

Sulla violazione del principio del *neminem laedere*: costruzioni dogmatiche, teorie e ideologie

SILVIA ZORZETTO*

«Force is not the foundation of the community,
but has an importance in communities
which stands in inverse relation to
the degree of justice which they embody».
(L.T. HOBHOUSE, *Social Development: Its Nature and Conditions*,
London, [1924] 1996, p. 58)

SOMMARIO: 1. Danno e sanzione: una premessa. – 2. Contenuto e metodo dell'analisi. – 3. Rassegna normativa: una selezione paradigmatica. – 4. Mappatura giurisprudenziale: un campione esemplificativo. – 5. Tesi e ipotesi dottrinali: un inventario. – 6. Chiose a margine tra passato e futuro.

1. Condurre oggi – dal punto di vista *teorico-generale* – una riflessione sulla responsabilità civile, intesa quale responsabilità extra-contrattuale ovvero aquiliana, è impresa particolarmente complessa per molti motivi, tra i quali vi è anche l'assenza, almeno nel contesto italiano contemporaneo e, in particolare, dell'ultimo decennio, di una letteratura filosofico-giuridica sull'argomento¹.

* Università degli Studi di Milano (silvia.zorzetto@unimi.it).

¹ Esprimo un vivo ringraziamento per la preziosa collaborazione prestata nel reperimento delle fonti dottrinali e nella ricerca normativa-giurisprudenziale a Stefano Perna, Maria Ludovica Lagalla e Valeria Rianna. Naturalmente la responsabilità per ogni possibile errore e mancanza è esclusivamente dell'Autrice.

Si ricorda in particolare il contributo di G.B. RATTI, *Sanzioni e rimedi. Profili teorico - giuridici*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 357 ss. Vi sono poi le riflessioni sul concetto di responsabilità relativamente ai diritti soggettivi (patrimoniali e non) di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria del diritto*, I, Roma-Bari, 2007, che, tuttavia, sono tutte concluse nel rigore della sua teoria assiomatica del diritto e, come tali, non dialogano con l'istituto come forgiato da scienza e prassi giuridiche. Diversa è la situazione in altri paesi e sistemi giuridici (tra cui il mondo ispano-latino), in cui la filosofia del diritto privato che si dedica ai temi classici: con-

Non è facile ipotizzare motivi e ragioni di questa scarsa attenzione, tanto più in un contesto segnato dallo spiccato attivismo di tutti i protagonisti: come vedremo, la *scienza/dottrina giuridica*, che alimenta un dibattito serratissimo; la *giurisprudenza* (di merito e legittimità) che – oltre a essere assai copiosa – si caratterizza per la produzione di decisioni ad alta valenza teorico-speculativa; il *legislatore* (nazionale ed eurounitario), impegnato in una intensa e ricorrente attività di riforma puntiforme. Il disinteresse della teoria generale del diritto per la responsabilità civile non è d'altro canto un dato isolato, valendo anche per gli altri tradizionali istituti privatistici e civilistici (dal contratto alla proprietà, dal bene giuridico alla obbligazione, e così via).

C'è per vero una eccezione rilevante ed è costituita dall'*abuso del diritto*: figura oggetto di particolare attenzione anche da parte della teoria generale del diritto italiana². Come emergerà anche dall'analisi, vi è un intreccio tra le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali che accompagnano la responsabilità civile e quelle che vertono sull'abuso del diritto³. Nell'un caso e nell'altro, le *funzioni* dell'istituto, esigenze di *effettività* di tutela e ideali di *sanzione* sono principali snodi problematici che danno luogo a sovrapposizioni, combinazioni, ibridazioni (non sempre coerenti) di teorie, dottrine e costruzioni concettuali.

Anche alla luce del quadro accennato, che, appunto, salvo il tema dell'abuso del diritto, è terreno filosofico-giuridico pressoché vergine, nel presente scritto non ci si avvicinerà alla responsabilità civile, per

tratto e illecito (si v. D.M. PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, 2014; H.R. ZULETA, *Ilícito*, in *El derecho y la Justicia* (coord. por F.J. Laporta San Miguel, E. Garzón Valdés), 1996, p. 333-342), appare più sviluppata che in Italia.

² Si v. per tutti V. VELLUZZI, *Interpretazione e tributi. Argomenti, analogia, abuso del diritto*, Modena, 2015 e ID., *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 163-176. Nella filosofia del diritto ispano-latina, il dibattito degli ultimi vent'anni muove dallo studio di M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000. Che il nesso tra la responsabilità civile e l'abuso del diritto sia uno snodo problematico accostandosi ai rimedi privatistici in chiave funzionale è noto da lungo corso: per tutti si v. ad es. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 1 ss., spec. p. 11-15.

³ Tra i tanti, uno dei profili più classici d'interferenza è dato dalla responsabilità da lite temeraria o abuso del processo (cfr. ad es. L. OLIVERI, *L'art. 96 comma 3, c.p.c. quale possibile sanzione per l'abuso processuale? Un (apprezzabile) passo sulla via dell'efficienza*, in *Danno resp.*, 2021, p. 445 ss.). Come vedremo *infra*, si rinviengono più riferimenti normativi rilevanti in proposito anche oltre l'art. 96 c.p.c.

così dire, “a tutto tondo”. Ci si concentrerà prevalentemente sulle *funzioni* che le sono ascritte nell’arco dell’ultimo decennio, con particolare riguardo alla *funzione sanzionatoria* che, usando una espressione famosa, ne costituisce storicamente “croce e delizia”⁴.

L’analisi meta-dottrinale e meta-giurisprudenziale che seguirà non ha e non potrebbe avere pretese di esaustività: scopo principale è fornire un quadro minimale di alcune tendenze diffuse nel diritto italiano “vivente”. Formula, questa, metaforica che però, nel frangente, è più che mai calzante vista la entità, nonché la vivacità e ricchezza di discussioni aperte nella dottrina e nella prassi.

La scelta di selezionare questo aspetto “funzionale/sanzionatorio”, tra i tanti controversi, deriva anche da quanto si è detto, ossia le rare occasioni in cui la filosofia del diritto italiana contemporanea dialoga con gli altri giuristi (in senso latissimo intesi) a proposito del principio del divieto di *neminem laedere* con le sue innumerevoli sfaccettature *de iure condito/condendo, latae/ferendae sententiae*⁵. Nonostante, infatti, questo apparente iato, il dibattito odierno dottrinale/giurisprudenziale ruota attorno a un binomio tra i più classici della filosofia del diritto e non solo: appunto, quello *danno-sanzione*⁶.

⁴ A cominciare dalla originaria sfumatura criminale dell’*actio legis Aquiliae*, v. P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la European civil law*, in Id. (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 2009, p. 3 ss., p. 92 ss., e *ivi* riferimenti a dottrina e giurisprudenza del XIX secolo; per le ricadute concrete sull’oggi, si v. Id., *Funzione sanzionatoria dell’illecito civile? una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 523 ss.

⁵ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 1 ss., trattando dei problemi “attuali” – allora, ma ancor’oggi – della responsabilità civile evidenziava che il «sistema tradizionale... non ha mai preteso di assicurare un risarcimento a tutte le ipotesi in cui si verifica un danno» (18). Come noto, Rodotà propose una nuova sistemazione o sistematica della responsabilità civile muovendo dalla clausola generale di responsabilità ancorata al concetto di situazione giuridica rilevante avente quale limite la solidarietà e concepita in funzione della solidarietà (S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 145, 193, 199, 206-207).

⁶ Come ebbe a ricordare G. GAVAZZI (a cura di), *Lecture sulla Sanzione. Seminario congiunto di Filosofia del Diritto anno accademico 1966-67*, Torino, 1966, p. 97 ss., la teoria del diritto è percorsa dalla discussione circa il ruolo della sanzione *nel* e *per* il diritto: riducendo all’osso, si fronteggiano tradizionalmente due (famiglie di) tesi, l’una secondo la quale la sanzione, generalmente identificata con la coazione/coercibilità, è «criterio ultimo e più sicuro per distinguere il diritto dagli altri fenomeni normativi sociali»; l’altra «rappresentata da coloro che respingono tale tesi». Lo stesso Gavazzi, ben consapevole della vastità e complessità del problema, aveva cura di precisare che una simile distinzione tra teorie «coazioniste» e «anticoazioniste» è superficiale

Di conseguenza, la responsabilità civile è un terreno prim'ancora che vergine, privilegiato per istituire un ponte con la filosofia del diritto e la filosofia politica in particolare⁷.

Semplificando moltissimo: per un verso, il *principio del danno* come fonte di responsabilità è uno dei pilastri di quella concezione filosofico-politica che, facendo perno sulla libertà dell'individuo verso sé e gli altri⁸, ha accompagnato la formazione dei sistemi giuridici moderni, contemporanei⁹; per l'altro verso, l'elemento della *sanzione* è questione

e ingannevole sia perché di sanzioni si parla anche fuori dal diritto, sia perché quando si parla di sanzioni nella teoria del diritto la pletera di candidati, esempi e criteri ordinatori è straordinariamente eterogenea (non meno che negli studi socio-antropologici): dalla forza organizzata (tipicamente ad esempio forze armate e polizia) alle conseguenze (vantaggiose o svantaggiose) ricollegate a certe azioni/omissioni, dalla ricompensa alla coercizione (fisica, meccanica, psicologica, esercitata mediante procedure, contro la volontà del soggetto o a livello di effetti come il trasferimento coattivo della proprietà etc.), dalla responsabilità civile alla punizione (di un reato), dalla decadenza di un diritto alla condanna (quale che sia) imposta da un provvedimento giudiziario, e così via. Tra le iniziative più significative dedicate al tema nella filosofia del diritto italiana del secondo dopoguerra si ricorda il XII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica i cui atti sono raccolti nei due volumi R. ORECCHIA (a cura di), *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*, Roma, 1979.

⁷ Vi è una generalizzata sensibilità in proposito. La esprime con particolare forza, M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, p. 65 ss. e p. 105 ss. che vede la espansione della responsabilità civile in prospettiva sanzionatoria quale contrappeso alla crescente libertà individuale che caratterizza le società a livello globale. Ancorché questo crinale possa aversi anche per influsso di dinamiche internazionali e sovranazionali, legate a fattori sociali, di mercato, etc., al cuore vi sarebbe una istanza *politica*: di *filosofia politica*, che si traduce in *politica del diritto*. Per Grondona, in chiave di filosofia politica, la responsabilità civile ha un compito "sociale", in particolare una «funzione di controllo sociale della libertà» (M. GRONDONA, *La responsabilità civile*, cit., p. 55); l'A. sottolinea come «tanto la libertà quanto la responsabilità abbiano reciprocamente bisogno l'una dell'altra, almeno all'interno di un quadro di filosofia politica sensibile ai presupposti teorici di un liberalismo... antipaternalistico e radicalmente conflittuale» (M. GRONDONA, *La responsabilità civile*, cit., p. 151, ma v. p. 143 ss.).

⁸ Ci si riferisce a quell'ampia famiglia di concezioni filosofico-politiche riconducibile a una matrice liberale in senso ampio intesa. Secondo gran parte della dottrina liberale, «il Principio del danno... è l'unica ragione o la ragione fondamentale per giustificare l'uso della coercizione» giuridica (si v. sul punto G. MANIACI, *Come interpretare il Principio del danno*, in *Ragion pratica*, 2017, p. 141-168 che tuttavia concentra l'analisi sulla sanzione penale, non civile).

⁹ Sottointeso: il discorso vale per i sistemi giuridici moderni la cui «*legal mentalité*», mutuando l'espressione di A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in P. Newman (eds.),

da sempre controversa in ogni riflessione filosofica sul concetto stesso di diritto e giuridicità¹⁰. Al fondo l'interrogativo è – data la natura sociale degli esseri umani – *se e quale* nesso vi sia, *non possa non* esservi o *debba* esservi tra responsabilità individuale e coazione/punizione¹¹.

The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, London, 2017 ebook, p. 687, si è venuta costruendo in seno alla ideologia (*i.e. Weltanschauung*) dell'umanesimo e, soprattutto, dell'illuminismo (sul punto si v. per tutti P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2023, p. 65 ss.; V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014). Quanto detto nel testo, dunque, non ha pretese di generalità-universalità: non vale nemmeno per tutti i Paesi della c.d. *Western legal tradition* o, a prescindere da questa controversa categoria, per tutti i Paesi oggi riconosciuti come di diretta derivazione romanistica o anglo-sassone in forza della colonizzazione ed esperienza imperiale britannica. Preciso questo aspetto perché il nostro particolare punto di vista porta a ricorrenti proiezioni della ideologia *per noi* dominante ben oltre i sistemi giuridici in cui essa effettivamente esiste e questo vizio di metodo è proprio anche di una parte del liberalismo politico contemporaneo.

¹⁰ Secondo N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Roma, p. 530, un sistema normativo (giuridico) potrebbe rinunciare alla sanzione solo in caso di assoluta osservanza dei destinatari che si dà in due casi limite: un sistema perfettamente razionale per individui perfettamente razionali e un sistema per individui completamente automatizzati. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1993, p. 14, 15, 17 ss. sottolinea la esigenza e, anzi, la inevitabilità di basare su un'«*antropologia minima*» qualsiasi riflessione e ragionamento sulla sanzione e viceversa, cioè nessuna «antropologia» sarebbe «in grado di giustificare pienamente l'essere dell'uomo se trascura il tema della sanzione». «Il tema della sanzione rinvia», per F. D'Agostino, «a quello della libertà, nella forma concreta che essa assume nell'essere dell'uomo, quello della responsabilità». La discussione filosofico-giuridica e teorico-generale si complica ulteriormente quando si discetta delle *proprietà* della sanzione giuridica. Il dilemma sovente è se la sanzione sia co-essenziale al diritto, ma non necessariamente la *coattività* come *specie del genere* sanzione. Celebre in proposito fu la discussione tra F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 239-247; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, *ivi*, p. 247 ss.; ID., *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 1 ss.; D. BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 901 ss. Un altro fattore di ambiguità è dato dalla dimensione, micro o macro, che si assume: infatti, un conto è chiedersi in via olistica se la sanzione sia essenziale a livello di concetto di diritto, altro conto è chiedersi se ogni norma debba essere sanzionata. Le risposte variano a seconda della teoria della norma e dell'ordinamento che si adotta. Come mostra anche la espressione latina *lex imperfecta* che, oggi, si usa perlopiù per indicare le norme la cui violazione pare essere priva di conseguenze giuridiche. Un caso interessante in cui una *lex imperfecta* contribuisce a essere presupposto di un premio *ex artt. 927-930 c.c.* è Pret. Pescara, 7 marzo 1954, *Foro it.*, 1955, c. 1601/1602.

¹¹ La letteratura sul tema è complessa e vastissima. A titolo paradigmatico è utile richiamare alcune delle tesi che esercitano influenza sulla cultura giuridica anche attuale. Ciascuna è esplicativa di profili differenti. Venendo pensate come spiegazioni esclusive normalmente sono contrapposte, il che dà luogo a diatribe insolubili. Secondo H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 35 ss. il «principio in base al quale si reagisce ad un com-

Di qui, lo straordinario interesse delle discussioni sulla responsabilità civile che portano a emersione la punta di un iceberg¹²: la parte sommersa è costituita dalla storia plurimillenaria che dalla *lex aquilia* e non solo conduce a rimettere in discussione perennemente presupposti e limiti¹³, per cui, in una certa società, gli individui debbano accettare e, anzi, doverosamente imporre la *ragione* di fronte al *torto*¹⁴.

portamento umano con un premio o una pena è il principio di retribuzione»; e osserva che «[p]remio e pena possono essere compresi nel concetto di sanzione, però comunemente si designa come sanzione non il premio bensì la pena, cioè un male (la privazione di certi beni come la vita, la salute, la libertà, l'onore o beni economici), inflitto come conseguenza di un certo comportamento». Alla domanda se esistono ordinamenti sociali privi di sanzioni Kelsen risponde in senso tendenzialmente negativo osservando che a seconda degli ordinamenti cambia la natura della sanzione: ma quanto meno esiste la sanzione della disapprovazione per la violazione del precetto. Per Kelsen, il diritto è un ordinamento coercitivo nel senso che «le sue norme statuiscano atti coercitivi ascrivibili alla comunità giuridica». Il principio di auto-difesa opera quando l'ordinamento “decentra” o, per meglio dire, non accentra sui suoi organi l'esercizio della coazione lasciandolo ai singoli individui. H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto* (trad. it di E. di Robilant), Torino, 1962, p. 12 ss. critica le concezioni che pongono la coercizione o coercibilità al centro, sottolineando la rilevanza della pressione sociale esercitata dal costume, dalle convinzioni morali, dalla pubblica opinione etc.; per l'A. la tendenza a ragionare in termini di sanzione (giuridica) risponde a un processo di razionalizzazione. F. SCHAUER, *Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law*, in *Ratio juris*, 2010, p. 1-21, spec. 2 ritiene poco chiaro perché tanta parte della letteratura sostenga che «sanctions or coercion» siano «unimportant to the concept of law». Per Schauer, «Austin may have misinterpreted the reality of law as it is experienced by ignoring the non-coercive dimensions of law, but his misinterpretation may have been no greater than, and was arguably less than, the misinterpretations, or at least the distortions, in the tendency of much of contemporary legal theory... to treat sanctions as peripheral to law as it is experienced and irrelevant to the concept of law». F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 19-24 che evidenzia il legame tra sanzione (*sanctio*) e azione (secondo una predeterminata visione di agente ideale libero e raziocinante).

¹² Per limitarsi a due voci emblematiche del Novecento, scriveva F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 18: «pena, riparazione, risarcimento sono forme di reazione non contro il danno in genere, ma contro quella categoria del danno, che è il torto, cioè contro il danno antiggiuridico». Per, W. CESARINI SFORZA, *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, p. 89 «[i]l risarcimento non è sanzione, bensì il contenuto di un dovere primario», ciò assumendo che «[o]gni norma che stabilisca un risarcimento» sia una «norma primaria, nella quale il “danno” è considerato come un fatto giuridicamente rilevante».

¹³ «Rispetto ad una *iniuria* si può infatti agire *civiliter aut criminaliter*» e i trapassi e le contaminazioni tra l'una e l'altra sono esito di corsi e ricorsi variabili, a seconda delle epoche storiche come ricorda M. SBRICCOLI, Vidi communiter observari. *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quad. fior.*, 1998, p. 231-268.

¹⁴ Utile per comprendere gli aspetti più profondi, archetipali, radicati nella materia che ci occupa è la prospettiva socio-antropologica. A.R. RADCLIFFE-BROWN, *Social sanctions*, in *Encyclopedia of the social sciences* (eds. E.R.A. Seligman, A. Johnson),

Ancorché siano tantissimi gli aspetti controversi della responsabilità civile che, nei tempi antichi e moderni, hanno occupato teorici e pratici (dalla imputabilità alla causalità, dai profili inerenti la colpa, il dolo, l'antigiuridicità, la giustizia, etc.), nel contesto italiano odierno essi sono trattati in via derivata, avendo come *priorità* la discussione su *come* reagire di fronte a un danno e, soprattutto, *in funzione di cosa* reagire¹⁵.

2. Per chiarezza, conviene anticipare come sarà articolata l'analisi.

Nel prossimo paragrafo, si darà conto di taluni indicatori a livello normativo circa la rilevanza delle "sanzioni" nei rapporti tra privati. Un esame delle funzioni attuali della responsabilità civile e in ispecie sulla funzione sanzionatoria non può infatti prescindere dal contesto più ampio in cui i relativi dibattiti della civilistica contemporanea si sviluppano. Questi dibattiti sono caratterizzati da una intensa ricerca di punti d'appoggio testuali-normativi.

L'atteggiamento è di per sé saliente. Anzitutto, mostra come, nonostante tutto, i giuristi teorici e pratici – nel coltivare propensioni e spinte di politica del diritto – ritengano comunque di dover fare i conti con i dati normativi (i testi e gli enunciati canonici) e in essi riconoscono (o da essi ambiscono ricavare) elementi rilevanti di giustificazione.

Lo sguardo rivolto ai dati testuali-normativi, ovunque essi siano nell'ordinamento, conferma inoltre l'usuale abito del giurista a procedere in ottica di "sistema" e a muovere dal particolare al generale.

Il che non impedisce affatto il fiorire di differenti letture¹⁶.

XIII, New York, 1933, p. 531-534 concepisce la sanzione come reazione di un insieme d'individui a un comportamento che viene approvato (sanzioni positive) o respinto (sanzioni negative). Premesso che le sanzioni possono essere di molti tipi (diffuse/organizzate, primarie/secondarie, proceduralizzate e così via), l'A. individua quale funzione generale delle sanzioni quella di restaurare l'euforia sociale in quanto reazioni a fatti che mettono in crisi l'unità del gruppo ed enuclea un principio generale che chi subisce un torto ha diritto a una soddisfazione, proporzionata, secondo un criterio, al torto stesso.

¹⁵ Adotta *ante litteram* un approccio funzionalista, attento all'analisi concettuale, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss., 225. Benvenuti valorizza (mostrando una consonanza con la visione kelseniana) l'esecuzione come elemento operante sul versante sia patologico giurisdizionale, sia fisiologico attuativo: conformità e difformità (sanzionata) assolvono in ambo i casi a una funzione di garanzia dell'ordinamento.

¹⁶ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, p. 333 ss., p. 343-347 evidenzia quanto la creatività nel diritto a livello della interpretazione delle disposizioni normative nasconda un coacervo di problemi, e di ambiguità; in particolare, seguendo la sua pro-

Così, le discussioni sulla cosiddetta “polifunzionalità della responsabilità civile”¹⁷ non sono isolate, né isolabili rispetto alle più ampie riflessioni della civilistica contemporanea sul ruolo della sanzione – “pena” privata o civile. Tra le une e le altre vi sono influenze reciproche. Passando in rassegna codici e normative speciali, studiosi e pratici cercano

posta di chiarificazione teorica e pulizia concettuale, le riletture degli articoli del Codice civile relativi alla responsabilità civile e degli altri enunciati normativi da cui si rinvengono indici della sua “polifunzionalità” appaiono connotate da «creatività semantica in senso forte» e/o «creatività pragmatica», cioè o vi è un notevole scarto con il significato *prima facie* della disposizione da interpretare o s’individuano norme implicite e le “interpretazioni-prodotto” producono effetti innovativi per l’ordinamento giuridico.

