

9923110500

$\frac{2}{23}$

# Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica

seconda e rinnovata serie di Diritto romano attuale

 ESIDIGITA



Un nuovo portale *on line* pensato per l'accesso digitale al ricco catalogo di **Riviste** della casa editrice. **Esidigita** permette di navigare nel catalogo titoli con la Ricerca Full Text, per *keyword* o *keyphrase*, e di ottenere una propria **Biblioteca "On the Go"** nella quale saranno disponibili tutti i titoli in abbonamento, con immediata consultazione da PC, laptop, tablet e smartphone. Consente, inoltre, di aggiungere le Riviste di interesse in una *wishlist* e di richiederne o di rinnovarne l'abbonamento con un semplice *click*.

[www.esidigita.it](http://www.esidigita.it)

Direzione

Augusto Chizzini | Tommaso dalla Massara  
Mauro Grondona | Luca Loschiavo | Vito Velluzzi

Storia Metodo Cultura

2/2023

Il danno tra risarcimento e sanzione

Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone, 7  
Finito di stampare nel mese di settembre 2023

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003  
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli



ISSN 2975-0245



Edizioni Scientifiche Italiane

# Storia Metodo Cultura

nella scienza giuridica

seconda e rinnovata serie di Diritto romano attuale

2/2023

Il danno tra risarcimento e sanzione



**Edizioni Scientifiche Italiane**

## **Direzione**

Augusto Chizzini – Tommaso dalla Massara – Mauro Grondona – Luca Loschiavo – Vito Velluzzi

## **Comitato di direzione**

Alberto Maria Benedetti – Salvatore Boccagna – Valentina Calderai – Damiano Canale – Remo Caponi – Antonio Carratta – Giovanni Chiodi – Iole Fargnoli – Pasquale Femia – Edoardo Ferrante – Paolo Ferretti – Thorsten Keiser – Francesco Macario – Marino Marinelli – Marisaria Maugeri – Elena Merlin – Marco Miletto – Carlo Nitsch – Vincenzo Omaggio – Mauro Orlandi – Stefano Pagliantini – Carlo Pelloso – Giovanni Perlingieri – Giorgio Pino – Fabrizio Piraino – Francesca Poggi – Antonio Saccoccio – Gianni Santucci – Aldo Schiavello – Silvia Schiavo – Claudio Scognamiglio – Pietro Sirena – Stefano Solimano – Mario Stella Richter jr – Irene Stolzi – Andrea Zoppini

## **Comitato scientifico**

Guido Alpa – Mirta Beatriz Álvarez – Franco Anelli – Walter Antillón Montealegre – Ena-Marlis Bajons – Riccardo Cardilli – Paolo Comanducci – Claudio Consolo – Andrea Di Porto – Wolfgang Ernst – Luigi Garofalo – Roy Garré – Aurelio Gentili – Erik Jaime – Mario Jori – Leysser León Hilario – Vincenzo Mannino – Luca Nogler – Antonio Padoa Schioppa – Salvatore Patti – Christoph Paulus – Pietro Perlingieri – Maria das Graças Pinto de Britto – Sheraldine Pinto Oliveros – Francesco Riccobono – Lilian C. San Martín Neira – Martin Schermaier – Raffaele Tommasini – Nicolò Trocker – Letizia Vacca – Giuseppe Zaccaria

## **Comitato editoriale**

Raffaele Basile – Francesca Benatti – Silvana Dalla Bontà – Stefania Gialdroni – Francesco Mezzanotte – Francesco Paolo Patti – Attilio Pisanò – Silvia Zorzetto

## **Redazione**

Giulia Bazzoni – Marta Beghini – David De Concilio – Riccardo Martinoli – Maria Federica Merotto – Luca Oliveri – Marco Rendina – Adriano Zambon – Isabella Zambotto

Periodico annuale registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 15 del 28 aprile 2022  
Direttore responsabile: Tommaso dalla Massara

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli  
Periodico esonerato da B.A.M. art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

## **Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati**

La rivista *Storia Metodo Cultura* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del Comitato esterno di valutazione e/o ad altri *referee* esterni scelti tra Studiosi (italiani o stranieri) affiliati ad Università ed Enti o Istituti di ricerca ovvero tra alti esperti provenienti da Istituzioni di comprovata qualificazione e prestigio, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra Rivista o in Banche dati senza il consenso scritto della Direzione e dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.



## INDICE

### *Saggi*

M.F. CURSI

Una storia della polifunzionalità della responsabilità civile: dalla *poena*  
ai *punitive damages* 1

S. ZORZETTO

Sulla violazione del principio del *neminem laedere*: costruzioni dog-  
matiche, teorie e ideologie 37

G. CHIODI

Il caso di Superga rivisitato: un primo *focus* sui pareri *pro veritate* (da  
Andrioli a Vassalli) 99

C. SCOGNAMIGLIO

I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale 139

### *Discussione*

P. DI LUCIA e R. MAZZOLA

Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori 165

G. SANTUCCI

Il danno tra risarcimento e sanzione: prospettive giusromanistiche 185

T. KEISER

Responsabilità per danni tra sanzione e risarcimento - Paradigmi dalla  
giurisprudenza tedesca dal XIX secolo 197

M. ORLANDI

Danno *in re ipsa* 213

VI	Indice
N. RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno	237
I. PAGNI	
Il danno tra risarcimento e sanzione (e le interferenze con gli altri “rimedi”)	257
<i>Letture</i>	
G. VETTORI	
Nuova legalità e postdiritto. L'ultimo libro di Giuseppe Zaccaria	271
F. MANCUSO	
La libertà inaggrabile. Riflessioni a partire da <i>Economia e politica vs libertà</i> di Claudia Storti	291
M. GRONDONA	
Approssimandosi un compleanno	295
<i>Note e riflessioni</i>	
T. GRECO	
La cultura giuridica come problema	303

# Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno

NICOLA RIZZO\*

SOMMARIO: 1. Riparazione e retribuzione. – 2. La persona. – 3. La moneta. – 4. La proprietà. – 5. Le presunzioni. – 6. La deterrenza.

1. Le considerazioni che seguono declinano il tema del rapporto tra risarcimento e sanzione attraverso la chiave di lettura della deterrenza. La scelta di porre l'accento sulla deterrenza deriva da una chiara indicazione che ci proviene dalla teoria generale del diritto, che sottolinea come non vi sia alcuna contrapposizione tra risarcimento e sanzione: la sanzione è il dispositivo attraverso il quale l'ordinamento riafferma la vigenza di una determinata regola a seguito della sua violazione, a prescindere dal fatto che la reazione consista, semplicemente, nella riparazione o alla riparazione si aggiunga (o si sostituisca) la componente retributiva<sup>1</sup>.

