



Università
Ca' Foscari
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo

Graduate School

Dottorato di ricerca

in Diritto Europeo dei Contratti Civili, Commerciali e del Lavoro

Ciclo XXVIII (IUS/01)

Anno di discussione: 2016

Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità civile

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01

Tesi di Dottorato del Dott. SIMONE CARRA' (matricola 955986)

Coordinatore del Dottorato: Ch.ma Prof.ssa CARMELA CAMARDI

Tutore del Dottorando: Ch.mo Prof. ROBERTO SENIGAGLIA

Esame finale anno accademico 2014-2015

Ai miei genitori...

INDICE

PREMESSA	pag. 7
----------	--------

CAPITOLO PRIMO

Le teorie sulla funzione della responsabilità civile

1. La nozione c.d. unitaria della “responsabilità civile”	pag. 8
2. L'individuazione di un'evoluzione della responsabilità civile	pag. 12
3. I diversi “modelli” di cui si compone il mosaico della responsabilità civile e i caratteri del “paradigma”	pag. 13
4. La problematica dottrinale sulla funzione: la responsabilità civile quale strumento di tutela nel contesto dei rimedi di riparazione del danno	pag. 22
5. Le diverse funzioni della responsabilità civile	pag. 35
6. Funzione “compensativa” o funzioni “compensative”? Il rapporto con il principio di integrale riparazione del danno	pag. 40
7. Segue. La funzione “ripristinativa”	pag. 42
8. Segue. La funzione “repressiva”	pag. 46
9. Segue. La funzione “riparatoria” (o “compensativa” in senso stretto)	pag. 47
10. Segue. La funzione “satisfattiva”	pag. 49
11. Segue. La funzione “solidaristica”	pag. 51
12. Segue. La funzione “preventiva” o “deterrente”	pag. 52
13. Segue. La funzione “sanzionatoria” o “punitiva”	pag. 57
14. Segue. La funzione “organizzativa” o “regolativa”	pag. 58

CAPITOLO SECONDO

Percorsi evolutivi di una “nuova” idea di funzione della responsabilità civile

1. Premessa. Il passaggio dalla analisi della funzione della responsabilità all'analisi della funzione dei rimedi e la rilettura della funzione della responsabilità in chiave di strumento di allocazione degli incentivi	pag. 62
2. L'ampliamento del sistema rimediario della responsabilità civile: dal risarcimento all'indennità e all'indennizzo	pag. 69
3. Il metodo dell'analisi economica del diritto per una teoria della funzione della responsabilità civile	pag. 78

4. Una rivisitazione dell'esame dei rimedi indennitari in chiave sistematica nell'ambito dell'analisi funzionale della responsabilità civile. Il caso dell'indennizzo nel diritto proprietario	pag. 98
5. La responsabilità del datore di lavoro per la lesione di un interesse patrimoniale del lavoratore	pag. 112
6. La prospettiva del diritto dei consumatori tra <i>property rules</i> e <i>liability rules</i> . Il diritto dei consumatori come diritto rimediale	pag. 137
7. Segue. Il ruolo della <i>behavioural law and economics</i> nel diritto dei consumatori	pag. 142
8. Segue. Le nullità di protezione: <i>property rules</i> a tutela dei consumatori?	pag. 147
9. Segue. Le <i>liability rules</i> nel diritto dei consumatori	pag. 151
10. Segue. Il diritto dei consumatori come terreno di elezione delle <i>liability rules</i>	pag. 156

CAPITOLO TERZO

L'esperienza del *Common Law* inglese

a supporto di una lettura organizzativa della funzione della responsabilità civile

1. L'interpretazione del paradigma della responsabilità civile in chiave di <i>behavioural law and economics</i>	pag. 159
2. L'opportunità di una valutazione comparatistica con un ordinamento giuridico di <i>Common Law</i> e, in particolare, con il sistema anglosassone dei <i>torts</i> e della <i>law of obligations</i>	pag. 162
3. Segue. La definizione di <i>damages</i> nell'ambito del sistema anglosassone dei <i>torts</i> e della <i>law of obligations</i>	pag. 163
4. Segue. La funzione dei <i>damages</i> nel diritto anglosassone	pag. 165
5. Segue. Le diverse tipologie di <i>non-compensatory damages</i>	pag. 167
6. Considerazioni sul paradigma della responsabilità civile a cavallo tra diritto inglese e diritto italiano	pag. 183
7. La nuova funzione della responsabilità civile e il ritorno dai rimedi alle categorie	pag. 183
BIBLIOGRAFIA	pag. 187

PREMESSA

Questa ricerca nasce da un interrogativo: è in grado la tradizionale categoria giuridica della responsabilità civile di raccogliere le continue istanze di cambiamento, tese quasi tutte ad una lettura economicistica del diritto, oggi giorno provenienti dal legislatore italiano ed europeo? E, in caso positivo, quali accorgimenti deve adottare l'interprete italiano perché il proprio sforzo ermeneutico non si ponga in contraddizione con le attuali esigenze dell'ordinamento giuridico?

Domande tanto ambiziose quanto dense di innumerevoli risvolti pratici.

Soprattutto domande attuali, poiché la rivisitazione dei modelli normativi di responsabilità civile ha assunto negli ultimi anni un'accelerata senza precedenti, come dimostra il fatto che nel corso della stesura del presente lavoro il legislatore è intervenuto con ben due riforme sistemiche che, se ben lette e calate nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, costituiscono una cesura rispetto al precedente paradigma della responsabilità civile: il riferimento è alle riforme dei diritti "secondi" (che "secondi", come si vedrà, non sono) del diritto del lavoro (con il c.d. *Jobs Act* che fa concettualmente seguito alla c.d. *Riforma Fornero*) e del diritto dei consumatori (con il recepimento della direttiva 83/2011/UE).

Le risposte a queste domande dipendono dalla capacità dell'interprete di cogliere il momento di cambiamento che oggi vive la categoria giuridica della responsabilità, evitando di relegare il fenomeno economicistico cui stiamo assistendo ad una mera problematica di settore. Perché tale non è, come si cercherà di spiegare e dimostrare.

Se ben compreso, ed è questo l'obiettivo del presente lavoro, il recente fenomeno di emancipazione della responsabilità dalla sua tradizionale funzione "reintegratoria"/"compensativa" permetterà all'interprete di dotarsi di uno strumento interpretativo duttile e flessibile e, soprattutto, finalmente adeguato alle scelte di politica legislativa assunte negli ultimi anni, scelte di cui il giurista non può che prendere atto senza sforzarsi di mantenere in vita il precedente equilibrio, ma cercando viceversa di scoprirne le potenzialità sul piano ermeneutico.

CAPITOLO PRIMO

Le teorie sulla funzione della responsabilità civile

1. La nozione c.d. unitaria di “responsabilità civile”

Al fine di delimitare l’ambito della presente riflessione sulla “funzione” della responsabilità civile, è necessario concentrarsi preliminarmente sulla nozione di “responsabilità civile” cui si intende fare riferimento.

Infatti, se da una parte il nostro ordinamento giuridico non contempla una definizione unitaria di “responsabilità civile”, lo stesso termine “responsabilità” è utilizzato dal legislatore italiano, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per identificare modelli normativi tutt’altro che omogenei tra loro.

Un’analisi delle diverse nozioni di “responsabilità civile” rinvenibili nel Codice Civile è stata svolta, negli anni ’60, da Stefano Rodotà¹, che ha individuato quattro gruppi di norme che delineano altrettanti modelli di “responsabilità”: in un primo gruppo di norme, “responsabilità” indicherebbe «l’assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione [...] del creditore»²; in un secondo gruppo di norme, la “responsabilità” è un meccanismo legale non automatico ma eventuale, perché dipende dalla circostanza che il soggetto “responsabile” abbia assunto o abbia instaurato un determinato rapporto³; infine, il terzo e il quarto modello si ricollegano a quella che è la più tradizionale classificazione teorica della responsabilità civile, vale a dire la suddivisione in norme di “responsabilità contrattuale” e norme di “responsabilità extracontrattuale”, che differiscono per il criterio con cui mirano ad individuare il soggetto “responsabile”⁴.

Come si può comprendere dal mero richiamo alla classificazione svolta da Rodotà, il problema della responsabilità civile consiste preliminarmente nell’identificazione dei

¹ RODOTA’ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 41 e ss..

² BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d’obbligazione*, Milano, 1953, 33. Di questo gruppo di norme fa parte, ad esempio l’art. 2740 cod. civ. che al primo comma prevede che il debitore, per il solo fatto di essere tale, «risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

³ V., ad esempio, l’art. 1486 cod. civ. che, in materia di responsabilità per evizione limita la responsabilità del venditore al rimborso della somma pagata dal compratore per evitare l’evizione della cosa comprata, dei relativi interessi e di tutte le spese.

⁴ V. RODOTA’ S., op. cit., 46: «Nell’ipotesi prevista dall’art. 1218 la legge, prendendo le mosse dall’inadempimento, ha già compiutamente definito il criterio d’individuazione del soggetto responsabile; mentre, nell’altra ipotesi, la diversa rilevanza giuridica della situazione di partenza (fatto dannoso) fa sì che sia proprio la definizione del criterio, in base al quale far gravare su di un soggetto determinato le conseguenze, a costituire il problema preliminare».

tratti peculiari di un paradigma, quello della “responsabilità”, che è declinabile in una serie di modelli differenti.

Tale classificazione, peraltro, si concentra unicamente sui modelli forniti dal codice civile e non comprende ovviamente altri modelli di responsabilità, che si sono sedimentati nel corso degli anni entrando a far parte dell’ordinamento giuridico e che, sebbene sia difficile negarne l’appartenenza alla più ampia nozione di “responsabilità civile”, non sono di diretta previsione codicistica. Solo per fare alcuni esempi particolari, si pensi, in materia giuslavoristica, alla responsabilità solidale di committente e appaltatore per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'INAIL⁵ o, sempre nell’ambito di un contratto di appalto, alla responsabilità solidale del committente e dell’appaltatore in relazione all’adempimento degli obblighi retributivi e contributivi in favore dei dipendenti dell’appaltatore⁶. O si pensi ancora, nel campo della tutela della proprietà industriale, all’art. 125 del Codice della Proprietà Industriale⁷ che prevede un modello di responsabilità, di derivazione europea, che ha suscitato molto interesse in dottrina poiché, indipendentemente dal fatto che se ne vogliano sottolineare il connotato di tutela effettiva degli assetti proprietari o le potenzialità deterrenti e sanzionatorie, comunque introduce un meccanismo apparentemente estraneo all’ordinamento giuridico italiano⁸.

⁵ Art. 26, quarto comma, D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

⁶ Art. 29, primo comma, D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Sul punto, v. ZILIO GRANDI G., *Solidarietà e tutele nell’intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 129 e ss.; CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 11, 834 e ss.; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell’impresa*, Torino, 2010, 116 e ss.; CARINCI M.T., *L’unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione è titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale dell’ordinamento giuslavoristico*, in *Art. dir. lav.*, 2007, 4-5, 1019 e ss.; SCARPELLI F., *Art. 29. Appalto*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 438 e ss..

⁷ D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

⁸ ROMANATO N., *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiustificato nell’art. 125 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 1, 23 e ss.; PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 133; GALLI C., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 109 e ss.; GUERNELLI M., *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 3, 215; SPOLIDORO M.S., *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull’art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 e ss.; SCUFFI M., *Diritto processuale della proprietà industriale*, Milano, 2009, 488 e ss.; DI CATALDO V., *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. Comm.*, 2008,

Al di là delle classificazioni proposte, già da quanto appena accennato è evidente che la “responsabilità civile” sia una nozione che si compone di una molteplicità di fattispecie normative, vale a dire di numerosi e diversi “modelli normativi”.

In passato, la dottrina ha intrapreso più volte la catalogazione di tali diversi modelli, sforzandosi talvolta di riunificarli in un unico paradigma (quello della “responsabilità civile”)⁹, talaltra di valorizzarne i tratti peculiari e distintivi, indicando come ciascun modello costituisca una categoria autonoma e indipendente dagli altri.

A dire il vero, in linea generale si può concludere che il tentativo di una *reductio ad unum*¹⁰ di tali modelli con l’ausilio della nozione “unitaria” di “responsabilità civile” ha raccolto non poche diffidenze, mentre ha prevalso, al contrario, la tendenza a distinguere i differenti modelli di responsabilità civile. Si pensi, a dimostrazione di quanto appena detto, all’asserita incompatibilità teorica tra la responsabilità contrattuale, derivante dalla violazione di un obbligo, e la responsabilità extracontrattuale, derivante dalla violazione di un dovere¹¹. E, per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale, è noto il dibattito dottrinale sorto intorno a chi rifiuta di accostare l’art. 2043 cod. civ. ai diversi modelli normativi con cui l’ordinamento declina la responsabilità nei confronti del terzo (ad esempio, le ipotesi di c.d. “responsabilità oggettiva”)¹².

1, 198 e ss.; BARBUTO M., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 173; ID., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili. Le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. comm. ind.*, 2006, 10, 1425 e ss.; PARDOLESI P., *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, 525; ID., *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2005, 1, 38 e ss.; CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all’arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7.

⁹ V., ad esempio, CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744.

¹⁰ CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 182.

¹¹ V., sul punto, CASTRONOVO C., op. cit., 186: «La differenza tra responsabilità c.d. contrattuale e responsabilità c.d. extracontrattuale si asside proprio in questa diversità strutturale che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto e la seconda in esito alla lesione tout court di un diritto: la responsabilità civile è sanzione di un danno che consegua da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo».

¹² La problematica della circoscrizione della responsabilità civile quale problema sostanziale e non solo definitorio è colta nelle riflessioni di Busnelli. V. BUSNELLI F.D., *L’illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 339 e ss., dove l’Autore, pur riconoscendo la dirompente imponenza concettuale di fattispecie normative quali quelle relative ai danni causati da attività rischiose e dalla circolazione di autoveicoli (artt. 2050 e 2054 cod. civ.), rileva come tali fattispecie esulino dalla portata concettuale dell’illecito civile ex art. 2043 cod. civ.: «Il codice civile del 1942 ha, dunque,

Del resto, per quanto concerne l'oggetto della presente indagine, la riflessione scientifica sulle "funzioni" della "responsabilità civile" è praticamente sconfinata nel campo della responsabilità "extracontrattuale", mentre tende a ridimensionarsi molto nel campo della responsabilità contrattuale dove l'obiettivo sembrerebbe spostato dall'analisi della "funzione della responsabilità" all'analisi della "funzione del risarcimento"¹³.

Ad ogni modo, ai fini del presente studio, e in apparente contraddizione con le tendenze centrifughe della dottrina di cui si è dato atto, si ritiene utile fare riferimento a una nozione ampia ed unitaria di "responsabilità civile".

Una siffatta ampia nozione di "responsabilità civile" potrebbe essere intesa quale il collegamento legale tra il danno subito da un soggetto (il *danneggiato*) e un secondo soggetto (il *responsabile*), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo al secondo di risarcire il primo. E' a tale definizione pertanto che si farà riferimento nel corso dell'intero lavoro per dare atto dei recenti percorsi evolutivi della funzione della responsabilità civile.

Tale nozione include tutti i modelli responsabilità presenti nell'ordinamento civilistico italiano, *in primis* i modelli tradizionali di "responsabilità contrattuale" e "responsabilità extracontrattuale", i modelli normativi di responsabilità che a questi ultimi sono collegati da un rapporto di *species a genus*, i modelli di responsabilità che si situano nell'area grigia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nonché modelli di responsabilità che potrebbero sfuggire alla classica bipartizione tra responsabilità "contrattuale" o "extracontrattuale". A mero titolo di esempio, e per dar conto dell'omnicomprensività della nozione di "responsabilità civile" che si intende adottare, non esulano dall'oggetto della presente riflessioni, le ipotesi di responsabilità vicaria, la responsabilità prevista dall'art. 1669 cod. civ., la responsabilità c.d. "da contatto", nonché la c.d. responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, ivi inclusa la responsabilità per lesione di interessi legittimi e la responsabilità dello Stato per violazione delle norme di diritto dell'Unione Europea.

definitivamente fatto saltare le vecchie coordinate: l'atto illecito non è più, a ben vedere, la fonte esclusiva della responsabilità "extracontrattuale"; quest'ultima non collima più con la responsabilità contrattuale». Secondo l'Autore, «la responsabilità civile incombe: su colui la cui condotta colposa o dolosa ha causato il danno; su colui a cui è imputata l'attività dannosa di un terzo, sui colui a cui è imputato il *fait de la chose*; su colui che svolge un'attività pericolosa; su chi viene altrimenti individuato come responsabile della legge».

¹³ V., sul punto, AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.

La decisione di allargare in tal modo lo spettro della presente indagine è sicuramente frutto delle suggestioni di quanti richiamano da anni una prospettiva unitaria di "responsabilità civile", come uno dei più importanti studiosi della *responsabilité civile* francese, André Tunc, che ha richiamato l'esigenza di una «*unification désirable des règles gouvernant les deus responsabilités*»¹⁴. In tale ottica, è opportuno ricordare che alcuni sistemi giuridici continentali hanno già provveduto a rendere diritto positivo tale auspicio, come è avvenuto, ad esempio, con il "nuovo codice civile" olandese che, all'interno della "parte generale del diritto delle obbligazioni", riunisce la disciplina delle "obbligazioni legali di risarcimento del danno", le norme sull'atto illecito e quelle sui contratti.

2. L'individuazione di un'evoluzione della responsabilità civile

Definita alla guisa di cui sopra, la scelta di adottare una nozione unitaria di "responsabilità civile" impone, quale secondo passaggio metodologico, quello di delimitare l'oggetto della presente indagine.

Paradossalmente, l'obiettivo scientifico che si pone questo studio è ben delimitato ed ancorato nel quanto mai attuale fenomeno di mutamento della responsabilità civile, non ancora percepito dalla dottrina in questi termini, ma senz'altro riconoscibile quando dall'analisi del paradigma della responsabilità civile l'interprete si cala nell'analisi dell'evoluzione dei singoli modelli normativi di cui la responsabilità si compone.

Esempi sintomatici di tale cambiamento sono rinvenibili nei diritti "secondi"¹⁵ - che poi "secondi", come si vedrà, non sono - come il diritto dei consumatori, e nella materia specialistica del diritto del lavoro, che mai ha abbandonato la sua appartenenza all'area privatistica¹⁶, ma anche in settori più propriamente appartenenti al diritto civile, qual è quello del diritto proprietario.

In tali aree disciplinari stiamo assistendo, infatti, ad un progressivo abbandono del paradigma della responsabilità civile di tipo reintegratorio o compensativo, a vantaggio

¹⁴ TUNC A., *La responsabilité civile*, Parigi, 1989, 44. V., sul punto, GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993; BUSNELLI F.D., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 e ss..

¹⁵ GABRIELLI G., *Categorie civilistiche e «diritti secondi» nella disciplina dei patti di prelazione*, in PLAIA A., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, 27 e ss.; CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, 397 e ss..

¹⁶ MENGONI L., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 e ss..

di una responsabilità civile a servizio di diverse e specifiche esigenze di politica del diritto.

Si vedrà come il nucleo di cambiamento è di politica legislativa, come lo strumento utilizzato è quello dell'evoluzione dell'assetto rimediabile, e come il sistema che ne emerge oggi fornisce uno strumento non indifferente all'interprete per gestire e risolvere in via ermeneutica problematiche interpretative che oggi sono arroccate su posizioni tanto tradizionali quanto anacronistiche.

In tutto ciò, la scelta di una nozione ampia di "responsabilità civile" permette di affrontare l'esame di ogni singolo modello normativo di responsabilità in un'ottica di più ampio respiro, la quale non può - e non deve - non calarsi nel contesto europeo dei rimedi di riparazione del danno, contesto che è tenuto sempre in considerazione nel presente lavoro¹⁷.

Prima di entrare nel merito della problematica oggetto del presente studio, è indispensabile tuttavia fornire una - seppur breve, e senza alcuna pretesa di esaustività - rappresentazione di quelli che sono i principali modelli normativi di responsabilità civile a oggi previsti e delle relative funzioni.

3. I diversi “modelli” di cui si compone il mosaico della responsabilità civile e i caratteri del “paradigma”

Alla luce del contesto sopra delineato, non è certo obiettivo del presente studio di stilare l'elenco dei modelli di responsabilità offerti dall'ordinamento giuridico, anche perché – come detto – il numero di questi ultimi sarebbe molto elevato e, soprattutto, in costante aggiornamento.

Peraltro, a differenza dei sistemi di *Common Law* e dell'ordinamento romanistico, basati su sistemi rigidi di *actiones* predefinite, l'ordinamento giuridico italiano si configura come un sistema flessibile e aperto, perché permette la tutela di tutti i diritti per mezzo di una serie di strumenti (rimedi) tipici predefiniti dall'ordinamento stesso e da questo posti a presidio delle esigenze concrete dei cittadini¹⁸.

Anche per tale motivo, dunque, non è possibile trarre alcun giovamento dalla mera elencazione, per quanto esaustiva e aggiornata essa possa essere, di tutti i modelli

¹⁷ Sul tema, v. di recente SERIO M., *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 2, 327; SMORTO G., *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1, 159; SIRENA P., ADAR Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 359 e ss..

¹⁸ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 75.

normativi riconducibili alla nozione unitaria di responsabilità civile. Al contrario sarà utile individuare i tratti salienti del paradigma di responsabilità civile al fine di riuscire a riconoscere tali modelli normativi e distinguerli da rimedi attinenti alle altre forme di tutela fornite dall'ordinamento.

A tal riguardo, un primo supporto può venire dalla suddivisione, tratta dalla letteratura nordamericana di analisi economica del diritto¹⁹, delle norme giuridiche che compongono l'ordinamento in “regole di proprietà” (c.d. *Property Rules*), “regole di responsabilità” (c.d. *Liability Rules*) e “regole di inalienabilità” (c.d. *Inalienability Rule*)²⁰.

Lasciando da parte le regole di inalienabilità, secondo le quali è possibile alienare un qualsiasi diritto solo in presenza di determinate condizioni, si anticipano già ora i caratteri fondamentali della distinzione tra regole di proprietà e regole di responsabilità - distinzione che sarà meglio sviluppata, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, in seguito²¹ - al fine di valutare se questa distinzione possa essere di utilità per riconoscere i caratteri distintivi del paradigma di responsabilità civile.

Le regole di proprietà sono finalizzate alla tutela effettiva di un ordine di cose prestabilito che l'ordinamento giuridico, dopo aver definito, intende mantenere e, pertanto, preservare dal rischio di possibili aggressioni. I rimedi tipici delle regole di proprietà sono quelli che permettono di interrompere immediatamente il perturbamento (ad esempio, l'inibitoria) e di ristabilire l'ordine predefinito delle cose (ad esempio, la restituzione).

Le regole di responsabilità, al contrario, non intendono mantenere necessariamente l'ordine prestabilito ma attribuiscono un determinato costo alla violazione dei diritti, la cui tutela è pertanto limitata. In sostanza, qualora un diritto sia tutelato da una regola di responsabilità, il suo titolare è esposto al rischio che un terzo decida di internalizzare il costo della violazione del diritto corrispondendo allo stesso titolare un controvalore economico. Le regole di responsabilità ruotano, perlopiù, intorno ai rimedi risarcitori e

¹⁹ V. al riguardo, POSNER R., *Economic analysis of the law*, Boston – Toronto, 1972, 77; POSNER R., *A theory of negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972; in lingua italiana, COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole, Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006; CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

²⁰ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, *Harvard Law Review*, 1972, 85, 6, 1089 e ss..

²¹ V. *infra*, Capitolo Secondo, par. 3.

indennitari, la cui disciplina è dunque faro ordinatore dei comportamenti spontanei dei soggetti di diritto²².

A tal proposito, si consideri che, come detto, l'analisi economica del diritto ci ha insegnato che le *Property Rules* (regole di proprietà) sarebbero quelle destinate a proteggere un ordine di valore predisposto *ex ante*, mentre le *Liability Rules* (regole di responsabilità) si risolverebbero in incentivi per il comportamento spontaneo (o meglio indotto) dei loro destinatari.

Ancora, secondo l'analisi economica del diritto, le *Property Rules* (ad esempio, i rimedi restitutori e inibitori) sarebbero più efficienti nelle situazioni di certezza giuridica, mentre le *Liability Rules* (ad esempio, i rimedi risarcitori) sarebbero più efficienti nelle situazioni di incertezza giuridica.

Infine, è stato ritenuto che la distinzione tra regole proprietarie e regole di responsabilità (*property* e *liability rules*) si basa sulla circostanza che le *liability rules* sarebbero determinate da una valutazione (economica) di beni e di interessi prestabilita autoritativamente dall'ordinamento (e tale da imporsi a tutti i soggetti) mentre le *property rules* sarebbero ancora, in certa misura, "funzionali" all'interesse e alla volontà del soggetto-proprietario, e ne salvaguarderebbero in modo pieno l'integrità²³.

Ebbene si tratterà di vedere se, considerata la funzione della responsabilità civile italiana, tali distinzioni coincidano con il reale assetto giuridico positivo o se, al contrario, la responsabilità civile giochi un ruolo ben più incisivo di quello di mero distributore di incentivi individuali, atteggiandosi talvolta a *liability rule* e talaltra a vera e propria *property rule*.

La suddivisione in questione non permette, infatti, di risolvere il quesito su quali siano i caratteri fondamentali della "responsabilità civile" e su quali peculiarità si fondi la distinzione tra la tutela fondata sulla responsabilità e quella accordata da altri strumenti. Infatti a ben vedere, non vi è una necessaria corrispondenza tra "regole di responsabilità" e modelli normativi di "responsabilità" (come del resto non vi è neppure una necessaria corrispondenza tra "regole proprietarie" e modelli legislativi proprietari). In altre parole, non è necessariamente vero che un modello normativo di responsabilità

²² Si vedrà come, in determinate circostanze, il rimedio risarcitorio sembri rispondere maggiormente ad esigenze tipiche di una *property rule* invece che di una *liability rule*, e come viceversa il rimedio indennitario è sempre connesso ad una *liability rule*. V. *infra*, Capitolo Secondo, par. 3.

²³ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 114.

sia fondato meramente su regole di responsabilità e non possa invece essere disciplinato (altresì) da regole proprietarie.

Si pensi, ad esempio, alle norme sull'adempimento in natura *ex art.* 2930 e ss. cod. civ. che sono tipicamente regole proprietarie per l'esecuzione di modelli di "responsabilità". Si pensi ancora, al modello normativo di "responsabilità" per violazione dei diritti di privativa industriale, che vengono protetti dall'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale in modo talmente ampio da includere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione. Si pensi poi alla responsabilità del possessore, declinata non solo nel modello di responsabilità di cui all'art. 2043 e ss. cod. civ., che rileva nel momento in cui il proprietario abbia effettivamente subito un danno da parte del possessore (in mala fede), ma anche e soprattutto nel modello – sempre di responsabilità – disciplinato dagli artt. 1148 e ss. cod. civ.²⁴. In questo caso dunque abbiamo regole "possessorie" e regole "di responsabilità", ambedue a tutela di un modello di responsabilità, la responsabilità del possessore.

Pertanto è necessario sottolineare da subito che il paradigma della responsabilità civile si nutre tanto di regole di proprietà quanto di regole di responsabilità, le quali sono artatamente distribuite dal legislatore al fine di raggiungere obiettivi diversi a seconda dei singoli casi.

La presenza di differenti tipi di regole all'interno del paradigma della responsabilità civile permette però già di raggiungere due conclusioni, che saranno ulteriormente sviluppate nel corso del presente lavoro: da un primo punto di vista, essa rileva non tanto ai fini dell'integrabilità di un modello normativo di tutela rispetto a un altro, quanto ai fini dell'individuazione della funzione che il legislatore ha inteso attribuire a un determinato modello normativo di tutela. Da un secondo punto di vista, e unitamente a quanto appena detto, essa dimostra che all'interno del paradigma della responsabilità civile convivono diverse funzioni.

²⁴ V., a proposito della distinzione tra i due modelli di responsabilità, quanto osservato da SACCO R., *Il possesso*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VII, Milano, 1988, 361 e ss.: «la responsabilità del possessore di mala fede non segue i binari dell'art. 2043 cod. civ.. Egli risponde dei frutti (anche civili) indipendentemente dai danni arrecati al proprietario (caso della villa chiusa da Tizio, di cui si impossessi Caio che la dà in conduzione a terzi, intascando i canoni relativi e che, pochi giorni prima del ritorno di Tizio, provveda a farla sgombrare e ripulire. I danni di Tizio saranno pressoché nulli o limitati. Ma Caio dovrà restituire a Tizio l'importo dei canoni). Così come, della restituzione dei frutti (percetti o percipiendi dopo la domanda) risponde il possessore di buona fede, anche se ad esso non è imputabile colpa alcuna».

Quanto appena detto tuttavia non risolve il problema di enucleare i caratteri di appartenenza al paradigma della responsabilità civile.

Infatti, nel caso di commistione, nel disciplinare il medesimo modello normativo, di regole di proprietà con regole di responsabilità, può sorgere l'interrogativo circa il tipo di modello normativo di riferimento.

Si pensi alle "regole di responsabilità" poste a tutela di alcuni diritti reali e che completano, fino a snaturarne le finalità, azione prettamente reali.

Un chiaro esempio è fornito dall'art. 948 cod. civ. che prevede che, nel caso il convenuto abbia cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa rivendicata, l'azione di rivendicazione si declini in un'azione finalizzata ad ottenere la prestazione del *tantundem* e il risarcimento del danno. Si pensi, ancora, all'art. 949 cod. civ. che prevede che, nell'ambito della c.d. azione negatoria se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno²⁵. Si pensi ancora all'art. 844 cod. civ. sulle immissioni²⁶ che, pur non prevedendo espressamente il rimedio risarcitorio, è stato utilizzato in giurisprudenza come fonte normativa per l'applicazione, a seconda delle circostanze, di un rimedio attinente alle regole proprietarie, l'inibitoria, o di un rimedio attinente alle regole di responsabilità, l'indennizzo²⁷.

Le conseguenze, da un punto di vista pratico, dell'integrazione di un modello di responsabilità rispetto ad esempio a un modello di tutela proprietaria sono poi notevoli: si pensi alla disciplina della prescrizione, della competenza e, non ultimo, ai criteri per quantificazione del risarcimento o dell'indennizzo.

Posto dunque che non è possibile individuare il modello normativo di riferimento facendo ricorso unicamente al criterio del tipo di regole di cui questo è composto, si rende necessario passare in rassegna, brevemente, i tratti comuni dei modelli normativi di responsabilità al fine di valutare l'opportunità di riconoscere una struttura standard comune a tutti i modelli. Una struttura, in termini più prettamente giuridici, che identifichi il "paradigma" della responsabilità civile.

