c.⁴³, immediato successore dell'art. 1228 c.c. abr.); ma, forse, non risulta essere nemmeno necessario, e questo poiché la prova della irrilevanza punitiva del più intenso elemento psichico poteva essere ricavata, per così dire, in ogni caso, e cioè perfino dalla eventuale (ma non plausibile, a giudizio di chi scrive, e non solo in ragione dell'odierno e già citato mancato richiamo normativo⁴⁴; ma, come detto, la trattazione della questione ci farebbe deviare dal tema principale e non aggiungerebbe nulla a quanto qui già rilevabile) applicabilità della disposizione in questione anche alle obbligazioni sorte da delitto e quasi-delitto.

Difatti, proprio in ragione degli elementi che – *pour cause* – sono stati richiamati prima di giungere a questo specifico punto del nostro percorso, il dolo, pur se non assimilato alla colpa, non sarebbe potuto essere inteso – e ciò quasi controintuitivamente, si sarebbe tentati di dire – quale elemento-indice di un intento punitivo riscontrabile nella disciplina contenuta nella citata norma di risarcimento: come si diceva, l'obbligazione risarcitoria sorta a seguito di inadempimento era volta (i) alla compensazione di un pregiudizio effettivamente patito (il danno, e non altro), pregiudizio che (ii) doveva avere un legame con il fatto che tale danno ha prodotto, circoscrivendo – in questo modo – l'operatività dell'istituto della responsabilità.

⁴³ Con riferimento a tale articolo, si veda la riflessione di V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, cit., pp. 409-410, il quale – dopo aver individuato nel mancato richiamo della disposizione in ambito extracontrattuale una possibile emersione di una funzione deterrente nei confronti del soggetto agente, con conseguente e positivo incremento del livello di attenzione e diligenza nel suo comportamento, così da poter evitare di incorrere in responsabilità – evidenzia come, di contro, in ambito contrattuale, la norma produca una "deterrenza atipica" che opera nei confronti non già del debitore inadempiente, quanto del "creditore potenziale vittima del danno". In nessun caso, comunque, viene messa in discussione la natura di "danno" (perdita) dei pregiudizi patiti in caso di inadempimento del debitore (e della loro conseguente compensazione): la disciplina del risarcimento potrà certo produrre degli effetti (secondo quando si diceva nel Capitolo II) deterrenti (e variamente orientati a seconda dell'ambito in cui la regola viene o meno applicata, come ben rileva l'A.), ma questo non va ad inficiare la natura e la funzione dell'istituto, che è e rimane compensativa (e non subisce, dunque, deviazioni di tipo punitivo).

⁴⁴ Appare eccessivamente liquidatoria la confutazione della limitazione della regola della prevedibilità al solo ambito contrattuale (il cui fondamento si basa sull'accordo, la convenzione, delle parti) fornita da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 324: «Debbo riconoscere che questo motivo non vale fuor dalla ipotesi dell'inadempimento del contratto; ma è poi questo il vero motivo della legge? Rammento appena che opinione dei formatori del testo e ragione della norma son cose molto diverse: ormai su questi principi fondamentali dell'interpretazione dovremmo essere tutti d'accordo. Tutti i motivi dedotti dalla presunta volontà delle parti hanno fatto il loro tempo; in verità si attribuisce alla volontà delle parti quel che è nella volontà della legge».

E allora, il *danno* imprevedibile, risarcibile solo qualora si fosse positivamente riscontrata la presenza di quel *quid pluris* psichico tipico del dolo, non sarebbe stato un *altro-da-sé* dalle fattezze e funzioni punitive, ma sarebbe pur sempre rimasto un pregiudizio che il soggetto aveva subito e che era causalmente collegato, nella strutturazione propria della norma in questione, all'inadempimento; di contro, la presenza della colpa avrebbe dato luogo ad una vera e propria limitazione dei pregiudizi risarcibili, in quanto questi ultimi avrebbe trovato il loro confine (*limes*, per l'appunto) in quella particolare caratteristica del danno che è la sua prevedibilità⁴⁵.

Si evince, dunque, che, in tutti i casi (poiché il danno – prevedibile o meno – rimane un danno), ci si sarebbe trovati in presenza di un pregiudizio subito e riconducibile all'inadempimento del debitore; la differenza, perciò, avrebbe sì riguardato il *quantum* del risarcimento, il quale – però – non sarebbe mutato *al rialzo* in ragione della riprovevolezza del comportamento, ma sarebbe stato *ridotto* qualora il soggetto si fosse reso inadempiente per una sua “semplice” colpa: la presenza del dolo, pertanto, avrebbe fatto avvicinare il risarcimento alla integralità, mentre quella della colpa – escludendo dall'obbligazione risarcitoria alcune tra le conseguenze che, però, erano state effettivamente patite (e cioè quelle imprevedibili) – avrebbe allontanato lo strumento dal raggiungimento di questo risultato. Donde, anche ove si fosse eventualmente optato a favore della estensione applicativa della norma in questione al settore extracontrattuale, la componente psicologica non sarebbe comunque riuscita a giustificare una ricostruzione punitiva del risarcimento e, di conseguenza, della responsabilità.

Ecco la ragione per la quale, in relazione a questa precisa disposizione, si è voluto parlare, in precedenza, di quella che può essere considerata come la più alta epifania della irrilevanza punitiva del dolo: l'elemento soggettivo – che nell'art. 1229 c.c. abr. veniva espressamente collocato in una posizione di totale “indifferenza giuridica” (e, quindi, non considerato né in positivo, né in negativo) – veniva in rilievo, nell'art. 1228 c.c. abr., da un lato, positivamente per quanto concerne l'ottica compensativa (quale condizione per poter procedere ad un risarcimento integrale), ma, dall'altro lato e specularmente, in maniera negativa per quanto concerne l'ottica punitiva (divenendo, così, un serio ostacolo alla possibilità di una concezione – e ricostruzione – sanzionatoria in senso stretto delle regole risarcitorie).

§ 6. *Pluralità ricostruttive e benefici dei conflitti interpretativi.*

Nei paragrafi immediatamente precedenti è stata oggetto di attenzione e di analisi la prima (e, forse, anche più diffusa) delle ricostruzioni elaborate al fine di cercare di spiegare in cosa consistesse la differenza tra i delitti e i quasi-delitti, il tutto – ovviamente – nell'ottica della ricerca di tracce ed indizi che potessero contribuire, storicamente, alla individuazione delle funzioni dell'istituto: come si è potuto notare e non si è mancato di rilevare, la eventuale presenza del più inteso elemento psicologico, oltre a non essersi rivelata un possibile fondamento della distinzione, nemmeno ha

⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 323, dopo aver rilevato come l'elemento psicologico potesse influire sul *quantum* del risarcimento («Non capisco affatto perchè la specie o il grado della imputabilità non possa influire sul *quantum* del risarcimento dal momento che tutti riconoscono come possa influire sull'*an*») e dopo un non felice riferimento al risarcimento quale pena («Anche se questa più estesa responsabilità non si giustificasse se non come pena contro chi trasgredisce volontariamente i limiti del suo diritto, ciò basterebbe senza fallo»; «Forse che la coscienza comune non compiangere più fortemente la vittima di un danno doloso e non indulge più benevolmente all'autore di un danno colposo? È quanto basta perchè un sistema giuridico attribuisca più alla vittima del primo e meno alla vittima del secondo»), rilevò, però, condivisibilmente, che, nel caso della colpa, si sarebbe assistito ad una limitazione dei danni, e non, di contro, ad un loro ampliamento a qualcosa che danno non è in caso di dolo: «Che la responsabilità colposa abbia da essere limitata in confronto della responsabilità dolosa anche in tema di colpa aquiliana, non vedo perché si debba negare [...]» (p. 325); infatti, «*si è voluto trattenere la responsabilità per danno colposo ancora al di qua dalle conseguenze dirette e immediate*» (p. 324, corsivo orig.)

consentito di evidenziare delle manifestazioni funzionali di stampo punitivo attribuibili all'istituto (e ciò neppure nell'ambito delle regole disciplinanti il risarcimento del pregiudizio patito).

Epperò, come si era sopra accennato, la ricostruzione basata sul diverso gradiente volitivo non fu l'unica ad essere presa in considerazione al fine di individuare l'ipotetica *ratio* della succitata distinzione giustiniana, poiché anche altre teorie furono a tal scopo elaborate, e, cosa ancor più importante in questa sede, vennero elaborate in un numero nemmeno poi così ristretto⁴⁶.

Orbene, prima di addentrarci nella trattazione della questione, paiono necessarie, sulla base della precisazione da ultimo effettuata, almeno una constatazione, una chiarificazione e una indicazione, di modo da poter, da un lato, aggiungere qualcosa – per il tramite del raffronto – a quanto osservato in relazione alla prima spiegazione della distinzione e, dall'altro lato, tracciare con maggiore nettezza le linee che ci guideranno nello svolgimento di questa porzione della nostra analisi.

La constatazione. Si è detto che la volontà sistematizzante dei compilatori giustiniani era tutta rivolta al mantenimento, tanto nel campo contrattuale, quando in quello extracontrattuale, di una simmetria categoriale basata sul differente elemento volitivo del soggetto, distinguendo – così – tra una figura di piena e completa manifestazione della *voluntas* e una, invece, sintomatica di una minore volontarietà del soggetto agente. Ebbene, dopo aver osservato come la fondatezza e, di riflesso, la applicabilità e utilità di un *discrimen* basato sull'elemento psicologico non potessero essere convintamente e motivatamente sostenuti, non può non essere notato come, all'infuori di quella che, a tutta prima, si sarebbe tentati di considerare quale spiegazione (storicamente) più naturale tra quelle possibili, le differenti teorie ricostruttive siano divenute più numerose e – aspetto ancor più importante – variamente articolate: l'eliminazione di quella “patina” che è bensì storicamente apprezzabile, ma che risulta essere frutto di un intervento di tipo interpolativo-integrativo su di un materiale ad essa antecedente, consentì di operare con una maggiore libertà (non, a sua volta, di azione sui testi, ma) di pensiero, e ciò ai fini dell'analisi e della ricostruzione del sistema della responsabilità extracontrattuale.

Si passa, così, alla chiarificazione. Nel momento in cui ci si era soffermati sugli aspetti di interesse che la rubrica dedicata alla ormai nota sezione sui delitti e quasi-delitti genera nello svolgimento di una riflessione sul discorso funzionale della responsabilità, si era fatto cenno alla seconda spiegazione elaborata sulla dicotomia in questione, e cioè quella che individuò la differenza tra le due categorie nella responsabilità per fatto proprio o per fatto altrui. Epperò, come poco sopra rilevato, essa non fu l'unica spiegazione proposta al di fuori di quella fondata sull'elemento soggettivo, poiché – seppur timidamente – iniziarono a farsi strada all'interno del panorama dottrinale autorevoli prese di posizione a favore di una maggiore valorizzazione di una categoria tendenzialmente negletta⁴⁷: la responsabilità oggettiva.

⁴⁶ Una ampia e accurata panoramica è offerta, in una assai corposa voce, da C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., pp. 742-743.

⁴⁷ Innovatrice, come noto, la lettura di G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1918. Sul punto, si vedano le parole di B. DUSI, *L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, cit., p. 3: «Con questo lavoro il Venezian fu tra i primi in Italia a spezzare una lancia in favore della così detta teoria della responsabilità obbiettiva, battendo in breccia il principio, allora dominante senza contrasto, che anche nel diritto civile, come nel penale, sempre e per tutti i casi, senza eccezioni, non possa esservi responsabilità senza colpa». Ma, ancora: «La varietà delle applicazioni, che la teoria della responsabilità senza colpa ebbe, successivamente, nel campo del diritto privato, dimostra il grande merito che si deve riconoscere al Venezian, per avere, primo in Italia, sia pure da principio in forma esagerata, come sempre avviene nelle prime reazioni contro principi inveterati, sostenuta e difesa la nuova concezione». Da richiamarsi anche un passaggio della prolusione di N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Le prolusioni dei civilisti*, I, cit., pp. 944-945: «Se dunque il principio romano non più ci soddisfa, quale altro dobbiamo invocare? Alcuni credono che alla responsabilità per colpa vada sostituita quella senza colpa: il volgare proverbio “chi rompe paga” dovrebbe nella sua rude assolutezza assorgere a dignità di principio giuridico. al fondamento della colpa

Orbene, le due differenti ricostruzioni dovranno (e, infatti, verranno) osservate come strettamente interconnesse, poiché, come si avrà modo di rilevare, l'una ha indubbiamente interferito sull'altra, dando così luogo a dissidi interpretativi nient'affatto trascurabili che hanno finito col travalicare i confini della prima codificazione unitaria per giungere, magari non con la stessa forza contrappositiva dei tempi passati, ma pur sempre dotati di sufficiente vigore, fino a tempi che oltrepassano anche la promulgazione della nuova opera codificatoria.

Ed ecco, infine, l'indicazione. Un'indicazione che vuole essere di lettura in relazione a quanto si dirà nel prosieguo, quasi a mo' di consiglio per meglio intendere – nella visione che si sta complessivamente e progressivamente delineando – l'argomentazione e la linea espositiva che verranno seguite.

Il citato disimpegno dalla più diffusa spiegazione basata sull'elemento soggettivo, come detto, ha contribuito a liberare il campo da ingombranti residui che venivano tralattivamente mantenuti nella riflessione giuridica e che si sono rivelati essere quello che effettivamente erano: sovrastrutture imposte e calate sul dato normativo e prive di un apprezzabile vincolo di derivazione induttiva da quest'ultimo. Di conseguenza, parzialmente allentato il legame con l'antica e più rigida giustificazione della dicotomia, il confronto tra i giuristi in relazione alle differenti ed ulteriori elaborazioni teoriche formulate per la spiegazione della distinzione sembrò segnare una nuova tappa nel percorso di progressiva rimozione di quelle "incrostazioni" storiche dal dubbio fondamento, gettando – così – le basi su cui poter procedere alla costruzione di una migliore sistematizzazione (nonché comprensione, financo funzionale) dell'istituto, e ciò in ragione del fatto che si è andato condivisibilmente cercando un legame con le disposizioni legislative che sarebbe risultato decisamente più intenso rispetto a quello – praticamente assente, come visto – che aveva caratterizzato la prima delle due spiegazioni della distinzione tra delitti e quasi-delitti.

§ 7. Segue. *Il sistema della responsabilità e il "buco nero" della colpa.*

La seconda spiegazione che fu fornita in relazione alla divisione tra delitti e quasi-delitti era incentrata sulla diversa riconducibilità del *fatto* produttivo di danno al responsabile: in un caso il soggetto indicato dalle norme sarebbe stato dichiarato responsabile per un fatto da lui compiuto (per fatto proprio); nell'altro caso, invece, l'obbligazione risarcitoria sarebbe sorta in capo ad un soggetto non coincidente con l'autore del fatto lesivo (responsabilità per fatto altrui)⁴⁸.

sottentrebbe quello della mera causalità; alla volontà cosciente, il fatto materiale; al principio romano, accolto dalle genti civili, quello di popoli e tempi barbari. Ma noi, se non possiamo rigettare *a priori* questo concetto, non ci sentiamo però di doverlo accogliere a braccia aperte, come fanno gli amatori di novità [...]. Sull'opera del Venezian, si veda un interessante e analitico contributo di L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 560 ss. (in particolare, p. 566: «È la tendenza, cioè, a obbiettivare la ricostruzione degli istituti giuridici; sfrondare questa ricostruzione dal ciarpame troppo spesso ingombrante degli elementi soggettivi equivale a dare alle norme un'impalcatura ben più solida, quindi una maggiore agilità di applicazione»). Ritorna, di recente, sull'espressione "responsabilità senza colpa" e sulla estensione che ne diede il Venezian C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatica e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, cit., p. 686: «Questa espressione, dedotta la colpa dalla fattispecie di responsabilità, equivale alla messa in esponente del nesso causale tra l'azione e l'evento, il quale diventa autosufficiente, non più bisognoso della qualificazione offertagli dal criterio di imputazione. Il risultato prova troppo, come se la responsabilità potesse fare a meno di quella coloritura del fatto che è prodromica dell'effetto giuridico, prefigurando la qualificazione nel senso del diritto nella quale l'effetto stesso consiste»; «Il fallimento della tesi di Venezian, dal punto di vista metodologico è l'indicazione esemplare della improcedibilità dell'idea di una responsabilità senza colpa presa alla lettera, nella quale cioè la fattispecie sia caratterizzata solo in negativo rispetto al fatto illecito, per la pura assenza della colpa».

⁴⁸ Questa classificazione, nonostante potesse apparire quale quella più plausibile da un punto di vista storico, avrebbe comunque richiesto – ai fini della sua accettabilità – alcune modifiche che, però, avrebbero finito con alterarne significativamente la portata. Si veda, infatti, quanto affermato da C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 742: «Altri hanno sostenuto che il delitto civile si avrebbe quando taluno risponde in senso lato dell'operato proprio (e cioè

Come si è accennato in poco sopra, la ricostruzione qui presa in esame presentava un collegamento indubbiamente più marcato con la base normativa codicistica, ragion per cui è proprio da quest'ultima che si prenderanno le mosse per verificare la solidità di tale elaborazione.

Quasi banalmente, la prima disposizione che viene in rilievo è quella fondamentale in materia, e cioè l'art. 1151 c.c. abr.: la norma – ampiamente nota in ragione del (parziale, in considerazione della innegabile presenza di alcune modifiche) debito che l'art. 2043 c.c. ha nei suoi confronti – prevedeva, infatti, che il soggetto, la cui condotta fosse stata caratterizzata dalla colpa e nel caso in cui, a causa di tale condotta, si fosse verificato un evento lesivo, avrebbe dovuto risarcire, secondo quanto si è visto più sopra, le conseguenze dannose derivanti da detta condotta.

Epperò, nonostante possa apparire pleonastico – oggi – ritornare sul punto, non è assolutamente detto che alla nozione di “fatto” di cui all'articolo in questione debba essere necessariamente associato solo un comportamento colposo di tipo *commissivo*, in quanto il fatto giuridicamente rilevante ai fini della integrazione degli elementi previsti dalla fattispecie potrebbe ben consistere anche in una condotta, *pur sempre colposa*, di tipo *omissivo*⁴⁹: ebbene, potrebbe ritenersi che sia stata proprio l'esigenza (in vero nemmeno poi così giustificata, a ben vedere) di rimarcare questo principio – seppur con una formulazione indubbiamente infelice, per utilizzare un facile eufemismo – ad aver suggerito l'introduzione dell'articolo immediatamente seguente⁵⁰, in cui era stabilito che il soggetto

tanto di un'azione, quanto di un'omissione propria, e tanto nella ipotesi del dolo, quanto in quella della colpa); il *quasi-delitto* invece si avrebbe, quando taluno risponde del danno avvenuto per colpa altrui, o delle perdite arrecate da animali o da cose inanimate. Siffatta spiegazione è teoricamente molto plausibile, qualora si faccia una correzione, ed è quella di trasferire nel campo del delitto la responsabilità per colpa altrui. Giacchè, in tal caso o si risponde della colpa altrui, perché questa s'è potuta esplicare per colpa propria (e allora rientriamo nei comuni termini del delitto civile) o perchè il diritto mette a carico nostro le conseguenze del delitto altrui, e sempre la vera genesi della obbligazione è il delitto, e solo vi ha una estensione subiettiva della *ex delicto*, come vi ha talora per la responsabilità contrattuale» (corsivo orig.). Orbene, la prima correzione avrebbe inficiato insanabilmente la distinzione, non potendosi più parlare di responsabilità per fatto altrui (in cui il riferimento sembra chiaramente essere a un soggetto di diritto) in relazione ai danni cagionati dal crollo di edificio e “beni” quali gli animali; la seconda precisazione, invece, nella sua seconda parte, per spiegare il comune fondamento delittuoso, avrebbe ricondotto al di sotto della prima distinzione dei fatti che propri non sono, rendendo, quindi, inutilizzabile la distinzione.

⁴⁹ Cfr. T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1896, p. 327: «Vengono disciplinate, come cardini del sistema, la responsabilità per i danni arrecati volontariamente, mercè un fatto positivo e la responsabilità per un fatto negativo (omissione, negligenza od imprudenza), due forme di responsabilità personale o diretta, fondata sul principio che ogni uomo nel civile consorzio deve astenersi dal recare danno agli altri uomini, e condursi in modo che da lui ad altri danno non provenga». In precedenza, si vedano L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., p. 335: «Grave cosa rispondere anche di quello che non si è fatto; eppure niente che non sia conforme a giustizia, ove si ritenga che per noi si è omesso ciò ch'era nostro dovere di fare»; G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, cit., p. 219: «Egli è responsabile, a nostro avviso, non solo a senso dell'art. 1152, ma dell'articolo 1151. Egli è in colpa diretta; è un fatto nel senso della legge anche il non fare ci che si deve quando concorre l'intenzione. [...] Se poi l'omissione sarà involontaria, allora dovrà dirsi non essere un fatto proprio che crea la responsabilità, ma unicamente la negligenza a senso dell'articolo 1152»; nonché F. LUZZATTO, voce *Colpa (materia civile)*, in *Dig. it.*, VII, t. II, Torino, 1897-1902, p. 742: «Noi crediamo, per altro, che il legislatore, sebbene esprimendosi malamente, abbia inteso di significare, che si è imputabili di delitto non solo per un *fatto positivo*, commissione (che il legislatore impropriamente chiama *fatto proprio*) ma ancora per un fatto negativo, omissione (che il legislatore inesattamente indica, parlando di *negligenza*, d'*imprudenza*, ossia di colpa); mentre è evidente che tanto il dolo quanto la colpa possono manifestarsi sia per omissione di fare ciò che si doveva e poteva, come per commissione» (corsivo orig.). Qualche riserva nei confronti di una ampia estensione della rilevanza delle omissioni è contenuta in C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 777: «il delitto civile può tanto consistere in una azione positiva, quanto in una omissione. Se noi leggiamo un trattato moderno sull'argomento, facilmente sorgerà in noi l'idea che pel diritto civile italiano più non si distingua tra il *fare* e l'*omettere*; che basti da una parte una imprevidenza imputabile comunque manifestata e dall'altra un nocumento che ne consegua, perchè siavi e delitto civile e dovere giuridico di riparazione. Se non che è facile vedere a quali enormi conseguenze una siffatta dottrina condurrebbe» (corsivo orig.).

⁵⁰ Ai due articoli attribuì una diversa rilevanza (non in termini di commissione e omissione, bensì in termini di impossibilità di una graduazione della colpa in ambito extracontrattuale) A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p.

avrebbe dovuto rispondere del danno cagionato “non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza”⁵¹.

Tuttavia, questo rapporto non si basava tanto su di una parità tra le due disposizioni (come se potessero essere paragonate a degli inscindibili gemelli siamesi), quanto sulla dipendenza della seconda dalla prima, non potendosi dare (né concepire) un’ autonomia di quella da questa⁵²: è proprio tale rapporto che consente di comprendere la ragione per la quale le due norme fossero – tanto nella dottrina, quanto nella giurisprudenza – menzionate quasi sempre in maniera congiunta (e ciò a maggior ragione nell’ambito che qui ci occupa e che subito si andrà a meglio specificare), nonché la plausibile spiegazione della sua successiva mancata trasposizione nel codice civile del 1942, non potendosi considerare la formulazione di cui all’art. 1151 c.c. abr. (e, di riflesso, quella del vigente art. 2043 c.c.) escludente la rilevanza di una omissione del soggetto responsabile a seguito di un suo comportamento colposo.

Orbene, questo piccolo insieme di disposizioni e il suo contenuto normativo furono ampiamente applicati non solo nelle ipotesi di responsabilità che si sarebbero potute ritenere, per così dire, fisiologiche, ma vennero utilizzati (seppur impropriamente, come si vedrà) anche nel tentativo di interpretazione delle altre disposizioni della ormai ben nota sezione, quali, ad es., quelle nella cui fattispecie non era indicato un comportamento di un altro soggetto (e che, dunque, sarebbero ricadute, secondo la distinzione, nella responsabilità per fatto altrui): il riferimento è, ovviamente, agli artt. 1154⁵³ e 1155⁵⁴ c.c. abr., che stabilivano – rispettivamente – la responsabilità per i danni cagionati da animali e dalla rovina di edifici⁵⁵.

1349: «È noto come per diritto romano qualunque colpa, anche la lievissima, vincolava, in materia di delitto e quasi-delitto, la responsabilità dell’agente: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Lo stesso concetto è stato implicitamente accolto dal nostro legislatore, quando fa derivare la responsabilità, oltre che dalla colpa, dall’imprudenza e dalla negligenza».

⁵¹ Altro esempio della difficoltà di relazionarsi con tale articolo è fornito dalle parole (che si citeranno per intero) di G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d’Italia per singoli articoli*, cit., pp. 218-219: «La disposizione dell’art. 1152 abbraccia tutti i casi i quali riguardano il danno avvenuto senza il fatto proprio di chi lo reca, ma soltanto per imprudenza o negligenza. Nell’imprudenza e nella negligenza sta la colpa per la quale il fatto è avvenuto, sebbene sia per fatto altrui. [...] Un fatto però può essere anche proprio ed essere determinato soltanto da imprudenza e negligenza, ciò che significa la diversità vera di disposizione tra gli articoli 1151 e 1152; cioè nell’articolo 1151 sono contemplati i fatti proprii determinati dalla volontà dell’agente, avesse il medesimo o non avesse intenzione di recar danno. Nell’articolo 1152 sono invece contemplati i fatti i quali possono essere non proprii ed anche proprii, ma se sono proprii escludono la volontà dell’agente, ed hanno per causa l’azione materiale determinata non dalla volontà, ma soltanto dall’imprudenza o negligenza».

⁵² Cfr., ma con riferimento al grado della colpa, F. LUZZATTO, voce *Colpa (materia civile)*, cit., p. 742: «incliniamo piuttosto a ritenere che nell’art. 1152 sia esempio e specificazione della regola più larga, nel 1151 espressa».

⁵³ «Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito».

⁵⁴ «Il proprietario di un edificio è obbligato pe’ danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione».

⁵⁵ *Contra*, G. MOLLE, *Nota a App. Firenze, 21 gennaio 1911*, in *Foro it.*, 1911, I, c. 887: «Ma che il comma anzidetto non possa riferirsi all’art. 1154 risulta evidente da ciò, che mentre nell’art. 1153 si parla di cose che si hanno in custodia, nel successivo articolo invece si dichiara responsabile il proprietario di un animale, o chi se ne serve, per danno cagionato da esso, non solo se si trovi sotto la sua custodia, ma anche se siasi smarrito o sia fuggito. Evidentemente il principio generale di legge trova nell’art. 1154, anziché una attuazione, una modificazione, in quanto vi è un allargamento dei casi di responsabilità. Che l’art. 1153, inoltre, non debba riferirsi agli edifici, di cui è trattato nell’art. 1155, risulta egualmente chiaro da ciò, che vi è tra le due disposizioni un evidente contrasto. L’una parla di responsabilità per cose che si hanno in custodia; l’altra di responsabilità per rovina di edifici avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio di costruzione». Ma, ancora (specialmente se lo sguardo si volge al diritto positivo vigente): «Se il legislatore avesse tenuto distinta in due separati articoli, come pure si era proposto da alcuno dei compilatori del codice, la prima parte dell’art. 1153 dalle successive parti dell’articolo medesimo, il concetto della legge avrebbe avuto certo maggiore rilievo. Bisogna dunque riconoscere [...] che il primo comma dell’art. 1153 ha un contenuto di volontà propria, che si distacca da quanto è stabilito sia nelle successive parti dell’articolo medesimo, sia negli artt. 1154 e 1155».

Ma perché in tali fattispecie, che della colpa non facevano menzione, quest'ultima fu interpretativamente inserita? Su quali basi i giuristi (o meglio, alcuni di essi) poterono sostenere siffatta lettura?

Un appiglio fu rinvenuto nel primo comma dell'art. 1153⁵⁶ c.c. abr., che prevedeva la responsabilità non solo per il danno cagionato dal soggetto per fatto proprio, ma anche per quello arrecato «colle cose che ha in custodia»⁵⁷. Difatti, si ritenne che il collegamento tra le due norme più sopra oggetto di attenzione e il comma in questione fosse ricavabile dalla presenza dell'avverbio “parimente”, di talché le fattispecie previste nelle disposizioni seguenti sarebbero dovute essere interpretate sempre in un contesto necessariamente caratterizzato dalla presenza dell'elemento soggettivo del soggetto indicato⁵⁸, non potendosi ammettere – e in ciò trovando sostegno nell'arcinoto principio jheringhiano (trattato, però, alla stregua di un vero e proprio dogma religioso, possibile

⁵⁶ Si riporta, per comodità, l'intero testo dell'articolo: «Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia. Il padre e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi; I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi; I padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati; I precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. La detta responsabilità non ha luogo allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani non provano di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili».

⁵⁷ *Contra*, T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, cit., p. 329: «Invece noi troviamo nel testo un principio generale, che ognuno è responsabile delle cose delle quali ha la custodia. Ne viene che il fondamento della responsabilità non è la colpa, ma la custodia, e la responsabilità è assoluta e inevitabile. Chi ha una cosa in custodia, p. es. una macchina, se da questa deriva un danno, deve risponderne, abbia o no usata ogni diligenza nel custodirla» (analogo ragionamento viene svolto con riferimento alla responsabilità del proprietario per i danni cagionati dall'animale). Radicale l'esclusione della colpa in relazione alla possibilità di fornire la prova contraria: «E però, esclusa la colpa, è esclusa la prova della mancanza di essa nel proprietario. La legge non concede sperimentalmente di prova contraria che quando lo dice espressamente: in ogni caso la prova contraria non sarebbe mai della assenza di colpa, ma della causa della rovina»; «non della condotta del proprietario, ma del fatto si cura la legge» (p. 331). Non ritenne che potesse parlarsi di colpa quale criterio di imputazione per i danni cagionati dalle *res* anche C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 815: «il legislatore voleva indubbiamente coll'art. 1154 riprodurre nella sostanza l'azione *de pauperie* secondo il diritto romano; ora l'*actio de pauperie* non ha certo la sua base in una presunzione di colpa [...]. Tolta l'idea di una presunzione di colpa, non rimane altra ragione che giustifichi le disposizioni del legislatore, fuorchè un riguardo obbiettivo d'equità, per l'opportuna distribuzione della perdita e del vantaggio: colui che gode dell'animale, che ne trae profitto, utilità, servizio, deve sopportarne i nocimenti arrecati, anziché il terzo: *quem sequitur commodum eum teneat incommodum*». Analoga spiegazione fu fornita in relazione al danno cagionato da rovina di edifici: «Il nostro legislatore, sull'esempio di quello francese (Cod. fr., art. 1386), ha introdotto senz'altro la diretta obbligazione del risarcimento. Chi è tenuto è il solo *proprietario*, senza veruna considerazione di colpa nè reale, nè presunta; ma pel semplice fatto della utilità che egli ricava dall'edificio che a lui serve» (*ivi*, p. 818, corsivo orig.). Nello stesso senso si mossero anche L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., p. 354-355; L. BOLAFFIO, *Nota a Cass. Roma, 13 agosto 1889*, in *Foro it.*, 1890, II, c. 128 ss.; nonché B. BRUGI, *Danni prodotti da animali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 853. Avrebbe fatto riferimento al criterio del rischio F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 319: «Veniva però il momento, in cui anche questo limite [della sussistenza necessaria del dolo o della colpa] fu varcato; a ciò servì soprattutto la statistica, la quale, presentando sotto un altro aspetto il problema del fortuito, mise in valore il *principio del rischio*. [...] Ecco il principio *del rischio* che viene a collocarsi accanto a quello della *volontà* come espressione più raffinata di giustizia» (corsivo orig.).

⁵⁸ Pur escludendo, come visto (cfr., *supra*, nota 55) la connessione tra gli artt. 1151, 1152 e il primo comma dell'art. 1153, da un lato, e gli artt. 1154 e 1155 c.c. abr., dall'altro, G. MOLLE, *Nota a App. Firenze, 21 gennaio 1911*, cit., cc. 893-894, individuò un micro-sistema organico tra gli artt. 1151, 1152 e 1153, comma 1, c.c. abr.: «Fra le disposizioni pertanto degli artt. 1151, 1152 e 1153 prima parte, intercede un'intima connessione logica, che si manifesta [...] anche nelle parole della legge, con le espressioni “non solamente per un fatto proprio, ma anche” dell'art. 1152, e con le espressioni “ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche, ecc.” dell'art. 1153, le quali rivelano la cura del legislatore di richiamare in tutto il regolamento delle tre specie di responsabilità fuori del contratto – per fatto proprio positivo, per fatto proprio negativo, per fatto non proprio – il principio generale affermato dell'art. 1151» (corsivo orig.).

oggetto di sola fede⁵⁹ e non suscettibile di contestazione⁶⁰) “nessuna responsabilità senza colpa”⁶¹ – una responsabilità in mancanza di una condotta colposa⁶²: il proprietario o l’utente, dunque, sarebbero stati chiamati a rispondere dei danni cagionati da animali o dalla rovina di edifici in ragione di un loro comportamento (commissivo o omissivo) colposo in relazione alla *res* (animata o inanimata).

Epperò, prima di soffermarci sulla fondatezza di una simile interpretazione, e con riferimento ad una specificazione poco sopra effettuata, non può non rilevarsi come, tra la norma utilizzata quale collegamento tra la responsabilità per colpa propriamente intesa e le disposizioni da ultimo richiamate e interpretate alla luce del principio della necessità dell’elemento soggettivo quale unico possibile criterio di imputazione, fossero presenti – all’interno del già menzionato art. 1153 c.c. abr. (e, specificamente, nei commi da 2 a 5) – altre fattispecie, e cioè quelle che contemplavano una responsabilità per i fatti commessi da altri soggetti (quali, ad es., i figli minori, gli incapaci, i domestici e i commessi, gli allievi e gli apprendisti).

Ebbene, siccome il primo comma dell’art. 1153 c.c. abr. – asserto *trait d’union* tra la responsabilità per colpa delineata dagli artt. 1151 e 1152⁶³ c.c. abr. e le altre norme – non si limitava a prevedere il sorgere dell’obbligazione risarcitoria nel già citato caso di danno arrecato «colle cose in

⁵⁹ Potrebbe ritenersi applicabile al caso in questione la sintetica (ma assai efficace) descrizione di R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 932: «tesi dogmatiche costruite in modo indipendente da, e in un momento logicamente antecedente a, l’interpretazione di qualsivoglia specifica disposizione normativa». Ma, ancora: «Le tesi dogmatiche di questo [...] tipo non paiono avere alcuna significativa componente cognitiva: sono, per così dire, create *ex nihilo*» (*ibidem*). Si veda, inoltre, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 311: «non si ammetteva che taluno dovesse riparare le conseguenze dell’evento subito (naturalmente) da altri se non quando quell’evento potesse ricollegarsi, più o meno direttamente, alla sua volontà. Era il principio individualistico che agiva in tutta la sua potenza. Casi isolati, in cui la responsabilità si fondava su un principio diverso, non poterono per lungo tempo essere sussunti in un principio generale diverso».

⁶⁰ Non possono non richiamarsi le sublimi parole di N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 931: «E appunto per mostrarvi fin dal primo giorno l’indirizzo che seguo, mi accingo a combattere uno dei principi del codice nostro, principio tradizionale e rispettato altamente da tutti, come inconcusso; cioè che “non v’è responsabilità civile senza colpa”. Ma già m’avvedo che molti di voi in cuor loro avran gridato al paradosso. – Come mai vuoi tu combattere un principio splendente di tanta naturale evidenza? come tu, pigmeo, vuoi gettare nel fango ciò che giganti della scienza del Diritto han levato alle stelle?».

⁶¹ «Nell’infanzia del diritto un semplice rapporto di causalità esterno fra l’azione altrui e la perdita economica mia basta a stabilire un obbligo di riparazione; ma tutto il progresso sta appunto nell’assorgere alla considerazione dell’elemento soggettivo, come coefficiente della stessa figura giuridica del danno, del torto. Questa è la tesi di una notissima monografia dello Ihering: si potrà dissentire in varie cose da lui, ma devesi pur convenire che nel riconoscere che questa valutazione del momento soggettivo estesa a tutti i rapporti del diritto privato costituisce un grande titolo di gloria, forse il più grande per la giurisprudenza romana»: così C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 738. Sul punto, si vedano le parole – che offrono un ottimo inquadramento teorico (anche in relazione a quanto si avrà modo di rilevare *infra*, nota 71) – di C. CASTRONOVO, *Diritto positivo dogmatica e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, cit., p. 685: l’aforisma di Ihering «aveva sintetizzato, fino a divenire un’icona concettuale, l’assurgere della colpa a criterio unico della responsabilità: l’affermazione del dominio assoluto della colpa segna l’inizio del suo ridimensionamento, nel momento in cui continuare a ritenerla criterio regolatore di fattispecie distanti dalla realtà alla quale essa era commisurata ne mette sempre più in evidenza l’incapacità di risolvere in sé l’intero spazio della responsabilità. Ma proprio perché si tratta di spodestare la colpa, contestandone il ruolo di regione unica della responsabilità, occorre che una categoria altra vi si sostituisca. L’*horror vacui* suscitato dallo spazio lasciato dalla colpa esige un’idea alternativa».