Riducendo all'osso un dibattito molto ricco, si può tenere presente come la riparazione reagisca agli effetti della violazione della regola (cioè della situazione giuridica protetta), là dove invece la componente retributiva della sanzione guarda, principalmente, al fatto in sé della lesione, del sovvertimento dell'ordine giuridico. Tanto la riparazione quanto la retribuzione necessitano dell'ancoraggio a un parametro che renda possibile la determinazione del contenuto della sanzione, con una differenza fra le due – riparazione e retribuzione – di portata non secondaria: mentre la riparazione, reagendo alle conseguenze della violazione della regola, deve essere strettamente improntata, quindi,

\* Università di Pavia (nicola.rizzo@unipv.it).

<sup>1</sup> Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.

commisurata a (e da) quelle stesse conseguenze, a pena di tradire se stessa, cioè proprio la funzione riparatoria; la misura retributiva – che pure non potrà risultare sproporzionata rispetto al fatto che la giustifica – si presta a una determinazione più libera, maggiormente svincolata da un parametro precostituito, per la sua stessa natura che la vede ribattere alla lesione di una situazione soggettiva la cui protezione attinge a un giudizio di valore dell'ordinamento, giudizio che la sanzione retributiva si incarica di ribadire<sup>2</sup>.

Nella storia millenaria del problema della sanzione civile, la razionalità economica prima, la cultura dei diritti dell'uomo successivamente, hanno plasmato la sanzione sul danno, puntando sulla riparazione<sup>3</sup>. Se risarcire è aggiungere là dove c'è stato l'ammacco si crea, certo, il problema della quantificazione del danno, cioè della scelta del parametro attraverso cui determinarlo: la quantificazione del risarcimento, infatti, presuppone ma prescinde dalla lesione della situazione giuridica protetta, e si può anzi aggiungere come il sistema della responsabilità civile sia costruito per tendere all'integrale riparazione del pregiudizio senza raggiungerla (arg. ex artt. 1225 e 2056, comma 2, c.c.)<sup>4</sup>.

D'altra parte, alla sanzione civile, quindi al risarcimento del danno, si può guardare anche nella prospettiva – essenzialmente funzionalista – della tutela dei diritti. Negli ultimi decenni, questo sguardo si

<sup>2</sup> Rimando, per uno svolgimento più ampio di queste considerazioni, a N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1811 ss.

<sup>3</sup> V., fra gli altri, S. SCHIPANI, *Dalla legge Aquilia a D. 9: prospettive sistematiche del diritto romano e problemi della responsabilità extracontrattuale*, in ID., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, p. 131 ss.; A. LOVATO, *Pretium e quanti ea res est nei giuristi: rapporto fra il prezzo di mercato e il calcolo giuridico*, in E. LO CASCIO e D. MANTOVANI (a cura di), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia, 2018, p. 661 ss.; M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della Lex Aquilia è, ora, il secondo». *Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina*, in *AUPA*, LV, 2012, p. 403 ss.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, soprattutto p. 8 ss. e 201 ss.; G. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 942 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 765 ss., in particolare p. 789; G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 365 ss.; N. RIZZO, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 245 ss.

<sup>4</sup> Cfr. N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, p. 330 ss.; T. PELLEGRINI, *Il principio di integrale riparazione del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 183 ss.

è appuntato, particolarmente, sui diritti della persona che soffrivano della mancanza di una tutela per sé, a prescindere cioè dal fatto che la loro lesione producesse un pregiudizio configurabile nel modello patrimonialista del danno emergente e del lucro cessante<sup>5</sup>.

2. Il problema se il danno biologico sia *in re ipsa*, come lo configurò la pronuncia della Corte costituzionale n. 184 del 1986 per giustificare la risarcibilità sulla base dell'art. 2043 c.c.<sup>6</sup>, presenta una soluzione chiara, che si evince – all'opposto di quel che si potrebbe essere indotti a pensare – proprio dal fatto che non sia ipotizzabile che, a fronte della cagionata lesione dell'integrità psicofisica di un terzo, il convenuto produca la prova contraria della mancata dannosità della stessa. La proiezione funzionale della lesione della salute nel vissuto del soggetto danneggiato può incrementare il danno risarcibile (la c.d. personalizzazione) non diminuirlo né, tantomeno, escluderlo.

Nella fattispecie della lesione della salute, la compenetrazione tra la lesione della posizione giuridica soggettiva e gli effetti dannosi della lesione stessa è massima. Pertanto, l'individuazione della percentuale di invalidità di cui è affetto il danneggiato rappresenta una prova idonea della perdita del bene salute, capace di ancorare la sanzione civile agli effetti della lesione, evitando che possa ipotizzarsi un danno *in re ipsa*.

Riguardo agli altri diritti della persona, ma lo stesso può dirsi per le conseguenze del danno biologico, abbiamo assistito negli ultimi decenni alla vera e propria costruzione di una fenomenologia del danno non patrimoniale. Le vicende umane discusse nelle aule dei tribunali hanno trovato una propria sistemazione e classificazione nelle pagine della letteratura, facendoci conoscere il danno estetico, il danno alla vita di relazione, infine il danno esistenziale<sup>7</sup>. Un nuovo significato è stato conferito a pregiudizi che già si conoscevano come il danno morale<sup>8</sup>, non più concepito come una sanzione civile che si accompagna alla sanzione penale nell'ipotesi in cui la condotta lesiva integri una

<sup>5</sup> V., fra gli altri, C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 1 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, soprattutto p. 51 ss.

<sup>6</sup> Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss., con nota di G. PONZANELLI.

<sup>7</sup> Cfr. P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1251 ss.

<sup>8</sup> V. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 277 ss.; ID., *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 463 ss.

fattispecie di reato<sup>9</sup>, ma come la sofferenza patita dal soggetto a seguito della lesione di un diritto inviolabile della persona<sup>10</sup>.

Chiuso quel che si potrebbe definire un vero e proprio cantiere, in cui giurisprudenza e dottrina sono state affaccendate nella costruzione dell'ingiustizia del danno non patrimoniale e nell'individuazione e classificazione delle conseguenze della lesione di un diritto della persona, cioè nella stessa determinazione della consistenza del danno non patrimoniale nella dimensione degli esiti della lesione del diritto, la giurisprudenza – con le c.d. sentenze di San Martino<sup>11</sup> – ha voluto riportare a unità il danno non patrimoniale nel tentativo di evitare le duplicazioni risarcitorie, cogliendo le evidenti sovrapposizioni tra una voce e l'altra di risarcimento. Il tentativo non è stato coronato dal successo, e il cantiere è stato sostanzialmente riaperto<sup>12</sup>. Proseguendo la nostra lettura della sanzione civile tra riparazione e retribuzione, distinguiamo, quindi, il danno esistenziale dal danno morale.