²⁵ COLANTUONI L., *Le azioni petitorie*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 979 e ss.; TROIANO S., *Proprietà (azioni a tutela della)*, in *Il diritto. Enc. giur.*, 12, Milano, 2007, 283 e ss.; BREGANTE L., *Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Torino, 2006.

²⁶ MAZZOLA M.A., *Immissioni e risarcimento del danno*, Torino, 2009; ARZELA' A., *Le immissioni*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 527; D'AMORE A., *Risarcibilità e quantificazione del danno esistenziale da immissioni eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2391.

²⁷ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 102 e ss.. V. *infra*, Capitolo Secondo, par. 4.

A tal fine, basti dare uno sguardo alla struttura dei modelli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che, sebbene sia discusso e discutibile, che siano in grado di contenere – con un rapporto di *species a genus* – tutti i modelli normativi di responsabilità offerti dal nostro ordinamento²⁸, comunque rappresentano innegabilmente la struttura portante del paradigma di responsabilità civile italiano.

La responsabilità contrattuale è la posizione, giuridica e di fatto, del soggetto che soggiace alle conseguenze legali del suo comportamento (inadempimento) con il quale egli è venuto meno a un vincolo contrattuale, indipendentemente dal fatto che tale suo comportamento si sia concretizzato in un mancato, inesatto o ritardato adempimento. La responsabilità contrattuale è tutela del diritto di ogni consociato di autoregolamentare, in forma privata, i propri interessi per il tramite di accordi con altri individui. La responsabilità contrattuale è dunque strumento di tutela di un principio di libertà, la libertà contrattuale²⁹.

Da un punto di vista sistematico, la responsabilità contrattuale trova collocazione tanto nel Capo III (“Dell’inadempimento delle obbligazioni”) del Libro IV (“Delle Obbligazioni”) del Codice Civile, quanto nella sezione del Libro IV relativa ai rimedi a disposizione della vittima dell’inadempimento, vale a dire del creditore *in bonis*. Infatti, se da un punto di vista generale, la rottura del vincolo contrattuale consiste nell’inadempimento di un’obbligazione ex art. 1173 e ss. cod. civ., da un punto di vista particolare della disciplina del contratto, l’ordinamento prevede una serie di rimedi a disposizione del creditore che si trova ad affrontare un inadempimento³⁰. In particolare, quest’ultimo può scegliere di optare per l’adempimento o la risoluzione del contratto,

²⁸ V. ad esempio CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., 177 e ss. sulla possibilità di individuare un *tertium genus* tra “contratto” e “torto”.

²⁹ CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 55; MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, ivi, 2011, 157; TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008; VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2006; MENGONI L., voce «Responsabilità contrattuale», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072.

³⁰ CANARIS C.W., *L’inadempimento nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 629; CANNATA C.A., *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008; CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1; DELLACASA M., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553.

fermo restando, in ogni caso, il suo diritto al risarcimento del danno (art. 1453 cod. civ.)³¹.

La responsabilità extracontrattuale, invece, la cui disciplina è contenuta nel Titolo IX (“Dei fatti illeciti”), del Libro Quarto (“Delle obbligazioni”) del Codice Civile, in particolare agli articoli dal 2043 al 2059, è indipendente dalla preesistenza di un vincolo contrattuale, o di un altro tipo di rapporto giuridicamente rilevante, con un altro soggetto³² e afferisce all'altra faccia del principio di libertà tipico degli ordinamenti liberali per il quale l'uomo può fare tutto ciò che non gli è giuridicamente impedito³³.

Con un estremo sforzo di sintesi e semplificazione, il problema della responsabilità civile implica l'individuazione dell'area del danno ingiusto che permetta di distinguere l'area del lecito dall'area dell'illecito e, una volta appurato il verificarsi di un determinato “danno ingiusto”, la riconducibilità della relativa obbligazione risarcitoria a un determinato soggetto.

Ebbene dal primo punto di vista, l'individuazione dell'area dell'illecito è stata attribuita all'elemento dell'“ingiustizia” del danno. Come è possibile evincere immediatamente, “danno ingiusto” si configura quale una sorta di clausola generale che permette all'interprete di restringere o allargare le maglie dell'illecito³⁴. Dimostrazione di tale

³¹ TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; VETTORI G., *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 235; SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

³² SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, 1998, 2.

³³ DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289; BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit.; ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003; MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998; PONZANELLI G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, 9.

³⁴ V. MONATERI P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 325, in cui l'Autore sostiene che l'ingiustizia del danno rappresentava, insieme alla limitazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali di cui all'art. 2059 cod. civ., la vera novità dell'impianto di responsabilità civile scelto dal legislatore del 1942 rispetto a quello del 1965. A ben vedere, il paradigma della responsabilità civile si sostanziava in una serie di criteri ad appannaggio del giudice di merito (sussistenza dei fatti, del danno, dell'elemento soggettivo, del nesso di causalità). L'ingiustizia del danno rappresenta uno dei pochi elementi “giuridici”, come tale idoneo a essere soggetto a un giudizio di legittimità. Tuttavia nel corso degli anni, la giurisprudenza ha adottato un'interpretazione del tutto aperta di tale criterio fino a rendere l'ingiustizia un elemento atipico. V., in tema del requisito dell'ingiustizia del danno e sulla distinzione tra illecito e responsabilità, SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009, 661, secondo il quale il danno esiste quando vi è la lesione di un interesse giuridico, vale a dire di un interesse fondamentale della comunità giuridica, quale sintesi onnicomprensiva di tutti i valori reali e sostanziali del sistema. Secondo Scalisi, la meritevolezza e conseguentemente la rilevanza di un interesse devono essere individuate in

carattere del requisito dell'ingiustizia del danno è l'evoluzione giurisprudenziale sul punto: tramite il «sagace utilizzo del “filtro” della ingiustizia del danno»³⁵, la Corte di Cassazione è passata dall'originaria posizione di configurare un illecito extracontrattuale solo in caso di danno lesivo di un diritto soggettivo assoluto³⁶, all'ammissibilità del danno ingiusto in caso di violazione di un diritto di credito³⁷, fino a giungere alla configurabilità dell'illecito extracontrattuale in caso di lesione di un interesse legittimo del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione³⁸ e alla risarcibilità del danno subito dal consumatore finale in caso di violazione da parte del produttore della normativa *antitrust*³⁹.

Dal secondo punto di vista, la riconducibilità dell'obbligazione risarcitoria ad un determinato soggetto avviene tramite l'azionarsi dei dispositivi, denominati “criteri di imputazione”, della colpa e del dolo⁴⁰.

Come detto ci sono casi in cui ci troviamo in una zona grigia tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale e ci sono, infine, casi in cui è difficile comprendere se siamo di fronte ad una vera e propria ipotesi di responsabilità. Si pensi all'art. 948 cod. civ. che disciplina l'azione di rivendicazione e che prevede che «il proprietario può rivendicare la cosa, da chiunque la possiede o detiene e può proseguire l'esercizio dell'azione anche se costui, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa. In tal caso il convenuto è obbligato a recuperarla per l'attore a proprie spese, o, in mancanza, a corrispondergliene il valore, oltre a risarcirgli il danno». O si pensi ancora al grande dibattito che è sorto intorno alla possibilità di rinvenire nella violazione della buona fede un'ipotesi di dolo omissivo rilevante ai fini della validità del contratto (e dunque una regola di validità) piuttosto che un'ipotesi di *culpa in contrahendo* ex art. 1337 cod. civ. rilevante sul piano dell'integrazione di

concreto e non in astratto, avendo riguardo ad una serie di circostanze quali le condizioni dei soggetti interessati, la natura dei beni o servizi, i profili temporali e spaziali e gli eventuali ulteriori interessi in concorso.

³⁵ BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, cit., 352.

³⁶ Cass., 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, 1087.

³⁷ Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, I, 342.

³⁸ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108.

³⁹ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014.

⁴⁰ V. CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010, 322: «attraverso i criteri di imputazione della responsabilità il legislatore ha realizzato altrettanti criteri di allocazione del rischio derivante dalle ordinarie interferenze tra soggetti e attività».

un'eventuale responsabilità precontrattuale del contraente (e dunque una regola di comportamento)⁴¹.

Ebbene, da un'analisi della struttura modelli normativi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nonché dei diversi modelli normativi di responsabilità rinvenibili nell'ordinamento, è possibile comunque riconoscere almeno tre tratti comuni salienti della "responsabilità civile", vale a dire: (i) il rapporto tra danno e responsabilità; (ii) il rapporto tra responsabilità e obbligazione risarcitoria; e (iii) la natura patrimoniale dell'obbligazione risarcitoria⁴².

Pertanto, come abbiamo già avuto modo di osservare, "responsabilità civile" potrebbe essere definita quale il collegamento legale tra il danno subito da un soggetto (il danneggiato) e un secondo soggetto (il responsabile), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo al secondo di risarcire il primo.

In particolare, l'aspetto "patrimoniale" della responsabilità è un carattere determinante per comprendere fino in fondo la problematica della funzione del paradigma generale di responsabilità e dei diversi modelli normativi di cui quest'ultima si compone.

In alcuni casi, si pensi all'ambito dei contratti, la responsabilità ha natura ontologicamente patrimoniale, derivando tale natura dall'inadempimento di un vincolo obbligatorio a carattere patrimoniale.

In altri casi, ad esempio, nell'ipotesi di lesione di diritti della persona in sfregio all'imperativo del *neminem laedere*, la patrimonialità della responsabilità è invece legata al tipo di rimedio, quello risarcitorio, che è un rimedio necessariamente patrimoniale. Ciò anche nei casi previsti dall'art. 2059 cod. civ. di danno non patrimoniale⁴³.

In definitiva è dunque possibile affermare che la responsabilità richiama per definizione un rimedio di natura patrimoniale. D'altro canto la responsabilità è fonte di obbligazioni e, giusto il disposto dell'art. 1174 cod. civ., «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica [...]».

⁴¹ D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 37 e ss..

⁴² RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., 77: «La sequenza a cui far riferimento può esser, dunque, indicata nel modo seguente: evento dannoso, responsabilità, obbligazione di risarcimento; dove il giudizio di responsabilità è, a un tempo, condizione della rilevanza giuridica dell'evento dannoso (della sua qualificazione come illecito, secondo un uso che vedremo improprio) e presupposto per il suo collegamento con un soggetto determinato responsabile».

⁴³ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 245.

Ciò detto, si vedrà che la circostanza che la responsabilità sia indissolubilmente legata all'applicazione di un rimedio di natura patrimoniale non esige necessariamente, come invece sembrano dirci la dottrina e la giurisprudenza oggi dominanti, che tale rimedio sia il risarcimento del danno (potendo esservi, a tacer d'altro, i rimedi indennitari). Né esige, per chiudere il cerchio con quanto detto in apertura del presente paragrafo, che sia costituita da sole regole di responsabilità (potendo costituire, ad esempio, il risarcimento del danno rimedio afferente ad una vera e propria *property rule*).

4. La problematica dottrinale sulla funzione: la responsabilità civile quale strumento di tutela nel contesto dei rimedi di riparazione del danno

Nonostante la copiosità e autorevolezza dei contributi sul punto⁴⁴, la dottrina non sembra essere ancora giunta a una risposta univoca al quesito di quale sia la "funzione" della responsabilità civile.

In particolare, sembra che il baricentro dell'intero discorso sia assorbito intorno a uno sforzo classificatorio teso ad ammettere o escludere che la responsabilità civile possa tendere, oltre che a compensare la vittima di un danno subito e a ripristinare, perlomeno

⁴⁴ In generale, si può dire che, all'inizio trascurata dalla dottrina, la riflessione "moderna" sulla responsabilità civile si è aperta con gli articoli sull'ingiustizia del danno di Schlesinger e di Sacco, che aprirono il dibattito poi proseguito da Rodotà e Trimarchi. Fu, infatti, Rodotà a porre in Italia il vero problema della responsabilità civile in termini attuali come problema della fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica (ovvero naturalistica) del danno con una finzione giuridica. Il problema della responsabilità civile come diritto vivente ed elaborato dagli interpreti consiste, infatti, proprio nella scelta dei criteri mediante cui un determinato costo sociale viene lasciato in capo alla vittima o traslato dalla vittima in capo ad altri soggetti, che possono anche non essere i danneggiati. In questo modo diventa ovvio come il diritto della responsabilità civile sia un'opera di "ingegneria sociale" commissionata agli interpreti, e come le considerazioni di politica del diritto siano centrali nella loro elaborazione. Le analisi di Trimarchi sul rischio e sul nesso causale hanno mostrato la tecnicità di tali considerazioni di politica del diritto in termini di efficienza nella prevenzione dei danni e nell'attribuzione delle responsabilità *ex ante*, come veri scopi dell'istituto. Le analisi di Trimarchi, da un punto di vista della responsabilità contrattuale sono state proseguite, di recente, da Matteo Ambrosoli. Ad oggi, la riflessione sulla responsabilità civile è tutt'altro che interrotta, tanto che sono passati pochi anni da quando Francesco Donato Busnelli dichiarava: «La ricerca di una nuova collocazione dell'illecito civile nel sistema della responsabilità è un compito irrinunciabile per il civilista italiano». V. BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, cit., 339 e ss.. Secondo quest'Autore (che tuttavia faceva riferimento alla sola responsabilità extracontrattuale, mentre qui si adotta la nozione ampia e omnicomprensiva di "responsabilità civile" di cui si è detto *supra*), le nuove linee di tendenza della riflessione sulla responsabilità civile sono: «la ricerca di una nuova collocazione dell'illecito civile nel sistema della responsabilità e, sullo sfondo, il progressivo distacco di quest'ultima dalla zona di influenza del contratto (a); il processo di espansione dell'area della illiceità, e più in generale della responsabilità civile, con una corrispondente erosione dell'assolutezza del vecchio brocardo *qui iure suo utitur, neminem laedit* (b); la crescente attenzione all'esigenza prioritaria di riparazione dei danni alla persona, con particolare riferimento ai danni non patrimoniali (c)».

nel campo dei diritti patrimoniali, lo *status quo ante* – funzione che non sembrerebbe essere mai messa in dubbio – anche a scopi ulteriori, come la funzione deterrente e sanzionatoria, quest’ultima provocatoriamente insinuata da quanti riterrebbero possibile (o perlomeno opportuno) inserire nel nostro ordinamento i *punitive damages* di ispirazione statunitense⁴⁵.

Che questa sia la preoccupazione dell’odierna analisi funzionale sembrerebbe evidente se si dà una scorsa ai lavori di chi più recentemente si è occupato della problematica⁴⁶. Si pensi al recente lavoro di Barbierato che ha impostato la propria indagine chiedendosi se «si possa rinvenire nel nostro ordinamento un tendenziale allontanamento della responsabilità civile dallo schema funzionale bipolare: funzione riparatoria, in base alla regola generale del risarcimento e funzione deterrente, conseguita solo attraverso una regola di intermediazione legislativa che riconosca l’ammissibilità di condanne risarcitorie ultra-compensativa»⁴⁷. Come se, data per scontata la funzione riparatoria (che è legata alla funzione compensativa, come vedremo), l’unico sforzo interpretativo realizzabile possa essere animato dal coraggio di riconoscere alla responsabilità civile una possibile concezione ultra-compensativa e, di conseguenza, una possibile funzione deterrente e/o sanzionatoria. E a tal, riguardo, è stato notato che «il sistema italiano ha guardato e tuttora guarda con sospetto, che raggiunge qualche volta il livello della paura, le decisioni straniere, prevalentemente

⁴⁵ PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461; PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazioni del “vorrei ma non posso”?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341; OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 983; SIRENA P., *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531; PONZANELLI G., *La “costituzionalizzazione” dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356; ID., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 835; BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 479; SARAVALLE A., *I “punitive damages” nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 867; PONZANELLI G., *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435.

⁴⁶ BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in BARBIERATO D. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, Napoli, 2012, 55 e ss.; GENOVESE A., *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in MAUGERI M.R., ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009; BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impr.*, 2008, 120 e ss.; DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 289 e ss..

⁴⁷ BARBIERATO D., op. cit., 56.

nordamericane, che cercano di ottenere nell'ordinamento italiano riconoscimento, ma che presentano una quantificazione non del tutto coerente con la funzione riparatoria»⁴⁸. Ebbene tale impostazione sembrerebbe costringere i termini della problematica all'interno del dibattito circa la sussistenza o meno, nell'ordinamento giuridico italiano, di modelli di responsabilità deterrente/sanzionatoria sulla base del *quantum* risarcitorio cui potrebbe essere esposto il soggetto responsabile. Da questo punto di vista la conclusione di Barbierato della convivenza di modelli di responsabilità civile in un rapporto come di regola a eccezione potrebbe dirsi soddisfacente a seconda del valore che soggettivamente si voglia attribuire, sotto un profilo sistematico, alle eccezioni c.d. "ultracompensative"⁴⁹ o, comunque, non compensative⁵⁰.

Infatti, al di là delle conclusioni che si ritenga di voler trarre dalla presenza nell'ordinamento di determinati modelli di responsabilità (apparentemente) ultracompensativo, tale presenza è innegabile e non può certo essere trascurata o sottovalutata⁵¹, perché è chiaro che dai risultati di tale riflessione dipenderanno risvolti concreti non indifferenti, come sarà agevole dimostrare con l'ausilio di un esempio concreto in tema di responsabilità contrattuale e un esempio in tema di responsabilità extracontrattuale.

⁴⁸ PONZANELLI G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 5, 1415.

⁴⁹ Tutti i lavori che si sono occupati di questo problema incentrano la loro riflessione intorno ai medesimi istituti, come ad esempio, la responsabilità per lite temeraria *ex art. 96 cod. proc. civ.*, la c.d. *astreinte* prevista dall'art. 614-bis cod. proc. civ., l'art. 125 del Codice di Proprietà Industriale, l'art. 129-bis cod. civ., l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, il danno ambientale e l'illecito a mezzo stampa, ecc..

⁵⁰ Che sono più precipuamente quelle oggetto del presente lavoro. V. *infra*, Capitolo Secondo.

⁵¹ Per una carrellata di alcuni dei modelli di responsabilità ultracompensativi oggi presenti nelle maglie dell'ordinamento giuridico italiano, v. CASABURI G., *Il risarcimento del danno nel diritto d'autore*, in *Giur. merito*, 2010, 1194; MORANO CINQUE E., *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1836; MORGANTE D., *La responsabilità per danno all'ambiente*, in FAVA P. (a cura di), *La responsabilità civile: trattato teorico-pratico*, Milano, 2009; MÜLLER T.M., PLAIA A., *Il risarcimento del danno per violazione della proprietà intellettuale nel diritto tedesco*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, II, 457; D'ANGELO A., *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1193; CASABURI G., *Art. 709 ter c.p.c.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, 2528; DI MARZIO M., *Vita nuova per il danno da lite temeraria (in attesa che l'ennesima riforma rimescoli le carte)*, in *Giur. merito*, 2007, 1590; CARRATO A., *Lite temeraria, nuove frontiere del danno*, in *Dir. e giust.*, 2006, 45, 34; PARDOLESI P., *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, in *Corr. giur.*, 2006, 1605; D'ANGELO A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, 1048; PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 37; CASTRONOVO C., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 514.

In tema di responsabilità contrattuale, ci riferiamo a un esempio estratto da un recente lavoro di Matteo Ambrosoli⁵² con le riflessioni dell'Autore sul problema della "funzione" della "responsabilità civile" (in questo caso, si parla di responsabilità contrattuale) in un caso in cui è necessario valutare l'opportunità del rimedio del risarcimento in forma specifica rispetto a quello del risarcimento per equivalente.

Nell'esempio, in questione il soggetto A commissiona al soggetto B la costruzione di un edificio, prevedendo contrattualmente che le tubature debbano avere determinate caratteristiche.

Nonostante le specifiche indicazioni impartite al momento della conclusione del contratto nonché in corso di esecuzione dello stesso, il lavoro viene eseguito ma le tubature non corrispondono alle specifiche fornite.

In tale caso, il danno subito dal committente può essere determinato secondo due parametri differenti: da una parte, si può fare riferimento al criterio del differenziale di valore, e quindi valutare la differenza di valore esistente tra l'opera realizzata e quella che avrebbe dovuto essere realizzata; dall'altra si può fare invece riferimento al costo necessario per l'eliminazione del vizio e, quindi, per la sostituzione delle tubature⁵³.

In ogni caso, è evidente che a seconda del tipo di rimedio che venga applicato in concreto, il debitore sarà onerato di un obbligo più o meno gravoso. Ciò comporta ovviamente che il creditore non sarà ugualmente soddisfatto, laddove gli venga riconosciuta l'una o l'altra forma di risarcimento.

Conseguentemente, si può affermare che la forma di risarcimento che permette una maggiore soddisfazione dell'interesse del credito svolge una funzione ultrariparatoria, con (perlomeno apparente) contraddizione del principio che impedirebbe di assegnare al creditore più di quanto occorrente alla semplice compensazione del danno subito e al ristabilimento dello *status quo ante*⁵⁴.

Di conseguenza, «Se si accoglie l'idea per cui le regole giuridiche debbano essere conformate, laddove sia coinvolto un problema interpretativo, alla luce di criteri di razionalità ed efficienza economica, allora si deve ammettere la possibilità di edificare

⁵² AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 86 ss..

⁵³ Sul risarcimento in forma specifica, v. *ex multis*, MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 318 e ss.; MARELLA M.R., *Riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000; MARELLA M.R., *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, Perugia, 1996; CECCHERINI G., *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Contr. impr.*, 1991, 783; DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; SFORZA F., *Ordine di cessazione dell'illecito e risarcimento in forma specifica*, in *Foro it.*, 1979, I, 615.

⁵⁴ AMBROSOLI M., op. cit., 88.

la regola per cui, quando sia possibile preservare l'interesse del creditore attraverso più tecniche risarcitorie, alle quali siano associati diversi costi per il debitore, si dovrà dare la prevalenza a quella meno onerosa per il debitore, in quanto, così facendo, si eviterà uno spreco inutile di risorse»⁵⁵.

Si vedrà in seguito come probabilmente i criteri di razionalità ed efficienza economica risultano estranei all'assetto di criteri ermeneutici di cui oggi dispone l'interprete italiano. Ad ogni modo, la prospettiva assunta dall'Autore è molto interessante poiché permette di intraprendere un ragionamento su una prospettiva innovativa della funzione della responsabilità civile che questo lavoro intende perseguire.

Ebbene il caso delineato è il caso in cui l'inadempimento del contratto possa essere risolto, in via rimediabile, tramite due forme alternative di risarcimento del danno.

Il problema di quale delle due forme alternative di risarcimento debba essere preferita nel caso di specie potrebbe essere risolto facendo ricorso all'art. 2058 cod. civ., trapiantato nel giudizio di responsabilità contrattuale, laddove quest'ultimo permette al creditore di decidere se optare per un rimedio in forma specifica o se invece chiedere il risarcimento per equivalente.

Ma anche facendo ricorso a tale norma, rimarrebbero almeno due dubbi interpretativi. In primo luogo, infatti, rimarrebbe appannaggio del giudice appurare l'"eccessiva onerosità" della preferenza del debitore per un rimedio in forma specifica⁵⁶; in secondo luogo, rimane il dubbio di quale sia il risarcimento per equivalente, posto che, a ben vedere, entrambi i risarcimenti sarebbero associabili a tale rimedio.

Per la risoluzione di tale problema, Ambrosoli ricorre all'interpretazione funzionale e teleologica delle previsioni ("*prospettiva utilitaristica*") ravvedendovi la funzione di razionalità ed efficienza economica, che lo condurrebbe, nel caso di specie, ad aderire al "principio del minimo mezzo", teorizzato a fine ottocento dagli economisti e filosofi quale Miraglia, Supino e Mazzotta⁵⁷.

⁵⁵ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 88.

⁵⁶ Per una recente applicazione giurisprudenziale, v. Cass., 26 maggio 2014, n. 11662, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 996; Cass., 4 novembre 2013, n. 24718, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, 313; Cass., 22 marzo 2013, n. 7333, in *Guida al dir.*, 2013, 21, 46; Cass., 25 maggio 2012, n. 8358, in *Guida al dir.*, 2012, 35, 92.

⁵⁷ Il principio del minimo mezzo è riscontrabile anche nell'art. 1065 cod. civ., laddove, in tema di esercizio conforme al titolo o al possesso, si prevede che: «Colui che ha un diritto di servitù non può usarne se non a norma del suo titolo o del suo possesso. Nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guida da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente».

Si consideri adesso, quale esemplificazione della problematicità del tema della funzione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, il risalente caso *Enel c. Ditta Giampaoli*⁵⁸.

La Ditta Giampaoli aveva intrapreso alcuni lavori di escavazione in una zona ad alta concentrazione di cavi elettrici dell'Enel senza all'uopo coordinarsi con Enel al fine di evitare che i propri lavori potessero danneggiare tali cavi. Ebbene, durante alcuni lavori di escavazione, un cavo elettrico dell'Enel venne tranciato così determinando l'interruzione dell'erogazione dell'energia elettrica a danno di un utente della stessa Enel.

Ci si pone il quesito se, in una situazione come quella descritta, la responsabilità dovesse essere addossata a Enel, per avere quest'ultima un dovere di segnalare la presenza di tali cavi, o alla Ditta Giampaoli, che al contrario avrebbe dovuto informarsi circa l'eventuale presenza di cavi elettrici nella zona.

Chi si è occupato di rispondere a questo quesito ha dichiarato che un criterio di efficienza regolamentativa imporrebbe di addossare il dovere su colui per cui era più economico prevenire il danno: per l'effetto, poiché è chiaro come il danno potesse venire più facilmente evitato dall'impresa che dall'Enel, sarebbe opportuno escludere la responsabilità omissiva in capo all'Enel⁵⁹.

La conclusione generale da trarsi, dunque, è quella per cui il sistema di responsabilità civile deve essere volto ad imporre un obbligo di agire in capo al soggetto che si trovi nella posizione migliore per evitare il danno⁶⁰.

Il richiamo a tali esempi, e alle soluzioni prospettate da illustri Autori che si sono occupati di analisi funzionale della responsabilità civile, permette non solo di percepire i termini concreti del problema ma anche di comprendere la differenza di impostazione con cui tale problema può essere risolto.

Sui criteri di impostazione giova dunque spendere alcune riflessioni preliminari.

Il punto di partenza è la consapevolezza che quando si ragiona sulla funzione della responsabilità, così come quando si ragiona sulla funzione di un qualunque altro istituto o fattispecie normativa, lo sforzo che l'interprete è chiamato a compiere non è certo uno

⁵⁸ App. Ancona, 23 novembre 1982, *Rass. Giur. Enel*, 1982, 747.

⁵⁹ MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, 2006, 56.

⁶⁰ MONATERI P.G., op. cit., 56. Secondo Monateri, la giurisprudenza già organizza le decisioni con questo principio: la responsabilità è imputata a chi può meglio gestire il rischio (in termini di sopportazione dei costi di prevenzione, ivi inclusi quelli assicurativi).

sforzo interpretativo, da risolvere con l'ausilio delle regole di interpretazione ermeneutica.

Al contrario, ciò che si cerca è proprio uno strumento ermeneutico da cui ricavare, in via induttiva, il significato da attribuire a un determinato istituto (nel nostro caso a un determinato modello di responsabilità civile). Ciò perché il ragionamento sulla funzione è utile solo nella misura in cui diventa un ragionamento su quale sia la *ratio* della responsabilità al fine di aiutare l'interprete a risolvere un caso concreto.

Taglio parzialmente differente, o meglio più specifico, ma che aderisce alle parole di Rodotà che, nel suo famoso saggio su “*Il problema della responsabilità civile*”, sostiene: «il problema della responsabilità civile non è mai fine a se stesso, ma si risolve sempre in quello della fissazione dei criteri in base ai quali pronunciare il giudizio di responsabilità»⁶¹.

Il problema di questa tesi è dunque di ordine “deduttivo” e non “induttivo”: dedurre quale sia la *ratio* della responsabilità civile, sempre che effettivamente ve ne sia una. Spetta poi all'interprete utilizzare il criterio ermeneutico proposto per risolvere i casi concreti.

Pertanto, quando si dice che la funzione della responsabilità, ovvero il fine della norma, è in una “prospettiva utilitaristica”, oppure che la norma ha la funzione di imporre un peso al soggetto che meglio può affrontarlo vuol dire che si è valutato che tali sono gli obiettivi cui quel modello di responsabilità è preposto.

Al contrario, qualora si stia attribuendo ad un determinato modello una funzione altra rispetto a quella cui tale modello è preposto e, sulla base di tale funzione, si determini l'applicazione in un verso piuttosto che in un altro di un determinato modello normativo, non si è posta in essere un'opera di interpretazione, ma – se possibile – di meta-interpretazione perché si è proceduto a interpretare la funzione, che è di per sé un criterio interpretativo del modello normativo da interpretare.

Il primo passo per evitare l'ennesimo paradosso dell'analisi funzionale della responsabilità civile è quello di anteporre alla valutazione della funzione del singolo modello normativo la risoluzione del problema circa il ruolo che la responsabilità civile ricopre all'interno del nostro ordinamento, quale strumento di tutela civile dei diritti.

La “responsabilità civile” è infatti solo uno dei tanti strumenti di tutela conosciuti dal nostro ordinamento per soddisfare la tutela dei diritti civili (si pensi, ad esempio, alla

⁶¹ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., 51.

tutela inibitoria, alle regole di invalidità, alla tutela restitutoria e alle c.d. *actiones in rem*), e in particolare la tutela contro i danni⁶².

La risoluzione di tale problema è colma di difficoltà.

Si pensi ad esempio, nell'ambito del possesso, al dibattito sul diritto del possessore spogliato di agire, dopo aver azionato le regole possessorie a propria disposizione, anche per il risarcimento del danno subito nel caso in cui il bene venga distrutto. E ancora si pensi alla problematica di quale debba essere il rapporto tra possessore e proprietario in ordine alla richiesta di risarcimento.

La domanda dunque sembrerebbe essere quella se modelli normativi di tutela possessoria possono convivere con modelli di responsabilità, o se invece l'uno assorbe l'altro, e, in definitiva, quale sia il ruolo della responsabilità in tali fattispecie.

Un altro esempio della problematica connessa al ruolo della responsabilità civile può essere tratta dalla questione giuridica su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite⁶³ della Corte di Cassazione del 2007, in merito al quesito circa l'avvenuta regressione del modello di responsabilità in favore dei modelli di invalidità.

La questione si arrocca intorno al problema relativo al "principio di non interferenza" tra regole di comportamento (cioè quelle riguardanti i doveri e gli obblighi precontrattuali e esecutivi delle parti) e regole di validità (cioè quelle riguardanti la struttura del contratto e i suoi requisiti al fine di essere vincolante tra le parti), rispetto a quelle tendenze che ritengono queste ultime prevalenti sulle prime⁶⁴.