⁶² Merita di essere citata, in quanto non limitata al solo ambito extracontrattuale, la voce “colpacentrica” di A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 1347: «Perché il fatto dell’uomo implichi violazione del dovere giuridico, e per conseguenza costringa alla dovuta riparazione, anche coi mezzi coercitivi posti dalla legge, occorre che esso si estrinsechi oggettivamente per mezzo della *iniuria*, che sia cioè *contra ius*, e soggettivamente si fondi in uno stato particolare dell’animo dell’agente in relazione al fatto medesimo, che sia di per sé capace di integrare l’elemento della *colpa*» (corsivo orig.). Ma, ancora più esplicitamente: «ambidue le responsabilità, la contrattuale e la extra-contrattuale, hanno il fondamento comune nella colpa, che ne costituisce il titolo» (p. 1349).

⁶³ «Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza».

custodia», ma la estendeva anche a quello cagionato dalle persone «delle quali si deve rispondere»⁶⁴, l'interpretazione in forza della quale, sul modello appena delineato, si richiedeva comunque una qualche forma di colposità della condotta del soggetto fu applicata anche alle fattispecie di responsabilità per fatto altrui⁶⁵: in questo modo, si riuscì ad affermare che la persona chiamata a risarcire il danno avrebbe dovuto sopportare l'obbligazione risarcitoria in ragione di una sua colpa, ad es., per aver scelto senza la dovuta cura il proprio domestico o commesso (*culpa in eligendo*)⁶⁶, oppure per non aver educato in maniera adeguata la prole (*culpa in educando*), oppure – ancora – per non aver correttamente vigilato sulle persone che le erano state affidate (*culpa in vigilando*)⁶⁷.

Giunti a questo punto della nostra analisi, possiamo – prima di procedere oltre – prendere atto di un aspetto che consente di porre un punto fermo in relazione a quanto – anche da un punto di vista più generale – si è andato fin qui esponendo, e cioè l'utilità della persistenza della distinzione tra delitti e quasi-delitti⁶⁸.

Infatti, come si è potuto notare, la suddivisione tra responsabilità per fatto proprio e quella per fatto altrui, poggiando pur sempre su di un comune fondamento di tipo soggettivistico, veniva ad essere inutilmente speciosa, in quanto a detta distinzione non sarebbe poi corrisposta una differenza circa la spiegazione teorica che consentisse di giustificarla: emerge, dunque, la ulteriore inutilità (ulteriore rispetto a quella già constatata in relazione al differente gradiente volitivo) della distinzione

⁶⁴ «Locuzione in verità molto felice, e grazie ad essa possiamo dire che in fatto di responsabilità riflessa non esiste nella legge principio generale, perchè quella indicata non ci apprende nemmeno da lontano qual sia la persona del cui operato si debba rispondere»: così T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, cit., p. 328.

⁶⁵ «In tema di delitti o di quasi-delitti, ciascuno è obbligato, non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o delle cose che ha in custodia. In essi adunque la responsabilità diretta è nettamente separata dalla indiretta. Il fondamento della responsabilità indiretta per fatto alieno si fa consistere nell'obbligo che incombe a ciascuno di bene scegliere e vigilare le persone poste alla sua dipendenza (*culpa in eligendo* ed *in vigilando*); mentre da altri si propugna acutamente la teoria della rappresentanza, la quale si ha tutte le volte che sia affidato altrui l'incarico di compiere un affare nel nome e nell'interesse del committente»: così A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 1350.

⁶⁶ Cfr. G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, cit., p. 961: «i compilatori aggiungono la riserva che se i servi del colono sono maldestri, egli per il fatto di servirsi di gente simile *non caret culpa* e quindi risponde personalmente: l'applicazione del criterio della colpa sotto il profilo specifico della *c. in eligendo* determina una trasformazione della responsabilità». Grande rilevanza alla *culpa in eligendo* fu attribuita da F. LUZZATTO, voce *Colpa (materia civile)*, cit., p. 744.

⁶⁷ T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, cit., nonostante avesse riconosciuto l'ammissibilità di fattispecie di responsabilità anche in mancanza del requisito soggettivo (cfr., *supra*, nota 57), riconduceva, però, le ipotesi di cui all'art. 1153 c.c. abr. ad una responsabilità fondata sull'elemento psichico e, dunque, sulla rimproverabilità del responsabile nell'educazione, nella scelta, e così via (p. 328). Operò una distinzione interna all'art. 1153 c.c. abr. tra fattispecie di responsabilità per colpa presunta *iuris tantum* (quale quella dei genitori, dei tutori e dei precettori) e quella, invece, basata sulle utilità tratte dal soggetto responsabile (come nel caso dei padroni e committenti) C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 810, ritenendo che solo in quest'ultimo caso si potesse parlare di vera e propria responsabilità per fatto altrui, mentre, nel primo caso, in ragione della presenza di un elemento di colposità (ancorché presunta) nella condotta del soggetto responsabile, si sarebbe più propriamente dovuto discorrere di responsabilità per fatto proprio. Più di recente, si veda la critica di F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, p. 80: «Erano norme che sembravano prescindere dal requisito della colpa, giacché il padrone era chiamato a rispondere in quanto tale per il danno cagionato dal dipendente, ed al danno causato da animali o altre cose non si addiceva la definizione generale del fatto illecito come "fatto dell'uomo, che cagiona ad altri un danno". Un fatto dell'uomo venne tuttavia ritrovato, seguendo i dettami del giusnaturalismo, nella *culpa in vigilando* o *in eligendo* [...]».

⁶⁸ Molto chiara, anche in ragione di quanto rilevato più sopra (cfr., *supra*, nota 48), la posizione di C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., pp. 742-743: «Poi noi abbiamo dimostrato che l'infelicissima dottrina delle *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*, e peggio ancora quella bizantina del quasi-delitto non sia che l'effetto di deplorabili malintesi, e manchi di qualsiasi valore teoretico». Altrettanto chiara la presa di posizione di B. BRUGI, *Danni prodotti da animali*, cit., p. 851: «E quale è la differenza tra delitti e quasi delitti? Ormai si sente che è una pura distinzione tradizionale romanistica di valore scarsissimo. Il nuovo concetto che attraverso il diritto canonico si è maturato, è quello dell'atto illecito».

storica in questione, siccome il fondamento, per tutte le fattispecie delineate dagli artt. 1153, 1154 e 1155 c.c. abr., sarebbe stato il medesimo⁶⁹ e, di conseguenza, nulla avrebbe aggiunto alla comprensione dell'istituto.

Va notato, però, come questa seconda spiegazione, a motivo del più stretto collegamento con il dato positivo, abbia consentito – prendendo le mosse dal punto fermo sopra posto e conformemente a quanto si è già rilevato – di collocarsi su di un piano differente e, dunque, individuare quello che sarebbe dovuto essere (e per alcuni fu) il punto di vista dal quale meglio apprezzare la vera suddivisione che poteva essere tracciata all'interno del sistema della responsabilità civile: quella tra le differenti tipologie di responsabilità⁷⁰.

Le disposizioni sopra richiamate, come accennato, furono interpretate quali fattispecie di responsabilità basate sulla colpa, in quanto una forma di responsabilità extracontrattuale oggettiva, priva anche solo che di un labile collegamento con la condotta del soggetto, era ritenuta quasi una sorta di impossibilità giuridica⁷¹, per di più confliggente con una asseritamente millenaria – ma

⁶⁹ Questa la linea di G. GIORGI, *Nota a Cass. Firenze, 30 dicembre 1889*, in *Foro it.*, 1890, I, c. 349: «l'art. 1154 è allogato dal codice nella sezione 5ª del capo 1 tit. 4 lib. III; il titolo ha per rubrica – *delle obbligazioni*: il capo – *delle cause delle obbligazioni*: la sezione – *dei delitti e dei quasi delitti*, e la testura poi di questa sezione incomincia con una regola generale sui fatti illeciti, finisce con un'altra regola generale sui medesimi, procedendo dalla prima all'ultima regola generale con una concatenata e progressiva serie di disposizioni specifiche sui fatti illeciti. Anche l'art. 1154 configura dunque un delitto o un quasi delitto: ma come non c'è delitto nè quasi delitto che non abbia per base una colpa, sia provata sia presunta, è chiaro che il fondamento genetico dell'obbligazione imposta dal legislatore al proprietario dell'animale danneggiante non è altro che una colpa, ed una colpa presunta» (corsivo orig.). Si veda la contestazione di questa interpretazione unitaria basata sulla colpa di tutte le norme ricomprese nella sezione dedicata ai delitti e ai quasi-delitti di B. BRUGI, *Danni prodotti da animali*, cit., p. 851: «Certamente esso [l'art. 1154 c.c. abr.] leggesi sotto la rubrica dei delitti e quasi delitti; ma trarre di qui senz'altro la conclusione che non vi possa essere un delitto e un quasi delitto senza una colpa provata o presunta è, sembrami, correr troppo: oserei quasi dire che ci avviciniamo ad una petizione di principio».

⁷⁰ A tale conclusione giunse F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 647: «Senonchè la legge mentre in modo assoluto impone l'obbligazione del risarcimento del danno *cagionato da un torto* (essendo giusto che tale danno si riversi sul patrimonio di chi ha commesso il torto anzichè restare a carico del patrimonio di chi ha sofferto la lesione del proprio diritto) in taluni casi impone il carico di tale *risarcimento* anche a chi personalmente non è incorso in torto» (corsivo orig.). Emerge in maniera cristallina non solo la piena consapevolezza della mancanza, in alcune fattispecie, della richiesta dell'elemento soggettivo della colpa, ma anche la circostanza per la quale l'obbligazione, in questo caso come negli altri, non avrebbe assunto la natura di una punizione nei confronti del soggetto responsabile, ma di un risarcimento vero e proprio per il soggetto che avesse subito il pregiudizio. Si veda, inoltre, DUSI B., *L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, cit., p. 5. In precedenza, si veda quanto affermato (con parole che colpiscono in ragione del loro utilizzo in un'epoca di molto precedente a quella in cui avrebbero vissuto grandi fasti) da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 310: «Badiamo infatti che la responsabilità obbiettiva non è un mezzo per integrare gli effetti della responsabilità subbiettiva, ma *per spostare il criterio della redistribuzione della ricchezza*. La responsabilità, in sostanza, non serve ad altro che a correggere una modificazione naturale della ricchezza, contro la quale reagisce il sentimento di solidarietà sociale [...]» (corsivo orig.).

⁷¹ Cfr. A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 1349: «Qui occorre fare un cenno fugace della teoria del danno obiettivo, ossia della responsabilità senza colpa, per la quale il risarcimento è dovuto ogni qual volta sia dimostrato un rapporto qualsiasi fra l'autore del danno ed il danno medesimo. [...] Se non che, nel sistema del nostro diritto positivo, la teoria non è accoglibile, in quanto per esso due sono gli elementi fondamentali che determinano gli estremi del delitto civile, e cioè il fatto illecito, *contra ius*, che costituisce l'elemento obiettivo, ed il fatto dannoso volontario (dolo) o involontario (colpa propriamente detta), che concreta l'elemento subiettivo». In precedenza, si veda G. GIORGI, *Nota a Cass. Firenze 30 dicembre 1889*, cit., c. 349: «Recentemente si è proposta una nuova interpretazione [dell'art. 1154 c.c. abr.], volendosi leggere nella citata disposizione un'applicazione del ben diverso principio che gli *incommoda* come i *commoda* di un animale, e generalmente di una cosa, fanno carico al proprietario o a chi se ne serve. Ma questa dottrina non può a parer mio accettarsi. Non già che la sua pecca stia soltanto nella novità: perché se fosse giudiziosa e dedotta da una analisi più profonda della legge, costituirebbe un progresso e dovrebbe accogliersi senza ripugnanza. Ma il male si è che essa contrasta con la legge e coi principi fondamentali del diritto; nè offre un criterio direttivo sufficiente a regolare tutti i danneggiamenti ferini». Un aspetto più "politico" della questione fu individuato da B. BRUGI, *Danni prodotti da animali*, cit., p. 854: «Chi è rigido fautore dell'individualismo ripugna ad una responsabilità senza colpa o fondata soltanto sui vantaggi che trae dalle cose. Chi è propenso, come dicono con parola ambigua, al socialismo nel diritto non ha

erroneamente⁷² ricostruita⁷³ – tradizione giuridica occidentale: il soggetto, per poter essere dichiarato responsabile e condannato al risarcimento del danno, doveva essere “rimproverabile” a motivo di una sua condotta (perlomeno) colposa⁷⁴.

difficoltà di ammettere che chiunque nelle sue relazioni sociali reca un danno, volontario o involontario ad altri, ha obbligo, soltanto perchè partecipa a queste relazioni sociali, di rifonderlo». Sul tema del socialismo e i rapporti col diritto privato la memoria non può che andare al volume del 1906 (meritoriamente ristampato grazie all’operosità del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno a lungo animato da Paolo Grossi) di G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano, 1980.

⁷² Caustico un passaggio di N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 939: «Dunque il principio non v’ha responsabilità senza colpa, è tutt’altro che razionale, e di diritto naturale! Invece di brillare per esattezza scientifica, e contaminato da inveterato errore: invece di essere un principio semplice come quello del chimico ricordato da Ihering, può meglio paragonarsi a uno dei tanti detti volgari, falsi in sè, ma che, per la forza della tradizione, volgo e scienziati ripetono, come quello: – il sole sorge, il sole tramonta». Si veda anche la critica di T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, cit., p. 325: «In questa materia le leggi romane non servono che a metterci fuori di via e la citazione dei testi è chiaramente inopportuna»; infatti, ci «insegnano i romanisti che negli antichi tempi l’obbligo di risarcire il danno esiste indipendentemente dalla colpa, perchè il fatto ingenera la responsabilità [...]» (p. 326, ove l’A. si soffermò sulle progressive modifiche che portarono, in un secondo momento, alla introduzione del requisito della colpa). Netta anche la posizione di G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, cit., p. 282: la responsabilità aquiliana, «nonostante le prime superficiali apparenze», «risponde a concetti che sono profondamente diversi dai romani, anzi addirittura antitetici». Più di recente, ritorna sul punto F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 74: «la responsabilità aquiliana dell’epoca classica era una responsabilità rigorosamente oggettiva, basata sulla sola attribuibilità del fatto ad un dato soggetto, indipendentemente da ogni indagine sull’elemento soggettivo della imprudenza, della negligenza, della imperizia. Ci si esonerava da responsabilità solo adducendo, quale fattore interruttivo del nesso di causalità, il caso fortuito (“casu factum esse”) o la forza maggiore [...]». Merita di essere richiamata la attenta analisi di P. CERAMI, *Profili storici della responsabilità civile*, cit., p. 466: «Un analogo presupposto soggettivo non venne, invece, mai enunciato in materia di responsabilità per fatto altrui e, segnatamente, in sede di applicazione dell’*actio damni in factum adversus nautas, caupones, stabularios*. In questo settore, come afferma espressamente Ulpiano (18 *ad ed.* D.4.9.7 pr.), con specifico riguardo alla responsabilità dell’armatore, il presupposto della responsabilità non è la colpa, ma l’assunzione del rischio: *cum ipse* (l’imprenditore) *eos* (i dipendenti) *suo periculo adhibuerit*. Sono stati i compilatori, muovendo da un brano di Gaio (3 *aur.* D.44.7.5.6), in cui ricorre l’espressione “*quatenus culpa*” (come per colpa), a sostituire il criterio commercialistico e solidaristico dei classici con il criterio moralistico e soggettivistico dell’*uti opera malorum* (Inst. 5.5.3)».

⁷³ Esemplificativa la ricostruzione di A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 1350: «Il principio giuridico [della colpa], così formulato con mirabile perspicuità dai giuristi romani, è passato in tutte le legislazioni oggi vigenti, e se in qualcuna delle più moderne di esse vengono contemplati casi specifici nei quali il principio attenua la propria rigidità, in ciò, più che una regola, deve ravvisarsi un’eccezione speciale alla medesima». Sulla “eccezionalità” della responsabilità senza colpa, cfr. N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 948: «siamo piuttosto convinti che, accanto alla responsabilità per colpa, possa stare quella senza colpa, non in rapporto di subordinazione come d’eccezione a regola, ma coordinate tra loro per lo scopo comune della riparazione del diritto leso, e indipendenti per ciò che riguarda il fondamento». Fece riferimento al diritto romano anche G. GIORGI, *Nota a Cass. Firenze 30 dicembre 1889*, cit., c. 350, contestandone, però, la divisibilità e attribuendo –inoltre– una rilevanza alle successive interpolazioni giustiniane nel senso di chiarificazione della originaria portata in senso colposo della responsabilità per i danni cagionati da animali: «Ma l’azione *de pauperie*, nata forse dalla greca legge di Solone [...] con la sua *nox*, con la sua distinzione tra animali e animali, sentiva un poco di barbaro; aveva ragioni storiche, ma non corrispondeva alla filosofia del diritto [?]; sbagliata ne era la direzione legislativa, sbagliata la sanzione [...]»; «I Romani stessi non intesero la legge nel senso di escludere la colpa; la modificarono, e andarono rintracciando le colpe non solo dei padroni e degli utenti, ma perfino degli animali» (a cui segue citazione del Digesto).

⁷⁴ Ancora, F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 75: «Solo in epoca giustiniana, per effetto delle interpolazioni apportate dai compilatori del *Corpus iuris* sui testi classici, compare il requisito soggettivo della colpa, intesa nel senso moderno della imprudenza o negligenza o imperizia. Il che si manifesta, il più delle volte, con l’aggiunta al testo classico, di una stridente giustificazione del suo contenuto (rivelatrice della interpolazione), formulata in termini di assenza o di presenza della colpa (“*culpa caret*”, “*culpa non caret*”)». Sul punto, si veda l’opinione di G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, cit., pp. 960-961: «In altri testi il criterio della *culpa* è introdotto con espressioni su cui già il Beseler ha richiamato l’attenzione, quali *culpa reus*, *culpa [non] carere*: l’indizio formale lascia di per sè alquanto perplessi, ma quando si conoscono le ragioni specifiche che inducono i compilatori ad insistere, ad ogni occasione, sulla colpa, il ricorrere di tali frasi corrobora il sospetto di alterazione». Sulle modificazioni che subì la *lex Aquilia*, in special modo in relazione all’elemento soggettivo, rimane

Tuttavia, come non si è mancato di osservare, le disposizioni di cui ai citati articoli non menzionavano in nessuna loro parte il requisito soggettivo della colpa quale elemento strutturale della responsabilità (*sub specie* dei criteri di imputazione), limitandosi a fare riferimento a particolari situazioni in cui erano dei *fatti* (e non solo dei fatti *personali*, specificazione sulla quale si tornerà tra poco) giuridicamente rilevanti ad essere stati presi in considerazione dal legislatore al fine di giustificare il collegamento tra soggetto responsabile e l'azione di un altro soggetto o il danno cagionato da una *res*. E fu, appunto, per far fronte a questo tipo di obiezioni che si ritenne che le fattispecie in questione contenessero, al loro interno, delle vere e proprie presunzioni di colpa del soggetto responsabile⁷⁵: l'obbligazione risarcitoria sarebbe sorta in capo a quest'ultimo qualora il danneggiante fosse riuscito a dimostrare il danno e il nesso di causa tra un evento lesivo e detto danno, non richiedendosi la prova dell'elemento soggettivo, ritenuto presuntivamente sussistente⁷⁶ (e, in molti casi, senza nemmeno la possibilità di fornire la prova contraria della sua effettiva mancanza, stante la absolutezza di cui la presunzione veniva rivestita).

Senonché, una simile interpretazione – e non solo in ragione della diversa ottica di cui l'odierno osservatore potrebbe giovare nell'opera di contestazione, risolvendosi, troppo spesso, una simile modalità di critica in una facile vittoria che ha dalla sua parte l'indubbio vantaggio del trascorrere del tempo – risultava difficilmente sostenibile perfino all'epoca: difatti, al di là del fragilissimo (e fors'anco a tal fine inutilizzabile) argomento costituito dalla presenza dell'avverbio “parimente” nel primo comma dell'art. 1153 c.c. abr., nelle disposizioni non era ravvisabile nessun altro elemento che si potesse prestare ad essere interpretato quale indice della volontà legislativa di inserire nelle menzionate norme presunzioni legali (e, men che meno, di tipo assoluto⁷⁷).

imprescindibile il già citato contributo (diviso in due parti) di G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*.

⁷⁵ Si espresse, in via generale, in maniera differente G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, cit., p. 207: «Un fatto, perchè dia luogo a responsabilità, deve essere colposo, ma non può essere presunto tale; deve perciò sempre la colpa essere provata. [...] La prova di questa colpa potrà esser data con qualunque mezzo, perchè quivi non si è in tema contrattuale [...]». Le disposizioni di cui agli artt. 1153, 1154 e 1155 c.c. abr., giusta questa affermazione, furono interpretate non già quale fattispecie basate su colpa presunta, bensì quali limitazioni (dunque non estensibili analogicamente) al principio della colpa, ma senza fornire alcuna indicazione sulla natura di una simile responsabilità: «Ogni modificazione portata quindi a questo principio [della colpa] essendo un'eccezione ai principi di diritto comune devesi ritenere come soggetta ad interpretazione restrittiva» (p. 226).

⁷⁶ Cfr., seppur con riferimento alla sola responsabilità per i danni da cose, C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 815: «Qual'è la ragione di tale responsabilità? Alcuni (e non pochi) scrittori ricorrono ad una presunzione di colpa: si presume, a loro avviso, che il padrone o l'utente dell'animale sia stato negligente nella sorveglianza dell'animale. Di siffatta presunzione si trova in realtà menzione nei lavori preparatori del Codice francese; ma (qualunque fosse la personale opinione dei compilatori di esso) è certo che la legge non contiene veruna allusione al concetto della presunzione medesima».

⁷⁷ Difatti, la presenza di una presunzione legale, lungi dal poter essere limitato ai soli casi di espressa menzione dell'apposito termine, deve però poter essere non equivocabilmente ricavabile dal testo di una disposizione. In questo senso, molto nette (e condivisibili) le parole di C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, V, rist. 3^a ed. int. rived. da S. Lessona, Torino, 1927, p. 137: «Un ultimo carattere comune ad ogni maniera di presunzione si desume dall'art. 1350 Cod. civile: non vi è presunzione legale, senza che “una legge speciale” la attribuisca a certi atti o certi fatti. Quando alla locuzione equivoca “legge speciale” si surrogli l'altra “disposizione speciale di legge”, si avrà una regola esatta e comune ad ogni specie di presunzione. Solo il Bonnier pretese di dire che tale regola si applica bensì alle presunzioni “iuris et de iure” ma non a quelle “iuris tantum” le quali a suo dire, *peuvent fort bien ressortir de l'ensemble de dispositions de la loi*. Ma è facile rispondere che l'articolo 1350 è comune ad ogni presunzione legale, ed è appunto tale articolo che vieta si riconosca una presunzione legale “sine lege” e che la locuzione di tale articolo “certi atti” “certi fatti” impedisce di creare presunzioni “iuris” coll'analogia o coi principi generali del diritto. Inoltre la presunzione, contraddicendo la massima di diritto comune che ogni prova ammette la prova contraria, non può crearsi senza un espresso volere del legislatore, pure non dovendosi esigere, per riconoscere una presunzione, che la legge usi questa parola: basta che esprime il concetto [...]». In precedenza, si era espresso nello stesso senso anche il “primo” maestro di Lessona (cfr., sul punto, F.L. SIGISMONDI, *Carlo Lessona*, in *Diz. biog. giur. it.*, I, diretto da I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletta,

Ma, se possibile, vi è anche di più. In precedenza, si è fatto riferimento all'art. 1488 del codice albertino del 1837 (diretto discendente dell'art. 1370 c.c. *Code Napoléon*), evidenziando come i delitti e i quasi-delitti fossero stati posti dal legislatore sullo stesso piano dei quasi-contratti e come tutti trovassero la loro origine in un *fatto* personale dell'obligato. Ebbene, in quella sede, la norma fu presa in considerazione, in relazione alla distinzione tra delitti e quasi-delitti, per evidenziare come essa non fosse basata sul diverso atteggiamento psichico del soggetto; in questa sede, invece, si può porre all'attenzione del lettore un altro aspetto che viene ad essere direttamente rilevante e che subito si andrà ad illustrare.

Orbene, siccome al dolo nessuna importanza veniva attribuita dalle norme di fattispecie della responsabilità extracontrattuale (e cioè quelle che debbono essere prese in considerazione ai fini della distinzione *in subiecta materia*), la norma – a ben vedere – non avrebbe più rivestito una qualche forma di utilità in relazione alla necessità di ribadire la mancanza di volontarietà in relazione all'azione (la convenzione in ambito contrattuale, per meglio intenderci). Ma, allora, preso atto della sua inutilità classificatoria in relazione a questo aspetto, e preso altresì atto del fatto che le riflessioni dei giuristi si mostravano sempre meno sensibili e influenzabili dall'attenzione nei confronti delle simmetrie ricostruttive giustinianee dalle assai dubbie fondamenta normative, una sua permanenza all'interno del nuovo codice unitario del 1865 (e ciò specialmente nell'ambito qui oggetto di disamina, e cioè quello sui criteri di imputazione e sul monopolio della colpa) avrebbe forse creato più problematiche che benefici, e ciò non tanto con riferimento al *fatto*, quanto alla sua aggettivazione in termini di *personalità*: tale caratteristica, qualora la disposizione fosse stata trasposta anche nel nuovo codice, avrebbe fornito un possibile argomento a sostegno di quelle interpretazioni incentrate sulla colpa anche delle norme che stabilivano una responsabilità per un fatto altrui, in forza della quale si sarebbe potuto muovere un rimprovero al soggetto responsabile per non aver *colposamente* scelto con cura i propri collaboratori, educato la prole e così via enumerando.

Ecco, dunque, la ragione per la quale non sembra che della mancata trasposizione della disposizione di cui si è detto ci si debba particolarmente dolere, ma – anzi – si può ben ritenere l'esatto contrario⁷⁸.

Bologna, 2013, p. 1171; il coinvolgente saggio di F. CIPRIANI, *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovena e Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 754 ss., ma, in particolare, pp. 757-759; nonché, più di recente, B. CAVALLONE, *Carlo Lessona e le lucertole dello zio Michele*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 108 ss.), L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, rist. 5ª ed., Torino, 1931, p. 360: «Quest'enumerazione [dell'art. 1350 c.c. abr.] è lungi dall'essere tassativa; abbondano nelle leggi altre presunzioni, che non si possono comprendere in alcuna delle specie indicate nel sopra riprodotto articolo 1350 del Codice civile. Si osservi che per l'esistenza della presunzione legale è mestieri di una disposizione espressa di legge, che tale presunzione ammetta. [...] al solo legislatore spetta lo stabilire di siffatte presunzioni: tutti gli indizi, gli argomenti di probabilità, che non siano rivestiti dal legislatore del carattere di presunzioni legali, possono soltanto costituire presunzioni *semplici* [...]» (corsivo orig.). Ma, ancora, circa la terminologia che possa indicare la volontà legislativa di stabilire una presunzione, si veda p. 367: «Abbiamo detto che per l'esistenza della presunzione legale è necessaria una disposizione espressa della legge, che tale presunzione ammetta. Ma, nello stabilire queste presunzioni, il legislatore non usa sempre il vocabolo esplicito di “presunzione”, o il verbo “si presume”; spesso adopera parole equipollenti; dice cioè “si considera come fatto”, ovvero “s'intende che”, o “una data cosa si ha per vera fino a prova contraria”, o ancora “si reputa che”. – Ed anzi osserva giustamente il Ramponi come talora il legislatore, senza valersi del vocabolo “si presume” o di altri equipollenti, stabilisca la presunzione in forma nettamente *affermativa*, o con una formola speciale che esprime l'effetto per la causa» (corsivo orig.). Orbene, è interessante notare come, tanto nelle indicazioni normative riportate nelle note a piè di pagina, quanto nei (succinti) richiami operati nel corpo del testo, non sia possibile trovare alcun tipo di riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 1153, 1154 e 1155 c.c. abr.; in maniera differente (leggasi, più diffusamente) tali referenti normativi saranno sottoposti ad analisi dal già citato allievo del Mattirola, e cioè il Lessona. Sull'evoluzione storica e sul contenuto teorico-generale della categoria di “presunzione”, si veda la dotta voce di F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (teor. gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 274 ss.

⁷⁸ E, difatti, come si ricordava (cfr., *supra*, nota 29) anche l'articolo 1370 *code Napoléon* è stato abrogato.

Riprendendo ora il filo del discorso da dove si era lasciato prima dell'apertura di questa breve (ma non infruttuosa) parentesi, si può affermare, senza timore di apparire eccessivamente e ingiustificatamente assertivi, che una simile interpretazione in termini di colpa (e di colpa presunta perfino *iuris et de iure*⁷⁹) risultava eccessivamente interpolativa (in quanto inseriva forzosamente all'interno delle disposizioni elementi particolarmente sconvolgenti da un punto di vista non solo applicativo, ma anche teorico) e che, di conseguenza, essa non poteva essere ritenuta meritevole di accoglimento in ragione della sua elaborazione basata sull'aprioristico (e, quindi, indimostrato) assunto per cui senza colpa non si sarebbe potuto dare luogo a responsabilità. Di contro, una spiegazione in termini di responsabilità oggettiva delle fattispecie di responsabilità per fatto altrui o per cose in custodia⁸⁰ (secondo l'ampia formulazione del primo comma dell'art. 1153 c.c. abr.), oltre

⁷⁹ Circa l'art. 1154 c.c. abr., diverso il giudizio di G. GIORGI, *Nota a Cass. Firenze 30 dicembre 1889*, cit., cc. 350-351: «Se non che su questo punto è nato un equivoco, perchè si è potuto credere che ci sia controversia sull'ammissibilità della prova contraria, quasi che si tratti di una presunzione *iuris et de iure*, simile a quella che per l'art. 1153 grava sui padroni e sui committenti. Nessuno, che io sappia, ha mai avuto la bieca intenzione di escludere una prova, che farebbe dell'art. 1154 una disposizione addirittura draconiana». Epperò, come lo stesso A. ebbe modo di notare, la prova liberatoria non sarebbe dovuta consistere nella dimostrazione della mancanza di colpa da parte del proprietario o dell'utilizzatore (tale da vincere la presunzione di colpa *iuris tantum*), bensì di quell'evento esterno idoneo ad interrompere il nesso causale (quale il fatto colposo del danneggiato o il caso fortuito). Con riferimento alle differenti presunzioni asseritamente contemplate all'interno dell'art. 1153 c.c. abr. (e cioè tra quasi tutte le figure ivi contemplate, da un lato, e in padroni e committenti, dall'altro), si veda T. GIANNINI, *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, cit., p. 328: «Siamo di fronte ad una responsabilità presunta in diverso grado; sono due presunzioni l'una *iuris tantum*, l'altra *iuris et de iure* cui qui la legge ha stabilito [...]». Come visto, C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., non solo non ritenne che negli artt. 1154 e 1155 c.c. abr. potessero ravvisarsi colpe presunte (cfr., *supra*, nota 57), ma, anzi, prendendo le mosse dalla responsabilità dei padroni e committenti (circa la posizione dell'A. sull'ultima fattispecie, cfr., *supra*, nota 67), avanzò seri dubbi sulla possibilità di procedere alla “spiegazione di un fenomeno giuridico” sulla sola base di presunzioni legali assolute o finzioni: «La maggior parte degli scrittori adduce una presunzione *iuris et de iure in eligendo* o *in vigilando*. L'addurre una presunzione *iuris et de iure*, come addurre una finzione [...], non è spiegare un fenomeno giuridico; poichè le presunzioni assolute e le finzioni non sono che lo stesso problema in forma diversa» (p. 809). Su quest'ultimo aspetto, si veda N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 943: «I giuristi, è vero, nel loro pedantesco attaccamento al Diritto romano, parlano, in questi casi, di colpa presunta *iuris et de iure*: ma non si avvegono, così, che vengono ad esprimere lo stesso concetto con false frasi, giacchè una siffatta colpa, non essendo effettiva, non è colpa [...]». Chiarissima anche la posizione di G. VENEZIAN, *Diritto civile. 5 Responsabilità civile diretta e indiretta*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1898, p. 136: «È dunque affatto arbitraria ed infondata la pretesa di limitare l'esistenza di un rapporto di commissione al caso in cui questa sorveglianza sia possibile; ma è del pari ingiustificato il richiedere un altro elemento, oltre e all'infuori del rapporto di commissione, come fondamento della responsabilità. Il ricorrere alla colpa della scelta è un artificio logico per conciliare la prescrizione che stabilisce in termini assoluti la responsabilità del committente, col principio tradizionale che non vi sia responsabilità senza colpa. I teorici hanno coscienza, che si tratti di un artificio, e parlano di una colpa presunta *iuris et de iure*, o d'una finzione di colpa, d'una colpa, che risulta *ex post facto* dalle conseguenze dell'attività spiegata dal commesso». Una critica molto netta alla presunzione di colpa *iuris et de iure* nell'art. 1153 c.c. abr. è contenuta in O. SECHI, *Responsabilità indiretta dei padroni e dei committenti*, in *Giur. it.*, 1896, IV, c. 424 ss. In relazione alla responsabilità dei padroni e committenti, si veda la critica di F. SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 330: «Le diverse giustificazioni di questa responsabilità o peccano di genericità, come il preteso, e, come tale, insussistente, principio *cuius commoda eius incommoda*, o, in quanto ricorrono al concetto di colpa presunta, sono puramente fittizie, poichè urtano contro l'impossibilità, in cui si trova il principale, di sottrarsi alla responsabilità, dimostrando l'insussistenza di qualunque sua colpa (arg. *a contrario* art. 1153, ult. comma)»; «Il presupposto della responsabilità indiretta, a norma dell'art. 1153, è appunto il rapporto di lavoro subordinato» (c. 332).

⁸⁰ Nonostante il riconoscimento dell'ammissibilità di una responsabilità senza colpa, non estendeva a tutte le fattispecie di cui agli artt. 1153, 1154 e 1155 c.c. abr. l'ambito di operatività di tale forma di responsabilità F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., pp. 647-649, ritenendo che nei casi di responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e degli artigiani (art. 1153, commi 2, 3 e 5. c.c. abr.), nonché in quella per danno da rovina di edificio (art. 1155 c.c. abr.), si potesse continuare a parlare di responsabilità per colpa (e ciò in ragione della possibilità di fornire la prova contraria, esclusa – invece – per il danno cagionato da animali e per quello cagionato dai domestici e commessi). Di conseguenza, ad avviso dell'A., la specialità dei casi «di obbligazione al risarcimento *senza torto* vero e proprio, e cioè *senza colpa* [...] non permett[e] certo di stabilire *in iure condito* un principio generale secondo cui a costituire l'obbligazione al risarcimento basti la sussistenza di un “nesso causale oggettivo per cui il fatto lesivo si debba attribuire alla cosiddetta *sfera giuridica* di qualunque altra persona che non sia il danneggiato stesso”, come inizialmente sostenne il compianto

ad evitare siffatta insostenibile interpretazione, avrebbe consentito di apprezzare in misura migliore e più profonda la reale portata delle norme sulle quali – come si è sostenuto nelle prime parti della presente riflessione – deve essere condotta la ricerca di quelle che – anche storicamente – possono essere ritenute le funzioni della responsabilità extracontrattuale: ci si sarebbe avveduti, pertanto, del fatto che è, anche in tali ipotesi, la responsabilità civile sarebbe stata improntata ad una funzione rigorosamente compensativa, avrebbe avuto quale suo fine non tanto la punizione del soggetto agente (che sarebbe potuto anche non versare in uno stato soggettivo di colpa), quanto il risarcimento di quel pregiudizio (il danno) che il soggetto leso aveva patito in seguito al verificarsi di un evento lesivo nei termini in cui il *conditor legum* lo aveva preso in considerazione e gli aveva attribuito rilevanza giuridica mercé il suo inserimento all'interno della fattispecie legale⁸¹.