¹⁷ È un dato acquisito anche per la Corte cost., 26 luglio 2022, n. 198, secondo la quale «il carattere sanzionatorio che assumono, in taluni casi, i rimedi civilistici non implica che essi siano conseguentemente qualificabili come sanzioni “punitive” agli effetti della CEDU e della CDFUE, in ragione della ormai riconosciuta natura polifunzionale della responsabilità civile». In dottrina, polifunzionalità (della responsabilità civile) «è un sostantivo-chiave... Sembra che esso possa intendersi così: un singolo istituto [o un’area del diritto privato] può perseguire uno o più obiettivi di politica del diritto, perché può avere più sensi nel contesto dell’organizzazione (giuridica) dei rapporti interindividuali. 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, economici – che un certo insieme di regole giuridiche effettivamente consegue»: A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 222 ss., spec. p. 223. Stando così le cose, M. GRONDONA, *La responsabilità civile*, cit., p. 200 evidenzia come «la polifunzionalità della responsabilità civile, da un lato, e l’espansione di una giuridicità che è effettivamente tale se e perché si fa rimedio... dall’altro, impongono un controllo ancora più forte circa gli impieghi concreti dell’argomentazione giuridica». Il dibattito si è accresciuto a seguito di Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 (e relativa ordinanza di remissione alle Sezioni unite: Cass., 16 maggio 2016, n. 9978), al quale sono seguiti innumerevoli commenti: fra i tantissimi, cfr. C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro. it.*, 2018, p. 2504 ss.; P. PARDOLESI, *La responsabilità civile 3.0 e l’insostenibile leggerezza del suo DNA polifunzionale*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 121 ss.; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contratto e impr.*, 2018, p. 289 ss.; M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l’ubi consistam ordinamentale dei «risarcimenti punitivi»*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 45 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, in *Contratto e impr.*, 2018, p. 276 ss.; R. PARDOLESI-A. PALMIERI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, c. 2630 ss.; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni «punitivi»: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084 ss.; A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1405 ss.

elementi a conferma o disconferma delle proprie e altrui ipotesi e tesi su quali siano le funzioni. La ricerca, come emerge dai contributi dottrinali e dalle motivazioni giurisprudenziali, assume le sembianze di una sorta di equilibrio riflessivo o di un pendolo in cui si passa dagli enunciati alle loro interpretazioni dando primaria rilevanza a una congerie di supposti obiettivi di politica del diritto del “legislatore”¹⁸.

Nel quarto paragrafo, saranno descritti per sommi capi alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità più recente. L’analisi sarà circoscritta in via principale all’ultimo quinquennio e alle pronunce rese dalle Sezioni unite civili.

Come vedremo dal campione esaminato, i giudici si fanno portatori di concezioni e istanze di politica del diritto, non meno che la scienza giuridica. È prassi spingersi in declamazioni di principio che vanno ben oltre la risoluzione del caso. Soluzioni e motivazioni sono imbevute della discussione dottrinale sulle funzioni della responsabilità civile, ma anche profondamente influenzate da costruzioni dogmatiche e concettuali ereditate dalla storia e patrimonio della cultura giuridica (civilistica moderna). L’incedere della giurisprudenza – oltre a confermare la pervasiva e decisiva rilevanza dei precedenti giudiziari – si caratterizza per una combinazione originale di

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 1 ss., p. 35 si domandava «un mutamento abbastanza sensibile di metodi e di presupposti può avere una qualche influenza anche sulla sistemazione del diritto vigente, o in esso possono incarnarsi soltanto le aspirazioni a riforme più o meno radicali e tempestive? La risposta non sembra dubbia», scriveva, e per Rodotà era decisamente positiva: «sì che un mutamento di atteggiamenti scientifici non può rimanere senza effetto sulla sistemazione delle singole disposizioni, che, ad un approfondimento dell’indagine, son destinate a rivelarsi, per più aspetti, come materiale ancora grezzo». La metafora delle disposizioni come “materiale grezzo”, potremmo dire, non ancora interpretato, mette bene in luce il problema della creatività intrasistemica nel diritto. La tesi di Rodotà trova una eco poetica in Paul Valéry: proseguendo la metafora poetica, ciascuna disposizione è metà marmo e metà fumo (*L’indifférence dorée touche à l’immobilité magique et sa libre lucidité tend vers l’enchantement, sur la fin de l’après-midi. A demi marbre, à demi fumée... Souvenirs sans bords, sans balustrade, sans véritables souvenirs même - la forme seule de la mémoire, l’aspiration d’une perspective*: P. VALÉRY, *Cahiers*, a cura del CNRS, 1957-61, 29 volumi: C. IV, 69, traggio la citazione da M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, p. 212 e 218; si v. anche M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, in *Criminalia*, 2018, p. 22 il quale evidenzia che «il diritto non è qualcosa che conosciamo ma qualcosa che facciamo, qualcosa a cui prendiamo parte... quando ci occupiamo di diritto, anche per descriverlo, non è come contemplare un blocco di marmo, ma come cantare in un coro»; il diritto è una pratica collettiva alla quale chi vi prende parte contribuisce con «varianti individuali» e le «congruenze collettive... fanno del diritto quello che è, come un coro in cui confluiscono le diverse voci».

approcci “funzionalisti” e “principalisti”. I ragionamenti dei giudici fanno perno su una concezione appunto funzionale o strumentale del diritto e degli istituti giuridici (i.e. responsabilità civile), in cui gioca un ruolo chiave l’argomentazione orientata a o in funzione di principi. Primo fra tutti, spicca il principio di *effettività della tutela*. Non causalmente, quindi, il principio per eccellenza che, a sua volta, richiama la idea di *sazione-coazione* e la funzione generale del diritto quale *tecnica di controllo sociale*¹⁹.

Nel successivo paragrafo quinto, in via esemplificativa e a titolo paradigmatico saranno ricordate alcune, tra le moltissime, posizioni della scienza/dottrina giuridica circa le funzioni che la responsabilità civile assolve o dovrebbe assolvere, nel diritto italiano vigente contemporaneo. Che le opinioni siano eterogenee e non di rado incompatibili è cosa nota agli addetti ai lavori. Scopo dell’analisi non è tanto ritornare su questo aspetto, quanto piuttosto mostrare cosa vi sta a monte: cioè le assunzioni e gli ideali che alimentano questo panorama cangiante. Dal dibattito, lo vedremo, emergono complesse visioni del diritto e della società.

Detto altrimenti, quello sulla responsabilità civile e sulle sue funzioni è un ambito nel quale vengono in discussione e a galla non tanto e solo le scelte di valore (etico-politico) interstiziali che sono tipiche di qualunque attività e discussione giuridica, ma le scelte di valore fondamentali che stanno alla base della organizzazione di un assetto giuridico-politico e sociale e che conducono a orientare il diritto (vigente) e la società in una direzione, anziché un’altra.

Infine, nel sesto paragrafo, si svolgeranno alcune note a margine di questo intricato quadro tutto proteso in “avanti”, guardando anche viceversa “indietro”. Cercando di fare tesoro di alcune riflessioni teorico-generaliste del Novecento, si accennerà alla questione fondamentale che risulta sottesa all’attività di legislatore, giudici e dottrina: ossia la *giustizia correttiva*²⁰, e alle tecniche normative disponibili per perseguirla.

¹⁹ In proposito vale considerare l’aspetto espressivo-simbolico che la sanzione ha nel e per il diritto. Molti classici hanno indagato questo tema anzitutto in chiave socio-antropologica. Per un quadro introduttivo si v. R. MARRA, voce *Sanzione* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVIII, 1998, p. 153-161; P.H. LANDIS, *Social control: social organization and disorganization in process*, Philadelphia, 1956, cap. 1; R. POUND, *Social control through law*, New Haven, 1942.

²⁰ A titolo introduttivo si v. M. RICCIARDI, *Introduzione, L’ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, Milano, 2010, p. vii e ss., spec. xvi-xviii in cui ricorda la concezione aristotelica della *giustizia particolare* legata alla *eguaglianza* (i.e. *equilibrio*) tra le parti di una interazione non volontaria – cioè non basata su una precedente relazione tra le parti stesse. Come noto, nella stessa opera aristotelica gli esempi ricondotti a questa *species* di giustizia sono illeciti che oggi qualificheremmo

3. È pressoché un truismo nel dibattito sulla responsabilità civile muovere *a contrario* o per differenza rispetto all'ambito per eccellenza che si considera dominato e dominio della sanzione: il diritto penale. Con una inversione rispetto al punto di vista del penalista che sovente concepisce il diritto penale come *ancilla iuris* del diritto civile, sia nel secondo Novecento sia negli anni Duemila, la civilistica riflette sulla responsabilità civile avendo sullo sfondo l'ideal-tipo della sanzione penale²¹.

Ne sono testimonianza (per inciso, non recente), ad esempio, la nozione di conio dottrinale “pena privata” o “pena civile”²², la contro-

come illeciti civili e/o penali. Sempre a titolo introduttivo, si v. l'analisi del concetto di giustizia (correttiva) aristotelica di C. PELLOSO, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in *TSDP*, 2016, p. 1-69, spec. 10-11, 21-25.

²¹ Tra le tante voci, si v. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli 2013, p. 229, il quale ricorda che «[i]l diritto della responsabilità civile, a causa delle riscontrate insufficienze dei rimedi penalistici, ma anche della sua stessa componente meramente risarcitoria... palesa una spiccata idoneità a vigilare sulla riprovevolezza o antisocialità delle condotte umane»; a suo giudizio, contribuisce all'«obiettivo della deterrenza di condotte antisociali», considerato che – nel nostro ordinamento attuale – «l'attribuzione della potestà sanzionatoria in via esclusiva al diritto penale» rischia di «peccare... per difetto» (ivi, 226). Più recentemente, A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., p. 331-332 pone l'accento sulla esigenza di supplenza della responsabilità civile rispetto al diritto e alla sanzione penali «la cui crisi – specie in termini di ridotta effettività – è un fattore che, sul piano culturale, ha probabilmente concorso a determinare quel recupero dell'originaria polifunzionalità della responsabilità civile cui oggi tocca, a mo' di ultima spiaggia, dotare del “giusto rimedio” lesioni che, diversamente, rischierebbero di rimanere» prive di adeguata tutela. Secondo M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 264 ss.: «nessuno oggi associa alla punizione del colpevole la finalità unica, o primaria, della responsabilità civile. L'intero percorso che ha condotto dalla *lex Aquilia* fino a noi si presta anzi a essere letto, e in effetti viene letto come teso ad affrancare il rimedio privatistico dai connotati propri alla punizione criminale, a scollare la nozione di colpa dalla riprovazione “etica” e ad allargare le aree in cui l'intervento aquiliano prescinde dall'accertamento di una qualsivoglia mancanza addebitabile alla condotta del candidato responsabile»; d'altro canto, però, sottolinea come gli illeciti civili siano oggi punto di emersione di istanze, individuali-collettive, volte a ottenere la sanzione/punizione del responsabile.

²² Oramai tre decenni fa G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. 5 ss. rilevava la presenza, all'interno dell'ordinamento, di una pluralità di sanzioni nelle quali sono compresenti prevenzione e retribuzione. A suo giudizio, «tali spesso eterogenee figure non sembrano in grado di possedere tratti comuni, sufficienti per l'elaborazione di una categoria unitaria di pena privata». Cfr. S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 1995, XIII, p. 349 ss. Ricorda per tutti E. MOSCATI, *Note minime su pena privata e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 547 ss., spec. p. 549-550 che la “pena privata” è «una

versa categoria delle sanzioni private/civili, i decennali dibattiti sul se i rimedi privatistici possano considerarsi sanzioni, se nullità o invalidità possano essere incluse nel novero delle sanzioni²³, e così via²⁴.

Su queste questioni e sulle molte derivate si sono intrattenute generazioni di studiosi. Non essendo qui possibile ripercorrerle, ai fini dell'analisi rileva quanto le tesi in campo cerchino, decennio dopo decennio, di rinvenire nel sistema giuridico (*i.e.* nella legislazione in

categoria controversa sulla cui utilità a livello di sistema si è detto tutto e il contrario di tutto. Da un lato, vi sono quegli interpreti che negano alla pena privata qualsiasi dignità di categoria giuridica in quanto nel sistema del diritto privato non vi sarebbe alcuno spazio per una figura che si presenti con quelle medesime caratteristiche che la pena ha nel settore del diritto penale. Per converso, altra parte della dottrina ritiene che la categoria della pena privata possa avere un suo spazio nel sistema perché la figura della pena privata vale a spiegare la presenza di una serie di istituti giuridici che altrimenti non avrebbero alcuna giustificazione».

²³ Tra le tesi contrarie, si ricorda quella di N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Id.*, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 149-151 che distingue nettamente tra sanzioni (positive/negative) e invalidità muovendo dal presupposto che «il criterio della rilevanza sta nella conformità dell'atto a uno schema legale»; «le sanzioni (positive o negative) postulano che l'atto sia; l'invalidità espone invece che l'atto non è». La questione è controversa anche in teoria generale del diritto e proprio le riflessioni filosofico-giuridiche mostrano come le divergenze di vedute sulla nullità/sanzione siano figlie di diverse concezioni della norma e della normatività giuridica. Per un approfondimento si v. ad es. F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 57-59; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. it di A. Levi), Padova, 1939, p. 12 ss. che sulla base della propria concezione del diritto le sanzioni sono conseguenze giuridiche e la nullità o altri effetti ricollegati agli atti giuridici (anche l'annullamento e la pena) servono a impedire il prodursi di certi effetti e a produrle di differenti. Istruttivo è anche l'esteso dibattito inaugurato da H.L.A. HART, *The concept of law; with a postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz; and with an introduction and notes by L. Green*, Oxford, 2012 il quale, come noto, ricollega la sanzione nel senso di coazione alle norme secondarie di giudizio, distinguendo tra la sanzione in questo senso e le altre sanzioni qualificate impropriamente come tali nel diritto quali ad esempio la nullità che per Hart riguarda invece le norme (primarie) attributive di poteri. Sul punto si v. la critica, condotta a livello di analisi logico-formale e concettuale, di P. MULLOCK, *Nullity and Sanction*, in *Mind*, 1974, p. 439-441, il quale mostra l'ambiguità sottesa al modo usuale di porre la questione: «If we take, as an example, the secondary rule requiring a testator to sign his will, then nullity could mean either: (a) non-compliance with the secondary rule; or (b) the invalidity of the unsigned will; or (c) the failure to secure the advantages of compliance with the secondary rule».

²⁴ Parla ad esempio di «sanzione di invalidità della clausola di esonero della responsabilità, disposta, per il caso di (dolo e) colpa grave, dall'art. 1229 c.c.» A. D'ADDA, *Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1313.

senso latissimo intesa, a qualunque livello o rango essa sia) elementi utili vuoi per escludere vuoi per ammettere le predette categorie e classificazioni²⁵.

Sarebbe un'impresa impraticabile censire in via esaustiva i candidati (enunciati normativi, articoli, disposizioni) che la dottrina e la giurisprudenza ritengono rilevanti²⁶.

²⁵ Tra i tantissimi scritti e decisioni giudiziali che percorrono codici e legislazione speciale alla ricerca d'indicatori delle funzioni ascritte/ascrivibili alla responsabilità civile, si ricordano P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 687 ss.; E. MOSCATI, *Note minime su pena privata e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 547 ss.; F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

²⁶ In questo contributo non sarà possibile, tra l'altro, soffermarsi sui riferimenti normativi (cfr. ad es. art. 55 comma 3-*quater*, d.lg. 30 marzo 2001, n. 165; art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604 e s.m. e i.; art. 429 c.p.c.) e sulla giurisprudenza/dottrina giuslavoristica che si cimentano con la responsabilità civile nei rapporti di lavoro (pubblico/privato) e che tanto influenzano anche il dibattito civilistico. Per tutti si v. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022; F. ROSELLI, *Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente a licenziamento illegittimo*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 3-19 a commento di Corte cost. n. 194 del 2018. In giurisprudenza, si v. Cass., Sez. lav., 30 novembre 2021, n. 37537 per la quale il provvedimento ex art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010 e, ora, art. 28, comma 2, d.lg. n. 81 del 2015 ha natura costitutiva e innovativa e, proprio perchè da applicarsi *ipso iure*, è tale da ristorare in via forfettaria il danno c.d. eurounitario da precarizzazione «con funzioni anche di deterrenza e di effettività della reazione rispetto alla violazione del diritto dell'Unione ([Cass., Sez. un. n. 5072 del 2016])»; analogamente, Cass., Sez. un., 22 febbraio 2023, n. 5542 statuisce che «le norme di diritto interno che disciplinano il risarcimento del danno vanno interpretate in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicchè, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, (ora art. 28 del D.Lgs. n. 81 del 2015) quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto». Si v. anche Cass., 25 marzo 2021, n. 8456. Qualifica come pena privata l'art. 429, comma 3, c.p.c. ad es. Cass., Sez. lav., 26 aprile 2013, n. 10074 e Cass., Sez. lav., 16 ottobre 2013, n. 23532. Cass., Sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10554 ravvisa nell'art. 18 l. n. 300 del 1970, nel testo modificato dall'art. 1, l. n. 108 del 1990 «una *pena privata* giustificata dall'intento del legislatore di rafforzare il vincolo obbligatorio attraverso la comminatoria, per il caso di inadempimento, del pagamento di un importo superiore all'ammontare del mero risarcimento del danno»; la medesima disposizione è assimilata all'*astreinte* da Cass., Sez. lav., 30 luglio 2014, n. 17372 e Cass., Sez. lav., 18 giugno 2012, n. 9965. Viceversa, arresti giurisprudenziali anche degli anni Duemila adottano una posizione restrittiva che esclude la risarcibilità del danno (nel caso di specie, esistenziale o, più precisamente, non patrimoniale da mancato godimento

Risulta però certamente utile richiamare un campione rappresentativo che è evocato per ammettere o escludere talune funzioni della responsabilità civile. Essendo assai esteso, ci si limita ai riferimenti normativi senza poter approfondire ciascuno di essi e le disparate tesi che sono sviluppate in merito.

L'elencazione che segue, oltre a non essere esaustiva, non ripercorre un ordine predeterminato, anche perché non esiste un ordine condiviso: la frequenza dei richiami e la importanza attribuita alle singole disposizioni che ci si appresta a ricordare varia a seconda dei contributi e delle pronunce giurisprudenziali. Non vi è cioè convergenza nella teoria e nella prassi sul fatto che questi riferimenti normativi abbiano una certa rilevanza, o da uno o dall'altro si possano derivare conseguenze stabili o decisive in termini di gerarchie (ancorché mobili) tra le funzioni della responsabilità civile.

Questo comunque non esclude che – prestando attenzione agli aspetti testuali e usi lessicali, alla sintassi e terminologia – possano rintracciarsi minimali elementi obiettivi.

Mentre i sintagmi 'pena privata', 'pena civile' e 'sanzione risarcitoria' (al singolare/plurale) non risultano utilizzati dai testi normativi, v'è traccia di 'pene pecuniarie' (civili)²⁷ e di 'sanzioni civili' più e meno note, nelle pieghe del c.c.²⁸ e della normativa speciale e regolamentare²⁹.

delle ferie e dei riposi) in difetto di prova, attesa la «natura risarcitorio/riparatoria (e giammai sanzionatoria, non conoscendo il nostro ordinamento l'istituto della sanzione civile o pena privata)»: Cass., Sez. lav., 22 novembre 2010, n. 23624.

²⁷ Cfr. art. 8 comma 4 «Tentativo obbligatorio di conciliazione», l. 8 marzo 2017, n. 24, che prevede una «pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione».

²⁸ Cfr. ad es. art. 70 disp. att. c.c.

²⁹ Cfr. d.m. Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 aprile 2004 di «Attuazione art. 4, commi 21 e 22, della legge n. 350 del 2003, in materia di riduzione delle sanzioni civili e di rateizzazione dei debiti contributivi per il settore agricolo»; art. 4, comma 21, l. 24 dicembre 2003, n. 350, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)» e art. 116, comma 15-*bis*, l. 23 dicembre 2000, n. 388; d.m. 26 aprile 1985 Ministero del lavoro e della previdenza sociale di «Graduazione delle sanzioni civili della Cassa marittima meridionale»; art. 143, comma 4, l. 22-04-1941, n. 633 in materia di «Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio». Rispetto a tale legge, si fa riferimento però usualmente all'art. 158 che richiama, precisandoli, i criteri generali *ex artt.* 1223, 1226 e 1227, 2056 e 2059 c.c.: oltre al risarcimento del danno si può chiedere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. Il lucro cessante è valutato anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto e il danno può essere liquidato «in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto»; art. 124 comma 2 «Misure correttive e sanzioni civili» d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30 e s.m. e i.

La variante più celebre è data dalle «sanzioni pecuniarie civili»³⁰, la cui genesi si deve al processo progressivo di depenalizzazione che appunto contribuisce a rendere mobili i confini tra diritto penale e altre forme di sanzione (amministrativa/civile)³¹.

Andando al di là dei riferimenti espliciti a pene/sanzioni, vengono considerati rilevanti gli enunciati che fanno riferimento esplicito alla *coazione* “diretta”/“indiretta”³² e, come si è accennato, ad aggravati di responsabilità per condotte *contra ius*³³.

³⁰ Cfr. art. 3, 4, 5 lett. f, 9 comma 6, d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7 e s.m. e i. «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67».

³¹ Cfr. art. 27, d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 e s.m. e i. e art. 5, 7 e 11, l. 24 novembre 1981, n. 689 e s.m. e i. Gli studiosi enfatizzano la prossimità tra talune fattispecie aquiliane e di responsabilità c.d. indiretta previste dalla l. n. 689 del 1981 (cfr. ad. es. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 123-124). L'art. 6, comma 1, estende la responsabilità al proprietario della cosa servita o destinata a commettere l'illecito (o all'usufruttuario o al titolare di un diritto personale di godimento nel caso di beni immobili), in assenza della prova che l'utilizzo sia avvenuto “contro la sua volontà”. Lo schema ricalca quello dell'art. 2054 c.c.; similmente, il comma 3 dell'art. 6, l. n. 689 del 1981 estende la responsabilità all'ente o all'imprenditore per la violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni seguendo lo schema di cui all'art. 2049 c.c. Sul punto, si possono ricordare le parole di F. BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 46, a parere del quale «[q]ualora la pena privata venisse strutturata di guisa da riassorbire il vantaggio ricavato dall'illecito, essa potrebbe colpire lo stesso ente nell'ambito del quale opera l'autore, attraverso un meccanismo corrispondente a quello declinato dall'art. 2049 c.c.».

³² Tra i più noti, c'è l'art. 614-*bis* c.p.c. «Misure di coercizione indiretta», il quale nella nuova versione introdotta dalla Riforma Cartabia attribuisce al giudice il potere di sancire, salvo che sia manifestamente iniquo, tale misura, determinando durata e ammontare tenuto conto della finalità, valore della controversia, della natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. Si v. anche il nuovo art. 709-*ter* c.p.c. che richiama l'art. 614-*bis* c.p.c. e sancisce l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Si ricorda poi (oltre all'art. 124 d.lg. n. 30 del 2005 già menzionato *supra*) l'art. 114, comma 4, d.lg. 2 luglio 2010, n. 104 e s.m. e i., mentre l'art. 140, comma 7, d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 e s.m. e i. è stato abrogato dalla l. 12 aprile 2019, n. 31. Si v. inoltre art. 3, comma 4, d.lg. 504 del 1995 che in caso di ritardo nel pagamento delle accise prevede l'applicazione di una «indennità di mora del 6 per cento, riducibile al 2 per cento se il pagamento avviene entro 5 giorni dalla data di scadenza, e sono, inoltre, dovuti gli interessi in misura pari al tasso stabilito per il pagamento differito di diritti doganali». Sulla natura risarcitoria di tale “indennità” e sulla sua cumulabilità con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 d.lg. n. 471 del 1997, si v. Cass., 16 giugno 2022, n. 19340.