I ricorrenti sostenevano che la banca convenuta avesse violato alcune disposizioni previste dalla vecchia disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari⁶⁵: l'istituto bancario, infatti, avrebbe suggerito, e poi direttamente eseguito in veste di controparte, operazioni nelle quali aveva un interesse conflittuale con quello della cliente ed avrebbe consigliato ed eseguito

⁶² Per un'ampia analisi sulla tutela civile dei diritti, v. DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit.. V. anche, *ex multis*, MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; MESSINETTI D., *La sistematica rimediaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 154 e ss.; ORLANDO S., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 e ss.; MAZZAMUTO S., *I rimedi*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 739 e ss.; DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 e ss.; MATTEI U., *I rimedi*, in ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNERI A., MATTEI U., MONATERI P., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001.

⁶³ Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Il civilista* 2009, 10, 100.

⁶⁴ Sul punto, v. D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 e ss..

⁶⁵ Art. 6, L. 2 gennaio 1991, n. 1.

operazioni eccessivamente rischiose, se rapportate alla situazione patrimoniale del medesimo cliente⁶⁶.

Su tale presupposto i ricorrenti sostengono la nullità dei contratti in forza dei quali la banca ha compiuto le suddette operazioni, in quanto contrari a norme imperative *ex art.* 1418 cod. civ., primo comma (c.d. *nullità virtuali*) che prevede che «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente».

La tesi dei ricorrenti era dunque quella per cui la violazione della normativa sopra richiamata da parte della banca dovesse essere incanalata non solo quale violazione di norma imperativa ma anche come violazione rispetto alla quale la legge non prevede già rimedi alternativi.

La problematica è quella delle nuove esigenze di tutela e della difficoltà dell'interprete di rinvenire nell'ordinamento le giuste risposte alle esigenze di tutela che emergono nella pratica quotidiana. A tal riguardo, discutendo – tra l'altro – del ruolo della responsabilità contrattuale, Giovanni D'Amico affermava senza mezze misure che «se un punto può essere assunto con certezza [...] è che a tutti appare come il «nuovo diritto dei contratti» non ha ancora trovato un (nuovo) «paradigma» che consenta di rintracciare nel magma (a volte caotico) dei recenti provvedimenti normativi che riguardano la materia contrattuale la trama di sicuri principi ordinatori, ai quali l'interprete possa guardare con (sia pur) relativa sicurezza nel compito, sempre più delicato e complesso, di colmare le tante lacune, di sciogliere i molti nodi lasciati irrisolti dalla legislazione nuova, di dare coerenza ed ordine laddove sembrano regnare frammentarietà e disorganicità»⁶⁷.

Il riferimento è evidentemente alle nuove dinamiche di mercato ed esigenze di tutela che hanno inserito, anche a seguito della spinta del diritto privato europeo⁶⁸, alcuni

⁶⁶ Per un commento sulla sentenza in esame, v. NAPPI G., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1189; FEBBRAJO T., *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, *Giust. civ.*, 2008, 12, 2785; BRUNO F., ROZZI A., *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.* 2008, 3, 604.

⁶⁷ SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599; D'AMICO G., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 37 e ss.; D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 148 e ss.; VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 79; PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 156 e ss..

⁶⁸ Processo che è in continua evoluzione e perfezionamento, come dimostrano le recenti direttive 2011/83/UE in materia di diritti dei consumatori (oggi recepita nel D.Lgs. 21/2014) e 2013/11/UE in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

meccanismi innovativi all'interno del diritto civile italiano, così ingenerando confusione circa la sopravvivenza degli istituti tradizionali nella loro forma originaria.

Nel campo della responsabilità precontrattuale, ad esempio, si è sostenuto che la violazione dei generici obblighi di violazione precontrattuali potesse far scattare, parallelamente a quanto avviene in caso di violazione degli obblighi di informazione nei contratti con i consumatori, regole di invalidità. Tale conclusione è severamente opposta da gran parte della dottrina che invece continua a ribadire la sussistenza del principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento⁶⁹.

Nel caso sottoposto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, i ricorrenti sostenevano la nullità del contratto sebbene le violazioni poste in essere dalla banca riguardassero norme che non attenevano precipuamente alla struttura del contratto. A conforto delle proprie argomentazioni, i ricorrenti riportavano una serie di ipotesi di disposizioni imperative di legge, la cui violazione la giurisprudenza riteneva pacificamente condurre all'invalidità del contratto.

La Corte di Cassazione conferma in linea di principio l'applicabilità della nullità virtuale di cui all'art. 1418, primo comma, cod. civ. in una serie di circostanze in cui l'ordinamento prevede norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo⁷⁰.

⁶⁹ D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 e ss..

⁷⁰ Alla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione fa seguito uno sconfinato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, per cui la questione è ancora ben lungi dall'essere risolta definitivamente. V., in particolare, la suggestiva interpretazione dedotta da App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459 in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 3, II, 278, con cui la Corte ha rilevato che, differentemente da quanto avveniva nella fattispecie oggetto di esame nei noti precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 26724/2007 (che a sua volta richiamava la sentenza n. 17689/2004 della medesima Corte), rispetto alle quali la sentenza pur si dichiara conforme e in linea di continuità, nei derivati *over*

Ciò premesso, la Corte ribadisce che il principio cardine è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase pre-negoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

Affermava la Suprema Corte di Cassazione tale distinzione, fortemente radicata nella tradizione civilistica italiana, è difficilmente contestabile. Infatti su ogni contraente grava il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede (immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.) e la violazione di tale dovere determina conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso

the counter l'intermediario "condivide" con il proprio cliente l'alea contenuta nel contratto. Per tale motivo, il contratto dovrà considerarsi una scommessa autorizzata dall'ordinamento giuridico, in quanto contratto atipico "meritevole di interesse" ex art. 1322 cod. civ.. Avendo così delineato la natura giuridica del contratto di *swap over the counter*, la Corte rilevava che tale scommessa poteva ritenersi effettivamente meritevole di interesse e di tutela da parte del legislatore finanziario solo nel caso in cui identificasse precisamente un'alea definita dalla Corte come "alea razionale", la quale costituirebbe pertanto «elemento causale tipico dei contratti derivati *over the counter*». In particolare, al fine di rendere "razionale" l'alea contenuta nel contratto, quest'ultimo dovrebbe evidenziare chiaramente gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi dei vari eventi, nonché gli eventuali costi impliciti e i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso. «In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede, ad avviso di questa Corte, nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità"». A tal riguardo, la Corte rilevava come il contratto di *swap* predisposto dalla Banca fosse privo di ogni riferimento idoneo a circostanziare precisamente l'alea che l'investitore era chiamato ad assumersi, non rendendo così "razionale" l'alea stessa. Pertanto, tale contratto doveva intendersi quale contratto nullo «perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca del proprio rischio, nutria perfetta conoscenza - addirittura nella sua precisa misurazione scientifica - avendo predisposto lo strumento». V., ancora, da ultimo Trib. Prato, 13 giugno 2015, n. 700 in www.iusexplorer.it; Trib. Milano, 28 gennaio 2014, n. 878 in www.dirittobancario.it; App. Bologna, 1 marzo 2014, n. 734 in www.dirittobancario.it; Trib. Milano, 13 febbraio 2014, n. 2145 in www.dirittobancario.it. In dottrina, INDOLFI M., *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 213 e ss.; BARCELLONA M., *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2012, 541 e ss.; CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, 56 e ss.; GIRINO E., *Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2011, 794 e ss.; SEMERARO M., *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in dirittobancario.it, LA MALFA V., *Alcuni spunti di riflessione a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 3459 del 18 settembre 2013 in tema di strumenti finanziari derivati*, in dirittobancario.it.

dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite⁷¹.

Secondo la Corte «si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicché il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato»⁷².

⁷¹ Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Il civilista* 2009, 10, 100.

⁷² Come visto, il punto è ancora aperto in dottrina e giurisprudenza. Ad ogni modo, volendo provare ad abbozzare un – volutamente solo accennato e senza pretesa di esaustiva – primo riepilogo dello stato delle posizioni sul punto, è possibile affermare che dall'analisi delle sentenze di merito in materia di sottoscrizione di contratti di *swap* e derivati finanziari risulta che la giurisprudenza di merito sia ancora sostanzialmente conformata alle conclusioni avallate dalla Suprema Corte di Cassazione Sezioni Unite, n. 26724/2007, posto non sono rinvenibili significative pronunce volte ad allargare la portata applicativa delle nullità virtuali. Viceversa, assistiamo allo sforzo di parte della giurisprudenza di merito, significativamente rappresentata dalla Corte di Appello di Milano n. 3459/2013 (v. *supra*, nota 70) di puntare su una differente ricostruzione della stessa causa del contratto di *swap* al fine di argomentare sull'applicabilità del rimedio della nullità non più facendo ricorso alla nullità virtuale ma alla nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto ex art. 1325 cod. civ.. Secondo la Corte d'Appello di Milano (orientamento cui aderisce poi anche la Corte d'Appello di Bologna n. 734/2014, v. *supra*, nota 70), un derivato deve essere considerato un contratto con causa di “scommessa” legalizzata (e non più solo “tollerata” quale quella ex art. 1933 cod. civ.) in quanto meritevole di tutela. In tale ricostruzione, le parti che sottoscrivono un contratto di derivato, essendo qualificabili come “scommettitori” devono essere posti entrambi nella medesima posizione informativa, ben conoscendo le probabilità di “vincita” della scommessa. Per tale motivo, qualora il soggetto proponente il derivato sia una banca, e pertanto la posizione delle parti sia irrimediabilmente viziata da asimmetria informativa, la banca sarà tenuta ad una serie di obblighi di *disclosure* nei confronti del cliente. Qualora la banca non metta la controparte in

In passato, il dibattito intorno al ruolo della responsabilità civile nel nostro ordinamento ha, ad esempio, permesso alla dottrina di allargare le maglie della responsabilità extracontrattuale, includendovi fattispecie che precedentemente la giurisprudenza aveva rifiutato di includere. Il riferimento è al problema della tutela aquiliana dei diritti di credito, trattata in molteplici direzioni da parte della giurisprudenza. Qual è il ruolo della responsabilità civile, quale strumento di tutela della compagine calcistica, nel caso di danno arrecato da un terzo nei confronti di un famoso calciatore che determina l'invalidità di quest'ultima? Quale ancora il ruolo della responsabilità civile nel caso (simile al caso Enel c. Ditta Giampaoli sopramenzionato) in cui un terzo subisce un danno per l'interruzione improvvisa di energia elettrica dovuta ad un guasto arrecato dai lavori di una ditta di escavazione?

E' evidente dunque che la riflessione sulla funzione della responsabilità civile non riflette solo l'esigenza di approfondire e comprendere le dinamiche interne al rapporto tra privati, ma è tale da riguardare in generale il ruolo del paradigma di responsabilità quale strumento di tutela dei diritti civili e quale meccanismo giuridico per raggiungere interessi di natura pubblica (ad esempio sociale ed economico)⁷³. «Occorre» - è stato

condizione di godere della sua medesima posizione informativa (perlomeno per quanto concerne le informazioni sulle probabilità di vincita, sui costi della scommessa, nonché sul valore del c.d. *mark-to-market*) il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa, o comunque per la mancanza di accordo su un elemento essenziale. In realtà la ricostruzione della causa del contratto di derivato finanziario quale "scommessa legalizzata" è tutt'altro che agevole e pacifica come dimostra l'esame della dottrina che si è pronunciata sul punto (v. *supra*, nota 70). E, infatti, il medesimo Tribunale di Milano (sentenza n. 978/2014) si era pronunciato in maniera completamente opposta rilevando come «la mancanza di alea bilaterale, pertanto, non potrebbe neanche astrattamente determinare la nullità negoziale per difetto di causa». Il problema principale è dovuto alla circostanza, che sembrerebbe essere stata ignorata dalla Corte d'Appello di Milano, che i derivati finanziari sono dettagliatamente regolati dalla disciplina specialistica di settore, principalmente il Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (oggi Regolamento n. 16190 del 2007), le Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia e le altre Comunicazioni CONSOB. In nessuna di tali previsioni si registra la scelta di sanzionare con il rimedio della nullità la mancanza di informazioni sugli "scenari di probabilità". Al contrario, in varie occasioni, la CONSOB e le autorità regolamentari europee si erano già soffermate sulla rilevanza degli obblighi di *disclosure* di determinate informazioni, escludendo l'informativa sugli scenari probabilistici come un elemento necessario della prestazione del servizio di investimento. Sul punto, v., ad esempio, intervento del 25 ottobre 2012 del presidente della CONSOB Giuseppe Vegas nel corso dell'Audizione alla VI Commissione Finanza della Camera dei Deputati (disponibile su http://www.camera.it/temiap/audizione_25_ottobre_2012.pdf).

⁷³ Da questo punto di vista, l'individuazione della funzione che permea l'impianto di responsabilità civile adottato da un sistema giuridico permette di evidenziarne altresì la struttura economica. V. ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, 2010, 162: «In questo senso, distribuzione dei rischi e allocazione dei costi sono esito di un processo culturale che [...] si apre ad una prospettiva per così dire "sociale", fermo il fatto che preoccupazione del legislatore non è più (soltanto) quella di individuare il responsabile e di stabilire a quali condizioni questi è obbligato a riparare il danno, ma diventa (anche) quella di istituire criteri ripartizione dei rischi

efficacemente osservato - «sapere che cosa si vuol fare con la responsabilità civile, e come essa funziona in pratica, nel processo concreto amministrato attraverso le Corti di giustizia»⁷⁴.

5. Le diverse funzioni della responsabilità civile

Non è possibile avviare uno studio sulla funzione della responsabilità civile senza aver passato in rassegna, seppur senza pretesa di esaustività, le diverse “funzioni” che la dottrina e la giurisprudenza, che si sono occupate di “analisi funzionale della responsabilità civile”⁷⁵, hanno identificato nel corso degli anni.

La giurisprudenza sul punto, come si vedrà, sembra piuttosto ancorata a una concezione di “responsabilità civile” (o, più esattamente, di risarcimento del danno), che potremmo definire “monolitica”. E’ infatti consolidato e indiscusso l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale la funzione della responsabilità del danno è una funzione prettamente “compensativa”, in quanto per il tramite del rimedio del risarcimento l’ordinamento tende ad assicurare al danneggiato un’utilità economica equivalente al danno subito⁷⁶.

che consentano, al tempo stesso, di assicurare la più ampia tutela dei danneggiati e di distribuire le perdite nel modo più economico. Il problema del danno – nei suoi riflessi economici – diviene così un problema di carattere sociale, e si tende perciò a studiare il modo di contenerne anche gli effetti indotti sul piano dei costi sopportati dalla collettività».

⁷⁴ MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 19. Si vedano le seguenti riflessioni dell’Autore: «un incidente si produce in capo ad una persona. Ciò vuole dire che quella persona subisce un costo. La regola più naturale e più economica sarebbe quella di lasciare i costi là dove si sono prodotti. Se la vittima (potenziale) vuole evitare i danni in cui può incorrere nella vita sociale, deve essa stessa cautelarsi, prendendo delle misure idonee ad evitarli: assicurandosi, investendo tempo e risorse nella salvaguardia della propria sicurezza, evitando certe attività, e così via. In questo modo ciascuno deciderebbe quanto valuta la propria sicurezza. Ovvero, se si lasciassero i danni laddove si producono, sarebbero le vittime potenziali a decidere la misura sociale degli investimenti in precauzioni e sicurezza. In questo modo tali investimenti rispecchierebbero le preferenze delle vittime potenziali rispetto alla loro stessa sicurezza. Invece, mediante la responsabilità civile, noi compiamo un’operazione innaturale, e socialmente molto costosa, decidendo di trasferire i danni subiti dalla vittima su di un altro soggetto, mediante i meccanismi istituzionali delle Corti di giustizia, e del processo civile. A monte di questa scelta devono quindi stare delle decisioni istituzionali che siano socialmente giustificabili. Naturalmente la vittima gradisce di essere compensata, ma le regole di responsabilità civile non sono importanti soprattutto perché compensano quella particolare vittima, ma in quanto trasferiscono il costo dell’incidente su un soggetto diverso da quello che ha subito il danno. Ovvero, attraverso le regole di responsabilità, si opera una scelta sull’allocazione dei costi susseguenti agli incidenti, che necessariamente si producono in conseguenza della collusione delle varie attività sociali».

⁷⁵ BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, cit., 55 e ss.

⁷⁶ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609; Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890.

Al contrario, l'analisi compiuta dalla dottrina sul punto, la quale è molto più rigorosa nel riconoscere la linea di demarcazione tra la funzione del risarcimento del danno e quella della "responsabilità civile", non è omogenea e non è rinvenibile allo stato una visione unanime su quale sia la funzione della "responsabilità civile".

Da una lettura trasversale della dottrina che si è occupata della materia, il punto di partenza sembrerebbe essere quasi sempre quello di identificare il fine immediato della "responsabilità civile" con l'obiettivo di ristabilire lo *status quo ante* del danneggiato⁷⁷. Tale assunto è stato avallato tanto nel campo della responsabilità "extracontrattuale" quanto in quello della "responsabilità contrattuale", poiché in quest'ultimo caso lo *status quo ante* si identificherebbe con la posizione che il danneggiato (cioè la vittima di un inadempimento) avrebbe occupato in caso di regolare adempimento del contratto.

In secondo luogo, sembra altresì condiviso l'assunto per cui la spiegazione della "responsabilità civile" in chiave di strumento di ripristino dello *status quo ante* rischierebbe di non risultare soddisfacente nel contesto di un ordinamento che declina il paradigma della responsabilità in una serie diversificata di modelli normativi. Quasi tutti gli Autori convengono sulla necessità di distinguere e di dare atto della molteplicità di sfaccettature che assume oggi la "responsabilità civile"⁷⁸.

In effetti, lo stesso ripristino dello *status quo ante* è "funzione" che può assumere differenti sfumature e ha dato adito a molteplici classificazioni da parte di Autori che hanno suddiviso la componente "repressiva", "ripristinatoria" o "reintegrativa", da quella meramente "compensativa", da quella "riparatoria", a seconda delle peculiarità che l'interprete – quando non direttamente la legge – attribuisce all'uno o all'altro modello di responsabilità.

⁷⁷ SALVI C., *Il danno extracontrattuale*, cit., 83 e ss.

⁷⁸ Tale molteplicità è un fenomeno che è stato oggetto di ampia riflessione da parte degli studiosi, definito nei modi più svariati: v. BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643; SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.; GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 e ss.; DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.* 1979, 319 e ss. Così in TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53, in relazione alla funzione della responsabilità extracontrattuale: «La responsabilità civile per atto illecito presenta, come è noto, due aspetti inscindibilmente connessi. Da una parte essa tende alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato e così consente a ciascun soggetto di contare su una maggiore stabilità della propria situazione patrimoniale; dall'altra essa costituisce una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato, e la cui minaccia contribuisce preventivamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti». Aggiungendo poi che: «nessuna di queste due funzioni è sufficiente da sola a spiegare il meccanismo della responsabilità per atto illecito».

E' dunque coerente con l'impostazione della dottrina maggioritaria affermare la pluralità di funzioni della "responsabilità civile"⁷⁹, che la dottrina ha proceduto a classificare in vario modo, cosicché l'attuale dibattito dottrinale non deve dar solo atto della pluralità di "funzioni" della "responsabilità civile", ma anche della pluralità di classificazioni della stessa, soprattutto nel campo della responsabilità "extracontrattuale".

Solo per dar conto del dibattito si considerino solo alcune delle più note classificazioni operate dalla dottrina.

Pier Giuseppe Monateri, ad esempio, ha individuato tre funzioni principali della responsabilità, le quali, a seconda dei tempi, sono ora l'una ora l'altra maggiormente in auge: la funzione compensativa, quella sanzionatoria e quella preventiva⁸⁰.

Massimo Franzoni elenca: funzione repressiva, funzione compensativa, funzione solidaristica da una parte, e finalità punitivo-afflittiva, risarcitoria e consolatorio-satisfattiva dall'altra⁸¹.

Secondo Guido Alpa, poi, «la responsabilità civile assolve (in ogni tempo e in ogni luogo) quattro funzioni fondamentali. Si indicano così: a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; b) la funzione di ripristinare lo status quo ante nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o "punitivo") dello stato; d) la funzione di "deterrente" per chiunque intenda compiere atti o svolgere attività da cui possano derivare effetti pregiudizievoli per i terzi. A queste quattro funzioni si affiancano poi alcune funzioni sussidiarie, che più propriamente attengono agli effetti economici della responsabilità civile: e) la distribuzione delle "perdite", da un lato, f) l'allocazione dei costi dall'altro». Quest'ultima espressione si riferisce ai costi relativi all'assunzione del rischio, ripartiti tra operazioni di prevenzione e operazioni di risarcimento del danno⁸².

⁷⁹ MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 19.

⁸⁰ MONATERI P.G., op. cit., 19. A ulteriore riprova della tendenza alla classificazione delle funzioni, lo stesso Autore, in un altro studio, aveva enumerato non meno di dieci tipi di funzioni della responsabilità riconosciute dalla dottrina. V. MONATERI P.G., *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 24.

⁸¹ FRANZONI M., *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, 663 e ss.

⁸² ALPA G., *La responsabilità civile*, cit., 159 e ss. Nel seguito della trattazione, l'Autore, dopo aver detto che la funzione reintegratoria è in realtà utopistica e quella sanzionatoria ripudiata e desueta, sostiene che le due funzioni fundamentalmente rimaste sono quelle che si individuano nelle parole di *compensation* delle vittime e di *deterrence* dei danneggianti.

In fondo a tali classificazioni, troviamo Autori che si dividono in due opinioni: da una parte chi sostiene che nessuna è in grado da sola di spiegare la complessa struttura delle regole giurisprudenziali sull'illecito civile⁸³, dall'altra chi – pur prendendo atto della molteplicità di funzioni – tenta di ricondurre tale molteplicità ad un'“unitarietà funzionale del modello”⁸⁴.

Ad esempio, Cesare Salvi sostiene che «l'aspetto riparatorio non è infatti sufficiente a esaurire la spiegazione dell'istituto. Non tutti i danni ingiusti, infatti, sono in concreto risarcibili, giacché la legge subordina il risarcimento alla ricorrenza di uno dei criteri di imputazione. L'esigenza di riparare il danno ingiusto non è sufficiente: occorre altresì la sussistenza di una ragione ulteriore, che ne giustifichi la traslazione a un soggetto diverso dalla vittima»⁸⁵.

Come è stato affermato in dottrina⁸⁶, la questione sembra affrontare il rapporto dialettico tra una concezione di responsabilità civile ancorata ancora alle funzioni che essa aveva precedentemente all'introduzione del codice civile, laddove la responsabilità civile sembrava un istituto limitato a risolvere i problemi intercorrenti tra due parti private, e, invece, l'attuale impianto codicistico dove la responsabilità civile sembrerebbe assumere una funzione nuova.

Ad esempio il “nuovo” modello normativo di responsabilità extracontrattuale si fonda sul dualismo tra la norma generale dell'art. 2043 cod. civ., che riprende il modello di responsabilità per colpa già noto nella precedente versione codicistica, e i differenti modelli di responsabilità vicaria o oggettiva che mirano a ricondurre la responsabilità in capo al soggetto da cui promana il rischio, indipendentemente dalla colpa di quest'ultimo, o, perlomeno, sfumando molto l'essenzialità della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpevolezza di quest'ultimo⁸⁷.

⁸³ SALVI C., *Il danno extracontrattuale*, cit., 243; MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 19.

⁸⁴ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 172.

⁸⁵ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., 3.

⁸⁶ SALVI C., op. cit., 14.

⁸⁷ BENOZZO M., *La responsabilità oggettiva del danno ambientale nel Codice dell'ambiente*, in *Amb. e sviluppo*, 2011, 10, 860 e ss.; SMORTO G., *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 423; ALPA G., *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. impresa*, 2005, 959 e ss.; VIOLANTE A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 1999; DI GIOVINE O., *La responsabilità civile per danni cagionati da cose*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998; ID., *La responsabilità civile per danni cagionati da animali*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998; ID., *La responsabilità civile per danni da rovina di edificio*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998; CASTRONOVO C., voce «Responsabilità oggettiva», in *Disc. priv. – Dir. comp. e stran.*,

Di certo è che, con l'introduzione del codice del 1942, la tutela della libertà di impresa sembra decisamente ridimensionata, e non ci si chiede più solamente quale sia il soggetto cui può essere imputato un danno ma piuttosto se vi sia una buona ragione per negare il risarcimento alla vittima di un danno. L'idea del legislatore del 1942 sembrava quella di creare un istituto dove l'idea dello Stato sociale fosse preponderante rispetto all'idea dello Stato liberale.

Parlare dunque di rapporto tra “vecchie” e “nuove” concezioni di responsabilità civile aveva un senso all'epoca dell'introduzione del “nuovo” codice proprio perché erano stati modificati, con un epocale intervento legislativo, gli stessi modelli normativi di responsabilità.

Tuttavia, nonostante il passare degli anni, anzi dei decenni, il rapporto tra “vecchie” e “nuove” concezioni di responsabilità civile continua ad accomuna molti studi scientifici, quasi come se l'impianto di responsabilità civile fosse stato oggetto di importanti modifiche legislative. In tutti questi anni, tuttavia, i modelli normativi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale *ex art. 2043 e ss. cod. civ.* sono rimasti praticamente immutati⁸⁸ pertanto è chiaro che il “problema della responsabilità civile” è un problema in continua evoluzione e che tale evoluzione è tutta di natura interpretativa. Ciò è comprensibile se si considera ad esempio che negli ultimi anni assistiamo a un capovolgimento di quella tendenza Stato liberale/Stato sociale e al nuovo svuotamento del modello di Stato sociale, legittimato dall'egida dell'Unione Europea e della sua “economia sociale di mercato”. Il recente abbattimento di vecchi tabù contenuto dalle recenti Riforma del Lavoro⁸⁹ e l'introduzione nell'articolo 81 della Costituzione del vincolo di bilancio sono un esempio lampante di tale svuotamento.

E' dunque comprensibile lo sforzo della dottrina di comprendere la funzione della responsabilità civile, purché tale sforzo sia condotto – come detto – in via deduttiva e non induttiva, trattandosi dello sforzo dell'interprete di riconoscere i criteri ermeneutici per l'interpretazione dei singoli modelli di responsabilità. Non vi è tuttavia univocità di

III, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXVIII, Roma, 1991, 8 e ss.; TRIMARCHI P., *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 563 e ss.; LEVI G., *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva*, Milano, 1986; SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in AA.VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, 1968, II, Milano, 1113; TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità civile*, Milano, 1961.

⁸⁸ Vero è che, come detto sopra, assistiamo di frequente all'introduzione di modelli normativi nuovi da parte della legislazione speciale.

⁸⁹ Principalmente, Legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero) e L. 10 dicembre 2014 n. 183 e conseguenti decreti attuativi (c.d. *Jobs Act*).

vedute sugli esiti di tale sforzo, e sulla necessità che la funzione della responsabilità civile sia maggiormente riconducibile, ad esempio, a quella di attribuire efficienza a un determinato sistema economico, come elaborato dall'analisi giuseconomica di Posner⁹⁰, piuttosto che alle teorie della funzione solidaristica della responsabilità civile di Cesare Salvi⁹¹.

6. Funzione “compensativa” o funzioni “compensative”? Il rapporto con il principio di integrale riparazione del danno

Compensare vuol dire rimuovere un danno, per il tramite di un meccanismo che, inizialmente, è stato ritenuto alla stregua di un'ottica di scambio⁹², ma che più precisamente è volto a tentare di ripristinare la situazione di equilibrio iniziale che l'illecito ha violato.

Ad ogni modo, «al vuoto costituito dalla risorsa sottratta al danneggiato si risponde colmando quel vuoto attraverso la risorsa pecuniaria»⁹³.

In realtà se tale è l'esigenza, le modalità con cui essa può essere soddisfatta sono molteplici e, di conseguenza, anche le ulteriori finalità che possono essere raggiunte. Pertanto alla funzione “compensativa” propriamente detta si sono accostate funzioni della responsabilità differenti tra loro tutte accomunate dall'idea di creare una sorta di rapporto tra quanto è stato perso dalla vittima in occasione del danno e quanto deve essere a questa risarcito: si pensi alla distinzione tra funzione ripristinatoria/reintegrativa, funzione repressiva e funzione riparatoria (o compensativa in senso stretto), tutte rientranti – a ben vedere – nell'ambito del *genus* della funzione compensativa.

Alla predominanza della concezione di responsabilità con funzione compensativa è stato associata la cosiddetta teoria differenziale⁹⁴ nella liquidazione del danno e il relativo principio di integrale riparazione del danno. Infatti la funzione compensativa è indicativa del fatto che è proprio il danno subito a costituire il limite entro il cui ammontare il risarcimento stesso può essere predisposto: in ciò consiste la

⁹⁰ POSNER R., *A theory of negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972, 30.

⁹¹ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit.

⁹² DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 289 e ss.

⁹³ DI MAJO A., op. cit., 289 e ss.

⁹⁴ BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1979, 181 e ss.; SALVI C., voce «Risarcimento del danno» in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1087.

“compensazione”, nel ripristino della condizione patrimoniale di cui la vittima dell’illecito/inadempimento godeva anteriormente allo stesso⁹⁵.

Funzione compensativa in senso lato e principio di integrale riparazione del danno sono due facce della stessa medaglia, due estremi che si nutrono l’un l’altro, reciproche condizioni di esistenza.

Il problema risiede nelle norme che disciplinano il risarcimento del danno, tanto per la responsabilità contrattuale quanto – in forza del rinvio operato dall’art. 2056 cod. civ. – per la responsabilità extracontrattuale: l’art. 1223 e ss. cod. civ., che dispongono un sistema finalizzato all’integrale riparazione del danno.

Gli articoli citati riconoscono la necessità che il risarcimento assolva l’onere della riallocazione delle risorse dall’autore dell’illecito alla vittima di esso. Tale riallocazione deve essere integrale, ovvero comprensiva tanto del “danno emergente”, ovvero della diminuzione patrimoniale subita dalla vittima, quanto del “lucro cessante”, ovvero dei guadagni che la vittima avrebbe potuto ottenere se non ne fosse stata impedita dalla lesione subita⁹⁶; inoltre l’ammontare del risarcimento non deve eccedere il ripristino dello *status quo ante* del danneggiato perché altrimenti si creerebbe un trasferimento di risorse non giustificato dal mercato, ed un arricchimento ingiustificato a vantaggio della vittima stessa del danno.

La *ratio* di tale ultimo principio è la stessa che sta alla base dell’istituto dell’arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.), secondo il quale ogni spostamento di ricchezza deve essere giustificato, ovvero deve avere «una causa legale che, quando non sia generale (o sistemica), abbia un carattere particolare, ossia risalga ad una specifica *voluntas* del potere legislativo»⁹⁷.