Dopo aver brevemente ripercorso le vicende della responsabilità oggettiva, possono essere effettuate alcune considerazioni di sintesi su questa particolare tematica, così da poter iniziare a porre in evidenza alcuni collegamenti con quanto è stato affermato, in termini generali, all'inizio del presente capitolo.

In primo luogo, non può non rilevarsi come la colpa abbia rivestito un ruolo che potrebbe essere paragonato a quello di un vero e proprio buco nero che – con la sua forza gravitazionale – attira inesorabilmente a sé tutto ciò che gli si avvicina. Epperò, nel nostro caso, la forza esercitata dalla colpa non derivava da una intrinseca potenza del criterio di imputazione normativamente fondata, ma da una potenza etero-prodotta (dai giuristi). Fuor di metafora e detto in altri termini: la responsabilità extracontrattuale, la sua struttura da cui si potevano ricavare le funzioni attribuite all'istituto, *non era* caratterizzata da una *funzione punitiva* (bensì – come detto – da quella compensativa volta al risarcimento del pregiudizio patito⁸²), ma *veniva intesa* in questo senso in via interpretativa⁸³.

In secondo luogo, e di conseguenza, si può osservare come la progressiva apertura (di credito teorico, nonché applicativa) che sarebbe stata nel tempo concessa alla responsabilità extracontrattuale di tipo oggettivo sia stata frutto non di una radicale riforma legislativa⁸⁴ volta a modificare in maniera

Venezian» (p. 649, corsivo orig.). Ma la preoccupazione era rivolta anche alla possibile estensione generalizzata – per via legislativa – della responsabilità oggettiva quale unica tipologia di responsabilità: «Ma anche *in iure condendo* simili tesi non potrebbero essere accolte, perché manifestamente prive di un fondamento giuridico serio, ed inoltre *pericolosamente vaghe e grossolanamente esorbitanti*» (*ibidem*, corsivo orig.). Su questo ultimo aspetto, si sofferma ora – con il consueto nitore intellettuale – C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 19-20.

⁸¹ Limitatamente alle fattispecie di cui agli artt. 1153, comma 3, 1154 e 1155 c.c. abr., si veda quanto affermato da L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 571: «anche qui non vi è che la necessità di una più efficace tutela del danneggiato indipendentemente da una illiceità soggettiva delle persone dal cui patrimonio [...] ha avuto origine il torto [...]».

⁸² Ben lo rilevava F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., p. 647: «L'intento *diretto* della legge nello stabilire l'obbligazione del risarcimento a carico dell'offensore, non è quello di minacciare una *sanzione* al reo, bensì quello di procurare al leso una *riparazione*; tuttavia nei casi in cui il risarcimento reca danno a chi deve prestarlo, esso acquista il carattere di *sanzione*» (corsivo orig.). Si veda anche, nel commento generale all'art. 1153 c.c. abr., L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., p. 343: «Si tratta di un quasi-delitto, si tratta di una specie di penalità: bisogna ricordarlo».

⁸³ Nettissima la posizione di N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 932: «La base storica e il concetto erroneo sono la confusione dell'idea di pena con quella di risarcimento di danni». Da ultimo, condivisibili le parole di M. FRANZONI, *La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere*, cit., p. 1103: «Del resto, l'antico adagio “nessuna responsabilità senza colpa” riassume il senso di quello stato dell'arte, nel quale il risarcimento era certo obbligazione, ma non era lontano dall'idea di sanzione per una condotta contraria alla legge. E ciò è tanto più vero se si considera che la *iniuria* altro non era che la lesione di un diritto assoluto, del quale la proprietà costituiva la *sineddoche*».

⁸⁴ Si vedano le appassionante parole (utili anche in relazione a quanto si è più sopra affermato circa le presunzioni di colpa) di F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 222-223: «La sua base [della responsabilità oggettiva] è allargata nel diritto positivo odierno: con la responsabilità per il fatto del dipendente, vera responsabilità obiettiva, invano palliata dai decrepiti concetti della *culpa in eligendo* e *in vigilando* e dalla nuova teorica della *rappresentanza*; con la responsabilità del proprietario per i danni prodotti dalla rovina

sconvolgente le forme e le strutture dell'istituto, bensì di un ripensamento di detto modo di intendere quest'ultimo, e ciò secondo quanto si è evidenziato all'inizio di questa parte del presente lavoro: i cambiamenti, anche quelli non di poco momento, spesso possono derivare non già da mutamenti legislativi, bensì da differenti visioni che sono state adottate nello studio di un determinato tema; si deve, però, prestare sempre molta attenzione a non confondere per un mutamento dell'istituto ciò che, in realtà, si presenta quale “mera” diversità di visione e di atteggiamento nei confronti del testo normativo conducente ad un risultato a cui, invero, si sarebbe ben potuti giungere *ab origine* se solo il dato positivo fosse stato oggetto di una maggiore attenzione e di una minore influenza di aprioristici (ma assai – negativamente – influenti) assunti dogmatici (dovendosi intendere tale aggettivo, come si diceva più sopra, nella sua accezione deteriore).

§ 8. *L'annosa questione del danno morale e della sua risarcibilità.*

Fino a questo punto della nostra disamina sono state prese in considerazione le riflessioni e le ricostruzioni che la dottrina aveva elaborato basandosi su dei testi che sarebbero stati sì oggetto di modifiche (e, in precedenza, di proposte di modifiche), ma in una misura non tale da inficiare quanto si è andato esponendo: ed è così che, in una sorta di inversione tra quei differenti aspetti rilevanti che lo svolgimento della ricerca e dell'analisi funzionale consente di apprezzare e che – all'inizio del presente capitolo – sono stati proposti (e posti) all'attenzione del lettore⁸⁵, ci si è soffermati sul diverso modo di intendere gli enunciati normativi fatto proprio dalla dottrina, evidenziando i problemi (anche funzionali, per quanto qui di precipuo interesse) che da un simile *modus procedendi* sono derivati.

Orbene, la questione che si andrà ora ad affrontare si dimostra doppiamente interessante, in quanto la trattazione di cui è stata costantemente oggetto nel tempo mostra particolari affinità tanto con l'aspetto di cui si è testé fatta menzione, quanto con quello che si era posto per primo in evidenza, e cioè le non indifferenti modifiche legislative che hanno caratterizzato le vicende dell'istituto e che debbono essere necessariamente scrutinate per cercare di comprendere nella maniera migliore possibile il contenuto della categoria e, di conseguenza, le sue funzioni; e tale circostanza, invero, si dimostra vieppiù necessaria nel momento in cui – guardando, ora, ai tempi presenti – la figura viene sovente richiamata in ragione della sua asseritamente differente caratterizzazione funzionale e, quindi, adotta quale argomento ritenuto idoneo a sostenere torsioni funzionali dell'istituto nel suo complesso.

L'abbrivio di questa nostra riflessione sul tema non può che essere costituito – banalmente – dal *nomen iuris* della categoria giuridica in oggetto⁸⁶, siccome, per il suo tramite, si può già essere posti

dell'edificio e dagli animali e dell'armatore per i fatti del capitano e della gente dell'equipaggio; con l'obbligo di indennizzo nei casi di acquedotto e di passaggio forzoso e di occupazione in b. f. di porzione del fondo altrui nella costruzione di un edificio come nei casi di espropriazione di pubblica utilità; con la responsabilità per danni prevista dall'art. 36 del Codice di Commercio».

⁸⁵ Cfr., *supra*, § 1.

⁸⁶ Si segnalano fin d'ora (anche per quanto concerne questo specifico aspetto), le durissime critiche che furono mosse alla categoria del danno morale da C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, in *Giur. it.*, 1896, I, 2, c. 569 ss.; nonché ID. *Nota a Cass. Palermo, 23 febbraio 1895*, in *Foro it.*, 1896, I, c. 685 ss. Le argomentazioni contenute nei due contributi sono, anche in ragione della vicinanza temporale delle pubblicazioni, pressoché sovrapponibili; ciò che si segnala, invece, è la particolarmente utile presenza, sulle colonne del *Foro it.*, di un iniziale elenco unitario delle pronunce italiane che riconobbero la risarcibilità del danno morale (che, di contro, vengono suddivise nel corpo della nota pubblicata sulla *Giur. it.*). L'influenza dei contributi in questione fu in grado di far mutare orientamento alla giurisprudenza, come riconobbe, nella sua prolusione, L. COVIELLO SR., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, cit., pp. 1648-1649: «Un altro esempio [di influenza sulla giurisprudenza dei richiami della dottrina] ne fornisce la questione del risarcimento dei cosiddetti danni morali. Sino al 1905 la nostra giurisprudenza, al pari della francese, erasi mostrata larghissima nel concederlo, ma, dopo i noti articoli del Gabba, ha mutato rotta, negando la risarcibilità quante

nelle condizioni di intendere: in che termini fosse posta la questione; di riflesso, come sia stato delineato il perimetro di *questo* particolare tipo di danno e i suoi rapporti con gli *altri* danni; e, quindi, più in generale, cosa dovesse intendersi per danno *risarcibile*. Dicendo cosa forse ampiamente nota, non può non ricordarsi come il pregiudizio in oggetto venisse posto in strettissima relazione con l'aggettivato "morale", dovendosi però evidenziare, al contempo, come – all'interno della figura in questione – fossero poi destinate a confluire assai eterogenee tipologie di lesioni dei vari interessi di tipo non patrimoniale che il soggetto avrebbe potuto patire a causa dell'illecito⁸⁷, finendo – così – per ricomprendere molti differenti pregiudizi all'interno di una sola categoria: pertanto, ponendosi – per un momento – al di fuori dell'ottica patrimonialistica (sulla quale, comunque, si dovrà tornare, e si tornerà a breve), può notarsi come la figura destinata a occupare, sul punto, il campo della giuridicità e a monopolizzare le riflessioni teoriche fosse, in fin dei conti e *onnicomprendivamente*, una sola.

Ed è, per l'appunto, alla luce delle caratteristiche dei pregiudizi da quest'ultima contemplati che può comprendersi quali fossero le maggiori problematicità riscontrabili e, di conseguenza, le ragioni che generarono assai aspri confronti non già sui pregiudizi in sé e per sé considerati, quanto sulla loro risarcibilità: difatti, nessuno – nemmeno tra i più fieri oppositori della figura – si spinse mai fino al punto di sostenere la vera e propria *inesistenza* di simili lesioni (in caso contrario ci si sarebbe posti in una insanabile rotta di collisione con la realtà dei fatti, e cioè specialmente per quelle di tipo fisico), ma ciò che fu radicalmente contestato (senza possibilità di prova contraria, ad avviso di alcuni) fu la loro (positiva) rilevanza giuridica, e ciò, come si diceva, *sub specie* della *risarcibilità*.

Ma perché il danno morale era ritenuto non risarcibile? Per quali motivi questi pregiudizi non economici patiti a seguito della commissione di un fatto illecito – qualunque esso fosse, secondo ciò che si è già osservato in precedenza – non dovevano essere compensati con una obbligazione posta in capo al soggetto responsabile?

Gli argomenti addotti a sostegno della tesi della irrisarcibilità di quei pregiudizi che, anche nei contributi dottrinali e nelle pronunce giurisprudenziali, venivano preceduti (il che non è del tutto irrilevante, se si ha riguardo non solo al modo in cui il problema veniva affrontato, ma anche

volte non vi è danno patrimoniale neppure indiretto. Però in tal caso, più che il peso dell'autorità dottrinale, non essendovi una *communis opinio* tra gli scrittori, deve avere influito, io penso, il lodevole intento di eliminare una fonte di abusi e di speculazioni giudiziarie». Su quest'ultimo punto, seppur con riferimento all'ordinamento francese, ritornò anche G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., p. 804: «E la prima conseguenza che s'ebbe della nuova concezione, introduttrice nelle idee giuridiche fermate una causa di pretendere indennità che era parsa prima non legittima, fu la esagerazione nel dedurre in ogni domanda, in ogni giudizio di liquidazione di danni, anche il danno morale. Perché infatti non pretenderla?» (quest'ultima affermazione del Chironi, come intuibile, è ben trasponibile – come non si mancherà di far presente – anche ad alcune vicende a noi temporalmente ben più prossime).

⁸⁷ «Anzitutto è necessario por mente alle varie specie di *danno morale*, che nella giurisprudenza distinguonsi. La espressione *danno morale* può intendersi in due modi, l'uno stretto e l'altro lato e improprio. In *senso stretto e proprio* danno morale è un danno che non cade su nessuna material cosa appartenente al danneggiato, che non si avverte quindi cogli esterni sensi, ma che solo interiormente è sentito [...]. Onde è, per es., danno morale la scemata reputazione di una persona, la mancata educazione paterna ai figli cui fu tolto il padre, o un patema d'animo o afflizione procacciato ad una persona, agendo direttamente in di lei confronto, o d'altri in modo illecito e contrario al diritto. In *senso lato ed improprio* è danno morale ogni danno ingiustamente recato ad altrui, che non tocchi e non diminuisca il suo patrimonio. E quindi è *danno morale* in questo senso non soltanto quello così chiamato ed inteso nello stesso senso indicato poc' anzi, ma eziando quello che colpisce quelle altre materiali cose, appartenenti all'individuo, oltre ai beni patrimoniali, che sono l'integrità corporale, e la fisica salute. [...] Dei due detti significati della espressione *danno morale*, il secondo è certamente quello da preferire nella discussione sulla risarcibilità di questo danno»: così C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., cc. 569-570 (corsivo orig.). Diversa la visione del Chironi, orientata in senso maggiormente intimistico: «Del danno "morale" si vuol dire ch'è lesione del "sentimento personale", e l'idea è la stessa che più incisivamente era compresa nella parola del diritto comune germanico "*pecunia doloris*": l'offesa di ciò ch'è parte intima della personalità, costitutiva di ogni atto o moto della coscienza, acquista l'essere concreto e manifesto suo col "dolore" che produce, e sempre il danno morale è in definitiva dolore» (così G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., p. 802).

presentato all'altrui attenzione) dall'ulteriore aggettivo "cosiddetti" (quasi a rimarcare il fatto che, giuridicamente, non si sapesse bene – né manco si potesse sapere – di cosa si stesse parlando⁸⁸) erano, sostanzialmente, di diverso ordine: (i) le sofferenze interiori e le lesioni fisiche di per sé intese (si ribadisce, quindi: senza, per ora, considerare i risvolti economici) non potevano essere ricomprese e sussunte all'interno della categoria del danno di cui all'art. 1151 c.c. abr., in quanto il pregiudizio risarcibile in base a quest'ultimo articolo sarebbe stato solo quello di tipo patrimoniale⁸⁹; (ii) sarebbe poi risultato *immorale* corrispondere del danaro al danneggiato al fine di compensare tali danni⁹⁰; (iii) non trascurabili criticità sarebbero sorte in relazione al non meglio precisato ambito di operatività di un risarcimento in tal modo concepito⁹¹ (si pensi, inoltre, alla ricollegabile problematica dei soggetti

⁸⁸ Particolarmente caustico un passaggio di C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 575: «L'impulso dato in Germania all'allargamento del concetto del danno al di là della cerchia patrimoniale, produsse maggiori effetti nei paesi retti dal *code civil*. Mentre questo nulla affatto dice intorno al cosiddetto danno morale, la giurisprudenza francese e belgica lo volle interpretare favorevolmente ad esso. Fu essa inventrice della stessa espressione *danno morale*, ma [...] non venne mai a ben definire i concetti relativi ad essa, e questa indeterminatezza di idee fu, come ho già avvertito, causa di quel continuo allargarsi della dottrina del risarcimento di danni non patrimoniali, senza ben definiti criteri, e quasi inconsapevolmente, per sola virtù della espressione generica *danno morale*, di cui oggi do spettacolo la giurisprudenza civile, specialmente italiana» (corsivo orig.).

⁸⁹ «[M]oltissime volte non è neppure ammissibile in lingua comune, nonché giuridica, l'espressione *danno* applicata agli obbietti cui quei danni morali si riferiscono»: così C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 582 (corsivo orig.). Sia consentita una breve parentesi che, alla luce delle odierne riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale, potrebbe essere non infruttuosamente apprezzata. Anche tra i sostenitori della risarcibilità del danno morale, alcuni pregiudizi non erano considerati suscettibili di risarcimento, in quanto non si ravvisava la lesione di una situazione giuridica, di un diritto: «Se poi una ferita cagionata a un ricco signore gli toglie la possibilità di viaggiare, come faceva per lo innanzi, di leggere, di coltivare la musica, e così via (tutte spiacevoli conseguenze della offesa integrità personale, a cui certo aveva diritto), non si può negare che l'elemento della *iniuria* concorrerebbe. Ma, quando si arriva a concedere risarcimento al dispiacere che prova un congiunto od un amico per la perdita del congiunto o dell'amico, allora certamente si dimentica quel criterio fondamentale [...]» (così C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 799). Una distinzione tra ambito contrattuale ed extracontrattuale sembra essere operata da P. COGLIOLO, voce *Danno*, in *Dig. it.*, IX, t. I, Torino, 1887-1898, p. 23 ss. Infatti, dopo una recisa affermazione dal sapore generale in relazione al concetto di danno («Il danno, che è contemplato dal diritto, e che dà luogo a rapporti giuridici, ha la caratteristica essenziale d'essere una diretta od indiretta diminuzione del patrimonio del danneggiato, valutabile ed imputabile, o per legge o per fatti o per contratto alla persona danneggiante. D'altri danni non si occupa il diritto; innumerevoli se ne arrecano gli uomini nella società, ma per la maggior parte non van sottoposti alla sanzione civile, bensì morale o religiosa o della pubblica opinione»: p. 24), si può notare un riferimento alla risarcibilità dei danni morali extracontrattuali («Nella colpa contrattuale, a differenza della colpa aquiliana, non si può pretendere il risarcimento dei danni puramente morali, perchè il contratto stesso circoscrive al patrimonio gli obblighi delle parti e perciò l'adempimento ed il danno»: p. 27). Parlò espressamente di un *non-danno* G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell'articolo 185 codice penale*, in *Scritti in onore del prof. Ugo Conti per il trentesimo anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932, p. 245: «Si tratta cioè di un effetto che si esaurisce nella interiorità dell'anima, senza traboccarsi nel mondo esteriore. In tali casi si parla di danni "non patrimoniali" in contrapposto a danni "patrimoniali" [...]. Si dovrebbe parlare meglio di *non-danni*, perchè il concetto di danno ha logicamente e giuridicamente [...] altro significato» (corsivo orig.). Sarebbe tornato, in seguito, su questa limitazione interpretativa M. PERFETTI, *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1049: «può qui osservarsi come la generica previsione di risarcibilità del danno di cui all'art. 1151 c.c. 1865 era comunemente interpretata come riguardante esclusivamente il danno patrimoniale, o economico, che era allora considerato come il danno *tout court*».

⁹⁰ Cfr. C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 574: «Notisi il motivo *tutto morale* per cui il giure romano nega il risarcimento di quella specie di *danno morale*, e quindi anche in tutte le altre; si vede che pei Romani questo risarcimento, che a molti moderni sembra tanto ovvio, era invece una impossibilità morale, e quindi anche razionale» (corsivo orig.). Sul punto, anche se successivamente, B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 449: «Nè ci si venga a portare contro la comoda obiezione che i beni di questa specie, sono inestimabili; che è ridicolo compensare il dolore morale con una somma di denaro, ecc. Conosciamo bene questo linguaggio, e ci è pur noto che si giuoca coll'equivoco tirando in ballo anche un testo romano che la *libertas est res ineximabilis*. Molti non s'immaginano neppure l'ampiezza di tutela che assicurava alla persona il concetto romano dell'*iniuria*!».

⁹¹ Si veda sempre C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 579: «In fatto di risarcimento di *patemi morali* in ispecie, la giurisprudenza italiana va liberaleggiando sempre più, in un modo e in una misura senza esempio nessun, neppure in Francia [...]» (corsivo orig.).

legittimati ad agire in caso di morte di una persona cara⁹², con conseguente forgiatura dell'ulteriore efficace immagine dell'eccessivo stuolo⁹³ di persone piangenti accalcantesi intorno al corpo di un defunto al quale erano a stento legati⁹⁴); (iv) le intrinseche ed ineliminabili difficoltà – poste praticamente alla soglia di una impossibilità propriamente intesa – di procedere alla quantificazione della somma che si sarebbe dovuta riconoscere al soggetto che avesse lamentato il patimento di un danno morale⁹⁵; (v) i seri dubbi in relazione alla possibilità di poter considerare positivamente fornita, per la sofferenza interiore, la prova del danno effettivamente subito⁹⁶. Di talché, a detta del più strenuo

⁹² Cfr., sul punto, L. COVIELLO SR., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, pp. 320-321: «L'artificiosità dell'obiezione salta agli occhi. È ovvio che l'azione per i danni non può spettare che a colui che ha direttamente ricevuto l'offesa e ai suoi eredi, vale a dire a chi è stato soggetto passivo del delitto o del fatto illecito, non già a terzi estranei. I danni sono dovuti come conseguenza di una *iniuria*: or questa è indirizzata alla persona che viene colpita dal fatto illecito, non ai suoi amici o ammiratori» (corsivo orig.).

⁹³ Non ha lesinato critiche al Giorgi C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 579: «Il Giorgi ha oltrepassato di molto il liberalismo della legislazione svizzera del 1879, che abbiamo già veduto non essere poco; imperocché, mentre questa legge limita il risarcimento dei patemi morali di terze persone ai soli casi di uccisione o lesione personale, e a beneficio soltanto dei parenti superstiti, il Giorgi invece lo accorderebbe anche nel caso di turbata quiete della famiglia, e non soltanto a beneficio dei parenti, ma anche degli amici».

⁹⁴ Un esempio si può trovare, seppur in epoca successiva, in R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, p. 282: «Implicitamente il progetto nega dunque sia agli amici, sia alla concubina della vittima dell'accidente ogni azione d'indennità fondata sul dolore che essi provano. Questa soluzione, contraria a quella della giurisprudenza francese ci sembra assai necessaria per evitare, intorno al feretro della vittima, una quantità di affetti interessati».

⁹⁵ «[I]l massimo oggetto contro il risarcimento dei danni morali, cioè non patrimoniali, in istretto senso, è lo stesso che vale contro il risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, cioè del male fisico, è l'impossibilità di stabilire un equivalente fra un danno non patrimoniale e un bene patrimoniale qualunque, il danaro in particolare»: così C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 583. Ma, ancora: «Sono anzi due impossibilità, non una sola, che ostano alla stima pecuniaria del danno patrimoniale, o morale in genere: impossibilità di trovare una unità di misura di questo danno, e impossibilità di tradurre questa unità di misura in una data unità di misura pecuniaria. Due impossibilità, che non è possibile celare e sorvolare se non con vano discorso, e male appropriati espedienti dialettici» (*ibidem*). In precedenza, in termini analoghi, L. PEDRAZZI, *Del danno morale*, in *Giur. it.*, 1892, IV, cc. 358-359. Si veda la critica radicale (rivolta anche al diverso modo di intendere il ruolo del giudice in relazione alla ammissione della risarcibilità di un pregiudizio non verificabile e non quantificabile) di G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 241-242: «la diversità di opinioni in materia ha la sua origine prima nella diversità del punto di vista dal quale si pongono gli autori. Quelli che muovo dall'idea (stavo per dire dal preconcetto) di doversi far trionfare certi principii astratti (e ben subiettivi) di una umana giustizia; quelli che [...] sono mossi dal desiderio di arrivare ad una soluzione più larga ed umana, arrivano invece (senza accorgersene, o fingendo di non accorgersene) a sacrificare la logica giuridica [...]. Gli autori che si attengono invece al concetto giuridico della risarcibilità di quei danni soltanto che possano venire valutati in denaro e in base a criteri oggettivi e controllabili, pervengono necessariamente alla conclusione che il danno puramente morale non deve essere risarcito per la semplice ragione che non può esserlo» (corsivo orig.). Ben sintetizza la questione G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., pp. 802-803: «Ciò avvenne, che per essersi tenuto in considerazione il solo oggetto immediato dell'offesa, la "persona" nell'esser suo, nell'intima costituzione etica e giuridica sua, si pensò che essendo fuor d'ogni commercio non potesse ricevere estimazione, e quindi si ritenne non valutabile il "danno morale": e l'idea della non possibilità di valutazione si tradusse necessariamente nell'altra della "non risarcibilità", qual caratteristica di questa speciale forma di detrimento mal data». Successivamente, al fine di limitare l'ambito della risarcibilità, distinguendo tra danno morale (risarcibile) e prezzo di affezione (non risarcibile), si veda C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 799: «Il dolore fisico, il dolore di un affronto, lo sfregio alla figura, e così via, sono nocimenti personali, che hanno un significato comune, abbastanza facilmente apprezzabile e che un giudice, il quale viva nell'ambiente sociale in cui i fatti si svolgono, può ordinariamente compensare con una cifra, che risponde all'aspettazione dell'universalità dei cittadini. Invece, se viene ucciso, p. es., un cane a Tizio, il dolore per tale perdita sarà da lui forse pochissimo sentito; mentre, se viene ucciso il cagnolino di una vecchia dama, questa verrà meno dall'angoscia e non troverà consolazione neppure alla vista d'un mucchio d'oro. Per cui, in tale ipotesi, oltre naturalmente il risarcimento del valore di cambio, sarà difficile accordare un compenso per danni morali. Al danno morale [...], come noi lo abbiamo delimitato, si applica il *communiter fungi*; al prezzo di affezione (e simili) s'attaglia direttamente quella *singulorum affectio*, che sostanzialmente contraddice all'idea di una stima obiettiva. Sotto tale aspetto dunque non v'ha difficoltà a concedere la riparazione pel danno morale, se veramente la giurisprudenza in proposito si ispira ai sentimenti ed alle esigenze della società moderna».

⁹⁶ C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 579: «il Lozzi ha il merito di avvertire l'indole tutta subiettiva del danno morale, benchè non siasi accorto che essa appunto costituisce una grave difficoltà contro la sua tesi,

oppositore della risarcibilità di questo tipo di danno, essendo la figura del danno morale un «mal seme»⁹⁷, alla teoria della sua risarcibilità non poteva riconoscersi alcun valido fondamento scientifico, ma doveva essere solamente riconosciuta per quello che era, e cioè il frutto di idee “avventate”⁹⁸.

Nessuna rilevanza giuridica, pertanto, sarebbe stata attribuibile a tale figura? Le cose, a ben vedere, non sembrano poter giustificare una risposta di segno positivo ad una affermazione così netta e perentoria.

Difatti, pur non ritenendo ammissibile la risarcibilità di un pregiudizio in prevalenza inerente alla sfera interiore⁹⁹, anche tale corrente di pensiero non poteva non rilevare come la sofferenza – specie nei casi di lesioni particolarmente gravi alla personalità del singolo o di perdita di un familiare con cui il legame di parentela fosse piuttosto stretto – potesse psichicamente degenerare fino al punto di impedire a colui che si fosse trovato in siffatta situazione di impiegare le proprie forze e competenze nella sua qualità di prestatore di lavoro¹⁰⁰ e, dunque, di produrre (o continuare a produrre) reddito: e

perchè osta in pari tempo all'accertamento del danno, e alla valutazione di esso». E, con riferimento a soggetti non coincidenti con quello offeso dall'azione: «Se e in chi veramente si verifichi il danno morale, *patema d'animo*, è un punto di fatto, che non è mai possibile accertare; più che una presunzione in proposito non si può avere, fondata e anzi fondatissima bensì in alcuni casi, ma non mai presunzione *juris et de jure*. Come si può affermare con sicurezza che la tale o tal persona, attinente in qualunque modo all'ucciso o al ferito, o al mutilato o deturpato, risente gran dolore da questa disgrazia? Sia pure di regola presumibile codesto dolore p. es. nei discendenti o nel coniuge della vittima, talvolta però l'apparente dolore di costoto non è che una ipocrisia, che il giudice non ha mezzi, o non può osare di smascherare, sicchè egli può trovarsi ad accordare un risarcimento a quelle persone e per quel titolo, fra le risate universali» (cc. 585-586, corsivo orig.).

⁹⁷ Così, espressamente, C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 585

⁹⁸ «[L]a dottrina del danno morale, oggi accolta in Italia, non solo si raccomanda ben poco, ma già a prima giunta apparisce tutt'altro che scientifica, e da sospettarsi più avventata che fondata. Io credo però che la giustificazione scientifica, mancata finora alla dottrina in discorso, neppure si possa dare. Io credo che, sceverato da questa dottrina il vero che propriamente non le appartiene, e che fa parte invece della dottrina del risarcimento del danno patrimoniale, in tutto il rimanente essa non regga alla critica giurisprudenziale, nè nelle premesse sue, nè, meno ancora, nelle sue conseguenze ed applicazioni, e che sia ormai tempo di porne in luce la sua fallacia e la vanità»: così C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 580. La soluzione proposta dal Gabba e consistente in un invito rivolto alla dottrina e alla giurisprudenza italiane può essere sintetizzata prendendo a prestito il (di poco precedente) aforisma verdiano: “Torniamo all'antico e sarà un progresso”. Infatti, «la dottrina del danno morale, come è oggi intesa e applicata dalla giurisprudenza, specialmente italiana, è aberrazione, fuorviamento. È oramai tempo che ella se ne ricreda, e desista. Ritornare alla sapienza romana sarà questa volta non già fra regredire, ma far rinsavire la giurisprudenza, la quale è anzitutto accurata distinzione di cose differenti, precisione e rigore matematico di concetti e di deduzioni, costante e fedele connubio del diritto e della legge col senso comune» (c. 588). Esempio della durezza dello scontro tra le differenti concezioni un passaggio di B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, cit., pp. 448-449: «avendo sempre io pure, nel limite delle mie poche forze [...] sostenuto la stessa tesi [della risarcibilità del danno morale, condivisa dalla sentenza commentata], mi sono talora sentito trattare da sognatore o da scolareto troppo ardito. O Dio, si fa quello che si può. Non tutti possono essere delle cime e anche gli scolaretti hanno diritto di pensare con la loro testa».

⁹⁹ Merita di essere riportato il “catalogo” delle esclusioni formulato da C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 581: «Non ammetto invece che si possa domandare, come diritto civile, il risarcimento dei veri e propri danni morali, sia che questi consistano in dolore fisico, sia che consistano: a) in diminuzione di pregi personali, o fisici, come la bellezza, o morali, come la verginità, la pudicizia, la considerazione pubblica, o b) in patemi, siano *fisici*, procurati alla vittima di una lesione corporale, dalla malattia cioè più o meno lunga cagionata dalla lesione, o dalla morte, siano *morali*, cioè turbamento, dispiacere, cordoglio, cagionati dall'offesa fisica o morale all'offeso o ad altre persone, o finalmente c) nella privazione inflitta all'offeso o a terze persone, della possibilità di conseguire da sé medesimi, o da altri, certi morali vantaggi, come il matrimonio, la coltura, l'educazione; – tutti questi danni, in quanto vengono considerati a parte dai danni patrimoniali provenienti dalla medesima causa, io reputo non potersi stimare a danaro, nè con danaro risarcire. Io affermo codesto di tutti quanti i suaccennati danni, nessuno eccettuato» (corsivo orig.).

¹⁰⁰ Cfr. A. GRASSI, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 1350: «La disposizione dell'art. 1151 è così assoluta, che non consente restrizioni. Essa astrae del tutto dalla persona lesa, per considerare soltanto il danno nella sua obiettività giuridica, all'entità del quale commisura il risarcimento. Sotto il nome di danno s'intende in genere qualunque diminuzione patrimoniale [...]; ma siccome si ha diritto di conservare intatta la propria integrità ed attività personale, non che la reputazione e la stima presso gli altri, anche le diminuzioni che per causa del fatto illecito colpiscono cotesti diritti patrimoniali rappresentano altrettanti danni risarcibili per legge. Il danno dunque può essere patrimoniale, in senso stretto, e morale [...].»

allora, in questo caso¹⁰¹ (ma *solo* in questo specifico caso¹⁰²), la sofferenza avrebbe trovato una via per un suo riconoscimento, in quanto causa, per il soggetto leso, della impossibilità lavorativa¹⁰³ (e considerazioni analoghe possono essere riferite, addirittura con maggiore immediatezza, alle lesioni fisiche invalidanti¹⁰⁴).

Come è possibile notare, e come si diceva poc'anzi, la prospettiva in cui il pregiudizio sarebbe andato a collocarsi sarebbe stata quella genuinamente patrimonialistica¹⁰⁵, e cioè l'unica in cui – a detta dei sostenitori dell'orientamento in questione – sembrava potersi muovere (ma, forse, sarebbe meglio dire: sarebbe stato costretto) il risarcimento: sarebbero state le ripercussioni sul patrimonio del soggetto leso le conseguenze idonee a giustificare il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, non altre¹⁰⁶.

¹⁰¹ Radicale la contestazione della distinzione tra danno morale che ha conseguenze patrimoniali e quello che, invece, non ne produrrebbe svolta da B. BRUGI, *Ancora del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, p. 386: «noi vogliamo soltanto che chi produce un danno qualsiasi rifonda il danno, anche perchè (qui sta forse il nodo della questione) è metafisica, pura metafisica distinguere un danno morale che ha un contraccolpo sul patrimonio da un danno che non ha questo contraccolpo».

¹⁰² Dedicò attenzione al fatto che il danno patrimoniale derivante da tale lesione dovesse essere *certo* (e non solo potenziale) C. FERRINI, voce *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 799: «Chi ha l'animo angustiato, chi si curva sotto il peso del dolore, non ha più nè viva lena al lavoro, nè mente libera per accudire i propri affari e interessi e perciò va soggetto a diverse conseguenze patrimoniali nocive. Inoltre, non è raro il caso, che il dolore dell'animo produca malattie, le quali sono già per sè stesse fonte di spese e altre conseguenze economiche. È quindi giusto, si dice, riparare ogni danno morale, poichè ne possono derivare anche danni materiali. Tutto ciò è sicuramente vero e noi non lo neghiamo affatto; ma non basta il dire che *può* derivare un danno economico (affatto generico, indeterminato, potenziale) perchè di questo danno si abbia a pronunciare il risarcimento. Del resto, dicevamo, ogni danno deve essere risarcito, trattisi di danno emergente ovvero di lucro cessante; trattisi di danno avvenuto o di tale, che si avvererà certamente nel futuro».

¹⁰³ Una critica particolarmente severa nei confronti di una tale modalità ricostruttiva sarebbe stata mossa, nello svolgimento dell'analisi di alcune sentenze di epoca successiva in cui si continuava a ricorrere a questo schema argomentativo, da A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, p. 407: «Si ripete qui un motivo frequente nella giurisprudenza anteriore al cod. penale [del 1930], che desiderando estendere il campo del risarcimento anche oltre i limiti del danno strettamente patrimoniale, e non ritenendovisi autorizzata dalla legge positiva, dichiarava risarcibile il danno morale, quando si ripercuotesse, per quanto indirettamente, sul patrimonio. Questa giurisprudenza, che è una vera contraddizione in termini, perchè se il dolore psichico, l'offesa grave agli effetti [affetti?] si ripercuote nel patrimonio non si può parlare di danno *non patrimoniale*, fu richiamata anche di recente quale *ius receptum* dall'App. Napoli 18 dicembre 1931 [...] nel caso di lesioni grave inferte dolosamente, prima però dell'entrata in vigore del nuovo codice penale» (corsivo orig.).

¹⁰⁴ Molto scettico nei confronti di una tale limitazione, facendo leva sulla impossibilità di procedere – anche nel caso dei danni materiali – ad una esatta quantificazione, fu B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, cit., p. 450: «Chi considera la cosa da un aspetto un po' elevato si persuade subito che, salvo pochi casi, un vero risarcimento del danno, anche patrimoniale, è impossibile. Dare una somma qualsiasi all'operaio che ha perduto un braccio in un infortunio sul lavoro, equivale forse a indennizzarlo di tutti i danni che ha risentito e risentirà per non avere più quel braccio? [...] Noi facciamo sempre e quasi sempre un approssimativo risarcimento di danni. È bene poi osservare che, volendo restringere il risarcimento di danno morali al caso che abbiano avuto un visibile contraccolpo sul patrimonio si cade in conseguenze ingiuste ed assurde».