Nell'ipotesi in cui, dalla lesione di un diritto inviolabile della persona – o da una condotta lesiva di una situazione giuridica per la quale una norma, raccogliendo il rinvio dell'art. 2059 c.c., preveda anche il risarcimento del danno non patrimoniale – derivi un peggioramento delle condizioni dell'esistenza del soggetto, per la conformazione stessa di questa voce di danno – costruita proprio sul fare areddituale del soggetto – la somma di denaro oggetto della condanna giudiziale non potrà che essere commisurata all'entità delle conseguenze della lesione. Certo, la mancanza di un criterio idoneo a istituire una equivalenza tra risarcimento e danno, cioè l'ontologica divergenza tra le discontinuità che peggiorano le condizioni dell'esistenza e un ammontare pecuniario, può far dubitare dell'istituzione di una vera e

<sup>9</sup> Cfr. A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 132 s.; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 133 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, in particolare p. 198 ss.

<sup>10</sup> Cfr. N. RIZZO, *Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1080 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 237 ss.

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-3-4-5, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 102 ss., con note di E. BARGELLI e F. DI MARZIO.

<sup>12</sup> Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, I, c. 911 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, c. 923 ss. V., inoltre, ID., *La III sezione: tabelle, risarcimento integrale, voci di danno*, in *Danno resp.*, 2015, p. 1127 ss.

propria relazione tra *mensura* e *mensuratum*, riportando l'attenzione sulla lesione della situazione giuridica meritevole di protezione rispetto alla quale il risarcimento si rivelerebbe schiettamente la reazione. La prospettiva del danno esistenziale come in *re ipsa* nella lesione del rapporto parentale, della salute o di un altro diritto inviolabile, però, non convince e la disomogeneità tra il pregiudizio e l'ammontare della condanna pecuniaria non è sufficiente a configurare il risarcimento, in questi casi, come una sanzione di tipo retributivo.

A qualsiasi cosa o situazione l'uomo può associare una somma di denaro: è tipico della moneta in quanto mezzo generale degli scambi e unità di misura del valore. Se quella cosa o situazione non ha un prezzo di mercato, il collegamento fra l'oggetto della valutazione e l'unità di misura del valore non potrà che essere discrezionale, quantomeno se considerato all'interno di un singolo giudizio. Ciò non impedisce, però, di commisurare il risarcimento alle conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto siano derivate; crea, piuttosto, il problema dell'istituzione di un parametro artificiale di quantificazione del pregiudizio in un contesto sociale ristretto come quello della giurisdizione.

Del resto, anche il valore di mercato è un parametro artificiale che non si ritrova in natura, ma l'ampiezza del contesto sociale in cui quel valore si forma lo naturalizza. Ciò non può darsi per l'apprezzamento delle singole conseguenze pregiudizievoli che si ripercuotono sul piano esistenziale. L'obbiettivo che si può e si deve raggiungere, in relazione a questo tipo di conseguenze dannose, è che il prezzo individuato in un singolo giudizio possa rappresentare il parametro per l'individuazione del prezzo da attribuire al danno in un giudizio differente<sup>13</sup>, costruendo questa valutazione su una base fenomenologica che appartiene alle scienze sociali. In questo contesto, è da escludere la configurazione del risarcimento del danno esistenziale come una sanzione di carattere retributivo.

Diverso è il discorso in relazione al risarcimento del danno morale.

La giurisprudenza richiede al danneggiato che domandi il risarcimento del danno da uccisione del proprio congiunto di allegare la sofferenza interiore patita e la normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare. Spetterà al convenuto offrire una prova contraria così lontana<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 63 ss.

<sup>14</sup> Cfr. S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim.*, 2020, p. 891 ss., in particolare p. 893 s.

Emerge una differenza significativa tra la sofferenza e le conseguenze dannose che si classificano come esistenziali, quindi tra danno morale e danno esistenziale. La pretesa di un risarcimento per i cambiamenti che peggiorano la vita trova, già soltanto nel momento dell'allegazione, una descrizione necessariamente più articolata. La sofferenza – fuori dalla sua dimensione patologico clinica – in molti casi può essere non soltanto descritta ma anche provata per testimoni, ma spesso si fa oscura e sfuggente. Nel caso del danno morale, l'asse della sanzione civile si sposta innegabilmente sul momento della lesione della situazione soggettiva tutelata, ma c'è un aspetto che ha a che fare con la causalità generale che impedisce alla sanzione di prendere la via della retribuzione, tenendola ancorata alla dimensione riparatoria: la forte correlazione eziologica tra la lesione di un diritto inviolabile e la sofferenza individuale patita dal soggetto che la subisce, spiegabile sulla base della scienza che studia questi fenomeni e, prima ancora, percepita nel sentire comune tanto da essere oggetto di una massima di esperienza. La dimensione eziologica e quella valoriale si giustificano a vicenda.

Quanto si sta argomentando si concretizza, tecnicamente, nella creazione di una c.d. presunzione giurisprudenziale<sup>15</sup>, come quella prima descritta. La prova del fatto ignoto, il prodursi del danno, non è presunta dal giudice sulla base di un ragionamento inferenziale a partire da un fatto noto di cui il danneggiato abbia offerto la prova, ma poggia su un fatto notorio – una regolarità causale (la perdita di un congiunto genera sofferenza) – che diviene la base di una regola che disciplina la fattispecie, salva però l'assegnazione al convenuto danneggiante della prova contraria della causalità individuale<sup>16</sup>.

La sanzione risarcitoria rappresenta la reazione al normale prodursi, a seguito della lesione del diritto, proprio delle conseguenze che definiscono questa voce di danno. Il risarcimento guarda, ancora, alle conseguenze della lesione<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cfr., di recente, M. GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim.*, 2023, p. 243 ss.

<sup>16</sup> Sui concetti di “causalità generale” e “causalità individuale” sia consentito rinviare, anche per i riferimenti all'amplissimo dibattito su questi temi, a N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., in particolare p. 227 ss. e 289 ss.

<sup>17</sup> Diversamente G. ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 6 ss.