³³ Oltre al citato art. 96 c.p.c. si ricordano art. 26 c.p.a.; art. 31 comma 4, d.lg. 26 agosto 2016, n. 174 e s.m. e i. (Codice di giustizia contabile); art. 15, comma 2-*bis*, d.lg. 31 dicembre 1992, n. 546 e s.m. e i. (Disposizioni sul processo tributario). Per Corte

Tra gli indicatori normativi della polifunzionalità della responsabilità civile e della emersione di una tendenza vieppiù sanzionatoria vi sono le disposizioni che attribuiscono (al soggetto leso, sia esso privato o pubblico) somme di denaro (nella forma vuoi d'indennità, indennizzi, vuoi d'interessi e simili) *a prescindere dalla prova* di un danno³⁴ e/o *in aggiunta* al danno³⁵. Si noti che le fattispecie si caratterizzano per la presenza di *profili soggettivi connotati negativamente* (mala fede, dolo, slealtà, etc.)³⁶ oppure per avere un *sostrato* declinato

cost., 6 giugno 2019, n. 139, la disciplina delle spese di lite nei sistemi processuali civile, amministrativo, contabile, tributario hanno «una matrice comune: il contrasto dell'abuso del processo, sanzionato, in particolare, con la condanna della parte soccombente a favore della parte vittoriosa di una somma equitativamente determinata dal giudice». In particolare, oltre alla natura sanzionatoria, la Corte cost., n. 139 del 2016 rintraccia una funzione indennitaria a favore della parte vittoriosa, che ne è appunto la beneficiaria. Ciò farebbe sì che la disciplina rifletta un assetto non irragionevole, come tale non illegittimo e diverso per funzione rispetto a quello sotteso alle altre norme del c.p.c. che sanzionano con pene pecuniarie destinate all'Erario altre ipotesi di abuso del processo (ad es. c.p.c. *ante* Riforma Cartabia: art. 54, comma 3; 283, comma 2; 408; 431, comma 5; 815, comma 5). Si può ricordare anche l'art. 385, comma 4, c.p.c. introdotto nel 2006 e abrogato nel 2009, che Cass. 7 ottobre 2013, n. 22812 qualifica come «una vera e propria sanzione processuale dell'abuso del processo perpetrato da una delle due parti».

³⁴ Art. 129-*bis* c.c. rubricato «Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo» in cui l'indennità si aggiunge all'effetto dato dalla «nullità/annullamento» del matrimonio; art. 1224, commi 1 e 2, 1284, 1526, 2035 c.c.; art. 2, lett. e ed f, e 5, d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231 e s.m. e i.

³⁵ Art. 12 «Riparazione pecuniaria», l. 8 febbraio 1948, n. 47 e s.m. e i. «Disposizioni sulla stampa»; art. 187-*undecies* t.u.f. e s.m. e i. Circa la disciplina sanzionatoria di cui al t.u.f., si v. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112 che richiama espressamente la posizione sui «*punitive damages*» di Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 e sottolinea che in tema di abusi di mercato, mentre «l'ablazione del «profitto» ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore», la confisca ha un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore con connotazione «punitiva», infliggendo una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. La Consulta richiama la posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti, 5 giugno 2017, *K. vs Security Exchange Commission* circa la natura «punitiva» - non meramente ripristinatoria - del *disgorgement* applicato dalla SEC che viene considerata «misura funzionalmente analoga» a quella oggetto di esame. Per la Consulta, la combinazione tra una sanzione amministrativa pecuniaria di eccezionale severità, seppur graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore, e la ulteriore sanzione di carattere «punitivo» della confisca «conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati».

³⁶ Oltre alle disposizioni citate, si richiamano anche gli artt. 2598 e 2600 c.c. in materia di concorrenza sleale che avrebbero una portata espansiva riflettendo una funzione riparatoria dei danni morali: così, G.B. FERRI, *Diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 149-154.

in termini di *offesa e/o penalistico*. Per inciso, agli occhi degli interpreti appare tutto considerato normalmente secondario, se non indifferente, il *nomen iuris*, vale a dire la denominazione o qualificazione espressa legislativa in termini di ‘indennizzo’, ‘risarcimento’ o altro³⁷.

Analogamente, sono considerati indicatori rilevanti di una funzione sanzionatoria in ambito civile le disposizioni normative che sanciscono la perdita di diritti in situazioni a cui l’ordinamento ricollega *particolare disvalore* (ad esempio, in termini d’ingratitudine/indegnità)³⁸.

Tipicamente si vede poi nella clausola penale *ex art.* 1382 e 1384 c.c. un indizio generale – valevole per il diritto delle obbligazioni, non solo per la responsabilità contrattuale – suscettibile di legittimare in seno al diritto privato/civile meccanismi sanzionatori che possono *prescindere dalla prova* del danno³⁹.

Ulteriori elementi si rinvengono in quelle disposizioni delle leggi speciali che precisano aspetti della disciplina risarcitoria generale in particolare attinenti al *c.d. lucro cessante*, ossia ai mancati guadagni, profitti, etc., e/o recanti *soglie di quantificazione*⁴⁰, o, ancora, *criteri di quantificazione predeterminati e inderogabili*⁴¹, ovvero che integrano la disciplina del risarcimento in forma

³⁷ Si v. ad es. C. BUONAURO, *Responsabilità da atto illecito dannoso*, Milano, 2012, p. 131 ss., 185 ss., 323-348 che, passando in rassegna anche gli artt. 2044, 2045 e 2047 c.c., rammenta quanto sia discussa la distinzione (per alcuni, dicotomia) tra risarcimento e indennizzo che dipende da una pluralità di fattori, tra cui la varietà di dati normativi, diffusa incostanza terminologica e semantica, costruzioni dogmatiche (tra cui opposizioni quali danno giusto/ingiusto; atto lecito/illecito), criteri di prevalenza tra norme in termini di sussidiarietà (i.e. arricchimento ingiustificato) e, non ultime, questioni di giustizia distributiva ed equità.

³⁸ Artt. 463 e 801 c.c. Si fa sovente cenno anche alle norme in materia di associazioni *ex artt.* 23, 24 e 26 c.c. (tra i primi, ad es. F.G. BOSETTI, *L'autonomia punitiva nei rapporti tra associazione e singolo associato*, in F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 157 ss.). Sull’art. 2603 n. 7 c.c. in materia di consorzio v. M. BASILE, *Le «pene private» nelle associazioni*, in F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 189.

³⁹ Vedi anche art. 3 «Clausola penale», l. 15 dicembre 1990, n. 386 e s.m. e i. «Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari». Sulla clausola penale e sulla sua singolarità storica come “pena contrattuale” si v. l’opera insuperata di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 299-300, che evidenzia la esigenza di una chiarificazione lessicale e concettuale per superare riserve e resistenze di ordine sistematico o presunte inconciliabili logiche circa l’abbinamento dell’attributo “privato” al mondo delle sanzioni e pene assunto in via di *a priori* come “pubblico”.

⁴⁰ Ad es. art. 125 «Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell’autore della violazione», d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30 e s.m. e i. Si v. anche art. 31 «Sanzioni», l. 27 luglio 1978, n. 392 e s.m. e i.

⁴¹ Cfr. ad es. art. 7 «Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria», l. 8 marzo 2017, n. 24, «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». Riguardo alla responsabilità medica, si ricorda Corte Cost., 14 maggio

specifica con “ *misure di riparazione complementare e compensativa*”⁴², o misure/somme “*a titolo riparativo*”⁴³.

Indizi della polifunzionalità (orientata in senso sanzionatorio) della responsabilità civile si ricavano talvolta anche dalle discipline più classiche: *in primis*, regolanti la *interferenza dominicale tra sfere giuridiche*⁴⁴ o dal *principio indennitario*⁴⁵.

2010, n. 178, che dichiara infondata la questione di costituzionalità sollevata contro una l.r. Veneto recante norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario nella cui parte motiva la Regione difende la propria normativa in quanto finalizzata a contenere le crescenti spese affrontate dalle strutture sanitarie per il pagamento dei premi assicurativi in un contesto nel quale si assiste a un aumento esponenziale del contenzioso sanitario: la *over-compensation* (i.e. aumento dell'entità dei risarcimenti e, in generale, del contenzioso) determinerebbe *overdeterrence* della classe medica, della struttura ospedaliera, e delle compagnie di assicurazione. Il rischio di incorrere in procedimenti giudiziari e risarcimenti indurrebbe ad abbandonare le specialità cliniche più a rischio o a ricorrere a esami diagnostici superflui (c.d. medicina difensiva), con conseguente incremento dei rischi per la salute dei pazienti, dei costi di spesa sanitaria e dei premi assicurativi fino alla esclusione di talune fattispecie dai rischi assicurabili. Si ritornerà *infra* ai par. 5 e 6 su tali profili di politica gius-economica.

⁴² Cfr. ad es. art. 331 «Azione risarcitoria in forma specifica», d.l. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m. e i. «Norme in materia ambientale». Si v. Cass., Sez. un., 1 febbraio 2023, n. 3077 che pone enfasi sulla disciplina sanzionatoria alla luce del principio eurounitario “chi inquina paga”, la quale osserva: «imporre al soggetto inquinatore l'obbligo di riparare il danno o, in alternativa, quello di tenere indenne la comunità territoriale che l'abbia evitato o rimosso, significa pertanto addossare - *non in chiave etica ma di efficacia, come rilevato nell'analisi economica di tale sistema - le externalità negative ... evitando alterazioni di mercato* (per qualità dei prodotti e livelli di concorrenza), senza oneri per la collettività ovvero costi assunti in via definitiva dall'ente pubblico; *viene così scongiurato ogni scenario di alternativa monetizzazione dell'inquinamento, disincentivato dallo scaricarsi sui soli prezzi, senza altri interventi ed invece declinandosi il principio riassuntivo 'chi inquina paga' nella riparazione più diretta del danno ambientale*».

⁴³ Cfr. art. 4, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche» conv. con mod. dalla l. 20 novembre 2006, n. 281 e s.m. e i.

⁴⁴ Cfr. art. 844 c.c. «Immissioni». Il nesso che correntemente s'istituisce tra responsabilità civile e tutela della proprietà si deve in via principale agli studi di analisi economica del diritto privato (*Law and Economics*: cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Reflection*, Yale, 2016). In questo contesto, il dibattito si declina in termini di externalità negative e strumenti di prevenzione/deterrenza. Si v. P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., p. 687 ss.; ID., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 19-20. La responsabilità civile è strumento di amministrazione delle externalità negative prodotte dalle attività che s'intende disincentivare oppure tollerare perché, pur comportando danni a carico di terzi, il loro esercizio si reputa necessario od opportuno (G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015, p. 63-99 e il classico R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal L. Econ.*, 1960, p. 1-44). Questo vale non solo per i cultori della EAL o L&E se si considera che i diritti costano.

⁴⁵ Cfr. art. 1917 comma 1, c.c. «Assicurazione della responsabilità civile». A monte di questa disposizione, notoriamente molto si discute sul ruolo d'incentivo/disincen-

Ancora si richiamano *norme eccezionali* che sanciscono la risarcibilità di taluni *danni particolari a rilevanza in senso lato pubblicistica*⁴⁶.

Per converso, limiti alla tendenza sanzionatoria-punitiva sono desunti dalle disposizioni che in via espressa escludono la risarcibilità di talune voci o categorie di danno: in primo luogo, i danni punitivi⁴⁷.

La succinta esemplificazione ora richiamata induce ad alcune osservazioni generali.

tivo degli strumenti assicurativi a seconda del titolo colposo/oggettivo della responsabilità e su chi ricade il costo finale della copertura assicurativa, il che dipende anche dal regime fiscale applicabile. Cfr. ad es. D. POLETTI, *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in F.D. BUSNELLI e G. COMANDÉ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze. Per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano 2009, p. 185-196; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 723 ss., 749 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, spec. p. 27.

⁴⁶ Ad esempio, il danno all'immagine, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale del giudice contabile come categoria particolare del danno erariale, è regolato all'art. 17, comma 30-ter, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 e s.m. e i. in sede di conversione. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 97 («Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche»). Si v. Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355.

⁴⁷ Cfr. art. 3, comma 3 «Diritto ad un pieno risarcimento», dir. 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea ai sensi del quale il pieno risarcimento «non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura». Si v. poi art. 31, racc. 2013/396/UE della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione per il quale «[l']importo accordato alle persone fisiche o giuridiche lese in una situazione di danno collettivo non dovrebbe eccedere il risarcimento che sarebbe stato accordato se la pretesa fosse stata fatta valere mediante azioni individuali. In particolare, dovrebbero essere vietati i risarcimenti detti «punitivi», che hanno come conseguenza un risarcimento eccessivo a favore della parte ricorrente». Ricorda la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della predetta raccomandazione (COM/2018/040), che solo tre (ma dopo la *Brexit* due: Grecia e Irlanda) Stati membri ammettono qualche forma di risarcimento «punitivo», benché in misura molto limitata. Anche la dir. UE 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, d'imminente entrata in vigore, considera da evitare i danni punitivi (cfr. considerando 10 e 42).

Di per sé non c'è alcuna inconciliabilità né ontologica, né logico-concettuale, né di diritto positivo a concepire la *sanzione* come categoria giuridica o concetto giuridico *generale*, facente dunque parte anche del diritto privato/civile e in esso applicabile.

Quanto alla *pena*, se si accede a una visione dei concetti giuridici e del linguaggio giuridico non essenzialista, anche per essa non vi è alcuna inconciliabilità ontologica o logico-concettuale. Al più si può discutere la maggiore/minore opportunità di utilizzare termini e concetti percepiti come propri di un certo ambito giuridico in un altro ambito⁴⁸.

A livello di diritto positivo, occorre tuttavia fare i conti con le definizioni legislative e la sistematica del Codice penale e, più in generale, penalistica⁴⁹. Come noto, secondo la impostazione tradizionale, i reati s'identificano come tali (e articolano in una tipologia) in base al (tipo di) pena. Se dunque si vuole parlare di 'pena' al di fuori del diritto penale, si tratta d'invertire questo *habitus*, ridefinendo la pena come categoria/concetto né esclusivo né esaustivo del diritto penale. Il che vuol dire abbandonare lo schema logico "se e solo se...", escludendo di dover argomentare *a contrario*⁵⁰. Così ragionando, il diritto penale consiste di pene e reati, ma le pene⁵¹ non sarebbero esclusive del diritto penale e sarebbero una categoria potenzialmente trasversale e più generale.

Normalmente la civilistica trascura questo dato positivo e sembra seguire un'altra via per estendere il lessema 'pena' al di là del diritto

⁴⁸ Metaforicamente, evocando la nozione di trapianto in voga negli studi comparatistici, si potrebbe rinvenire un trapianto giuridico *intra-ordinamentale*. Nulla osta a una simile operazione specialmente se la coattività è concepita come proprietà (non essenziale) del diritto assumendo che la normatività giuridica sia basata su disposizioni, attese, aspettative e un principio di minimale cooperazione, si v. R. SACCO, *Coazione e coercibilità*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 219 ss.

⁴⁹ G. MANNOZZI, *Il «castigo»: dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto*, in *Quad. storia pen. e giust.*, 2021, p. 73 ss., spec. 74 registra la comune percezione del «lato più oscuro» della questione criminale, quello relativo alla pena. Se, infatti, a monte, si pone la questione della materia criminale, relativa alla definizione dei precetti, a valle assume una centralità sostanziale e terminologica la pena, tanto da connotare lessicalmente quella branca del diritto – il diritto penale, appunto – che rappresenta il settore massimamente coercitivo del diritto pubblico».

⁵⁰ Per tutti si v. G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, p. 177 ss., pp. 225-226; per un approfondimento sulla lettura *a contrario* o meno delle norme penali si v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, p. 549 ss.

⁵¹ E – a voler essere coerenti – per vero anche i reati. Ancorché questo aspetto sia normalmente trascurato.

penale e importarlo nel diritto privato/civile. Fa leva sulla ambiguità e incostanza semantica/terminologica. In altre parole, pur usando la stessa parola ‘pena’, le si danno significati diversi a seconda dei contesti giuridici di riferimento⁵². Nel diritto civile la ‘pena’ viene così intesa come *potere sanzionatorio-punitivo* purchessia.

Il problema però, come s’intuisce, non è meramente terminologico e non si risolve con scivolamenti linguistico-concettuali: è piuttosto di sostanza e funzionale⁵³. La questione è se e a quali condizioni sia ammissibile un rimedio civilistico avente *funzione punitiva*. E se questa funzione operi (solo) a livello espressivo-simbolico e/o invece anche a livello normativo, cambiando cioè il trattamento giuridico.

Quale che sia la strategia argomentativa usata per rileggere gli enunciati, in ogni caso, come emerge dalla rassegna normativa, le ipotesi di ‘sanzione’ in ambito privatistico sono massimamente eterogenee e perlopiù anche inesprese, sicché il tentativo di derivare da esse indicazioni generali circa l’istituto della responsabilità civile e le sue funzioni rischia di essere un esercizio fallace⁵⁴.

Già indagando la sparuta rassegna illustrata viene in luce la esigenza di distinguere una pluralità di aspetti che risultano combinati in maniera variabile nella legislazione: a mero titolo esemplificativo, (i) a *chi* è assegnato il potere di sanzionare (il privato stesso o una autorità pubblica); (ii) qual è la *fonte* (di tale potere: l’autonomia privata o un potere pubblico), (iii) se la sanzione consiste in un *effetto giuridico*⁵⁵

⁵² Questo accostamento ai termini giuridici che li vede caratterizzati da ambiguità semantico-contestuale è l’altra faccia della medaglia rispetto all’abitudine di rintracciare pressoché ovunque incostanze semantiche e terminologiche nelle pieghe degli enunciati. Gli esempi non si contano: dal possesso all’annullamento, dal recesso all’indennizzo, dal dolo alla colpa, dalle tante occorrenze di potere a quelle di dovere in cui si discute se si diano possibilità, permessi, doveri, poteri-doveri, oneri. Sulla incostanza terminologica-semantica si v. ad es. V. VELLUZZI, *Sui rapporti tra l’interpretazione sistematica della legge e degli atti giuridici*, in *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, Pisa, 2012, p. 41-43, 63.

⁵³ Va in questa direzione A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 301 il quale oltre a sottolineare la esigenza di sgombrare il campo da equivoci terminologici e concettuali invita a fare un passo indietro: considerare i compiti che si ascrivono al diritto privato e quali poteri si vogliono riconoscere ai privati e le funzioni che s’intendono loro demandare mediante il meccanismo dell’autonomia privata.

⁵⁴ Nello specifico, si incorre in induzioni imperfette che conducono a fallacie *a posteriori*; si parla anche di generalizzazione indebita (*a dicto secundum quid, ad dictum simpliciter; enumeratio imperfecta, ab uno descendet omne*). Alla base vi è una duplice difficoltà ben nota ai giuristi: la selezione dei casi/esempi rappresentativi e la determinazione delle conseguenze rilevanti per il diritto.

⁵⁵ In questo caso, predendo a prestito una nozione di teoria generale delle norme si potrebbe parlare di efficacia o forza costitutiva. Va tuttavia ricordato che la idea che gli

o in qualche *atto materiale*⁵⁶; (iv) il *presupposto* che fa scattare la sanzione⁵⁷, (v) se la sanzione sia ricollegata a una fattispecie (sostanziale) *extra* o *endo*-processuale⁵⁸; (iv) *se* vi sia un beneficiario della sanzione e *chi* sia (il danneggiato o altri)⁵⁹.

effetti giuridici si producano da sé (in via automatica) come se non vi fosse bisogno di nessun individuo vale solo *prima facie*, come dimostrano gli stessi dibattiti sul se nullità/invalidità/decadenze etc. possano considerarsi sanzioni. Secondo N. IRTI, *La nullità come sanzione privata*, in *Contr. impr.*, 1987, pp. 541 ss., 544, 549-550, la nullità non potrebbe essere in linea teorica una sanzione ed esclude che possa essere una sanzione privata nel senso di fonte privata, perché solo l'ordinamento giuridico (le sue autorità normative) hanno la potestà di stabilire cosa è valido/invalido; la nullità come rimedio o conseguenza a livello di atti giuridici nel settore privato godrebbe di «effettiva e infallibile realizzazione» perché operando a livello di “negazione” degli effetti giuridici non richiederebbe procedure di attuazione e in ciò sarebbe diversa dagli altri tipi di rimedi e dalle c.d. sanzioni e sarebbe «la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale». Circa il primo rilievo, si può osservare che è una scelta di diritto positivo devolvere all'autonomia privata in taluni casi la possibilità di sancire cosa è valido/invalido (nel diritto contrattuale si danno molte ipotesi di questo tipo: ossia di validità di fonte convenzionale, che chiaramente ha all'origine una delegazione di potere normativo dalle autorità ai privati). Circa il secondo rilievo, la circostanza che la nullità come qualunque effetto giuridico e sanzione (anche la pena) sia qualcosa di astratto non esclude che nel mondo reale siano necessari atti concreti e materiali in ogni caso per potersi parlare di tutela effettiva.

⁵⁶ Il che rende più evidente la esigenza di un'attuazione mediata dalla iniziativa di un soggetto. A sua volta, in taluni casi, la iniziativa è disponibile per l'avente diritto (privato), in altri casi è d'ufficio o rimessa a una potestà pubblica. A cascata poi, vi sono casi in cui comunque la richiesta del privato è soggetta alla discrezionalità del potere pubblico.

⁵⁷ Rispetto al presupposto o alla pre-condizione della sanzione non è ovvio applicare il binomio privato/pubblico, posto che inadempimenti, illeciti, violazioni, atti e fatti anti-giuridici o ingiusti etc. e, più in generale, la non conformità al diritto/a una norma giuridica non è qualcosa di privato o pubblico. Si parla in via metonimica e metaforica in questi casi. Il problema è cosa giustifica la imputazione di una certa conseguenza giuridica (se si vuole, sanzione).

⁵⁸ Tipiche sanzioni per violazioni di provvedimenti giudiziari sono le c.d. *astreintes*, le quali possono applicarsi tanto a situazioni private, quanto pubbliche, come dimostra la stessa prassi e legislazione. Cfr. ad es. Corte cost., 15 luglio 2015, n. 157; Cons. Stato (Ad. Plen.), 25 giugno 2014, n. 15, Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688, secondo le quali l'Amministrazione convenuta in ottemperanza per ritardato pagamento di indennizzo *ex l.* n. 89 del 2001 è soggetta alla penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: «la “peculiare natura giuridica” della suddetta penalità di mora... “in virtù della sua *diretta derivazione dal modello francese delle cc.dd. “astreintes”*, assolve ad una *finalità sanzionatoria* e non risarcitoria, in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma *vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento*».

⁵⁹ Secondo F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 531 ss, 540 la ragione ispiratrice delle sanzioni civili punitive sarebbe riassu-

Senza entrare nel merito di questi aspetti e delle loro possibili combinazioni, quel che più rileva ai fini dell'analisi è che, oltre a essere tutti logicamente distinti tra loro, lo sono anche rispetto alle *funzioni* della responsabilità.

Guardando in chiave diacronica l'ordinamento negli ultimi decenni⁶⁰, con tutte le approssimazioni inevitabili che simili osservazioni portano con sé, si registra un incremento – o quantomeno non un decremento – di meccanismi sanzionatori (concepiti e percepiti come tali) ricollegati ai rapporti privati.

Ammesso e non concesso che la rilevazione sia affidabile – e sappiamo quanto sia irrealistico confidare in indagini robuste a livello quantitativo-statistico in ambito giuridico (anche sul terreno della legislazione sia essa intesa in senso lato o in senso stretto) – comunque, questo solo dato (peraltro generico) non consente di concludere nel senso della necessità (*i.e.* diversità) d'integrare le tutele per tutte quelle ipotesi in cui il risarcimento del danno si assume non essere congruo, idoneo o sufficiente a prevenire/compensare o punire adeguatamente determinate forme di illecito civile.