¹⁰⁵ Ben rilevò la confusione in cui, a tratti, si trovava certa giurisprudenza G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., p. 801: «Così è; dopo tante indagini faticose, tormentose talvolta anche pei testi di legge assoggettati ad una cura violenta d'interpretazione, il dibattito sull'entità e quindi sul rifacimento del "danno morale" è sempre aperto: e quel che più sorprende è la incertezza onde paiono addirittura avvolte certe decisioni [...] quando dopo accolta la separazione netta fra le due maniere di danno compongono poi il danno *morale* di elementi al tutto patrimoniali» (corsivo orig.). La confusione classificatoria sarebbe stata rilevata, in seguito, anche da G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell'articolo 185 codice penale*, cit., p. 244.

¹⁰⁶ C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 572, esaminando attentamente quelle pronunce dichiaratesi favorevoli alla risarcibilità del danno morale, notava come molte di queste, in realtà, risarcissero quale danno morale la conseguenza patrimoniale di una lesione ad un bene non patrimoniale del soggetto leso: «Il danno morale, che sulle prime sembra titolo dell'azione e oggetto del risarcimento nei detti casi, non è in realtà che rappresentativo di un danno patrimoniale. Sono casi e giudicati gli anzidetti, nei quali non direttamente si ha di mira un danno morale, ma indirettamente un danno patrimoniale. Ed ora è risaputo che il danno patrimoniale consumato con una azione illecita, non è soltanto quello che *direttamente*, ma anche quello che *indirettamente*, purchè necessariamente, da quell'azione proviene» (corsivo orig.). Ma, ancora più incisivamente: «Perchè i suaccennati giudicati potessero addursi come

Dopo questa breve digressione sulla (eventuale) rilevanza di tali danni ammessa anche da parte di coloro che negavano la autonomia risarcitoria della figura, pare potersi riprendere, a questo punto, il filo principale del discorso, e cioè quello sulla più generale ammissibilità, in sé e per sé considerata, della categoria.

Orbene, potendosi qui prescindere (in ragione di quanto si è osservato nelle precedenti parti del presente lavoro e che, anche in questa sede, si è avuto modo di richiamare ulteriormente) dal soffermarsi su quell'argomentazione – ideologicamente caratterizzata – che fa perno sulla immoralità della soluzione risarcitoria (in quanto tale aspetto sembra guardare, più che alla ammissibilità scientifica della figura, alla condivisibilità del risultato¹⁰⁷), deve rilevarsi come fosse altresì presente – e non mancasse di far sentire la propria divergente opinione – una differente corrente di pensiero che contestava tanto la asserita irriducibilità di tale pregiudizio all'interno della categoria giuridica del danno (siccome quest'ultimo, all'epoca, risultava privo di qualsiasi possibile aggettivazione che potesse meglio specificarne l'area di operatività¹⁰⁸), quanto la *consecutio* logica in forza della quale

favorevoli alla tesi della esistenza (in gius civile, s'intende) ed alla risarcibilità del danno morale, occorrerebbe per lo meno che in esse venisse il risarcimento dichiarato comporsi di due parti, l'una rispondente al vero e proprio e diretto danno morale dell'offeso buon nome, o dell'offeso decoro personale, l'altra rispondente all'indiretto danno patrimoniale; il che non accade davvero, nè può affatto supporre» (*ibidem*, corsivo orig.). Sull'influenza di tale concezione risarcitoria sulla definizione dell'ampiezza della categoria in questione, si veda G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., p. 240: «Il vivo dibattito che, specie in questi ultimi decenni, si è avuto in tema di danni morali, ha condotto, almeno in un punto, ad un risultato positivo. Tutti i più autorevoli civilisti sono ormai concordi nel dare del danno morale una *definizione negativa*. Essi intendono per danno morale quel danno che opera esclusivamente sulla nostra personalità morale, che consiste cioè in una *sofferenza la quale non ha alcuna ripercussione sulla entità del nostro patrimonio presente o futuro*. Non sono dunque più considerati danni morali, in senso tecnico, quei danni che pur ledendoci moralmente (ed essendo quindi, in tale senso, danni morali) colpiscono però attraverso al nostro patrimonio morale (onore, buona reputazione, buon nome, ecc.), anche il nostro patrimonio economico» (corsivo orig.).

¹⁰⁷ Chiaramente interpretabile in tal senso una critica alle concezioni e ai costumi dei suoi tempi di C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 585: «Per me sono esempi codesti, ed altri consimili, che segnano una vera decadenza della giurisprudenza contemporanea, per l'infiltrarsi anche in essa il rilassato senso morale, l'utilitarismo, il materialismo dell'epoca presente. Dovrebbero i nostri tribunali riflettere che, moltiplicando giudicati di tal fatta, essi contribuiscono, senza volerlo, a tutt'altro che a raffinare il senso morale giuridico della nazione, ma secondano invece la già dominante tendenza a considerare il danaro come il più sostanziale di tutti quanti gli interessi». Molto dure, in seguito, le parole di L. COVIELLO SR., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., p. 323: «Essi [i pregiudizi dottrinali sul danno morale] non rappresentavano poi quella conquista della scienza che si vorrebbe far credere, perchè mentre la maggior parte delle nazioni civili ammettono in più o meno larga misura il risarcimento del danno morale, l'Italia era isolata nel seguire una teoria che, ammantandosi di idealismo, riusciva [...] a dare prova di vero materialismo, proteggendo solo il patrimonio in senso economico e non quello morale». In contemporanea al Coviello, sarebbe tornato sulla questione anche G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell'articolo 185 codice penale*, cit., pp. 243-244: «La questione del risarcimento dei danni morali, va considerata da un duplice aspetto: secondo il diritto ideale e secondo il diritto positivo. Dal punto di vista del diritto ideale, parlare di risarcimento di danni morali è un'aberrazione».

¹⁰⁸ Lo avrebbe rilevato, all'indomani della approvazione della nuova codificazione penale, C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1933, I, p. 302: «La formula, generica e fors'anche eccessivamente lata, usata dal legislatore nell'art. 1151 cod. civ. ha concesso un larghissimo campo alla discussione dottrina in parola, permettendo ai sostenitori delle opposte tesi [...] di allargare sensibilmente il dibattito, attraverso argomenti di carattere generale che investono più vasti problemi e manifestano la loro utilità sotto i due aspetti caratteristici coi quali può trattarsi ogni questione giuridica: in quanto gli argomenti addotti *pro* e *contra* sono altrettanto validi nel dibattito, sia che si tratti il problema *de jure condito*, sia che lo si tratti *de jure condendo*». In precedenza, si veda L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., p. 335: «Il danno è qualche cosa che si soffre e non si dovrebbe soffrire, nel patrimonio, nella salute o nell'onore».

dalle menzionate difficoltà probatorie¹⁰⁹ e quantificatorie¹¹⁰ si faceva discendere una inappellabile irrilevanza, a fini risarcitori, della figura in questione: il “danno” costituiva una categoria ampia in cui ben sarebbe potuto essere ricompreso anche il pregiudizio morale, della cui verifica si sarebbe dovuto occupare il giudice¹¹¹, il quale si sarebbe dovuto soffermare – ed ecco l’aspetto che per noi riveste una utilità funzionale – non già sulla condotta di colui che tale danno aveva cagionato, bensì sul danno che il soggetto leso aveva subito¹¹².

Ma vi è di più. Le problematiche circa la quantificazione del risarcimento non avrebbero dovuto costituire un ostacolo alla ammissibilità di quest’ultimo non solo in ragione del fatto che – in generale

¹⁰⁹ Difficilmente contestabile l’affermazione di L. COVIELLO SR., *L’articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., p. 320: «Ma altro è impossibilità ed altro è difficoltà di accertamento di un fatto. Poiché la prova del danno incombe all’attore, se non riesce a fomirla, la sua domanda sarà respinta. Quanto poi ai possibili infingimenti, sarà cura del convenuto smascherarli, e tocca al giudice usare tutti i mezzi di cui dispone per accertare la verità; ma non è questa una ragione per negare *a priori* l’azione di risarcimento». Sul punto, anche B. BRUGI, *Presunzione di danno morale che è causa di danno economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 575: «Resta per latro la questione della prova, questione che fu l’assillo dell’antica giurisprudenza, e che lo è della nuova. Si noti che anche la prova è un’arma a doppio taglio. Il giudice non può decidere se i fatti non gli sono provati: l’attore ha l’obbligo della prova, lo sappiamo; ma la prova non sempre è possibile, nè sempre possibilmente completa. Per la mancanza di prova non si rende giustizia: gode il peccatore e soffre l’innocente. La Corte ha sentito questa grande verità: grande, ma non altrettanto semplice nella sua applicazione. Si è appigliata ad una presunzione e, secondo me, ha fatto benissimo [...]». In precedenza, argomentazioni di ordine simile erano state oggetto delle aspre critiche di G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., p. 243: «Gli scrittori che sostengono la risarcibilità dei danni morali si fanno anche forti di un argomento a sensazione. Si dovrà dunque, dicono, lasciare libero campo ai malvagi contro gli onesti? Questo argomento è solo apparente. Il danno morale, quando anche non venga represso dalle leggi civili, lo è dalle penali, le quali colpiscono il danneggiante, dando in tal modo soddisfazione al danneggiato» (corsivo orig.).

¹¹⁰ Cfr., sul punto, G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., pp. 803-804: «la giurisprudenza, la francese in particolar modo, obbietta che la *difficoltà* di stimare il pregiudizio non può significare *impossibilità* di farlo, condusse per via indiretta ad affermare quel che prima era parso decisione ripugnante al diritto, la risarcibilità cioè del danno non patrimoniale. E diciamo che il risultato si ottenne per via indiretta. Si mosse difatti da un equivoco *voluto*: s’intese l’antica regola del non potersi dare estimazione dei “beni personali” come se proprio non significasse *inestimabilità* di obbietto fuor di commercio, ma quasi non possibilità *tecnica* di valutazione: quello che era impossibilità determinata dalla special natura dell’oggetto, venne intesa non più come caratteristica veniente a questo dal singolar essere suo, ma quale *ostacolo* derivante alla normale procedura di estimazione dell’entità dell’oggetto. Quindi non più si disse essere questa cosa *inestimabile* perché fuori dalle transazioni giuridicamente possibili: si pensò che fosse solo difficilmente estimabile [...]» (corsivo orig.).

¹¹¹ Netta la posizione di G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d’Italia per singoli articoli*, cit., p. 205: «Questo danno reale non è però soltanto il danno materiale o pecuniario; esso può invece essere un danno semplicemente morale. Su questa distinzione del danno in materiale e morale non crediamo oggimai che vi possa essere questione. La giurisprudenza e la dottrina sono concordi su ciò, e le questioni non possono riguardare che l’apprezzamento del danno morale, il quale si fonda su criteri più incerti». Si veda, inoltre, B. BRUGI, *Ancora del danno morale*, cit., p. 385: «Noi, fautori del risarcimento del danno morale, non crediamo di torturare la legge con sottili interpretazioni a sostegno della nostra opinione, che un giorno o l’altro trionferà. La parola “danno” è generica e indica qualunque nocimento [...]. Ma tale considerazione esclusiva del patrimonio è un effetto di tradizione e niente più, perché già nel diritto romano giustiniano si considerano anche tali interessi e danni non patrimoniali». Della stessa opinione, riflettendo sull’influenza dell’art. 185 c.p. sull’art. 1151 c.c. abr. (v. *infra*, nota 163), L. COVIELLO SR., *L’articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., pp. 316-317: «Danno significa indubbiamente diminuzione o privazione di beni, ma ciò può riferirsi così ai beni materiali, come ai beni non materiali (la pace, la tranquillità di spirito, la libertà individuale, l’onore ecc.), che hanno anche un valore maggiore per il benessere e la felicità dell’uomo. La parola “danno” perciò, senz’altra aggiunta, viene arbitrariamente ristretta al danno materiale» (corsivo orig.). Da ultimo, si sofferma sull’etimologia del termine “danno” C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 2490 ss.

¹¹² Parzialmente differente (e, quindi, problematica nell’ottica funzionale) la posizione di G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d’Italia per singoli articoli*, cit., p. 211: «Quanto al male morale l’indennità non potrà mai essere altrimenti apprezzata che come un compenso imperfetto e nulla più, ma non mai come un’indennità». Epperò, si veda, a completamento del precedente, anche il seguente passaggio: «Nell’apprezzamento poi dovrassi naturalmente tener calcolo della qualità delle persone, sia di chi reca il danno, che di chi lo riceve. Lo stesso legislatore nel Codice Penale che in questa parte completa il Codice Civile fa queste distinzioni di persone relativamente alla gravità del fatto delittuoso. È lo stesso spirito che deve perciò dominare la responsabilità civile» (p. 212).

– le difficoltà operative, anche se rilevanti, non avrebbero comunque potuto costituire un valido motivo per pregiudicare il riconoscimento della tutela, ma anche perché – come non si mancò di porre in evidenza – il danaro, ancorché non suscettibile di parificazione ad un bene che – per sua natura – mal si presta ad essere inserito all’interno di logiche di tipo economicistico, costituiva (e costituisce tutt’ora) l’unico mezzo con il quale è possibile procedere ad una qualche forma di compensazione delle sofferenze patite dal soggetto che ha subito tale pregiudizio¹¹³. Detto in altri termini: tra la totale mancanza di una tutela a seguito del verificarsi della lesione e, invece, una tutela riconosciuta dall’ordinamento e concretizzantesi in quelle forme – seppur non ottimali – previste da detto ordinamento, la seconda ipotesi pareva sempre e comunque preferibile rispetto alla prima¹¹⁴.

Ebbene, come sovente accade, nessuna delle due diverse e opposte correnti di pensiero poteva ritenersi integralmente priva di aspetti criticabili (e, quindi, suscettibile di piena ed incondizionata condivisione teorica e applicazione pratica¹¹⁵). Tuttavia, affermando – anche in questo caso – una cosa ampiamente nota, è proprio da tale benefico incontro-scontro di differenti ed opposte concezioni e ricostruzioni¹¹⁶ che l’auspicabile intervento legislativo sulla materia – volto ad individuare il giusto

¹¹³ Si veda, al riguardo, un passaggio (successivo al momento forse di più aspro confronto) di C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., pp. 310-311, nota 24: «Che il danno morale, per la sua speciale natura, non sia a rigor di termini *risarcibile* e cioè che ad esso male si adatti, in pura linea teorica, l’istituto del risarcimento è altra questione: finché la legislazione positiva non ci offrirà un istituto più conforme, ricorremo al risarcimento... *faut de mieux*. Ma che la lesione di un bene morale non debba e non possa riguardarsi come *danno*, ci sembra davvero eccessivo: non vediamo perché il patrimonio ideale non possa subire menomazioni o diminuzioni al pari dell’altro. Il turbamento psichico arrecato dal fatto altrui menoma, cioè diminuisce, la normale tranquillità dell’individuo, così come l’offesa che colpisce la reputazione ne menoma l’onore. Verissimo che il dolore può talvolta (non sempre purtroppo) rafforzare l’animo, cioè arricchirlo di nuove energie: ma tale fenomeno è l’effetto di una reazione che si verifica *dopo* che lo spirito ha subito la menomazione: la quale pertanto può essere considerata in sé e per sé, al pari di qualsiasi altra alterazione nell’ordine fisico delle cose» (corsivo orig.). In precedenza, in questo senso anche L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., p. 338: «Vi ha forse qualcosa di relativo o in proporzione ai dolori morali che ci fa provare la iniquità altrui? Col danaro si compensa forse l’onore? Ma né legislatori, né economisti, né filosofi, seppero trovare qualche altra cosa più alla mano, per così esprimersi, e che la società civile potesse offrire a sollievo degli afflitti fuorchè il danaro»; nonché B. BRUGI, *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 624: «Forse il vero è che nessun danno può esser mai esattamente riparato; ma questa dolorosa verità non ci deve impedire quell’atto di giustizia che è il risarcimento di un danno morale, anche se di questo non si veggano subito le conseguenze sul patrimonio dell’individuo. Altrimenti la persona umana è tutelata a metà!». Sul punto, si veda anche L. COVIELLO SR., *L’articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., p. 317: «Nè giova insistere sul significato etimologico e letterale della parola “risarcire” per indurne che esso importa restituzione *ad pristinum*, non già compenso mediante il danaro. È vero che la forma migliore di risarcimento è la reintegrazione del bene o diritto leso nello stato primitivo, ma non sempre ciò è possibile neppure per danni patrimoniali diretti, e molto meno per quelli indiretti; eppure si parla di risarcimento mediante indennizzo».

¹¹⁴ Cfr. L. COVIELLO SR., *L’articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., p. 319: «Quanto poi all’obiezione che l’onore, la libertà, la pace, sono beni inestimabili e che nessuna somma di danaro può dirsi adeguata, è una verità che non si mette in dubbio, ma questa non è una buona ragione per non lenire in nessun modo il dolore del perduto bene: meglio poco che nulla».

¹¹⁵ Si vedano i rilievi alle modalità decisorie avanzati da B. BRUGI, *Ancora del danno morale*, cit.: «Ma [...] veniamo alla nostra decisione milanese che, a sentire tanti, avrebbe abbandonato l’eresia per far ritornare tutti all’ovile. Io niente valgo e niuna autorità mi arrogo; ma con tutto il rispetto ai decidenti, non posso che disapprovarla. E mi spiego subito: la disapprovo non pure per la tesi sancita che si può discutere, ma per il modo di decidere.» (p. 386); «si resta stupefatti leggendo una delle argomentazioni della nostra decisione fondata unicamente sulla circostanza che la suprema Corte regolatrice territoriale è contraria al rifacimento del puro danno morale. [...] Meno male che i decidenti ci danno un contentino ripetendo che è apprezzabile “la dottrina della risarcibilità del danno morale per sé stante”! Consoliamoci: non sarà dunque poi un grosso errore crederci, come altri lo chiamano con un certo compatimento per noi: *avec suffisance*, direi quasi» (p. 387).

¹¹⁶ Gustoso un passaggio di B. BRUGI, *Ancora del danno morale*, cit., p. 385: «E bisogna che io notifichi ai buoni lettori come molti si affrettarono subito ad avvertirmi [...] che la Cassazione torinese, aveva imbiancato la decisione citata [favorevole al risarcimento dei danni morali]. Che gioia sui loro volti! E che gioia nella loro penna, perchè alcuni anche me ne scrissero! E poi mi sono imbattuti in molti *formidolosi homines*, come li avrebbe detti Giustiniano, i quali gridano sul muso a noi, poveri sostenitori del rifacimento del danno morale e ai giovani: la giurisprudenza ha deciso; niente danni

punto di equilibrio in relazione ad una questione che si presentava come scarsamente disciplinata dal punto di vista normativo, e che, dunque, si sarebbe potuta facilmente prestare a interpretazioni (eccessivamente) espansive – avrebbe tratto i frutti migliori, riuscendo a trarre indubbio giovamento da alcuni punti fermi su cui si sarebbe potuto individuare un – consapevole o meno che fosse – comune approdo delle differenti opinioni dottrinali: il riferimento è, come emerso da quanto si è più sopra posto all’attenzione di chi legge, alla irrinunciabile rilevanza che l’elemento del danno effettivamente patito rivestiva nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la quale, di conseguenza, mostrava sempre di più – e ciò nonostante le sopracitate tendenze interpretative di segno opposto manifestatesi in relazione alla componente volitiva del soggetto agente e degeneranti in una esasperata (ed esasperante) ricerca di una rimproverabilità della condotta del responsabile – una non equivocabile caratterizzazione funzionale di segno compensativo, nonché, di riflesso, un netto e radicale rigetto di possibili tendenze punitive¹¹⁷.

§ 9. *Le (superabili) problematicità di una nuova categoria: la riparazione pecuniaria.*

All’esito dell’analisi del materiale normativo da cui si sono prese le mosse (e che – secondo quanto si è avuto modo di precisare in apertura del presente capitolo – costituiva il punto di abbrivio del nostro itinerario storico), pare giunto il momento di inoltrarsi nella disamina di quelle successive innovazioni e modificazioni (nonché proposte) legislative che hanno caratterizzato, in maniera feconda, il periodo a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

Orbene, le prime innovazioni legislative (dell’Italia unitaria) propriamente intese che diverranno subito oggetto di attenzione sono quelle che furono apportate non già in relazione alla codificazione civile, bensì a quella penale (o, più precisamente, alle categorie civilistiche prese in considerazione all’interno della nuova legislazione penale e, poi, di procedura penale), e ciò in considerazione, come facilmente intuibile, del legame (più interpretativo, come si vedrà, che normativo-sistematico) intrattenuto con il contesto cui si è fatto da ultimo riferimento.

Onde non porsi in contrasto con quanto si è più volte affermato, conviene – forse – prendere le mosse dal testo della disposizione a cui si è voluto fin qui alludere senza ancora espressamente menzionarla, e cioè l’art. 38 c.p. 1889: «Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l’onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione». E, poiché l’erroneità del brocardo “*in claris non fit interpretatio*” è stata già da tempo¹¹⁸

morali se non sono anche danni patrimoniali! Ma, Dio vi benedica, quale giurisprudenza? Quella numero 1 o quella numero 2, 3 o 4?».

¹¹⁷ Differente la interpretazione del Chironi (G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit.), il quale, ripercorrendo storicamente la differenza tra la *lex Aquilia* e l’*actio iniuriarum* e ponendo il consueto interesse (che contraddistingueva le sue riflessioni) sulla colpa, arrivò ad affermare che la risarcibilità dei danni alla persona, in ragione di un presunto interesse pubblico, sarebbe stata – anche sotto la vigenza del codice civile del 1865 – non un risarcimento vero e proprio, ma una pena privata: «Ed ecco ancora, perchè la *colpa aquiliana* odierna, a cagione del rappresentare che fa nella maggior estensione e generalità sua il concetto della ingiuria come offesa alla *personalità*, è *riparazione* ordinata dalla legge nel pubblico interesse, e quindi pena: non *pena* nel senso che il diritto pubblico dà a tal parola, ma *pena privata*: non è sanzione rispondente a turbamenti della pubblica sicurezza, ma sanzione del sentimento giuridico generale, che, proteggendo direttamente la *persona* per questo suo stato sociale, dà ad *ogni persona* il diritto di non patir *offesa*, e talvolta anche non si aver danno veruno dall’azione altrui» (p. 810, corsivo orig.).

¹¹⁸ Lo rilevava già, ad es., T. ASCARELLI, *Scienza e professione*, cit., c. 87: «qualsiasi sistema giuridico non si presenta come inevitabile dispiegamento di coerenti principî, ma come sempre (e bene è stata dimostrata la stessa vanità della pretesa inesistenza di un’attività interpretativa *in claris*, chè questa stessa qualifica è risultato e non premessa dell’interpretazione) bisognoso dell’opera dell’interpretazione, che riduce ad ordine le norme, pur frutto storicamente di tendenze diverse [...]».

acquisita al comune patrimonio culturale dei giuristi (nonostante non manchino alcune nostalgiche ed estemporanee recrudescenze¹¹⁹), pare opportuno spendere qualche parola nel tentativo di interpretare tale enunciato e collocarlo nel contesto che si è già descritto.

Come prevedibile, a motivo della disputa interpretativa – sopra ripercorsa – circa il contenuto riconducibile alla categoria del “danno”, la disposizione fu – anch’essa – oggetto di differenti e opposte interpretazioni, tutte volte al rinvenimento di un solido argomento, legislativamente fondato, da portare a sostegno delle rispettive ricostruzioni.

Una prima interpretazione¹²⁰ faceva leva proprio sulla caratteristica della necessaria patrimonialità del pregiudizio che si era voluta portare a sostegno della tesi della irrisarcibilità di quei danni “meramente” interiori e privi di ogni riflesso (patrimoniale, ovviamente) esteriore ed oggettivamente apprezzabile, arrivando così a ritenere che il “danno” di cui la norma faceva menzione dovesse essere inteso – secondo la interpretazione più restrittiva fornita in ambito civilistico – quale “danno patrimoniale”: di conseguenza, l’inciso che precisava che la corresponsione della somma sarebbe stata possibile anche in mancanza di danno doveva essere inteso nel senso della assenza di un pregiudizio patrimoniale, ma non di altre tipologie di danno; e, pertanto, in questa prospettiva, la disposizione sarebbe venuta ad essere un riconoscimento della risarcibilità di un pregiudizio non patrimoniale¹²¹ per il tramite di una nuova figura che, per l’appunto, avrebbe assunto il nome di “riparazione” (pecuniaria)¹²². Inoltre, un simile esito interpretativo avrebbe tratto ulteriore conforto qualora si fosse guardato agli elementi ricompresi nella fattispecie delineata dalla disposizione e indicanti i casi nei quali si sarebbe potuto procedere alla condanna a detta somma di danaro, e cioè la lesione di determinati (ancorché non precisamente indicati, stante l’operatività di rinvio non proprio puntuale) interessi della persona ritenuti essere particolarmente rilevanti: la natura dell’interesse leso, dunque, in aggiunta a quanto sopra già detto, avrebbe giustificato una lettura dell’enunciato

¹¹⁹ Cfr. G. TRAVAGLINO, *Il danno alla persona e l’evoluzione della giurisprudenza*, in F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT e F. CASCINI (a cura di), *Responsabilità, rischio e danno in sanità. La sicurezza delle cure dopo la pandemia COVID-19*, Milano, 2022, p. 816, che parla di una norma (l’art. 138, comma 2, cod. ass.) «cristallina nel suo contenuto precettivo, inequivoca nella sua interpretazione». Sovviene, provvidenzialmente, il ricordo della lettura del già richiamato contributo chiarificatore di R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, cit., p. 927 ss. (specialmente nella parte dedicata alle differenti tipologie di interpretazione, pp. 929-930).

¹²⁰ Le differenti teorie interpretative furono ripercorse da G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, in *Dig. it.*, XX, t. II, Torino, 1913-1918, pp. 746-747.

¹²¹ Facendo riferimento alla riparazione quale mezzo di rimozione dello stato antiggiuridico (non ritenendo applicabile ai pregiudizi in questione quello della risarcibilità vera e propria), intese in senso compensativo la categoria della riparazione pecuniaria D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 175 e 180-181. Più di recente, avrebbe sostenuto questa interpretazione (anche sulla base di quanto già rilevato più sopra, nota 89) M. PERFETTI, *Prospettive di una interpretazione dell’art. 2059 c.c.*, cit., p. 1050: «Può anche osservarsi come l’art. 38 c.p. 1889 e, di più, l’art. 7, comma 2°, c.p.p. 1913 introdussero la più profonda innovazione in argomento, perché per la prima volta il legislatore faceva riferimento esplicito, anche se limitatamente all’ambito delle conseguenze giuridiche del reato, ai danni non patrimoniali e ne prevedeva la riparazione».

¹²² Una simile ricostruzione, con ampi riferimenti al diritto tedesco, venne contestata con particolare fermezza da C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 573: «Codesta riparazione pecuniaria di un reato produttore danno morale, è bensì affatto diversa dalla multa o dalla pena pecuniaria, ma non è neppure a confondersi col vero e proprio risarcimento. Essa è una vera pena in diritto italiano, come lo era nel Diritto Romano, e non è quindi maggiormente possibile in quello, che non lo fosse in questo, dalla riparazione penale pecuniaria dell’offesa, neppure in quei soli casi, in cui il diritto italiano l’ammette, desumere il concetto di un danno morale risarcibile, da trasportare poi nel campo del gius civile». Un parziale ripensamento sulla natura dell’istituto (ma non del pregiudizio per il tramite di quest’ultima risarcibile) è ravvisabile in *Id.*, *Nota a App. Palermo, 16 marzo 1903*, in *Foro it.*, 1903, I, c. 949: «quantunque avente carattere penale, come ciò è chiaramente detto nella relazione ministeriale alla Camera dei deputati, la riparazione pecuniaria, accordata dall’art. 38, ha però natura di risarcimento. Ma [...] non è presumibile venga fatta questa domanda da chi sente veramente il proprio onore, se non quando l’offesa di questo, codesto danno morale, si risolva indirettamente in danno patrimoniale, nel quale caso appunto e soltanto io ho sostenuto e sostengo potersi dare, sia in teoria civilistica astratta, sia in diritto civile italiano, risarcimento di danni non patrimoniali, o morali che dir si vogliono».

legislativo tale da farlo inevitabilmente volgere verso il risarcimento (*rectius*, riparazione) del pregiudizio di tipo morale.

Si può quindi rilevare come la linea interpretativa ponesse la fattispecie e la categoria della riparazione pecuniaria nel pieno solco della responsabilità extracontrattuale, attribuendole una funzione genuinamente compensativa del pregiudizio patito in seguito al verificarsi della lesione.

Epperò, a bene vedere, una siffatta ricostruzione non sarebbe potuta essere ritenuta meritevole di accoglimento per non poche e non irrilevanti ragioni.

In primo luogo, l'interpretazione della disposizione volta ad attribuire al sintagma "danno" una connotazione esclusivamente patrimonialistica trovava un non banale ostacolo di segno opposto qualora si fosse deciso di confrontare l'enunciato legislativo in questione con le precedenti versioni contenute in altri progetti di codice penale¹²³ (quali, ad es., l'art. 50 del progetto Vigliani del 1874¹²⁴, l'art. 46 del progetto Mancini¹²⁵ o l'art. 36 del progetto Savelli del 1883¹²⁶), ove si precisava che, in caso di reati contro l'onore della persona o della famiglia, il giudice avrebbe potuto pronunciare, nei confronti dell'autore del reato, la condanna alla riparazione pecuniaria, «ancorchè [siffatti reati] non [avessero] cagionato danno *materiale* nella persona o nelle sostanze».

Come si può notare, in questo caso (ma solo in questo caso, ed è bene sottolinearlo), l'elemento del danno – che veniva contemplato (negativamente) dalla disposizione al fine di escluderne la (positiva) rilevanza ai fini dell'integrazione di tutti gli elementi ricompresi nella fattispecie normativa così come strutturata dal legislatore – era caratterizzato dalla patrimonialità: di conseguenza, qualora l'aggettivazione fosse venuta a mancare (come poi effettivamente si verificò), l'interpretazione dell'enunciato non avrebbe potuto tenere in debita considerazione una modifica di questo tipo, in quanto rivolta ad una chiara estensione dell'ambito di rilevanza (negativa) dell'elemento del danno¹²⁷, inteso – questa volta senza possibilità di equivoco alcuno – quale pregiudizio patrimoniale e (con la dizione dell'epoca) morale.

Di più. Deve essere considerato, a questo punto, un ulteriore elemento che pareva porsi in contrasto con una lettura della disposizione in termini di riconoscimento legislativo della risarcibilità dei danni morali (ancorchè quest'ultima – e ciò non sembra essere, eventualmente, un aspetto di poco momento

¹²³ Si soffermò sugli artt. 131 e 132 del progetto di codice penale italiano del 1806 G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., p. 743, notando come la proposta «non incontrò il favore della Commissione incaricata di studiare il Progetto, essendosi considerato che la legge non può contare fra gli oggetti della pena ciò che risente d'una parziale vendetta, nè può permettere che dall'altrui delitto il privato, quantunque parte offesa, possa ritrarre un vantaggio». Come si vede, la natura originaria della condanna in questione era intesa non in senso compensativo, ma punitivo. L'A. rilevò, altresì, come, successivamente, nel codice penale sardo del 1859, una disposizione analoga fosse però stata oggetto di una interpretazione di tipo compensativo.

¹²⁴ «Ogni condanna alle pene stabilite dalla legge ha luogo senza pregiudizio delle restituzioni e del risarcimento dei danni agli offesi o danneggiati. Oltre le restituzioni ed il risarcimento dei danni, può il giudice, sull'istanza della parte offesa, pronunciare una riparazione pecuniaria in somma determinata per qualunque reato d'ingiuria, diffamazione o libello famoso ancorché non abbia cagionato danno materiale nella persona o nelle sostanze».

¹²⁵ «Ogni condanna alle pene stabilite dalla ha luogo senza pregiudizio delle restituzioni e del risarcimento dei danni agli offesi o danneggiati. Oltre le restituzioni ed il risarcimento dei danni, può il giudice, sull'istanza della parte offesa, pronunciare una riparazione pecuniaria in somma determinata per i reati che offendono l'onore delle persone o delle famiglie, ancorché non abbiano cagionato danno materiale nella persona o nelle sostanze». Si noti come il novero delle fattispecie in relazione alle quali il giudice avrebbe potuto concedere la riparazione pecuniaria si sia ampliato rispetto al precedente progetto.

¹²⁶ Nel progetto Savelli, l'art. 46 del progetto Mancini fu diviso in due parti: il primo comma divenne l'ultimo dell'art. 35, mentre il secondo fu riprodotto, senza sostanziali modificazioni, nell'art. 36. Nel passaggio da un progetto all'altro, si assiste, per la prima volta, ad una separazione topografica dei due commi.

¹²⁷ Cfr. G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., p. 744: «l'espressione "ancorchè non abbia cagionato danno materiale nelle persone o nelle sostanze" fu resa di significato più generale togliendosi al danno la qualifica di "materiale nelle persone e nelle sostanze"».

– sarebbe stata operata per il tramite di una verbosa circonlocuzione e la creazione di una nuova categoria giuridica tale da creare forse più problemi che certezze), e cioè quella che si era soliti chiamare *intentio legislatoris* e che, oggi¹²⁸, più correttamente, si indica in termini (teleologico-oggettivi) di *intentio legis*. Difatti, a tal riguardo, l'art. 3, comma 1, preleggi c.c. abr.¹²⁹ – diretto erede, seppur con una “demitologizzante” modifica¹³⁰, dell'art. 14 c.c. 1837 (per il Regno di Sardegna); vero antesignano del tanto vituperato art. 12 delle preleggi¹³¹ – stabiliva che, nell'esercizio dell'attività applicativa della legge (ma potendosi ritenere tale indicazione estensibile anche all'attività interpretativa, come non mancherà di suggerire la *rubrica legis* della vigente disposizione),

¹²⁸ Ma non solo. Si veda quanto già ebbe modo di rilevare, nel 1911, F. FERRARA SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 1576: «la legge è il risultato d'una *volontà collettiva*, la sintesi della volontà di più organi statuali. Ma che importa ciò? È sempre la manifestazione di una volontà. Si può dire legislatore è lo Stato! Così pure è da concedersi che la formula “*volontà della legge*” è un'espressione metaforica, ma questo non cancella la realtà che nella legge è espresso un contenuto volitivo: la legge non ha un *volere*, ma contiene un *voluto*. [...] noi arriviamo al concetto che la legge ha un *contenuto spirituale* che tocca all'interprete di dedurre e di svolgere, ha una *vis ac potestas* che deve mettersi in luce» (corsivo orig.).

¹²⁹ «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Sull'articolo in questione e sulle successive vicende in sede codificatoria, si veda A. GROPPALI, *Le disposizioni del nuovo codice civile sulla interpretazione delle leggi*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, pp. 249-250: «La disposizione più presa di mira è stata quella contenuta nel primo comma del suddetto art. 3 e che riguarda l'interpretazione da darsi alla legge secondo il significato proprio delle parole, la loro connessione e l'intenzione del legislatore e che è quella che, almeno a stare alle apparenze, riveste piuttosto il carattere di un canone di logica che non di un comando vero e proprio. Senonchè anche tale disposizione, soppressa come superflua nel Progetto definitivo, è stata ripristinata nel testo del codice, sia perchè, come ha osservato la Commissione parlamentare, serve di guida e di freno per evitare interpretazioni aberranti, sia per scongiurare il pericolo, secondo il rilievo del Ministro Guardasigilli, che la sua soppressione autorizzasse, più che il metodo d'interpretazione storico-evolutivo, che è stato sostenuto anche sulla base del diritto vigente, il metodo della libera ricerca e creazione del diritto. Anche se non si può convenire sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a conservare tale disposizione, che non ha prodotto nella pratica giudiziaria alcun inconveniente, non si può tuttavia che plaudire alla sua risoluzione».

¹³⁰ Nell'art. 14 del codice albertino, infatti, al termine “legislatore” era riservata addirittura la lettera maiuscola.