3. Inizia a emergere, nel discorso, la consapevolezza della concreta conformazione della sanzione civile sulla base del bene giuridico tutelato: la sanzione si plasma sulle caratteristiche del bene giuridico<sup>18</sup>.

Esemplare è il caso della moneta: il creditore riceve gli interessi anche senza la prova di aver sofferto un qualche danno. La tutela è costruita sulla base delle funzioni della moneta, quindi su una regolarità causale: la moneta è accettata come mezzo generale di pagamento di beni e servizi perché è strumento generale degli scambi e misura del valore, e lo è proprio perché generalmente accettata come mezzo di pagamento<sup>19</sup>. L'uso della moneta in un determinato sistema socio-economico concretizza – come si vede – una regolarità causale che si spiega attraverso le leggi dell'economia: gli artt. 1282, 1224, 1815, comma 1, c.c. ne sono la conseguenza normativa. La regola per cui i crediti liquidi ed esigibili di somma di denaro producono interessi di pieno diritto (art. 1282) si erge su (e incorpora) un giudizio di normalità secondo cui il poter disporre di una somma che altri può esigere normalmente arreca un danno al creditore e procura un vantaggio al debitore. La medesima regolarità causale si ritrova pure alla base dell'art. 1815, comma 1, che enuncia il precetto della c.d. normale onerosità del mutuo. Questa norma dimostra quanto si sta argomentando in modo ancora più chiaro rispetto agli artt. 1282 e 1224, per la ragione che, a differenza che in tali fattispecie, la nascita dell'obbligazione degli interessi – che, nell'ipotesi di cui all'art. 1815, comma 1, non presuppone il requisito della esigibilità del credito, né implica l'inadempimento (inteso sia quale semplice ritardo che quale ritardo qualificato dalla mora) – si fonda ugualmente, anzi proprio per questo con maggiore evidenza, sulla presunzione legale assoluta (*i.e.* regolarità causale) che disporre di denaro (in senso atecnico) altrui attribuisca

<sup>18</sup> Sul concetto di “bene giuridico” v., utilmente, F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 459 ss.

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, p. 93 ss.; F.A. MANN, *On the Legal Aspect of Money*, Oxford, 2006, p. 10; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht. Band I. Allgemeiner Teil*, 1, in C.F. MÜLLER, *Großes Lehrbuch*, Heidelberg, 1995, p. 228 ss.; T. CRUMP, *The Phenomenon of Money*, London, 1981, p. 10 s.; J. HAWTHORNE, *Theory and Practice of Money*, London, 1981, p. 1 s.; A. CROCKETT, *Money: Theory, Policy and Institutions*, Southampton, 1979, p. 6; W.T. NEWLYN, R.P. BOOTLE, *Theory of Money*, Oxford, 1978, p. 1 ss.; J.J. KLEIN, *Money and the Economy*, New York, 1978, p. 3 ss.; G. STAMMATI, voce *Moneta*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 746; V. LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955, p. 14 ss.; D.H. ROBERTSON, *Money*, Cambridge, 1951, p. 2.

una utilità che deve essere compensata, anche nell'eventualità in cui le parti non abbiano convenuto il prezzo del prestito, salva l'ipotesi di una volontà comune di dare vita a un contratto gratuito<sup>20</sup>.

Quanto precede spiega perfettamente perché al creditore siano dovuti – dal giorno della mora, peraltro automatica nella maggioranza dei casi<sup>21</sup> – gli interessi legali, anche se non provi di aver sofferto alcun danno. Non si tratta di un danno presunto ma di un'attribuzione patrimoniale dovuta al creditore sul preciso fondamento – di politica del diritto – che un danno consegua normalmente alla mancata disponibilità di una somma di denaro esigibile (un analogo rapporto debito-credito per gli interessi legali nasce, del resto, anche nell'ipotesi in cui la somma non sia esigibile). Non danno presunto, quindi, bensì danno normale per scelta del legislatore che, così, costruisce la tutela del bene giuridico moneta.

4. Volgiamo, ora, l'attenzione a un altro bene giuridico: la proprietà. L'art. 1591 c.c. stabilisce che il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno. Quest'ultima regola corrisponde esattamente a quella dettata dal secondo periodo del primo comma dell'art. 1224, che individua il parametro per quantificare la prestazione degli interessi moratori nel tasso convenuto fra le parti prima della mora: se le parti avevano già attribuito un prezzo alla disponibilità, da parte del debitore, di quella somma di denaro, allo stesso prezzo dovrà essere commisurato il corrispettivo (*i.e.* risarcimento del danno) del prestito forzoso cui la mora costringe il creditore<sup>22</sup>. A nulla varrebbe l'eventuale prova, che il debitore produca, del fatto che il creditore non sarebbe riuscito a ottenere quel rendimento laddove la somma gli fosse stata restituita entro il termine stabilito dal contratto, nell'ipotesi in cui ad esempio si fosse, nel frattempo, determinato un significativo decremento del costo del denaro. Allo stesso modo, il conduttore in mora non è ammesso a provare che il

<sup>20</sup> Argomento questa tesi – ma senza collocarla nella prospettiva della causalità – in N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, p. 256 ss.; Id., *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 359, in particolare p. 379 ss.

<sup>21</sup> Cfr. N. RIZZO, *Inadempimento e danno da ritardo tra diritto comune e diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 827 ss.

<sup>22</sup> Cfr. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, p. 124 ss.

canone di locazione convenuto, molti anni prima, al momento della conclusione del contratto, è ormai ben lontano dai prezzi correnti di mercato – divenuti decisamente inferiori per effetto delle politiche pubbliche adottate per contrastare il “caro affitti” – di un immobile con le caratteristiche di quello non restituito.

Per la legge il danno normale diventa necessario, ma la necessità causale è creata dall’ordinamento. Dalla realtà sociale filtra una semplice regolarità – non una necessità – seppure compresa e spiegata in una dimensione nomica che la istituisce come forte correlazione eziologica. Infatti, è massima dell’esperienza che disporre del denaro o della proprietà conferisca un vantaggio ed esserne privati rappresenti un danno, e si tratta di una massima qualificata<sup>23</sup> corrispondente a leggi scientifiche benché, certo, di tipo probabilistico non universale, come è proprio della scienza dell’economia. Quindi la necessità non appartiene al fenomeno ma si deve alla forza dell’ordinamento che trasforma la regolarità in regola, facendola diventare, appunto, una necessità (normativa)<sup>24</sup>.