Questa conclusione è invece approdo ricorrente di ampia parte della dottrina e giurisprudenza: ossia di quella parte di studiosi e operatori pratici che assegna per l'appunto alla responsabilità civile un ruolo chiave – se non prioritario – nella regolazione dei rapporti privati. Come s'intuisce, si è dinanzi a un circolo vizioso in cui l'approdo è piuttosto il punto di partenza.

Ed è un punto di partenza, chiaramente di politica del diritto, che non si giustifica tanto sulla base di talune (presunte) pene e sanzioni private/civili espresse e inesprese (cangianti di tempo in tempo a seconda delle riforme e di cui è dubbia la presenza locale o diffusa nell'ordinamento), quanto piuttosto e in maniera ben più robusta sulla base di *bisogni e istanze* di (maggiore) *effettività e/o giustizia*⁶¹.

mibile nel motto "*mittere manus ad bursas hominum*", sicché esse si configurerebbero come forme indirette o surrettizie di tassazione. Stando alla normativa attuale, questo potrebbe spiegare solo alcuni casi.

⁶⁰ Sulla responsabilità civile come un «universo in espansione» si ricorda F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 1 ss.

⁶¹ Questa prospettiva viene ricollegata a una evoluzione o comunque a cambiamenti dei sistemi giuridici moderni, in cui si registra una crescente preoccupazione per la violazione dei diritti della personalità, rischi anomali sul piano sociale, attentati a interessi diffusi (cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 299-316), nonché il proliferare di microviolazioni (c.d. *small claims*). A fronte del rischio incontrollato

Se si volesse riassumere in una formula la ideologia dominante è quella di una *tutela effettiva giusta*: come ogni ideologia giuridica, è difficile stabilire quanto essa prenda le mosse dalla legislazione e/o sia alimentata dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza. Nel caso specifico, le influenze appaiono comunque perlopiù reciproce e orientate a una politica del diritto della responsabilità civile espansiva che importa terminologia, preoccupazioni e dilemmi tipici del diritto penale⁶². Questa porosità, a livello ideologico, tra diritto civile e diritto penale riflette quella più complessiva che porta a discutere e rimediare sulla bipartizione tra diritto privato e diritto pubblico⁶³, come testimonia la parallela gemmazione del dibattito, non meno vivo, concernente i confini tra diritto amministrativo e diritto penale anch'esso gravitante attorno alla sanzione⁶⁴.

Non è possibile dire se e quali sanzioni: civili, amministrative, penali, siano o non siano recessive nel nostro ordinamento, a livello di fonti o guardando alla loro effettività o ineffettività⁶⁵.

d'ineffettività della tutela, per controbilanciare si avanzano proposte di ultracompen-sazione si v. ad es. M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompen-sativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss. Il problema affligge anche il diritto penale dove la impunità dei fatti di microcriminalità, è risaputo, è una nota dolente. Nell'uno e nell'altro caso, ogni sanzione va comunque vista in aggregato considerandone anche le ripercussioni a livello macro(economico).

⁶² Non è questa una novità se si considera ad esempio che già S. RODOTÀ, *Tecniche risarcitorie e nuovi interessi*, in AA.Vv., *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa. Atti del Convegno giuridico Informazione, diffamazione, risarcimento promosso dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei*, Milano, 1979, nel suo intervento al predetto Convegno tenutosi a Roma il 24 e 26 novembre 1978, promuoveva una funzione preminente di amministrazione e di redistribuzione dei costi da assegnarsi alla responsabilità civile quale primaria e plurale forma di tutela dei diritti e degli interessi dei consociati, lasciando – in ottica di sussidiarietà – che il diritto penale si attivi quale *extrema ratio*.

⁶³ Si v. l'affresco anche in prospettiva fornito da B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

⁶⁴ Già M.P. CHITTI, *Pene private e sanzioni amministrative*, in F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 81-93, spec. 93 sottolineava come la l. n. 689 del 1983 abbia dato impulso a talune direttrici di sviluppo del sistema sanzionatorio; in particolare ne identificava tre: evoluzione del potere amministrativo in senso pro-attivo e in taluni casi para-giurisdizionale; superamento dell'approccio alla divisione dei poteri e delle funzioni come classicamente cristallizzate nel modello penalistico giurisdizionale e modello amministrativo tradizionale; crisi di ogni discriminazione delle sanzioni basata sul tipo d'interesse tutelato, dovendosi considerare (valorizzare) le nuove procedure amministrative e il processo civile speciale.

⁶⁵ Come ricorda ad esempio F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 112-122, 113,

Ai fini dell'analisi, importa notare la *trasversalità* e *generalità* delle funzioni che dentro e fuori il diritto civile sono discusse⁶⁶: senza pretesa di esaustività si parla di funzione preventiva (speciale/generale), inibitoria, precauzionale, indennitaria, (ultra-)compensativa, ristorativa, riparativa, ripristinatoria, restitutoria, retributiva, distributiva, affittiva, dissuasiva, deterrente (speciale/generale), punitiva, etc.

La varietà di nomi in tema di funzioni è sintomo di una generale difficoltà definitoria e dell'assenza di usi lessicali condivisi, come vedremo⁶⁷.

4. Districarsi oggi tra le funzioni della responsabilità civile vuol dire confrontarsi anche e anzitutto con le tendenze giurisprudenziali in atto.

Come si è detto, l'unico approccio praticabile è meramente esemplificativo⁶⁸.

si punta sulla «capacità della repressione amministrativa di coniungere... efficacia preventiva ad una maggiore efficienza ed economicità dal punto di vista applicativo» con ricorrenti iniziative *de lege ferenda* e *de sententia ferenda* «animate da aspirazioni di effettività di tutela di beni giuridici (anche primari)»: così, ad esempio, la maggioranza delle sanzioni amministrative (in particolare, quelle pecuniarie) si considerano contraddistinte da funzioni di prevenzione generale (per certi versi, anche positiva) e di prevenzione speciale veicolate attraverso l'applicazione di una misura che deve essere avvertita come sofferenza dal destinatario.

⁶⁶ L'ordinamento di questi anni è così segnato da due traiettorie tormentate in materia di sanzioni, da un lato, sul fronte civile/penale, e dall'altro lato, sul fronte penale/amministrativo. Punto di congiunzione di queste traiettorie, la riparazione (v. ad es. G. RESTA, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, p. 417 ss.). Sul punto, senza poter qui dire nulla dell'estesissimo dibattito odierno, merita ricordare la proposta formulata *ante litteram* da F. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 221-239 che solleva il problema della derogabilità a opera delle parti degli artt. 2043 e 2059 c.c. ossia se e in che limiti i privati possano disporre a livello negoziale-contrattuale, ricollegandovi "pene private", di eventuali illeciti di cui il contratto *inter partes* sia fatto costitutivo.

⁶⁷ Anche la giurisprudenza, almeno una parte, è consapevole del pericolo di forzature interpretative e delle cautele, anche a livello terminologico, che è raccomandabile adottare trattando di sanzioni e funzioni in ambito penale/extra-penale: cfr. ad es. Cass., 30 giugno 2016, n. 13433 a proposito della tanto discussa natura delle sanzioni amministrative, ma i cui *obiter dicta* fanno riferimento anche a «fattispecie sanzionatorie di tipo civile (*astreintes*, condanna per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.*, e soprattutto danni punitivi, qualora essi siano riconosciuti ammissibili nel nostro ordinamento), e financo disciplinari: tutte, *lato sensu*, afflittive e suscettibili di incidenza anche rilevante sul patrimonio del soggetto attinto».

⁶⁸ La ricerca meta-giurisprudenziale è stata condotta relativamente alla giurisprudenza civile di legittimità interrogando le banche dati con chiavi tronche, plurime e

In via preliminare, trattando di sanzioni e funzioni in materia di responsabilità civile è bene fornire alcune precisazioni e sgombrare il campo da alcuni possibili equivoci.

Anzitutto, la giurisprudenza non sembra aderire a concezioni della norma o del diritto riconducibili all'imperativismo giuridico, sicché stili argomentativi ed esiti giudiziari non sembrano condizionati, perlomeno, non in via generale, dall'idea (preconcetta) che le norme possano essere precetti, imperativi, comandi accompagnati da sanzione⁶⁹.

In secondo luogo, i giudici ragionano sulle funzioni della responsabilità aquiliana anche in casi che vertono non su illeciti extra-contrattuali, bensì su fattispecie contrattuali o miste-ibride⁷⁰. Non sarà possibile approfondire il discorso in questa direzione: ossia comprendere se l'attribuzione di diverse funzioni alla responsabilità civile e, in particolare, il fatto di privilegiarne talune rispetto ad altre possa portare con sé – come conseguenza contingente – anche una rivisitazione dei confini tra i vari tipi di responsabilità. Peraltro, vale anche viceversa, posto che – come si è accennato – le discussioni sulle funzioni della responsabilità riguardano anche quella contrattuale e segnano rilevanti somiglianze con quella extra-contrattuale⁷¹.

combinare (a titolo d'esempio, funzion*, logic*, princip*; sanzionator*, coercitiv*, preventiv*, afflittiv*, compensativ*, compensatori*, deterrenza, deterrent*, riparatori*, riparativ*, distributiv*; *neminem*; aquilian*; extra-contrattuale; *punitive damages*, *astreinte(s)*, *liquidated damages*, *vindicated damages*, *exemplary damages*, *aggravated damages*, danno punitivo, danno esemplare, *disgorgement*, sanzione esemplare, pena privata, sanzione civile, *over/under deterrence*, *over/under compensation*, *compensatio lucri cum damno*, *severance cost*, *mass tort*, danni di massa, *societal damages*, esterionalità negativa/positive, costi sociali, illecito diffuso). In caso di esiti troppo numerosi, si è circoscritto il contesto rilevante agli ultimi 5 anni dal 2018 a oggi e/o alle sole pronunce rese a Sezioni unite.

⁶⁹ Mentre è ricca la discussione teorica su “comandi” e “consigli” giuridici, nella prassi è raro l'uso di questi sintagmi e ancora più rinvengono “consigli giuridici” rilevanti *sub specie iuris* se si escludono quelli rilevanti per il diritto positivo in quanto espressione di funzione consultiva. Nel periodo compreso tra il 2010 e il 2023 sono poche decine le pronunce della Cassazione civile in cui si menziona il sintagma “comando giuridico”.

⁷⁰ Ad es. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567 in un caso di «danni-conseguenza ricollegabili direttamente alla lesione dell'affidamento ingenerato» da una pubblica amministrazione, configurando «una responsabilità di tipo relazionale o da contatto sociale qualificato (cfr. Cass., Sez. un., 28/04/2020, n. 8236, cit.; Cass., Sez. I, 13 dicembre 2018, n. 32314; 21 novembre 2011, n. 24438)».

⁷¹ Si v. Cass., 26 luglio 2022, n. 23269 richiama il principio sancito dalla sentenza 28 ottobre 2004, n. 20926 «secondo cui, in tema di locazione di immobili urbani

Incidentalmente ci si limita a registrare indizi che vanno nel senso che una modifica delle funzioni di un tipo di responsabilità possa indurre cambiamenti degli ambiti applicativi correlati. In particolare, ci si può domandare se una estensione in senso pubblicistico della responsabilità civile abbia impatto zero sugli altri rimedi risarcitori, o invece richieda una verifica rispetto a una pluralità di orientamenti. Si pensi ad esempio ai rapporti (d'altro canto, notoriamente controversi e non privi di aree grigie) che la Corte di Cassazione traccia tra la responsabilità civile e la responsabilità erariale in cui la seconda è

adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, l'obbligo in capo al locatore, che abbia ricevuto la riconsegna dell'immobile e non lo abbia adibito, entro sei mesi, all'uso in vista del quale ne aveva ottenuto la disponibilità, di risarcire il danno al conduttore ha una duplice natura, risarcitoria e sanzionatoria, che si riverbera sui criteri di quantificazione del danno: il contemperamento tra il fine sanzionatorio (evocato dalla rubrica della disposizione in esame, intitolata "Sanzioni") e quello propriamente risarcitorio può ritenersi realizzato mediante la presunzione di sussistenza del danno comunque connesso all'anticipata restituzione dell'immobile, che il giudice è chiamato a liquidare equitativamente sulla base delle caratteristiche del caso concreto in difetto di prova della sua precisa entità da parte del conduttore e salva la possibilità per il locatore di superare la presunzione suddetta provando l'assenza di conseguenze pregiudizievoli per il conduttore»; la Corte non condivide l'orientamento espresso in precedenza da Cass. 21 novembre 2000, n. 15037, «la quale ha affermato, sulla scorta dell'esclusivo dato costituito dalla lettera della norma, che la tipologia del risarcimento di cui all'art. 31 della L. n. 392 del 1978 non deroga al principio secondo il quale deve essere risarcito soltanto il danno provato dal conduttore. La disposizione in esame, nell'imporre al locatore, che entro sei mesi dalla riconsegna dell'immobile non lo adibisca a l'uso in vista del quale ne abbia ottenuto la disponibilità ai sensi dell'art. 29 della legge, l'obbligo di risarcire il danno al conduttore (salvo che questi preferisca il ripristino del contratto ed il rimborso delle spese di trasloco e degli altri oneri sopportati) in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione percepito prima della risoluzione, trova invero la sua ratio anche nell'esigenza che sia evitato il diniego di rinnovazione del contratto alla prima scadenza per motivi fittiziamente addotti, con conseguente pregiudizio delle aspettative del conduttore senza correlativa soddisfazione delle esigenze del locatore sottese al diniego per una delle ragioni previste dalla legge. Tale esigenza, che avrebbe potuto essere realizzata con la previsione di un'indennità del tutto disancorata dal danno, ovvero con la fissazione di una misura minima del danno da riconoscersi in ogni caso (com'è stabilito, per il regime transitorio, dall'analoga disposizione di cui all'art. 60 della L. n. 392 del 1978, la quale prevede che il giudice determini il danno "in misura non inferiore a 12 e non superiore a 48 mensilità"), è dall'art. 31 perseguita mediante il "classico" meccanismo risarcitorio, che tuttavia si connota per la specificità dell'obiettivo suddetto, sicchè non può negarsi la finalità anche sanzionatoria della previsione normativa, resa evidente dalla previsione di un limite massimo del risarcimento possibile, comunque ancorato ad un multiplo del canone locativo)» (enfasi mie, n.d.r.).

considerata concorrente rispetto alla prima, proprio sull'assunto che la prima abbia *solo funzione interamente compensativa iure privatorum*, e non si estenda anche a interessi di natura pubblicistica⁷². Ancora, l'ascrizione di una *funzione indennitaria* a talune ipotesi risarcitorie può non essere neutra, ad esempio, sul terreno fiscale⁷³.

In terzo luogo, l'analisi delle funzioni fa emergere distintamente la variabilità delle componenti gli illeciti civili. La configurazione dei requisiti tipici e gli oneri probatori cambiano a seconda della *tipo* d'illecito. Il nesso di causalità è tra i requisiti perciò variabili⁷⁴. Anche nei

⁷² Si v. ad es. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2021, n. 781, secondo la quale – anche sulla scorta di precedenti relativi alle società *in house* e più in generale alle società a partecipazione pubblica – «non si configura la violazione del principio del *ne bis in idem* tra l'azione civilistica e quella contabile che possono concorrere “perché la prima è finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa” la seconda “è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A., al corretto impiego delle risorse con funzione essenzialmente e prevalentemente sanzionatoria” (S.U. 14362 del 2015)»; a parere della Corte, «può essere individuato il danno erariale a carico dei soggetti, legati da un rapporto di servizio alle pubbliche amministrazioni ed agli enti pubblici titolari di quote di partecipazione dell'ente, per l'omessa attivazione dell'attività di vigilanza e dei meccanismi di controllo nell'attività di gestione oltre che, in ipotesi, per il diretto coinvolgimento, mediante condotte attive di carattere illecito, nella depauperamento delle risorse pubbliche. In queste ipotesi, il danno erariale è evidentemente ravvisabile perché la dispersione del capitale sociale e del patrimonio dell'ente determina un danno alle amministrazioni rappresentate che poteva essere evitato o ridotto mediante comportamenti coerenti con la pubblica funzione svolta all'interno dell'ente da parte dei funzionari e dipendenti pubblici che ne devono realizzare gli interessi». Come emerge da questo brano lo spartiacque privato/pubblico non è d'immediata evidenza e d'altro canto secondo altri precedenti il criterio discrezionale è altro: il danno civilistico è il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla *mala gestio* degli organi sociali alla società stessa; il danno erariale si configura invece «nei confronti di chi, essendone incaricato, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi». Così ragionando non c'è *bis in idem* perché diversi sono i danneggiati (la società *vs* i soci), non tanto l'interesse protetto (in via mediata o immediata).

⁷³ Si pensi ad esempio alla disciplina dei proventi conseguiti in sostituzione di redditi e le indennità conseguite a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi: cfr. ad es. Cass., 16 febbraio 2012, n. 2196 e Cass., 16 febbraio 2012, n. 2197 in fattispecie giuslavoristiche e contrattuali; ma *mutatis mutandis* il tema si pone per i risarcimenti/indennizzi a titolo extracontrattuale o percepiti a seguito di transazioni che hanno a oggetto un illecito extracontrattuale.

⁷⁴ In caso di illecito civile integrante anche un delitto (i.e. truffa ex art. 640 c.p.), comportante la responsabilità risarcitoria concorrente del promotore e della banca

casi più facili, la stessa nozione di danno non è monolitica e appare, *inter alia*, influenzata da costrutti concettuali tradizionali del diritto delle obbligazioni. Così, la giurisprudenza distingue tra più sotto-specie di crediti risarcitori anche in funzione della “prossimità” rispetto all’illecito, con conseguenze in termini di *an* e *quantum debeatur*⁷⁵.

Si segnala questo aspetto, pur non potendo esaminarlo, perché interferisce con le funzioni assegnate alla responsabilità civile come vedremo dalla selezione casistica che segue.

In quarto luogo, gli usi giurisprudenziali presentano un elevato tasso d’incostanza terminologica e sono lontani dalle classificazioni

(quest’ultima a titolo di responsabilità oggettiva, per i danni causati dal promotore finanziario ex art. 31, comma 3, t.u.f.), Cass., 21 giugno 2022, n. 19982 riconosce la «funzione deterrente e sanzionatoria, oltre che riparativa quale *pecunia doloris* del danno» non patrimoniale da reato (enfasi mie, *n.d.r.*), evidenziando che «[d]alla funzione sistematica assegnata all’obbligo informativo gravante sull’intermediario finanziario, preordinato al riequilibrio dell’asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell’investitore, al fine di consentirgli una scelta realmente consapevole, scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio, pur suscettibile di prova contraria da parte dell’intermediario...» (così, espressamente Cass. Sez. 1, sent. n. 7905 del 17 aprile 2020; v. anche: Sez. 1, sent. n. 12544 del 18 maggio 2017; Sez. 1, ord. n. 4727 del 28 febbraio 2018; Sez. 1, ord. n. 10111 del 24 aprile 2018; cfr. anche da ultimo: Cass. 16126/2020). Si veda anche Cass., 31 marzo 2022, n. 10448 la quale chiamata a decidere un altro caso di risarcimento del danno non patrimoniale da reato e «sulla sua funzione deterrente e sanzionatoria, oltre che riparativa quale *pecunia doloris*», ricorda sulla base dei precedenti (*ex multis*, Cass., 12 aprile 2011, n. 8421) «come il danno morale non sia *in re ipsa* anche in presenza di condanna penale».

⁷⁵ In caso di risarcimento danni da sinistro stradale in cui si eseguono le riparazioni *ante causam* chiedendone il rimborso, si afferma che gli «importi... riconducibili a spese vive sostenute prima della lite a causa del sinistro» sono «crediti, anche se come *causa remota* derivano da un *illecito*, come *causa prossima* ineriscono al pagamento di una somma di danaro e, dunque, costituiscono crediti di valuta e non di valore, i cui interessi decorrono dalla domanda, e non dal fatto illecito, *in mancanza di indicazione della data degli esborsi* (Cass. Sez. 3, sent. n. 12671 del 17/10/2001; Cass. Sez. 3 n. 2203/1977; Cass. Sez. 3, 618/1974)... nel caso di ritardato adempimento di un’obbligazione pecuniaria, il maggior danno di cui all’art. 1224 c.c., comma 2, ha funzione risarcitoria e non compensatoria e, in quanto tale, deve essere provato dal creditore. Sicchè, per tali crediti il danno da svalutazione monetaria non è “*in re ipsa*”, ma deve essere provato dal creditore, quantomeno deducendo e dimostrando che il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato di durata annuale è stato superiore, nelle more, agli interessi legali (Cass. Sez. 1, 20868/2015; Cass. Sez. 1, 1377/2008; Sez. 2, sent. n. 1087 del 18/01/2007)»: Cass., 26 giugno 2019, n. 17056 (enfasi mie, *n.d.r.*). Si v. anche Cass., 12 ottobre 2012, n. 17503; Cass., 6 novembre 2012, n. 19100; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255.

proposte nella teoria del diritto⁷⁶. Sovente, nelle motivazioni si fa riferimento contemporaneamente a più funzioni, ponendole in coppia, in sequenza o in qualche altra relazione, senza fornire definizioni. Non essendovi alcun automatismo tra sintassi (l'uso di una parola) e semantica (i significati a essa ascritti o ascrivibili), la estensione di ciascuna funzione può facilmente essere indeterminata e cambiare a seconda dei contesti⁷⁷.

Benché la presente analisi sia circoscritta alle pronunce della Corte di Cassazione (sezioni civili), va precisato che quanto sin qui detto e dirà trova riscontro anche in altra giurisprudenza.

Così, ad esempio, secondo il Consiglio di Stato, «[l]a finalità generale e prioritaria è *compensativa*: lo scopo è di *reintegrare* la sfera giuridica del danneggiato ponendolo, in attuazione del c.d. *principio di indifferenza*, nella situazione in cui si sarebbe trovato senza il fatto illecito. La finalità generale e secondaria è "*preventiva (o deterrente o dissuasiva)*": lo scopo è anche quello di evitare la reiterazione del fatto illecito. La finalità specifica ulteriore è "*sanzionatoria-punitiva*": lo scopo è di "punire" il danneggiante mediante la condanna, nei soli casi in cui la legge lo consenta in coerenza con i limiti che la Costituzione pone nella conformazione delle regole di responsabilità (cfr. art. 25), a corrispondere una somma superiore a quella necessaria per eliminare i pregiudizi conseguenti al fatto illecito. Gli aspetti esaminati propri della responsabilità civile valgono, con i necessari adattamenti, anche con riferimento alla responsabilità contrattuale» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. ad es. G. GAVAZZI, voce *Sanzione (Teoria Generale)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVIII, Roma, 1992, p. 1 ss., spec. 5 al quesito «quali sono le funzioni che le sanzioni possono svolgere? o, in altri termini: *perché*, a quale scopo, in vista di cosa è disposto (o, meglio, predisposto) ciò che è sentito e considerato come sanzione?», rispondeva con cinque funzioni principali, non esaustive: «sanzioni che mirano a castigare», «prevenire», «riparare», «frustrare» (mutuando la terminologia di Bobbio), «incoraggiare (o a promuovere)».