La funzione compensativa della responsabilità sta infine ad indicare proprio l’inscindibilità tra il danno subito e la responsabilità dell’autore dell’illecito: non può esistere responsabilità senza che si sia verificato un danno⁹⁸.

⁹⁵ Cass., 18 luglio 1989, n. 3352, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1933, e in *Resp. civ. prev.*, 1990, 88; Cass., 3 ottobre 1987, n. 7389, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

⁹⁶ Per la definizione di “danno emergente” e “lucro cessante”, v. TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 829 e ss.

⁹⁷ BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, cit., 120.

⁹⁸ Si vedrà in seguito che in realtà tale assunto è contraddetto da una serie di situazioni in cui l’ordinamento permette il risarcimento del danno in chiave ultra-compensativa (cioè in misura superiore al danno effettivamente subito). Il che ha portato parte della dottrina a sostenere l’esistenza di modelli normativi di responsabilità con funzione ulteriore rispetto a quella compensativa (ad esempio, deterrente e sanzionatoria).

7. Segue. La funzione “ripristinatoria”

Si è voluto porre la funzione “ripristinatoria” quale prima nella classificazione qui operata perché i modelli normativi ispirati a tale funzione rappresentano la manifestazione perfetta del principio del “*ripristino dello status quo ante*”.

In base a tale principio, la responsabilità deve permettere alla vittima di un danno di ristabilire – azionando i rimedi forniti da tali modelli e dunque, tradizionalmente, l’azione di adempimento e il risarcimento in forma specifica o per equivalente – il proprio *status* personale interferito dall’avvenimento della lesione, così permettendo una tutela piena ed effettiva del diritto violato.

La piena realizzabilità di tale obiettivo è discutibile tant’è che è possibile parlare di una sorta di *fictio*, in considerazione del fatto che ci sono componenti insite nell’avveramento di un danno che è impossibile per la vittima di tale danno recuperare: si pensi soprattutto alle componenti soggettive non risarcibili *ex art. 2059 cod. civ.*, quali il danno non patrimoniale non risarcibile, o anche semplicemente componenti minori ma comunque rilevanti, come può essere la percezione soggettiva del tempo perduto o il particolare valore soggettivo che rivestiva per il soggetto danneggiato la promessa sulla quale egli faceva affidamento o il diritto rispetto al quale nutriva un’aspettativa.

Sono altresì discutibili le modalità con le quali il paradigma di responsabilità può essere utilizzato in chiave ripristinatoria e reintegratoria, senza l’ausilio di modelli speciali di responsabilità, che pure sono presenti nell’ordinamento, come si vedrà di seguito.

Per quanto riguarda il risarcimento della componente di danno identificabile con il danno emergente, il risarcimento in forma specifica sembrerebbe il più idoneo ad assicurare il pieno ristabilimento dello *status quo ante* della vittima del danno, così tutelando in modo effettivo i propri diritti, poiché sembrerebbe in grado di dar pieno ristoro anche a quella componente non patrimoniale spesso insita nel danno, che tuttavia non assume una consistenza tale da poter esser oggetto di risarcimento per equivalente⁹⁹.

Ad ogni modo, l’art. 2058 cod. civ. non prevede un vero e proprio diritto del creditore al risarcimento in forma specifica, poiché è noto che non solo questa è ordinata dal giudice «qualora sia in tutto o in parte possibile», ma, soprattutto, che «il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica

⁹⁹ MONATERI P.G., *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in www.altalex.com.

risulta eccessivamente onerosa per il debitore». Non è possibile dunque ritenere sussistente in capo al creditore un vero e proprio diritto al risarcimento in forma specifica, ma una mera facoltà di richiederlo, che sarà più o meno attesa a seconda dell'onerosità di tale rimedio¹⁰⁰.

Questo primo elemento normativo è sufficiente per appurare che l'“effettività” del diritto è spesso sacrificata sull'altare di altri interessi, e che dunque la responsabilità non può essere pienamente spiegata in chiave “ripristinativa”.

Per quanto riguarda il risarcimento della componente di danno identificabile con il lucro cessante, uno strumento di tutela effettiva potrebbe essere – per lo meno nell'area della responsabilità contrattuale – quello di graduare il lucro cessante in chiave di “interesse positivo” o “interesse negativo”¹⁰¹ a seconda delle circostanze del caso concreto, facendovi rientrare non solo le utilità che egli avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto dal debitore, ma anche ogni altra utilità che sia connessa con la titolarità del proprio diritto¹⁰².

In generale, nel campo della responsabilità extracontrattuale, la tutela risarcitoria deve permettere al danneggiato di ricomporre la situazione personale precedente all'aggressione del proprio diritto, ma anche di attribuirgli ogni altra utilità che sia comunque pertinente alla titolarità dello stesso diritto. Solo così sarà possibile permettere il ripristino dello *status quo ante* tramite una tutela “effettiva” del diritto leso¹⁰³.

L'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante*, e dunque di garantire effettività al diritto della vittima di un danno, potrebbe essere, a ben vedere, raffrontato all'obiettivo del legislatore di tutelare l'assetto proprietario precedente alla violazione. Proteggere un soggetto da qualunque lesione possa essere a questi arrecata con uno strumento rimediabile la cui intensità è talmente elevata da renderlo indifferente alla lesione stessa equivale a impedire *ab origine* ogni valutazione di costi/benefici di una violazione da parte dell'ipotetico *infringer*¹⁰⁴, aderendo dunque ad una struttura di *property rule* più che di *liability rule*.

¹⁰⁰ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 42.

¹⁰¹ TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 637.

¹⁰² AMBROSOLI M., op. cit., 33.

¹⁰³ AMBROSOLI M., op. cit., 33.

¹⁰⁴ In tale modo si giungerà a sostenere, nel corso del presente lavoro, che una lettura giuseconomica del sistema di responsabilità civile permette di concludere che il risarcimento del danno, quando utilizzato in chiave reintegratoria, è rimedio associato ad una *property rules* e

Si pensi ad esempio a quello che probabilmente è il più noto modello di responsabilità civile con funzione ripristinatoria presente nell'ordinamento italiano, vale a dire il modello di responsabilità extracontrattuale per violazione di diritti di privativa industriale, recepimento italiano della direttiva c.d. *enforcement* (Direttiva 2004/48/CE), disciplinata come segue dall'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale¹⁰⁵:

«1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.

2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.

3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento».

La previsione di tale terzo comma è evidentemente dirompente perché introduce il rimedio restitutorio a integrazione e completamento di quella risarcitorio, così determinando la creazione di un modello normativo che è senza dubbio un modello di responsabilità, il quale però si avvale di una tipica *property rule* dovuta all'esigenza di tutelare gli assetti proprietari del soggetto leso.

Stesso fenomeno è riscontrabile nel caso di sfruttamento illegittimo dell'immagine altrui laddove «il danno conseguente all'appropriazione non autorizzata di una prestazione artistica (nella specie, pubblicazione di immagini di nudo) può quantificarsi, in mancanza di prove certe, con riguardo all'illecito guadagno percepito dalla rivista,

non già, come tradizionalmente riconosciuto, ad una *liability rules* poiché volto a ristabilire lo *status quo ante* e non a permettere l'internalizzazione del costo dell'illecito.

¹⁰⁵ Sul punto, v. PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, cit., 133; GALLI C., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, cit., 109 e ss.; GUERNELLI M., *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, cit., 215; PARDOLESI P., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 717; CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale*, cit., 7.

consistente sia nell'aumento della tiratura determinato dalla pubblicazione illecita, sia nella mancata erogazione del compenso che sarebbe stato presumibilmente richiesto dalla persona ritratta»¹⁰⁶.

A parte gli esempi considerati, il nostro ordinamento non contempla molte ipotesi di responsabilità declinata in chiave ripristinatoria. Tuttavia gli esempi forniti permettono di enucleare le caratteristiche di questa forma di responsabilità e di giungere ad alcune prime determinate conclusioni.

Preliminarmente, sembra chiara la connessione tra i modelli normativi di responsabilità in chiave ripristinatoria e l'obiettivo di tutelare un assetto proprietario pre-definito. In secondo luogo, l'individuazione di modelli di responsabilità finalizzati alla tutela di assetti proprietari si erge quale apparente ossimoro e sembra abbattere la distinzione classica, secondo l'analisi economica del diritto, tra *property rules* (regole di proprietà) e *liability rules* (regole di responsabilità), laddove le prime mirano ad assicurare la tutela piena, incondizionata ed effettiva del godimento di un bene, mentre le seconde danno, in definitiva, un "costo" all'illecito o all'inadempimento¹⁰⁷.

In realtà, come spiegato in precedenza, sembra più corretto rilevare che la contraddizione sia solo apparente poiché è ben possibile configurare modelli normativi di responsabilità dotati allo stesso tempo di *property rules* e *liability rules*. L'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale è un chiaro esempio di come sia possibile rinvenire forme di responsabilità che tutelano efficientemente gli assetti proprietari e che, anzi assommano al proprio interno contenuti di una regola proprietaria e contenuti di una regola di responsabilità. In poche parole: modelli di "responsabilità" declinati a mezzo di "regole di proprietà"¹⁰⁸.

Tuttavia, come detto, tali ipotesi normative sono molto limitate, anche in considerazione del fatto che la tendenza dell'ordinamento è, in contraddizione con la *ratio* della responsabilità in chiave ripristinatoria, quella di imporre al responsabile un costo economico astratto della sua violazione o inadempimento. In tale modo a ciascuno è concesso di agire *contra ius* (nonché *contra pactum*) purché vi sia piena assunzione del

¹⁰⁶ Trib. Monza, 26 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 2862 e ss..

¹⁰⁷ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 17.

¹⁰⁸ MERGES R.P., *Of Property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994, 2655.

costo economico delle proprie azioni: in tale maniera si ritiene salvaguardato il principio della libertà individuale di ogni soggetto¹⁰⁹.

La riflessione sui modelli normativi di responsabilità con funzione reintegrativa permette tuttavia di giungere alla conclusione che il paradigma della responsabilità non è né incompatibile né inadeguato a tutelare interessi e assetti di tipo proprietario. Consapevolezza che potrebbe determinare l'apertura di numerosi spazi in cui, in via interpretativa, si potrebbe riconoscere che modelli di responsabilità apparentemente non reintegrativa siano in realtà da far ricondurre alla funzione ripristinatoria, tramite l'applicazione di *property rules* simili a quelle viste sopra (seppur non legislativamente tipizzate).

8. Segue. La funzione “repressiva”

Quando si parla di funzione compensativa della responsabilità, non è insolito parlare anche di funzione “repressiva” della stessa.

Rispetto alla prima che focalizza l'attenzione sul soggetto vittima della lesione, la seconda sembra focalizzarsi piuttosto sull'elemento oggettivo del danno. Si considerino a tal riguardo le parole di Massimo Franzoni: «in ciò si spiega la funzione repressiva del risarcimento nei confronti del danno, poiché il primo è rivolto a colmare una perdita già prodottasi per la vittima. Il fatto che il risarcimento sia una conseguenza del danno risarcibile implica che, mancando quest'ultimo, non può essere dato alcun risarcimento: in questo si conferma che la riparazione può esprimere solo una funzione repressiva del danno, poiché da questo dipende. Altri sono i rimedi che consentono di esprimere una finalità preventiva del danno: la tutela inibitoria la tutela ripristinatoria o l'arricchimento senza causa. Tali rimedi sono diretti a far cessare o a rimuovere un comportamento

¹⁰⁹ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 169: «Tutto dunque induce a ritenere che il meccanismo di tutela sia tale da garantire a sufficienza la libertà e la proprietà dei soggetti contro i quali si applicano le misure di tutela. La filosofia che ispira il risarcimento è di perpetuare e riaffermare, anche sul terreno della tutela, e cioè in situazioni di «ordine infranto», le regole dello «scambio di equivalenti», ove i «soggetti» e gli «oggetti» sono espressione di «astratti valori» (di scambio). Il vigore di questa filosofia si accompagna alla sempre persistente attualità di regole (di tutela) finalizzate alla riparazione dei danni». Sulla base della sistemazione degli incentivi individuali che è determinata da tale portata del paradigma di responsabilità è sorta la teoria del c.d. *efficient breach* (adempimento efficiente), il quale può a ben vedere essere declinato sia in chiave contrattuale che extracontrattuale, e secondo il quale un soggetto è incentivato a rispettare l'altrui affidamento/aspettativa solo in tanto in quanto il costo atteso dall'eventuale violazione dell'altrui diritto rimane superiore al profitto che trarrebbe invece dalla stessa violazione. V. al riguardo ATIYAH S., *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, in *Law Quart. Rev.*, 1978, 94, 216; COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., ULSEN T., *Il mercato delle regole, Analisi Economica del Diritto Civile*, Bologna, 1997, 216; GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 164.

illecito che eventualmente può essere fonte di danno, oppure consentono lo spostamento di risorse da un soggetto ad un altro con criteri diversi da quelli dell'illecito aquiliano»¹¹⁰.

9. Segue. La funzione “riparatoria” o “compensativa” in senso stretto

Generalmente, in dottrina, si sostiene che la funzione della responsabilità è una funzione “compensativa”, ovvero, utilizzando la ricorrente citazione a Cesare Salvi «una funzione essenzialmente economica», tramite la quale «si attua la traslazione di una perdita, che si sia effettivamente verificata (e nelle sue concrete dimensioni, appunto, economiche) dal soggetto che l'ha di fatto subita a un altro soggetto»¹¹¹.

Vi è, a voler entrare nel merito, una diversità tra questa concezione e quella prima definita come “ripristinatoria”: mentre quest'ultima mira a ripristinare lo *status quo ante* della vittima, la prima non intende tutelare l'assetto proprietario della vittima ma si concentra sul danno e, in particolare, sulla patrimonialità del danno. Infatti, è proprio il danno subito a costituire il limite entro il cui ammontare il risarcimento stesso può essere liquidato: «sul versante della vittima, tale funzione può definirsi, appunto, “compensativa”: in linea di principio, l'attore riceverà nulla di meno, e nulla di più, della perdita da lui subita, e imputabile al convenuto»¹¹².

Tale funzione risponde alla maggioranza dei modelli normativi di responsabilità presenti nell'ordinamento italiano, eccezion fatta - secondo alcuni¹¹³ - per il caso in cui la violazione riguardi un diritto non patrimoniale.

Quest'ultima funzione è propria di una perdita per la lesione di un bene stimabile con i valori del mercato, ed anche se il bene è un *unicum*, oppure si tratta di un credito o di un'aspettativa. Invero, il danno civile non si identifica con la lesione del bene in sé, ma con le conseguenze tipiche economicamente valutabili che si riflettono negativamente nel patrimonio del danneggiato, seppur inteso in senso lato.

Ad ogni modo, anche chi sostiene che la funzione compensativa sia solo quella dei modelli di responsabilità per lesione di diritti patrimoniali, mentre in caso di violazione di diritti non patrimoniali si debba più correttamente parlare di funzione satisfattiva, è

¹¹⁰ FRANZONI M., *Fatti Illeciti*, cit., 665.

¹¹¹ SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di) *Trattato di Diritto Privato*, 1998, 245.

¹¹² SALVI C., op. cit., 245.

¹¹³ SALVI C., op. cit., 246.

comunque solito ricondurre tali due *species* nell'ambito del *genus* della funzione "riparatoria".

Come detto, vi sono Autori secondo i quali la funzione dell'intero paradigma normativo della responsabilità può essere costretta nella concezione compensativa della stessa. A tal riguardo, giova segnalare l'autorevole opinione di Guido Alpa¹¹⁴, che, dopo aver elencato le diverse funzioni di responsabilità, conclude che l'unica funzione rimanente nell'attuale sistema italiano di responsabilità civile sarebbe, per l'appunto, quella compensativa.

Tale conclusione proviene da una serie di considerazioni che partono dalla circostanza che, in ogni ordinamento, abbiamo assistito nella nostra epoca ad un «passaggio da forme di responsabilità senza colpa a forme di responsabilità oggettiva»¹¹⁵.

Tale fenomeno ha come sue conseguenze ineliminabili l'abbattimento della funzione della responsabilità civile di prevenzione del danno, vale a dire la c.d. funzione preventiva o deterrente.

È stato infatti osservato come poiché il paradigma della responsabilità oggettiva non contempla la sussistenza del requisito oggettivo della colpa, il soggetto non può subire alcun disincentivo al perpetrare l'attività e a procurare un danno. In tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva infatti il criterio di imputazione non risiede nella colpa dell'agente ma l'obbligo di risarcimento sorge per il semplice fatto che l'agente ha svolto una attività rischiosa, oppure perché l'agente appare il soggetto che meglio di altri può sopportare la traslazione del danno¹¹⁶.

La concezione del danno che ne traspare è quella di aggressione al patrimonio del creditore-danneggiato: in tale concezione, pertanto, il danno non è parametrato al valore dell'interesse e del diritto leso, ma alla differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso¹¹⁷.

Per tale motivo, secondo Alpa, nella società moderna il fine fondamentale delle regole di responsabilità diviene pertanto risarcitorio, sebbene si tratti di un sistema imperfetto poiché, ad esempio, non tutti i danni possono esser considerati rilevanti e non tutti i danni comportano l'obbligo del risarcimento¹¹⁸.

¹¹⁴ ALPA G., *La responsabilità civile*, cit., 166 e ss..

¹¹⁵ ALPA G., op. cit., 166 e ss..

¹¹⁶ TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità civile*, cit..

¹¹⁷ Cass. 18 luglio 1989, n. 3352, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1933, e in *Resp. civ. prev.*, 1990, 88.

¹¹⁸ ALPA G., op. cit., 166 e ss.

Al contrario è stato diversamente ribadito che la funzione meramente “riparatoria” della responsabilità è una “tutela minima”¹¹⁹ garantita dai principi dell’ordinamento giuridico, a partire dalla “clausola generale” di risarcibilità di ogni illecito lesivo di un «interesse fondamentale della comunità giuridica»¹²⁰ delle regole sull’inadempimento delle obbligazioni. Ma tale livello minimo può – ed è stato sistematicamente – ben essere elevato, dal legislatore, per perseguire interessi vari a seconda delle circostanze. Ecco la ragione della convivenza nell’ambito del medesimo ordinamento giuridico di molteplici modelli di “responsabilità civile”.

10. Segue. La funzione satisfattiva

Come anticipato, la responsabilità per danni non patrimoniali è tradizionalmente accostata alla funzione compensativa. Tuttavia, molti ritengono di dover precisare che più che di funzione “compensativa”, sarebbe più corretto riferirsi ad una funzione “satisfattiva” della responsabilità¹²¹.

Si tratta di una concezione di responsabilità che discende dalla consapevolezza che la lesione di un diritto non patrimoniale generalmente non determina alcun danno idoneo ad essere compensato¹²². E’ impensabile, e lo si è già visto, infatti, pensare di colmare il vuoto lasciato da una lesione a un diritto patrimoniale tramite una utilità sostitutiva di natura patrimoniale.

I sostenitori di questa tesi ritengono che tale considerazione sia corretta per ogni tipo di danno non patrimoniale. A tal riguardo, una differenziazione è comunque d’obbligo. Sebbene la Corte di Cassazione abbia recisamente negato la natura polivalente del danno non patrimoniale¹²³, ad ogni modo non può essere negato il differente tipo di lesione che la violazione di un diritto non patrimoniale può generare. Ad esempio, nel

¹¹⁹ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 170.

¹²⁰ SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, cit., 661.

¹²¹ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., 246.

¹²² SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 261; MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 56; RUSSO P., *Riparazione integrale del danno, anche esistenziale*, 2008, in www.personaedanno.it; NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

¹²³ Cass., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.* 2009, 4-5, I, 913. Per un commento a questa sentenza, v. MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 56; POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l’unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 76; NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 63.

caso di una lesione all'integrità psicofisica, il danno (c.d. biologico) è, in una certa misura, tangibile e misurabile, tant'è vero che le Corti fanno spesso uso di tabelle risarcitorie che tramite l'ausilio di alcuni criteri (quali il punteggio di invalidità risultante dalla perizia tecnica e l'età della vittima) individuano il valore patrimoniale da attribuire al risarcimento del danno. Pertanto, l'esercizio di distinzione della funzione satisfattiva dalla funzione compensativa potrebbe apparire in questi casi eccessivo in relazione agli obiettivi che tale classificazione si può ragionevolmente porre.

Invece ci sono altri tipi di danni non patrimoniali che non possono essere assoggettati per loro stessa natura ad alcun tipo di quantificazione e identificazione, che sono intangibili e irriconoscibili, tant'è che in passato si è dovuto fare ricorso al concetto di danno *in re ipsa* per riconoscerne la risarcibilità¹²⁴.

¹²⁴ Non è questa la sede per una disamina dell'argomento. Qui basti ricordare che al centro di tale importante passaggio vi era la distinzione tra «danno evento» e «danno conseguenza», laddove il «danno evento» è la lesione che discende dall'illecito mentre il «danno conseguenza» è costituito dalle conseguenze ulteriori (patrimoniali e non patrimoniali) che discendono dall'illecito. Sul punto, v. FRANCESCHETTI P., *Obbligazioni e responsabilità civile*, 1996, Napoli, 559; MONATERI P.G., BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005; PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, 3297; SCALFI G., *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 982; NAVARRETTA E., *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1001; BUSNELLI F.D., *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto a capo"*, in *Giust. civ.*, 1994, 3035; PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053; MONATERI P.G., *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976; PLUVIRENTI G., *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1987, 396; BUSNELLI F.D., *In difesa della sentenza n. 184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1987, 443. Per quanto qui interessa, si noti come, anche se la giurisprudenza non è solita riferirsi alla questione in questi termini, ogni qual volta si utilizzi la concezione di danno *in re ipsa*, si sta in sostanza aderendo ad un modello di responsabilità dalla spiccata valenza sanzionatoria. In senso contrario, recentemente, v. QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 120. In linea di principio, comunque, è possibile tuttavia sostenere che, fino agli anni Settanta, la concezione giurisprudenziale dell'intero paradigma della responsabilità civile fosse basata sulla funzione «sanzionatoria» della responsabilità, ossia si credeva che la responsabilità costituisse un mezzo per sanzionare un comportamento meritevole di sanzione. Al centro dell'attenzione delle pronunce giurisprudenziali non vi era la vittima dell'illecito o dell'inadempimento, ma l'autore dello stesso. A partire dagli anni Settanta, assistiamo invece ad un ripensamento giurisprudenziale della funzione della responsabilità. Tale evoluzione è senz'altro frutto del nuovo contesto economico che caratterizza la realtà nazionale e che si basa sullo sviluppo di un'economia industriale e del terziario, fortemente incentrata su una visione economica liberale. Per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale, ad esempio, l'obiettivo si sposta dall'autore dell'illecito alla vittima e dall'ingiustizia del fatto all'ingiustizia del danno. Come sostengono Caringella e Di Matteo «non conta tanto la colpevolezza del comportamento, quanto la meritevolezza del risarcimento pur a fronte di condotte non colpevoli. In base alle teorie del rischio-operato, del rischio-profitto, del controllo del rischio, del rischio

Proprio muovendo dalla diversa funzione attribuita alla responsabilità in caso di violazione di un diritto non patrimoniale, è ritenuto legittimo il ricorso a strumenti di valutazione del danno del tutto avulsi dai criteri di quantificazione previsti dall'art. 1223 cod. civ. e ss. Si pensi alla valorizzazione di indici quali la gravità dell'offesa, la consistenza e l'ampiezza di essa anche con riguardo alle potenzialità "relazionali" della vittima.

11. Segue. La funzione "solidaristica"

Come anticipato, e nei limiti in cui tale affermazione può ancora essere ritenuta valida alla luce della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 novembre 2008 n. 26972¹²⁵, parlare di danno non patrimoniale significa riferirsi a danni molto differenti e

come costo, si impone una logica riparatoria che a parità di comportamenti non colpevoli induce a ritenere che sia più giusto che del danno cagionato risponda chi incolpevolmente lo ha creato per avvantaggiarsi economicamente, piuttosto che colui che incolpevolmente, ma senza avvantaggiarsi economicamente, ne abbia subito le conseguenze. Di qui la rilettura degli articoli 2047 e ss. cod. civ. non più in chiave forzatamente colposa ma quali forme di responsabilità per fatto altrui (artt. 2047, 2048, 2049) e di responsabilità oggettive (artt. 2050 e ss.)» (CARINGELLA F., DI MATTEO D., *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile*, Roma, 2013, 250). Gli esordi di tale processo si ravvedono negli anni Settanta e continuano fino ai nostri giorni quando sembra oramai consolidato in giurisprudenza il principio della funzione compensativa della responsabilità civile. Nella storica sentenza (caso Meroni) con cui la Corte di Cassazione stabiliva che il requisito dell'ingiustizia del danno contenuto nel modello di responsabilità civile extracontrattuale conteneva non solo la lesione di un diritto assoluto ma anche quella di un diritto di credito, la Corte riconosceva che «già da tempo buona parte della dottrina tende a riconoscere, nella responsabilità civile, più che la sanzione da infliggere a chi abbia violato i doveri imposti da determinate norme di condotta ovvero il generico dovere di non arrecare danno ad altri, la reazione dell'ordinamento giuridico contro il danno ingiusto; reazione che si attua attraverso la rimozione del pregiudizio e la reintegrazione del patrimonio del soggetto leso» (Cass., Sez. Unite, 26 gennaio 1971, n. 174).

¹²⁵ Cass., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss. V., sul punto, BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 e ss.; CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 e ss.; DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 e ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 e ss., con nota di BARGELLI E., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite* e di DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*. L'esame di tale pronuncia è di fondamentale importanza ai fini di comprendere la posizione attuale della giurisprudenza in punto di funzione del paradigma di responsabilità civile, incentrata sulla funzione compensativa della responsabilità. In primo luogo, la Corte risponde finalmente al quesito se sia ragionevole una suddivisione della categoria di danno non patrimoniale nelle sottocategorie di «danno morale soggettivo», «danno biologico» e «danno esistenziale». In secondo luogo, la Corte conferma che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso e quelle in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito violato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione. Dall'analisi delle ultime

gradati tra loro, tra cui danno morale, danno biologico, danno esistenziale, danno edonistico, danno alla serenità familiare, danno alla vita sessuale, danno da vacanza rovinata, danno da mobbing, danno da stress, e molti altri.

Secondo i sostenitori della funzione “solidaristica” della responsabilità civile, riconoscere un risarcimento a coloro che abbiano subito tali tipologie di danno significa avallare l’idea della rimozione degli ostacoli «di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese» di cui all’art. 3, secondo comma, della Costituzione. Da cui la concezione c.d. “solidaristica” della “responsabilità civile”.

Il risarcimento consentirebbe dunque di attribuire alla vittima una somma di denaro, con la quale questa può godere di utilità sostitutive capaci di ricreare condizioni alternative a quelle pregiudicate dal fatto illecito. Ciò sul presupposto che, nella comune considerazione, per garantire la solidarietà sociale nei rapporti interpersonali (art. 2 Cost.), occorre tutelare l’interesse della persona di non vedere violata la sfera della propria personalità o la possibilità di realizzarla in futuro, dunque di non subire la perdita della qualità della vita.

Anche in questo caso, la diversa funzione attribuita alla responsabilità in caso di violazione di un diritto non patrimoniale legittima il ricorso a criteri di valutazione del danno lontani dall’algoritmo legislativo di cui all’art. 1223 cod. civ. e ss., quali, ad esempio: a) della personalità del soggetto leso, b) dell’interesse violato, c) dell’attività svolta dalla vittima, d) delle ripercussioni del fatto illecito sulla personalità del soggetto leso, e) delle alterazioni, provocate dal fatto illecito, anche nell’ambito familiare e sociale del danneggiato¹²⁶.

12. Segue. La funzione “preventiva” o “deterrente”

pronunce giurisprudenziali, e in particolare, dai progressi fatti dalla giurisprudenza dal 2003 a oggi, sembrerebbe di poter affermare il modello di responsabilità civile abbia assunto piena valenza «compensativa» (ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, 307 e ss.), o per altri «satisfattiva» (FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 652 e ss.; NAVARRETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 e ss.; SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 126 e ss.), anche nel campo dei diritti non patrimoniali (PATTI S., DALLE MONACHE S., *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 2010, 148). L’unica componente che, pur rientrando nella nuova nozione omnicomprensiva di «danno non patrimoniale» sembrerebbe, per alcuni, aver conservato una sua autonoma funzione, «afflittiva» o «sanzionatoria» è il danno morale soggettivo (PATTI S., DALLE MONACHE S., *op. cit.*).

¹²⁶ FRANZONI M., *Fatti Illeciti*, cit., 668.

Funzione compensativa a parte, però, è al contempo discussa in dottrina la possibilità che a tale funzione se ne aggiungano altre. In particolare, in questa sede si prendano in considerazione la funzione di “deterrenza”, dunque di inibizione della riproposizione dell’illecito, e di “sanzione”, dunque punitiva, affinché venga colmato quel vuoto che il disvalore sociale dell’illecito commesso aveva creato e che non poteva considerarsi eliminato con il semplice trasferimento del costo dell’illecito dalla vittima all’autore dell’illecito¹²⁷.

Il problema della funzione deterrente e/o punitiva della responsabilità lambisce quello delle c.d. “pene private” nella responsabilità civile: sussisterebbero casi in cui l’ordinamento giuridico italiano ammette, a seguito del compimento di un determinato fatto illecito, l’esistenza di una sanzione economica non corrispondente ad un danno economico sofferto dalla vittima¹²⁸.

Trattasi di ambiti che tentano di soddisfare esigenze di tutela di diritti non riconducibili ad una semplice operazione di ripristino della situazione patrimoniale anteriore. Un esempio è quanto avviene nel campo della tutela dei diritti della persona. Oppure può trattarsi di ambiti in cui è nata l’esigenza di allentare i lacci che restringono la responsabilità delle grandi imprese, contro le quali lo scarso incentivo ad agire da parte delle vittime, aveva ridotto il risarcimento ad una funzione addirittura meno che compensativa.

Da questo punto di vista, esistono almeno quattro ambiti in cui la dottrina ravvisa che la funzione della responsabilità civile esorbita i limiti di una funzione meramente compensativa, vale a dire nel caso in cui dagli illeciti non scaturisca un danno patrimoniale vero e proprio¹²⁹, nel caso di illeciti in cui l’arricchimento è superiore al

¹²⁷ ALPA G., BESSONE M., *I fatti illeciti*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 1999, 42.

¹²⁸ GALGANO F., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, cit.; PONZANELLI G., voce «Pena privata», in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990; BUSNELLI F.D., SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, 12; CENDON P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149.