L’ordinamento, però, non protegge la proprietà come la moneta poiché soltanto all’art. 1591, in una fattispecie analiticamente descritta, concede il risarcimento del danno normale. Il bene giuridico moneta è trattato con ben più favore, perché gli artt. 1282, 1815, comma 1, e 1224 configurano la sussistenza di un danno normale in via generale, prescrivendone il risarcimento.

Quanto precede ci porta al ricco dibattito in materia di danno da occupazione abusiva di immobile<sup>25</sup>. Si confronta un orientamento che

<sup>23</sup> Sul concetto di “massima qualificata” v. R. POLI, *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in Cassazione*, in *Lo statuto del giudice e l’accertamento dei fatti*, Atti del XXXII convegno nazionale (Messina, 27-28 settembre 2019), Bologna, 2020, p. 429.

<sup>24</sup> L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 2, Bologna, 1995, p. 628, spiegano come la configurazione di una presunzione assoluta introduca non una regola processuale ma sostanziale, di disciplina.

<sup>25</sup> Per un’accurata ricostruzione dell’intero dibattito v. M.L. CHIARELLA, *Occupazione sine titolo e danno in re ipsa Tra soluzioni praticate e implicazioni sistematiche*, Soveria Mannelli, 2023. V., inoltre, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, p. 580 ss.; E. BARGELLI, *Occupazione abusiva come specie di illecito: dall’agevolazione probatoria alla lesione della facoltà di godimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 18 ss.; M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo nella decisione delle SS.UU.*, *ivi*, p. 27 ss.; C.M. NANNA, *Sezioni unite e danno da occupazione sine titolo, tra inutilità di «astrazioni concettuali» ed esigenze di semplificazione*, *ivi*, p. 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel problema dell’occupazione abusiva*

esige dal proprietario l'allegazione dei modi in cui avrebbe utilizzato l'immobile traendone profitto<sup>26</sup>; la prova – si concede – può essere data anche per presunzioni ma – si precisa – il fatto noto non può ridursi a una regolarità causale<sup>27</sup>, cioè al fatto notorio della redditività di un immobile del tipo di quello abusivamente occupato. In altre parole, non è sufficiente la causalità generale, non essendo una regola a renderla tale trasformandola in una necessità normativa, ma la prova – o quantomeno l'allegazione – deve investire la causalità individuale, cioè la dimostrazione della conseguenza dell'evento dannoso rappresentato dall'occupazione.

L'orientamento contrapposto della seconda sezione della Cassazione<sup>28</sup> – condiviso, con qualche aggiustamento argomentativo, dalle sezioni unite<sup>29</sup> – giudica, invece, che l'evento dell'occupazione porti con sé, intrinsecamente, un danno consistente nella privazione del godimento del bene da parte del proprietario. Il passaggio centrale dell'argomentazione si ritrova nella distinzione di ciò che è danno emergente da ciò che è lucro cessante nella fattispecie del danno da occupazione abusiva di immobile; distinzione che viene proiettata sulla contrapposizione – all'interno del contenuto del diritto di proprietà<sup>30</sup> – fra potere di go-

*di un immobile, ivi*, p. 54 ss.; P. SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali, ivi*, p. 68 ss.

<sup>26</sup> Cass., 17 gennaio 2022, n. 1162, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 808 ss., con nota di E. BACCIARDI, *I profili risarcitori dell'occupazione sine titulo: danno presunto o prova presuntiva?*

<sup>27</sup> Cass., 11 gennaio 2005, n. 378, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1750 ss.

<sup>28</sup> Cass., 8 febbraio 2022, n. 3946, in *Foro it.*, 2022, I, c. 959 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, nn. 33645-33659, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3625 ss., con note di A.M.S. CALDORO, *Dal danno in re ipsa al danno presunto: l'apertura delle sezioni unite*, c. 3644 ss.; R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita (quando c'è, ma non si vede): normalizzazione del danno in re ipsa (c'è, ma non si dice)?*, c. 3652 ss.; A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titulo di un immobile: una mediazione animata da buone intenzioni e dal retrogusto amaro di undercompensation*, c. 3662 ss.; F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» nell'occupazione sine titulo di immobile, c. 3666 ss.; C. SALVI, *Teoria e pratica dell'occupazione abusiva*, c. 3675 ss.; B. SASSANI, M. MAGLIULO, *In re ipsa, tamen in re aliena*, c. 3678 ss.

<sup>30</sup> Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2, Milano, 2017, in particolare p. 215 ss.; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, soprattutto p. 125 ss. Avverte C. SALVI, *L'occupazione abusiva di immobile. Qualche teoria di troppo per una soluzione persuasiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 108 ss., che: «In effetti, nessuno dei due termini

dimento e potere di disposizione del bene: la perdita del godimento essendo qualificata come danno emergente, a differenza della lesione del potere di disposizione ritenuta fonte di un lucro cessante, a condizione però che il proprietario provi che, in mancanza dell'occupazione, (ad es.) la locazione e la vendita del bene programmate si sarebbero realizzate a un prezzo superiore a quello di mercato.

Quindi, il mancato godimento – esercitato direttamente dal proprietario, o indirettamente attraverso la concessione a un terzo – costituisce di per sé una perdita, che non deve essere provata; la mancata disposizione del bene – ma soltanto se particolarmente vantaggiosa – rappresenta, invece, un lucro cessante, di cui è necessario fornire specificamente la prova.

5. Sulla prova di come il proprietario avrebbe utilizzato il bene, laddove non fosse stato abusivamente occupato, è necessario procedere ad alcune precisazioni. In ogni caso – cioè tanto nelle fattispecie che la giurisprudenza qualifica come mancato godimento, quanto nell'ipotesi del fallimento di un'operazione di disposizione del bene – non vi è alcuna serie causale reale che possa essere oggetto di prova: del resto, proprio il fatto dell'occupazione ha impedito il verificarsi di una serie causale riconducibile al proprietario. Quindi, ciò che il danneggiato dovrebbe provare sono dei fatti da cui il giudice possa inferire (artt. 2727 e 2729 c.c.) che, se l'immobile fosse rimasto nel controllo del proprietario, una determinata serie causale ipotetica (l'allegato godimento o il descritto atto di disposizione) si sarebbe realizzata<sup>31</sup>.