⁷⁷ A titolo esemplificativo, Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 afferma che «accanto alla preponderante e primaria *funzione compensativa riparatoria* dell'istituto (che *immancabilmente lambisce la deterrenza*) è emersa una *natura polifunzionale* (un autore ha contato *più di una decina di funzioni*), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella *preventiva (o deterrente o dissuasiva)* e quella *sanzionatorio-punitiva*» (enfasi mie, *n.d.r.*).

⁷⁸ Cons. Stato (Ad. Plen.), 23 febbraio 2018, n. 1 che muove da Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, rivisitandone però i contenuti, atteso che l'articolazione delle funzioni non è identica confrontando le motivazioni (cfr. *supra* nota precedente).

Beninteso: vedremo che questa concezione è una delle varianti che si rintracciano nella prassi.

Dinanzi a un quadro così articolato, le pronunce sono raccolte in base alle espresse menzioni circa le funzioni della responsabilità civile presenti nelle motivazioni.

Calcando le orme di quanto illustrato nel precedente paragrafo, parte della giurisprudenza rinviene la funzione *sanzionatoria* della responsabilità civile in corrispondenza delle previsioni anche legislative che appunto ne sarebbero spie, e la esclude dove non vi sono. Negli approcci più restrittivi, lo stile argomentativo richiama profili propri del diritto penale, quali la tassatività, e si delincono somiglianze con le sanzioni penali⁷⁹.

Nelle situazioni in cui vi può essere o vi è una responsabilità duplice, sui versanti penale e civile, la giurisprudenza – oltre a sottolineare l'autonomia dei due accertamenti – sottolinea la diversa funzione, enfatizzando la funzione *riparatoria e compensativa* della responsabilità civile⁸⁰.

⁷⁹ Cass. Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, esclude che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società solo perchè non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili e ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare: ciò sarebbe equivalente «ad attribuire al risarcimento del danno così identificato *una funzione palesemente sanzionatoria*»; osservano i giudici che, nel caso di condotta dolosa, *si rischierebbe in parte di sovrapporsi alle sanzioni penali; per altro verso, pur essendovi delle fattispecie risarcitorie a natura sanzionatoria stabilite ex lege, come l'art. 96 c.p.c., tuttavia non sarebbe possibile «ammetter[le] al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali»* (enfasi mie, *n.d.r.*). Si v. Cass., 6 luglio 2020, n. 13872, in tema di responsabilità civile in ambito sanitario che aderendo alla concezione della polifunzionalità della responsabilità civile la confronta con la responsabilità penale, trattando anche dei diversi standard di prova.

⁸⁰ Cass., 19 giugno 2020, n. 12041, precisa che «il particolare rigore richiesto per l'accertamento della responsabilità penale si spiega con la necessità di superare la pre-sunzione di innocenza, in rapporto con la libertà personale in gioco, *mentre nella responsabilità civile prevalgono le finalità di tutela della vittima dell'illecito, essendo essa dominata dalla funzione riparatoria e compensativa*»; l'azione dell'INAIL nascente dal rapporto assicurativo di regresso nei confronti del datore di lavoro in mancanza di processo penale viene, nel «sistema generale della responsabilità civile», considerata «*in qualche misura assimilabile ad un'azione di risarcimento danni promossa dall'infortunato*» *ciò ai fini del termine di prescrizione* (cfr. Cass. Sez. un., 16 marzo 2015, n. 5160; enfasi mie, *n.d.r.*). Il caso conferma che la disciplina delle azioni risarcitorie e indennitarie non è sempre figlia delle rispettive funzioni, ma subisce ibridazioni e

La funzione riparatoria assume connotati diversi a seconda degli interessi e/o dei diritti coinvolti e in molte circostanze viene caratterizzata anche per differenza rispetto a quella sanzionatoria o ibridata con quella compensativa.

In casi che coinvolgono soggetti privati e pubblici, anche facendo leva su “storiche” disposizioni regolanti indennizzi (della p.a. a favore dei privati), si rinviene «nella *logica riparatoria* della tutela apprestata dall’art. 2043 c.c., lo scopo di assicurare al danneggiato l’*integrale ristoro del pregiudizio* sofferto mediante la *ricostituzione se del caso per equivalente* della situazione di diritto antecedente alla lesione inferta dall’autore dell’illecito. Onde la liquidazione del danno deve seguire la via di una *piena e completa soddisfazione* del danneggiato *nei limiti del pregiudizio comprovato*» (enfasi mie, n.d.r.)⁸¹.

In giurisprudenza si rinvergono *obiter dicta* che reclamano esigenze di maggiore tutela degli interessi / diritti in chiave pubblicistica: così ad esempio, si afferma che «inefficienze [in termini di interruzione] di *servizi essenziali* sarebbero indubbiamente meritevoli di *sanzione*, tramite peculiari *fattispecie di indennizzo automatico*, od introducendo *per i casi più gravi di colpa o negligenza*, fattispecie di *danni punitivi*, sì da sollecitare maggiore attenzione e riguardo per gli *interessi del pubblico*» (enfasi mie, n.d.r.)⁸².

Tralasciando queste sporadiche statuizioni *de iure condendo*, particolare rilevanza riveste la casistica concernente gli illeciti che incidono sul bene vita/salute.

influenze intrecciate. Le diverse costruzioni concettuali hanno conseguenze pratiche decisive.

⁸¹ Cass., 27 luglio 2017, n. 18651 che si occupa del noto e diffuso caso della occupazione usurpativa parziale, in cui ha costituito per lungo tempo parametro l’art. 40 l. 25 giugno 1865, n. 2359, abrogata nel 2001. Si vedano i precedenti ivi citati da cui emerge una “logica riparatoria”. L’illecito del Comune era consistito nell’aver adibito una parte di un fondo privato, prima, a discarica e poi alla realizzazione del depuratore comunale, e la Corte ricorda che «il risarcimento del danno dev’essere commisurato all’integrale valore di mercato del suolo, sulla base delle obiettive ed intrinseche caratteristiche ed attitudini dell’area, in relazione alle utilizzazioni autorizzate dagli strumenti di pianificazione del territorio» e «il criterio del valore complementare, fermo in ogni caso che il ristoro deve essere pieno ed integrale, non è a priori inutilizzabile, anzi costituendo, laddove segnatamente sottolinea la necessaria contiguità che sotto l’aspetto funzionale ed economico deve connotare il pregiudizio “da rimbalzo”, uno strumento più che utile per orientare la discrezionalità del decidente» (enfasi mie, n.d.r.).

⁸² Cass., 28 gennaio 2014, n. 1766 in un caso d’interruzione della somministrazione di energia elettrica di un’azienda agricola non imputabile all’ente erogatore per cui nel caso concreto non è stato riconosciuta alcuna lesione né patrimoniale né non patrimoniale.

Secondo la giurisprudenza consolidata, «nel caso di lesione di valori della persona il danno» non è «*in re ipsa*, e ciò perchè “la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell’effettivo accertamento di un danno, ma quale *pena privata* per un comportamento lesivo”» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁸³.

Nondimeno: «[d]al *nucleo irriducibile* [del diritto diritto alla salute quale diritto fondamentale ed inviolabile della persona umana] *discende il principio dell’integrale riparazione del pregiudizio quale aspetto essenziale della tutela risarcitoria dei valori non patrimoniali dell’individuo*» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁸⁴.

⁸³ Così, Cass., 19 giugno 2020, n. 12041, nonché Cass., del 16 febbraio 2012, n. 2228, Cass., 28 giugno 2011, n. 14261 che richiamano le c.d. sentenze gemelle di San Martino del 2008. Lo stesso principio è seguito rispetto ad altri diritti fondamentali, non della persona, ad es. lesioni del diritto di proprietà: Cass., del 27 marzo 2013, n. 7752. Si segnala comunque qualche *distinguo* sul punto, considerato che per Cass., 16 dicembre 2010, n. 25475: «[d]iscorrere di danno *in re ipsa*... non significa riconoscere che il risarcimento venga accordato *per il solo fatto del comportamento lesivo* o si risolva in una *pena privata* nei confronti di chi violi l’altrui *diritto di proprietà*, in contrasto, tra l’altro, con la tavola dei valori espressa dalla Carta costituzionale, che riconosce e garantisce la proprietà privata, ma *non* la inquadra *tra i diritti fondamentali della persona umana, per i quali soltanto è predicabile una connotazione di inviolabilità, di incondizionatezza e di primarietà*» (enfasi mie, *n.d.r.*).

⁸⁴ Come noto, Cass. Sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350 ha escluso la risarcibilità *iure hereditatis* del danno da perdita della vita, ma la giurisprudenza di legittimità ritiene configurabile e trasmissibile il danno subito dalla vittima nell’ipotesi in cui la morte sopravvenga dopo un apprezzabile lasso di tempo dall’evento lesivo, identificando due componenti di danno: quello biologico “terminale”, da invalidità temporanea assoluta (Cass., 23 ottobre 2018, n. 26727; Cass., 19 ottobre 2016, n. 21060; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23183) e quello morale “catastrofale” consistente nella sofferenza patita dalla vittima che lucidamente e coscientemente assiste allo spegnersi della propria vita (Cass., 26 giugno 2015, n. 13198; Cass., 13 giugno 2014, n. 13537; Cass., 21 marzo 2013, n. 7126; Cass., 22 febbraio 2012, n. 2564). La distinzione è considerata coerente con l’orientamento giurisprudenziale secondo cui il danno non patrimoniale è categoria unitaria che assume due concrete manifestazioni: (i) la modifica peggiorativa della vita quotidiana e delle attività dinamico-relazionali della persona e (ii) la sofferenza interiore (c.d. danno morale). Così ragionando, non si ravvisa una duplicazione risarcitoria nella «congiunta attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, quale pregiudizio dinamico-relazionale incidente sul fare a-reddituale dell’individuo (sia quali ripercussioni comuni a tutte le persone che dovessero patire quel medesimo tipo di invalidità, sia come compromissioni peculiari del caso concreto, da risarcire in sede di personalizzazione)» e «di una ulteriore somma a titolo di ristoro delle conseguenze che non hanno fondamento medicolegale... rappresentate dalla sofferenza interiore»: cfr. ad es. Cass., 12 settembre 2011, n. 18641; Cass., 9 giugno 2015, n. 11851; Cass., 17 gennaio 2018, n. 901; Cass., 27 marzo 2018, n. 7513;

Manifesta è la centralità assiologica (che assume quasi coloritura “ontologica”) attribuita ai diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti, che fa sì che si rinvenga in ogni loro lesione uno speciale disvalore, e così una speciale caratterizzazione delle forme di tutela⁸⁵.

Ciononostante, al di là di declamazioni come questa e numerose altre, il quadro giurisprudenziale è assai variegato se si scende nei particolari delle fattispecie e motivazioni.

Ad esempio, a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale (biologico/morale) patito nel lasso di tempo intercorrente tra lesione e decesso convivono più visioni: anche a seconda che la persona sia o non sia in grado di *percepire* la sua situazione e in particolare la imminenza della morte. In alcune pronunce la Corte di Cassazione ritiene di discostarsi dal principio esimente per cui non vi sarebbe obbligo risarcitorio in caso di “spazio brevissimo di vita” o “lasso temporale non apprezzabile” – principio che viene enunciato assumendo una «*mancaza di utilità del bene lesa*» e, di conseguenza, la natura *punitiva* o *meramente afflittiva* che un sifatto obbligo avrebbe per il danneggiante, come tale giudicato non ammissibile – e fonda viceversa il diritto al risarcimento quale conseguenza della violazione del diritto alla dignità della persona umana (art. 2 Cost.). Si argomenta che «la sofferenza umana [non può] essere un *elemento giuridicamente irrilevante*, vale a dire che *l'assenza di sofferenza umana [non è] un elemento privo di utilità*» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁸⁶. Si noti come in ambo i casi, si ammetta o escluda il risarcimento, ragionando in termini di “utilità” e relativo godimento o privazione.

Al cospetto di lesioni del bene “vita”/“salute”, l’attuale regola aurea sembra essere il principio della «*integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno*» che fa sì che si debba valutare «ogni... *circostanza ritenuta rilevante in relazione al particolare caso*

Cass., 28 settembre 2018, n. 23469; Cass., 20 agosto 2018, n. 20795). Cass., 19 febbraio 2019, n. 4878 sottolinea che, laddove il pregiudizio determinato dal dolore dell’animo, dalla vergogna, dalla disistima di sé, dalla paura, dalla disperazione, sia dedotto e provato, esso deve formare oggetto di separata valutazione e liquidazione. Secondo Cass., 28 giugno 2019, n. 17577 la liquidazione del danno “terminale” può essere commisurata alle tabelle che stimano l’inabilità temporanea assoluta con opportuni “fattori di personalizzazione”, che tengano conto di entità e intensità delle conseguenze derivanti dalla lesione della salute in vista del prevedibile *exitus*; cfr. anche Cass., 8 luglio 2014, n. 15491.

⁸⁵ Cass., Sez. lav., 15 novembre 2011, n. 23837.

⁸⁶ Così, Cass., 23 ottobre 2018, n. 26727.

sottoposto ad esame» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁸⁷. Il principio non consente, secondo la Corte di Cassazione, liquidazioni punitive, valorizzando elementi quali la «odiosità della condotta del responsabile del sinistro», a meno che non sia la legge stessa a dare rilevanza a detta circostanza.

Un'altra variante funzionale si ricava, ad esempio, dalla evoluzione della disciplina risarcitoria in materia di diritti di proprietà intellettuale o industriale, in cui l'art. 125 d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30 e s.m. e i. è punto di emersione di una più ampia concezione dell'illecito. Secondo la giurisprudenza⁸⁸, «il risarcimento nel campo della proprietà industriale mira al *ripristino di corrette condizioni di svolgimento della concorrenza* in un mercato caratterizzato dall'esistenza di private; in questa logica il danno risarcibile si avvicina al *danno concorrenziale*, provocato dall'alterazione dei fattori di mercato conseguente all'illecito... in una *prospettiva riparatoria, volta a controbilanciare tutti gli effetti negativi che la contraffazione ha avuto per un corretto svolgimento dell'attività di mercato*» (enfasi mie, *n.d.r.*). Ancora,

⁸⁷ Cass., 28 febbraio 2019, n. 5829, in un caso di risarcimento dei danni (patrimoniali e non) richiesto dai congiunti a seguito di un sinistro stradale subito dalla moglie-madre la quale soffriva lesioni personali gravissime, tali da renderla in stato di invalidità permanente e assoluta; secondo la Corte, «nel sistema italiano della responsabilità civile, così come positivamente regolato dalla legge, la valutazione dell'incidenza della condotta del danneggiante sull'entità del danno da liquidare (e, dunque, l'apprezzamento della sostanziale funzione sanzionatoria dell'istituto della responsabilità risarcitoria, secondo i termini della liquidazione dei c.d. danni punitivi), pur se astrattamente non incompatibile con i principi dell'ordinamento, deve ritenersi in ogni caso vincolata al ricorso di specifici presupposti di tipicità legislativa... in assenza di alcuna previsione positiva idonea a giustificare una diversa lettura del sistema generale del risarcimento del danno da circolazione stradale» sarebbe corretto trascurare «la condotta del danneggiante ai fini della liquidazione del danno». Affermazione, questa discutibile, non meno di quelle cassate dalla stessa corte relative alla erronea/difettosa liquidazione del danno (patrimoniale e non).

⁸⁸ Tra le pronunce più recenti si ricorda la sentenza-trattato Cass., 29 luglio 2021, n. 21832 la cui rilevanza per la materia che ci occupa va ben oltre i due principi di diritto statuiti e consiste in molti passaggi motivazionali anche ulteriori rispetto a quelli richiamati nel testo e che qui non è possibile ripercorrere. La pronuncia si pone sul solco di altri recenti arresti: Cass., 2 marzo 2021, n. 5666 secondo la quale «*ci si trova indubbiamente di fronte non ad una mera e tradizionale funzione esclusivamente riparatoria o compensativa del risarcimento del danno, nei limiti del pregiudizio subito dal soggetto danneggiato, ma ad una funzione, se non propriamente sanzionatoria, diretta, quantomeno, ad impedire che il contraffattore possa arricchirsi mediante l'illecito consistito nell'indebito sfruttamento del diritto di proprietà intellettuale altrui*» (enfasi mie, *n.d.r.*), nonché Cass., 14 marzo 2020, n. 8944.

secondo la Corte di Cassazione⁸⁹, «[l]a valutazione equitativa risulta tanto più necessaria nell'ambito della lesione di diritto di proprietà industriale, concepito come diritto di vietare a terzi determinate attività senza autorizzazione del titolare, essendo difficile quantificare gli effetti pregiudizievoli della condotta di contraffazione, dovendosi, di frequente, *ipotizzare quale sarebbe stato lo sviluppo del mercato in assenza della violazione, secondo un giudizio controfattuale (ex multis Cass., n. 5666/2021)*» (enfasi mie, *n.d.r.*). S'aggiunge la chiosa che «*il ricorso alla liquidazione forfettaria e rigida del danno allontana il risarcimento dalla tradizionale funzione meramente compensativa ad esso assegnata nel nostro ordinamento, preordinata a ristorare il titolare del diritto da una perdita che non avrebbe subito se la violazione non fosse stata perpetrata, o, quantomeno, da tale sola funzione, avvicinandola sensibilmente a una logica preventiva e dissuasiva dall'illecito, sia pur sempre sotto l'egida del collegamento necessario con la violazione di un diritto assoluto potenzialmente capace di una espansione economica*» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁹⁰.

Nei casi in cui la responsabilità civile è *ab origine* impostata in funzione preventivo-precauzionale (di allocazione dei rischi) come ad esempio nella ipotesi dell'art. 2051 c.c., la giurisprudenza talvolta adotta vice versa correttivi. Così, premesso che «il caso fortuito, rappresentato dalla condotta del danneggiato, è connotato dall'esclusiva efficienza causale nella produzione dell'evento; a tal fine, la condotta del danneggiato che entri in interazione con la cosa si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione anche ufficiosa dell'art. 1227 c.c., comma 1; e *deve essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.* Pertanto, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di

⁸⁹ Si v. Cass., 27 settembre 2022, n. 28154 in un caso di gara per licitazione privata indetta da un Ministero con un bando privo di clausola di "equipollenza" per consentire ai partecipanti di offrire soluzioni alternative a quella oggetto di gara; questa sarebbe stata "falsata" dalla violazione dei diritti di privativa industriale di una impresa partecipante titolare di un brevetto che risulta quarta in graduatoria; la gara viene annullata in autotutela e le due imprese concorrenti risultate prima e seconda vengono condannate a risarcire il danno, a nulla valendo la difesa che la responsabilità fosse della p.a.

⁹⁰ Cass., 29 luglio 2021, n. 21832 che qualifica «l'istituto della retroversione degli utili» non «un'ipotesi di danni punitivi (*punitive o exemplary damages*), ma piuttosto una misura rimediale speciale, *sui generis*, di natura mista, compensatoria e dissuasiva, fondata su di un particolare arricchimento ingiustificato».

essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando lo stesso comportamento, benchè astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁹¹.

Come mostra questo caso, ma anche i precedenti e molti altri, le funzioni della responsabilità civile hanno contenuti variabili non solo a seconda dei diritti rilevanti, ma anche a seconda dei principi con cui se ne dosa il perseguimento. L'argomentazione orientata ai principi, come quelli di solidarietà, proporzionalità ed effettività, può condurre a restringere o espandere le varie funzioni.

La giurisprudenza pone poi l'accento sulla funzione "compensativa" ad esempio con riguardo alla tutela risarcitoria ricollegata ai diritti reali, evidenziando il parametro di equivalenza tra risarcimento specifico e per equivalente (cfr. art. 2058 c.c.) e la dimensione "superindividuale" della tutela; si parla di tutela «compensativa, perchè tesa a fa[r] ottenere l'*aestimatio* del bene in modo da ristabilire l'equilibrio patrimoniale compromesso»⁹².

Le funzioni del danno e, in particolare, quella "compensativa" sono influenzate anche da un altro principio generale tradizionale tanto da essere ancora espresso in latino *compensatio lucri cum damno*. Sen-

⁹¹ Cass., Sez. un., 30 giugno 2022, n. 20943. Fa eco la concezione di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 145, 193, 199, 206-207 che, come noto, propose una nuova sistemazione o sistematica della responsabilità civile muovendo dalla clausola generale di responsabilità ancorata al concetto di situazione giuridica rilevante avente quale limite la solidarietà e concepita in funzione della solidarietà.

⁹² Cass., 14 novembre 2019, n. 29506 sottolinea, anche, la crescente tendenza, in dottrina e giurisprudenza, a dubitare che la tutela risarcitoria del diritto di proprietà abbia sempre natura personale, ove non sia in questione la sua titolarità, e sancisce il principio di diritto secondo cui: «posto che è immanente nel sistema il principio che legittima il singolo contitolare ad agire in giudizio per la tutela del diritto nella sua interezza, l'azione risarcitoria esperita dal comproprietario di un bene *pro indiviso* per il minor godimento del bene derivante dalla violazione della normativa edilizia da parte del proprietario confinante, *doendosi presumere che egli abbia agito nell'interesse degli altri comunisti rimasti inerti*, dà diritto ad ottenere la *liquidazione del danno nella misura necessaria a compensare tutte le disutilità derivanti dalla compromissione delle facoltà dominicali concretizzatesi nel deprezzamento del bene comune*» (enfasi mie, *n.d.r.*).

za qui poter allargare lo sguardo a questo principio, interessano ai fini della presente analisi in particolare alcune sue riletture in chiave *lato sensu* economicistica. Si parla infatti di “principio d’indifferenza” richiamando talora anche la nozione gius-economica di “curva d’indifferenza”. Emblematica sul punto è la saga giurisprudenziale in materia di liquidazione del danno patrimoniale patito dal coniuge di persona deceduta e se debba considerarsi il credito risarcitorio derivante dal valore capitalizzato della pensione di reversibilità, materia che ha visto una pluralità di arresti delle Sezioni unite nel corso di pochi anni⁹³. Più in generale, il problema rileva ogniqualvolta a un fatto illecito si ricollegli, per un verso, un risarcimento e, per altro verso, un indennizzo o comunque un altro “beneficio” o forma di reintegrazione del patrimonio (abbia esso titolo *ex lege* o altra sia la fonte dell’obbligazione, sovente anche contrattuale: ad es. per surroga, rivalsa, etc.). In primo luogo, determinante pare essere *chi* è tenuto a prestare l’indennizzo. In caso d’identità soggettiva con il soggetto tenuto al risarcimento opera la compensazione perché quel che conta per la giurisprudenza è «assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio completa e senza duplicazioni»⁹⁴. D’altro canto, però, si ragiona anche su base non soggettiva, bensì oggettiva cioè indagando il *titolo* o la *causa* del “beneficio collaterale” ulteriore al risarcimento. Si distingue così, da un lato, tra illecito come titolo o causa e come invece “*mera occasione*”⁹⁵ per la imputazione di ulteriori effetti giuridici. Come mostra la stessa giurisprudenza, così procedendo si

⁹³ Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564 e Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565 e ivi la ricostruzione dei contrasti giurisprudenziali precedenti. La Corte ricorda la concezione a favore della detraibilità basata sul «principio di indifferenza: il risarcimento non deve impoverire il danneggiato, ma neppure arricchirlo, sicché non può creare in favore di quest’ultimo una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall’illecito»; il danneggiato «deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l’illecito: come l’ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento». Si v. Cass., 23 dicembre 2022, n. 37747.