¹²⁹ V. ad esempio, nella giurisprudenza passata: Trib. Roma, 23 maggio 1988, in *Dir. informazione e informatica*, 1989, 919, in cui il quotidiano “*La Repubblica*” veniva condannato a 175 milioni a titolo di risarcimento di un danno *in re ipsa* a favore di Bettino Craxi, provocato dalla pubblicazione di una vignetta satirica in cui l’esponente del partito socialista veniva raffigurato come un ladro. V. anche Trib. Roma, 31 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2; Trib. Roma, 28 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, 2, 26; Cass., 28 marzo 1990, in *Dir. Inf.*, 1991, 125.

danno, nel caso di illeciti in cui costi sociali sono superiori a quelli individuali e, infine, per sanzionare i c.d. “reati bagatellari”¹³⁰.

Allontanandosi dal tema delle c.d. pene private, è necessario inoltre rilevare che la funzione deterrente è intimamente connessa a forme di responsabilità soggettiva e, come tali, all’elemento soggettivo della “colpa”. E’ chiaro, infatti, che in tanto un soggetto può essere disincentivato dal compiere una determinata azione in quanto la sua responsabilità è legata all’accertamento di una sua colpa. Al contrario, in caso di responsabilità oggettiva, l’obbligo di risarcimento del danno sorge per il semplice fatto che l’agente ha svolto una attività rischiosa, oppure perché – sulla base di una scelta di politica del diritto – l’agente appare il soggetto che meglio di altri può sopportare la traslazione del danno.

Chi si oppone alla concezione preventiva o deterrente della responsabilità, osserva che la funzione preventiva è indissolubilmente legata al principio della colpa, e che ci sono ampi spazi in cui invece la colpa non costituisce elemento dissuasivo: ciò non solo nei casi esemplari di responsabilità vicaria dove la colpa spesso non costituisce elemento essenziale della responsabilità, o, se lo costituisce, si tratta di un requisito di colpa molto sfumato ed edulcorato, ma anche nei casi in cui la colpa pur operando non agisce da elemento dissuasivo. Ad esempio, rientra nella responsabilità per colpa quello per errore (il quale è migliorabile ma statisticamente inevitabile). Senza contare che l’effetto dissuasivo della colpa potrebbe essere annientato dall’operatività di una polizza assicurativa che copre il rischio¹³¹.

In tutte queste ipotesi, la responsabilità civile perde la propria funzione deterrente, mantenendola solo e nella misura in cui l’obbligo risarcitorio incide a tal punto sul patrimonio dell’agente da indurlo a modificare il proprio comportamento e ad apprestare precauzione nell’esercizio della propria attività.

¹³⁰ GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, cit., 3 e ss..

¹³¹ Su quest’argomento, v. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Rispetto alla funzione deterrente della responsabilità nonostante la conclusione di un contratto di assicurazione, si è argomentato che l’art. 1900 cod. civ. sancisce l’inopponibilità all’assicuratore dei sinistri che l’assicurato ha causato con dolo o colpa grave: la finalità deterrente rimarrebbe frustrata se fosse permesso all’autore dell’illecito di assicurarsi contro il possibile risarcimento del danno volontariamente provocato dall’illecito stesso. V., a tal riguardo, GALLO P., op. cit., 3 e ss..

Ma si tratta, il più delle volte, di casi che non ineriscono l'esercizio di vere e proprie attività economiche ed imprenditoriali, quanto piuttosto, di attività "biologiche", quotidiane, e, per tanto, del tutto marginali¹³².

Una tecnica con cui l'ordinamento, nelle intenzioni o comunque nei fatti, si trova a declinare un modello di responsabilità civile in chiave "preventiva" o "dissuasiva" è quella di identificare un rimedio che non si presta ad essere determinato con facilità dal legislatore.

La questione potrebbe apparire di difficile comprensione se si approcciano le norme che prevedono il risarcimento del danno (art. 1223 e ss. cod. civ.) come assetto di norme che producono una sorta di "algoritmo legislativo" tramite il quale, scientificamente e razionalmente, il legislatore permette un calcolo scientifico del risarcimento del danno. Un simile approccio condurrebbe alla conclusione che ogni danno sia astrattamente calcolabile *ex ante*, cioè prima che la vittima rivendichi il proprio diritto al risarcimento. Ogni operatore del diritto è consapevole che tale scenario risulta essere solo teorico.

Ebbene quanto più il danno risulti imprevedibile nella sua quantificazione finale, tanto più avremo l'effetto di dissuadere l'inadempimento o la produzione dell'illecito extracontrattuale. A tal riguardo, nel campo della responsabilità contrattuale, Ambrosoli ha recentemente osservato: «Se si vuole attribuire un significato logico alla sostanziale indeterminatezza (nel senso di inconoscibilità *ex ante*) del contenuto della responsabilità, in contrapposto alla conoscibilità delle regole di comportamento primario (l'obbligazione), si deve piuttosto considerare come tale incertezza si risolva in una tecnica di rafforzamento della funzione preventiva della responsabilità: il debitore si

¹³² ALPA G., *La responsabilità civile*, cit., 167. V. anche MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 21 e ss.: «Sulla capacità di dissuasione della responsabilità civile sono stati avanzati però vari dubbi. Si sostiene che essa è senza effetto per i crimini di violenza: chi uccide un altro a sangue freddo, o in collera, non si ferma pensando ai danni che deve pagare alla vedova. [...] tutto dipende solo dalla probabilità di essere scoperti. Nel caso della concorrenza sleale, o di manovre commerciali illecite, la dissuasione intanto può operare in quanto il risarcimento sia in qualche modo esemplare. Inoltre, se è possibile ricorrere all'assicurazione, saranno gli azionisti a pagare i premi, per coprire i danni cagionati dalle decisioni degli amministratori della società. Infine, chi non ha un patrimonio, evidentemente non è dissuaso dal timore di risarcire un danno»; «La dissuasione offerta dalle regole di responsabilità civile sembra giocare un ruolo importante nel campo delle offese morali alla personalità, o nell'impiego colpevole dei mezzi di comunicazione di massa. Ma anche qui in tanto, in quanto il risarcimento, nella valutazione del danno morale subito dalla vittima, tenga conto delle possibilità finanziarie del danneggiante, cioè in tanto in quanto il risarcimento sia un disincentivo, se non proprio una pena»; «Per quanto attiene alla stragrande maggioranza degli incidenti che si verificano, bisogna ricordare che essi sono il risultato di errori, i quali sono comunque inevitabili nell'espletamento di svariate azioni sociali. Rispetto a tali errori è vero che la responsabilità civile può avere una funzione compensativa, ma difficilmente avrà in realtà una funzione preventiva».

trova a confrontare i costi dell'adempimento (a lui noti) con quelli dell'inadempimento (parzialmente ignoti) e, conseguentemente, supposto che sia un soggetto che prova avversione al rischio (come è per lo più), tenderà a preferire l'adempimento all'eventualità opposta. Dunque, l'incertezza del contenuto del risarcimento sembra giocare un ruolo nella funzione preventiva svolta dal rimedio»¹³³.

La funzione deterrente è molto utilizzata nelle argomentazioni dei giuristi che, a partire da Calabresi e Monateri, tentano di ricostruire il paradigma della responsabilità civile in termini di analisi economica del diritto. Per il tramite di una declinazione della responsabilità in chiave di strumento di deterrenza, si possono infatti produrre degli incentivi e dei disincentivi a operare per i soggetti di diritto (siano essi persone fisiche, giuridiche, professionisti, consumatori, ecc.).

Il punto di partenza di un tale approccio è quello per cui il costo di un'attività potenzialmente dannosa produce da una parte il disincentivo a operare se il soggetto agente considera che le conseguenze della propria attività siano più svantaggiose in relazione al costo atteso di un'eventuale azione risarcitoria da parte dei danneggiati e dall'altra l'incentivo a operare se il soggetto agente considera invece i potenziali vantaggi superiore agli svantaggi. Si potrebbe dire che, in questo secondo caso, il soggetto agente potrebbe ragionevolmente decidere di internalizzare il costo di un'eventuale azione risarcitoria a proprio carico.

La teorizzazione della funzione deterrente deve dunque scontare l'evidenza dimostrata dai giuristi dell'analisi economica del diritto che sostengono che le regole di responsabilità civile non svolgono in realtà alcuna funzione deterrente nei confronti dei soggetti agenti che siano disponibili e abbiano le capacità di "internalizzare" il costo dell'illecito.

Alla luce del metodo insegnato dai sostenitori dell'analisi economica del diritto, e al di là del riconoscimento o meno di una funzione deterrente nell'ambito dell'attuale paradigma di responsabilità civile, o di alcuni modelli normativi di responsabilità, potrebbe essere comunque interessante effettuare, nel corso del presente lavoro, alcune riflessioni su come, *de iure condendo*, criteri normativi definiti dall'analisi economica

¹³³ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 83. Interessante in questo senso l'ulteriore speculazione dell'Autore in merito al tema dell'incertezza del diritto: se, quando si parla di "situazioni primarie", cioè di diritti, la certezza del diritto è un valore indiscusso e al contempo finalità delle norme giuridiche, quando invece si parla di "situazioni secondarie", cioè dei rimedi, il legislatore sembrerebbe aver valorizzato la funzionalità che potrebbe assumere una situazione di incertezza.

del diritto potrebbero permettere di creare sistemazioni di comportamenti spontanei (più o meno efficienti, comunque sempre “politicamente” orientati) da parte dei consociati.

13. Segue. La funzione “sanzionatoria” o “punitiva”

La funzione sanzionatoria è quella individuabile nei modelli normativi di responsabilità che sono finalizzati a punire l'autore di un illecito. Modelli normativi di responsabilità in chiave sanzionatoria sono propri di società in cui si avverte il potere accentratore dello stato¹³⁴ e di società in cui non è ancora netta la distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale.

In Italia, invece, il margine di azione di tale funzione si è via via sempre più ristretta in considerazione tanto dell'ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto penale quanto della tendenza della dottrina e della giurisprudenza italiana a ripudiare questo tipo di funzione.

E, infatti, ogni danno è incancellabile e, una volta occorso, non vi è alcuno strumento fattuale per ottenere il ripristino dello *status quo ante*, se non quello di una finzione giuridica, ossia quella del risarcimento che, pur non annullando il danno, ne trasla gli effetti dal danneggiato (creditore) all'*infringer* (debitore)¹³⁵.

Sebbene sia il più delle volte ripudiata, in modo piuttosto reciso dalla giurisprudenza, meno dalla dottrina, il nostro ordinamento prevede diversi – sebbene non tantissimi – spazi riservati a tale concezione di responsabilità.

Prima dell'evoluzione giurisprudenziale sulla risarcibilità del danno non patrimoniale, la responsabilità per danni non patrimoniali era sicuramente uno degli spazi in cui era maggiormente rinvenibile la funzione sanzionatoria della responsabilità, come era confermato altresì dal fatto che la legge (con l'art. 2059 cod. civ.) permetteva la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nelle ipotesi più gravi.

Attualmente, vi è funzione punitiva in alcuna norme che prevedono espressamente un *quantum* risarcitorio superiore alla perdita effettivamente subita dalla vittima. Si pensi, a tal riguardo, al caso degli interessi per il ritardo nel pagamento dei debiti derivanti da transazioni commerciali o alla disciplina della locazione di immobili urbani ad uso diverso dall'abitativo¹³⁶. O si pensi ancora ai modelli normativi di responsabilità rinvenibili negli artt. 96, 614-*bis* e 709-*ter* cod. proc. civ., nell'art. 129-*bis* cod. civ. nonché nell'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale.

¹³⁴ ALPA G., *La responsabilità civile*, cit., 160.

¹³⁵ TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 16.

¹³⁶ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 72.

14. Segue. La funzione “organizzativa” o “regolativa”

La rassegna appena operata permette di appurare che il paradigma della responsabilità civile si compone di una molteplicità di modelli normativi di responsabilità differenti, i quali a loro volta possono essere variamente declinati dall'interprete.

Ciascuna delle funzioni sopra menzionate promana dalle peculiarità dei singoli modelli normativi di responsabilità, ciascuno dei quali è frutto di una precisa scelta legislativa.

Dire che l'art. 125 del Codice di Proprietà Industriale assume una funzione ripristinatoria (perché permette la tutela piena degli assetti proprietari del titolare dei diritti di privativa industriale) e, al contempo, sanzionatoria (perché punisce i contraffattori) significa tradurre e mettere a disposizione dell'interprete la *ratio* di un modello normativo che, sebbene faccia parte del paradigma della responsabilità civile, ha un'origine e un'evoluzione speciale e autonoma rispetto agli altri modelli di responsabilità. E tale discorso può essere tarato per ciascun modello di responsabilità di cui si compone il nostro ordinamento.

Allo stesso modo, si è detto che è ormai condivisa da molti la concezione della responsabilità civile in chiave compensativa, vale a dire come strumento per traslare gli effetti negativi di un evento dannoso dal soggetto che li ha subiti al soggetto che li ha procurati¹³⁷.

Ebbene indipendentemente dalle opinioni espresse da chi ritenga di riservare una classificazione autonoma alla funzione organizzativa o regolativa della responsabilità civile, sembrerebbe più convincente riconoscere l'essenza di tale funzione proprio nell'organizzazione e distribuzione tra i vari modelli di responsabilità delle funzioni sopra elencate.

L'idea di una funzione flessibile e modulare nasce dall'abbandono di concezioni di responsabilità oramai desuete e vetuste. Si faccia riferimento ad esempio, per quanto riguarda la responsabilità contrattuale, alla c.d. “teoria morale” della responsabilità, vale a dire a quell'impostazione che partendo dal principio per cui *pacta sunt servanda* attribuiva all'inadempimento un particolare disvalore e pertanto tasso di riprovevolezza. O al vecchio sistema di responsabilità extracontrattuale che non distribuiva la responsabilità sulla base del criterio dell'assunzione del rischio, ma invece era arroccata sulla concezione per cui *nulla poena sine culpa*.

¹³⁷ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., 3.

Ebbene il paradigma di responsabilità civile moderno non può essere ristretto nei confini di un'unica funzione per cui è ragionevole che gli interpreti si sforzino di sviluppare tale paradigma in una molteplicità di modelli dal contenuto e dalla portata più disparata. La ragione è evidente: non esiste un'unica *ratio* che sorregge l'intero paradigma, a meno che non si voglia attribuire allo stesso la funzione di distribuire o meglio declinare e graduare la propria *ratio* in ciascun modello sulla base delle particolari circostanze che tale modello intende governare.

Il problema dell'organizzazione dei comportamenti non risiede nell'incentivo delle parti a non arrecare un danno a un terzo o a non adempiere ad un contratto, quanto nella creazione di un sistema in cui, a livello individuale, ogni soggetto sia pienamente consapevole degli effetti delle proprie azioni, al fine di permettere a questi un'adeguata valutazione e scelta – in chiave economica (ma non solo economica) – dei propri comportamenti¹³⁸, e a livello di collettività, l'insieme dei comportamenti umani così “guidati” (o “organizzati”) produca gli effetti sociali desiderati sotto il profilo di politica legislativa.

Ad esempio, se ragioni di politica legislativa conducono a ritenere che l'obiettivo sia quello di «creare l'atmosfera di fiducia che è il necessario presupposto per la stipulazione dei contratti»¹³⁹, ecco che allora la funzione della responsabilità da inadempimento contrattuale non è più quella di ristorare il creditore dall'inadempimento del debitore, ma quella viceversa di permettere ai contraenti di svincolarsi da obblighi inefficienti, garantendo al contempo al creditore un livello minimo dell'utilità che questi si attende dall'adempimento del contratto medesimo.

E così non adempiere un contratto diventa non più deplorabile, ed è invece condivisibile l'intuizione di Oliver Holmes secondo il quale «il risarcimento del danno, più che il controvalore del diritto del creditore, rappresenterebbe il mezzo riconosciuto al debitore per riacquistare quella libertà che, con l'assunzione del vincolo, aveva subito

¹³⁸ Con altre parole, limitatamente alla responsabilità contrattuale, AMBROSOLI M., in *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 80: «la funzione della regola di responsabilità, prima ancora che di procurare al creditore il vantaggio da lui atteso, è quella di impedire l'inadempimento, fornendo al debitore gli incentivi opportuni affinché si determini all'adempimento spontaneo. [...] Chiaramente, questo non significa che fine del risarcimento debba essere quello di assicurare in ogni caso l'adempimento, quanto piuttosto quello di assicurare concretamente che gli incentivi all'adempimento siano correttamente percepiti dalle parti del rapporto, in modo che possano con fiducia fare conto sul contratto e sui risultati attesi dal suo adempimento».

¹³⁹ TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 637.

una compressione; il risarcimento, in questa prospettiva, costituirebbe il prezzo della liberazione dall'obbligo».

L'idea di fondo suggerita dal modello normativo di responsabilità contrattuale è dunque sempre quella che sorregge il principio del c.d. *efficient breach*: l'idea è quella di un inadempimento come possibile oggetto di una scelta efficiente, da approvare in quanto utile socialmente (in termini economici).

A tal riguardo, punto di partenza deve essere la valorizzazione del contratto come "atto di programmazione economica"¹⁴⁰ e della responsabilità come strumento di organizzazione della propensione del debitore ad adempiere o, viceversa, non adempiere.

Parimente alla responsabilità extracontrattuale viene assegnato il compito di occuparsi di allocare il danno prodotto dalle c.d. "interferenze non predeterminate"¹⁴¹ fra sfere giuridiche proprie dei soggetti che operano spontaneamente. «In tal senso» - è stato affermato - «si dice che il problema della responsabilità civile concerne l'allocazione dei costi richiesti per la riparazione delle perdite e/o delle distruzioni di ricchezza che si verificano a seguito delle interferenze non programmate fra le attività dei soggetti»¹⁴².

E a tale compito, a tale funzione, sono volti modelli normativi di responsabilità affatto omogenei, alcuni dei quali, come visto, hanno finalità più spiccatamente sanzionatorie, altri deterrenti, altri reintegrative, altri ancora meramente riparatorie.

La funzione organizzativa si pone dunque come la funzione delle funzioni e non a caso è alla funzione organizzativa che volgono le riflessioni più evolute sulla funzione della responsabilità contrattuale. A tal riguardo, si è detto che «il problema della

¹⁴⁰ TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 84. V. anche AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 57: «il contratto viene concepito, da questo punto di vista, come uno strumento di programmazione e di allocazione delle risorse proteso a risultati di efficienza: la regola di responsabilità, allora, ha per proprio fine quello di far sì che tali esiti efficienti siano raggiunti anche nell'eventualità che uno dei contraenti decidesse, successivamente alla conclusione del contratto, di tentare di sottrarsi», e a 79: «delle strategie di analisi che si sono sinora prese in considerazione, quella economica appare l'unica che abbia, già al suo interno, sviluppato l'idea di un coordinamento di interessi differenti: in essa, come si è visto, la commisurazione del risarcimento all'aspettativa del creditore non è stata giustificata dalla semplice esigenza di preservare un'appartenenza acquisita per effetto della conclusione del contratto; piuttosto, la tutela dell'interesse del creditore è conseguenza della necessità di fornire opportuni incentivi all'altra parte del rapporto, cioè al debitore e, ancora, il coordinamento così attuato tra la posizione delle due parti è stato fatto discendere dall'esigenza di far sì che lo strumento contrattuale possa essere utilizzato dai consociati come strumento "credibile", cioè come atto di programmazione di un risultato che il creditore può considerare affidabile nell'ambito della organizzazione della propria attività economica complessiva».

¹⁴¹ CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, cit., 319.

¹⁴² CAMARDI C., op. cit., 319.

responsabilità civile si pone, allora, oggi come problema dell'organizzare tramite il diritto privato, un coordinamento delle attività che, comunque, non si intendono vietare. Tale problema si estrinseca nella scelta del soggetto che deve sopportare un determinato costo provocato da tali attività. Cioè la principale, ma non unica, funzione della responsabilità civile, è, oggi, quella organizzativa: produrre un coordinamento soddisfacente delle azioni sociali, basato non su una serie di comandi centrali, ma su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti. Sicuramente pertanto le regole di responsabilità hanno effetti redistributivi. Esse si comportano come l'imposizione di una tassa su determinate attività, importando costi eventuali, che possono venire traslati dai danneggianti potenziali, tramite il mercato o in altri modi, su soggetti diversi. Le regole di responsabilità civile distribuiscono tra determinati soggetti il costo delle loro attività, ed in questo modo regolano, o meglio inducono un loro regolamento spontaneo»¹⁴³.

Si consideri tuttavia che la valutazione circa il tipo di funzione da attribuire ai determinati modelli normativi è una valutazione di natura "politica" del legislatore che stabilisce i criteri con cui decidere se le perdite devono rimanere là dove cadono o se, invece, devono essere traslate in capo a chi le ha determinate. Nel momento in cui affronta il problema dell'imputazione del danno all'autore della condotta il legislatore ha dovuto affrontare il quesito dell'opportunità legislativa di traslare il danno dalla vittima all'autore stesso.

La problematica della responsabilità civile, intesa come strumento di organizzazione del mercato tramite comportamenti spontanei ma indotti dal legislatore, è una problematica che difficilmente può pertanto risolversi in uno sforzo ermeneutico interno al sistema.

Trattasi di un problematica che attiene precipuamente al campo della politica legislativa, mentre all'interprete è rimesso il compito di cogliere la funzione dei vari modelli di responsabilità che emerge dal sistema e, in tal modo, dare applicazione al paradigma organizzativo della responsabilità civile.

¹⁴³ MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 21. Secondo questo Autore la funzione della responsabilità civile è quella di «ottenere un ordine complessivo, decentrato e spontaneo, delle azioni sociali, che sia fondato sul sistema delle transazioni private, e del ricorso alle Corti, in caso di fallimento delle stesse parti private nel tentare di giungere ad un accordo, che regoli la questione dei costi, che si sono prodotti nell'espletamento di determinate attività. [...] E' vero che talvolta si rende necessario sovra-compensare la vittima, per disincentivare adeguatamente il danneggiante, ma la responsabilità civile smetterebbe la propria funzione tipica di regolamentazione spontanea delle attività non vietate, se i risarcimenti punitivi fossero ammessi indiscriminatamente, e divenissero uno strumento dirigitico della responsabilità civile nelle mani dei giudici, per graduare a loro piacimento le varie attività sociali».

CAPITOLO SECONDO

Percorsi evolutivi di una “nuova” idea di funzione della responsabilità civile

1. Premessa. Il passaggio dalla analisi della funzione della responsabilità all’analisi della funzione dei rimedi e la rilettura della funzione della responsabilità in chiave di strumento di allocazione degli incentivi

Nel corso del precedente capitolo, si è tentato di fornire un’esposizione generale della problematica relativa alla “funzione” della responsabilità, richiamando, seppur in modo sommario e senza pretesa di esaustività, una catalogazione delle principali differenti “funzioni” enucleate dalla dottrina civilistica italiana.

Come emerge chiaramente da tale esposizione, l’analisi “funzionale” della responsabilità civile vive oggi di una costante contraddizione.

Da una parte, la dottrina e la giurisprudenza italiana sembrerebbero oramai arroccate su una concezione monolitica di responsabilità intesa quale strumento di reintegrazione del patrimonio del soggetto che subisce un danno nel proprio *status quo ante* e come strumento di traslazione del danno dal soggetto che lo ha subito a quello che lo ha cagionato.

Dall’altra, all’interno del nostro ordinamento giuridico sono rinvenibili molteplici modelli di responsabilità che, con opinione pressoché unanime, si discostano da quello con finalità reintegratorie e compensative, e assumono un ruolo diverso nel contesto dei rimedi di tutela civile dei diritti.

Tale contraddizione potrebbe essere spiegata con la convivenza, nell’ambito del medesimo ordinamento giuridico, di un paradigma generale di responsabilità con funzione reintegratoria e di differenti modelli specifici di responsabilità che derogano al paradigma generale.

Una tale ricostruzione, volta a salvaguardare la validità del principio cui aderire, risulta tuttavia inidonea a spiegare la complessità del ruolo che la responsabilità ricopre nell’ambito degli strumenti di tutela civile dei diritti.

A tal riguardo, basti ricordare che in ossequio al dogma della funzione reintegratoria della responsabilità, la giurisprudenza si è costantemente opposta alla liquidazione di risarcimenti ultra-compensativi che tradiscano la valenza deterrente o sanzionatoria del

paradigma di responsabilità, anche nei casi in cui si trattasse meramente di provvedere alla delibazione della sentenza di una Corte straniera a fini esecutivi in Italia¹⁴⁴.

L'utilizzo delle argomentazioni di natura pubblicistica che la Suprema Corte ha speso per respingere l'ingresso dei *punitive damages* statunitensi, confermando la valutazione espressa dalla Corte di Appello di Venezia circa il contrasto con l'ordine pubblico italiano di una sentenza che contenga la condanna al pagamento di danni punitivi¹⁴⁵, non trovano in realtà alcun appiglio normativo, poiché il principio dell'integrale riparazione del danno non risulta avere alcuna copertura costituzionale, ma discenderebbe, al più, dalla combinazione dei criteri di quantificazione del danno di cui agli artt. 1223 e ss. cod. civ. e dal divieto di arricchimento ingiustificato¹⁴⁶.

Una valutazione circa l'insussistenza di un principio costituzionale di integrale riparazione del danno subito dovrebbe costituire pertanto un elemento sufficiente a rimuovere l'ostacolo all'ingresso nell'ordinamento italiano di quelle decisioni giudiziali che, in applicazione del diritto straniero, presuppongono l'utilizzo di rimedi ultracompensativi.

¹⁴⁴ Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890. La sentenza trae origine da un caso di incidente stradale avvenuto nel 1995 in Alabama, negli Stati Uniti, quando un motociclista, dopo la collisione con un'autovettura, perdeva il casco protettivo per un difetto di progettazione della fibbia di chiusura e, rovinando al suolo, batteva il capo decedendo. A seguito di un'azione di risarcimento danni nei confronti della società produttrice della fibbia difettosa, con sede legale in Italia, la madre della vittima otteneva la condanna della società al pagamento di un milione di dollari nei confronti della donna. Trattandosi tuttavia della sentenza di una corte statunitense, si rendeva necessaria la delibazione da parte della giurisdizione italiana al fine di porre in esecuzione la sentenza. La Corte d'Appello di Venezia tuttavia rigettava, con sentenza n. 1359/2001 l'istanza di delibazione, ravvedendo nella pronuncia del giudice statunitense la condanna ad un danno punitivo, con finalità pubblicistiche e pertanto contrario ai principi di ordine pubblico interno. La donna ricorreva in Cassazione deducendo, tra l'altro, che «la sentenza della corte statunitense non è in ogni caso contraria all'ordine pubblico interno, conoscendo anche il nostro ordinamento civilistico istituti aventi natura e finalità sanzionatoria e afflittiva, quali la clausola penale e il risarcimento del danno morale o non patrimoniale». La Corte di Cassazione, per quanto concerne la clausola penale, negava che potesse avere natura e finalità sanzionatoria o punitiva.

In secondo luogo, la Corte di Cassazione negava altresì che il danno morale potesse avere natura o finalità sanzionatoria o punitiva. La sentenza veniva poi confermata da Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609, con nota di PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*.

¹⁴⁵ App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Foro padano*, 2002, I, 525; CAMPEIS D., DE PAULI A., *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 771.

¹⁴⁶ PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67; VILLA G., *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, I, 37.

Un secondo esempio di inidoneità di una lettura della responsabilità in mera chiave reintegratoria discende ancora dalla giurisprudenza di legittimità, che, in ossequio al principio reintegratorio, ha voluto ribadire la necessità che il risarcimento del danno sia volto al mero integrale ristoro del pregiudizio subito anche in caso di danno non patrimoniale¹⁴⁷.

Tale statuizione delle Sezioni Unite, che hanno tentato di porre fine a un contrasto decennale circa la sussistenza di molteplici voci di danno non patrimoniale, è tuttavia incongruente in relazione ad una constatazione che appartiene alla tradizione giuridica italiana, ossia quella relativa al fatto che il danno non patrimoniale risulta per definizione insuscettibile di una riparazione integrale, tant'è vero che in dottrina si preferisce attribuire alla responsabilità civile per danno non patrimoniale una valenza "satisfattiva" piuttosto che "reintegratoria"¹⁴⁸.

Infine, non può non rilevare la circostanza che l'introduzione di modelli di responsabilità peculiari che si discostino dal paradigma tradizionale di responsabilità, lungi dal costituire fenomeni isolati, sembrerebbero piuttosto rappresentare una scelta di politica legislativa ben consolidata nel panorama legislativo degli ultimi anni.

In altre parole, anche a fronte della commistione giuridica ingenerata da una molteplicità di normative di derivazione europea, il legislatore degli ultimi anni introduce sistematicamente modelli di responsabilità che si discostano dal paradigma reintegratorio¹⁴⁹.

E' necessario allora ripensare all'attualità dell'impostazione del problema "funzionale" della responsabilità in chiave meramente reintegratoria e leggere il fenomeno corrente come un momento di evoluzione della categoria della responsabilità civile¹⁵⁰, poiché viceversa dovremmo concludere che il legislatore si muova in uno spazio caotico

¹⁴⁷ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 913; sul punto, v. BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, cit., 97 e ss.; CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., 5 e ss.; DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., 410 e ss.; BARGELLI E., *Danno non patrimoniale*, cit., 102 e ss.; DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, cit., 102 e ss.

¹⁴⁸ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., 246.

¹⁴⁹ A mero titolo di esempio, basti citare gli elementi di asistematicità determinati dall'introduzione di fattispecie come il risarcimento del danno da vacanza rovinata o l'indennizzo per l'utilizzo nei contratti del consumatore. Sul punto, v. *ex multis*, MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012; VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente* in www.personaemercato.it.

¹⁵⁰ LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

costituito da un mosaico di modelli normativi senza alcuna coerenza sistematica e del tutto avulsi dalla cultura giuridica italiana.

Il paradigma di responsabilità civile, già tradizionalmente composto da una tale molteplicità di modelli normativi - tra loro eterogenei sotto il profilo strutturale e teleologico - che renderebbe difficoltosa una loro pacifica riconducibilità ad un unico modello reintegratorio¹⁵¹, vede profilarsi oggi, a seguito di una serie di interventi legislativi soprattutto nelle discipline di settore, un panorama di modelli normativi ancora più diversificato, talvolta del tutto incompatibile con l'asserita natura reintegratoria della responsabilità.

Sembra viceversa sempre più consolidata una modalità di legiferare che si basa sull'utilizzo della responsabilità quale strumento di controllo e regolazione degli incentivi individuali degli operatori del mercato e degli altri soggetti di diritto.

A tal proposito, è paradigmatico il caso del nuovo sistema di responsabilità datoriale che emerge dalla legislazione emergenziale degli ultimi due anni¹⁵², la quale è dichiaratamente volta a garantire una maggiore efficienza nei meccanismi del mercato del lavoro al fine ultimo di permettere una ripresa economica e, di conseguenza (nelle intenzioni dichiarate del legislatore), un aumento dell'occupazione¹⁵³.