In altre parole, il proprietario altro non può offrire che la prova di un fatto noto – si passa dall'ipotesi minima delle comunicazioni

caratterizza la proprietà: il godimento è comune a tutte le situazioni che pongono il titolare in una relazione diretta con la cosa, mentre la disposizione attiene piuttosto alla titolarità, ed è quindi propria di tutti i diritti soggettivi disponibili. Dell'elemento che caratterizza la proprietà discussero i pandettisti, e la soluzione prevalente (poi teorizzata compiutamente da Kelsen) fu la centralità assegnata all'elemento dell'esclusività (“in modo esclusivo” dice l'art. 832 c.c.): “l'essenza della proprietà” risiede nell'attribuzione in via di principio al proprietario del potere di escludere gli altri dalla cosa».

<sup>31</sup> Cfr., fra gli altri, S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022, p. 3 ss.; R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, *ivi*, p. 26 ss.; M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 1101 ss.; ID., voce *Presunzioni*, in *Enc. giur.* Trecani, Roma, 1991, p. 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 301 ss.

intercorse con terzi che permettano di arguire la sua concreta intenzione di impiegare il bene, alle trattative negoziali fino alla produzione documentale di un contratto concluso – dalla quale il giudice possa inferire che il bene occupato sarebbe stato destinato a un determinato utilizzo economico o che, più genericamente, sarebbe stato sfruttato secondo qualche modalità valutabile economicamente. Assente la prova specifica di un fatto che renda credibile la sequenza causale alternativa ipotetica di un determinato impiego del bene, ma presente la prova di uno o più fatti che consentano di desumere la fattiva intenzione del proprietario di rendere, in qualche modo, il bene fruttifero, il giudice dovrebbe quantificare il risarcimento utilizzando il c.d. parametro figurativo della rendita locatizia del bene (artt. 1226 e 1591 c.c.). D'altronde, i canoni di locazione sono i frutti civili della proprietà, così come gli interessi dei capitali sono i frutti della moneta (art. 820, comma 3, c.c.)<sup>32</sup>.

Quanto si è argomentato prima sulla distinzione tra le norme degli artt. 1224 e 1591 rende la soluzione qui proposta comunque lontana dal modello normativo di tutela della proprietà, ma non incompatibile con esso per effetto dell'art. 1226. Pur non essendoci né un corrispettivo precedentemente convenuto né un debitore in mora a restituire la cosa (art. 1591), la prova per presunzioni rende logicamente prevalente l'ipotesi che il bene sarebbe stato sfruttato economicamente rispetto all'ipotesi contraria che sarebbe rimasto negletto<sup>33</sup>. Se la gravità, la precisione e la concordanza dei fatti noti, provati dal danneggiato, consentono al

<sup>32</sup> Cfr. DALLA MASSARA, *Obbligazioni*, cit., p. 299 ss.

<sup>33</sup> Osserva M. TARUFFO, *La regola del più probabile che no come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in V. GAROFOLI (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Atti del Convegno (Bari, 21-22 maggio 2004), Milano, 2005, p. 49 ss., che, a differenza del processo penale, nel processo civile siamo di fronte «ad un contesto processuale la cui struttura fondamentale è diversa, perché non esiste la presunzione di innocenza. Il diritto civile è pieno di presunzioni legali, la maggior parte delle volte relative, quindi di meccanismi per spostare l'onere della prova sull'altra parte, ma non vi è nessuna presunzione che assiste l'attore invece del convenuto o il convenuto invece dell'attore; le presunzioni legali civilistiche sono tecniche di allocazione dell'onere della prova che, di volta in volta, il legislatore adopera per favorire certi soggetti, il lavoratore o altri soggetti deboli, ma questo non è nulla di paragonabile con quella che è stata definita, in positivo naturalmente, una distorsione sistematica che è presente nel processo penale in funzione della presunzione di innocenza dell'imputato. Questo segna una divaricazione strutturale tra i due tipi di processo, per cui di prova oltre il dubbio ragionevole in civile non si parla. Ma vi è anche il fatto che noi civilisti non abbiamo neppure altri criteri normativi che in qualche maniera indichino uno standard

giudice – attraverso l'utilizzo di massime di esperienza qualificate – di giungere a questa conclusione (art. 116, comma 1°, c.p.c.) e di giustificarla razionalmente nel contesto argomentativo della motivazione della decisione, a far difetto rimane solo la prova del preciso ammontare del danno, ma questa carenza può essere colmata dal potere di valutazione equitativa attribuito al giudice dall'art. 1226 (e dall'art. 2056, commi 1 e 2, c.c.) in funzione della tutela dei beni giuridici<sup>34</sup>.

Differente si mostra la ricostruzione delle sezioni unite, che normativizza una regolarità causale (la privazione della proprietà è fonte di danno) attraverso la creazione di quella che può definirsi una presunzione giurisprudenziale. Funzionale al raggiungimento di questo risultato è la riqualificazione del mancato godimento del bene occupato come danno emergente anziché come lucro cessante<sup>35</sup>.

Che il mancato godimento indiretto – riferito all'ipotesi in cui il proprietario goda del bene per mezzo di un terzo che lo detenga su sua concessione e dietro il pagamento di un corrispettivo –rappresenti un lucro cessante non vi è dubbio; più problematica sembra – ma solo di apparenza si tratta – l'ipotesi in cui, a causa dell'occupazione abusiva, il titolare del diritto sia concretamente privato della facoltà di utilizzare direttamente il bene. Sennonché una perdita o sussiste – e, una volta provata, è incontrovertibile – o non sussiste: il fatto stesso che la giurisprudenza attribuisca al convenuto la possibilità di offrire una prova contraria smentisce che l'impossibilità del godimento diretto del bene sia qualificabile come danno emergente. Diverso sarebbe se il danneggiante provasse che l'attore abbia tratto dall'illecito un vantaggio che vada a compensare il pregiudizio determinatosi: questa prova non metterebbe in discussione l'occorrenza della perdita, ma smentirebbe semplicemente che l'evento dannoso abbia, complessivamente, determinato un decremento nel patrimonio del danneggiato.

La controprova a cui le sezioni unite fanno riferimento è volta, invece, proprio a smentire che un danno emergente si sia prodotto: ciò che di-

di prova. Ecco allora lo standard della prova prevalente, che affiora qua e là in qualche altra legislazione, come la *preponderance of evidence*», p. 52.

<sup>34</sup> Su cui v., di recente, F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, in particolare p. 15 ss. e 311 ss.