¹³¹ Sull'art. 12 delle preleggi, i suoi rapporti con i precedenti storici e una comparazione con altre legislazioni, si veda il contributo di G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss., il quale – soffermandosi sulla mancata trasposizione, nel codice del 1865 (e, poi, del 1942), degli artt. 16 (che riservava al solo sovrano l'interpretazione autentica della legge) e 17 (che impediva di poter attribuire alle sentenze la forza di legge) del codice albertino del 1837 – ravvisava nell'art. 3 preleggi c.c. abr. (e, di conseguenza, nell'art. 12 preleggi c.c.) una “versione depotenziata” dell'art. 14 c.c. 1837: gli artt. 14-17 c.c. 1837 «sembrano diretti, secondo la loro lettera (e la loro storia), a risolvere non il problema (delle regole) della interpretazione riguardante l'interprete in genere, compresi, oltre il giudice, tutti gli interessati a tenere un comportamento conforme alla legge, ma il problema dei poteri-doveri del giudice, o del modo di decidere le liti» (c. 129); di contro, «[i]l linguaggio dell'art. 12, pur riecheggiando i suoi precedenti storici, è decaduto da quello di un grosso episodio dei rapporti o contrasti fra giudici e legislatori a quello di canoni sul modo di interpretare la legge concernenti tutti gli interessati. Considerato da questo punto di vista, l'articolo ha un contenuto piuttosto povero [...]» (c. 132). Per una visione differente, proprio in relazione alle norme del codice civile del 1865, può rinviarsi al denso saggio di V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 673: «l'attività diretta all'applicazione del diritto risulta necessariamente disciplinata, nell'ordinamento dello Stato moderno, ed in particolare nell'ordinamento italiano vigente [...], da norme e principi – espressamente formulati in apposite disposizioni di legge ovvero, più spesso, impliciti in altre disposizioni – che si ricollegano (o costituiscono essi stessi) ai principi essenziali di struttura dell'ordinamento e sono cioè *principi costituzionali*, ovvero esplicazioni ed applicazioni di principi costituzionali [...]» (corsivo orig.). Ma, ancora: «l'applicazione (*lato sensu*) del diritto positivo, ed in modo speciale quella posta in essere dagli organi pubblici, non potrebbe, in un ordinamento evoluto come quello statale, considerarsi quale attività indifferente allo Stato e abbandonata perciò interamente alla libera osservanza dei principi del buon senso e della ermeneutica, ma bisogna che sia disciplinata altresì da norme di diritto positivo, che ne garantiscano [...] la distinzione rispetto alle altre attività statali, ed anzitutto rispetto alla posizione del diritto [...]» (p. 676). Più di recente, sull'art. 12 preleggi, si veda l'interessante volume di V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 57 ss.; nonché, con particolare riferimento alla intenzione del legislatore, il contributo di D. CARUSI, *Le ragioni della legge. Eguaglianza, valutatività della giurisdizione, ingiustificabile anatema dell'eccezione*, in ID., *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, p. 339 ss. (ma, spec., pp. 353-355).

oltre al (ma *non contro* il) significato proprio delle parole secondo la loro connessione, dovesse guardarsi anche alla intenzione del *conditor legum*.

Ebbene, in relazione a questo aspetto, deve rilevarsi come tanto la relazione di accompagnamento al progetto Zanardelli¹³², quanto la relazione della Commissione speciale del Senato¹³³ su detto progetto avessero ben chiarito come l'istituto della riparazione pecuniaria non sarebbe dovuto essere confuso con quello volto al risarcimento dei danni, dovendosi ciò intendere anche con riferimento a quelli che si era soliti indicare come *morali*: la figura della riparazione pecuniaria, dunque, era stata concepita (e strutturata legislativamente) quale vera e propria sanzione da irrogare nei confronti dell'autore del reato, *in aggiunta*¹³⁴ alle restituzioni, al risarcimento dei danni e alla rifusione delle spese processuali.

Infine, continuando a giovarci dello strumento – a cui si è già fatto sovente ricorso – della topografica delle disposizioni, potremmo riuscire a rinvenire un ulteriore elemento che sembra corroborare la seconda tesi interpretativa testé ripercorsa e opposta alla prima.

Si è fatto riferimento, poc'anzi, ai progetti Vigliani e Mancini, ove l'equivalente dell'art. 38 c.p. 1889 era collocato, quale secondo comma, all'interno di un articolo che, al primo comma, stabiliva

¹³² Si veda un passaggio della Relazione al progetto Zanardelli: «Importa anzitutto notare che questa riparazione della offesa non deve confondersi col risarcimento del danno, anche se esteso a quello che suol dirsi danno morale. Non occorrono parole per mostrare come si distingue dal risarcimento del danno materiale. Ma essa va altresì nettamente distinta dal risarcimento del danno morale, derivante, ad esempio, dalla diminuzione, o dalla perdita del credito, o della riputazione sociale prodotta da un reato, il quale offende l'onore e il pudore di una persona, oppure dalla mancanza d'appoggio o direzione che patisce una famiglia per l'omicidio di chi ne è il sostegno. *Questa non è l'offesa, alla cui riparazione si provvede con la predetta disposizione speciale. Il fine della riparazione non è il risarcimento di un danno diretto; è la soddisfazione dell'oltraggio patito* [...]. La riparazione dell'offesa non può avere per iscopo di risarcire un danno cui provvede l'azione civile, ma intende a rafforzare l'efficacia della repressione in quei reati che non importerebbero una grave sanzione repressiva [...]» (la citazione è tratta da G. GREGORACI, *Della riparazione del danno nella sua funzione punitiva*, Torino, 1903, p. 38, corsivo agg.).

¹³³ «Solo qualcheduno dei componenti della Commissione senatoria ha impugnato la legittimità della riparazione pecuniaria per l'offesa all'onore; ma la Commissione è di avviso doversi persistere nel concetto già fermato dal Codice del 1859 e trasfuso con migliore precisione nel Progetto, e già accolto dal Senato nell'altro Progetto del 1874; imperocchè non si tratta di compensare onore offeso con danaro, ma la riparazione pecuniaria è pena aggiunta che come *pars mulctae* viene attribuita all'offeso, non in nome dei così detti danni morali (che pure dan luogo fin dove è possibile ad una valutazione pecuniaria), bensì come soddisfazione maggiore per colui che viene oltraggiato nell'onore della sua persona o della sua famiglia». Orbene, nonostante – e questo va riconosciuto – le espressioni utilizzate dalle relazioni non paiano essere, a tratti, particolarmente rigorose, non è dubitabile che la natura della categoria della riparazione pecuniaria fosse intesa in senso chiaramente punitivo (e non compensativo). E allora, l'eliminazione da ultimo operata dell'aggettivo “materiale” in relazione al danno può ben essere ritenuta un indice, testualmente apprezzabile, della incisiva manifestazione della volontà legislativa: il *τέλος* soggettivo del legislatore (o meglio, dei redattori del progetto), che – qualora si fosse optato per il mantenimento della formulazione di cui ai progetti precedenti – avrebbe potuto trovare un ostacolo proprio nella presenza di quell'aggettivo, diviene ora apprezzabile da un punto di vista *oggettivo*, e cioè in un testo che – rispetto a quelli che lo avevano preceduto – gode di una assai maggiore eloquenza. La nettezza della posizione assunta in relazione a questa figura – e ciò tanto nella sua nuova formulazione, quanto nella relazione di presentazione – fu (in parte) dovuta alla precedente mancanza della dovuta attenzione che, invece, si sarebbe dovuta riservare alla categoria, stante il suo non agevole collocamento all'interno di un contesto (interpretativo) come quello dell'epoca. Lo rilevò G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., p. 744: «Dopo varie vicende nei progetti Savelli, Pessina e Taiani (1886) nei quali *si dimostra all'evidenza la superficialità con la quale la riparazione pecuniaria veniva considerata* e l'incertezza sulla sua configurazione giuridica, nel secondo progetto Zanardelli (1887) fu formulata con due varianti dal corrispondente articolo del Progetto 1883» (corsivo agg.).

¹³⁴ Difatti, «[r]isarcimento e sanzioni operano su due piani diversi. Tanto è vero che possono essere applicati insieme, mentre se fossero equivalenti la loro applicazione non potrebbe essere che alternativa»: così W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, cit., p. 158. Cfr. G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., p. 750: «La logica dei principi e l'espresso tenore degli art. 38 cod. pen. e 430 cod. proc. pen., con i vocaboli “oltre” nel primo, e “altresì” nel secondo, dicono che il giudice può valersi della facoltà d'accordare la riparazione pecuniaria anche quando attribuisca un risarcimento e senza riguardo a questo; di guisa che la parte offesa può cumulare i vari titoli al pagamento di somma, giacchè si integrano vicendevolmente e le restituzioni e le indennità e la riparazione pecuniaria, per la completa restaurazione della sfera di diritto privato turbata dal reato».

che la condanna penale non avrebbe dovuto pregiudicare le restituzioni e il risarcimento dei danni a favore delle parti offese: la configurazione complessiva dell'articolo che ne sarebbe derivata avrebbe quindi potuto restituire, a parere dei sostenitori dell'interpretazione nel senso di un riconoscimento della risarcibilità del danno morale, un'immagine armoniosa e priva di soluzioni di continuità funzionali. Epperò, anche ove così fosse stato, nel codice penale del 1889 i due commi vennero separati¹³⁵ e collocati – rispettivamente – negli artt. 37¹³⁶ e 38: il primo contenente la disciplina delle restituzioni e del risarcimento (funzionalmente orientata, in relazione a quest'ultima categoria, e, quindi, per quanto qui di interesse, alla compensazione); il secondo quella della riparazione

¹³⁵ Come si è già avuto modo di porre in evidenza (cfr., *supra*, nota 126), la divisione in due differenti enunciati legislativi non era una novità introdotta *ex abrupto*, siccome già il progetto Savelli del 1883 aveva suddiviso il precedente art. 46 del progetto Mancini. Ma, prima ancora, come visto (cfr., *supra*, nota 123), la divisione caratterizzava anche la versione (funzionalmente punitiva) degli artt. 131 e 132 del progetto di codice penale italiano del 1806.

¹³⁶ «La condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

pecuniaria, volta – come si diceva – all’irrogazione di una sanzione¹³⁷ (civilistica¹³⁸) nei confronti dell’autore del reato¹³⁹.

Pertanto, anche la materiale fissione delle due disposizioni sembra poter essere interpretata quale ulteriore ed eventuale indice della volontà di marcare una differenza ben più percettibile – rispetto a quella che, se del caso, si sarebbe potuta ottenere con la semplice ripartizione in commi – tra due categorie (anche funzionalmente) non assimilabili: il risarcimento e la riparazione pecuniaria¹⁴⁰.

¹³⁷ Circa la natura della condanna, si veda, in aggiunta a quanto già notato dallo stesso A. (cfr., *supra*, nota 122), C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 573: «E, perchè di natura penale, la riparazione in discorso non può essere domandata che in sede penale, e non può essere inflitta che dal giudice penale, mentrè il danno morale, se ed in quanto ripetibile sia, può indifferentemente farsi valere in sede penale e in sede civile». Condivise la natura penale della condanna, seppur con un lessico facente più riferimento alla compensatività, anche G.P. CHIRONI, *Del danno morale*, cit., p. 811: «ond’è, che sebbene [...] il concetto moderno della colpa non contrattuale comprenda fuse le due figure della *c. aquiliana* e dell’*c. injuriarum*, la presenza e la funzione di quest’ultima s’arresto più spiccatamente in questa particolare maniera di *offesa* considerata in solo e diretto riguardo alla *personalità*, e nell’efficacia *riparatrice* più che *indennizzatrice* del risarcimento che vi si riferisce. L’indennità ha funzione compensativa del danno morale recato: onde l’azione del giudice, e la libera potestà estimatrice sua, che in riguardo alla legge penale apparisce talvolta qual mezzo sussidiario integrante la sanzione penale (C.p. 38: C. proc. pen., 1913, 4)». Sulla diversità tra *lex Aquilia* e l’*actio iniuriarum* si era già soffermato, in precedenza, anche L. PEDRAZZI, *Del danno morale*, cit., c. 358. Nel senso della natura penale della condanna, si pronunciò anche G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell’articolo 185 codice penale*, cit., pp. 247-248. Da ultimo, sembra essersi orientato, con riferimento alle norme in questione, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., p. 300: «dovrà ammettersi senz’altro – e del resto l’esperienza storica ce lo dimostra – che il così detto risarcimento dei danni morali possa altresì atteggiarsi a misura di ordine penale, come ad es. avveniva nella citata riparazione del vecchio codice penale (art. 38 nonché art. 7 c.p.p.), ma dovrà riconoscersi, parimenti, che il così detto *pretium doloris* possa essere attribuito per l’esigenza esclusiva, o principale, di compensare la vittima del dolore subito, e così concepito come ulteriore reazione d’ordine civilistico al danno».

¹³⁸ Le difficoltà interpretative della categoria in questione si riflettevano nella radicale opposizione di vedute, per cui questa era da intendersi o come una pena di natura penale (volta alla punizione del soggetto agente) o come una obbligazione civile volta al risarcimento del soggetto danneggiato (e, quindi, funzionalmente caratterizzata in senso compensativo), non riuscendosi a configurare una obbligazione civilistica volta non già alla compensazione della vittima, quanto alla sanzione del soggetto agente. Ad avviso di chi scrive, sembra apprezzabile la chiarezza – scevra da limitanti preconcetti – che caratterizza la posizione di G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., pp. 748-749, che, pur non potendo essere qui riportate, meritano una attenta lettura, poiché l’A. non ha dubbi nel collocare (p. 748) la figura nel diritto delle obbligazioni, e non nella “sfera dei rapporti di diritto pubblico”. Sia consentito, tuttavia, riportare solo un passaggio a motivo della sua incisività: «Se poi si vuole indagare a quale fonte di obbligazione più propriamente debbono assegnarsi [restituzione, risarcimento e pena pecuniaria], non può essere oggetto di dubbio che le restituzioni e il risarcimento del danno trovano il loro fondamento giuridico nell’art. 1151 cod. civile che pone appunto a fondamento della sua applicabilità e segna i limiti della sua sfera di efficienza nell’accertamento di un danno, conseguenza diretta o indiretta, materiale o morale, del fatto colposo o doloso: laddove la riparazione pecuniaria che prescinde dalla sussistenza di un danno qualsiasi non può rientrare nel quadro segnato nel cennato disposto, ma trova il suo fondamento diretto nel precetto di legge, che è pure fonte di obbligazione. Le obbligazioni infatti non nascono solo dal contratto, dal quasi-contratto, dal delitto e dal quasi-delitto, ma altresì dalla legge (art. 1097 codice civile)» (pp. 748-749). E, circa la funzione attribuita: «Così spiegata nella sua base giuridica, la riparazione pecuniaria non sembra possa dirsi *nè istituto ibrido, nè superfluo*. Non è ibrido perchè è un’obbligazione che trova fondamento sì in ragioni complesse di cui nessuna costituisce di sè e per sè la determinante caratteristica tale da parificarla ad altri istituti singolari di diritto civile o penale, ma ha la sua fonte diretta in un particolare precetto di legge; non è superfluo perchè non deve confondersi col risarcimento del danno, nè materiale nè così detto morale, nè diretto nè indiretto» (p. 749, corsivo agg.).

¹³⁹ Optò, di contro, per la natura risarcitoria del pregiudizio morale B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, cit., pp. 453-454: «Ed un’altra dimostrazione attendiamo degli avversari della risarcibilità del danno morale, cioè che l’art. 38 cod. pen. è una norma singolare, non l’applicazione (sia pure con forma tutt’altro che buona) del generale principio che l’onore è “uno degli elementi del patrimonio giuridico-morale” della persona».

¹⁴⁰ A questo punto, però, è possibile soffermarsi un poco – come solo le note a piè di pagina consentono di fare – sulla interpretazione complessiva delle modifiche che hanno interessato i vari progetti di codice penale sopra oggetto di attenzione, al fine di ricavarne una non inutile visione d’insieme sulla funzione della categoria della riparazione pecuniaria. In primo luogo, si è notato come nella versione dell’ultimo progetto di codice (poi approvato) la aggettivazione del danno in termini di “materiale” sia stata eliminata, estendendo – così – a tutte le tipologie di danno quella che si è chiamata rilevanza negativa dell’elemento del pregiudizio e facendo propendere, da ultimo, per una interpretazione funzionale chiaramente punitiva della figura. In secondo luogo, tale volontà punitiva ha trovato esplicite conferme (seppur

Quanto si è avuto modo di osservare pare poter rivestire una non trascurabile forma di utilità in relazione ad un inciso di stampo precisatorio che si è stato più sopra volutamente rimarcato, e cioè la necessità di non cedere alla tentazione di lasciarsi suadere da una presunta *substantia rerum* a fini interpretativi e ricostruttivi: gli interessi presi in considerazione dalla norma erano certamente di tipo non patrimoniale, interessi inerenti alla personalità del soggetto leso dal reato (e ampliati da una successiva disposizione che, per certi aspetti, sembra segnare, rispetto al suo immediato precedente, un non auspicabile regresso, e cioè l'art. 7 c.p.p. 1913¹⁴¹), ma questo non deve condurre alla facile (ma infondata, come visto) tentazione di interpretare la natura della somma corrisposta quale riparazione pecuniaria alla luce di tale unico elemento¹⁴², poiché – come non ci si stancherà mai di

con quale pecca circa il lessico utilizzato, come si è avuto modo di osservare) nelle relazioni di presentazione del progetto e di quella della Commissione senatoria. In terzo luogo, e quale ulteriore indice interpretativo, si è avuto modo di rilevare come nemmeno debba trascurarsi la progressiva separazione dei commi inizialmente ricompresi all'interno di un unico articolo, fattore che ha contribuito a distinguere anche visivamente due categorie che non erano state pensate e strutturate per essere tra di loro sovrapponibili e considerate quali funzionalmente unitarie. Orbene, da tutti questi elementi sembra potersi davvero ricavare una interpretazione della figura come funzionalmente orientata nel senso della punizione del soggetto che avesse commesso un reato, e non di carattere compensativo nei confronti del soggetto danneggiato; una funzione che nell'ultimo progetto, grazie alle progressive miglierie inerenti alla formulazione e alla collocazione della disposizione, riuscì a emergere in maniera difficilmente contestabile.

¹⁴¹ «Il reato può produrre azione civile per il risarcimento del danno e per le restituzioni. I delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, la inviolabilità del domicilio o dei segreti, anche se non abbiano cagionato danno, possono produrre azione civile per riparazione pecuniaria. L'azione appartiene al danneggiato od offeso, o a chi lo rappresenti ed altresì agli eredi del danneggiato od offeso, e può essere esercitata contro l'autore del reato, contro chi ha concorso nel medesimo, e, quando ne sia il caso, anche contro la persona civilmente responsabile». Difatti, in preda all'esigenza di specificare inequivocabilmente la *natura* dell'azione non tanto per le restituzioni e il risarcimento del danno (cfr. art. 37 c.p. 1889), quanto di quella per la riparazione pecuniaria (cfr. art. 38 c.p. 1889), che tanto aveva impegnato gli interpreti, i due articoli furono nuovamente unificati, ponendo, così, nel nulla quella separazione – a cui si era voluta attribuire una (ulteriore) positiva rilevanza funzionale – che aveva avuto luogo nel passaggio dal progetto Mancini a quello Savelli: la scelta, alla luce degli argomenti interpretativi sopra esposti, non risulta essere né condivisibile né encomiabile, poiché, se da un lato riuscì nel suo intento di precisare – una volta per tutte – la natura dell'azione, dall'altro lato, invece, fornì nuovi argomenti ai sostenitori di una interpretazione funzionalmente compensativa di un istituto che sarebbe venuto a coincidere, seppur con differente nomenclatura dovuta al diverso interesse tutelato per il tramite della norma, con la responsabilità extracontrattuale. Il punto fu colto da F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., p. 653: «Per parte mia osservo che avendo questo comma [art. 7, comma 2, c.p.p. 1913] dato apertamente carattere civile alla *riparazione pecuniaria* (carattere che poteva essere dubbio di fronte all'art. 38 cod. pen.) sia logico considerare questa come una forma di *rimozione* dei danni *non risarcibili* cagionati dai delitti ivi ricordati» (corsivo orig.). Anche G.G. RUBBIANI, voce *Riparazione pecuniaria*, cit., p. 748, rilevò come sulla formulazione della norma avessero influito le interpretazioni di stampo compensativo della figura della riparazione pecuniaria. Più di recente, si è condivisibilmente soffermato sul tema V. ZENO-ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 43, il quale ha rilevato come la relazione della sottocommissione *ad hoc* per la legge sulla stampa, dopo aver ripercorso la genesi e la natura (punitiva) dell'istituto della riparazione pecuniaria di cui all'art. 38 c.p. 1889, non abbia mancato di dare atto del riscontro di alcune problematiche modificazioni della figura in questione introdotte proprio con il codice di procedura penale del 1913.

¹⁴² Sulla base della differenza tra risarcibilità vera e propria e compensazione di un pregiudizio non risarcibile (in quanto non valutabile con esattezza), avrebbe interpretato le norme contemplanti la riparazione pecuniaria in quest'ultimo senso G. PACCHIONI, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 179: «Il danno puramente morale può essere, in qualche modo, *compensato*: ma non può essere mai *risarcito*, perchè non può essere stimato con criteri obbiettivi, in una somma di denaro, mentre *la possibilità* di tale stima è presupposto indispensabile per potersi avere quello che è l'effetto di ogni vera e propria obbligazione, cioè la sua realizzazione per equivalente sul patrimonio del debitore. Tale possibilità non si ha per i danni morali, e gli è per ciò che essi non possono essere *risarciti*, ma solo *compensati*. Ma la compensazione, alla sua volta, è funzione esorbitante dal potere del giudice, ove ad esso non sia stata dalla legge stessa, o in linea di principio, o per singoli casi, attribuita. Dunque i danni morali non sono mai risarcibili: essi sono compensabili mediante sentenza giudiziaria; ma lo sono soltanto nei casi stabiliti dalla legge, come avviene, ad esempio secondo la nostra legislazione in base agli art. 38 cod. pen., e art. 7 cod. proc. pen. [...]» (corsivo orig.). Al di là della non condivisibile interpretazione delle norme in questione, deve rilevarsi – in generale – come gli argomenti a sostegno della irrisarcibilità dei danni morali andassero perdendo quella loro iniziale forza espansiva e persuasiva, aprendo le prime crepe anche all'interno della corrente di coloro che si opponevano a detto risarcimento. Un elemento

ripetere a scampo di equivoci – è il danno il fattore che deve fungere da stella polare per l'interprete *in subiecta materia*; di contro, nella disposizione in esame, ogni riferimento al pregiudizio – patrimoniale o morale – era stato scientemente espunto dalla fattispecie, che avrebbe quindi trovato il suo fulcro nella commissione di un reato: in questo caso, dunque, era sul soggetto agente – e non su quello danneggiato – che la legge poneva la sua attenzione e il suo obiettivo di stampo punitivo (circostanza che non sarebbe rimasta priva di ricadute operative in termini tanto di onere probatorio – in capo al danneggiato se si fosse trattato di danno; insussistente per il beneficiario della somma qualora la figura fosse stata intesa quale sanzione –, quanto della individuazione degli elementi concreti sulla base dei quali procedere alla quantificazione della somma, e cioè la sofferenza interiore del soggetto, nel caso di danno, o, di contro, il tipo di reato, la sua gravità e le altre circostanze utili¹⁴³).

§ 10. *Il progetto italo-francese del 1927 e il danno morale: un primo esplicito riconoscimento.*

In precedenza, si era accennato al fatto che – nell'analisi storica che avrebbe costituito la cifra caratterizzante di questa porzione della riflessione sulle funzioni della responsabilità extracontrattuale – sarebbero state oggetto di attenzione non solo (come fin qui si è fatto) le modifiche e le innovazioni legislative che videro effettivamente la luce, ma anche delle proposte¹⁴⁴ che, per varie ragioni¹⁴⁵, furono destinate a rimanere a tale stadio: il progetto italo-francese, approvato nel 1927 a Parigi, pare essere, per quanto concerne il danno morale, una utile tappa nello svolgimento della nostra analisi funzionale¹⁴⁶.

importante, però, nell'analisi del Pacchioni è la indicazione della imprescindibilità della intermediazione legislativa (si badi, *non necessariamente coincidente* con la *tipizzazione* dei pregiudizi risarcibili) al fine di poter procedere alla attribuzione di una somma di denaro (con funzione compensativa) a colui che avesse subito un pregiudizio di tipo non patrimoniale (indicazione che, come noto, avrebbe poi vissuto, in sede codificatoria, fasi di indubbio successo). L'A. sarebbe tornato in seguito sulla questione: cfr. ID., *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, pp. 345-349.

¹⁴³ Si soffermò sul punto C.F. GABBA, *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, cit., c. 584: «Imperocchè nel proporzionare la riparazione pecuniaria all'offesa il giudice penale non procede al certo diversamente che nel commisurare ogni altra pena, poichè di vera pena pecuniaria si tratta. Non cerca egli già di tradurre il danno dell'offesa in danaro, ma bensì di proporzionare la pena pecuniaria al dolo dell'offensore, tenendo eziando calcolo piuttosto delle condizioni patrimoniali dell'offensore che di quelle dell'offeso; la gravità o quantità della offesa e del danno si traduce pel giudice penale in quantità del dolo, che è titolo della pena pecuniaria, come d'altra a cui questa si aggiunga». Cfr., a distanza di tempo, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., pp. 299-300: «In effetti la differenza fondamentale che si pone tra danno e pena [...] ci pare proprio questa; che la pena mira essenzialmente ad infliggere un male al reo, e riflette dunque la sua personalità, mentre il danno – e il suo risarcimento – si rivolgono esclusivamente al leso, per l'esigenza di sollevarlo dal male subito».

¹⁴⁴ L'iniziativa fu presentata, soffermandosi sul rapporto di continuità col passato (tema che, come visto, non è estraneo a questa nostra riflessione), da A. ASCOLI, *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 62: «Nel 1916, infuriando la guerra, Vittorio Scialoja prese una iniziativa geniale, quella di profittare della fratellanza d'armi e d'anime, che più intimamente s'era stretta fra le due Nazioni vicine, per dar corpo ad un vecchio suo ideale, l'unificazione del diritto privato, almeno patrimoniale. Non era questo un'ideale irraggiungibile, perchè non si trattava che di *ricostituire una realtà antica, sotto altre forme, s'intende bene, e con rinnovato spirito moderno*» (corsivo agg.).

¹⁴⁵ Il dibattito (non solo giuridico, ma anche schiettamente politico) sul progetto italo-francese fu particolarmente vivace. Notissimo il pugnace contributo di E. BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 665 ss., con *Postilla*, di M. D'AMELIO. Su quest'ultimo si sofferma, all'interno di un denso e assai interessante contributo che merita attenta lettura, G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in I. BIROCCHI, G. CHIODI e M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, p. 209, definito «*alter ego* di Scialoja nel replicare alle accuse spregiudicate e forse inaspettate di Betti». Ma, allora, sulle differenti visioni di Betti e Scialoja, non può non essere richiamato il volume di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013 (in particolare, p. 85 ss.).

¹⁴⁶ Più in generale, evidenziò la sorprendente (ma non lacunosa) sinteticità della sezione P.H. WINFIELD, *Degli Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, p. 259: «La prima cosa che colpisce un giurista inglese o americano rispetto alla Sezione VI del Tit. I, Capo I del *Progetto*, relativa

Infatti, nonostante non abbia mai acquisito la forza di diritto positivo vigente, tale progetto può essere preso in considerazione – da un punto di vista, questa volta, interamente civilistico – per comprendere come si sia giunti, nel tempo, ad alcune delle modifiche apportate alla legislazione italiana¹⁴⁷. In relazione alla tematica appena evidenziata, verranno segnalati alcuni aspetti positivi e, al contempo, alcuni elementi che, se non possono essere propriamente definiti negativi, sembrano presentare delle – pur sempre risolvibili – problematiche.

Preliminarmente, deve notarsi come la rubrica della sezione vide – finalmente – l’abbandono di quella ripartizione delle fonti delle obbligazioni di derivazione giustiniana¹⁴⁸, dopo l’espresso riconoscimento della sua totale inutilità e, anzi, del suo ruolo di incontestabile fonte di sole problematiche per l’interprete. E tuttavia, anche la nuova *rubrica legis*, facente riferimento agli “atti illeciti”¹⁴⁹, seppur costituente un sicuro e innegabile miglioramento rispetto alla situazione precedente¹⁵⁰, non poteva comunque ritenersi esente da possibili critiche, stante il riferimento ad una

agli atti illeciti, è la sua estrema brevità. [...] Pur ammettendo che la codificazione di un ramo del diritto implichi una riduzione della sua mole, ciò sembra nondimeno stupefacente. [...] Eppure sarebbe difficile per un qualsiasi cultore della *Common Law* d’affermare che le Sezione VI abbia trascurato qualcuna delle basi fondamentali su cui si fonda il Diritto inglese degli atti illeciti».

¹⁴⁷ Si sofferma, in un denso e coinvolgente saggio, sull’influenza del progetto sulla codificazione italiana, nonché sulle sue “nuove vite” nel periodo post-bellico, G. ALPA, *Alle origini della codificazione: i lavori e il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, p. 13 ss. Si veda, inoltre, quanto affermato da G. CHIODI, «*Innovare senza distruggere*»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), in G. ALPA e G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell’epoca della ricodificazione*, Milano, 2007, p. 45: «D’altro canto, pur non avendo mai ricevuto forza di legge (in questo senso parlo di tentativo ‘fallito’ di armonizzazione), esso fu ugualmente considerato come un testo di riferimento, *imperio rationis*, dalla giurisprudenza, dalla dottrina, dai legislatori». Meno lusinghiero il giudizio di R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., p. 244: «La idea di unificare, nella parte più viva del diritto privato, la legislazione dei due grandi Paesi latini, trovò, specialmente da noi, assertori entusiasti, ma il progetto, che delle meritorie fatiche della commissione mista rappresentò il risultato, giudicato oggi, a distanza di più di trent’anni, non fu davvero degno delle intenzioni e delle speranze dei suoi compilatori [...]»; infatti, «il progetto non era che un rifacimento aggiornato del codice Napoleone con qualche timida innovazione che si pensava avrebbe soddisfatto qualcuna delle esigenze di solidarietà e delle istanze sociali che avrebbero dovuto costituire la giustificazione di una riforma».

¹⁴⁸ Sotto questo aspetto, si può notare una differenza tra il Disegno preliminare di una legge uniforme italo-francese sulle obbligazioni (in *Studi e proposte della Prima Sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja. Questioni giuridiche amministrative e sociali*, Roma, 1920, p. 372 ss.) e il progetto approvato in via definitiva. Infatti, nel Disegno preliminare del progetto di codice, fu deciso – conformemente a quella simpatia dello Scialoja nei confronti della figura (cfr., *supra*, note 19 e 23) – di mantenere la categoria dei quasi-contratti (in quanto le critiche rivolte a quest’ultima furono ritenute «puramente formali» e non tali da «diminuire il valore tradizionale di questa figura»: cfr. la Relazione sul titolo delle fonti delle obbligazioni, *ivi*, p. 364) e di eliminare, invece, la distinzione tra delitti e quasi-delitti (poiché, oltre ad essere considerata priva di «valore pratico», non comportava, come non si è mancato di rilevare pure in questa sede, una «differenza nel loro trattamento»: *ivi*, p. 366); di contro, nella versione definitiva del progetto si optò per una radicale eliminazione di tutte le distinzioni e di ipotetici articoli dedicati alla individuazione delle differenti fonti delle obbligazioni [cfr. § 5 della Relazione sul progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all’Italia ed alla Francia, ora meritoriamente riprodotta in G. ALPA e G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell’epoca della ricodificazione*, cit.]. Sul punto, si veda G. CHIODI, «*Innovare senza distruggere*»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), cit., pp. 62 e 70.

¹⁴⁹ Una prima presa di distanza dalla rubrica giustiniana si era già avuta nella codificazione unitaria tedesca, come ha rilevato F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 78: «dalla tradizione romanistica il *BGB* si discosta sul terreno lessicale: non si parla più di delitti, ma di fatti illeciti (*Unerbaubte Handlungen*)». L’osservazione circa il discostamento dall’immediato precedente è un dato oggettivo che non può essere contestato; ciò che – forse – potrebbe suscitare qualche perplessità è la traduzione in termini (a noi assai più noti) di *fatti* illeciti (al posto di *atti*): in quest’ultimo caso, infatti, si potrebbe apprezzare anche l’influenza della codificazione tedesca sul progetto italo-francese.

¹⁵⁰ Da richiamarsi le parole di M. D’AMELIO, *Un codice unico delle obbligazioni per l’Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, VII serie, v. CCLV, settembre-ottobre 1927, p. 84: «L’attento lettore rileverà subito che il progetto non contiene le consuete rubriche dei quasi-contratti e dei delitti e quasi-delitti. La sparizione della prima [...] è dovuta alla vivace critica mossa a questa categoria parallela ai contratti, ignota ai giureconsulti romani, e che non si sa quali negozi giuridici debba comprendere; l’altra è dovuta all’omaggio ad una tradizionale terminologia giuridica francese, quella

categoria giuridica che implica, da un punto di vista volontaristico, un *quid pluris* rispetto a quella dei “fatti” (e nemmeno potendosi intendere una simile scelta quale indicazione di una sempre necessaria presenza dell’elemento soggettivo della colpa ai fini della declaratoria di responsabilità, siccome l’ammissibilità di una responsabilità non basata sulla colpa del soggetto e finalmente indicata – senza inutili e ideologiche remore di alcun tipo¹⁵¹ – quale “oggettiva” era espressamente ricavabile anche¹⁵² dalla relazione sul progetto¹⁵³).

Ma, per quanto qui di interesse, il primo aspetto che – quasi ovviamente – si presta ad essere positivamente notato con particolare immediatezza è costituito dall’esplicito e incondizionato riconoscimento, fin dalla versione iniziale¹⁵⁴, della risarcibilità dei danni di tipo morale (nonostante questa fosse basata su di una soluzione interpretativa della allora vigente – e sopra analizzata – legislazione penalistica tale da stravolgerne la reale portata¹⁵⁵): l’ultimo articolo della citata sezione,

degli atti illeciti, più esatta e più docile alla sistematica, che il progetto accoglie». Tale modifica fu positivamente rilevata anche dagli osservatori esterni. Sul punto, cfr., ad es., P. OERTMANN, *Indebito arricchimento ed Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, pp. 244-245: «Il concetto del *quasi-delitto*, che si trovava nella rubrica che precede l’art. 1382 Codice francese (1151 Codice italiano) è escluso dal progetto [...]. E, in un certo senso, a ragione, perchè quel concetto è davvero oscillante e poco chiaro. Un Codice, che fonda in massima parte la responsabilità da delitto sulla colpa e sull’antigiuridicità, non ha la minima ragione di conservare quel *quasi-delitto* che ci perviene dall’ambiente scientifico del *Corpus juris*» (corsivo orig.).

¹⁵¹ Si veda quanto osservato, nella sua ben nota ed appassionata prolusione romana, F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, cit., p. 2030: «Grave problema è pur sempre quello dell’ordinamento delle conseguenze civili del fatto dannoso: e di giorno in giorno più grave, man mano che la complessità crescente della vita dimostra meno adeguato il criterio tradizionale della colpa soggettiva».

¹⁵² Cfr. P.H. WINFIELD, *Degli Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni*, cit., p. 261: «Ma, se noi afferriamo esattamente lo scopo dei codificatori, vi sono, tanto nel codice italiano quanto nel francese particolari regole che governano responsabilità di questa specie, che costituiscono una genuina variazione dal principio [della colpa] enunciato nell’art. 74, paragrafo 1». A poche pagine di distanza, segue una ulteriore riflessione su questa tipologia di responsabilità, con particolare riferimento ai danni cagionati dalle cose: «Tale responsabilità è stata frequentemente descritta come “assoluta” (*absolute liability*), oppure è stata espressa con la formula “*a man acts at his own peril*” (“un uomo agisce a suo rischio”). Ciò è inesatto. La responsabilità può essere più rigorosa che nell’ordinario diritto in materia di colpe, ma non è mai assoluta». Le fattispecie di responsabilità senza colpa furono limitate a quella dei padroni e committenti e alla condanna dell’incapace alla corresponsione dell’indennità qualora il danneggiato non fosse riuscito ad ottenere il risarcimento dal soggetto tenuto alla sorveglianza (cfr., *infra*, nota 161) da R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni*, cit., pp. 292-294, ritenendo – invece – le altre fattispecie di responsabilità per fatto altrui o per i danni cagionati dalle cose interpretabili secondo l’ormai ben noto criterio della responsabilità per colpa presunta. Sul punto, si veda anche P. OERTMANN, *Indebito arricchimento ed Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni*, cit., pp. 251-254.