¹⁵¹ Si pensi, ad esempio, alle *liability rules* di cui si compone da sempre il diritto proprietario, tutt'altro che univocamente volte a garantire il pieno ristoro del soggetto violato nei propri diritti proprietari. V. *infra* par. 3.

¹⁵² Inaugurata dalla L. 92/2012 (c.d. *Riforma Fornero*) e oggi proseguita con la Legge delega n. 183/2014, e i relativi decreti attuativi (c.d. *Jobs Act*).

¹⁵³ V. art. 1, comma 1, della L. 92/2012 che stabilisce che: «La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare: [...] ridistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie»; v. anche art. 1, comma 7, L. 183/2014: «allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali: [...] previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione

Tale obiettivo è perseguito con una tecnica legislativa volta a sostituire il risarcimento del danno con l'indennità risarcitoria quale rimedio a tutela del lavoratore in caso di responsabilità datoriale, così dando seguito ad una teoria economica che connoterebbe di maggiore efficienza un sistema in cui i costi del licenziamento siano certi e predeterminabili¹⁵⁴ rispetto al sistema rimediale basato sul risarcimento del danno.

E', a tal proposito, necessario ricordare che evidentemente la prospettiva è differente a seconda che si guardi all'ordinamento giuridico sotto una prospettiva di politica legislativa piuttosto che sotto la prospettiva ermeneutica.

Infatti, il punto di partenza del legislatore è pur sempre riconducibile a quello finalistico teleologico, ossia, nel caso in esame, volto a comprendere induttivamente quale sia il sistema di responsabilità civile ritenuto più corrispondente ai propri obiettivi di politica legislativa, laddove, ovviamente l'interprete cercherà, con ragionamento deduttivo, di comprendere il sistema responsabilità civile che risulta dal diritto positivo.

In un tale contesto, una analisi della *intentio* del legislatore, quale risulta non solo dallo stesso tenore letterale della legge ma, soprattutto, dai lavori preparatori, potrebbe essere utile a sgombrare una volta per tutta il campo dal pregiudizio assiologico per cui ogni modello di responsabilità debba essere epurato di connotazioni differenti da quelle meramente reintegratorie.

Si avrà modo di approfondire maggiormente questo punto in seguito, quando si cercherà di trarre le conclusioni in merito ai risvolti sotto il profilo ermeneutico dei ragionamenti condotti nel presente studio¹⁵⁵, ad ogni modo si anticipi che l'*intentio* del legislatore gioca in materia un ruolo non meno importante di quello svolto dal testo letterale delle norme e dal contesto sistematico nel quale queste ultime sono calate.

E, infatti, una lettura delle norme in termini di ragionevolezza delle stesse impone necessariamente di misurare il risultato dell'attività legislativa con le originarie intenzioni del legislatore¹⁵⁶.

ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

¹⁵⁴ BLANCHARD O., TIROL J., *Contours of Employment Protection Reform*, MIT Department of Economics Working Paper no. 03-35. Il dibattito degli ultimi anni è stato comunque animato da un sostrato accademico di teorie giuridico-economiche, tra le quali risultavano maggiormente accreditate quelle promosse da Pietro Ichino (v. ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011) e di Tito Boeri e Pietro Garibaldi (v. BOERI T., GARIBALDI P., *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, 2008). Per una rassegna delle teorie economiche sulla riforma del mercato del lavoro, v. BARBIERI P.N., FAZIO F., *Dibattito su mercati duali e contratto unico. Una analisi teorica*, 2012, in www.adapt.it.

¹⁵⁵ V. *infra* capitolo IV.

¹⁵⁶ D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

E' solo grazie a questo lavoro di raffronto tra intenzioni e previsioni legislative che è possibile comprendere appieno il contenuto di un assetto normativo il quale, una volta saggiatane la conformità al dettato costituzionale, diviene portatore di una serie di elementi utilizzabili dall'interprete nel corso della sua attività ermeneutica¹⁵⁷.

Ebbene, come si avrà modo di esaminare più nel dettaglio in seguito, la lettura del sistema di responsabilità civile in chiave di strumento di controllo e allocazione di incentivi potrebbe risultare la costante che accomuna le recenti scelte di politica legislativa.

Qualora tale premessa risultasse dimostrata, dovremmo allora concludere che il rapporto di regola generale / eccezione con il quale è stato sempre letto il sistema di responsabilità civile con riferimento ai modelli di responsabilità non prettamente reintegratori, potrebbe risultare sovvertito, essendo viceversa dimostrato che il carattere reintegratorio non è connotato al paradigma di responsabilità ma piuttosto al solo rimedio del risarcimento del danno (peraltro solo quello calcolato ex art. 1223 e ss. cod. civ.).

con l'utilizzo da parte dell'interprete di argomenti di *analogia juris*, essendo a tal fine ovviamente necessario rivenire nell'ordinamento un utilizzo generalizzato – e non episodico, come è stato finora argomentato – della responsabilità civile nella sopra menzionata ottica¹⁵⁸.

A bene vedere, peraltro, un ripensamento della categoria della responsabilità civile in chiave di strumento di controllo degli incentivi non deve considerarsi innovativo, se si considera che negli anni '60 e '70 la dottrina civilistica occidentale si andava interrogando sull'opportunità di un simile approccio al diritto (definito come

¹⁵⁷ Pertinente sembrerebbe, sul punto, il richiamo alla dottrina costituzionalistica. V., in particolare, SANDULLI A., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 e ss.; LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973.

¹⁵⁸ Un simile passaggio interpretativo sembrerebbe già stato peraltro svolto, seppur solo parzialmente, dalla giurisprudenza. V., ad esempio, Cass., 19.12.2003 n. 19472 in *Giust. civ.*, 2004, I, 1257, che ha affermato che «non può negarsi, infatti, che risponda a canoni di coerenza logica e che risulti in linea con l'uso che le norme codicistiche fanno dei termini "indennizzo" (o "indennità") da una parte e "risarcimento del danno" dall'altro (cfr. al riguardo artt. 885, 924, 937, 938, 1017, 1032, 1053, 1328, 2045, 2047), ritenere che le conseguenze derivanti dal mancato compimento del fatto promesso vadano graduate in termini di severità sulla base della condotta in concreto tenuta dal promittente, così da concludere che quest'ultimo sia tenuto al mero indennizzo nel caso in cui sia stato diligente, e obbligato, di contro, a risarcire i danni secondo le regole generali risarcitorie allorquando siano ravvisabili colpa o negligenza».

“economico”¹⁵⁹, anche se meglio potrebbe dirsi – come si vedrà – basato sullo studio degli incentivi individuali)¹⁶⁰, rilevando altresì «l'urgenza di una analisi approfondita della funzione della responsabilità civile nella società moderna»¹⁶¹.

Ciò che è tuttavia cambiato rispetto alle letture passate è la prospettiva verso la quale puntare l'obiettivo della ricerca dello strumento di distribuzione degli incentivi.

Non essendo possibile un approfondimento di tale corrente di pensiero, basti rilevare in questa sede che tali studi erano volti alla ricerca di una "teoria generale della responsabilità civile"¹⁶² in grado di risolvere la problematica relativa ai criteri di imputazione intorno ai quali articolare il sistema della responsabilità, ad esempio se quello basato sulla colpa, sulla responsabilità oggettiva o, piuttosto, sulle assicurazioni (sociali o private).

La prospettiva della problematica dei criteri di imputazione soggettiva del danno, pur nella sua perenne attualità scientifica, non sembra rispondere all'interrogativo che ci si pone, ossia quello di fornire una spiegazione sistematica ai modelli di responsabilità di recente introduzione nel diritto privato italiano.

Quello cui invece assistiamo in questi ultimi anni è un fenomeno di vera e propria parcellizzazione dei rimedi che sembrerebbero vivere in costante contraddizione con un sistema della responsabilità civile basata sul principio reintegratorio.

¹⁵⁹ Sul reale contenuto economico dell'analisi economica del diritto v. CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit., 40 e ss., in cui l'Autore riferisce che «gli economisti sostengono che, salvo certi settori in cui le decisioni concernono l'intera collettività e devono perciò essere prese a livello politico, quello del mercato è il miglior metodo per decidere la validità di un certo tipo di attività. Ma la natura tautologica di quest'affermazione è la prova più evidente che, in ultima analisi, la responsabilità delle decisioni spetta alla collettività, non alle leggi economiche. In altre parole, il mercato può solo aiutarci nel decidere fino a che punto vogliamo evitare sinistri, ma non può sostituirsi del tutto a noi nella soluzione del problema. E quando decidiamo, malgrado gli indirizzi del mercato, di vietare un'attività pericolosa anche se essa sarebbe in grado di risarcire i danni che causa o al contrario di incoraggiare un'attività che non avrebbe tale possibilità, noi non violiamo leggi assolute. Operiamo, in sostanza, lo stesso tipo di scelta tra incidenti e attività pericolose che opererebbe il mercato; ma decidiamo, per ragioni perfettamente valide, di farlo in maniera diversa».

¹⁶⁰ Il riferimento è ovviamente agli studi di Guido Calabresi nella dottrina statunitense (v. CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit.); e, nella dottrina italiana, agli studi di Pietro Trimarchi (v. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit; ID. *Causalità e danno*, cit.). V., anche, AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 82 e ss.; ABRESCIA M., *Governare la differenziazione. L'analisi economica del diritto e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 1; PARDOLESI R., TASSONE B., *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003; DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; PARDOLESI R., ARCURI A., voce «Analisi economica del diritto», in *Enc. dir.*, VI, 2002; BELLANTUONO G., *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, 2001, in www.liuc.it.

¹⁶¹ CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit., 33.

¹⁶² CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit., 15.

La riflessione sulla "funzione" della responsabilità deve allora spostarsi dal piano della portata soggettiva (ossia relativa ai criteri di imputazione soggettiva dei danni) al piano della portata oggettiva della stessa, ossia quello relativo a quale sia il fine che il rimedio connesso alla responsabilità si pone.

In altre parole, oggetto dell'attuale riflessione sulla "funzione" della responsabilità non può più essere quello del "se" e del "quando" la responsabilità risulti integrata, ma piuttosto quello del "come" la responsabilità operi, ossia della funzione non più della responsabilità, ma piuttosto del rimedio a essa connessa¹⁶³.

Quella dello strumento allocativo degli incentivi non è peraltro l'unica prospettiva rispetto alla quale l'attuale riflessione sul percorso evolutivo della responsabilità civile deve essere letto.

Secondo Calabresi, la responsabilità civile (intesa, in quella sede, come la nostra responsabilità extracontrattuale) doveva tendere in primo luogo alla giustizia, e, in secondo luogo, alla riduzione dei costi degli incidenti¹⁶⁴.

La parcellizzazione dei rimedi, invece, risulta a sua volta indicativa del fatto che la funzione della responsabilità sia quella dell'efficacia e dell'effettività, prima ancora che dell'efficienza, e che, a tali fini, il legislatore italiano ed europeo si serve di rimedi declinati differentemente e con funzioni differenti a seconda per l'appunto di quali risultino più utili ai propri fini.

In tal modo, l'analisi della funzione del rimedio contribuisce alla comprensione della funzione della responsabilità, in un doppio passaggio metodologico-concettuale (funzione della responsabilità-funzione del rimedio, prima, e funzione del rimedio-funzione della responsabilità poi) che vive di una necessità simbiotica.

2. L'ampliamento del sistema rimediale della responsabilità civile: dal risarcimento all'indennità e all'indennizzo

Chiarito che un'analisi funzionale del sistema rimediale cui partecipa lo strumento della responsabilità civile permette di risolvere il problema relativo alla lettura che deve essere fornita della responsabilità civile stessa nel quadro degli strumenti di tutela civile

¹⁶³ La c.d. "funzione secondaria" di Guido Calabresi. CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit., 51. E' peraltro evidente che l'ottica di Calabresi fosse quella di enucleare le funzioni della responsabilità civile sotto un profilo di politica legislative, non concentrandosi viceversa sulla comprensione del sistema quale promana dall'ordinamento giuridico.

¹⁶⁴ CALABRESI G., *Costo degli incidenti*, cit., 47.

dei diritti, è necessario rivolgere l'obiettivo del presente studio alle soluzioni rimediali oggi riconducibili alla responsabilità civile.

Sotto questa prospettiva si può leggere come un fenomeno di cambiamento della categoria stessa della responsabilità la recente introduzione di numerosi modelli di responsabilità, da cui maggiormente promana un'area di innovatività rispetto al precedente paradigma di responsabilità civile.

Il riferimento è a tutti quei modelli che hanno privilegiato da un punto di vista rimediale l'utilizzo di meccanismi differenti rispetto al risarcimento del danno, ossia meccanismi indennitari e di indennizzo.

Non è questa la sede per una riflessione approfondita sulle soluzioni rimediali idennitarie, posto che la tematica ha occupato - e occupa tuttora - pagine importanti della letteratura civilistica italiana.

Ciononostante sembra imprescindibile, ai fini di un corretto inquadramento delle riflessioni oggetto del presente studio, spendere alcune considerazioni preliminari sui rimedi in esame, e ciò al fine di comprendere la natura degli stessi nell'ambito dei rimedi di tutela civile dei diritti e di verificare se trattasi di rimedi effettivamente riconducibili alla responsabilità civile, al pari del rimedio risarcitorio, o se viceversa costituiscono un *alter* concettuale non afferente a quest'ultima.

In tale prospettiva, è noto il dibattito in dottrina volto a comprendere se sussista un criterio sistematico distintivo tra il rimedio risarcitorio e quello indennitario o se viceversa sia possibile rinvenire un'unica linea guida che ispiri la differenza ontologica tra tali rimedi.

La problematica è rilevante e in realtà di difficile risoluzione poiché il modo in cui opera il legislatore sembra inadatto a permettere alcuna opera di classificazione sistematica.

In particolare, "indennità" e "indennizzo" vengono utilizzati in una tale varietà di fattispecie del tutto eterogenee tra loro, che condurrebbe a ritenere che, pur utilizzando differenti lemmi lessicali, il legislatore abbia in realtà voluto fare riferimento alla medesima soluzione rimediale di fondo¹⁶⁵.

¹⁶⁵ MAZZOLA M.A., *I nuovi danni*, Padova, 2008, 126: «il legislatore adopera di volta in volta, nei casi oramai delineati, più o meno svelati, più o meno riconosciuti di atti leciti dannosi, i termini di indennizzo o indennità e di risarcimento sempre prevalentemente con la medesima ratio: inadempimento a seguito della promessa di matrimonio (art. 81, 1° co. e 2° co., cod. civ. - risarcimento -); accesso al fondo di un terzo seguito da danno (art. 843, 2° co. e 3° co., cod. civ. - indennità -); inseguimento di sciami d'api o di animali sul fondo altrui seguito da danno (art. 924 e 925, 1° co., cod. civ. - indennità -); revoca della proposta (art. 1328, 1° comma, cod. civ.

Si va infatti, per citare soltanto alcuni esempi, dalle disposizioni in cui l'indennità è il compenso dovuto a chi abbia subito un pregiudizio in un proprio interesse¹⁶⁶ alle figure di corrispettivo previste nella disciplina del rapporto di lavoro¹⁶⁷ o comunque altro corrispettivo per una prestazione resa, compenso a tacitazione ovvero emolumento¹⁶⁸, dalle diverse figure d'indennità di salvataggio disciplinate dal codice della navigazione al compenso ricollegato ai provvedimenti amministrativi incidenti sulla proprietà, come l'espropriazione, l'occupazione d'urgenza e la requisizione¹⁶⁹.

Ci sono poi casi in cui il legislatore non fa espresso riferimento alla indennità/indennizzo ma a un rimedio non espressamente nominato che la giurisprudenza riconosce quale rimedio indennitario¹⁷⁰ e casi in il rimedio indennitario non è neppure evocato dal legislatore eppure è ricavato dalla giurisprudenza in via interpretativa così invalidando ogni preteso principio di tassatività dei rimedi¹⁷¹.

Non è sempre possibile comprendere la sussistenza di un filo conduttore comune alla distinzione tra risarcimento, indennizzo e indennità, posto che questi rimedi sono rinvenibili in particolare modo nella disciplina di settore laddove la *ratio* specialistica sembra prevalere sui principi generali, tanto che si arriva a parlare di deprecabile

- indennizzo -); recesso del contratto di appalto (art. 1671 cod. civ. - indennità -); revoca del mandato oneroso (art. 1725 cod. civ. - risarcimento -); stato di necessità (art. 2045 cod. civ. - indennità -); recesso dal contratto di opera (art. 2227 cod. civ. - indennità -); ritiro dal commercio dell'opera di ingegno (art. 2582, 1° comma, cod. civ. - indennizzo -)».

¹⁶⁶ Cfr., ad esempio, artt. 937, 1017, 1032, 1053, 1328, 2041, 2045 e 2047 cod. civ.. Si vedano altresì le previsioni di cui all'art. 314 cod. proc. pen. (*Riparazione per l'ingiusta detenzione*), art. 1 della L. 25 febbraio 1992, n. 210, come modificata dalla L. 25 luglio 1997, n. 238 (*Indennizzo a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*), art. 34 della L. 392/1978 (*Indennità per la perdita dell'avviamento*), art. 142 della L. 633/1941 (*Ritiro dell'opera dal commercio*, c.d. diritto di pentimento).

¹⁶⁷ V., ad esempio, artt. 2118, 2119 e 2121 cod. civ..

¹⁶⁸ Tale accezione è rinvenibile di frequente nella legislazione del lavoro - si vedano gli artt. 2118-2122 cod. civ., ove «rimane (pressoché) irrilevante ogni riferimento all'illiceità del contegno delle parti (sia del datore di lavoro che del lavoratore)» - ed in materia assicurativa, ove nell'art. 1917 cod. civ., ad esempio, l'indennità assicurativa, corrisposta dall'assicuratore al terzo danneggiato, integra essenzialmente la controprestazione per il pagamento del premio da parte dell'assicurato. V., *ex multis*, LUCCHINI L., voce *Indennità*, in *Dig. It.*, XIII, I, Torino, 1903, 585 e ss.; D'AMELIO M., voce «Indennità», in *Noviss. Digesto. it.*, VI, Torino, 1938, 1006. V., anche, CICCARELLO S., voce «Indennità (diritto privato)», in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, 105 secondo il quale «si tratta di una prestazione che mira alla reintegrazione non tanto del patrimonio (nel suo complesso) quanto piuttosto del singolo bene (autonomamente considerato). Elementi caratterizzanti la categoria così descritta sono dunque: la corrispettività, la mancanza dell'illecito ed il carattere pecuniario della prestazione».

¹⁶⁹ PUBUSA A., voce «Indennità e indennizzo», in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 223 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. art. 938 cod. civ..

¹⁷¹ V. ad esempio l'indennizzo applicato dalla giurisprudenza in caso di immissioni intollerabili di cui all'art. 844 cod. civ., su cui ci si soffermerà più ampiamente *infra*.

«ginepraio semantico che avvince il legislatore»¹⁷² o di vera e propria "incoscienza" del medesimo¹⁷³.

In ogni caso, sebbene non sembri rinvenibile un criterio che permetta di delineare il perimetro di una definizione omogenea di indennità/indennizzo¹⁷⁴, la differenza tra questi ultimi e il rimedio risarcitorio è stata invece più volte ribadita dalla dottrina, seppur nell'ambito di una molteplicità di vedute.

E, infatti, da una parte è vero che tali soluzioni rimediali sembrano attingere tutte dal medesimo nucleo disciplinare.

Dimostrazione può rinvenirsi nella recente sentenza della Cass. n. 15223/2014, in cui la Corte si era trovata a pronunciarsi circa la possibilità della Corte di Appello di qualificare differentemente la domanda di risarcimento danni proposta dalla parte attrice (ossia quale indennità ex art. 46 della L. n. 2359 del 1865 invece che quale risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ. o indennizzo ex art. 844 cod. civ.), la Corte rigettava il motivo di impugnazione affermando che: «è sufficiente considerare che la domanda principale, rigettata e non più in contestazione, era di risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ. Senza tralasciare la circostanza che non può assumere rilievo determinante il riferimento al "danno" se, di funzione risarcitoria in senso lato si parla in dottrina e in giurisprudenza in riferimento alle ipotesi indennitarie evocate e se, proprio in ragione di tale natura, al debito indennitario la stessa Corte di legittimità riconosce natura di debito di valore (come si vedrà nell'esame dell'ottavo motivo del ricorso del Ministero)»¹⁷⁵.

E ancora, «ove l'attore chieda il risarcimento del danno per fatto illecito e risulti che il convenuto abbia agito in stato di necessità, il giudice deve applicare d'ufficio l'art. 2045 cod. civ., essendo implicita nella domanda di risarcimento quella di corresponsione di un equo indennizzo»¹⁷⁶.

In tale prospettiva, le nozioni di risarcimento/indennizzo/indennità sono sinonimiche ovvero esprimono «una trascurabilissima variante dello stesso sema o senema»¹⁷⁷.

¹⁷² PERLINGERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, 1062.

¹⁷³ MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 116.

¹⁷⁴ PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1067 e ss..

¹⁷⁵ Cass., 3 luglio 2014, n. 15223, in *Mass. giust. civ.*, 2014.

¹⁷⁶ Cass., 19 agosto 2003, n. 12100, in *Mass. giust. civ.*, 2003.

¹⁷⁷ BONAMORE D., *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di «indennità, indennizzo, risarcimento» quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. Civ.*, 1998, 3245. V. anche PUBUSA A., voce «Indennità e Indennizzo», cit., 223.

Dall'altra parte, tuttavia, la dottrina ha a lungo esaminato le differenze del rimedio indennitario (inteso quale indennizzo/indennità) rispetto al rimedio risarcitorio.

Per quanto riguarda l'indennizzo, è possibile richiamare ad esempio la concezione dottrinale che ravvede nella liceità o illiceità del fatto causativo il tradizionale criterio distintivo tra risarcimento e indennizzo, essendo il primo rimedio per il pregiudizio causato dall'illecito, ed il secondo riparazione per una lesione conseguente ad un'attività dannosa seppur conforme a norme imperative, ordine pubblico e buon costume¹⁷⁸.

Osserva l'Autore che «La differenza tra i due concetti, peraltro, non è nel fatto causativo [...] quanto, semmai, nel diverso criterio della valutazione del danno conseguente ad un giudizio di valore che l'interprete esprime [...]. Né è condivisibile un loro distinguo in ragione dell'entità del danno, sì da poter presumere che si è dinanzi ad un'ipotesi di risarcimento qualora si calcolino il danno emergente e il lucro cessante, o che piuttosto si è di fronte ad un'ipotesi di indennizzo [...] qualora si quantifichi il solo danno emergente»¹⁷⁹.

E, ancora, secondo un diverso Autore «L'indennizzo risponde ad un evidente intento risarcitorio ma originandosi da un atto non antiggiuridico e quindi pretende un trattamento differente rispetto al risarcimento aquiliano»¹⁸⁰.

Una ulteriore differenza risiederebbe nell'irrilevanza dell'elemento soggettivo ai fini della condanna al pagamento dell'indennizzo.

E' ciò che parrebbe emergere da una pronuncia della Cassazione relativa al rapporto intercorrente tra l'azione di indennizzo ex art. 46 della legge sulle espropriazioni e l'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ.: «prevedendo il citato articolo una indennità a favore dei proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera pubblica vengono a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto (...) diventa superflua e non influente l'indagine sull'eventuale colpa della amministrazione nell'esecuzione dell'opera; l'indennità è dovuta in ogni caso, senza riguardo alla colpa, ed anche quindi - ed è questa anzi la previsione del

¹⁷⁸ V., tuttavia, PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1067 e ss..

¹⁷⁹ PERLINGIERI P., op. cit., 1067 e ss.. V., però, PUBUSA A., voce «Indennità e Indennizzo», cit., 223 e ss.: «Di qui anche la giustificazione della diversa misura del risarcimento del danno e dell'indennizzo. Il primo consegue ad un contegno illecito ed assume il carattere di una sanzione, consistente nella specifica obbligazione di reintegrare il patrimonio della persona lesa. L'indennità, non avendo invece natura di sanzione, dovrebbe essere ragguagliata al valore del bene colpito (aestimatio rei)».

¹⁸⁰ MAZZOLA M.A., *I nuovi danni*, Padova, cit., 129.

legislatore - nella ipotesi di atti leciti e legittimi della amministrazione»¹⁸¹. In altra occasione la giurisprudenza ha affermato che il «risarcimento del danno (...) tende a ricostruire la situazione patrimoniale del danneggiato lesa dal comportamento illegittimo del danneggiante, l'indennizzo (è) rivolto a compensare la lesione di interessi altrui, prescindendosi dall'inadempimento incolpevole»¹⁸².

Per quanto concerne l'indennità, è parsa in dottrina la possibilità di dotare il concetto di una propria caratterizzazione distintiva rispetto al rimedio risarcitorio, posto che, da una parte il legislatore fa ampio utilizzo di tale nozione nelle più svariate accezioni; dall'altra, la dizione di indennità e quella di risarcimento sembrerebbero essersi vicendevolmente scambiati il significato corrispettivo, facendo la prima letteralmente riferimento ad un pieno ristoro del danno subito (da *in damnum*) e il secondo (*sarcire*, ossia rammendare) a una compensazione forfettaria della vittima dell'illecito¹⁸³.

Allontanandoci da una analisi concettuale dei rimedi in esame, e concentrandoci viceversa sulla disciplina applicabile, è necessario rilevare altresì come l'azione risarcitoria e l'azione indennitaria soggiacciono a previsioni talvolta profondamente differenti.

Ad esempio, in punto di termini prescrizionali, l'art. 2947 cod. civ., primo comma, prevede che «il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato».

Il richiamo esplicito al fatto illecito esclude che si faccia riferimento anche alle obbligazioni indennitarie derivanti da fatto illecito.

Di tal che per le diverse ipotesi di indennizzo (o indennità) - eccezion fatta per termini speciali eventualmente previsti da ipotesi tipiche - vale il termine generale di prescrizione ex art. 2946 cod. civ. di dieci anni¹⁸⁴.

Da ultimo si consideri che dottrina e giurisprudenza ammettono pacificamente la cumulabilità delle due azioni: elemento che conferma ulteriormente la sostanziale diversità di presupposti e di funzioni dei due rimedi.

¹⁸¹ Cass., sez. un., 17 ottobre 1955, n. 3224, in *Dir. e giur.*, 1956, 7, 377 e ss..

¹⁸² Cass., sez. lav., 21 giugno 1991 n. 6984, in *Foro it.*, 1992, I, 1252; Cass., 5 settembre 1997, n. 8614 in *Mass. giust. civ.*, 1997.

¹⁸³ V., sul punto, GENTILE G., *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1973, 360 che ha osservato come «per un giuoco semantico i due termini - indennità e risarcimento - si sono scambiati la funzione. Indennità, da *in e damnum*, dovrebbe significare eliminazione del danno; risarcimento, invece, da *sarcire*, rappezzare, rammendare, sarebbe una ricucitura, un rammendo, un riattamento. I due termini hanno assunto ciascuno il significato dell'altro: il che non ha contribuito alla chiara rappresentazione dei loro elementi di contrasto».

¹⁸⁴ CICCARELLO S., voce «Indennità (diritto privato)», cit., 105.

Prova ne sia una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte che in tema di danno alla salute derivante da trattamento sanitario, richiamando la posizione della Corte Costituzionale sul punto, «al fine di evidenziare la distanza che separa il risarcimento del danno dall'indennità prevista dalla legge predetta», rileva, in accordo alle considerazioni sin qui svolte, «che la responsabilità civile presuppone un rapporto tra fatto illecito e danno risarcibile e configura quest'ultimo, quanto alla sua entità, in relazione alle singole fattispecie concrete, valutabili caso per caso dal giudice, mentre il diritto all'indennità sorge per il sol fatto del danno irreversibile derivante da infezione post-trasfusionale, in una misura prefissata dalla legge. Ciò comporta che vada condiviso l'orientamento favorevole della più avvertita dottrina al concorso tra il diritto all'equo indennizzo di cui alla l. 25 febbraio 1992 n. 2010 ed il diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ. per cui nel caso in cui ricorrano gli estremi di una responsabilità civile per colpa la presenza della legge n. 210/1992, come modificata dalla l. 25 luglio 1997, n. 238 non ha escluso in alcun modo che il privato possa chiedere e che il giudice possa procedere alla ricerca della responsabilità aquiliana, senza che esista automatismo tra le due figure (...)»¹⁸⁵.

Ad ogni modo, indipendentemente dallo sforzo di catalogazione profuso dalla dottrina nel corso degli anni, ciò che rileva in questa sede è che non vi possono essere dubbi sul fatto che spesso - anche se non sempre - l'indennità sia rimedio riconducibile alla categoria giuridica della responsabilità.

Ciò è evidente fin dal tenore letterale di talune previsioni normative.

Si faccia, a mero titolo di esempio, riferimento alla previsione di cui all'art. 1017 cod. civ. che stabilisce che «se il perimento della cosa non è conseguenza di caso fortuito, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dal responsabile del danno», espressamente riconnettendo dunque il rimedio indennitario alla responsabilità dell'usufruttuario.

In tal'altre ipotesi, la responsabilità del danneggiante sussiste pur non essendovi alcun illecito o altro fatto antigiuridico. Trattasi di ipotesi che vengono comunemente denominate, per l'appunto, fattispecie di "responsabilità per atto lecito dannoso"¹⁸⁶.

La necessità di ricercare un'autonomia concettuale alle nozioni di "indennizzo" e "indennità" sembrerebbe alla base della teorica sulla responsabilità del danno da atto lecito.

¹⁸⁵ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Guida al dir.*, 2008, 6, 20.

¹⁸⁶ V., sul tema, MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit..

Non è questa la sede per ripercorrere le ragioni alla base di tale teoria, di cui tuttavia vale la pena dare conto, seppur per sommi capi nella presente sede.

La teoria della responsabilità del danno da atto lecito, infatti, trae origine dalla consapevolezza che “danno” e “ingiustizia” non costituiscono un binomio necessario (perlomeno al pari di quanto si potrebbe dire, trasladando il ragionamento dal versante della responsabilità extracontrattuale a quello della responsabilità contrattuale, di “inadempimento” e “colpevole”).

Viceversa sussistono numerose ipotesi in cui il danno non consegue ad un fatto illecito, e ciononostante sostenere che la realizzazione di un danno non determina il sorgere di un’obbligazione a contenuto patrimoniale a carico di chi, seppur in modo incolpevole o comunque legittimo, ha pur tuttavia cagionato il danno stesso, vorrebbe dire creare delle “secche di ingiustizia”¹⁸⁷.