⁹⁴ Si veda ad es. Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584 in caso di risarcimento e indennizzo in capo allo stesso Ministero per lesioni da emotrasfusione; v. anche Cass., 14 marzo 2013, n. 6573 e Cass., 22 marzo 2022, n. 9223. Si v. anche giurisprudenza alla nota 98.

⁹⁵ A titolo esemplificativo si v. ancora Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564 e n. 12565.

scivola però facilmente dai titoli formali alla causa concreta e/o alla causalità (prossima, remota, etc.) ovvero si apre il problema di distinguere tra i vantaggi diretti, indiretti, mediati, e così via. Per uscire da questo vero e proprio ginepraio si propone di selezionare i casi in cui ammettere o negare la compensazione «per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è stata definita la “giustizia” del beneficio e, in questo ambito, considerando la *funzione specifica svolta dal vantaggio*» (enfasi mie, *n.d.r.*)⁹⁶. Un simile approdo motivazionale equivale in buona sostanza a un apprezzamento equitativo, nel senso di giustizia del caso concreto.

Il nesso stretto tra risarcimento/indennizzo e funzione compensativa è ben esemplificato anche da quell'ampia giurisprudenza che concepisce la «*compensatio lucri cum damno*» come «regola generale» – valevole tra l'altro nei rapporti tra privati e anche tra privati e soggetti pubblici – operante oquiquialvolta «un unico soggetto, sulla base di titoli differenti, è tenuto sia al risarcimento del danno che alla corresponsione, in favore dello stesso danneggiato, di una provvidenza indennitaria, la quale, ove effettivamente erogata [o, secondo altre versioni, almeno determinata/bile pur se percipienda], va “diffalcata”

⁹⁶ Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564 presenta la propria tesi come «un approccio ermeneutico... che da tempo la scienza giuridica offre alla comunità interpretante, rilevando che la determinazione del vantaggio computabile richiede che il vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito». Si v. anche Cass., 19 maggio 2020, n. 9194: «“in tema di *compensatio lucri cum damno*, la detrazione dell'attribuzione patrimoniale occasionata dall'illecito (o dall'inadempimento) dall'ammontare del risarcimento del danno ad esso conseguente presuppone, sul piano funzionale, che il beneficio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito e, sul piano strutturale, che ad esso si accompagni un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per il responsabile. Deve pertanto detrarsi dall'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima di un incidente stradale, riconosciuto come infortunio in itinere, il valore capitale della rendita vitalizia erogata dall'Inail, atteso, per un verso; che tale prestazione, a contenuto indennitario, è volta a soddisfare, neutralizzandola in parte (con riguardo all'inabilità lavorativa permanente e, dopo la riforma operata con D.Lgs. n. 38 del 2000, anche al danno biologico), la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria civilistica; e considerato, per altro verso, che il sistema normativo in cui essa è inserita prevede (art. 1916 c.c. e art. 142 cod. ass.) un meccanismo di riequilibrio idoneo a garantire che il terzo responsabile dell'infortunio sulle vie del lavoro, estraneo al rapporto assicurativo, sia collateralmente obbligato a restituire all'Inail l'importo corrispondente al valore della rendita per inabilità permanente costituita in favore del lavoratore assicurato” (Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12566)».

dall'ammontare del risarcimento in quanto avente una "cospirante finalità compensativa" (Cass., Sez. U., 22/05/2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567)»⁹⁷.

Importa sottolineare che, secondo la giurisprudenza consolidata, la *compensatio lucri cum damno* è una *eccezione in senso lato*, cioè «una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice»⁹⁸.

Questa circostanza porta alla luce la natura pubblicistica di questo principio-funzione che funge da limitazione contro sovra-risarcimenti/indennizzi, ingiustificati arricchimenti, ovvero pagamenti indebiti.

Venendo alla funzione di *deterrenza* essa fa sovente coppia con quella *sanzionatoria*. Di regola, non si precisa quale relazione vi sia tra le due che sembrano piuttosto trattate come se fossero una endiadi. Il dato è in sé significativo e conferma la indeterminatezza delle nozioni in parola negli usi civilistici. Pur evocando latamente il contesto penalistico, questi ultimi si discostano in maniera significativa da quelli penalistici. Non appare cioè generalizzato un prestito dalla teoria generale della pena che, come noto, ha elaborato raffinate distinzioni in punto di retribuzione, prevenzione (speciale/generale), deterrenza, esemplarità della sanzione, etc.⁹⁹.

La funzione sanzionatorio-deterrente fa discutere specialmente quando appare prevalente, se non decisiva, in assenza di disposizioni che riflettono, per comune opinione, una scelta legislativa appunto di deterrenza/sanzionatoria.

Casi in cui questa scelta è compiuta *ex lege* sono le disposizioni in materia di responsabilità aggravata per lite temeraria o abuso del di-

⁹⁷ Cass., 27 luglio 2022, n. 23413 in un caso di risarcimento del danno per omessa, incompleta o tardiva trasposizione dell'art. 12, par. 2, dir. 2004/80/CE e indennizzo ai sensi dell'art. 11, comma 3, l. 7 luglio 2016, n. 122, e s. m. e i. «Diritto all'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti» in attuazione della citata direttiva e conseguente procedura d'infrazione 2011/4147 nei confronti dell'Italia.

⁹⁸ Cass., 17 febbraio 2023, n. 5119 e Cass., 25 gennaio 2022, n. 2186 in caso di danno per lesione da emotrasfusione dove opera l'indennizzo ex l. 25 febbraio 1992, n. 210 e ivi per altri precedenti giurisprudenziali. Si v. anche giurisprudenza alla nota 94.

⁹⁹ Non è qui luogo prospettare ipotesi sui motivi per cui non vi sia questo prestito. Limitandosi a una intuizione: se è vero che la teoria generale della pena è assai sviluppata e raffinata, è anche vero che essa costituisce un terreno scivoloso essendo – non meno di altri: dalla teoria generale del contratto a quella della prova – un ambito amplissimo e controverso. In breve: uscire dal recinto civilistico più che aiutare, potrebbe addirittura complicare un quadro già molto complesso. È di conseguenza comprensibile se la civilistica procede a sé.

ritto/processo (cfr. art. 96 c.p.c.¹⁰⁰, nonché tutte le altre già richiamate nel precedente paragrafo).

Viceversa casi controversi inespressi sono anzitutto la risarcibilità dei danni *in re ipsa* e/o punitivi¹⁰¹. Tra i casi espressi (a titolo paradigmatico quelli di cui agli artt. 96 e 614-*bis* c.p.c.¹⁰²) e i danni *in re ipsa* o punitivi, la giurisprudenza vede una comune esigenza di deterrenza-sanzionatoria, come testimoniano le motivazioni che nel decidere casi di responsabilità aggravata da lite temeraria evocano misure di coercizione indiretta (c.d. *astreintes*, ex art. 614-*bis* c.p.c. et al.) e/o i danni punitivi e viceversa¹⁰³. Tuttavia, al di là di un comune generico sostrato, si rinviene anche una differenza specifica rilevante, ancorché non sia sempre condiviso in cosa essa consiste¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Si segnala Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139 secondo la quale il principio di legalità ex art. 25, comma 2, Cost. riguarda le sanzioni penali e amministrative «di natura sostanzialmente punitiva», non le «prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge» ex art. 23 Cost. «L'obbligazione di corrispondere la somma prevista [dall'art. 96, comma 3, c.p.c.], pur perseguendo una finalità punitiva, costituendo un "peculiare strumento sanzionatorio" con una "concorrente finalità indennitaria"... non identifica una sanzione in senso stretto, espressione di un potere sanzionatorio». Si v. anche Cass., 30 settembre 2021, n. 26545.

¹⁰¹ La impostazione tradizionale della giurisprudenza è riassumibile in via minimale nella statuizione secondo cui «almeno in via generale ed ove non figurino indicazioni normative di segno diverso... la responsabilità civile, sia essa extracontrattuale o derivante da contratto, non può mai prescindere dall'esistenza (e dalla prova) del danno», così ad es. Cass., 29 dicembre 2011, n. 29864 che, in questo contesto, fa cenno anche ai danni punitivi. In altri termini: non è ammesso il risarcimento «per il solo fatto del comportamento lesivo (così risolvendosi in una *pena privata*)» (Cass., 23 settembre 2011, n. 19489). Stesso principio vale ad esempio per il risarcimento da perdita di *chances* che «costituisce un arricchimento ingiustificato» e «si traduce in una pena privata» in mancanza di prova: Cass., 14 giugno 2012, n. 9708.

¹⁰² È opinione generalmente condivisa in giurisprudenza che non si possa ipotizzare una funzione di *astreinte* né derivarla da «un generale principio di effettività della tutela», perché «in quanto *istituto di carattere eccezionale*» «richiede una previsione espressa in ragione del *carattere derogatorio dell'aggravamento della responsabilità per inadempimento*» (enfasi mie, *n.d.r.*): così, Cass., Sez. un., 27 agosto 2014, n. 18353 e Cass., Sez. un., 27 maggio 2014, n. 18354.

¹⁰³ Cfr. ad es. Cass., 3 settembre 2019, n. 21974 secondo cui l'art. 96 comma 3 c.p.c. «configura una "sanzione di ordine pubblico", dettata con finalità di deflazione del contenzioso, nell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso del processo e di quelle condotte processuali che determinano una violazione delle regole del giusto processo e della sua ragionevole durata, divenute fondamentali per il buon andamento della giustizia civile»; Cass., 25 giugno 2019, n. 16898.

¹⁰⁴ Si v. ad es. Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in un caso di riconoscimento di un'*astreinte* comminata nel provvedimento da un giudice belga ritenuta non contrastan-

Le ipotesi di c.d. danno *in re ipsa*, cioè in cui si ammette un automatismo tra responsabilità e liquidazione del danno¹⁰⁵, tradizionalmente, in giurisprudenza sono associate a «una funzione di *sanzione civile punitiva* estranea al sistema risarcitorio previsto dal codice civile» (enfasi mie, *n.d.r.*)¹⁰⁶, tanto è vero che le ipotesi di c.d. danno *in re ipsa* sono considerate tipicamente eccezionali.

In giurisprudenza si danno casi “interni” in cui si liquidano danni qualificandoli come “punitivi”¹⁰⁷, ma almeno stando alla giurispru-

te con l'ordine pubblico italiano, confronta *astreintes* e danni punitivi: tratti comuni sono essere «strumenti sanzionatori» e «forme di coazione indiretta all'adempimento», ma con una «struttura e funzione non coincidenti... entrambi mirano (a coartare) all'adempimento: l'*astreinte* di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo... all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati. Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria, e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta. Il parallelismo si estende in senso inverso, perchè l'*astreinte*, se mira a convincere all'adempimento, *ex post* funziona anche come sanzione per il suo contrario»; la differenza fondamentale generale risiederebbe nel fatto che «l'*astreinte* non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato».

¹⁰⁵ Utilizzando una costruzione dogmatica molto in voga, la risarcibilità del danno *in re ipsa* equivarrebbe alla risarcibilità del mero “danno-evento”, a prescindere da qualsiasi “danno-conseguenza”, il che comporterebbe uno “snaturamento” della «funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo»: cfr. Cass., 19 agosto 2011, n. 17427 e Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, Cass., 6 aprile 2011, n. 7844, oltre alla giurisprudenza *supra* a nota 83.

¹⁰⁶ Cfr. pur in casi di responsabilità da inadempimento di rapporto di lavoro, ma come detto, i ragionamenti in termini di funzioni sono trasversali, Cass., 8 ottobre 2007, n. 21025; Cass., Sez. lav., 19 agosto 2013, n. 19181, «il risarcimento del danno derivante dal demansionamento e dalla dequalificazione del lavoratore postula l'allegazione dell'esistenza del pregiudizio e delle sue caratteristiche, nonchè la prova del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, poichè riconoscere il risarcimento del danno al cospetto della prova del solo inadempimento (c.d. liquidazione equitativa *in re ipsa*) significherebbe assegnare a essa una funzione di sanzione civile punitiva estranea al sistema risarcitorio previsto dal codice civile».

¹⁰⁷ Le pronunce della Corte di Cassazione dell'ultimo decennio che espressamente parlano di danni punitivi o *punitive damages* sono oltre un centinaio, non solo in materia di responsabilità civile. Il dibattito, come noto a tutti, si è particolarmente

denza di legittimità questa apertura non è conforme a diritto, tanto che la Corte di Cassazione interviene ai sensi dell'art. 384, comma 4, c.p.c. per correggere la motivazione¹⁰⁸. Secondo la giurisprudenza, la efficacia dissuasiva (*i.e.* deterrente) non è in discussione, ma non serve invocare danni punitivi per perseguirla. Anzi, si ottiene in base al principio di effettività, per cui la misura del risarcimento del danno

ravvivato dopo il *revirement* sancito da Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 con il seguente principio di diritto: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile *non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poichè sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

¹⁰⁸ Cass. Sez. un., 21 luglio 2021, n. 20819. Il caso riguarda un sindacato che agisce *iure proprio* a tutela di interessi omogenei individuali di rilevanza generale ai sensi del d.lg. n. 150 del 2011, art. 28, co. 5, per il risarcimento del danno non patrimoniale subito in ragione della politica dissuasiva di una compagnia aerea che aveva avuto ampia risonanza mediatica ed era stata lunga e reiterata, con un contenuto fortemente scoraggiante l'impegno sindacale. Nel confermare il diritto al risarcimento, la Corte di Cassazione esclude si tratti di danni punitivi e afferma invece che «il pregiudizio risarcibile nei confronti di un ente collettivo si identifica con la lesione dell'interesse, diffuso o collettivo, del quale esso è portatore e garante e coincide, sul piano obiettivo, con la violazione delle norme poste a tutela dell'interesse medesimo, senza che si possa distinguere, a tali fini, tra l'evento lesivo e la conseguenza negativa, in quanto dall'attività di tutela degli interessi coincidenti con quelli lesi o posti in pericolo deriva, in capo all'ente esponenziale, una posizione di diritto soggettivo che lo legittima all'azione risarcitoria (Cass., sentenza n. 22885 del 2015)». Questa concezione del danno è assai prossima a quella del c.d. danno *in re ipsa*, ancorché la Corte non lo dica esplicitamente. Tutta la motivazione viene costruita sulla base del principio di effettività (cfr. art. 19, par. 1, comma 2, TUE; art. 47 Carta dei Diritti UE; art. 17, Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro); Corte just., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* contro *Firma Feryn NV*). Secondo la Corte, il principio di effettività «ha anche la funzione di anticipare la soglia della tutela apprestata fino al punto in cui non vi siano vittime della discriminazione reali ma solo potenziali. Di talchè, il risarcimento del danno non patrimoniale che viene qui in rilievo si caratterizza per una connotazione dissuasiva, che esula dai c.d. danni punitivi, soprattutto laddove si consideri che la discriminazione collettiva rileva anche in assenza di un soggetto immediatamente identificabile».

deve essere non solo proporzionata, ma sufficientemente effettiva e dissuasiva.

Accostandosi alla materia in chiave di regola-principio generale *vs* eccezione, si registrano anche approcci tendenzialmente restrittivi: così si afferma che «deve escludersi – salvo diversa, specifica, previsione legislativa, così come imposto dagli artt. 23 e 25 Cost. per i c.d. “*punitive damages*” (Cass. Sez. un., sent. 5 luglio 2017, n. 16601, Rv. 644914-01) – che il danno risarcibile possa avere funzione “ultracompensativa”, in quanto “lo stesso ordinamento non consente l’arricchimento ove non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro (*nemo locupletari potest cum aliena iactura*)”..., tale essendo, del resto, la logica sottesa alla stessa configurazione della c.d. “*compensatio lucri cum damno*” quale mera difesa, come tale, rilevabile d’ufficio dal giudice»¹⁰⁹.

Rispetto ai casi “esterni” si danno situazioni di riconoscimento di danni punitivi, in applicazione dei parametri indicati dalla Corte di Cassazione nel 2017¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cass., 7 novembre 2022, n. 32719.

¹¹⁰ Cass., 7 marzo 2023, n. 6723. Il caso riguarda un riconoscimento di pronuncia straniera (danese) con la quale una società italiana era stata condannata al pagamento, in favore di associazioni sindacali, di una somma pecuniaria a seguito della omissione di versamenti di contributi previdenziali e oneri sociali in relazione ai lavoratori impiegati nel cantiere danese. Il giudice danese aveva espressamente chiarito che la somma era stata calcolata in base al principio della differenza cioè il risparmio ottenuto dall’impresa, maggiorata di un “*bod*”. Secondo il tribunale italiano la sanzione danese non era riconoscibile venendo equiparata a una sanzione penale. Le associazioni sindacali danesi evidenziano invece che il *bod* non è riconducibile alla materia penale: è un risarcimento del danno privatistico parametrato al minor costo affrontato dall’impresa inadempiente oltre a una maggiorazione del 7%, per compensare il danno anche conseguente al c.d. *dumping* sociale, ossia l’insieme di attività tese a eludere la legge e integranti una forma di concorrenza sleale riducendo in modo illegale i costi legati alla manodopera a danno dei diritti dei lavoratori e dei concorrenti. Il *bod* viene assimilato a un danno punitivo: «risponde ai criteri enucleati dalle Sezioni Unite nel 2017, della tipicità, essendo prevista da una fonte normativa riconoscibile (l’art. 12 del T.U. Lavoro danese, che detta i criteri generali, sia pure rimettendo l’applicazione al giudice del merito sulla base delle circostanze del caso concreto), quale interpretata, in relazione ai criteri di quantificazione, dalla giurisprudenza del Tribunale del Lavoro danese (e la Corte danese ha anche stabilito linee guida fisse per la commisurazione dei “*bod*”, che ne rendono prevedibile il calcolo), della prevedibilità (come indicato dalla Corte d’appello, sia in relazione alla normativa estera applicata che alla prassi adottata dal Tribunale danese in decisioni analoghe) e della proporzionalità (in rapporto alla maggiorazione applicata avente valenza prettamente punitiva, rispetto alla restante parte

Infine, merita un cenno la circostanza che si riconosca una funzione «sociale», «superindividuale», di perseguimento d'interessi pubblici generali, alla disciplina di legge/contrattuale ricondotta ad alcune categorie di responsabilità civile. Un esempio, tra i più noti, è il sistema assicurativo della responsabilità civile (nel caso sia di «assicurazioni sociali», sia di polizze private), nel quale la Corte di Cassazione rinviene un obiettivo di «una *corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito*» e la «funzione di *garantire la reintegrazione* del pregiudizio subito dai danneggiati» (enfasi mie, *n.d.r.*)¹¹¹.

L'esempio è rilevante pur coinvolgendo responsabilità civile e assicurazione, atteso che, come noto, larga parte dei dibattiti sulle funzioni della responsabilità civile non verte sull'istituto isolatamente, ma in collegamento con altre discipline (privatistiche e pubblicistiche).

Storica conferma è la responsabilità oggettiva o per rischio d'impresa, in cui tipicamente si rinviene una funzione anche in senso lato pubblicistica d'internalizzazione di esternalità negative e allocazione dei costi sociali in capo ai soggetti che sono più prossimi alla fonte di rischio e/o più in condizione di approntare misure di cautela o precauzionali e/o ne traggono i profitti e/o sono più in condizione di assicurarsi, etc.¹¹².

liquidata a titolo compensativo, in relazione all'accertato risparmio economico illegittimamente conseguito dall'impresa italiana)».

¹¹¹ Cfr. Cass., 4 novembre 2020, n. 24468, Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, che richiamano il precedente Cass. Sez. un. 22437 del 2018. Secondo i giudici, la assunzione da parte delle assicurazioni degli oneri economici gravanti sull'assicurato, in dipendenza della responsabilità civile, dà luogo a un generale affidamento dei terzi danneggiati sulla possibilità di ottenere il ristoro degli interessi lesi. La funzione sociale comunque non può invadere l'ambito di autonomia negoziale dei privati per cui, nella valutazione di validità delle clausole *claims made*, tale funzione sociale non può costituire il «criterio privilegiato ai fini della verifica di corrispondenza della clausola alla efficienza del programma negoziale od alla conservazione dell'equilibrio delle rispettive posizioni assunte dai contraenti».

¹¹² Le giustificazioni in ottica economica sono tipiche della dottrina (ci si limita a due classici che dettero abbrivio al dibattito in Italia: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità oggettiva*, Milano 1965), mentre più rare in giurisprudenza, la quale usa spiegare la responsabilità oggettiva per rischio d'impresa *ex art. 2049 c.c.* in chiave di responsabilità organizzativa nell'esecuzione di prestazioni complesse, richiamando la massima «*cuius commoda eius et incommoda*», il criterio di occasionalità necessaria (*ex multis*, Cass., 6 dicembre 2019, n. 31889). Si afferma che l'imprenditore è «chiamato a rendere conto dell'attività del preposto nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa, prescindendosi dalla sua colpa, in quanto la responsabilità è imputata a titolo oggettivo,

L'analisi metagiurisprudenziale – di cui la illustrazione è una selezione ristretta – mostra che l'approccio funzionalista è certamente diffuso e applicato. Eccettuate le sentenze-trattato, di funzioni la giurisprudenza parla, ancorché con minore frequenza ed enfasi di quanto non faccia la dottrina.

Soprattutto, al di là delle declamazioni, la responsabilità civile assolve funzioni ibride e diverse a seconda dei contesti, *in primis* dei diritti lesi, e di una serie di altri fattori contingenti.

L'approccio funzionalista si situa comunque in un tessuto di costruzioni dogmatiche e concettuali, che si dimostrano assolutamente vive e determinanti, per quanto certamente in continua evoluzione.

Il funzionalismo è comunque temperato da, e si accompagna a un'argomentazione orientata ai principi: effettività, solidarietà, giustizia, quest'ultima nelle sue varianti dalla non discriminazione alla misura, dalla proporzionalità all'equità.

Al fondo, la responsabilità civile si atteggia diversamente a seconda dell'illecito al quale è imputata: è questo a colorare la prima e a far sì che si perseguano certe funzioni e non altre, o alcune o una siano preminenti. Per andare al cuore delle scelte di politica del diritto più che enumerare le funzioni, dunque si dovrebbe identificare la tipologia degli illeciti: ovverossia i beni oggetto di tutela.

5. In dottrina non meno che in giurisprudenza, non c'è un catalogo condiviso di funzioni¹¹³.

avendo come suo *presupposto la consapevole accettazione dei rischi insiti in quella particolare scelta imprenditoriale*» (Cass., 21 settembre 2021, n. 25512); il «fondamento di tale responsabilità viene rinvenuto nella *teoria del rischio di impresa* e riposa sul principio “*cuius commoda et eius incommoda*” (ovvero dell'appropriazione o “avvalimento” dell'attività altrui), considerato espressione di un *criterio di allocazione dei rischi* per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico dell'impresa, come *componente dei costi di quest'ultima*» (Cass., 12 maggio 2021, n. 12662).

¹¹³ Ricordava già oltre vent'anni orsono P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Le fonti delle obbligazioni*, 3, nel *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 19-22 che «[l]a responsabilità civile ha molte funzioni. Nessuna è in grado da sola di spiegare la complessa struttura delle regole giurisprudenziale sull'illecito civile. Normalmente si individuano tre funzioni principali della responsabilità, le quali, a seconda delle mode, sono ora l'una ora l'altra maggiormente in auge: la funzione compensativa, quella sanzionatoria, e quella preventiva». Ancor prima, F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 3-6 ss. escludeva implicitamente che la responsabilità civile avesse funzione punitiva o preventiva, impostando la discussione sulle pene private come espressive di una «tutela civile di-

Naturalmente, qui, sarà possibile fornire un quadro solo meramente esemplificativo di alcune tra le tantissime tesi che si fronteggiano¹¹⁴.