¹⁵³ Cfr. § 13 della Relazione al progetto definitivamente approvato. Sottolineò l’importanza della responsabilità oggettiva nell’ambito del progetto A. ASCOLI, *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 64. Si veda, inoltre, anche in aggiunta a quanto già osservato più sopra sullo specifico punto, F. DEGNI, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 150: «Un altro principio, recisamente affermato nel progetto in esame, è il riconoscimento più generale di una *responsabilità senza colpa*. [...] Tal principio fu ritenuto così fondamentale e dogmatico che, come è noto, la più antica dottrina civilistica, seguita da scrittori autorevolissimi, persino nei casi nei quali lo stesso Codice civile volle affermare una responsabilità obbiettiva [...] la fondava sulla colpa *in eligendo o in vigilando*, malgrado che al responsabile sia impedito di poter provare che la massima diligenza egli avesse adoperata [...]»; pertanto, «il progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti, pur mantenendo ferma la norma generale dell’art. 1151 Cod. civ. italiano (art. 1382 Cod. civ. francese), [...] pone accanto ad esso, sebbene in via subordinata, il principio di una responsabilità senza colpa in conseguenza di attività illecita [...]»

¹⁵⁴ Ben lo rileva G. CHIODI, *«Innovare senza distruggere»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, cit., p. 72, nota 106.

¹⁵⁵ Infatti, l’Ascoli – nella sua qualità di estensore della Relazione sul titolo delle fonti delle obbligazioni del Disegno preliminare – rilevò senza alcuna esitazione: «Il danno morale, nel vero significato della parola, è quello che non ha alcuna ripercussione sul patrimonio della vittima e di cui noi abbiamo l’esempio nell’art. 38 del cod. pen. it. e nell’art. 7 del cod. proc. pen. it. Il testo che noi proponiamo è la riproduzione di questi due articoli, i quali hanno fatto buona prova presso di noi e che è conveniente riprodurre nel codice civile, prima di tutto per escludere il dubbio che la regola non sia applicabile fuori del processo penale, e poi per rendere il principio indipendente da qualsiasi possibile riforma della legge

difatti, si apriva con un comma breve ma assai eloquente, in cui si stabiliva che il risarcimento avrebbe dovuto «comprendere tutti i danni, materiali e morali, cagionati dall'atto illecito»¹⁵⁶.

L'annosa questione dei “cosiddetti” danni morali, alla fine, sembrava aver dunque trovato – ove il progetto fosse stato effettivamente adottato e, donde, fosse divenuto legge vigente – un esito positivo¹⁵⁷ e, soprattutto, un esito che non solo avrebbe risolto i dubbi sulla collocazione e le finalità della categoria (e cioè nell'ambito della responsabilità e funzionalmente orientata alla compensazione di un pregiudizio, ancorché non materiale), ma avrebbe anche garantito l'operatività del risarcimento in una situazione (potenzialmente) indefinita¹⁵⁸ di casi in considerazione della sua formulazione

processuale penale» (cfr. la Relazione sul titolo delle fonti delle obbligazioni, cit., pp. 371-372). Nei medesimi termini si espresse anche M. D'AMELIO, *Un codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia*, cit., p. 86: «Non vi era allora ragione alcuna di ammettere il risarcimento dei danni morali nel caso dei reati e di escluderlo in quello di altri fatti illeciti, che non avessero gli estremi del reato». L'interesse per il pensiero dei giuristi italiani è da ricondurre al fatto che la stesura della versione preliminare del progetto del titolo sulle fonti delle obbligazioni (al cui interno erano inclusi, quindi, gli atti illeciti) fu affidata alla commissione italiana (di cui Ascoli e d'Amelio erano componenti). Si sofferma sul punto G. CHIODI, «*Innovare senza distruggere*»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), cit., p. 74. La vicenda in questione, dunque, sembra costituire un classico esempio di quella influenza (nel caso qui in esame anche particolarmente incisiva) che la riflessione della scienza giuridica può esercitare sul suo stesso oggetto. Cfr., su questo aspetto, R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, cit., p. 937: «Un astronomo, per fare l'esempio più ovvio, può parlare del moto dei pianeti, ma non può certo, parlandone, alterarlo. Non così nella scienza giuridica – almeno secondo un possibile modo di configurarla – è un discorso che ha ad oggetto nulla più che un altro discorso. Questa omogeneità “ontologica” tra la scienza giuridica ed il suo oggetto rende possibile ciò che è impensabile per le scienze naturali: una osmosi tra il meta-linguaggio della scienza ed il suo linguaggio-oggetto, tra il discorso dei giuristi e il discorso del legislatore».

¹⁵⁶ Cfr. art. 85: «L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. In particolare, il giudice potrà attribuire un'indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all'onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. Il giudice potrà ugualmente attribuire un'indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del dolore sofferto nel caso di morte della vittima». Deve rilevarsi come l'elencazione ivi prevista sia stata influenzata, nella sua formulazione, proprio da quell'erroneo collegamento che si era voluto instaurato con la figura della riparazione pecuniaria, finendo, così, col prendere a riferimento solo quelle ipotesi considerate dal legislatore (della riparazione pecuniaria) ed esclusivamente incentrate sul pregiudizio sofferenziale di stampo intimistico, mentre – come si è rilevato (cfr., *supra*, nota 87) – nel danno morale venivano ricomprese anche quelle lesioni di tipo fisico. Orbene, questo aspetto non avrebbe di certo potuto creare delle problematiche interpretative o applicative in ragione della non equivocabile natura esemplificativa dell'elencazione (cfr., *infra*, nota 159), ma deve essere comunque segnalato quale esempio della negativa influenza sull'attività legislativa di una interpretazione che, volendo instaurare rapporti di continuità con i “presunti” precedenti di diritto positivo, sembra essere dimentica dell'assai più completo dibattito dottrinario sulla questione.

¹⁵⁷ Cfr. A. ASCOLI, *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 64: «in questa stessa sezione degli atti illeciti sono state codificate due regole di grande equità, la compensazione delle colpe (articolo 78) e la risarcibilità dei danni morali (art. 85). Non sono piccole modificazioni queste, nè sono semplicemente innovazioni di ordine tecnico, sono al contrario innovazioni di grande importanza civile e anche sociale» (corsivo orig., volto a rimarcare quella novità della rubrica cui si faceva prima riferimento). In seguito, grande rilevanza fu attribuita da L. COVIELLO SR., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., p. 323, il quale rilevò che, anche se il progetto «non ha ancora valore di legge è senza dubbio indice del nuovo orientamento della nostra coscienza giuridica, che premuta dalle esigenze pratiche della vita moderna, ha creduto scuotere il gioco di pregiudizi dottrinali». Si veda anche R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, cit., p. 282: «La consacrazione del diritto al risarcimento pecuniario del pregiudizio morale era inevitabile. Il sentimento pubblico e l'ordine generale della società esigono infatti che la legge non sia più indulgente verso l'autore di questo pregiudizio che verso colui che ha causato solamente un male patrimoniale».

¹⁵⁸ Una limitazione è contenuta in P.H. WINFIELD, *Degli Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, cit., p. 269: «La responsabilità sorgente da questo [shock nervoso], è ora ben stabilita. Non che il risarcimento sia ammesso per la pura sensazione di spavento. Ciò può essere abbastanza spiacevole ed è spesso più demoralizzante di un danno fisico diretto. Ma a meno che e finchè non risulti nelle conseguenze fisiche classificate dalla professione medica come “shock nervoso”, ciò non può essere valutato in denaro». Si soffermò, invece, in ottica comparatistica, sul carattere potenzialmente indefinito delle situazioni in cui si sarebbe potuto accordare un risarcimento per un danno morale P. OERTMANN, *Indebito arricchimento ed Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, cit., p. 256: «Poichè, sebbene in questi paesi [Germania e Svizzera] sia ormai riconosciuto un obbligo di

particolarmente ampia e della presenza di un'elencazione, da non ritenersi tassativa¹⁵⁹, di interessi giuridicamente rilevanti la cui lesione avrebbe fatto sorgere l'obbligazione risarcitoria. L'esplicito riconoscimento, tuttavia, se, da un lato, aveva positivamente contribuito alla risoluzione delle accese dispute sull'argomento¹⁶⁰, dall'altro lato, invece, poneva un punto fermo (non suscettibile di una aggettivazione in termini di positività o negatività, stante l'innegabile collocazione di tale scelta nell'ambito della discrezionalità propria della politica legislativa che – ove nulla osti dal punto di vista teorico – non dovrebbe costituire un elemento suscettibile di critica tecnica da parte degli interpreti, a meno che questi ultimi non vogliano abdicare al loro ruolo per assumerne un altro che, come visto nelle precedenti parti del lavoro, non sembra, però, essere quello di loro competenza) che – difficilmente – si sarebbe potuto obliterare negli eventuali successivi svolgimenti delle vicende della categoria: l'intermediazione legislativa. Ecco, pertanto, evidenziati e fissati alcuni aspetti rilevanti sul versante, per così dire, positivo delle proposte legislative del progetto: il riconoscimento esplicito della risarcibilità di siffatti pregiudizi, la mancanza di una limitazione al novero dei pregiudizi morali risarcibili e la preferenza – anche in ragione della rilevanza e delicatezza della materia – per un modello in cui il legislatore mantiene un ruolo non certo trascurabile.

Vi è, però, un secondo aspetto che mostra profili di interesse per la nostra ricerca, anche se, a differenza del precedente, questo pare essere di segno negativo.

Orbene, mentre il primo comma dell'art. 85 di detto progetto era caratterizzato dall'utilizzo – condivisibile – del termine “risarcimento” in relazione tanto ai danni materiali, quanto a quelli morali, i commi immediatamente successivi facevano uso di sintagmi che, seppur non tali da indurre ad un complessivo ripensamento della categoria e della sua funzione, potevano ingenerare nell'interprete qualche dubbio circa l'opportunità del loro utilizzo.

Difatti, al comma 2, che indicava (seppur non in maniera tassativa, lo si ribadisce) alcune situazioni giuridicamente tutelate la cui lesione, secondo quanto previsto dal primo comma, avrebbe fatto sorgere l'obbligazione risarcitoria (dove la stretta correlazione tra i due commi, non interpretabili quali disposizioni a sé stanti), si faceva menzione, in relazione ai casi citati, della “attribuzione di una indennità”: l'utilizzo di questo sintagma appariva per lo meno improprio, e l'inappropriatezza emergeva in maniera ancor più evidente qualora si fosse prestata attenzione al fatto che, all'art. 76¹⁶¹,

risarcimento per il danno non patrimoniale, ciò avviene soltanto per certe ipotesi di fatti illeciti (lesioni personali ed altri delitti contro la persona) e nel senso che il giudice possa attribuire un'“equa riparazione in danaro”, con la ulteriore limitazione della intransmissibilità (sostanzialmente anche a titolo universale) della pretesa. Per converso, l'obbligo di risarcimento fissato dall'art. 85 del progetto è del tutto illimitato così nel contenuto come nella struttura tecnico-giuridica». Una critica venne anche da D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 180: «non so quali siano gli intenti dei proponenti, ma la formula non può non condurre che a quella generalità, che, a mio avviso, non può assolutamente ammettersi [...]». Successivamente, però, lo stesso A., tornando sul codice penale definitivamente approvato, avrebbe rilevato: «non credo che il pericolo insito nella generalizzazione dell'istituto superi l'inconveniente di una difettosa tutela» (cfr. ID., *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, p. 445).

¹⁵⁹ Cfr. § 13 della Relazione al progetto definitivamente approvato: «In fine, si è risolta affermativamente nell'art. 85 la vessatissima questione sulla risarcibilità dei danni morali, dichiarando in modo esplicito che qualunque danno materiale o morale deve essere risarcito, intendendosi per danno morale quello che in nessun modo tocca il patrimonio, ma arreca solo un dolore morale alle vittime, come è provato dalle *esemplificazioni* che seguono nello stesso articolo» (corsivo agg.). Lo avrebbe notato anche D. MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, cit., p. 446.

¹⁶⁰ Particolarmente severo il giudizio di F. DEGNI, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti)*, cit., p. 155, sulle precedenti dispute sulla risarcibilità del danno morale: «Tutti questi argomenti sono di un'evidente superficialità, e, mossi, talora, da un rigido rispetto alla personalità umana, finiscono, in sostanza, col negarle la maggiore, la più alta, la più delicata tutela, a cui, del resto, si presta pienamente la parola della legge quando, all'art. 1151, impone il risarcimento dei danni, senza distinzione fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale».

¹⁶¹ «Nel caso di danno cagionato da persona priva di discernimento, se il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice può, in considerazione della condizione delle parti, condannare

si stabiliva che, qualora il danneggiato da un soggetto “privo di discernimento” non fosse riuscito ad ottenere, da parte del sorvegliante, il risarcimento del danno, il giudice avrebbe potuto condannare l’incapace, tenendo conto della condizione delle parti, alla corresponsione di una “equa indennità”. Come si può notare, nella fattispecie da ultimo richiamata, il ricorso al termine “indennità” voleva essere un indice del fatto che la somma che sarebbe stata corrisposta al soggetto leso non avrebbe costituito un risarcimento *integrale* del pregiudizio patito, ma si sarebbe collocata – come ampiamente noto – su di un piano più basso; di contro, l’utilizzo del termine in questione all’interno di un articolo in cui, al comma immediatamente precedente, si era appena fatto riferimento al concetto di “risarcimento” sarebbe apparso per lo meno singolare qualora si fosse voluto ritenere che il ricorso a *quel* preciso concetto fosse stato consapevole e che, dunque, si fosse deciso di operare – per di più in relazione ad una elencazione meramente esemplificativa – una riduzione della somma attribuibile a titolo di risarcimento. Allora, sembra maggiormente plausibile ritenere che l’essere ricorsi al termine “indennità” volesse essere un (e debba oggi essere retrospettivamente interpretato quale) indice – anche se certamente non tra i più felici, e forse né manco necessario – del fatto che il risarcimento di pregiudizi non economicamente quantificabili in ragione della loro natura non avrebbe mai potuto raggiungere quel grado di maggiore precisione che, di contro, caratterizza il risarcimento dei pregiudizi patrimoniali, e non – invece – la previsione di una riduzione della somma da riconoscere al soggetto che avesse visto lese le situazioni giuridiche contemplate all’interno del comma in questione.

Ma la “confusione lessicale” – anche se, questa volta, la prospettiva è quella propria di un osservatore interno, e ciò alla luce di quanto si è avuto modo di rilevare nel paragrafo precedente – non si limitava solo al comma testé scrutinato, poiché, in quello successivo, si faceva riferimento alla “indennità” attribuibile ai parenti, agli affini o al coniuge “a titolo di *riparazione* del dolore *sofferto* nel caso di morte della vittima”. Sul punto, solo due brevi (ma significativi) rilievi.

In primo luogo, deve rilevarsi come il riferimento al dolore sofferto costituisca una apprezzabile conferma della connotazione genuinamente risarcitoria (nel senso del tentativo del raggiungimento dell’obiettivo della corretta individuazione della somma che meglio potesse avvicinarsi al pregiudizio, avendo a riguardo quest’ultimo e non altri elementi) della fattispecie legislativa e, dunque, dell’articolo nel suo più ampio complesso, e ciò nonostante l’improprio ricorso all’utilizzo del termine “indennità”¹⁶².

l’autore del danno ad un’equa indennità». L’articolo in questione fu ritenuto da A. ASCOLI, *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 63, uno dei «numerosi temperamenti» alla «norma generale dell’art. 1151 cod. civ.». Particolarmente severo, sul punto, il giudizio di F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., p. 650 (utile anche per riprendere quanto in precedenza osservato – cfr., *supra*, nota 80 – sulla ritrosia dell’A., nonostante il riconoscimento di principio, all’ampliamento dei casi di responsabilità oggettiva): «Non si potrebbe considerare come un’applicazione del principio della *causalità economica* o peggio di quello più ampio della cosiddetta *responsabilità oggettiva* il disposto dell’art. 76 del progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni [...]. Il disposto di tale articolo [...] dà chiaramente a comprendere che l’articolo stesso non è l’attuazione di un qualsiasi principio di diritto, ma una disposizione ispirata a vaghi e imprecisi criteri di *equità* (meglio si direbbe di *benevolenza* o di *pietà*); tanto è vero che non si osa in esso proclamare il diritto al *risarcimento dei danni*, ma semplicemente una *facoltà* al giudice di concedere *benignamente* al leso un’*equa indennità*, tenuto conto della *condizione delle parti*» (corsivo orig.)

¹⁶² Nonostante gli indizi interpretativi di ordine differente, persistette nel sostenere – sulla base della natura del pregiudizio e della differenza tra questo e il bene deputato alla compensazione – una interpretazione funzionalmente punitiva all’autore del fatto lesivo R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, cit., p. 282: «In realtà, l’indennizzo è talmente inadeguato a riparare il danno, che esso lo lascia interamente sussistere. Non è dunque come un vero *risarcimento*, quale lo concepisce il diritto comune della responsabilità, che esso può giustificarsi. Il suo vero scopo è d’infliggere all’autore del danno una specie di pena. In fondo, la riparazione pecuniaria del pregiudizio morale non è altro che una *pena privata*» (corsivo orig.). Ancor più radicale (e singolare) la posizione di G. PACCHIONI, *L’art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati*

In secondo luogo, invece, non ci si può esimere dal notare come, con il comma in esame, il termine “riparazione” avesse compiuto – agli occhi del giurista italiano – un ulteriore e non indifferente passo nella direzione di un mutamento di significato (questa volta esplicitamente, mentre – in precedenza, come osservato – ciò era avvenuto solo sulla base di incertezze interpretative): difatti, dalla chiara connotazione (civilisticamente) punitiva, che costituiva l’originaria cifra della figura introdotta con il codice penale del 1889, si era giunti ad una chiara funzionalizzazione in senso pienamente compensativo, in quanto il termine era stato usato praticamente come un sinonimo di “risarcimento”.

In conclusione, può affermarsi che il progetto – nella parte che è stata in questa sede oggetto di analisi – fosse certamente apprezzabile per alcuni suoi innovativi (e precorritori) elementi, ma che – al contempo – non andasse totalmente esente da critiche. Vi è, però, un aspetto che deve segnalarsi e che, sopra ogni cosa, pare poter essere ritenuto meritevole di apprezzamento e condivisione: la chiara volontà – tramutatasi nelle nette prese di posizione, ricavabili dalla strutturazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale cui si è più sopra fatto cenno – di depurare l’istituto da quelle inflessioni punitive che – come si è potuto evidenziare in precedenza – non avevano fondamenta nel tessuto normativo, ma che, invece, costituivano il frutto malato di aprioristiche prese di posizione (quasi alla soglia del fideismo) di una parte della dottrina.

§ 11. *Il codice penale e il definitivo accoglimento del danno “non patrimoniale”.*

Il danno non caratterizzato dalla patrimonialità inteso in senso proprio, nonostante avesse trovato un suo primo riconoscimento già a partire dal disegno preliminare del progetto italo-francese, riuscì finalmente a vedere sì un primo punto di approdo nel diritto positivo vigente, ma – come noto – questo fu garantito dalla nuova codificazione penale, e cioè dall’arcinoto art. 185 c.p.¹⁶³. Tuttavia, la

con fatto illecito penale e civile, cit., pp. 350-351: «In questi due articoli [74 e 85], mentre da una parte si equiparano i danni morali a quelli patrimoniali, dichiarandoli entrambi *risarcibili*, dall’altra si conserva al giudice, nei casi di lesione della persona etc., la facoltà di attribuire all’offeso una ulteriore particolare indennità a similitudine di quanto avveniva negli artt. 38 cod. pen. e 7 cod. proc. pen., ora abrogati, senza, a quanto pare, tener conto che in questi due ultimi articoli questa facoltà era al giudice attribuita solo ove la parte ne facesse richiesta, ed era concepita come *un di più* oltre al danno *puramente patrimoniale*, mentre invece, secondo il Progetto di codice delle obbligazioni, essa viene a fare doppio impiego col risarcimento del danno morale dal Progetto stesso ammesso in linea di principio» (corsivo orig.). Ma ancora: «Ora qui il Progetto varca, se pur non erriamo di grosso, i limiti della coerenza e della giusta misura. Ci sembra infatti che [...] l’attribuire anche una volta in più (sia solo per dati casi) questa compensazione costituisca veramente un eccesso di benevolenza legislativa, che si risolve, in sostanza, in un vero e proprio *duplicato... di risarcimento*» (p. 351, corsivo orig.). La posizione del Pacchioni non può ritenersi condivisibile, in quanto presenta come tra loro scissi i differenti commi dell’articolo 85 del Progetto, finendo – così – col ritenere che al primo comma si fosse voluto fare riferimento al risarcimento vero e proprio e, ai commi successivi, ad una somma da attribuire in aggiunta a detto risarcimento (e, dunque, priva di giustificazione, se non in ottica esclusivamente punitiva; ottica che, però, era stata scartata dallo stesso A. in relazione alla interpretazione da lui fornita delle norme di diritto italiano facenti riferimento alla riparazione pecuniaria). Senonché, è l’aggiunta (di sana pianta, sia consentito affermare) di quell’aggettivo “*ulteriore*” – non presente nel dettato legislativo – a complicare e distorcere immotivatamente la realtà: il Progetto, infatti, non ha mai fatto riferimento a due distinte somme da attribuire alla parte lesa, ma ha solo proceduto alla esemplificazione (cfr., *supra*, nota 159) delle situazioni in cui si sarebbe potuto accordare il risarcimento del pregiudizio non patrimoniale (giusta la presenza di un *incipit*, al secondo comma, che a tutto avrebbe potuto far pensare, tranne che ad una configurazione di una fattispecie – e una categoria giuridica – a sé stante da concepire in aggiunta a quanto precedentemente previsto). La distorsione interpretativa, quindi, sembra derivare non solo da una genuina interpolazione del testo, ma anche dalla mancata attenzione a quanto era stato indicato nella relazione al progetto. Avrebbe ripreso, adesivamente, tale interpretazione G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell’articolo 185 codice penale*, cit., p. 252.

¹⁶³ La collocazione della norma all’interno di una codificazione non civilistica fece però sorgere un altro non trascurabile problema inerente ai rapporti tra il nuovo art. 185 c.p. e l’art. 1151 c.c. abr., e cioè: la nuova disposizione doveva essere interpretata restrittivamente (e, dunque, il risarcimento dei danni non patrimoniali sarebbe stato ammissibile solo in presenza di un reato), oppure si sarebbe potuto procedere al risarcimento di tali pregiudizi anche nel caso previsto dall’art. 1151 c.c. abr.? Lo rilevò, seppur sempre con riferimento lessicale alla vecchia dizione del

progressiva stratificazione di nuovi documenti legislativi¹⁶⁴ (seppur anche funzionalmente orientati in una direzione differente) e, da ultimo, di proposte sovranazionali comuni che sono state in precedenza oggetto di attenzione influì – a nostro avviso, positivamente – non solo sulla formulazione e sulla struttura della disposizione, ma anche – e, questa volta, forse meno positivamente – sulle riflessioni e sulle discussioni che caratterizzarono la fase che portò alla introduzione, nel panorama normativo italiano, di detta categoria: ed è sulla base di questi due aspetti di interesse che, per l'appunto, verrà condotta la disamina dell'articolo.

In primo luogo, l'ammissibilità teorica della categoria non incontrò critiche o particolari resistenze anche a motivo del ristretto lasso temporale che separava la versione preliminare del progetto di codice penale¹⁶⁵ (agosto 1927) da quella, sempre preliminare, del disegno del progetto italo-francese

pregiudizio, A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, cit., p. 405: «La vecchia questione sulla risarcibilità del danno morale, anziché essere risolta, come a taluni sembrava, dopo la pubblicazione del nuovo codice penale, risorge e si complica di fronte all'art. 185 di quel codice» (in precedenza un rilievo dello stesso segno era stato effettuato anche da C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 302). Ebbene, ad avviso dell'Ascoli, la soluzione della questione non sarebbe stata da ricercare nella risposta all'interrogativo sulla natura dell'art. 185 c.p. quale norma di interpretazione autentica o meno (in questo senso anche C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 308; *contra* G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, cit., p. 217 ss.) dell'art. 1151 c.c. abr., bensì attribuendo la giusta rilevanza, oltre che alla differenza intercorrente tra la disposizione in questione e quella che contemplava la riparazione pecuniaria e alla similitudine (A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, cit., p. 408) con l'art. 85 del progetto italo-francese (rapporti sui quali si tornerà tra poco), all'art. 198 c.p., che prevede la non estinzione delle azioni civili anche nel caso in cui si sia estinto il reato: «L'indipendenza della risarcibilità del danno morale dall'esistenza del reato risulta, d'altronde dall'art. 198, il quale dispone che anche quando il reato sia estinto (e il nuovo codice *considera estinto il reato e non più solo l'azione penale*) restano integre le azioni civili derivanti dal reato, azioni civili, che secondo l'art. 185 tendono alla restituzione e al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale tanto contro il delinquente quanto contro le persone che debbono rispondere civilmente per lui» (p. 409, corsivo agg.). Orbene, a prescindere dalla risoluzione in senso affermativo o meno della questione della generale risarcibilità civilistica dei danni non patrimoniali (interessante tema sul quale, tuttavia, non ci si può in questa sede soffermare), quello che qui interessa della risposta fornita dall'A. è la *assoluta* irrilevanza, ai fini risarcitori (e, dunque, della individuazione delle funzioni del risarcimento), delle vicende del reato: infatti, tanto nel caso in cui si giunga ad una condanna *penale*, quanto nel caso in cui il reato sia estinto, il risarcimento dovrà essere corrisposto al soggetto danneggiato e dovrà basarsi esclusivamente sul pregiudizio da quest'ultimo patito, dovendosi rifiutare categoricamente (in quanto priva di referenti normativi) ogni possibile influenza di una tale differenza non solo – ovviamente – sull'*an*, ma anche sul *quantum* dell'obbligazione. Sul tema, si veda F. CARNELUTTI, *Accertamento degli effetti civili del reato estinto*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1938, I, p. 3 ss.; nonché, in precedenza, P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, pp. 177-180, ove, proprio sulla base della possibilità di procedere alla condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali anche nel caso di estinzione del reato, non sembrò concedersi credito alla ipotesi che tale risarcimento potesse costituire un supplemento sanzionatorio civilistico in caso di commissione del reato. Successivamente, nello stesso senso e basandosi sul medesimo argomento, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., pp. 306-308 (ma, in particolare, p. 307: «Ed allora si intende che, a contare per tale fine, sia piuttosto il fatto del reato, la sua fattispecie esteriore, che non il così detto fatto punibile, cioè il reato completo degli elementi che ne determinano la punibilità [...]»). Ripercorse i termini in cui si svolse il confronto anche M. PERFETTI, *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, cit., pp. 1050-1052.

¹⁶⁴ Cfr. il §190 della relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di codice penale (reperibile nei *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V, pt. I, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929): «Nuova ed organica è la sistemazione, che il Progetto ha dato alle sanzioni civili del reato, ora sparse nel Codice civile, nel Codice penale e nel Codice di procedura penale, determinando non solo quali sono le conseguenze del reato e i doveri del responsabile verso lo Stato e verso la vittima, ma dettando altresì una serie di disposizioni dirette a impedire che le sanzioni siano eluse».

¹⁶⁵ Si veda F. DEGNI, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti)*, cit., p. 155: «In Italia, anzi, la risarcibilità del danno non patrimoniale è stata recisamente affermata anche nel progetto preliminare del nuovo Cod. penale (art. 187 [il definitivo art. 185 c.p.]), sostituendosi alla incerta configurazione della riparazione pecuniaria, di cui all'art. 38 del vig. Cod. pen., limitata, com'è noto, ai diritti che offendono l'onore della persona e della famiglia, e che è niente altro che una conseguenza penale della condanna e, come tale, di competenza del solo giudice penale che giudica di quei particolari delitti, e che segue le sorti dell'azione penale, si estingue con essa ed è intrasmissibile attivamente e passivamente, a simiglianza dell'*a. injuriarum* dei Romani». Si noti il più condivisibile riferimento, a differenza di quanto avvenuto per il progetto italo-francese (cfr., *supra*, nota 155), alla natura punitiva dell'art. 38 c.p. 1889.

(1919) che, come osservato, già garantiva la piena risarcibilità, in ambito civilistico, dei pregiudizi morali (e, dunque, a prescindere da ogni rilevanza criminale del fatto lesivo¹⁶⁶; circostanza che implicava, *a fortiori*, il riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale anche in ambito penale); e difatti, del progetto e della sua rilevanza in relazione a detta figura erano ravvisabili non equivocabili tracce nella successiva relazione di accompagnamento al progetto definitivo di codice penale, nonché, da ultimo, in quella presentata, da parte del Guardasigilli Rocco, al re.

Orbene, tale riferimento non doveva certo sorprendere (ma, anzi, doveva apparire assai confacente) a motivo di quanto si è rilevato circa la natura compensativa dell'art. 85 del progetto italo-francese¹⁶⁷; ciò che – di contro – poteva destare qualche perplessità (per le ragioni di cui si è più sopra dato conto) era la menzione, nella relazione di accompagnamento al progetto definitivo del codice penale, dell'art. 38 dell'abrogando codice del 1889¹⁶⁸ (ma si può ben ritenere che questa fosse da ricondurre alla persistenza, in seno alla Commissione ministeriale¹⁶⁹, di quelle già evocate incertezze interpretative sulla funzione della *riparazione pecuniaria*¹⁷⁰ che – tra l'altro, come si

¹⁶⁶ Il rinvio va, nuovamente, alla già citata affermazione dell'Ascoli (cfr., *supra*, nota 155) nella Relazione al Disegno preliminare del progetto.

¹⁶⁷ Cfr. §191 della citata relazione al progetto definitivo: «È notevole che il Progetto di Codice delle obbligazioni, e dei contratti, studiato e preparato da illustri giuristi italiani e francesi, espressamente consacrò, nell'articolo 85, una norma generale, con la quale si stabilisce che l'obbligazione del risarcimento del danno comprende tutti i danni, materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. Nella relazione che precede il detto Progetto, viene chiarito che per danno morale debba intendersi “quello che in nessun modo tocca il patrimonio, ma arreca solo un dolore morale alle vittime, come è provato dalle esemplificazioni, che seguono nello stesso articolo”. Questo brano della relazione non lascia dubbio che per danno morale debba intendersi danno non patrimoniale. Esso inoltre scolpisce che il risarcimento del danno non patrimoniale debba concepirsi come una figura generale del diritto, e non già come una deviazione da applicarsi a casi tassativi, come qualcuno ha mostrato di credere, proponendo analogo sistema nel Codice penale. Pertanto, la norma accolta dall'articolo 191 del Progetto trova nei ricordati precedenti la sua più ovvia giustificazione». Si soffermò sul collegamento D. MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, cit., p. 446: «La prima parte dell'art. 85 del T.U. approvato a Parigi nel 1927 contiene una enunciazione generale che corrisponde a quella pure generale dell'art. 185 del cod. pen., con la sola differenza che in luogo della denominazione *danni morali* si è preferita nel codice quella assai più precisa di *danni non patrimoniali*» (corsivo orig.). Sull'ultima notazione si ritornerà in seguito (cfr., *infra*, nota 177).

¹⁶⁸ Si veda il già menzionato §191 della relazione al progetto definitivo di codice: «Nell'art. 191 è espressamente sanzionata la risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato dal reato. La nostra legislazione penale era già da tempo sostanzialmente orientata verso questa soluzione della dibattuta questione, come palesa l'istituto della riparazione pecuniaria accolto dall'art. 38 del Codice penale, e notevolmente allargato nel suo campo di applicazione dall'art. 7 del Codice di procedura penale. In questo senso può ben dirsi che il diritto penale italiano abbia percorso il movimento legislativo favorevole al risarcimento del danno morale, che si è venuto delineando anche in altri campi del diritto». Una simile interpretazione delle richiamate disposizioni non sembra potersi ritenere condivisibile in ragione delle ragioni a suo tempo già esposte, senza che – quindi – si renda qui necessario esporle nuovamente.

¹⁶⁹ La Commissione ministeriale, infatti, sembrava maggiormente concentrata sulla aggettivazione da utilizzare in relazione al risarcimento del pregiudizio diverso da quello materiale, sulla eventuale limitazione dei casi in cui il giudice avrebbe potuto riconoscere tale risarcimento e, non da ultimo, su considerazioni (in questo caso sì ammissibili, in quanto svolte in sede legislativa e non dottrinale o giurisprudenziale) di ordine etico-morale in relazione alla concessione di un risarcimento per i pregiudizi non economicamente valutabili. La interpretazione dell'art. 38 c.p. 1889 e dell'art. 7 c.p.p. 1913 era, di contro, apoditticamente sostenuta in termini di “risarcimento” del danno morale (utilizzando due termini, quali “risarcimento” e “danno morale” che le citate disposizioni non contemplavano in nessuna maniera). Cfr., sul punto, i lavori della commissione: *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, IV, pt. II, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1929, pp. 513-522.

¹⁷⁰ Fortunatamente differente il panorama che offrivano i pareri espressi dalle facoltà giuridiche (cfr. *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, III, pt. II, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, Roma, 1928). Si veda, ad es., la posizione del prof. Maroi, relatore per l'Università di Parma (p. 324): «Sembra, inoltre, che non dovrebbe escludersi, fra le sanzioni civili, la riparazione pecuniaria, la quale non può ritenersi superflua dalla disposizione circa il risarcimento del danno non patrimoniale [...]. Invero, la riparazione pecuniaria ha il carattere di una *pena privata*, che può, pertanto, essere attribuita, anche quando manchi ogni danno patrimoniale o morale da risarcire; anzi è la *forma tipica di pena privata*» (corsivo agg.). Ma, ancora, quanto affermato dal prof. Conti, relatore per l'Università di Pisa (pp. 324-325): «All'art. 187 [del progetto preliminare],

ricorderà – avevano condotto alla impostazione funzionalmente compensativa del progetto italo-francese).

Pertanto, anche alla luce della presenza di siffatte incertezze interpretative (che attribuivano alla figura in questione una funzione compensativa¹⁷¹, contribuendo, in questo modo, a privare di ogni possibile venatura punitiva il presunto successore¹⁷², e cioè l'art. 185, comma 2, c.p.), l'aspetto cui si diede – anche in questo caso, purtroppo, non senza imprecisioni lessicali – maggiore rilevanza nella relazione che sarebbe stata presentata, unitamente al codice penale, al sovrano fu la natura esclusivamente compensativa del risarcimento dei danni non patrimoniali: in detta relazione, infatti, fu ribadito che, in assenza di un qualsiasi pregiudizio risarcibile (patrimoniale o meno), non si sarebbe potuto dare luogo ad alcuna corresponsione di denaro (motivo per cui fu escluso con nettezza anche il suggerimento della Commissione di continuare a contemplare, in aggiunta al risarcimento del danno non patrimoniale, la figura della riparazione pecuniaria nelle ipotesi previste dall'art. 7 c.p.p. 1913), in quanto questa eventuale somma ulteriore non sarebbe andata a compensare alcun tipo di pregiudizio, ma avrebbe soddisfatto – in maniera intollerabile – solo un riprovevole sentimento di vendetta della parte offesa dal reato¹⁷³.

si consacra l'obbligo delle restituzioni e del risarcimento del danno, patrimoniale o non patrimoniale; e, dopo ciò, la così detta "riparazione pecuniaria" del nostro diritto vigente *non è considerata in alcun modo*» (corsivo agg.).

¹⁷¹ Si soffermano maggiormente sulla natura dell'azione in questione G. ALPA e V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1276: «Si trattava di una norma di nuova introduzione; l'innovazione doveva rappresentare, *nelle intenzioni dei formulatori*, il superamento dell'istituto della riparazione pecuniaria, previsto già dal codice Zanardelli del 1889 e dal codice di rito del 1913; istituto accusato di ambiguità per esserne incerta la natura di sanzione civile ovvero di sanzione penale» (corsivo agg.). Orbene, la norma avrebbe certamente costituito un'innovazione rispetto alla figura della riparazione pecuniaria così come (punitivamente) intesa dai formulatori del codice Zanardelli, ma non rispetto a quella interpretazione di stampo compensativo che ne avevano fornito (e nemmeno per primi, come visto) i *conditores* del nuovo codice penale.

¹⁷² Osservando la questione alla luce di quanto si è avuto modo di rilevare nella parte finale del Capitolo II (aspetto altresì ripreso in apertura del presente Capitolo), può notarsi come l'interpretazione in senso compensativo anche della categoria della riparazione pecuniaria possa costituire un classico esempio di quelle instaurazioni di una forzosa continuità storica che, come si è evidenziato, non è – invece – necessaria (e, proprio per questo, nemmeno deve essere artificialmente costruita).