E’ per tale motivo che l’ordinamento riconosce una serie di circostanze in cui ad un soggetto viene consentito il compimento di un atto (lecito ma) dannoso, mentre al soggetto che subisce il danno viene garantita la riparazione dello stesso¹⁸⁸.

Tra le teorie relative alla categoria dei fatti leciti dannosi vi è quella della creazione di una categoria generale della responsabilità da atto lecito che nasce da un’interpretazione del combinato disposto del capoverso dell’art. 1173 cod. civ. con l’art. 2041 cod. civ.¹⁸⁹, tant’è che a lungo si è parlato di una teoria della dicotomia, composta da liceità del fatto compiuto e illiceità della lesione recata¹⁹⁰.

In base a tale ricostruzione, le singole fattispecie di atti illeciti dannosi rappresenterebbero delle «tipizzazioni di un fenomeno la cui applicazione è più vasta di quella prevista normativamente»¹⁹¹; in breve le singole ipotesi di indennizzo altro non sarebbero che applicazioni puntuali di un principio generale di responsabilità veicolato dall’art. 2041 cod. civ.¹⁹².

In particolare, l’azione di arricchimento ingiustificato è sembrata fin da subito particolarmente idonea a erigersi a strumento della responsabilità da atto illecito dannoso poiché «la consapevolezza che la disciplina dell’ingiustificato arricchimento è indirizzata a correggere, o comunque ad attutire, le ripercussioni economiche di un

¹⁸⁷ MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 146.

¹⁸⁸ MAZZOLA M.A., op. cit., 146.

¹⁸⁹ DI MARCO G., *Indennizzo e risarcimento nel diritto civile*, in *Resp. Impresa*, 4, 2000, 633.

¹⁹⁰ TORREGROSSA G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 146; SCOGNAMIGLIO R., voce «Responsabilità civile», in *Noviss. Digesto it.*, XV, Torino, 1968, 643 e ss..

¹⁹¹ MAZZOLA M.A., op. cit., 172.

¹⁹² TROISI B., *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988.

comportamento *secundum ius*; e che la sua introduzione mette in crisi la ferrea logica espressa dal brocardo *qui iure suo utitur*¹⁹³.

Ciò detto, sussistono senz'altro delle fattispecie in cui il legislatore ha inteso compensare un danno subito da un soggetto giuridico pur non sussistendo alcuna forma di responsabilità in capo ad altri soggetti giuridici.

Si tratta, ad esempio, dell'atto dannoso della P.A. il quale non integra propriamente nella fattispecie della responsabilità civile, e rispetto al quale il soggetto leso non subisce un vero e proprio "danno" che merita ristoro.

E' stato infatti osservato che «Si è così evidenziata l'improprietà del ricorso al concetto di responsabilità in relazione alle forme di compenso per la compressione di diritti o di interesse conseguenti ad atti legittimi. Non si dà responsabilità ove l'emaneazione dell'atto rientri, «formalmente e sostanzialmente, nei limiti della potestà concessa all'ente pubblico», ma semmai si realizza il fenomeno dell'affievolimento dei diritti che degradano ad interessi. Allo stesso modo non si può parlare di responsabilità dei privati nei casi in cui il sacrificio è previsto dalla legge (v., ad es., art. 1053 cod. civ.). Non si ha dunque danno, che può solo conseguire ad un atto illecito, ma sacrificio, che consegue alla lesione dell'interesse o del diritto. In assenza di danno e di responsabilità si pone semmai semplicemente il problema di compensare la lesione dell'interesse sacrificato. Non si è in presenza perciò di un risarcimento, ma di un compenso. In generale si è così pervenuti ad utilizzare la nozione di "indennità" in tutte le ipotesi in cui vi è l'obbligo di una prestazione in danaro con funzione compensativa di un sacrificio, diminuzione o lesione dell'altrui interesse in assenza di una condotta o di un fatto illeciti»¹⁹⁴.

Inoltre è stato osservato che «non sono invece assoggettabili a sacrificio per pubblico interesse i diritti più intimamente connessi alla personalità, e, più in generale, i diritti fondamentali (diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà, il diritto alla salute, i c.d. diritti dell'ambiente e simili). Per essi, d'altronde non è configurabile il fenomeno della degradazione, trattandosi di diritti il cui regime costituzionale non è modificabile in pejus neppure col procedimento di revisione costituzionale. Pertanto nelle ipotesi di compressione ammesse dalla Carta costituzionale dovrebbe essersi in presenza di limitazioni inerenti al regime giuridico del diritto (e quindi non indennizzabili), mentre negli altri casi si ha violazione di un diritto soggettivo e pertanto si versa in ipotesi di

¹⁹³ DI PAOLA S., PARDOLESI R., voce «Arricchimento, i) Azione di arricchimento», in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 4 e ss..

¹⁹⁴ PUBUSA A., voce «Indennità e indennizzo», cit., 223 e ss..

danno da illecito che dà luogo a risarcimento e non ad indennizzo nel senso sovraindicato»¹⁹⁵.

3. Il metodo dell'analisi economica del diritto per una teoria della funzione della responsabilità civile

Il cambio di prospettiva che risulta dall'analisi funzionale della responsabilità civile può essere meglio colto se vagliato alla luce degli strumenti metodologici forniti dall'analisi economica del diritto.

A tal fine, sono imprescindibili alcuni - volutamente, in questa sede, solo brevi - accenni su tale metodologia, limitatamente a quanto risulta strumentale allo sviluppo del presente lavoro.

L'analisi economica del diritto (o "*Economic Analysis of Law*" o "*Law and Economics*") è una disciplina scientifica di matrice giuridico-economica che nasce dalle riflessioni di alcuni studiosi americani e che tenta una rilettura dell'ordinamento giuridico alla luce di uno scopo efficientistico¹⁹⁶.

L'obiettivo primario dell'analisi economica del diritto - per lo meno della corrente di analisi economica tradizionale, e non di quella c.d. "comportamentale" - è dunque quello di garantire un ordinamento giuridico "efficiente", laddove la nozione stessa di "efficienza" meriterebbe un chiarimento preliminare.

Per i cultori dell'analisi economica del diritto, la norma giuridica efficiente è quella che permette la massimizzazione del benessere collettivo sulla base di parametri di equilibrio prestabiliti, il più noto dei quali è quello enunciato da Vilfredo Pareto,

¹⁹⁵ PUBUSA A., voce «Indennità e indennizzo», cit., 223 e ss..

¹⁹⁶ PARDOLESI P., *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, 15. Tale statuizione va comunque circostanziata, onde evitare che possa essere tacciata di semplicismo e generalizzazione. Lo scopo efficientistico è quello che accomuna la teoria dell'analisi economica del diritto, ma non è l'unico obiettivo che gli studiosi afferenti a tale disciplina perseguono. A tal proposito, con un estremo sforzo di classificazione e senza pretese di esaustività, possono distinguersi tre scuole di pensiero di analisi economica del diritto: 1) quella "positiva" della Scuola di Chicago che vede tra i suoi massimi esponenti il Prof. Richard Posner ed è interamente volta a costituire condizioni di efficienza; 2) quella "liberal" che vede tra i suoi massimi esponenti il Prof. Guido Calabresi che affiancherebbe agli obiettivi efficientistici dei fini c.d. distributivi; e 3) quella "descrittiva" «che - differenziandosi dalla versione posneriana e non essendo legata ad alcuna scuola in particolare - fa leva sulla capacità dei modelli di mercato di fornire un apparato concettuale entro cui iscrivere i tradizionali problemi giuridici». V. PARDOLESI P., op. cit., 28. V. anche MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987, 86: «Il dato che sembra caratterizzare tutte le scuole è quello dell'utilizzo della efficienza economica come strumento di oggettivazione delle opinioni giuridiche. Il momento della scissione si riduce quindi sul piano quantitativo; la Scuola di Chicago utilizzerebbe il criterio dell'efficienza più delle scuole rivali».

secondo il quale l'efficienza sarebbe raggiunta quando non è possibile migliorare il benessere di alcuno senza peggiorare quello di altri¹⁹⁷.

Esistono comunque anche altre nozioni di equilibrio che sono prese a parametro dagli studiosi dell'analisi economica del diritto per svolgere i propri studi, talvolta anche ideologicamente più connotate. Secondo la scuola di Pigou, ad esempio, data una situazione di equilibrio iniziale, qualora fosse possibile "togliere ai ricchi per dare ai poveri" senza diminuzione del reddito nazionale si realizzerebbe un aumento di benessere¹⁹⁸.

Ciò che risulta particolarmente interessante ai nostri fini, tuttavia, non sono gli scopi efficientistici perseguiti dall'analisi economica del diritto ma bensì la metodologia scientifica utilizzata, composta dalla propensione a leggere le norme giuridiche quali distributori di incentivi (ossia, strumenti in grado di incentivare o scoraggiare determinati comportamenti)¹⁹⁹, dall'utilizzo, a tal fine, di determinate categorie concettuali comuni (quali la distinzione tra *property rules* e *liability rules*) e da «un identico momento di spiegazione del dato storico, nel caso di una configurazione descrittiva della teoria (passaggio dal sistema della colpa a quello della responsabilità oggettiva; sopravvivenza delle *legal rules* efficienti)»²⁰⁰.

Il metodo di analisi economica del diritto trae origine dalla necessità, motivata dai predetti obiettivi di efficienza, di raggiungere le condizioni di equilibrio. A tal fine, l'analisi economica suggerisce che il mercato debba versare in condizioni di concorrenza perfetta²⁰¹, ossia senza l'interferenza di quelle che vengono denominate *market failure* ossia esternalità negative.

Le esternalità negative sono quelle circostanze prodotte da alcuni soggetti di diritto che, pur non essendo a ciò direttamente volte, determinano un deterioramento della posizione giuridica di un altro soggetto di diritto²⁰².

¹⁹⁷ SCHUMPETER J., *Vilfredo Pareto (1848-1923)*, in *Q.J. Econ.*, 1949, 147; BOUSQUET G.H., *Vilfredo Pareto, sa vie et sono oeuvre*, Paris, 1928.

¹⁹⁸ WHITCOMB D.K., *Externalities and welfare*, New York, London, 1972; PIGOU A.C., *The economics of welfare*, IV ed., London, 1932.

¹⁹⁹ PARDOLESI P., *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, 15.

²⁰⁰ MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 86.

²⁰¹ V. MATTEI U., op. cit., 25, secondo cui «un mercato si trova in questo stato quando: a) vi siano coinvolti sufficienti attori in maniera che nessuno possa influenzare con propri comportamenti l'andamento del mercato; b) tutti gli attori siano in grado di comportarsi in modo razionale essendo sufficientemente informati e non agendo per motivi passionali; c) manchi ogni ostacolo nei rapporti fra attori per il raggiungimento dei loro accordi».

²⁰² MATTEI U., op. cit., 38.

Tali posizioni giuridiche possono essere denominate *entitlements*²⁰³, volendo mutuare la terminologia utilizzata dagli studiosi Calabresi e Melamed per indicare la titolarità di determinati diritti e interessi che l'ordinamento giuridico ha deliberatamente stabilito di assegnare ad un soggetto invece che ad un altro²⁰⁴.

Di particolare interesse ai nostri fini è la classificazione delle norme giuridiche che governano il rapporto tra i soggetti di diritto, i relativi *entitlements* e le esternalità in tre macro-categorie, denominate *property rules*, *liability rules* e *inalienability rules*.

Le *property rules* sono le regole giuridiche volte a mantenere un ordine prestabilito di cose che può essere modificato solo con il consenso e alle condizioni stabilite dal titolare del relativo *entitlement*.

Pertanto nel caso in cui un soggetto intenda porre in essere una condotta idonea a incidere su un *entitlement* protetto da una *property rule* dovrà necessariamente negoziare con il relativo titolare un prezzo da quest'ultimo ritenuto adeguato al fine di vedere lesa il proprio diritto.

Siccome la negoziazione ha una natura prettamente privata e il soggetto che agisce non potrà ottenere alcuna tutela senza aderire ai desiderata del titolare dell'*entitlement* lo Stato resta del tutto estraneo alla vicenda relativa al trasferimento di titolarità dello

²⁰³ Da non confondere con il concetto di "diritto soggettivo". V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 247, in cui l'Autore afferma che «il concetto di diritto soggettivo assoluto e quello correlato di antigiuridicità-illiceità, conseguente alla sua violazione, così come elaborato nella tradizione continentale ove è mancata completamente l'attenzione per il *remedy*, appiattiscono situazioni profondamente diverse quale la reazione aquiliana (*liability rule*) e quella reale (*property rule*). In una unica categoria vengono così raggruppate situazioni che, come visto, l'analisi economica del diritto mostra essere agli antipodi della scala delle preferenze individuali: a) situazioni soggettive tutelate contro ogni aggressione senza bisogno di indagine sul comportamento che causa l'esternalità; b) situazioni tutelate solo contro quella esternalità che furono causate da un comportamento riprovevole fonte di danno patrimoniale. [...] L'allocazione di *entitlements* offre al titolare lo strumento da far valere in giudizio (il conseguente *remedy*) ponendo in essere le basi di un sistema a scelte decentrate. Ad un *entitlement* difeso da una *property rule* corrisponde così un *property right* allocato in capo al titolare dell'*entitlement*. Ad un *entitlement* difeso da una *liability rule* corrisponde, viceversa, un *property right* allocato al titolare della situazione soggettiva contrapposta che quest'ultimo può esercitare a patto di internalizzare i costi, risarcendo i danni che nell'esercizio cagiona. L'*entitlement* cioè è un generico interesse tutelato che solamente il concreto tipo di tutela (determinato da concrete considerazioni di *public policy*) determina».

²⁰⁴ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110. Chiarisce Mattei: «un *entitlement* viene definito come la legittimazione di una parte a prevalere su di un'altra nel caso di conflitto fra le due dovuto ad interessi incompatibili. Quale delle due o più parti debba prevalere va deciso dall'ordinamento giuridico se si vuole evitare che la legittimazione sia decisa dalla legge del più forte. Una volta allocato, l'*entitlement* va protetto in maniera da garantirne l'effettività». V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 89.

stesso, nel senso che non è lo Stato a fissare in ultima istanza un "prezzo" alla lesione dell'*entitlement* ma è il titolare che impone il prezzo stesso.

Si può dire, pertanto, che «*property rules involve a collective decision as to who is to be given an initial entitlement but not as to the value of the entitlement*»²⁰⁵.

Se tali sono le caratteristiche di una *property rule*, si può dire che in caso di lesione di un *entitlement* protetto da una *property rule* senza che venga corrisposto al relativo titolare il prezzo da questi proposto, l'ordinamento debba apprestare il più forte degli impianti rimediali, volti a ripristinare l'ordine di cose stante precedentemente la violazione.

Rimedi di tal tipo possono essere rinvenuti nelle ingiunzioni delle Corti e nelle restituzioni, mentre nella disciplina giuslavoristica tipico esempio di rimedio connesso ad una *property rule* in caso di licenziamento illegittimo è il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro.

Viceversa, le *liability rules* sono le regole giuridiche volte a permettere i trasferimenti di *entitlement* tra i soggetti di diritto sulla base della disponibilità di uno di tali soggetti a pagare il "prezzo" della violazione dell'*entitlement* altrui, prezzo che però questa volta non è necessariamente imposto dal titolare dell'*entitlement* ma, in caso di mancato accordo tra i due soggetti, è imposto direttamente dall'ordinamento giuridico²⁰⁶.

Va da sé che, dal punto di vista del creditore, l'utilizzo di un sistema di *liability rules* o di *property rules* a tutela dei propri diritti e interessi non è indifferente.

Solo le *property rules* permettono al creditore la piena tutela dei propri diritti e interessi mentre le *liability rules*, sebbene garantiscano a quest'ultimo una contropartita economica alla lesione dei propri diritti e interessi, non impediscono che questi siano alla fine lesi²⁰⁷.

Nel caso di una *liability rule*, la "contropartita" è data, alternativamente, dal corrispettivo convenuto nel corso delle negoziazioni individuali con il titolare

²⁰⁵ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110.

²⁰⁶ Sul punto è stato osservato che Un'altra riflessione è che «nel solo caso in cui l'iscrizione di una situazione soggettiva sia accompagnata dall'offerta di una *property rule*, l'ordinamento conferirà effettivamente al consociato un titolo di prevalenza. Negli altri casi [...] in realtà il titolo di prevalenza (*entitlement*) viene conferito alla controparte. Il titolare di ogni diverso *remedy* rimane dotato così soltanto di più o meno efficaci titoli all'indennizzo. Allocazione dunque di *remedies* (e non di *entitlements*), ai consociati che, a seconda dei presupposti per l'esperimento e del contenuto di questi, si vedranno conformate le situazioni sottostanti». V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit..

²⁰⁷ V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit..

dell'*entitlement* oppure, nel caso non si stato raggiunto alcun accordo con questi e il soggetto agente abbia comunque posto in essere la condotta lesiva dello stesso *entitlement*, dal rimedio apprestato dall'ordinamento che stabilisce la «*collective determination of the value*»²⁰⁸.

E' evidente, nell'ottica di Calabresi e Melamed, il riferimento ai *damages* statunitensi i quali «*cannot be readily explained in terms of giving the victim, as nearly as possible, an objectively determined equivalent of the price at which he would have sold what was taken from him*»²⁰⁹.

Sul punto è opportuno svolgere sin d'ora un breve parallelismo con il diritto italiano poiché, sebbene la tentazione possa essere quella di assimilare il rimedio risarcitorio ex art. 1223 e ss. cod. civ. ad un rimedio di *liability rule*²¹⁰, l'analisi funzionale del sistema di responsabilità civile evoca viceversa un assetto rimediale molto più vicino alle regole di *property rule*.

Tanto la responsabilità contrattuale quanto quella extracontrattuale, secondo la prospettiva tradizionale, sarebbero infatti volte a ricostituire lo *status quo ante* della vittima dell'illecito tramite, in prima battuta, i rimedi dell'adempimento (per la responsabilità contrattuale) e del risarcimento in forma specifica (per la responsabilità extracontrattuale) e, in seconda battuta, del rimedio del risarcimento per equivalente.

Quest'ultimo, in particolare, calcolato sulla base dell'algoritmo legale di cui agli artt. 1223 e ss. cod. civ., è volto a ripianare integralmente il danno subito nella misura del danno emergente e del lucro cessante, con ciò implicando un'esposizione economica che mal si presta a costituire un "prezzo" dell'illecito.

Infatti, se da una parte è vero che valori irrazionali e soggettivi (quali l'affezione o il particolare valore attribuito ad una cosa determinata) non rilevano ai fini della quantificazione del danno, è altresì vero che la composizione delle singole voci danno, patrimoniale e non patrimoniale, costituisce un ostacolo alla "prevedibilità" del "prezzo" cui il soggetto agente potrebbe essere esposto.

Tale inidoneità ad una previsione dei costi attesi, a cui deve aggiungersi l'eccessiva durata dei processi civili italiani, impediscono di fatto al soggetto agente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano di poter porre in essere l'analisi costi-benefici da cui potrebbe scaturire la decisione di affrontare il "prezzo" della propria azione.

²⁰⁸ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1106.

²⁰⁹ CALABRESI G., MELAMED A.D., op. cit., 1110.

²¹⁰ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 114.

Pertanto, da una parte, il richiamo alla funzione reintegratoria del patrimonio del soggetto danneggiato e, dall'altra, l'inidoneità dell'apparato risarcitorio italiano a predisporre un "prezzo" per l'aggressione altrui degli *entitlements* individuali, potrebbero evocare per giunta - a voler utilizzare la terminologia adottata da Calabresi e Melamed - la sussistenza di un rimedio di *property rule* volto a ricostituire l'ordine delle cose precedente alla violazione, al pari dell'inibitoria, delle restituzioni e della reintegrazione nel posto del lavoro.

Del resto, esemplificativo dell'inadeguatezza del rimedio risarcitorio ad atteggiarsi a vera e propria *liability rule* è il caso riportato da Calabresi e Melamed al fine di dimostrare il motivo per cui, nonostante le *property rules* garantiscono un minore interventismo da parte dello Stato, gli ordinamenti giuridici forniscono ai consociati una serie di regole tratte dalle *liability rules*. Lo si richiami brevemente di seguito.

Il caso riguarda l'interesse dei cittadini di una città contigua ad un'area verde denominata Guidacres di acquisire la stessa per poterne fare un parco. In particolare, ciascuno dei 100.000 abitanti della città sarebbe disposto a pagare \$100 a tale scopo, per un totale di \$10.000.000.

Da parte loro, i proprietari dei 1.000 terreni che compongono l'area verde di Guidacres potrebbero voler disfarsi delle loro proprietà per un importo non inferiore a \$8.000 ciascuno di essi.

Pertanto, sulla base delle aspettative dei proprietari terrieri da una parte e degli abitanti della città dall'altra, il parco potrebbe essere efficientemente acquistato con vantaggi per entrambe le parti, poiché l'una è disposta a vendere per un importo complessivo di \$8.000.000 mentre l'altra è disponibile ad acquistare per un importo complessivo di \$10.000.000.

Ebbene, nel caso in cui l'*entitlement* dei proprietari di Guidacres fosse regolato unicamente da *property rules* l'unica soluzione per gli abitanti della città di acquistare la proprietà del parco sarebbe quella di negoziare un prezzo di acquisto con le proprie controparti contrattuali. Qualsiasi aggressione non consensuale dell'*entitlement* dei proprietari di Guidacres legittimerebbe l'applicazione dei forti rimedi di tutela delle *property rules* e si risolverebbe, in ultima istanza, nel ripristino della situazione precedente.

In tal caso tuttavia, nonostante il reciproco interesse delle parti a negoziare e nonostante le aspettative di ambo le parti siano tra di loro compatibili, è probabile che nessun accordo venga raggiunto.

Infatti, da una parte, i proprietari di Guidacres, immaginando che i cittadini possano conferire ai terreni un valore ben superiore rispetto a quello da loro stessi attribuito, potrebbero alzare le proprie richieste fino a dissuadere gli abitanti della città dal comprare i terreni. L'atteggiamento di resistenza nelle pretese iniziali da parte dei proprietari di Guidacres (*holding-out*) potrebbe condurre alla rottura delle trattative e al mancato raggiungimento di un accordo.

A loro volta, dall'altra parte, alcuni abitanti della città potrebbero approfittare della circostanza che gli altri cittadini siano intenzionati ad acquistare i terreni per ritirarsi dalle trattative, ritenendo di poter beneficiare del parco acquistato dagli altri senza tuttavia corrispondere la propria parte di prezzo d'acquisto. In tal modo tuttavia tale porzione di prezzo andrà distribuita sui cittadini restanti i quali potrebbero, in ultima istanza, decidere di non concludere l'affare. Anche tale atteggiamento di approfittamento da parte di alcuni cittadini (*freeloading*), pertanto, potrebbe condurre alla rottura delle trattative.

Secondo Calabresi e Melamed in una simile situazione sarebbe pertanto opportuno fornire il sistema di una *liability rule* e in particolare della possibilità, per la città, di espropriare il terreno degli abitanti di Guidacres pagando un indennizzo. Sostengono gli Autori: «*whenever this is the case an argument can readily be made for moving from a property rule to a liability rule. If society can remove from the market the valuation of each tract of land, decide the value collectively, and impose it, then the holdout problem is gone. Similarly, if society can value collectively each individual citizen's desire to have a park and charge him a "benefits" tax based upon it, the freeloader problem is gone*»²¹¹.

La soluzione proposta da Calabresi e Melamed, che spiegherebbe il motivo per cui sarebbe opportuno che l'ordinamento giuridico fornisca *liability rules* in casi in cui le *property rules* non sembrano adeguate a garantire che le parti raggiungano spontaneamente le soluzioni più efficienti, offre lo spunto per svolgere due ordini di riflessioni.

La prima è che Calabresi e Melamed immaginano una soluzione in cui la *liability rule* è alla fine applicata dallo Stato, in quanto è la città (e non i singoli cittadini) che provvede all'*eminent domain*, ossia alla espropriazione dei terreni.

²¹¹ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110.

Questo è un punto molto delicato poiché *property rules* e *liability rules* sono idonee a spiegare effetti ben differenti a seconda del soggetto chiamato ad azionarle.

Ad ogni modo, non è questo l'aspetto più rilevante ai nostri fini, anche considerato il fatto che la spiegazione fornita dagli Autori in questione sembrerebbe avere la medesima tenuta anche nello scenario in cui il diretto destinatario della *liability rule* fosse un soggetto privato.

Più rilevante è invece la seconda considerazione che si vuole svolgere, che attiene alla tematica della tipologia di rimedio utilizzato.

Immaginiamo di mutuare solo in parte il diritto italiano e tralasciamo pertanto, da una parte la normativa sulle espropriazioni che si applicherebbe al caso di specie (e che effettivamente fa uso di una *liability rule* molto simile a quella di cui parlano Calabresi e Melamed), e, dall'altra, le azioni possessorie e a tutela della proprietà di cui disporrebbero i proprietari dei fondi in caso di aggressione dei propri diritti sui terreni.

Supponiamo invece che i cittadini, per accaparrarsi i terreni, siano esposti solo a pretese risarcitorie da parte della città sulla base di quanto previsto dalla responsabilità extracontrattuale italiana.

Ebbene, è intuitivo immaginare che solo una sommaria previsione dei possibili rischi cui potrebbero incorrere disincentiverebbe i cittadini dal procedere all'accaparramento dei terreni.

E, infatti, gli abitanti della città sarebbero esposti a risarcire un danno che, a dispetto degli algoritmi legali di cui agli artt. 1223 e ss. cod. civ., è nella prassi tutt'altro che possibile prevedere *ex ante*. La liquidazione di tale danno avverrebbe inoltre a distanza di molti anni dai fatti, a seguito di un lungo e costoso iter giudiziario.

E' pertanto possibile apprezzare come la bontà dello strumento della *liability rule* proposta dal modello di Calabresi e Melamed possa essere intaccata e sminuita dalla presenza di *liability rules* che mal si prestano a costituire uno strumento di internalizzazione del costo dell'illecito e che, viceversa e proprio per questo motivo, si atteggiavano a *property rules* piuttosto che a *liability rules*.

Non è un caso se proprio nel campo dell'espropriazione (ossia, l'*eminent domain* citato nell'esempio di Calabresi e Melamed), la giurisprudenza civilistica e costituzionale italiana ha avviato un percorso di rivisitazione del principio della funzione reintegratoria del risarcimento del danno.

L'ambito in cui si rinviene la più folta schiera di pronunce del Giudice delle Leggi sul tema in oggetto riguarda infatti proprio la tutela del singolo cittadino in relazione al

fenomeno (legittimo) dell'espropriazione e, parallelamente, a quello (illegittimo) dell'occupazione appropriativa, e del relativo diritto della vittima a un ristoro per la frustrazione del proprio diritto di proprietà, in termini di vantaggio patrimoniale.

Giova una breve digressione sul punto al fine di dimostrare come, da una parte, la giurisprudenza abbia aggredito il principio della funzione reintegratoria del rimedio risarcitorio/responsabilità civile, e, dall'altra, da tale opera di rivisitazione giurisprudenziale sia emersa la conclusione per cui la funzione reintegratoria della responsabilità civile è sprovvista di una copertura costituzionale²¹².

Le pronunce in esame si inseriscono nell'ambito di controversie la cui risoluzione risiede nell'equilibrato bilanciamento di interessi particolari che trovano tutela e protezione direttamente nel testo costituzionale. Il riferimento è principalmente al diritto fondamentale di proprietà, sancito dall'art. 42 della Costituzione e dall'Articolo 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolare, l'art. 42, comma secondo, della Costituzione sancisce che «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

La tutela del diritto di proprietà non è spiegata solo nei confronti dei privati, ma anche nei confronti dello Stato, tant'è vero che la stessa norma costituzionale si preoccupa di determinare un principio di legalità entro cui lo Stato può intaccare il diritto di proprietà dei privati, entro determinati limiti finalistici e a determinate condizioni che permettano di non intaccare eccessivamente la sfera privata del singolo. Infatti «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale» (Art. 42, comma terzo, della Costituzione).

Lo stesso diritto di proprietà è tutelato quale diritto fondamentale dall'Articolo 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in base al quale «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale» (paragrafo primo).

A fronte della rilevanza degli interessi in gioco, si comprende perché il principio dell'integrale reintegrazione del danno ha trovato il suo banco di prova proprio

²¹² Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1996, 3585; Corte Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1933; Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475; Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535.

nell'ambito del diritto di proprietà, nella sua declinazione forse più esasperata, vale a dire nel bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco tra pubblico e privato.

Ebbene, sebbene né le censure della Corte Costituzionale né tantomeno le argomentazioni utilizzate abbiano avuto un andamento costante nel corso degli anni, essendo state le varie decisioni differentemente graduate, a seconda delle contingenze storiche e normative (anch'esse continuamente mutevoli), è rimasto tuttavia tralasciato il principio per cui il ripristino dello *status quo ante* non ha alcun appiglio costituzionale.

Una prima serie di questioni di legittimità costituzionale traeva origine dal disposto dell'art. 5-bis della Legge 28 dicembre 1995, n. 549 a norma del quale il ristoro del danno per occupazione appropriativa veniva parificato all'indennizzo espropriativo, in sostanza eliminando, da un punto di vista rimediale, le differenze tra una condotta legittima della Pubblica Amministrazione (l'espropriazione ai fini di utilità sociale) e una condotta illegittima della stessa (l'occupazione appropriativa).

I giudici *a quo* sollevavano questione di legittimità costituzionale per violazione, *inter alia*, dell'art. 3 della Costituzione rilevando che, oltre a determinare un ingiustificato livellamento, in termini di conseguenze patrimoniali, tra le espropriazioni svoltesi nel rispetto delle regole ad esse preordinate e le ablazioni perpetrate di fatto in palese inosservanza delle medesime regole, «sarebbe "vistosa", in danno dei titolari di diritti di proprietà immobiliare illegittimamente acquisiti dalla pubblica amministrazione, o da chi per essa si sia avvalso dell'istituto dell'accessione invertita, la deroga al principio basilare dell'ordinamento civilistico per cui chi abbia, per effetto della violazione della fondamentale regola di convivenza sociale del *neminem laedere*, subito un danno, ossia una decurtazione del proprio patrimonio, ha diritto alla integrale ricostituzione dello stesso a carico dell'autore dell'illecito, soggetto pubblico o privato che sia»²¹³.

Di fronte alla lesione di un diritto fondamentale, i giudici remittenti insinuavano davanti al giudice delle leggi la sussistenza dell'integrale riparazione del danno quale «principio basilare dell'ordinamento civilistico».