<sup>35</sup> Sul problema dell'identificazione del lucro cessante v., A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, 2016, soprattutto p. 812 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 79 ss.; A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 247 ss.

mostra come non si stia realmente discutendo di una perdita bensì di un mancato guadagno. Si pensi all'ipotesi della casa al mare occupata da un terzo all'inizio del periodo estivo, e liberata dallo stesso al termine della stagione. Si supponga, ora, che il proprietario si limiti ad allegare che avrebbe utilizzato l'immobile per trascorrervi le vacanze; mentre il convenuto provi il ricovero del danneggiato in ospedale nel mese di giugno di quello stesso anno, per una frattura al femore, e la fine della sua degenza nel settembre successivo, proprio nel momento coincidente con la fine dell'occupazione. Ciò che il convenuto offre è la prova di una serie causale reale, che costituisce una condizione negativa impeditiva della serie causale alternativa ipotetica, allegata dall'attore per convincere il giudice che avrebbe goduto direttamente dell'immobile nel periodo considerato.

Il contenuto della prova contraria offerta dal danneggiante e, ancor prima, la stessa possibilità di una tale prova esclude che il pregiudizio su cui si controverte rappresenti un danno emergente. Quanto si sta argomentando ben si coglie ponendo mente al § 252 BGB, *Entgangener Gewinn*, che considera mancato il guadagno che, secondo l'abituale corso degli eventi o secondo le particolari circostanze, in special modo secondo le disposizioni adottate e i preparativi intrapresi, poteva essere atteso con probabilità<sup>36</sup>.

Proviamo, quindi, a ricostruire correttamente la prova per presunzioni del danno da lucro cessante patito dal proprietario per il mancato godimento diretto del bene durante l'occupazione abusiva: il danneggiato dovrebbe provare il fatto noto del suo abituale utilizzo dell'immobile nel periodo estivo; in mancanza di un'eccezione del convenuto, il giudice dovrebbe inferire, dal fatto noto, il fatto ignorato che, se l'occupazione abusiva non avesse avuto luogo, con elevata probabilità – *i.e.* con una probabilità logicamente prevalente rispetto all'ipotesi avversa – il proprietario avrebbe goduto dell'immobile nel periodo considerato. Essendo il godimento del bene occupato valutabile economicamente, il giudice potrà quantificare il risarcimento ricorrendo, *ex art.* 1226, al parametro del prezzo di mercato di un soggiorno, nella medesima località, in un immobile dalle caratteristiche di quello occupato.

6. La scelta della Cassazione di qualificare come danno emergente il mancato godimento del bene non rappresenta, però, un mero errore tassonomico, ma è funzionale all'istituzione di un danno intrinseco

<sup>36</sup> Cfr. H. OETKER, § 252 *Entgangener Gewinn*, in *Münchener Kommentar zum BGB8, Band 2 Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, München, 2019, p. 561 ss.

alla lesione del diritto di proprietà prodottasi con l'occupazione. Infatti, il vittorioso esperimento della tutela reale esclude che il danneggiato possa ottenere un risarcimento commisurato al valore di mercato del bene, recuperato in natura al patrimonio del danneggiato, così come la mancata lesione del bene – che, la Corte precisa, atterrebbe comunque all'oggetto e non al contenuto del diritto violato – esclude, di nuovo, che sia riscontrabile un danno intrinseco all'illecito. Pertanto, le sezioni unite, preso atto delle difficoltà della prova di una serie causale ipotetica (volta a dimostrare l'utilizzo a cui il danneggiato avrebbe destinato il bene là dove fosse rimasto nella sua disponibilità), e ritenendo la sola tutela reale un presidio insufficiente all'efficace protezione del bene giuridico proprietà, riconfigurano la fattispecie della perdita della facoltà di godimento del bene quale danno emergente intrinseco all'occupazione abusiva.

Tornando alla moneta, sul finire degli anni '70, la giurisprudenza – riconoscendo l'insufficienza della tutela apprestata da un saggio degli interessi legali fissato, in maniera rigida, da una norma del codice civile, al tasso del 5% in ragione d'anno – qualificò la perdita di potere d'acquisto della moneta, determinata da un imponente fenomeno inflazionistico, quale danno emergente di cui il creditore poteva ottenere il risarcimento sulla base della semplice allegazione del fatto notorio del deprezzamento monetario. Se, nel periodo della mora, il tasso di inflazione fosse stato maggiore del saggio degli interessi legali, il creditore non avrebbe dovuto provare l'utilizzo a cui avrebbe destinato la somma in modo da sottrarla all'erosione del potere d'acquisto della moneta (art. 1224, comma 2), ma avrebbe potuto semplicemente limitarsi ad allegare il fatto notorio della svalutazione<sup>37</sup>.

Un pregiudizio da lucro cessante veniva riqualficato come danno emergente.

La soluzione ebbe vita breve: il pregiudizio riprese la corretta qualificazione di lucro cessante, seppure determinato attraverso uno schema presuntivo generalizzante. Il creditore avrebbe, infatti, dovuto provare la sua appartenenza a una determinata categoria socio economica (l'imprenditore, il risparmiatore abituale, l'investitore occasionale, il modesto consumatore) quale fatto noto dal quale il giudice avrebbe presunto che, se il creditore avesse potuto contare sulla somma dovuta, l'avrebbe destinata all'utilizzo tipico che caratterizza la

<sup>37</sup> V., anche per i relativi riferimenti di giurisprudenza e dottrina, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni*, cit., p. 447 ss.; N. RIZZO, *Il problema*, cit., p. 211 ss.

sua categoria sociale di appartenenza in relazione al modo di impiego del denaro, ottenendo così un rendimento in grado di tenere indenne il capitale, almeno in parte, dal fenomeno inflazionistico.

Attualmente, la giurisprudenza attribuisce al creditore – qualsiasi sia il suo *status* socio economico – il diritto di ottenere, a titolo di risarcimento del danno da mora, gli interessi sulla somma inadempita commisurati al tasso di rendimento medio annuo netto dei titoli del debito pubblico di durata non superiore ai dodici mesi, nell'ipotesi in cui tale tasso sia superiore tanto al saggio degli interessi legali quanto al tasso di inflazione registratosi durante il periodo della mora. Il debitore è ammesso a offrire la prova contraria che il creditore, disponendo della somma dovuta, non l'avrebbe destinata a un impiego tale da assicurargli questo livello di redditività; il creditore, a sua volta, potrà richiedere il risarcimento del danno maggiore – non di quello compensato dagli interessi legali ma dal nuovo tasso individuato in via pretoria – producendo la prova specifica dell'utilizzo più profittevole a cui avrebbe destinato la somma là dove l'adempimento fosse stato esatto<sup>38</sup>.

Sulla presunzione legale – cioè sulla regola di disciplina del risarcimento del danno normale – di cui all'art. 1224, comma 1°, la Cassazione costruisce una presunzione giurisprudenziale di rendimento minimo della somma inadempita<sup>39</sup>, al fine dichiarato di intensificare la portata deterrente della reazione dell'ordinamento all'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, e quindi di rafforzare la tutela del bene giuridico moneta.