¹⁷³ Cfr. §92 della relazione al re (da non confondersi con la già precedentemente citata relazione al progetto definitivo, diversa da quella presentata al sovrano): «La predetta Commissione mi invitò inoltre ad esaminare se sia da mantenere, nelle ipotesi indicate dall'articolo 7 del codice di procedura penale del 1913, la facoltà di assegnare alla parte lesa una particolare indennità a titolo di riparazione pecuniaria dell'offesa. Ma, posto che oltre il danno patrimoniale e non patrimoniale non può esistere alcun'altra specie di danno riparabile, non mi sembra il caso di seguire la Commissione parlamentare su questo punto, il nuovo codice disponendo in tale materia assai più largamente che il codice di procedura penale del 1913. Se, come a suo tempo ho rilevato, l'offesa non ha prodotto neppure un danno non patrimoniale, ciò significa che si tratta soltanto di un risentimento cupido di vendetta o di lucro, e non di un detrimento che giustamente reclami una riparazione pecuniaria. Per soddisfare codesto risentimento bisognerebbe ritornare alla pena privata, istituto abolito da secoli, e che di proposito non si è voluto ripristinare» (corsivo orig.). Ma, ancora: «Si aggiunga, infine, che, se è giusto ed equo favorire le persone offese dai reati nel loro intento di ottenere il risarcimento del danno, non sarebbe morale favorire il conseguimento della "soddisfazione che produce il danaro" nei casi in cui il danaro non ha altra ragione di intervenire, che quella di una non commendevole speculazione» (*ibidem*). Oltre alla chiara connotazione funzionale che l'ultimo brano consente di ricavare con sufficiente agevolezza anche in relazione al danno non patrimoniale, si possono notare – con riferimento alla prima parte riportata – le imprecisioni lessicali che caratterizzano la relazione e che sembrano assai simili a quelle che caratterizzavano l'art. 85 del progetto italo-francese (il che, però, conferma ulteriormente la connotazione funzionalmente compensativa del risarcimento in questione). Circa la connotazione funzionale, si veda l'osservazione di C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 304, nota 4: «Allo stato attuale della legislazione, la possibilità di reintegrare il bene immateriale menomato o leso, o comunque la necessità di una soddisfazione (latu [*sic*] sensu) all'offeso, non può che attuarsi mediante l'istituto del *risarcimento*, dovendosi naturalmente escludere ogni ipotesi di pena privata: tanto più dopo l'abolizione dell'ibrida *riparazione pecuniaria* che toglie di mezzo la discussione se, come alcuni volevano, questa potevasi considerare come una specie di quella [...]» (corsivo orig.).

Allora, come si può notare, l'utilizzo del termine *risarcimento*¹⁷⁴ con riferimento al danno non patrimoniale corrispose alla effettiva volontà del legislatore di caratterizzare funzionalmente in senso chiaramente compensativo¹⁷⁵ anche il risarcimento di quest'ultimo, rendendolo scevro da ogni possibile contaminazione di tipo punitivo¹⁷⁶: il punto focale, quindi, sarebbe stato il danno patito dal soggetto offeso, e non la condotta di colui che avrebbe commesso il reato.

¹⁷⁴ Analizzando il progetto di codice penale, si espresse nel senso di continuare a far opportunamente riferimento, per quanto concerneva i danni di tipo non patrimoniale, alla figura della riparazione pecuniaria (depurata, però, dalle originarie venature "quasi-penali", che non furono messe in discussione) D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, cit., *passim*, e ciò sulla base della differenza tra i concetti di risarcimento e riparazione (cfr., *supra*, nota 121).

¹⁷⁵ Di conseguenza, nessuna rilevanza funzionale di stampo punitivo si sarebbe potuta attribuire al risarcimento del danno derivante da reato. Sul punto, oltre a quanto già osservato, si veda P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, cit., p. 174: «Così la legislazione penale, fondendo in una sola azione il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, è venuta ad allargare la nozione positiva del risarcimento: in quanto mentre finora si chiamava risarcimento soltanto la corresponsione di una somma *equivalente* al danno stimato in denaro, d'ora innanzi si chiamerà risarcimento anche la corresponsione di una somma che serve a compensare la lesione di interessi non suscettibili di valutazione pecuniaria, e quindi non risarcibili per equivalente. Si può dire così che la distinzione tra risarcimento di danni patrimoniali e compensazione di danni non patrimoniali non ha più oggi, almeno nella legislazione penale, una base positiva: anche la compensazione pecuniaria di un danno non valutabile in denaro è ormai, secondo l'art. 185 cod. pen., considerata come una forma di risarcimento: il che, anche se lascia immutata la sostanza, costituisce indubbiamente una innovazione di terminologia, di cui non può non tenersi conto nell'interpretazione della legge» (corsivo orig.). Nello stesso senso anche C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., pp. 314-315. Da ultimo, non condivide la lettura in senso compensativo dell'art. 185 c.p. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danni civili "da reato" nel sistema polifunzionale della responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1165 ss. (in particolare, p. 1186: «la riparazione del danno "da reato" – a mio sommesso avviso – appartiene a un modello del tutto indipendente e parallelo rispetto alla comune responsabilità civile, differenziandosi per struttura e per funzione»).

¹⁷⁶ Condivisibilmente netta la posizione di L. COVIELLO SR., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., pp. 315-316: «D'altra parte le differenze tra la riparazione pecuniaria e il risarcimento dei danni morali sono evidenti. La prima prescinde dall'esistenza e dalla prova di qualunque danno, mentre il risarcimento dei danni morali esige la prova almeno generica di essi, sia pure che possa darsi anche mediante le *praesumptiones hominis*. La riparazione, anche se non fosse, come molti affermano, nell'arbitrio del giudice accordarla o meno, certo lascia largo campo alle facoltà discrezionali quanto alla misura, potendo tenersi conto anche di criteri subiettivi, come la capacità economica del condannato, mentre la valutazione del danno morale deve farsi sempre con criteri obbiettivi». Si espresse contro la continuità tra la figura della riparazione pecuniaria (secondo quella interpretazione punitiva da chi scrive ritenuta condivisibile) e quella del risarcimento del danno non patrimoniale G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, cit., p. 218: «Il risarcimento del danno morale non ha naturalmente nulla a che vedere con l'istituto della *riparazione pecuniaria* stabilito per alcune speciali figure di reato nel vecchio codice penale del 1889 (art. 38) e nel codice di procedura penale del 1913 (art. 7). La riparazione pecuniaria, anacronistica sopravvivenza di istituti storicamente superati, rappresentava ancora, nei vecchi codici, una pena sussidiaria di carattere civile [...] che, nella sua ispirazione di privata vendetta, invece che affrettare, servi a rimuovere nella dottrina e nella giurisprudenza, il riconoscimento del danno non patrimoniale. Con l'odierna riforma, l'istituto della riparazione pecuniaria ingloriosamente scompare, senza rimpianto, dal nostro sistema legislativo, per cedere il passo al riconoscimento del danno non patrimoniale, che assume, in quella vece, contenuto di soddisfazione privatistica integrale della vittima» (corsivo orig.). Solo un breve inciso. L'affermazione è condivisibile in tutto, fuorché in quella parte in cui si afferma che la figura fu di ostacolo al riconoscimento del danno non patrimoniale: la figura fu sì pensata e strutturata in senso punitivo, ma – come visto – l'interpretazione diametralmente opposta che ne fu fornita fu la via che, invece, aprì al riconoscimento del danno non patrimoniale. Che la tesi della continuità concettuale tra i due istituti fosse non agevolmente sostenibile, e, anzi, fosse alquanto arbitraria fu notato da C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 309: «Ma tale assunto [...] ci appare troppo audace ed inoltre pecca di arbitrio». Nel senso della continuità (ma non identità, si badi) tra le due figure (anche se, come detto, l'interpretazione della riparazione pecuniaria che l'A. aveva fornito non si incentrava su di una funzione punitiva: cfr., *supra*, nota 142) si espresse G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, cit., pp. 352-353, affermando che l'assimilazione del risarcimento e della riparazione – stante la loro assoluta diversità – sarebbe stata preclusa perfino al legislatore, il quale tutto potrebbe fare, meno che «cambiare un uomo in donna»: «[o]ra, se il nostro legislatore avesse voluto cancellare ogni diversità di natura e di effetti fra il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale, avrebbe veramente voluto trasformare un uomo in donna. Ora una simile volontà è da escludersi *a priori*» (p. 353, corsivo orig.). Basandosi sulla impossibilità di procedere ad un risarcimento del danno morale (in quanto tale risultato sarebbe stato precluso addirittura al legislatore, nonostante la chiarezza delle sue intenzioni; e ciò sulla base delle stesse motivazioni adottate dal Pacchioni) e sulla contestuale eliminazione della (concettualmente differente rispetto al risarcimento) figura della (compensativa) riparazione

Rimanendo, ancora per un poco, sul versante lessicale, deve rilevarsi, rispetto al passato, una modifica della aggettivazione del danno derivante dalla lesione di situazioni giuridiche non caratterizzate dalla patrimonialità, e cioè il passaggio dal “danno morale” ad un più generale “danno non patrimoniale”¹⁷⁷. Ebbene, l’innovazione non fu il frutto di una casualità o di una inconsapevole rimodulazione, ma fu appositamente scelta non solo per segnalare una ricercata discontinuità con la figura del danno morale¹⁷⁸ (ritenuta eccessivamente legata alle dispute sulla risarcibilità della sofferenza in sé e per sé considerata o solo nel caso in cui avesse prodotto delle ripercussioni negative sul patrimonio del soggetto leso), ma anche – e, forse, soprattutto – per contrastarne il dominio di campo a cui si è fatto riferimento quando ci si è soffermati sulla categoria in questione: nella relazione, infatti, compariva un prezioso cenno al “danno fisico” che il soggetto potrebbe aver patito a causa del reato¹⁷⁹; danno che si sarebbe contrapposto alla aggettivazione in termini di danno morale,

pecuniaria, G. MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell’articolo 185 codice penale*, cit., pp. 253-254, ritenne che la nuova disposizione del codice penale avrebbe segnato, anziché un ampliamento della tutela per il soggetto danneggiato, una vera e propria riduzione (come si può facilmente notare, l’interpretazione del Maggiore risulta ancor più limitativa di quella – invero poi non già particolarmente generosa – del Pacchioni). Meno interessato alla questione P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, cit., pp. 172-173; anche se una similitudine con l’art. 7 c.p.p. 1913 viene poi instaurata: «La disposizione dell’art. 185 cod. pen. nuovo (come già quella dell’art. 7 del vecchio cod. proc. pen.) non significa dunque che il reato obblighi al risarcimento dei danni *in quanto tale* (perché la sanzione appropriata del reato è la pena), ma in quanto un fatto che ha i caratteri di reato ha *a fortiori* i caratteri dell’illecito civile, di cui è sanzione appropriata il risarcimento dei danni» (p. 175).

¹⁷⁷ Si veda, nuovamente, con riferimento al progetto definitivo del codice, il §191 della relazione al progetto definitivo: «Il Progetto in sostanza si è uniformato alle aspirazioni dottrinali e legislative, che erano venute reclamando il riconoscimento e l’affermazione del principio della risarcibilità del danno morale. Il carattere generale di tale principio, incompatibile con una enunciazione dei casi tassativi di applicabilità, mi ha indotto a non limitare la risarcibilità del danno morale a casi particolari, come taluno aveva suggerito. Quando alla designazione del concetto, ho creduto che la locuzione di “danno non patrimoniale” sia preferibile a quella di “danno morale”, tenuto conto che spesso nella terminologia corrente la locuzione di “danno morale” ha valore equivoco e non riesce a differenziare il danno morale puro da quei danni, che, sebbene abbiano radice in offese alla personalità morale, direttamente o indirettamente menomano il patrimonio. Del che è conferma la necessità avvertita da coloro che adoperano quella locuzione di chiarirne il contenuto, spiegando che debba trattarsi di un danno non patrimoniale». Indicazioni analoghe, sul punto, possono essere rinvenute nel § 92 della relazione al re.

¹⁷⁸ Apprezzò, in questo senso, la nuova aggettivazione legislativa G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, cit., p. 217: «Il Codice, perfezionando la formula tradizionale (*danno morale*) e superando gli esotici concetti dello *Schmerzensgeld* e dello *Smart-money*, usa la più esatta espressione di *danno non patrimoniale*, per distinguere e separare questo aspetto del danno risarcibile, dall’altro che, pur avendo un substrato morale, ha per suo contenuto la ripercussione economica indiretta sul patrimonio del danneggiato. E questo miglioramento tecnico della formula appare tanto più opportuno ed espressivo in quanto, così nella dottrina come nella giurisprudenza, si è negli ultimi tempi andata formando e consolidando una specie di opinione intermedia, che limita il risarcimento del danno morale al solo *danno patrimoniale indiretto* (ripercussione economica del danno morale). Il danno patrimoniale indiretto, che sia eventualmente per derivare dal danno morale, resta invece pur sempre un danno patrimoniale, da non confondere con il danno morale propriamente detto, che ha invece per sua caratteristica essenziale il requisito della non patrimonialità» (corsivo orig.). Si veda anche D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 173: «L’art. 187 [del progetto, il definitivo art. 185 c.p.] poi distingue, comprendendole, le due specie di danni patrimoniali e non patrimoniali. Tale distinzione e comprensione porta chiarezza in questo, che essendo definito tutto il danno che non è patrimoniale, proprio con il semplice suo concetto negativo, non vi è più posto per dispute sulla comprensione del concetto del così detto “danno morale”». In precedenza, manifestò la sua preferenza per l’aggettivazione in termini di danno “morale” B. BRUGI, *Danno morale*, cit., p. 621: «È meglio chiamarlo così che dirlo danno non patrimoniale, perché l’uno e l’altro sono due aspetti di uno stesso concetto e il patrimonio di una persona comprende tutti i suoi beni, anche gl’immateriali».

¹⁷⁹ Cfr. § 92 della relazione al re: «Nel sistema del codice, invece, il danno morale che si associa a detrimenti patrimoniali è risarcibile come danno patrimoniale, mentre il danno morale, che non riguarda in alcun modo il patrimonio, è risarcibile solo come tale, cioè come danno non patrimoniale. Si aggiunga che “danno morale” si contrappone piuttosto a “danno fisico” che a “danno non patrimoniale”, e il danno fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale».

mentre la più ampia formula contenuta nel codice avrebbe consentito il risarcimento anche di quelle lesioni *nel corpo* di tipo *non patrimoniale*¹⁸⁰.

E, davvero, non sembra che, con ciò, si sia voluto dire poco. Con sguardo retrospettivo (ma, sul punto e sulla questione non si mancherà di tornare con la dovuta dovizia di particolari) la scelta non pare essere stata di poco momento e di scarsa rilevanza, e, soprattutto, ma senza voler nulla anticipare, sembra che meriti di essere appuntata diligentemente per i benefici che potrà apportare in relazione alla disamina di quelle posizioni dottrinali che si sono mostrate particolarmente (ma immotivatamente) critiche nei confronti di una formula verso cui l'ostilità sembra essere più ideologica che tecnica.

Vi è, poi, un secondo elemento di interesse che si ricollega strettamente a quanto si è già avuto modo di osservare più sopra, e cioè la strutturazione interna dell'articolo.

Nel tentativo di offrire una interpretazione convincente (e potenzialmente condivisibile) dell'art. 38 c.p. 1889, si è rilevato come l'articolo dedicato alla (aggiuntiva) figura della riparazione pecuniaria fosse topograficamente distinto da quello che poneva gli obblighi di restituzione e di risarcimento in capo all'autore del reato, avendo così contribuito a creare, anche nella separazione e ben distinta collocazione delle disposizioni, una maggiore differenza funzionalmente apprezzabile rispetto a quanto sarebbe potuto invece emergere dalla più problematica formulazione unitaria di cui agli art. 50 del progetto Vigliani e art. 46 del progetto Mancini. Ebbene, ciò che – in quella sede – si è voluto porre all'attenzione del lettore non costituiva solo una utile ed ulteriore argomentazione ai fini dell'interpretazione della disposizione, ma veniva altresì ad essere un prezioso elemento di comparazione che sarebbe riemerso in seguito; e il momento pare essere giunto.

Difatti, guardando all'art. 185 c.p., si può notare come le differenti obbligazioni civilistiche già note nelle epoche precedenti (e l'utilità della specificazione potrà essere apprezzata sulla base di quanto si dirà nel paragrafo successivo) e poste in capo all'autore del reato abbiano continuato ad essere ricomprese all'interno di un solo articolo e come quella "appendice" sanzionatoria, che nel passaggio dai progetti Vigliani e Mancini a quelli Savelli e Zanardelli era diventata autonoma, sia definitivamente scomparsa: il passaggio dalla presenza di due articoli – topograficamente (e, indi, funzionalmente) differenziati, quali gli artt. 37 e 38 c.p. 1889 – a quella di un solo articolo (che, fin

¹⁸⁰ La modifica non incontrò il favore di C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 303, nota 3 (di cui si consentirà di riportare un non breve passaggio, e che andrebbe letta nella sua interezza), il quale ne propose una lettura di stampo limitativo: «Consideriamo preferibile mantenere l'espressione di *danno morale*, usata dalla giurisprudenza e da quale autore anche recentemente [...] ed adottata dal Progetto italo-francese delle obbligazioni (art. 85), anziché quella di *danno non patrimoniale*, escogitata dalla più recente dottrina come tecnicamente più perfetta ed adottata dal nuovo Codice penale (nonostante la Commissione parlamentare avesse proposto di sostituirla con quella di "danno morale" onde coordinare la norma del Codice a quella del Progetto italo-francese). Usando l'antitesi: danno "patrimoniale" e "non patrimoniale", il primo deve a sua volta suddividersi in *diretto* ed *indiretto* (a seconda che le ripercussioni sul patrimonio del danneggiato siano conseguenza diretta od indiretta dell'evento dannoso), ed il secondo in *fisico* e *morale*, [...] di guisa che il danno morale non sarebbe, a rigor di termini, che una specie del danno non patrimoniale. Ma la vera questione circa la risarcibilità è fatta per i danni *non patrimoniali morali* (i c.d. patemi d'animo), in quanto il danno *non patrimoniale fisico*, che si esaurisce nelle sensazioni dolorose prodotte da lesioni alla persona [...], è praticamente da dottrina e giurisprudenza – in modo più o meno esplicito – considerato risarcibile in quanto assorbito dalla figura del danno *patrimoniale indiretto*. [...] Ed allora la categoria dei *danni non patrimoniali* [...] viene ad essere esaurita dai c.d. danni morali [...].» (corsivo orig.). Orbene, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, nessuno, all'epoca, avrebbe negato che la lesione fisica (così come osservato anche in relazione al danno morale "degenerato" patologicamente) che avesse cagionato una impossibilità lavorativa sarebbe stata risarcibile *sub specie* di danno patrimoniale; ciò che non si riesce a comprendere è la difficoltà di accettare una modifica legislativa (e, di conseguenza, una nuova tassonomia del pregiudizio maggiormente aderente alla effettiva realtà delle lesioni) che avrebbe consentito *ab origine* di attribuire rilevanza – al di là dei riflessioni di tipo patrimoniale – non solo alla sofferenza interiore, ma anche alle lesioni *in corpore*.

dalla rubrica, rinvia al contenuto *solo* del primo di quelle testé richiamati) non pare essere una circostanza destinata a essere tenuta in non cale.

Detto in altri termini. L'art. 38 c.p. 1889 non è stato semplicemente "trasposto" nel secondo comma dell'art. 185 c.p. (contribuendo a connotare – in ragione della pregressa funzione punitiva della categoria – il danno non patrimoniale in senso concorrentemente punitivo), ma è stato *eliminato* dal panorama legislativo: l'art. 185 c.p. deve quindi essere visto quale "erede" del solo art. 37 c.p. 1889, e non quale unificazione normativa degli artt. 37 e 38 c.p. 1889¹⁸¹.

Ma vi è di più. Quanto appena rilevato sembra trovare una positiva conferma qualora si passi dalla topografica del codice all'analisi della ripartizione interna all'articolo delle differenti obbligazioni civili derivanti dal reato. Ebbene, anche in relazione a questo aspetto, la formulazione del nuovo articolo e la sua suddivisione interna – essendosi potuto trarre giovamento da quella progressiva stratificazione evolutiva cui si è fatto cenno più sopra – paiono essere particolarmente felici, in quanto il primo comma viene ora integralmente dedicato alle restituzioni¹⁸², mentre il secondo è interamente incentrato sulla categoria del risarcimento del danno, in relazione al quale – ed ecco una nuova notazione degna di attenzione – l'aggettivazione sembra formulata in modo tale da voler far trasparire la *totale irrilevanza* della differente tipologia del pregiudizio patito ai fini della individuazione delle funzioni del risarcimento¹⁸³ (potendosi in ciò vedere un influsso del progetto italo-francese del 1927¹⁸⁴): il secondo comma dell'art. 185 c.p. obbliga l'autore del reato al risarcimento di *tutti* i danni

¹⁸¹ Sul punto, si veda quanto già rilevato *supra* nella nota 176.

¹⁸² F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., dopo essersi (civilisticamente) soffermato sulla differenza (concettuale e materiale) intercorrente tra il risarcimento e la restituzione (anche generica, «ossia restituzione dello stesso *genus*»: p. 643), e riconoscendo che «non si può negare che il disposto dell'art. 1151 cod. civ. [abr.] il quale direttamente contempla il solo *risarcimento del danno propriamente detto*, sia l'applicazione di un più ampio, indiscutibile *principio generale di diritto* che si può così formulare: "L'autore del *torto* è obbligato a rimuovere il danno giuridico (inteso in senso lato) prodotto dal torto al soggetto del diritto leso"» (p. 644, corsivo orig.), riconosceva alle restituzioni previste dal codice di procedura penale del 1913 (e, aggiungiamo noi, dal codice penale del 1889) un ambito di applicazione più ampio di quelle solamente civilistiche: «Se per es. Numerio Negidio ruba ad Aulo Agerio un titolo al portatore, e questo titolo per una o più alienazioni perviene ad un acquirente di buona fede, questi ne diventa legittimo proprietario giusta l'art. 57 cod. comm. E se più tardi Numerio Negidio, non avendo tenuto nota del *numero* del titolo stesso, in *buona fede* lo compra da questo nuovo proprietario, ne diviene alla sua volta indiscutibilmente proprietario egli pure. Ma ciò non ostante Aulo Agerio potrà agire contro di lui per ottenerne la restituzione, la quale in tale ipotesi sarà dovuta soltanto in forma dell'*obbligazione di restituire* riconosciuta dall'art. 7 del cod. di proc. pen. e dipendente dal sopraenunciato principio generale di diritto, ossia in virtù di una obbligazione *derivante dal torto*; mentre in tale ipotesi Aulo Agerio non potrebbe far valere, per ottenere la restituzione, nè l'azione di rivendicazione (perchè la proprietà sarebbe indubbiamente passata a Numerio Negidio), nè l'*actio de in rem verso*, perchè questa gli darebbe diritto soltanto ad avere ciò che Numerio Negidio avesse volto in proprio profitto, ossia il prezzo conseguito nella prima vendita da lui fatta» (pp. 644-645, corsivo orig.).

¹⁸³ Si veda C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, cit., p. 307: «non era, cioè, il risarcimento del danno non patrimoniale a risultare intriso di funzione punitiva perché contemplato come effetto civile accessorio della condanna penale, bensì il risarcimento come effetto civile tipico esteso al danno non patrimoniale a denotarne il completo assorbimento nella logica della responsabilità civile. Tale idea è peraltro ricavabile sin dal piano testuale dell'art. 185 c.p., nel quale il risarcimento del danno non patrimoniale è accostato a quello del danno patrimoniale, evidentemente in base a un'idea accomunante l'uno e l'altro risarcimento in identiche natura e funzione».

¹⁸⁴ Ed è sulla base di questo specifico rilievo di ordine lessicale che G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, cit., p. 219, attribuì all'art. 185 c.p. il ruolo di norma di "interpretazione autentica" dell'art. 1151 c.c. abr. (sul punto, si rinvia a quanto già osservato *supra*, nota 163): «Il danno, nella sua consistenza ontologica, è quello che è: se il legislatore, in un determinato momento storico, riconosce che il danno risarcibile non è soltanto quello patrimoniale, ma anche quello non patrimoniale, questa precisazione del concetto vale per ogni configurazione di danno, quale che ne sia la causa determinante. [...] La legge penale non innova, ma chiarisce [...]»; infatti se «nell'art. 185 C.P. si ammette il risarcimento del *danno patrimoniale* e di quello *non patrimoniale*, con una dizione che è semplicemente esplicativa e non contrastante con la pura e semplice espressione di "*danno*" usata nell'art. 1151 C.C., non si può attribuire alla medesima parola *danno*, un diverso concetto nelle due disposizioni; nè sarebbe lecito aggiungere, per salvare l'unità del sistema, alla disposizione dell'art. 1151 una limitazione di patrimonialità che ivi non è stabilita» (corsivo orig.). Ciò che non convince della spiegazione è il riferimento alla "ontologia" del danno, siccome il legislatore avrebbe ben potuto

cagionati dal suo comportamento, a prescindere dal fatto che questi siano patrimoniali o, con più ampia e apprezzabile espressione, non patrimoniali.

L'aver collocato sullo stesso piano i diversi pregiudizi che possono essere patiti a causa del compimento di un reato, non avendo operato alcun tipo di distinzione sulla base della loro tipologia (e in ciò potendosi ravvisare un influsso della formulazione del progetto italo-francese), dovrebbe contribuire a far emergere con sufficiente chiarezza la “*indifferenza funzionale*” di quest'ultima: il risarcimento del danno non patrimoniale non è funzionalmente distinguibile da quello del danno patrimoniale¹⁸⁵, siccome entrambi sono incentrati non già sulla condotta del soggetto agente (con attenzione, quindi, alla riprovevolezza e all'efferatezza dell'azione, all'allarme sociale destato dal reato, ai motivi che hanno spinto a commettere quest'ultimo, etc...), bensì sul pregiudizio¹⁸⁶ (e solo su questo¹⁸⁷) che il soggetto leso ha patito e che deve essere integralmente risarcito per il tramite dell'obbligazione¹⁸⁸.

decidere (contrariamente a quanto, invece, poi fece) di limitare il risarcimento dei danni solo nei casi di compimento di reati in ragione della gravità della situazione produttiva di danno: e allora, una cosa è l'interpretazione sistematica della nozione di danno alla luce delle modificazioni legislative; altro il (non necessario) riferimento ad una “ontologia” che – asseritamente – finirebbe addirittura col vincolare il legislatore, il quale non potrebbe procedere alla differenziazione di due situazioni che non ritiene di dover porre sullo stesso piano.

¹⁸⁵ Cfr. D. MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, cit., p. 455: «L'azione di risarcimento del danno non patrimoniale è posta, sotto ogni riguardo, sullo stesso piano dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale».

¹⁸⁶ «A dimostrare l'insostenibilità di queste impostazioni [punitive] è sufficiente l'argomento solito, mai superato, della struttura reintegratoria e del limite stesso del risarcimento: espresso o tacito che sia, dichiarato o solo “pensato” dalla legge, tale limite è comunque sempre e soltanto il “quanto perduto o non guadagnato”. Anche per il danno non patrimoniale o per la riparazione, tutto ruota esclusivamente attorno alla vittima (o a chi per lei), al “quanto sofferto” fisicamente e moralmente. Nella *misura* del danno, l'autore del fatto, la sua soggettività, la sua personalità le sue condizioni non c'entrano per nulla e quante volte in sede giudiziaria si tenda ad inserire nella concreta determinazione della misura in questione qualcosa dell'autore, in particolare la sua colpevolezza o le sue condizioni economiche, certo si compie – come si avvertiva – un'operazione di stampo penalistico, ma proprio per questo un'operazione che non può dirsi consona all'ordinamento positivo»: così M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale, in Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 672 (corsivo orig.).

¹⁸⁷ Si veda quanto ebbe modo di osservare, soffermando sul codice di rito, D. MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, cit., p. 451: «Dal punto di vista del nostro diritto positivo è opportuno richiamare un passo della relazione alle disposizioni di attuazione del Cod. di proc. pen. (R.D. 31 maggio n. 602) dove si nega la possibilità di costituzione di parte civile di fronte alla “semplice violazione della legge penale” (§ 1), poichè occorre invece che si sia risentito un danno diretto, patrimoniale o non patrimoniale. Questo vuol dire che anche il danno non patrimoniale presuppone qualche cosa di più della semplice lesione giuridica primaria».

¹⁸⁸ In via generale, cfr. C. APORTI, *Intorno al risarcimento dei danni morali*, cit., p. 315: «Intendendo infatti la sanzione civile come reazione dell'ordine giuridico tendente al ristabilimento dello *status di fatto* alterato dall'atto illecito, e la sanzione penale come reazione dell'ordine giuridico contro la *ribellione* della volontà privata alla norma penale, male si giustificerebbe una sanzione, *riservata esclusivamente all'illecito penale*, la quale consistesse – come è nel risarcimento – nella pura e semplice reintegra dello status di fatto turbato» (corsivo orig.). Sul punto, più di recente, ma con analogo riferimento alla “sanzione civile”, si veda F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, pp. 532-533: «Proseguiamo con il dizionario giuridico. Anzitutto, perché sanzioni civili *punitive*? La qualificazione è necessaria per distinguere le sanzioni civili, delle quali discorriamo in questa sede, dalle sanzioni civili di cui parla l'art. 185 del codice penale, le quali sono, come è noto, le restituzioni e il risarcimento del danno. Qui non parliamo delle sanzioni civili definite come tali dal codice penale, anche perché, nella nostra tradizione civilistica, non siamo abituati a considerarle quali sanzioni. La restituzione e il risarcimento del danno valgono a reintegrare un patrimonio leso e, dunque, a soddisfare un interesse particolare; non presidiano un precetto posto a tutela di un interesse generale. Parliamo dunque di sanzioni civili *punitive*, per differenziare le sanzioni delle quali parliamo dalle sanzioni cui fa riferimento l'art. 185 c.p., anche se queste possono talvolta assumere una funzione analoga. È il caso, in particolare, del risarcimento del danno morale, che oggi sta acquistando una funzione alternativa alla pena [...]» (corsivo orig.). Come si può notare, al risarcimento non si riconosce una funzione punitiva, e anche al risarcimento del danno non patrimoniale tale funzione – mercé l'utilizzo di un verbo ben specifico – non sembra connaturale (come suggerisce l'analisi fin qui svolta), bensì “imposta”. Si vedano anche le parole di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., p. 303: «Il problema, che si pone, è piuttosto di spiegare perché sia risarcibile il danno morale dipendente dai reati, e qui potrebbe sorgere qualche dubbio circa la natura del rimedio (almeno in questi confini): se cioè sia vero risarcimento o non piuttosto una misura di carattere penale o quanto meno mista. A nostro avviso, deve

§ 12. *La pubblicazione della sentenza di condanna nel codice penale: un cenno... funzionale.*

Vi è un ultimo aspetto sul quale, alla luce di quanto si è fino ad ora osservato, non può non essere effettuato almeno un breve cenno: la pubblicazione della sentenza di condanna.

La questione della ammissibilità di un simile provvedimento ha posto, nel tempo, non pochi problemi che non è qui possibile ripercorrere in maniera adeguata. Tuttavia, ciò che si rivela per noi interessante non è tanto la questione in sé e per sé considerata (positivamente risolta in via legislativa con gli artt. 186 c.p. e 120 c.p.c.), quanto – sulla scorta della modalità di conduzione dell’analisi che si è fin qui scelto di fare propria – la terminologia che, in detti articoli, è stata utilizzata dal legislatore al fine di individuare indizi funzionali in relazione alla responsabilità extracontrattuale.

Nonostante non mancassero ipotesi legislativamente tipizzate in relazione alle quali il giudice avrebbe potuto condannare alla pubblicazione della sentenza di condanna, l’art. 186 c.p. costituì una vera innovazione sul punto in ragione della sua generale applicabilità quale strumento di natura incontestabilmente civilistica¹⁸⁹ (differenziandosi, dunque, dalla pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna all’ergastolo di cui all’art. 36 c.p.): ed è proprio questo aspetto che, per noi, si dimostra essere particolarmente rilevante. Infatti, in caso di condanna penale dell’autore del reato, il giudice potrebbe obbligare quest’ultimo alla pubblicazione – a sue spese – della sentenza di condanna qualora ciò contribuisca a *riparare* il danno non patrimoniale derivante dal reato: ciò che può essere subito colto con estrema facilità sulla base di tutti i precedenti rilievi è il diverso utilizzo che – questa volta – viene fatto del termine “riparazione”, in quanto il legislatore è ricorso ad esso utilizzandolo (positivamente) in relazione al termine danno (in maniera esattamente speculare rispetto a quanto negativamente previsto dall’art. 38 c.p. 1889) e, dunque, potremmo dire, quale sinonimo di un (non ancora legislativamente contemplato) risarcimento in forma specifica del pregiudizio patito dal soggetto leso.

A destare qualche perplessità potrebbe essere, invece, l’*incipit* di tale disposizione, in base al quale la condanna alla pubblicazione della sentenza può essere disposta «[o]ltre quanto previsto nell’articolo precedente». Orbene, a tutta prima, si potrebbe essere tentati di ritenere che la preposizione con cui si apre l’articolo debba far propendere per una interpretazione nel senso della possibilità di una condanna cumulativa al risarcimento del danno non patrimoniale *ex art. 185 c.p.* e alla pubblicazione della sentenza *ex art. 186 c.p.*, il tutto – però – con una chiara deviazione sovracompensativa a favore del soggetto leso.

Epperò, una simile interpretazione di stampo punitivo¹⁹⁰ sembra dover essere scartata in ragione della presenza della congiunzione “qualora”, volta alla determinazione della fattispecie (*sub specie*

escludersi che il risarcimento (del danno morale) sia accordato in odio al reo: il codice penale non pone nell’ipotesi una pena accessoria (sul tipo, per intenderci, della riparazione già nota), ma [...] ha riguardo ad una conseguenza civilistica, per le sue vicende, del tutto indipendente dal reato».

¹⁸⁹ Cfr. § 192 della relazione al progetto definitivo, che – al contempo – conferma anche quanto si avrà modo di subito esporre circa la natura dell’istituto in questione: «In relazione al principio generale della risarcibilità del danno non patrimoniale accolto dal Progetto, sta la disposizione dell’art. 192. Anche questo, infatti, eleva ad istituto di carattere generale la pubblicazione della sentenza come mezzo di riparazione di tali danni; pubblicazione, che nella vigente legislazione è solamente prevista per casi speciali». L’equivoco interpretativo, di cui si è precedentemente dato atto, circa la natura della figura della riparazione pecuniaria può consentire di comprendere la ragione per la quale si sia fatto riferimento, in detto articolo, al concetto di riparazione e non a quello (invero ancora di là dal venire) di risarcimento in forma specifica.

¹⁹⁰ Si veda quanto osservò A. DE CUPIS, *La pubblicazione della sentenza di condanna come modo di riparazione del danno morale arrecato a persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 166: «il risarcimento pecuniario di ogni genere di danno, tanto patrimoniale che morale, non può non essere pieno e completo: e l’ammettere che insieme ad esso possa concorrere un’altra specie di risarcimento, quale sarebbe la pubblicazione della sentenza di condanna, urta direttamente

della delimitazione dei casi in cui è possibile procedere nelle forme indicate) e da leggere unitamente a quanto si è sopra evidenziato in relazione all'utilizzo dell'aggettivazione "non patrimoniale" in luogo di quella precedente in termini di danno "morale": siccome i pregiudizi non patrimoniali non sono limitati alla sofferenza interiore derivante dal reato, ma si estendono – come visto – a quelli fisici, la previsione di diverse forme risarcitorie appare effettivamente essere quella più congeniale ad una tale presa di coscienza. E, allora, l'articolo in questione dovrà essere inteso nel senso che, *solo nei casi in cui* la pubblicazione della sentenza di condanna possa contribuire alla "riparazione" (*sub specie* di risarcimento in forma specifica¹⁹¹) del danno non patrimoniale, il giudice potrà ricorrere a tale differente forma risarcitoria (particolarmente adatto, per l'appunto, alle sofferenze interiori derivanti, ad es., dal discredito derivante dall'aver subito un reato quale la calunnia o la diffamazione, a tacer d'altro¹⁹²) di più ristretta operatività rispetto al risarcimento di cui all'art. 185 c.p.; di contro, ove la pubblicazione non si riveli essere la soluzione idonea, il giudice potrà continuare a ricorrere alla forma (caratterizzata da uno spettro applicativo più ampio) del risarcimento in danaro del danno non patrimoniale.