Il campo di contesa è, del resto, amplissimo, ovvero: se sia *ammissibile e/od opportuno* arricchire, di più o di meno, il novero delle funzioni, se cioè esse possano essere in un certo senso un catalogo aperto o chiuso e in virtù di cosa.

C'è chi si pone in una prospettiva fundamentalmente mono-funzionale¹¹⁵ e chi invece, a prescindere dalla polifunzionalità, esclude però in *limine* alcune funzioni. Tra le più acclamate, ma anche più invisibili c'è appunto la famiglia delle funzioni sanzionatorie, deterrente¹¹⁶, punitiva¹¹⁷.

D'altro canto, la funzione sanzionatoria (ancorché non necessariamente punitiva) è considerata da taluni quella propria della responsabilità quale reazione a un illecito¹¹⁸.

versa dal modello risarcitorio (nonché... dal modello "inibitorio")», caratterizzate dalla «compresenza di finalità lato sensu punitive e preventive». Da allora molta acqua sotto i ponti è passata anche per effetto della interazione pervasiva tra sistemi giuridici, come testimonia ad es. la collettanea a cura di D. BIANCHI e M. RIZZUTI, *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino 2020.

¹¹⁴ Del resto, già P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 1989, p. 886 ss., in partic. p. 893 scriveva che «le vie della funzione reintegratoria possono essere, se non proprio infinite, comunque abbastanza numerose».

¹¹⁵ Si v. ad es. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 5, in *Diritto civile*, Milano, 2012, p. 556-557: «La responsabilità extracontrattuale non è strumento di punizione (concezione etica) né strumento tecnico di allocazione dei danni (concezione tecnicistica) ma tutela civile contro l'illecito. Unica funzione della responsabilità civile è quella di sanzionare in via risarcitoria e inibitoria la violazione del precetto di rispetto degli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione».

¹¹⁶ F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 909 ss., 916-917, 945, dopo aver ricordato la esperienza dei *Principles of European Contract Law*, sottoscrive la tesi di G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Rassegna forense*, 2006, p. 1241-1250 secondo cui «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile». Si noti che per Busnelli, la *deterrence* immortalata dall'opera *Cost of Accidents* di Guido Calabresi più che una funzione della responsabilità è un obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni e, in particolare, la funzione di prevenzione.

¹¹⁷ Per M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 702 «occorre ribadire che la funzione punitiva è estranea al diritto privato», sull'assunto che «[a]l risarcimento è inoltre estranea ogni finalità sanzionatoria della condotta dell'autore del fatto». Contro la funzione punitiva si schiera anche C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in M. SERIO e P. CERAMI (a cura di), *Scritti di comparazione estoria giuridica*, Torino, 2011, p. 100-108.

¹¹⁸ Si afferma ad esempio che «il risarcimento del danno – inteso come obbligazione *ex lege* nascente dalla commissione di un illecito – è di per sé una sanzione posta

Per converso, si pone enfasi sulla funzione preventiva o precauzionale della responsabilità civile essenziale nelle società moderne caratterizzate dal rischio¹¹⁹.

Si sottolinea poi la funzione compensativa sottesa alle c.d. liquidazioni punitive, così a redubbricare la funzione punitiva a funzione in senso lato (ultra-)compensativa¹²⁰ o compensativa-deterrente¹²¹.

a carico dell'autore dell'illecito, che, nel caso del danno patrimoniale, è commisurata alle conseguenze economiche misurabili che l'illecito ha determinato in capo al danneggiato, ma, nel caso del danno non patrimoniale, è (anche) rapportata alla gravità del fatto e alla proporzionalità della sanzione che, complessivamente, l'ordinamento commina (in funzione anche preventiva) in capo al suo autore»: così A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 229).

¹¹⁹ M. BUSSANI, *Le funzioni*, cit., ritiene che «negare ogni efficacia preventiva al diritto del torto sarebbe irrealistico» e propone di perseguire un ideale di dissuasione/deterrenza limitando il maggior numero possibile di attività dannose *ex ante*, rispetto all'occorrere del pregiudizio, senza però «promuovere una visione di Stato regolatore-interventista».

¹²⁰ Si v. S. CARABETTA, «*Punitive damages*» e teoria della responsabilità civile. *La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Torino 2020; ID., *I danni punitivi dopo le sezioni unite - i «punitive damages» tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2274 ss. ove pone l'accento sul «pieno rispetto del principio di proporzionalità» come strumento per far sì che vi sia la «giusta copertura risarcitoria» nelle «ipotesi nelle quali ad essere oggetto di lesione non è solo l'interesse del danneggiato ma anche ulteriori e non meno rilevanti interessi giuridicamente differenziati, al primo intimamente legati da un nesso assiologico di interdipendenza... È quanto accade ad esempio negli illeciti pluri-offensivi (c.d. *mass torts*), nelle «microviolazioni» di scarsa dannosità per il singolo danneggiato ma di rilevante vantaggio per l'autore seriale dell'illecito ed ancora, in generale, in quella tipologia di illeciti che, oltre a portare pregiudizio alla sfera del singolo, finiscono al contempo per ledere anche interessi superindividuali, quali l'ambiente, la sicurezza di beni e prodotti, la salute pubblica, le relazioni familiari, i diritti dei consumatori, la concorrenzialità di mercato, una corretta e adeguata informazione, il giusto processo e così via».

¹²¹ Si v. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità*, cit., p. 97 ss., 105, 133 che ricorda come, secondo parte della letteratura statunitense, il progressivo contenimento dei *punitive damages* si leghi alla esigenza di limitare la responsabilità del danneggiante e alla necessità di evitare che il danneggiato goda di una «*manna dal cielo*» per la sola circostanza di essere vittima di un illecito. L'esclusione di condanne eccessive deriverebbe anche da un ripensamento del fondamento giustificativo: abbandonata la originaria funzione esemplare-afflittiva, la stima sarebbe al più tendenzialmente sovra-compensativa per ovviare il rischio di *under-compensation* stante la tendenziale difficoltà a quantificare pregiudizi non patrimoniali. Sul nesso tra funzione deterrente e punitiva si può ricordare il celebre studio di A.M. POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. R.*, 1998, p. 954-955: «Our central conclusion about punitive damages and deterrence is conceptually simple. Punitive damages should be imposed when deterrence otherwise would be inadequate because

Come in giurisprudenza anche in dottrina, le funzioni cambiano poi a seconda del danno.

Un campo di accesa discussione concerne in particolare le funzioni ricollegabili al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, in cui si vede come diverse concezioni dei danni e voci di danno conducono a imputare o escludere funzioni differenti. C'è chi ricollega al danno patrimoniale funzione compensativa, e al danno non patrimoniale anche sanzionatorio-afflittiva¹²². Per contro vi è chi esclude che la non patrimonialità del danno possa far ammettere risarcimenti ultra-compensativi¹²³. In caso di danni non patrimoniali, con un *coté* penalistico, si rinviene una funzione sanzionatorio-deterrente¹²⁴.

of the possibility that injurers would escape liability. In particular, punitive damages should be set at a level such that the expected damages of defendants equal the harm they have caused, for then their damage payments will, in an average sense, equal the harm. This implies a simple formula for calculating punitive damages, according to which harm is multiplied by a factor reflecting the likelihood of escaping liability. If punitive damages are calculated according to this multiplier formula, precautions will tend to be optimal - neither inadequate nor excessive - as will product prices and the incentive to participate in risky activities». «A corollary... is that the imposition of punitive damages when they are not justified on deterrence grounds generally has socially detrimental consequences».

¹²² Ad es. per F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò che...non piovette. Le Sezioni unite sigillano il «sistema»*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1213-1214, l'art. 2059 c.c. avrebbe una «autentica *ratio* di sanzione afflittiva, evidenziando l'intima diversità dei danni non patrimoniali rispetto ai danni, patrimoniali o non patrimoniali, risarcibili ai sensi della regola generale dell'art. 2043». Secondo A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., p. 330, l'obbligazione risarcitoria del danno patrimoniale avrebbe precipua funzione compensativa, mentre rispetto al danno non patrimoniale (quale macrocategoria articolata in più sottospecie, tutte accomunate dalla gravità della lesione subita dal danneggiato) «compensa e sanziona»: «la valutazione della "gravità" del fatto illecito... costituisce il modo per determinare la componente sanzionatorio-afflittiva del danno non patrimoniale».

¹²³ D'altro canto, si è notato che la «insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificatamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva»: così, C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, p. 6-7.

¹²⁴ Ad es. S. ROMANÒ, *Danni non patrimoniali - danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento*, in *Giur. it.*, 2021, p. 62 ss. ritiene che «l'istituto del danno non patrimoniale, almeno per quanto concerne le particolari ipotesi delle conseguenze pregiudizievoli prodotte da un illecito penale, manifesti una natura sanzionatoria-deterrente deducibile, *inter alius*, dalla stessa *ratio* della norma - per come emerge già dalla Relazione al Codice del 1942 -, dal continuo moltiplicarsi delle voci di danno risarcibili, dal cumulo di sanzioni civili e penali ecc.».

Un altro fattore che influisce sulla polifunzionalità è la natura dei diritti coinvolti.

Tipicamente s'accrescono le funzioni di fronte a violazioni o al pericolo di violazione di diritti della persona e della personalità¹²⁵. In particolare, quello dei diritti fondamentali della persona è considerato tra i principali ambiti meritevoli di tutela, anche in via non puramente classico-riparatoria, anche da chi è più tiepido rispetto alla visione polifunzionale¹²⁶. A questo ambito si aggiungono o, per meglio dire, con questo s'intersecano una serie di contesti ritenuti particolarmente rischiosi per la dignità, la salute e/o la libera autodeterminazione dei singoli¹²⁷. Un esempio particolarmente attuale è dato dagli illeciti costituiti dai "discorsi d'odio"¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. ad es. A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., p. 331-332 che ammette una funzione deterrente e preventiva. F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 401 ss., 428-429, con la propria unicità corrosiva e asprezza critica mette a nudo la ideologia eudomonistica ed economicamente orientata sottesa ad alcuni approcci entusiasti per la estensione dei danni rilevanti concernenti la sfera non patrimoniale-esistenziale, preferenze, gusti, percezioni di ciascuno.

¹²⁶ Ad es. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno resp.*, 2022, p. 413 ss. ricordando come la concezione polifunzionale della responsabilità civile sia difesa in nome di un'esigenza di effettività della tutela, ricorda tuttavia che «il c.d. "principio di integrale riparazione del danno" -in forza del quale pregiudizio deve essere ristorato nella sua integralità - è qualificabile come di ordine pubblico e, pur essendo privo di rilevanza costituzionale, costituisce, grazie al combinato disposto degli artt. 1223 e 2046 c.c., uno dei fulcri del nostro sistema risarcitorio». Pur criticando l'eccesso di entusiasmo verso la diffusione dello strumento risarcitorio, l'A. guarda con favore alla revisione della disciplina della responsabilità civile nel settore delle tecnologie digitali in ottica di maggior tutela dei diritti fondamentali.

¹²⁷ Tipicamente l'innovazione tecnologica applicata a livello industriale e commerciale accentra l'attenzione e il singolo rileva come consumatore: la polifunzionalità è pensata quale argine, ad es., contro danni seriali, pratiche commerciali scorrette, difettosa informazione, etc. Si v. E. AL MUREDEN, *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 365 ss. che auspica a un ripensamento anche giurisprudenziale orientato dal principio di precauzione come principio di gestione dei rischi e allocazione delle responsabilità (delle imprese e della p.a.).

¹²⁸ F. VIGLIONE, *Riflessioni sui rimedi civilistici all'hate speech*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 775 ss. afferma che «il risarcimento del danno è ovunque la prima scelta tra gli strumenti civilistici di fronte a casi di *hate speech*, e dev'essere inquadrato nella cornice delle regole che, in ciascun ordinamento, presiedono la risarcibilità del danno non patrimoniale, che in questo ambito sembra confermare la propria vocazione ad una *funzione solidaristico satisfattiva*. Così, nel quadro italiano, il danno derivante da

Per comprendere la polifunzionalità della responsabilità civile è essenziale tenere conto anche di un ulteriore fattore: lo stretto intreccio, che pare muoversi in via bidirezionale, tra – da un lato – le funzioni e – dall’altro lato – le costruzioni dogmatiche, i costrutti concettuali, anche classici e tradizionali, e le sistematiche adottate dalla civilistica.

Così, a seconda delle funzioni si rilegge la prevedibilità del danno, giungendo ad esiti opposti, vuoi escludendola sulla base di una lettura testuale, se non *a contrario* dell’art. 2056 c.c. (non richiamando espressamente l’art. 1225 c.c.), vuoi ammettendola in via implicita sulla base di un approccio appunto funzionalmente orientato¹²⁹.

Anche le teorie della colpa e del dolo – non meno di quelle concernenti la causalità¹³⁰ – sono, come noto, un terreno fertilissimo per ridi-

un discorso di odio deve collegarsi ad una delle tre aree di risarcibilità del danno non patrimoniale individuate dalla giurisprudenza nell’interpretazione dell’art. 2059 c.c., ovvero, com’è noto, i casi in cui il fatto costituisca reato, o quelli previsti da specifiche disposizioni di legge o infine i casi di lesione di valori individuali costituzionalmente protetti. Nella “tipicità relativa” del sistema, anche in assenza di una rilevanza penale della condotta (che nelle variegare ipotesi di *hate speech* appare quantomeno controversa), *non si possono più ritenere presenti ostacoli alla riparazione del danno non patrimoniale, laddove sia determinato dalla lesione di un diritto inviolabile della persona*; ciò comporta – per quel che qui occupa – che la riparazione del danno non patrimoniale sarà disponibile alla vittima del discorso di odio, tutte le volte in cui le affermazioni siano tali da generare, in modo sufficientemente grave, una lesione di un diritto inviolabile legato alla reputazione, all’onore o alla dignità del singolo come tale o in quanto appartenente ad un gruppo».

¹²⁹ Per tutti, si v. l’analisi di A. D’ADDA, *Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1295 ss., 1298-1303, per il quale escludere o ammettere la limitazione del risarcimento ai danni prevedibili in area aquiliana è una «scelta di politica del diritto». Secondo la impostazione tradizionale, fedele alla lettera del codice, «in area aquiliana il principio dell’integrale riparazione del danno riguadagna la sua massima portata atteso che chi versa *in re illicita* non merita di proporzionare il risarcimento su valori omogenei a quelli coinvolti del previo rapporto tra obbligato e creditore». Più studiosi propongono invece una rilettura della disciplina giustificando il limite della prevedibilità «in logica latamente equitativa» o «criterio di generale moderazione del risarcimento aquiliano».

¹³⁰ Le concezioni della causalità interferiscono con le funzioni soprattutto per il medio del principio della *compensatio lucri cum damno* come si è visto nel par. precedente. Sul punto si v. L. REGAZZONI, *La compensatio lucri cum damno tra causa e funzione del beneficio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 279 ss. evidenzia come ai sensi dell’art. 1223 c.c. sia controverso se si debba in via simmetrica esaminare le conseguenze dirette e immediate, siano esse di segno positivo o negativo. Secondo alcuni si ritiene necessario esaminare la funzione dell’attribuzione, cioè individuare l’interesse che la prestazione è volta a soddisfare. Questa ulteriore valutazione fa sì che la *compensatio lucri cum damno* possa operare solo se entrambi i rapporti obbligatori hanno medesi-

segnare le funzioni alla responsabilità. Di regola le opzioni si legano a esigenze e bisogni di effettività, giustizia/equità, che vanno o nel senso di un maggiore rigore (*i.e.* il riconoscimento di risarcimenti più estesi o più severi, valorizzando una pluralità di elementi quali intenzionalità, consapevolezza, propensione al rischio, evitabilità, gravità, etc.)¹³¹ oppure nel senso di una maggiore mitezza (tramite la introduzione di esimenti, soglie inespresse di tolleranza, etc.)¹³².

Peraltro, come in giurisprudenza, così in dottrina le funzioni della responsabilità civile sono tutte intrecciate con l'argomentazione orientata ai princìpi.

mo scopo (la riparazione del danno). Il duplice livello di giudizio dovrebbe servire a selezionare i vantaggi rilevanti. Esigenze equitative o legate a obiettivi di politica del diritto di fatto in un simile contesto finiscono per essere decisive nella valutazione funzionale con ampia discrezionalità dell'interprete, la cui attività risulta «liberata» da calcoli «bilancistici».

¹³¹ Ad esempio, P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, cit., ritiene che non sia né coerente né opportuna una funzione punitiva e che le esigenze cui intendono rispondere i *punitive damages* rispetto ad esempio alle lesioni di natura non patrimoniale possano essere soddisfatte quantificando il danno come oggettivamente aggravato dall'atteggiamento offensivo dell'autore dell'illecito. Il che mostra appunto come i ragionamenti sulle funzioni retroagiscano sui componenti tipici l'illecito e viceversa. Per C. SCOGNAMIGLIO, *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile ed i danni punitivi*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 ottobre 2016, ai fini della quantificazione dei danni si dovrebbero utilizzare criteri legati a gravità del fatto, divalore giuridico, intensità dell'elemento soggettivo dell'autore, entità del profitto conseguito dal trasgressore.

¹³² A giudizio di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; in *Foro it.*, 2017, c. 2630-2639, nella prassi giurisprudenziale più recente vi sarebbe una convergente tendenza a contenere, per un verso, qualsiasi elemento d'affiliazione verso il preteso danneggiante e, per altro verso, qualsiasi indebito arricchimento del danneggiato, il che condurrebbe a una situazione complessiva di sotto-risarcimento. I dibattiti odierni in particolare su dolo/colpa, su cui si v. oggi ad es. A. D'ADDA, *Riflessioni*, cit., p. 1313-1314, affondano le loro radici nella civilistica del secolo scorso. Cfr. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino 1976, p. 21 ss. che già metteva in luce come la responsabilità civile per i più non sarebbe scevra da profili afflittivi oltre che di compensazione e deterrenza; ancorché sovente non lo si riconosce, è diffusa la idea che i consociati ricolleghino un «rimprovero»-«disprezzo» per chi agisce con dolo: l'agente doloso meriterebbe perciò «un trattamento maggiormente severo rispetto a quello che, dinnanzi ai medesimi risultati dannosi, sarebbe riservato all'autore di un fatto meramente colposo». Oggi la discussione sulle funzioni s'interseca con quella più classica sulla gradualità del risarcimento in relazione alla misura di riprovevolezza attribuita alla condotta illecita: cfr. ad es. A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca, Artt. 2043-2059*, Bologna-Roma, 1971, p. 16 ss. e 213 ss.

Numerose sono le voci che sposando la prospettiva (poli)funzionale pongono l'accento finale e fondamentale su uno o più principi.

Tra questi, come si è visto anche nei precedenti paragrafi, vi è anzitutto il principio di effettività dei diritti e/o dei rimedi/tutele che viene variamente declinato¹³³.

Vi è poi chi pone il principio di ragionevolezza quale «autentica “cifra”» della responsabilità civile da concepirsi in chiave costituzionalmente orientata¹³⁴.

Altri propongono di dare rilevanza centrale, in chiave di giustizia correttiva, a proporzionalità e ragionevolezza¹³⁵.

¹³³ Pone enfasi sulla «“effettività” della tutela» come “principio orientatore” della «potenzialità normativa che caratterizza l'armamentario della resp. civ.»: A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva – principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1787 ss., 1795. Scrive ancora l'A. (ID., *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1309 ss., 1317), «non si tratta di de-secolarizzare l'istituto» della responsabilità civile, «accostandolo al penale, così come era in antico, quanto di dotarlo di *effettività*»: il «“valore aggiunto”» sta nella «valenza *punitiva*» e «anche preventiva», «al di là della *mera surrogazione* di quanto si sarebbe ottenuto con l'osservanza della norma»; in questo scenario, si esclude che l'ambito del risarcimento possa essere solo «quello meramente re-distributivo di una utilità di cui ci si è illecitamente appropriati». Per altro verso, M. GRONDONA, *La responsabilità*, cit., p. 64 che confina il danno *in re ipsa* alla dimensione strutturale dell'illecito, afferma che «il danno conseguenza attiene alla prospettiva funzionale, cui va del resto ricollegata l'idea dell'effettività del rimedio, cioè del rimedio effettivo in quanto, di nuovo, ragionevole rispetto alla dimensione di una giuridicità apprezzabile quale riflesso del rapporto tra libertà e responsabilità, nella duplice prospettiva individuale e sociale, che è proprio ciò da cui trae fondamento l'esperienza giuridica». Si v. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1120 ss.

¹³⁴ L. D'ANDREA, *Principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2274 ss. per il quale la responsabilità civile negli ultimi decenni risulta «connotata dalla progressiva penetrazione della dimensione costituzionale (e segnatamente del patrimonio dei diritti fondamentali)». Ricordando tra le altre quali “tappe particolarmente significative” Cass., Sez. un., n. 500 del 1999 e le c.dd. “sentenze di S. Martino”, grazie al principio di ragionevolezza, la responsabilità civile è concepita: (i) a fini di tutela preventiva rispetto ai danni, (ii) quale strumento di deterrenza-punitivo verso il danneggiante, (iii) in grado di giustificare «dimensioni collettive (rilevanti sul piano giuridico e spesso anche sul terreno etico-sociale)».

¹³⁵ P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1067 ss. è critico nei confronti della distinzione tra risarcimento e indennizzo, evidenziando come il dato terminologico non sia né decisivo né significativo; l'A. critica la dicotomia in parola basata sulla avvicinamento tra indennizzo (da atto lecito o non dannoso) e riparazione come qualcosa di alternativo al risarcimento

In particolare i danni punitivi, *i.e.* la possibilità di risarcimenti in funzione punitiva viene difesa in virtù del concetto/principio di proporzionalità inteso come controllo basato sui valori e sugli interessi in concreto coinvolti¹³⁶.

D'altro canto, si evidenzia il pericolo che un ricorso troppo facile alla liquidazione equitativa (*arg. ex artt.* 1226 e 2056 c.c.) possa generare una china scivolosa verso risarcimenti rispondenti alla funzione punitiva/deterrente¹³⁷.

Da altro punto di vista si sottolinea come proprio l'apprezzamento sempre di caso in caso che si ha in caso d'illeciti dovrebbe indurre a non escludere *a priori* altre funzioni oltre a quella riparatoria¹³⁸.

I dibattiti dottrinali mostrano anche quanto le funzioni della responsabilità civile dipendano dalla concezione stessa dell'individuo che si assume e del ruolo dei privati in società¹³⁹.

(del danno da fatto/atto illecito) così come altre distinzioni tradizionali, ad es. tra danno patrimoniale e non, considerandolo un equivoco di fondo a livello giustificativo. La proposta normativa è di considerare la «responsabilità civile... in una prospettiva unitaria come funzione riparatrice del danno ingiusto ovvero del semplice danno a prescindere dalla sua ingiustizia, secondo i correttivi della proporzionalità e della ragionevolezza». Si auspica a una «mente del giurista» che «si schiude verso una concezione della responsabilità quale necessaria commisurazione dell'entità della lesione in presenza di interessi patrimoniali e non patrimoniali, in ossequio alla prioritaria istanza giurisprudenziale comunitaria di garantire per qualsivoglia ipotesi di lesione di interessi (*i.e.*, mancato funzionamento della P.A., lungaggini processuali, ingiuste detenzioni, ecc.) rimedi adeguati, ovverosia ragionevoli e proporzionati» (p. 1086-1087).