Siamo giunti al cuore del nostro discorso. La giurisprudenza delle sezioni unite sul danno da occupazione abusiva di immobile ricalca la giurisprudenza sul danno nelle obbligazioni pecuniarie. Le sezioni unite compiono una dichiarazione di natura confessoria quando precisano che non di danno *in re ipsa* si debba discorrere bensì di danno normale. Del resto, le presunzioni giurisprudenziali – proprio come le presunzioni legali – si fondano sul riscontro di una regolarità causale, e sostituiscono la prova della causalità individuale, cioè delle conseguenze che concretamente siano derivate dalla lesione di un diritto, con la causalità generale, la cui sussistenza si assume sulla base di massime di esperienza. La differenza tra presunzione legale e

<sup>38</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, c. 2786 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il disgorgement che non t'aspetti)*, c. 2789 ss.

<sup>39</sup> Cfr. COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 355 ss.

presunzione giurisprudenziale non è data dall'efficacia, che nel diritto applicato finisce per parificarsi, ma soltanto dalla differente fonte della congettura che si fa regola di disciplina.

Il potenziamento della tutela di una determinata situazione giuridica soggettiva è la chiave di lettura che spiega la presunzione. Nell'ipotesi dell'occupazione abusiva di immobile, la tutela reale priva la fattispecie di responsabilità del danno intrinseco all'evento lesivo del diritto (il valore del bene); il risarcimento del danno estrinseco, dal canto suo, richiede la prova dell'evento dannoso successivo al primo evento (la lesione), quindi l'individuazione dell'utilizzo, impedito dall'occupazione, a cui il bene sarebbe stato destinato in mancanza della stessa. La giurisprudenza sostituisce alla prova – per presunzioni semplici – dell'evento dannoso susseguente alla lesione, la presunzione – di marca pretoria e portata, sostanzialmente, normativa – di un danno normale estrinsecantesi nel mancato godimento della proprietà. Pertanto, una schietta valutazione di politica del diritto porta la giurisprudenza a rafforzare la portata deterrente della sanzione civile, per potenziare la protezione del bene giuridico proprietà<sup>40</sup>.

Si deve ritenere che la presunzione giurisprudenziale così approntata concretizzi un'ipotesi di danno punitivo *praeter legem*, cioè al di fuori della garanzia della tipicità della comminatoria di una prestazione personale o patrimoniale posta dall'art. 23 della Costituzione?

La giurisprudenza della terza sezione della Cassazione lo sostiene<sup>41</sup>; le sezioni unite<sup>42</sup> e parte della dottrina<sup>43</sup> lo negano, sulla base di un argomento che, però, non convince: il danno sarebbe punitivo quando la sanzione reagisce a una condotta particolarmente riprovevole perché posta in essere con dolo o connotata da colpa grave; ma, al contrario, nello stesso terreno di coltura dei *punitive damages* – il diritto nordamericano – la sanzione ultracompensativa viene comminata anche

<sup>40</sup> Cfr. G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard L. Rev.*, 1972, v. 85, n. 6, p. 1089 ss. V., inoltre, G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 293 ss.

<sup>41</sup> Cass., 17 gennaio 2022, n. 1162, cit.; Cass., 25 maggio 2018, n. 13071, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

<sup>42</sup> Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, nn. 33645-33659, cit.

<sup>43</sup> V. M. MAGGIOLO, *Il danno da occupazione abusiva alle sezioni unite. Problemi di allegazione, problemi di prova, e pochi problemi di danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 884 ss.; G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 889 ss.

nelle fattispecie di *strict liability*, anzi il danno da prodotto è diventata la fattispecie più florida per la comminatoria di *punitive damages*<sup>44</sup>.

Non sembra, pertanto, il disvalore della condotta il discrimine adatto per riconoscere i danni punitivi, che allo stato attuale reagiscono in particolare alla gravità della lesione del bene leso, la cui compromissione, a sua volta, rappresenta un grave *vulnus* per l'ordinamento. In sintesi, la particolare efficacia deterrente e la portata ultracompensativa della sanzione rappresentano gli elementi distintivi della figura dei danni punitivi.

Nel nostro caso, la risposta alla domanda se il risarcimento del danno normale da occupazione abusiva di immobile rappresenti un danno punitivo si fa incerta. Guardando alla fattispecie concreta, l'orientamento della Cassazione – se non proprio renderà la domanda di risarcimento una clausola di stile della citazione in giudizio – certamente agevola che si dia il caso in cui ottenga un risarcimento del danno chi non avrebbe destinato il bene ad alcun utilizzo, determinando l'irrogazione di una sanzione civile di natura ultracompensativa. Muovendo, invece, su un piano astratto – o se si preferisce generale – la *ratio* della presunzione giurisprudenziale la àncora alla funzione riparatoria: la regolarità causale è innalzata a regola giuridica, il danno normale trasformato in danno normativo. A livello funzionale, la sanzione civile rimane dello stesso segno, non si sposta cioè dal modello riparatorio a quello di tipo retributivo.

### Abstract

Questo saggio vuole mostrare come l'ordinamento costruisca la tutela risarcitoria di alcuni beni giuridici – la moneta e la proprietà – sul decorso causale tipico che consegue alla loro lesione. La stessa osservazione può essere formulata riguardo alle regole operative, elaborate dalla giurisprudenza, in materia di tutela risarcitoria della persona, del credito pecuniario e, ora, anche della proprietà. Sotto il profilo tecnico, si tratta di regole che pongono presunzioni (giurisprudenziali) costruite sulla causalità generale; dal punto di vista funzionale, queste soluzioni si spiegano nella logica della deterrenza.

This essay aims to show how the legal system constructs the compensatory protection of certain legal goods – money and property – on the typical causal course that follows their injury. The same observation can be made

<sup>44</sup> Cfr. DE MENECH, *Le prestazioni*, cit., p. 199 ss.; criticamente G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss., in particolare p. 457 ss., che parla di crisi di identità attraversata dai *punitive damages*.

about the operational rules, developed by case law, regarding the compensatory protection of the person, pecuniary claim and now property as well. From a technical point of view, these are rules that place (jurisprudential) presumptions built on general causation; from a functional point of view, these solutions are explained in the logic of deterrence.

*Keywords:*

Riparazione; deterrenza; causalità, danno normale; presunzioni.

Reparation; deterrence; causation; normal harm; presumptions.