La formulazione dell'articolo *de quo* non si segnala di certo per la sua felicità (a differenza di quanto si è subito sopra notato per quanto concerne la disposizione codicistica immediatamente precedente), ma tale circostanza può ben essere ricondotta e imputata alla sua novità nel panorama legislativo e, dunque, alla mancanza di quella (positiva) influenza che le pregresse esperienze normative possono in tal senso spiegare. Ciò che, invece, deve positivamente essere rilevato è l'ennesima emersione normativa della funzione genuinamente compensativa della responsabilità extracontrattuale¹⁹³; e tuttavia, nonostante il citato utilizzo del termine "riparazione" in un senso non punitivo (ma, si potrebbe dire, "ripristinatore"), si continua a ritenere preferibile una aggettivazione funzionale in termini "compensativi" più che "riparatori", in quanto – come si avrà modo di

contro questo suo essenziale carattere. In altre parole, il risarcimento pecuniario consiste nella attribuzione, in luogo dei beni tolti, di una somma di denaro *corrispondente* (sia pure che questa *corrispondenza* non può assurgere, nel danno morale, al grado di una vera e propria *equivalenza*): contraddirebbe a questa qualità del risarcimento pecuniario il riconoscimento, accanto ad esso, di un'altra forma di risarcimento» (corsivo orig.).

¹⁹¹ Così, sulla base di quanto già notato *supra* (nota 121), D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 175.

¹⁹² Giunse a conclusioni diametralmente opposte A. DE CUPIS, *La pubblicazione della sentenza di condanna come modo di riparazione del danno morale arrecato a persona giuridica*, cit., p. 167: «La natura restitutoria di questa [condanna] comporta necessariamente che la stessa non possa chiedersi dalla parte civile che abbia subito un danno morale subiettivo [patemi d'animo e dolore interiore]: essa si applicherebbe soltanto ai danni morali obbiettivi [lesioni fisiche]»; «Si è osservato che il danaro, nel risarcimento dei danni morali subiettivi, non costituisce tanto il prezzo del dolore (*pecunia doloris* – *Schmerzengeld*) quanto la fonte di altri godimenti compensativi di quello sottratto o diminuito: nella pubblicazione della sentenza di condanna si avrebbe una più stretta corrispondenza tra dolore e godimento: così l'ingiuriato lenirebbe il dolore che ha subito dall'ingiuria mediante il piacere che gli deriverebbe dal rendere nota a tutti la condanna dell'autore dell'ingiuria. Senonchè, ci par chiaro che in questo caso la pubblicazione della sentenza di condanna verrebbe ad assumere quel carattere vendicativo, anzichè satisfattorio, che ripugna assolutamente alla sua natura moderna». Ovviamente, molto apprezzabile e oggetto di ampia condivisione (per tutte le ragioni che si sono venute fin qui esponendo) la precisazione finale sulla natura (funzione, potremmo affermare senza problemi) del risarcimento del danno; meno la esclusione dall'ambito di operatività della condanna di quei pregiudizi che si presterebbero ad essere effettivamente reintegrati in misura migliore per il tramite della pubblicazione della sentenza: quest'ultima, infatti, non mira a danneggiare l'offensore dell'onore, della reputazione, etc. (solleticando maliziosamente il sentimento di vendetta dell'offeso), ma a ristabilire la verità dei fatti, ad es., che aveva cagionato la lesione dell'altrui onore. Nessuna vendetta, dunque, ma solo agevole praticabilità di un ripristino (per quanto possibile, s'intende) della situazione precedente alla commissione del fatto e al verificarsi del danno.

¹⁹³ Con riferimento agli articoli del progetto del codice penale, si veda D. MANDRIOLI, *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 172: «Nulla è a dirsi circa quest'ultima disposizione [art. 188 del progetto, che sarebbe poi divenuto il definitivo art. 186 c.p.], giacchè quanto attiene al suo contenuto riguarda la materia stessa dell'art. 187 [...]».

evidenziare – la categoria (punitiva) della riparazione pecuniaria non vide la sua fine con l’abrogazione del codice penale del 1889, ma – anzi – visse un periodo di nuova fortuna legislativa che le ha consentito di giungere fino ai giorni nostri.

§ 13. *Un secondo punto fermo nella trattazione della questione funzionale.*

Al termine di questo non breve e non lieve itinerario storico che ha coperto un arco temporale che si estende per ben oltre mezzo secolo e che ha abbracciato le principali opere codificatorie (nonché progetti che non hanno visto la luce, ma hanno comunque finito con l’esercitare una qualche forma di influenza sugli sviluppi successivi) pare potersi finalmente svolgere lo sguardo sulla strada percorsa secondo le coordinate che ci si era prefissati di seguire e nel solco di quella prospettiva metodologica che si era riusciti ad individuare e a fermare su carta al termine delle riflessioni di cui ai primi due capitoli del presente lavoro.

Ebbene, in quest’ottica, un cangiante quadro normativo e un panorama dottrinale vivace e variegato (a volte anche con aspri scontri tra differenti correnti di pensiero) hanno fatto emergere aspetti di interesse che debbono essere appuntati per la prosecuzione della nostra analisi, che oramai è arrivata a lambire le soglie della grande opera codificatoria civilistica.

Come si è potuto notare, non tutti gli aspetti di interesse cui si è fatto riferimento sono apprezzabili per il loro positivo contributo alla riflessione sul tema, se non *e contrario*: difatti, alcuni di essi si collocano proprio in una posizione diametralmente opposta a quella che si era voluta escludere in precedenza. Il più evidente tra questi può certamente essere costituito dal – fortunatamente decrescente nel tempo per intensità e per sostenitori – tentativo di rinvenire una *ratio* giustificatrice di tipo classico (e cioè fondata sull’elemento soggettivo) della richiamata ripartizione giustiniana tra le differenti fonti delle obbligazioni, in quanto non basata su elementi rinvenibili nel dettato normativo e, dunque, potenziale causa di equivoci ricostruttivi. Equivoci che, anche al di fuori di tale ipotesi, si sono comunque verificati nella ricerca di una *ratio* differente rispetto a quella classica e soggettivisticamente fondata: anche in questo caso, però, le precomprensioni ideologiche prive di riscontro nel dato positivo (ma solo dovute a fideistiche adesioni a veri e propri dogmi indimostrati) hanno condotto a interpretazioni devianti che hanno impedito per lungo tempo – e salve rare eccezioni – di riuscire a comprendere e ricavare dalle norme ciò che in esse si poteva effettivamente trovare.

In sintesi, si può dire che tutti questi tentativi sistematizzanti, poiché basati su di un fragile (forse si potrebbe financo dire inesistente) fondamento mantenuto per un mero amore di continuità storica, hanno condotto a gravi distorsioni del *modo di intendere* funzionalmente la responsabilità extracontrattuale: in questo caso, dunque, il successivo abbandono di un modello punitivo e l’adesione al differente modello compensativo non devono essere intesi quali indici di un avvenuto mutamento funzionale dell’istituto, ma quali manifestazioni di una maggiore fedeltà dei giuristi al testo, unico elemento oggettivo da cui – come si è più volte ribadito – è possibile risalire alle funzioni dell’istituto e all’interno del quale, in precedenza, si era voluto cercare ciò che, invece, non si poteva trovare.

Tale apriorismo dogmatico ha caratterizzato, come si è visto, anche le alterne vicende del danno morale, che – nel non dolce naufragar di progetti di codici penali e di codificazioni sovranazionali – ha dovuto attendere la codificazione penale del 1930 per vedersi espressamente riconosciuto nella sua nuova (e funzionalmente assai più apprezzabile) veste di danno non patrimoniale: anche in tale ambito, si è potuto assistere ad un incremento dell’attenzione nei confronti della categoria del danno, qualunque fosse la sua tipologia, patito dal soggetto leso; un danno che l’ordinamento si prefissava di compensare e che nulla aveva a che vedere con le differenti figure – che, come visto, non sono

mancate – volte, invece, alla punizione del soggetto agente (con conseguente impossibilità storica di attribuire al risarcimento del danno non patrimoniale presunte concorrenti funzioni di stampo punitivo).

In conclusione, può davvero affermarsi che – nell’ambito della responsabilità extracontrattuale propriamente (e normativamente) intesa – siano stati il danno e la sua compensazione a rivestire il ruolo principale e che, nonostante le oscillazioni interpretative che hanno condotto a deviazioni funzionali, un più rigoroso rispetto del dato testuale e l’introduzione di alcune innovazioni legislative abbiano nel tempo contribuito a ravvivare e rafforzare tale importanza.

BIBLIOGRAFIA

- AFFERNI G., *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 862 ss.
- ALPA G. e ZENO-ZENCOVICH V., voce *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1274 ss.
- ALPA G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996.
- ALPA G., *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999.
- ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.
- ALPA G., *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Quest. giust.*, 1/2020, p. 63 ss.
- ALPA G., *Alle origini della codificazione: i lavori e il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, p. 13 ss.
- ALPA G., *Il dialogo tra le Corti e la materia della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 971 ss.
- ALPA G., *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.
- APORTI C., *Intorno al risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1933, I, p. 302 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed. riv., Napoli, 1989, rist. an.
- ASCARELLI T., *Scienza e professione*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 86 ss.
- ASCHERI M., *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 965 ss.
- ASCOLI A., *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 62 ss.
- ASCOLI A., *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, p. 405 ss.
- BARASSI L., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 560 ss.
- BARBERA A., *Ai confini fra diritto e politica: origini e attualità dei Quaderni costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 777 ss.
- BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in EAD. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Napoli, 2012, p. 55 ss.
- BARCELLONA M., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 211 ss.
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 120 ss.
- BARCELLONA M., *Renato Scognamiglio e il “metodo realistico”*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1153 ss.
- BARCELLONA M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modena, 2022.
- BARCELLONA M., *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, p. 527 ss.
- BENATTI F.A., *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 53 ss.
- BENATTI F.A., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 679 ss.
- BENATTI F.A., *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 575 ss.

- BENATTI F.A., *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *giustiziacivile.com*, 24 maggio 2017.
- BENATTI F.A., *Un diritto privato neofeudale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, p. 82 ss.
- BENEDETTI A.M., *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 222 ss.
- BENEDETTI A.M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.
- BETTI E., *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 665 ss., con *Postilla*, di M. D'AMELIO.
- BETTI E., *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953.
- BETTI E., *Forma e sostanza della «interpretatio prudentium»*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, p. 367 ss.
- BETTIOL G., *A proposito di “diritto penale socialista”*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 47 ss.
- BETTIOL G., *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale. (Risposta cortese ad un autorevole critico)*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 121 ss.
- BETTIOL G., *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, in *Jus*, 1954, p. 189 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2^a ed. (rist. agg.), Milano, 2019.
- BOBBIO N., *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 356 ss.
- BOBBIO N., *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 977 ss.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.
- BOLAFFIO L., *Nota a Cass. Roma, 13 agosto 1889*, in *Foro it.*, 1890, II, c. 128 ss.
- BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 159 ss.
- BORSARI L., *Commentario del Codice civile italiano*, III, t. II, Torino, 1877.
- BRECCIA U., *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 131 ss.
- BRUGI B., *Danni prodotti da animali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 851 ss.
- BRUGI B., *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 448 ss.
- BRUGI B., *Ancora del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, p. 385 ss.
- BRUGI B., *Presunzione di danno morale che è causa di danno economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 573 ss.
- BRUGI B., *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 621 ss.
- BRUNETTI G., *Il delitto civile*, Firenze, 1906.
- BRUTTI M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013.
- BRUTTI N., *Oltre i punitive damages: rilievi su una funzione “espressiva” del rimedio*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 840 ss.
- BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643 ss.
- BUSNELLI F.D., *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 37 ss.
- BUSNELLI F.D., *Responsabilità aquiliana e diritto giurisprudenziale positivo*, in *Danno resp.*, 2022, p. 571 ss.
- BUSSANI M., *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020.
- BUSSANI M., *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 264 ss.
- CALABRESI G., *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ e F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 244 ss.

- CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015.
- CALAMANDREI P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, p. 171 ss.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Parte prima*, in ID., *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019.
- CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, p. 504 ss.
- CALAMANDREI P., *La crisi della giustizia*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, p. 579 ss.
- CALAMANDREI P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, p. 598 ss.
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, p. 11 ss.
- CALAMANDREI P., *Lodovico Mortara*, in ID., *Opere giuridiche*, X, Roma, 2019, p. 156 ss.
- CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, p. 177 ss.
- CAPPONI B., *Sul «Ministero della giurisprudenza»*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 248 ss.
- CARABETTA S., *“Punitive damages” e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Torino, 2020.
- CARNELUTTI F., *Criteri d’interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 202 ss.
- CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, p. 241 ss.
- CARNELUTTI F., *Accertamento degli effetti civili del reato estinto*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1938, I, p. 3 ss.
- CARNELUTTI F., *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 237 ss.
- CARRATTA A., *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.
- CARRATTA A., *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 24 ss.
- CARUSI D., *Le ragioni della legge. Eguaglianza, valutatività della giurisdizione, ingiustificabile anatema dell’eccezione*, in ID., *L’ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, p. 339 ss.
- CASTRONOVO C., *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.
- CASTRONOVO C., *Da Corte costituzionale n. 184/1986 a Corte costituzionale n. 372/1994*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 269 ss.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, rist. emen.
- CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 293 ss.
- CASTRONOVO C., *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 981 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 765 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CASTRONOVO C., *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1167 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto positivo dogmatica e teoria generale nella responsabilità oggettiva*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 685 ss.
- CAVALLONE B., *Carlo Lessona e le lucertole dello zio Michele*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 108 ss.

- CAZZETTA G., *Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Quad. fiorentini*, 2021, p. 1 ss.
- CENDON P. e GAUDINO L., *Il suicidio e la responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 107 ss.
- CENDON P., *La motivazione della sentenza e le divagazioni del giudice: il caso dei fatti illeciti*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 38 ss.
- CENDON P., *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 886 ss.
- CENDON P., voce *Dolo (intenzione della responsabilità extracontrattuale)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 29 ss.
- CERAMI P., *Profili storici della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 449 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, cit., p. 149 ss.
- CHIODI G., «*Innovare senza distruggere*»: *il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in G. ALPA e G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007, p. 43 ss.
- CHIODI G., *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in I. BIROCCHI, G. CHIODI e M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, p. 201 ss.
- CHIRONI G.P., *Del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 801 ss.
- CHIRONI G.P., *Il "metodo" nello studio del diritto civile a proposito di un lavoro sulla colpa*, in ID., *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914, p. 5 ss.
- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966
- CICERO C., voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. XI, Milano, 2018, p. 99 ss.
- CIPRIANI F., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovena e Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 754 ss.
- COGLIOLO P., voce *Danno*, in *Dig. it.*, IX, t. I, Torino, 1887-1898, p. 23 ss.
- CONTE E., «*Storicità del diritto*». *Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in *Storica*, 2002, p. 135 ss.
- CONTI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 377 ss.
- CORDOPATRI F., voce *Presunzione (teor. gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 274 ss.
- CORSALE M., voce *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 1003 ss.
- COSSU C., *Lèggere il danno. Grammatica di un concetto plurale*, Pisa, 2022.
- COSTA P., *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, p. 29 ss.
- COTTA S., *L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 421 ss.
- COVIELLO L. SR., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 313 ss.
- COVIELLO L. SR., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1645 ss.
- COVIELLO N., *Nota a Cass. Napoli, 20 ottobre 1896*, in *Giur. it.*, 1897, I, 1, c. 23 ss.
- COVIELLO N., *La responsabilità senza colpa*, in *Le prolusioni dei civilisti*, I, Napoli, 2012, p. 930 ss.
- CRISAFULLI V., *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 665 ss.

- CROCE B., *Recensione a H.U. Kantorowicz, La lotta per la scienza del diritto*, in *La critica*, 1908, p. 199 ss.
- D'ADDA A., *Pandemia e modelli «dogmatici» di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 451 ss.
- D'ALESSANDRO F., *Il metodo nel diritto commerciale*, in A. NUZZO e A. PALAZZOLO (a cura di), *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, II, Roma, 2020, p. 69 ss.
- D'AMELIO M., *Un codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, VII serie, v. CCLV, settembre-ottobre 1927, p. 77 ss.
- DE CUPIS A., *La pubblicazione della sentenza di condanna come modo di riparazione del danno morale arrecato a persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 164 ss.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, 3^a ed., Milano, 1979.
- DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 319 ss.
- DE FRANCISCI P., *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 373 ss.
- DEGNI F., *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 145 ss.
- DELLACASA M., *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1142 ss.
- DELVITTO G., *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, IV, Torino, 1879.
- DENOZZA F., *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, in G. BELLANTUONO e U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, Napoli, 2022, p. 55 ss.
- DI CIOMMO F., *Valori e funzioni della responsabilità civile nell'epoca del post-turbocapitalismo*, in *Danno resp.*, 2021, p. 137 ss.
- DI GREGORIO V., *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezione del giudice*, Torino, 2018.
- DI MAJO A., voce *Obbligazione. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289 ss.
- DI MAJO A., *Responsabilità civile (Problemi e sistema)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, p. 1593 ss.
- DUSI B., *L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 1 ss.
- FAGGELLA G., *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 345 ss.
- FALZEA A., *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss.
- FASSÒ G., *Tra positivismo e nazismo giuridico*, in *Mulino*, 1971, p. 789 ss.
- FERRARA F. SR., *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1728 ss.
- FERRARA F. SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1564 ss.
- FERRARA L., *Il modernismo nel diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, p. 61 ss.

- FERRI G.B., *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 347 ss.
- FERRI G.B., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, p. 369 ss.
- FERRINI C., voce *Delitti e quasi-delitti*, in *Dig. it.*, IX, t. I, Torino, 1887-1898, p. 727 ss.
- FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.
- FRANZONI M., *Il PIL della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2020, p. 681 ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 1103 ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità civile e gli ottant'anni del codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 1441 ss.
- GABBA C.F., *Nota a App. Genova, 15 novembre 1895*, in *Giur. it.*, 1896, I, 2, c. 569 ss.
- GABBA C.F., *Nota a Cass. Palermo, 23 febbraio 1895*, in *Foro it.*, 1896, I, c. 685 ss.
- GABBA C.F., *Nota a App. Palermo, 16 marzo 1903*, in *Foro it.*, 1903, I, c. 944 ss.
- GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civile indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 531 ss.
- GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 191 ss.
- GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 73 ss.
- GALLO P., *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990.
- GAMBARO A., *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 317 ss.
- GAZZONI F., *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra?*, in ID., *Scritti giuridici minori*, II, Vilcavi (FR), 2016, p. 705 ss.
- GAZZONI F., *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora?*, in ID., *Scritti giuridici minori*, II, Vilcavi (FR), 2016, p. 635 ss.
- GENTILE G., *Il risarcimento del danno morale nel nuovo Codice penale*, in *Resp. civ. prev.*, 1931, p. 217 ss.
- GENTILI A., *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 ss.
- GENTILI A., *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.
- GENTILI A., *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633 ss.
- GIANNINI M.S., *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, p. 223 ss.
- GIANNINI T., *Della responsabilità del proprietario per i danni conseguenti da rovina di un edificio*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1896, p. 321 ss.
- GIORGI G., *Nota a Cass. Firenze, 30 dicembre 1889*, in *Foro it.*, 1890, I, c. 348 ss.
- GORASSINI A., *Dal danno ingiusto al danno "ingesto". Oltre il danno punitivo...senza aspettare Godot*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 50 ss.
- GORLA G., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, Roma, 1966.
- GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.
- GRASSI A., voce *Responsabilità civile*, in *Dig. it.*, XX, t. I, Torino, 1911-1915, p. 1347 ss.
- GRECO T., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.
- GRECO T., *La solidarietà nel diritto. Sui fondamenti teorici dell'istituzionalismo*, in *Quad. fiorentini*, 2022, p. 31 ss.

- GREGORACI G., *Della riparazione del danno nella sua funzione punitiva*, Torino, 1903.
- GRONDONA M., *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 836 ss.
- GRONDONA M., *Il diritto della contemporaneità: tra (dis)ordine sistematico e individuale (in margine a «Law after Modernity», di Sionaidh Douglas-Scott)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 141 ss.
- GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. contemp.*, 31 luglio 2016.
- GRONDONA M., *Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek: 'The Political Order of a Free People')*, in C.A. D'ALESSANDRO e C. MARCHESE (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, I, Roma, 2018, p. 295 ss.
- GRONDONA M., *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 45 ss.
- GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediale)*, in C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 63 ss.
- GRONDONA M., *La nuova edizione delle "Tabelle milanesi": effettività della tutela, equità della liquidazione e centralità dell'argomentazione*, in *Danno resp.*, 2021, p. 416 ss.
- GROPALI A., *Le disposizioni del nuovo codice civile sulla interpretazione delle leggi*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 249 ss.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^a ed., Milano, 2007.
- GROSSI P., *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 865 ss.
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.
- GROSSI P., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1 ss.
- GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020.
- GROSSI P., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021.
- GUASTINI R., *La giurisprudenza come politica del diritto (rileggendo Bobbio)*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 49 ss.
- GUASTINI R., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 927 ss.
- GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1373 ss.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2011
- GUASTINI R., *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 51 ss.
- GUASTINI R., *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 233 ss.
- GUASTINI R., *Applicare principi costituzionali*, in M.V. BALLESTRERO e R. GUASTINI, *Dialogando su principi e regole*, a sua volta in *Mat. st. cult. giur.*, 2017, p. 127 ss.
- GUASTINI R., *Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"*, in *Lo Stato*, n. 16/2021, p. 127 ss.
- HEDEMANN J.W., *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, 2022.
- INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 638 ss.
- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 55 ss.
- IRTI N., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.
- IRTI N., *Νόμος e lex. (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 589 ss.
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 917 ss.

- IRTI N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.
- IZZO U., *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1768 ss.
- IZZO U., *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 62 ss.
- JHERING R. VON, *Nel cielo dei concetti giuridici*, in ID., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, p. 271 ss.
- KANTOROWICZ H.U., *La lotta per la scienza del diritto*, Milano-Palermo-Napoli, 1908.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- KELSEN H., *Il problema della giustizia*, Torino, 1975.
- KELSEN H., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982.
- KOSTORIS R.E., *Per un diritto che si sviluppa dalla società. L'avventura scientifica di Paolo Grossi*, in *Ars. inter.*, 2021, p. 181 ss.
- LASSO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018.
- Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, III, pt. II, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, Roma, 1928.
- Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, IV, pt. II, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1929.
- Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V, pt. I, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929.
- LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, V, rist. 3^a ed. int. rived. da S. Lessona, Torino, 1927.
- LIBERTINI M., *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 119 ss.
- LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 385 ss.
- LIBERTINI M., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss.
- LIPARI N., *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 409 ss.
- LIPARI N., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 755 ss.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss.
- LIPARI N., *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 5 ss.
- LIPARI N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 144 ss.
- LIPARI N., *Ragionare di diritto, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 489 ss.
- LIPARI N., *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 317 ss.
- LIPARI N., *Per gli ottant'anni del codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 689 ss.
- LIPARI N., *Un problema di confini? (A proposito di due recenti libri)*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2022, p. 195 ss.

- LOMBARDI VALLAURI L., voce *Diritto libero*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 279 ss.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Il punto sui c.d. danni punitivi: la prospettiva civilistica*, in U. PERFETTI (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 135 ss.
- LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI e G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013, p. 31 ss.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.
- LUPOI M., *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 234 ss.
- LUZZATTO F., voce *Colpa (materia civile)*, in *Dig. it.*, VII, t. II, Torino, 1897-1902, p. 731 ss.
- MACARIO F., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.
- MAGGIOLO M., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss.
- MAGGIORE G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 256 ss.
- MAGGIORE G., *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1926, p. 364 ss.
- MAGGIORE G., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell'articolo 185 codice penale*, in *Scritti in onore del prof. Ugo Conti per il trentesimo anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932, p. 241 ss.
- MAGGIORE G., *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 57 ss.
- MANDRIOLI D., *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 34 ss.
- MANDRIOLI D., *La tutela civile nel progetto del nuovo Codice Penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 172 ss.
- MANDRIOLI D., *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, p. 444 ss.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, rist. 5^a ed., Torino, 1931.
- MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 349 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 845 ss.
- MENDOLA A., *Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2016, p. 566 ss.
- MENGGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 469 ss.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.
- MENGGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.
- MENGGONI L., *Sull'efficienza come principio giuridico*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, I, Milano, 2011, p. 263 ss.
- MERRYMAN J.H., *Lo «stile italiano»: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1169 ss.
- MERRYMAN J.H., *Lo «stile italiano»: le fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 709 ss.
- MERRYMAN J.H., *Lo «stile italiano»: l'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 373 ss.
- MESSINETTI D., *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia «tradito»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 555 ss.

- MOLLE G., *Nota a App. Firenze, 21 gennaio 1911*, in *Foro it.*, 1911, I, c. 883 ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998.
- MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss.
- MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 831 ss.
- MONATERI P.G., *La RC oltre il punto di non ritorno?*, in *Danno resp.*, 2020, p. 557 s.
- MONATERI P.G., *Forward: Law &...*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 273 ss.
- MORELLO R., *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.
- MORTARA L., *La lotta per l'uguaglianza*, ora ripubblicata in *Quad. fior.*, 1990, p. 145 ss.
- MUFFATO N., *Morale positiva vs morale critica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2014, p. 115 ss.
- NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 217 ss.
- NAVARRETTA E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 643 ss.
- NAVARRETTA E., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 227 ss.
- NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 323 ss.
- NICOLÒ R., voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 240 ss.
- NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 904 ss.
- NICOLÒ R., *Diritto civile*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 57 ss.
- NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.
- NICOLUSSI A., *Le parole del diritto e la scienza del diritto con la sua dimensione internazionale*, in *Jus*, 2021, p. 535 ss.
- NIVARRA L., *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 ss.
- OERTMANN P., *Indebito arricchimento ed Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, p. 237 ss.
- OLGIATI F., *Problemi giuridici e problemi filosofici: la dogmatica giuridica*, in *Riv. fil. neo-scol.*, 1932, p. 24 ss.
- OLIVECRONA K., *L'imperativo della legge*, in *Jus*, 1954, p. 451 ss.
- OLIVERI L., *Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori: qualche considerazione intorno a "Elogio della giustizia"*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, p. 215 ss.
- OLIVERI L., *Responsabilità medica e pandemia: una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, in D. COLONNA, L. OLIVERI e S. ZERBONE (a cura di), *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza*, Genova, 2022, p. 131 ss.
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.
- PACCHIONI G., *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 240 ss.
- PACCHIONI G., *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 178 ss.

- PACCHIONI G., *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, p. 345 ss.
- PAGLIANTINI S., *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss.
- PALAZZO M., *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi, Oltre la legalità*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 797 ss.
- PALMIERI A. e PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 ss.
- PARDOLESI R., *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 1/2019, p. 53 ss.
- PARDOLESI R., *Frammenti di responsabilità sanitaria ai tempi del contagio*, in *Jus*, 2021, p. 111 ss.
- PARDOLESI R. e SASSANI B., *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 299 ss.
- PARDOLESI R. e SIMONE R., *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno resp.*, 2022, p. 15 ss.
- PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in L. VACCA (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 1 ss.
- PEDRAZZI G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008, p. 651 ss.
- PEDRAZZI L., *Del danno morale*, in *Giur. it.*, 1892, IV, c. 357 ss.
- PERFETTI M., *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1047 ss.
- PERLINGIERI P., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.
- PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss.
- PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 3211 ss.
- PERLINGIERI P., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 3181 ss.
- PERLINGIERI P., *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali Sisdic*, 3/2019, p. 1 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4^a ed., Napoli, 2020.
- PERLINGIERI P., *Stagioni del diritto civile. a colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021.
- PERRIELLO L.E., *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2018, p. 432 ss.
- PETRINI M., intervista a C. Cupelli e G. Travaglino, *Responsabilità medica e Covid-19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020.
- PIANO MORTARI V., voce *Codice (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 227 ss.
- PIN A., *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 187 ss.
- PINO G., *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Riv. diritti comparati*, 2022, p. 3 ss.
- PINTORE A., *Il dovere della sfiducia*, in F. MANCUSO e V. GIORDANO (a cura di), *Ombre del diritto*, numero speciale di *Teoria e storia del diritto privato*, 2022.

- PIOVANI P., *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1963, p. 37 ss.
- PISANI TEDESCO A., *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022.
- POLACCO V., *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 105 ss.
- PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, p. 5 ss.
- PONZANELLI G., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 293 ss.
- PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 67 ss.
- PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25 ss.
- PONZANELLI G., *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008, p. 681 ss.
- PONZANELLI G., *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 553 ss.
- PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1195 ss.
- PONZANELLI G., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno resp.*, 2016, p. 836 ss.
- PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1413 ss.
- PONZANELLI G., *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020.
- PONZANELLI G., *Le Tabelle Milanese, il danno da premorienza e la Corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2022, p. 81 ss.
- PORTONERA G., *Antonin Scalia*, Torino, 2022.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Danni civili "da reato" nel sistema polifunzionale della responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1165 ss.
- PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss.
- PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.
- PUGLIATTI S., *La logica e i concetti giuridici*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010, p. 795 ss.
- PUGLIATTI S., *Spunti metodologici*, in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2011, p. 1155 ss.
- PUGLIATTI S., *Sulla responsabilità in generale*, ora in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2011, p. 951 ss.
- PUNZI C., *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 10 ss.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- QUARTA F., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1159 ss.
- QUARTA F., *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, p. 89 ss.
- RADBRUCH G., *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI e M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, p. 149 ss.
- RATTI G.B., *Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 357 ss.
- RIZZO N., *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1811 ss.

- ROCCO ALF., *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 285 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, rist. inalt.
- RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 3090 ss.
- RODOTÀ S., *Tra solidarietà e dignità: tornare ai principi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p. 455 ss.
- ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 659 ss.
- ROMANÒ S., *Danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento*, in *Giur. it.*, 2021, p. 63 ss.
- ROMANÒ S., *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, in S. TROIANO e M. SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Diritto, cambiamenti e tecnologie nel dialogo italo-tedesco*, Napoli, 2022, p. 131 ss.
- ROMANÒ S., *Sui limiti dell'operatività del nulla poena sine lege nel diritto privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 659 ss.
- ROPPO V., *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 407 ss.
- ROPPO V., *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Quest. giust.*, n. 1/2018, p. 108 ss.
- ROTONDI G., *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 942 ss.
- ROTONDI G., *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 236 ss.
- RUBBIANI G.G., voce *Riparazione pecuniaria*, in *Dig. it.*, XX, t. II, Torino, 1913-1918, p. 739 ss.
- SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959 (rist. an. 1980).
- SALANITRO U., *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Jus civile*, 2021, p. 638 ss.
- SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss.
- SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss.
- SALVI C., *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 517 ss.
- SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2504 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 3^a ed., Milano, 2019.
- SALVI C., *Funzioni della responsabilità civile*, in G. BELLANTUONO e U. IZZO, *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, Napoli, 2022, p. 95 ss.
- SALVI C., *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 38 ss.
- SALVI C., *Quali funzioni per la responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, p. 137 ss.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 329 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Considerazioni conclusive*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 1453 ss.

SARTORIS C., *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, in D. BIANCHI e M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020, p. 1 ss.

SASSANI B., *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 43 ss.

SATTA S., *Il giudice e la legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 129 ss.

SAVATIER R., *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, p. 271 ss.

SCALISI V., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 239 ss.

SCARCHILLO G., *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 289 ss.

SCARPELLI U., *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 1 ss.

SCARPELLI U., *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 646 ss.

SCARPELLI U., *Il positivismo giuridico rivisitato*, ora ripubblicato in *Lo Stato*, 16/2021, p. 171 ss.

SCHLESINGER P., *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 2896 ss.

SCHMITT C., *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996.

SCIALOJA V., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 941 ss.

SCIALOJA V., *In difesa dei termini giuridici fuori d'uso*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 576 ss.

SCIALOJA V., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Le prolusioni dei civilisti*, I, Napoli, 2012, p. 81 ss.

SCIARRATTA N., *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzioni della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015

SCODITTI E., *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 277 ss.

SCODITTI E., *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *Questione giustizia*, 10 aprile 2020.

SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2485 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 237 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1430 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1794 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 912 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1120 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

SCOGNAMIGLIO C., *La pandemia Covid-19 tra funzioni della responsabilità civile e modelli indennitari*, in *Jus*, 2021, p. 131 ss.

- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 277 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 628 ss.
- SECHI O., *Responsabilità indiretta dei padroni e dei committenti*, in *Giur. it.*, 1896, IV, c. 424 ss.
- SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, II, 10^a ed., Roma, 1921.
- SGANGA C., *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 50 ss.
- SHAVELL S., *Foundations of economic analysis of law*, Harvard, 2004.
- SIGISMONDI F.L., *Carlo Lessona*, in *Diz. biog. giur. it.*, I, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletti, Bologna, 2013, p. 1170 ss.
- SIRENA P., *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 825 ss.
- SIRENA P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 6, p. 531 ss.
- SOLARI G., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano, 1980 (rist.).
- SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 489 ss.
- STOLFI G., *Persona umana e norma civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 505 ss.
- Studi e proposte della Prima Sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja. Questioni giuridiche amministrative e sociali*, Roma, 1920.
- TARELLO G., *Discorso assertivo e discorso prescrittivo nel linguaggio dei giuristi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1967, p. 419 ss.
- TARELLO G., *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *ID.*, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1980.
- TARELLO G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in G. VISINTINI (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, Milano, 1999, p. 17 ss.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 665 ss.
- TEDESCHI G., *Diritto civile e legislazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 186 ss.
- TERRANOVA G., *La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 511 ss.
- TESCARO M., *Il revirement "moderato" sui punitive damages*, in *Contr. impr./Eur.*, 2017, p. 52 ss.
- TRAVAGLINO G., *Il danno alla persona e l'evoluzione della giurisprudenza*, in F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT e F. CASCINI (a cura di), *Responsabilità, rischio e danno in sanità. La sicurezza delle cure dopo la pandemia CoVID-19*, Milano, 2022, p. 771 ss.
- TREVES R., *Considerazioni intorno alla sociologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 169 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI P., *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 687 ss.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3^a ed., Milano, 2021
- TULLIO L., “Crisi” dell’abuso del diritto e suoi rilievi applicativi, in *Annali Sisdic*, 4/2019, p. 93 ss.
- VASSALLI F., *Arte e vita nel diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 2013 ss.
- VASSALLI F., *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1699 ss.
- VELLUZZI V., *Le Preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013.
- VENEZIAN G., *Diritto civile. 5 Responsabilità civile diretta e indiretta*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1898, p. 135 ss.
- VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1918.
- VENEZIAN G., *Saggio di un manuale di diritto privato*, in ID., *Opere giuridiche*, III, Roma, 1925, p. 3 ss.
- VERDE G., *L’evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1155 ss.
- VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008, p. 691 ss.
- VETTORI G., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 ss.
- VETTORI G., *L’attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.
- VETTORI G., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020
- VIOLA F., *L’interpretazione dell’interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*, in P. CHIASSONI, P. COMANUCCI e G.B. RATTI (a cura di), *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 35 ss.
- VIOLA F., *La positivizzazione del diritto tra immanenza e trascendenza*, in T. ALLODI, E. ANCONA e S. ZANELLI (a cura di), *Verità e prassi tra immanenza e trascendenza. Prospettive di etica, politica e diritto*, Perugia, 2020, p. 149 ss.
- VIOLA F., *Prospettive della teoria del diritto*, in A. SCERBO (a cura di), *Teoria e prassi dell’esperienza giuridica*, Napoli, 2021.
- VISINTINI G., *Che cos’è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell’inadempimento contrattuale*, Napoli, 2014.
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 371 ss.
- Volumi dei lavori dell’Assemblea Costituente*, IX, Roma, 2008, rist. anast.
- Volumi dei lavori dell’Assemblea Costituente*, XV, Roma, 2008, rist. anast.
- WINFIELD P.H., *Degli Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, IV-V, pt. I, p. 259 ss.
- ZACCARIA A., *Il diritto privato europeo nell’epoca del post-postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021, n. 3, p. 86 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 40 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a "punitive damages"*, in *judicium.it*, 11 luglio 2016.

ZENO-ZENCOVICH V., *Autopsia del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 617 ss.

ZIVIZ P., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 845 ss.

ZOPPINI A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.