¹³⁶ C. CICERO, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, agg. XI, 2018, p. 107.

¹³⁷ F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 348-349 sottolinea la netta distinzione che esiste tra liquidazione equitativa e punitiva/deterrente, benché contingentemente le due possano sovrapporsi.

¹³⁸ Così M. BUSSANI, *Le funzioni*, cit., traccia la sua «conclusione: anche la potenzialità sanzionatoria delle regole del torto è variabile dipendente da una molteplicità di fattori, che spaziano dalle circostanze concrete di produzione del danno, alle strategie giudiziali delle parti, alla possibilità del convenuto di scaricare le conseguenze del conflitto aquiliano sulle spalle di un assicuratore. Criticare o celebrare i motivi punitivi ricorrenti nella responsabilità civile è allora attività che dovrebbe essere svolta allo specchio dell'articolarsi operativo di quei fattori, prima (e piuttosto) che nella luce di un'assiologica difesa dell'esclusività propria alla funzione riparatoria».

¹³⁹ M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 264 ss. ricorda «che, nella scelta sul se e come agire, le persone siano influenzate anche dalle aspettative che esse ripongono nella probabilità di incorrere in un castigo e/o nella stimata severità di quest'ultimo. Nelle configurazioni più recenti, si legge sovente che una persona razionale deciderà se tenere una condotta determinata o svolgere una data attività comparando i possibili benefici ai costi risul-

Scilla e cariddi in questi dibattiti sono, da un lato, libertà (individuale), e dall'altro lato, solidarietà¹⁴⁰. Anche se, come noto, a poco conduce ragionare in termini binari perché tra i due poli vi è uno spettro di variegate concezioni. Uno snodo principale è se sia ammissibile e opportuno porre in capo al privato danneggiato compiti in senso lato pubblicistici¹⁴¹, o se invece tramite il risarcimento del danno sia bene perseguire anche obiettivi di politica economica o sociale¹⁴² e/o di redistribuzione dei rischi e della ricchezza¹⁴³.

tanti dalla moltiplicazione fra la probabilità di essere sottoposto alla pena e l'attesa entità del rimprovero. Scopo dell'istituto extracontrattuale, in una simile prospettiva, sarebbe allora la fissazione di divieti socialmente condivisi e di correlative sanzioni (i risarcimenti) che rendano il costo associato alla violazione di una norma eccedente rispetto ai benefici, così minimizzando il rischio della realizzazione di quanto (per via normativa, o interpretativa) è ritenuto socialmente inaccettabile». Per alcuni approfondimenti, cfr. W. BISHOP, *Economic Loss in Tort*, in *Oxford J. Leg. Stud.*, 1982, p. 1 ss. e C.R. SUNSTEIN, D. KAHNEMAN, D. SCHKADE, *Assessive Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, in *Yale L. J.*, 1998, p. 107 ss.

¹⁴⁰ E. NAVARETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 6 ss., 9-10 ritiene che la combinazione di approccio ermeneutico e «principio di effettività ha impresso sulle norme cardine della responsabilità civile (l'art. 2043 c.c. e l'art. 2059 c.c.) il calco di un modello improntato alla giustizia commutativa, orientato rispettivamente alla funzione solidaristico-compensativa e alla funzione solidaristico-satisfattiva». Per l'A. la funzione preventiva-deterrente non è incompatibile con gli obiettivi di giustizia costituzionale e auspica a un incremento degli strumenti di deterrenza individuale e collettiva per maggiore tutela della sfera non patrimoniale. Per A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., p. 335 «la responsabilità civile deve essere il braccio armato» del «dovere di solidarietà».

¹⁴¹ Cfr. ad es. V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, Torino, 2018.

¹⁴² M. BUSSANI, *Le funzioni*, cit. correttamente sottolinea come il dibattito sulle funzioni avvenga sovente «al buio di dati statistici affidabili e di analisi macroeconomiche opportune». G. PONZANELLI, *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 7 ss. ritiene che «in situazioni drammatiche dove è difficile, se non impossibile, individuare secondo le regole ordinarie della responsabilità civile un soggetto responsabile, perché manca una colpa ed è allo stesso modo non è consentito elaborare una figura di responsabilità oggettiva per l'assenza di un rischio certo» debba intervenire lo Stato per assicurare ristoro al danneggiato in conformità ai doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. In questo caso la misura ha natura di riparazione, in via indennitaria, e non funzione di deterrenza che invece sarebbe propria della responsabilità civile.

¹⁴³ Si schiera a difesa della distinzione tra privato/pubblico e contro la commistione di istituti privati (la responsabilità civile) a fini pubblicistici-regolatori ad es. A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. dir. priv.*,

Le diverse risposte che sono fornite dalla dottrina a queste domande e a tutte quelle susseguenti su *come* disciplinare, nell'un caso o nell'altro, tutti gli aspetti tecnico-giuridici dipendono da assunzioni di valore o etico-politiche. Del resto, come mostrano la legislazione e la giurisprudenza, soluzioni "tutto-niente" possono esservi solo a livello di modelli astratti di teoria politica.

Nella realtà, anche attuale, a prescindere da qualsiasi ulteriore cambiamento, la responsabilità civile è un caleidoscopio in cui coesistono norme suscettibili di giustificarsi sulla base di principi di autonomia o di c.d. paternalismo liberale, di matrice più individualistica o solidaristico-comunitaria, che evocano ragionamenti utilitaristi oppure l'ideale di reciprocità tra pari, etc.¹⁴⁴.

6. L'analisi condotta non si presta a conclusioni. Che il giurista, anche quando si occupa di un tema specialistico, tecnico-giuridico, faccia sempre politica del diritto è una constatazione considerata da alcuni descrittiva di come i diritti vigenti funzionano¹⁴⁵. Sia o non sia

2019, p. 377 ss., p. 433 ss., il quale dà atto che questo sia il solco tracciato nel sistema giuridico dell'Unione europea a livello legisaltivo e grazie al c.d. "dialogo tra corti". A giudizio di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, c. 2504-2511, vi sarebbe una crisi per eccesso di fini della responsabilità civile che in ambito italiano ed eurounitario avrebbe assunto una parabola regolatoria che finisce per avere gli stessi esiti di quella deregolatoria statunitense.

¹⁴⁴ Già G. ALPA, *La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 195-209 registrava come l'istituto della responsabilità civile sia un coacervo di «regole particolari», «un aggregato di isole in cui ciascuna figura di illecito obbedisce a regole proprie».

¹⁴⁵ Così M. GRONDONA, *La responsabilità*, cit., p. 10 ss. In teoria del diritto, U. SCARPELLI, *Modelli di giudice. Dattiloscritto inedito postumo*, di prossima pubblicazione in *Lo Stato*, 2023, scriveva «[q]uando... in una società norme, valori o conoscenze hanno bisogno della legittimazione di un testo, comincia quella che Renan ha chiamato tortura del testo; o si entra, secondo l'espressione enfatica ma efficacissima del francescano padre Boff, nell'inferno dei significati. Per chi si trovi nelle sue bolge, il contrasto sui significati può apparire effettivamente un inferno (soprattutto se, come nel caso di Boff, si riesca perdeni rispetto ad un'autorità contestata); per chi guardi le cose un po' da lontano e con qualche distacco, le variazioni negli stili interpretativi e dunque nelle interpretazioni costituiscono le manifestazioni di una lotta per il potere sulle norme, sui valori, sulle conoscenze, lotta che, dovendosi svolgere all'ombra del testo, si trasfigura in una lotta per il potere sui significati. Potere pur sempre modesto e moderato s'intende, legato ed ancorato al testo, che non ammette sollecitazioni oltre certi limiti; tuttavia reale ed atto a consentire, attraverso l'interpretazione del testo privilegiato, la difesa di vecchie norme, valori e conoscenze, oppure l'immissione nella società di norme, valori e conoscenze nuovi, o almeno la modificazione progressiva delle norme, valori e conoscenze già accettati e consacrati nelle formule del testo privilegiato».

condiviso, questo dato descrittivo, non è comunque usuale che politica del diritto e tecnica giuridica concretamente dialoghino.

La responsabilità civile appare oggi un ambito caratterizzato in via decisamente prevalente da una concezione evolutiva del diritto proiettata tutta in avanti. Motore principale, ancorché non esclusivo, è la giurisprudenza che, più che in altri ambiti giuridici, mostra di essere recettiva rispetto alle proposte normative della dottrina.

La *poli-funzionalità* della responsabilità civile è una formula assiologicamente connotata¹⁴⁶ e a valore espressivo e simbolico a più propositi. Non solo e non tanto per quel che dice espressamente, appunto evidenziando la pluralità di funzioni perseguibili. Ma soprattutto per quel che è in essa *implicito*.

Parlando di polifunzionalità si presuppone sì un gruppo o una combinazione di funzioni, ma prima ancora che lo *strumento* sia *unico-unitario*¹⁴⁷. A livello di etimologia e usi lessicali, ‘polifunzionalità’ è un termine dell’architettura e della chimica, sicché il prestito nel diritto porta con sé effetti metaforici (in cui, tra l’altro, convergono elementi artificiali-architettonici e biologici che sono cifra costante delle metafore giuridiche)¹⁴⁸.

Fuor di metafora, la responsabilità civile è dunque vista come *uno* strumento e, anzi, *lo* strumento principale da usarsi per perseguire – almeno *prima facie* – più funzioni specifiche (tutte quelle passate in rassegna oltre alle altre enuncieabili di caso in caso).

Passando dalle declamazioni alla prassi, si può tuttavia sollevare qualche dubbio sul fatto che questa batteria di funzioni corrisponda a più scopi distinti di politica del diritto, insuscettibili di una *reductio ad unum*.

Infatti, al di là della formula a effetto della polifunzionalità, appare predominante in giurisprudenza, non solo nei c.d. *leading cases*, una preoccupazione di *tutela effettiva* calibrata su contesto e caso concreto. Nonostante la varietà di stili giurisprudenziali, l’approdo è in via generalizzata e fondamentalmente *equitativo*, nel senso aristotelico di correttivo legato alla singolarità

¹⁴⁶ Parlare di funzioni presuppone un accostamento strumentale/teleologico in chiave di mezzi-fini, come tale nel diritto orientato a obiettivi di politica del diritto e, in definitiva, a valori.

¹⁴⁷ Polifunzionalità è termine non a caso tipicamente usato nell’architettura-ingegneria contemporanee dove appunto si progettano strutture/architetture polifunzionali, complessi unici che servono a una pluralità di scopi. In chimica organica, si presica di un composto contenente due o più gruppi funzionali, fra loro uguali o differenti e, in chimica inorganica, di un acido o una base polivalente.

¹⁴⁸ Mi permetto di rinviare a S. ZORZETTO, *Sul metodo giuridico e prestito di modelli: il caso della better regulation*, in *RIFD*, 2022, p. 911-928.

del reale¹⁴⁹. Vale a dire un approccio *idiosincratico* in cui contano i *particolari* e in cui, dunque, i risarcimenti sono *commisurati* ai danni dando rilevanza, quanto più possibile, al contesto normativo e alle circostanze concrete.

A monte del variegato grappolo di funzioni invocate nella teoria e nella prassi, alla responsabilità civile sembra ascritta nella sostanza una macro-funzione fondamentale: quella di *effettività dei diritti e degli interessi giuridicamente rilevanti*.

Vista da questa prospettiva e atteso che presupposto di responsabilità è un illecito, la funzione generale della responsabilità civile complessivamente considerata come istituto è – nonostante non sia usuale riconoscerlo – *sanzionatoria*¹⁵⁰: si sanziona (se si vuole, si *rimedia* a) la *violazione* (potenziale/attuale) di situazioni giuridiche¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sovente, si tenta di nobilitare le funzioni della responsabilità civile riportandole alle diverse idee di giustizia aristotelica, quella correttiva, ma non solo. Non è questo il senso del richiamo in quest'analisi, per quanto sia storicamente influente questa tradizione di pensiero rispetto all'illecito: per tutti si v. J. GORDLEY, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in D.G. Owen (ed.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1997, ed. online 2012. Come noto, infatti, è assai controverso se la giustizia correttiva così come altre possano darsi in purezza. Esegesi millenarie e una letteratura sterminata portano oggi a riconoscere perlopiù fisiologiche oscillazioni in seno alla giustizia correttiva: anzitutto, tra istanze di correttezza, riconducibili alla giustizia commutativa, e di correzione, proprie anche della giustizia retributiva. Appare condivisibile dunque il rilievo di C. DEL BO', *La giustizia. Un'introduzione filosofica*, Roma, 2022, p. XX secondo cui «da un lato la giustizia correttiva sembra attraversare pressoché ogni ambito della giustizia, dall'altro neppure una distinzione fondata sulla presenza o meno di un ripristino dello *status quo ante* appare pienamente risolutiva sul piano concettuale: attribuire e correggere sono due poli di riferimento, ma le questioni di giustizia spesso non cadono precisamente in uno di essi. Consideriamo un sussidio economico e un risarcimento danni: si potrebbe sostenere che entrambi sono trasferimenti monetari, ma, siccome soltanto il secondo sana un'ingiustizia, il sussidio non è affare da giustizia correttiva, bensì di giustizia sociale. Se però perdere il lavoro fosse considerato un'ingiustizia e il sussidio economico fosse pensato per risarcire la perdita del lavoro, anche i sussidi potrebbero essere considerati uno strumento di giustizia correttiva. Alla fine, cioè, se qualcosa sia o meno correzione dipende da una teoria normativa più ampia».

¹⁵⁰ Qui 'sanzione' non ha evidentemente alcuna connotazione punitiva o penalistica, e riflette piuttosto la etimologia di *sanctio* (sulla quale si v. E. BENVENISTE, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2, Paris, 1969, p. 187 ss., nonché ad es. F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 19-23; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 26-27). Va tra l'altro ricordata sulla scia di N. BOBBIO, *Discussione su Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx: intervento*, in R. ORECCHIA (a cura di), *Problemi*, II, cit., p. 91, la dimensione sempre assiologica che accompagna la sanzione. La si approvi o la rifiuti e rifugga, in caso di adesione conformista o violazione: la «sanzione è sempre testimonianza di valori». Il suo rifiuto non necessariamente è qualificabile in via simmetrica come disvalore: si pensi al diritto di resistenza.

¹⁵¹ La prospettiva ora accennata non implica alcuna adesione a visioni del diritto

Tutte le altre funzioni ipotizzabili (preventiva, precauzionale, inhibitoria, compensativa, indennitaria, ristorativa, restitutoria, riparativa, afflittiva, deterrente, punitiva, etc.) sono corollari o specificazioni: *modalità di attuazione* della macro-funzione generale sanzionatoria.

Proprio l'ascrizione alla responsabilità civile della macro-funzione di *tutela effettiva* con il grappolo di funzioni ancillari, dà luogo, lo si è visto, a diffuse preoccupazioni che si possa eccedere.

Le preoccupazioni sono eterogenee e rivolte a bersagli critici distinti: l'eccessivo contributo da parte della giurisprudenza alla formazione del diritto vigente, i cui limiti discrezionali finiscono per sbiadire nel proliferare di funzioni innominate e principi *bonne à tout faire*; l'eccessiva disseminazione di connotati di matrice pubblicistica nelle pieghe della legislazione che si occupa d'illeciti; la eccessiva espansione del perimetro di ciò che è suscettibile di risarcimento. Inutile dire che contro ciascuna di queste critiche si ergono strenue difese da chi muove da esigenze opposte.

A prescindere da quale lato si abbracci, quello dei critici o dei difensori, ciascuna di queste questioni ha alla base sensibilità differenti: più o meno attente all'ideale della *rule of law* (di cui è componente essenziale *deontologica* l'*auto-limitazione* da parte di ciascun potere); più o meno inclini a ritenere necessario od opportuno un intervento *pubblico* nei rapporti privati; più o meno favorevoli a ravvisare situazioni *giuridicamente irrilevanti*, di cui il diritto non si occupa e non deve occuparsi.

Nessuno dei temi citati può essere qui trattato¹⁵².

incentrate sulla coercizione ovvero agli approcci funzionalistici che concepiscono le istituzioni sociali come basate sul conflitto, anziché sulla cooperazione. Sul punto v. L. GREEN, *The Functions of Law*, in *Cogito* 12(2), 1998, p. 117-124.

¹⁵² Meritano di essere richiamate le osservazioni di M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 305 ss., il quale, muovendo dal *leading case* delle Sezioni unite del 2017, sottolinea che «spetta al Parlamento individuare gli ambiti delle fattispecie in cui legittimamente il giudice può irrogare sanzioni, trattandosi di scelte eminentemente politiche; ... anche sul piano più propriamente equitativo, così come su quello della parità delle regole di concorrenza, può dubitarsi dell'opportunità che un imprenditore italiano, che abbia venduto all'estero un casco difettoso sia condannato, con effetti che si riverberano in Italia sul suo patrimonio aziendale, al risarcimento di danni ulteriori rispetto a quelli propriamente compensatori, mentre il fabbricante statunitense, che abbia venduto in Italia un consimile casco difettoso, sia condannabile da noi esclusivamente al risarcimento del danno, patrimoniale e non, effettivamente cagionato». Come osserva C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il,*

Come ultima notazione, ci si limita a rilevare un grande assente nel dibattito sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulle derive eccessive che la stessa potrebbe prendere, ovvero, per converso, sulle esigenze di suo ulteriore potenziamento.

Il grande assente è *il complementare*: ossia il macro-mondo delle *sanzioni positive*¹⁵³.

Come noto, da tempo, si è evidenziato come esse possano ben concorrere a incrementare il tasso di effettività dei diritti e degli interessi giuridici (prima ancora che delle tutele).

Funzioni “positive” (premiali, promozionali, incentivanti, facilitative, etc.) e funzioni “negative” (ripristinativa, riparatoria, compensativa, afflittiva, deterrente, dissuasiva, etc.)¹⁵⁴ sono, come noto, l’una il controaltare dell’altra.

Detto in altre parole, ciascun diritto e politica del diritto può utilizzare e dosare diversamente – come più frecce d’un arco – strumenti che tipicamente assolvono all’una funzione sanzionatoria positiva o all’altra funzione sanzionatoria negativa. Ambedue convergono verso un comune obiettivo, ossia la effettività giuridica.

Del resto, innumerevoli studi continuano a esaminare la maggiore/minore efficacia degli strumenti “positivi” / “negativi” e a scandagliare in quali condizioni la effettività (*i.e.* osservanza del diritto e dei diritti) si ottenga di più con le sanzioni c.d. “negative” ovvero “positive”.

Le scelte di scienza e politica del diritto in proposito sono notoriamente influenzate da una pluralità di fattori, non ultima come gli individui si atteggiavano di fronte al *diritto*, alla *ragione* e al *torto*¹⁵⁵.

di norma presente, due process of law), in *Giur. it.*, 2017, p. 1792 ss., «il rischio vero, se si radicesse un *mood* accogliente e non solo in Italia, sarà quello di prassi decisorie in funzione di dazi di nuovo tipo, proprio perché la vita economica conosce astuzie, e vi sono cose fra cielo e terra, che la ragione puramente giuridica stenta ad abbracciare».

¹⁵³ Per tutti si v. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in AA.Vv., *Scritti dedicati ad Antonio Raselli*, I, Milano, 1971, p. 229-249; ID., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in L. FORLATI PICCHIO (a cura di), *Incentivi CEE per la riforma delle strutture economiche*, Padova, 1985, p. 1-34. Merita poi di essere ricordata l’analisi di R. COOTER, *Prices and Sanctions*, in *Columbia L. R.*, 1984, p. 1523-1560, 1524 e 1538-1544 in cui applica la propria tesi al mondo dei *Torts*. *Strict Liability v. Negligence*. Alla base della scelta tra sanzioni positive/negative vi è la complessa questione di come gli individui reagiscono di fronte a vantaggi e svantaggi, acquisizioni e perdite, rimproveri e gratificazioni e così via. Campo d’indagine per eccellenza delle (neuro)scienze cognitive e comportamentali.

¹⁵⁴ La terminologia è varia e eterogenea sul fronte “positivo”, non meno che su quello “negativo”.

¹⁵⁵ Nella letteratura filosofico-giuridica è divenuto un classico disquisire del punto

La responsabilità civile oggi sembra testimonianza — amara — di una traiettoria sociale percorsa da endemica non-osservanza e caratterizzata da dinamiche conflittuali¹⁵⁶.

Scriveva Gavazzi: «La conoscenza pur sommaria dei diversi mezzi di controllo sociale se da un lato non può che aiutarci a studiare con occhio meno dogmatico e parziale le sanzioni giuridiche, dall'altro lato non può non suggerirci interrogativi circa la fortuna delle sanzioni giuridiche attualmente praticate nella nostra società. Diminuirà l'importanza o addirittura scompariranno nel futuro le sanzioni giuridiche così come sono configurate nella civiltà del nostro tempo? A favore di quali altre forme di controllo sociale? E con quali vantaggi e con quali pericoli? Lo studio degli antichi e dei moderni deve farci riflettere anche sul destino dei posteri»¹⁵⁷.

Abstract

Il contributo fornisce una ricostruzione esplicitiva dello stato dell'arte sulla polifunzionalità della responsabilità civile, conducendo un'analisi meta-normativa, meta-giurisprudenziale (con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione) e meta-dottrinale. In particolare, gli approcci e le concezioni diffusi nel diritto vivente in materia di funzioni risarcitorie sono indagati al fine di portare alla luce i molti e variabili fattori sottesi, tra cui diverse costruzioni dell'illecito, dottrine dei principi, valori e direttrici di politica del diritto.

The essay provides an explanatory reconstruction of the state of the art on the multifunctionality of tort liability by undertaking a metanormative, me-

di vista del partecipante e se il diritto debba assumere quello del soggetto che viola il diritto (c.d. “*bad man*”) o che vi si conforma (c.d. “*good man*”). Si v. l'analisi di S. PERRY, *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory*, in S. BURTON (ed.), *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge, 2000, p. 158-196.

¹⁵⁶ Meritano di essere ricordate le riflessioni di E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962, p. 89-91 circa le sanzioni in connessione con due concezioni della società e del modo in cui gli individui si rapportano: l'una basata su una solidarietà “meccanica” che dà luogo a meccanismi repressivi e presidi contro i conflitti, l'altra basata su una solidarietà “organica” che dà luogo a un modello cooperativo con al centro meccanismi di rettificazione. Il dibattito relativo alle funzioni della responsabilità civile mostra come nessun modello, anche sociologico, possa fornire una fotografia del reale, ma possa essere un ausilio prezioso per illuminarne le molte sfaccettature.

¹⁵⁷ G. GAVAZZI, *Lecture*, cit., p. 2-3.

ta-jurisprudential (with particular reference to Supreme Court case law) and meta-doctrinal analysis. In particular, it examines the prevailing approaches and conceptions of the functions of tort in current law in order to shed light on the multiple and variable factors underlying them, including different constructions of tort, doctrines of legal principles, values and guidelines of legal policy.

Keywords

Funzione; sanzione; illecito civile; principi; politica del diritto.

Function; sanction; tort; principles; legal policy.