A tal proposito, la Corte Costituzionale affermava che «la regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha - come del resto, evidenziato nella sentenza n. 132 del 1985 [punto 4.3. della motivazione] -

²¹³ Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1996, c. 3585, con nota di DE MARZO G., *Occupazione appropriativa atto secondo: adesso tocca al legislatore?*; in *Foro amm.*, 1996, 3153, con nota di CAPUTO O.M., *Occupazione acquisitiva non oltre la minima entità del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 338; VERZARO S., *L'accessione invertita, la Consulta e il legislatore: una partita sempre aperta*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 346.

copertura costituzionale. Ed in realtà - in casi eccezionali (di cui non mancano in dottrina tentativi di ricognizione sistematica) - il legislatore può pure ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno. Tale limitazione può attuarsi sia nel campo della responsabilità contrattuale (v. ad esempio, artt. 1784, 1786 cod. civ.; 275, 412, 423 cod. navig.), sia in materia di responsabilità extracontrattuale in considerazione delle particolari condizioni dell'autore del danno»²¹⁴.

Si consideri che questo principio, perentoriamente espresso nel 1996 – e che peraltro richiamava giurisprudenza già formatasi nella stessa Corte a partire dal 1985 – sarà poi richiamato, più o meno, direttamente in tutte le pronunce successive.

Per quanto concerne la questione di legittimità costituzionale sollevata, tuttavia, la Corte Costituzionale questa volta rilevava che l'art. 5-bis, comma 6, D.L. 333/1992 censurato si poneva in violazione del precetto eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. «Infatti, mentre la misura dell'indennizzo - obbligazione *ex lege* per atto legittimo - costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e interesse del privato alla conservazione del bene, la misura del risarcimento - obbligazione *ex delicto* - deve realizzare il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata per effetto della manipolazione - distruzione illecita del bene privato. E quindi sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (ex art. 3 Costituzione), poiché nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del quantum risarcitorio alla misura dell'indennità si prospetta come un di più che sbilancia eccessivamente il contemperamento tra i contrapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo. Con le ulteriori negative incidenze, ben poste in luce dalle varie autorità rimettenti, che un tale "privilegio" a favore dell'amministrazione pubblica può comportare, anche sul piano del buon andamento e legalità dell'attività amministrativa e sul principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato»²¹⁵.

Per tale motivo, la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma censurata nella parte in cui applica al risarcimento del danno i medesimi criteri di determinazione stabiliti per il prezzo, l'entità dell'indennizzo.

²¹⁴ Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1996, 3585.

²¹⁵ Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1996, 3585.

Con questa pronuncia pertanto, se da un lato la Corte Costituzionale aveva negato la copertura costituzionale al principio dell'integrale riparazione del danno, dall'altro reintroduceva nel sistema il ristoro pieno in luogo dell'indennizzo parziale.

Subito in seguito all'intervento della Corte Costituzionale, il legislatore interveniva con l'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996 n. 662, sostituendo l'art. 5-bis, comma 7-bis, del D.L. 11 luglio 1996 n. 333 con il seguente disposto: «in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1 (quelli cioè relativi alla indennità di esproprio), con esclusione della riduzione del 40%. In tal caso, l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10%. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

In sostanza, il legislatore, dopo aver subito la censura della Corte Costituzionale, tentava di reintrodurre surrettiziamente quanto il giudice delle leggi aveva già espunto dal sistema, limitando nuovamente il rimedio a un ristoro solo parziale in luogo del risarcimento integrale del danno della vittima dell'occupazione appropriativa.

In questa circostanza, tuttavia, la Corte Costituzionale, sebbene richiamando il percorso argomentativo intrapreso con la sentenza del 2 novembre 1996, n. 369, e dopo aver confermato che il principio generale di integralità della riparazione non gode di alcuna copertura costituzionale, dichiarava non fondate le questioni di legittimità costituzionale.

Secondo la Corte, infatti, «in casi eccezionali il legislatore può ritenere equa e conveniente una limitazione al risarcimento del danno: nel caso delle occupazioni appropriate "sussistono in astratto gli estremi giustificativi di un intervento normativo ragionevolmente riduttivo della misura della riparazione dovuta dalla pubblica amministrazione al proprietario dell'immobile che sia venuto ad essere così incorporato nell'opera pubblica" (sentenza n. 369 del 1996). L'eccezionalità del caso appare giustificata nella fattispecie soprattutto dal carattere temporaneo della norma denunciata, che rimane inserita in un testo normativo con le caratteristiche, da un lato, della dichiarata temporaneità, collegata alla emanazione di una nuova disciplina organica per tutte le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, dall'altro, della finalità egualmente temporanea e di emergenza, rivolta a regolare situazioni passate.

Alla stregua dei criteri riconfermati dalla citata sentenza n. 369 del 1996, deve ritenersi ragionevole la riduzione imposta dalla norma denunciata, essendosi realizzato un equilibrato componimento dei contrapposti interessi in gioco, con l'eliminazione della ingiustificata coincidenza della entità dell'indennizzo per l'illecito della pubblica amministrazione con quello relativo al caso di legittima procedura ablatoria.

La valutazione dell'incremento (non irrisorio, né meramente apparente) a favore del privato danneggiato, risultante nella norma denunciata - nei termini sottolineati - rispetto alla previsione largamente riduttiva della precedente norma colpita da dichiarazione di illegittimità costituzionale, vale ad escludere quella irragionevolezza ritenuta nella precedente formulazione normativa, e fondata essenzialmente sulla predetta coincidenza (ora eliminata con apprezzabile differenziazione) di indennità in caso di illecito e di procedura legittima dell'amministrazione.

Ciò soprattutto assume un significato, come sopra evidenziato, in correlazione alla natura e al carattere eccezionale e temporaneo della disposizione denunciata»²¹⁶.

Sebbene, come detto, tale pronuncia sia, nelle dichiarazioni della Corte Costituzionale, in continuità con la precedente, è invece evidente la cesura rispetto alla sentenza del 2 novembre 1996, n. 369, che aveva stabilito che l'occupazione appropriativa da parte della Pubblica Amministrazione rimane pur sempre un fatto illecito perpetrato ai danni di un privato e, in quanto tale, un ristoro solo parziale sarebbe risultato ingiustificato in considerazione degli interessi e dei diritti lesi.

Tale cambio di rotta tuttavia sembra essere stato motivato non tanto sulla base del giudizio classico del bilanciamento di interessi costituzionali, ma nella declamata prevalenza di un interesse "superiore", estraneo alle parti in causa, vale a dire il risanamento della finanza pubblica per l'allineamento ai parametri comunitari fissati con il Trattato di Maastricht²¹⁷.

Infine, il terzo e ultimo passaggio di cui si vuole dare atto in questa sede, si avrà nel 2007 con le sentenze 348218 e 349219 della Corte Costituzionale, che rappresentano una tappa fondamentale nel processo di evoluzione della ripartizione di competenze

²¹⁶ Corte Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1933.

²¹⁷ VERZARO S., *Sul risarcimento del danno da occupazione acquisitiva: ancora la Corte Costituzionale, ancora discutibile, ma con qualche chiarimento*, in *Resp. civ e prev.*, 2000, 1, 95.

²¹⁸ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475.

²¹⁹ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535.

statuali²²⁰. Con tali sentenze “gemelle”, la CEDU (Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo) entra, dunque, nel nostro sistema attraverso l’articolo 117, comma primo, della Costituzione, nella parte in cui sviluppa il duplice riferimento ai “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” e all’effettivo rispetto degli “obblighi internazionali”.

Le fonti sovranazionali, quali i trattati ratificati e resi esecutivi dall’Italia, ed in primo luogo, per quanto qui interessa, la CEDU, diventano pertanto parametro alla luce del quale svolgere il giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali, non solo in quanto testi normativi sovranazionali, ma anche in quanto complesso di “diritto vivente”, frutto dell’elaborazione autonoma del giudice europeo in tema di diritti fondamentali, cui diventa necessario conformare la lettura delle fonti normative nazionali.

Anche ai nostri fini le sentenze svolgono un ruolo fondamentale perché soffermano il vaglio costituzionale sulla legittimità del rimedio legislativamente identificato in caso di espropriazione e di occupazione “appropriativa”.

Con la prima pronuncia, il Giudice delle leggi ha ritenuto che, ai fini della determinazione dell’indennità di esproprio dei suoli edificabili, il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, venga a porsi in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall’art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) e per ciò stesso violi l’art. 117, comma primo, della Costituzione.

Analogamente, con la seconda sentenza che qui si commenta, n. 349/2007, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del comma 7-bis del medesimo art. 5-bis, l. n. 359/1992, in quanto, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell’occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è anch’esso in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall’art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e, quindi, viola l’art. 117, comma primo, della Costituzione. Dunque la Corte torna ad affermare l’illegittimità costituzionale della norma che impedisce la piena risarcibilità del danno, pur mantenendo inalterata la posizione per cui il principio di integrale riparazione del danno non gode di copertura costituzionale. Vediamo di seguito come ciò è stato possibile.

²²⁰ MIRATE S., *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 65.

Dovendo accogliere i principi della CEDU, come interpretati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte Costituzionale ripercorre lo stato della giurisprudenza europea sul punto, con particolare riferimento alle conclusioni confermate nella nota decisione della Grande Chambre sul caso Scordino c. Italia²²¹, nella quale la Corte europea ha ritenuto non conforme ai canoni convenzionali l'indennizzo determinato dal legislatore italiano per il caso di esproprio di terreni edificabili.

Secondo il giudice europeo, l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni, tutelato dalla CEDU, può ammettersi soltanto nel rispetto di un giusto equilibrio fra le esigenze d'interesse generale della collettività e la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali dell'individuo. Tale giusto equilibrio è rinvenibile nella previsione di un indennizzo ragionevolmente correlato al valore del bene, un serio ristoro senza il quale una privazione di proprietà viene di regola ad integrare un'interferenza sproporzionata nel diritto fondamentale di cui all'art. 1 Protocollo 1 CEDU. Pertanto, neppure la norma convenzionale impone la riparazione integrale corrispondente all'effettivo valore del bene: legittime finalità di interesse pubblico, quali ad esempio il perseguimento di scopi di giustizia sociale o l'attuazione di grandi riforme economiche, possono giustificare, secondo la Corte di Strasburgo, una corresponsione d'indennità inferiore al pieno valore venale, purché venga rispettato il canone di proporzionalità rispetto al sacrificio imposto al privato.

Secondo la prima pronuncia della Corte Costituzionale²²², tuttavia, la fattispecie esaminata non si inseriva nell'ambito di alcuna circostanza particolare di riforma economica, politica o sociale, che garantirebbe la sussistenza di legittime finalità di utilità pubblica tali da giustificare la corresponsione di un indennizzo inferiore al valore venale.

La temporaneità e la contingenza dei precedenti interventi normativi sono state, secondo la Corte, le principali condizioni che avevano indotto la propria precedente giurisprudenza a ritenere legittima la previsione dell'art. 5-bis sul calcolo dell'indennità di esproprio. Il criterio indicato in tale norma veniva, infatti, considerato quale misura provvisoria eccezionale ed urgente volta a definire una quantificazione dell'indennizzo espropriativo inferiore al valore di mercato, destinata ad applicarsi in attesa di una riforma strutturale della materia de qua.

²²¹ Corte eur. dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* (ricorso n. 36813/97), in <http://www.Diritti uomo.it/Corte%20Europea/Italia/2006/ScordinoItalianoTradUltima.pdf>.

²²² Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475.

La riforma, intervenuta con il d.P.R. n. 327/2001, recante il Testo Unico sulle espropriazioni per pubblica utilità, si è, invece, limitata a confermare il criterio sancito dall'art. 5-bis, trasformandolo in una regola di certa e costante applicazione, che viene, quindi, ora sindacata dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 CEDU e, di conseguenza, dell'art. 117 della Costituzione.

Peraltro, è assorbente rilevare che, nella prima²²³ come nella seconda²²⁴ pronuncia, l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata non deriva dalla violazione di un (inesistente) principio di integrale riparazione del danno, ma dal contrasto con la giurisprudenza europea della CEDU a tutela del diritto di proprietà.

Riprendendo gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale²²⁵ fornisce poi alcune indicazioni al legislatore per il futuro intervento normativo diretto a colmare la lacuna di disciplina in seguito alla declaratoria d'incostituzionalità.

Il giudice delle leggi precisa – ed è questo uno dei passaggi più rilevanti ai nostri fini – come il futuro criterio non debba necessariamente coincidere con la corresponsione integrale del valore venale del bene ablati, ben potendo tale valore essere ragionevolmente ponderato in ragione della funzione sociale del diritto di proprietà riconosciuta dalla stessa Costituzione all'articolo 42. Manifestando la necessità di evitare che un criterio eccessivamente rigido, fondato sull'integrale valore di mercato, venga ad incidere in modo eccessivamente gravoso sui livelli di spesa delle amministrazioni pubbliche nella realizzazione delle opere di pubblica utilità, la pronuncia in commento offre la possibilità al legislatore d'introdurre un criterio d'indennizzo che, "in conformità all'orientamento della Corte europea", realizzi un equilibrio fra interesse individuale dei proprietari e funzione sociale della proprietà "in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti".

Ed in tal senso sembra da ultimo muoversi il legislatore nazionale, laddove, con l'art. 2, comma 89, della Legge Finanziaria per il 2008²²⁶, ha introdotto un nuovo criterio per l'indennità d'esproprio dei terreni edificabili, fondato sul valore venale dell'area edificabile, accompagnato dalla previsione di una decurtazione del 25% per l'ipotesi in cui l'espropriazione sia diretta alla realizzazione di interventi di riforma economico-sociale.

²²³ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475.

²²⁴ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535.

²²⁵ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475.

²²⁶ Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

L'excursus giurisprudenziale sopra richiamato dimostra che l'esigenza di effettività di una *liability rule* idonea all'obiettivo finale di permettere alla Pubblica Amministrazione di operare, anche in violazione dei diritti proprietari dei singoli, internalizzando il costo di tale violazione ha condotto all'elaborazione di un rimedio indennitario i cui criteri di liquidazione sono posti all'insegna della prevedibilità e del ridimensionamento del quantum risarcitorio.

Solo in tal modo l'Amministrazione può agire, a seguito di una analisi costi-benefici, e violare il diritto proprietario altrui.

Ciò detto, è evidente che un simile modo di operare sacrifica sull'altare della realizzabilità di determinate scelte (da parte della Pubblica Amministrazione, nel caso delle espropriazione, ma anche da parte dei singoli) la piena tutela dei diritti dei soggetti lesi.

Dall'altra parte anche alcuni rimedi tradizionalmente associati alle *property rule* non è vero che producano l'effetto concreto di ristabilire lo *status quo ante*.

Al fine di dimostrare tale affermazione, basti richiamare la circostanza che il rimedio primario ricollegabile all'illecito extracontrattuale è quello del risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 cod. civ. il quale deve evidentemente ricadere sotto l'egida dei rimedi previsti da una *property rule* in quanto è per l'appunto volto a ricostituire, a spese del danneggiante, lo *status quo ante* del danneggiato.

Ciononostante, l'ordinamento prevede che il danneggiato possa richiedere l'applicazione di tale rimedio solo ove «sia in tutto o in parte possibile» e che, comunque, «il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

E' dunque ben possibile che, per ragioni che nulla hanno a che vedere con la natura dell'esternalizzazione subita e con il precedente ordine giuridico delle cose, il soggetto danneggiato possa vedersi negata la struttura rimediale prescelta.

Tali ragioni potrebbero essere, da un punto di vista teorico, dettate da motivi di carattere distributivo, anche se un'analisi della giurisprudenza sul punto dimostra che l'eccessiva onerosità è invece «da ricondursi ad una valutazione comparativa fra l'interesse alla *property rule* del soggetto che la richiede, e quello generale che suggerisce di non obbligare un consociato ad uno sforzo non proporzionato con il valore del risultato che potrebbe eventualmente conseguire»²²⁷.

²²⁷ MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 331.

Secondo Mattei, la consapevolezza che tale è l'approccio giurisprudenziale nell'applicazione della previsione sul risarcimento in forma specifica condurrebbe ad uno scenario interpretativo molto interessante. Giova, considerata la rilevanza dell'osservazione e la necessità di non fornire una rappresentazione soggettiva, riportare fedelmente questo importante passaggio argomentativo dell'Autore: «qualora un principio di questo genere risultasse accolto di fronte a problemi di esternalità, sarebbe certamente interessante andare a verificare il suo impatto sulla struttura delle situazioni soggettive all'interno dell'ordinamento italiano. Risulterebbe infatti operante un vero e proprio criterio generale di efficienza che, in maniera grosso modo analoga a quello che alcuni cultori dell'analisi economica del diritto riscontrano nel processo decisionale di common law, dovrebbe guidare il giudice italiano nella soluzione dei conflitti fra usi incompatibili di risorse»²²⁸.

Una simile razionalità sembra essere insita nell'art. 2933 cod. civ. dove è previsto che «se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo. Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale», sebbene in questo caso il richiamo al "pregiudizio all'economia nazionale" quale criterio di *trade-off* interpretativo lasci trasparire il contesto storico e socio-economico in cui è sorta la norma²²⁹.

La conclusione è dunque che mentre con le *property rules* si ha la piena tutela del diritto originario dei soggetti, con le *liability rules* viceversa la tutela di tali diritti è in un certo qual modo compressa e, pur sussistente, risulta sacrificata.

Quali sono le ragioni di tale sacrificio?

La risposta, volendo seguire la ricostruzione operata da Calabresi e Melamed risiede è duplice.

Da una parte, infatti, «*it is enough for our purposes to note that a very common reason, perhaps the most common one, for employing a liability rule rather than a property rule to protect an entitlement is that market valuation of the entitlement is deemed*

²²⁸ MATTEI U., op. cit., 331.

²²⁹ Significativo il rilievo di un commentatore della norma sul punto: «la norma, in regime democratico, può presentarsi pericolosa in quanto manchi un indirizzo politico imposto come avveniva negli stati totalitari, o comunque un indirizzo politico unitario di governo che permetta al giudice di desumere una regola di esperienza alla quale uniformare il proprio giudizio». V. MICHELI G.A., *Tutela dei diritti. Dell'esecuzione forzata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna, 1977, 136.

inefficient, that is, it is either unavailable or too expensive compared to a collective valuation»²³⁰.

Da un punto di vista efficientistico, è possibile riconoscere come, nell'ottica dell'analisi economica del diritto, la scelta dell'espropriazione ad un prezzo "stabilito collettivamente" abbia permesso di raggiungere la soluzione efficiente, ossia la conclusione di un contratto che ha massimizzato il benessere collettivo.

Nel presente lavoro si vorrebbe tuttavia, come detto, mutuare la metodologia di lavoro dell'analisi economica del diritto ma sulla base di una nuova concezione del concetto di "efficienza", allontanandoci dai risultati raggiunti dalla letteratura economicista tradizionale per volgere alla c.d. analisi economica "comportamentale" (o *behavioural law & economics*).

Considerato che l'enucleazione degli obiettivi è materia degli economisti, i quali, soli, possono stabilire che un determinato modello economico risulti più efficiente di un altro, compito dei giuristi è supportare il lavoro degli economisti con strumento giuridici (*de iure condendo*) ed ermeneutici (*de iure condito*) volti alla realizzazione degli obiettivi posti.

L'"efficienza" cui dovrà guardare il presente lavoro, pur con l'utilizzo degli strumenti e delle categorie dell'analisi economica del diritto, dovrà dunque essere quella definita quale "idoneità della regola giuridica di raggiungere gli obiettivi che il sistema si pone".

Il presente lavoro mira dunque a ridefinire la posizione del giurista che guarda alla disciplina dell'analisi economica del diritto come di tecnico che si occupa dell'"efficienza giuridica" del sistema giuridico, e non già della sua "efficienza economica".

In sostanza la nozione di "efficienza" che qui si propone è una nozione assimilabile a quella che la dottrina e la giurisprudenza costituzionalistica denominano principio di ragionevolezza delle leggi²³¹, interpretativamente ricavato dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

²³⁰ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110.

²³¹ Corte Cost., 15 aprile 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 451: «In breve, il principio di uguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina considerata: proporzionalità che va esaminata in

L'"efficienza" non è comunque l'unico obiettivo che muove una soluzione rimediale fondata sulle *liability rules* invece che sulle *property rules*. Diversi obiettivi di politica del diritto possono condurre alle medesime soluzioni.

Ad esempio, tornando al pensiero di Calabresi e Melamed obiettivi di politica distributiva.

Dall'altra, «*we should also recognize that efficiency is not the sole ground for employing liability rules rather than property rules. Just as the initial entitlement is often decided upon for distributional reasons, so too the choice of a liability rule is often made because it facilitates a combination of efficiency and distributive results which would be difficult to achieve under a property rule*»²³².

In situazioni di incertezza la regola di responsabilità andrebbe preferita perché «per lo meno consente la sperimentazione dell'efficienza economica di una data proposta di trasferimento di legittimazione»²³³.

In chiusura di trattazione gli autori enfatizzano che «*it should be emphasized, however, that where transaction costs do not bar negotiations between polluter and victim, or where we are sufficiently certain who the cheapest cost avoider is, there are no efficiency reasons for allowing intentional takings, and property rules, supported by injunctions or criminal sanctions, are appropriate*»²³⁴.

Ciò detto, e tornando al diritto, italiano resta da comprendere quali sono le reali *liability rules* di cui si compone il diritto italiano.

A tal riguardo, queste sembrano essere rinvenibili anzitutto nelle norme supportate da rimedi indennitari di cui si è parlato nel paragrafo precedente. Si cercherà di dare atto nei paragrafi seguenti di alcuni esempi di *property rules* e *liability rule* nel sistema

relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita». La centralità della *ratio legis* si apprezza [...] se si considera che essa [...] si presenta come il punto di aggancio tra il livello legislativo e la tavola dei valori costituzionali, essendone configurabile come la concretizzazione e la specificazione. Di una simile connessione appare talvolta traccia espressa nella giurisprudenza: ad esempio, nella sent. n. 91/1973, dichiarativa dell'incostituzionalità del divieto di donazioni tra i coniugi (art. 781 cod. civ.), si valuta incostituzionale la norma in quanto «non trova alcuna ragionevole giustificazione in motivi che attengano all'utilità sociale o alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana o che comunque possano identificarsi con i principi e i valori tutela dalla Costituzione o che questa si propone di attuare». V. D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 71.

²³² CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110.

²³³ CALABRESI G., *Torts - The Law of the Mixed Society*, Texas L. Rev., 56, 1978, 519, anche disponibile su http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1999.

²³⁴ CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., 1110.

giuridico italiano, in modo da ridisegnare i confini dello stesso paradigma di responsabilità civile.

Infine, a completamento del quadro delle regole giuridiche a tutela degli *entitlements*, Calabresi e Melamed individuano la terza e ultima categoria dell'*inalienability rule*.

Nel caso in cui l'*entitlement* sia protetto da una *inalienability rule*, l'ordinamento non consente il trasferimento dell'*entitlement* e ciò tanto nel caso in cui il trasferimento segua un eventuale accordo tra soggetti consenzienti (che pure avrebbe permesso il trasferimento in caso di utilizzo di una *property rule*) tanto nel caso in cui il trasferimento sia tentato tramite un'usurpazione coatta dell'*entitlement* (che pure avrebbe permesso il trasferimento, seppur a fronte dell'esposizione al rischio di applicazione dei relativi rimedi, in caso di utilizzo di una *liability rule*).

Anche le *inalienability rule*, al pari delle *liability rule*, presuppongono un ben più incisivo intervento dello Stato al fine di predisporre i complessi apparati di controllo che servono a evitare o a porre rimedio ai possibili trasferimenti di *entitlement* contra legem.

4. Una rivisitazione dell'esame dei rimedi indennitari in chiave sistematica nell'ambito dell'analisi funzionale della responsabilità civile. Il caso dell'indennizzo nel diritto proprietario

E' un dato di fatto che i modelli di responsabilità di recente introduzione legislativa attingano ampiamente, se non principalmente, dalla faretra rimediale dell'indennizzo e dell'indennità, preferendo tali tipologie di rimedio a quello tradizionale del risarcimento del danno.

Si pensi ad esempio alla parificazione tra le categorie rimediali del risarcimento e delle indennità è del tutto pacifica nella legislazione e giurisprudenza giuslavoristica, soprattutto in quella degli ultimi anni e dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*.

La nuova tendenza legislativa sembra abbandonare l'annoso dibattito circa la rinvenibilità nell'ordinamento italiano di un rimedio principale e di un rimedio subordinato a questo.

La tematica è di particolare interesse poiché sembra capovolgere un principio incontrastato nella dottrina civilistica italiana la quale, a differenza del *common law* che è integralmente basato sulla predominanza dei *damages* sui rimedi in forma specifica,

ravvede nel rimedio risarcitorio (e, dovremmo oggi aggiungere, indennitario) una deroga al principio per cui il rimedio cardine è quello della tutela in forma specifica²³⁵.

La problematica non può essere contenuta nella sfera del mero interesse tecnico poiché è foriera di pregnanti risvolti sul piano pratico.

In primo luogo, una concezione differente di responsabilità civile consente di superare i sopra citati ostacoli che la giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto di prefiggere per evitare l'ingresso nell'ordinamento italiano di meccanismi rimediali che si discostassero dalla pedissequa applicazione del principio dell'integrale riparazione del danno.

In secondo luogo, e passando dal tema più prettamente connesso ai rimedi a quello più generale del paradigma della responsabilità, riconoscere che interi settori del diritto privato recepiscono una differente declinazione del paradigma di responsabilità civile permetterebbe di mutuare gli aspetti peculiari di tali modelli normativi quale strumento ermeneutico di interpretazione della legge nei casi in cui potrebbe risultare dubbia l'applicazione pedissequa della responsabilità reintegratoria.

In tali settori, assistiamo, infatti, alla sostituzione dello strumento risarcitorio pieno con strumenti nuovi che si pongono in evidente contraddizione, prima ancora che con la disciplina di settore, con la stessa disciplina codicistica in materia di risarcimento del danno.

Vi è dunque da chiedersi se, in questi casi, il legislatore italiano abbia scelto di sacrificare, ad esempio sull'altare della presente congiuntura socio-economica, l'interesse del creditore al ristoro pieno del danno, vale a dire alla tutela del valore perduto, o se, invece, i rimedi alternativi prescelti ("indennità" e "indennizzo") si basino semplicemente su una diversa concezione di responsabilità, che costituisce non tanto una rottura con il sistema tradizionale, quanto una sua evoluzione.

Se in ciò si sostanzia l'obiettivo del presente studio, conservando il medesimo approccio è tuttavia possibile osservare che già oggi l'attuale ordinamento giuridico si compone di una molteplicità di modelli normativi dai quali potrebbe trarsi una nozione di responsabilità civile tutt'altra che univocamente reintegratoria.

²³⁵ V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit.; CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992; MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 318 e ss.; MARELLA M.R., *Riparazione del danno in forma specifica*, cit.; MARELLA M.R., *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, cit.; CECCHERINI G., *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, cit., 783; DE CUPIS A., *Il danno*, cit.; SFORZA F., *Ordine di cessazione dell'illecito e risarcimento in forma specifica*, cit., 615; SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 201; POGLIANI M., *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969.

Pare opportuno nella presente sede sviluppare alcuni ragionamenti intorno ad alcune *liability rules* tipiche del diritto proprietario, ossia il settore del diritto civile maggiormente ancorato ad una prospettiva di mantenimento dell'ordine prestabilito, mantenimento cui sono tipicamente preordinate, per l'appunto, le *property rules*.

Il settore del diritto proprietario è un settore particolarmente sensibile alla tematica della funzione del rimedio risarcitorio, poiché è il settore dove, per definizione, gli assetti preconfezionati delle *property rules* governano i rapporti giuridici, i quali si fondano non già sui rapporti personali tra i consociati ma sul rapporto inerente ogni singolo consociato e la *res*.

In tale settore il risarcimento gioca un ruolo necessariamente reintegratorio laddove è volto a ristabilire quell'equilibrio che l'ordinamento ha apprestato a tutela degli assetti proprietari.

Esemplificazione di ciò risiede nel sistema rimediale previsto a tutela del diritto di proprietà, ossia l'art. 949 cod. civ.²³⁶, che «rappresenta la sintesi della c.d. tutela reale» poiché costituisce fuor di dubbio «l'affermazione rimediale della natura della proprietà come involucro giuridico, che tutela la curva di indifferenza individuale e, perciò, soggettiva di ciascun consociato»²³⁷.

La fattispecie in esame deve essere letta congiuntamente a quella speculare di cui all'art. 1079 cod. civ.²³⁸ con la quale costituisce il nucleo fondante della *property rule* nell'ordinamento giuridico italiano²³⁹.

²³⁶ Art. 949 cod. civ.: «Il proprietario può agire per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa quando ha motivo di temerne pregiudizio. Se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno». Sull'azione negatoria, v. DEJANA G., *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, in *Annali triestini*, 1945, XVI, 295; BARBERO D., *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1959; LOJACONO A., *In tema di azione negatoria*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 341; FAVARA E., voce «Azione confessoria e negatoria», in *Noviss. Digesto it.*, II, 1958, 57; MARCHETTI D., «Azione confessoria e negatoria», in *Enc. dir.*, IV, 1959; FAVARA E., *Ancora sulla prova della proprietà nella negatoria servitutis*, in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, 1024; Id., *Immissioni, azione negatoria e azione risarcitoria*, ivi, 1968, I, 1332; SALARIS F., *Le azioni a difesa della proprietà*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, Torino, 1982, 684; GAMBARO A., *Confessoria e negatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988; GABRIELE P., *L'onere della prova nell'“actio negatoria servitutis”*, GC, 1995, II, 220; FERRERI S., *Negatoria, confessoria (azioni)*, in *Digesto/civ.*, XII, 1995, 8 e Id., *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, RDC, 2005, 27 ss.; T.O. Scozzafava, *Dell'azione negatoria*, RDCo., 4-6, 2009, 377 ss..

²³⁷ MATTEI U., *La proprietà immobiliare*, Torino, 1993, 242.

²³⁸ Art. 1079 cod. civ.: «Il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio l'esistenza contro chi ne contesta l'esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, oltre il risarcimento dei danni».

²³⁹ V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 284.

La natura delle fattispecie in esame, e delle azioni e dei rimedi che a queste sono collegati, è piuttosto controversa.

Infatti, da una parte, come è stato correttamente rilevato, «se consideriamo le due azioni nel nesso che le unisce e che ha condotto e conduce, nella pratica, a studiarle insieme, vediamo che esse costituiscono come i due aspetti di un'unica azione rivolta, a seconda dei casi, ora a contestare la servitù (*property right*) che altri intende di esercitare sulla cosa nostra, ora, invece, ad affermare l'esistenza di un nostro diritto ad esercitare una servitù (*property right*) sulla cosa altrui»²⁴⁰.

Dall'altra, ed è questo il punto che qui interessa, la c.d. "azione negatoria" prevista dalle fattispecie in esame contiene un chiaro esempio di "tutela piena"²⁴¹ garantita dall'applicazione di una *property rule*, che si avvale, a tal fine, di una molteplicità di rimedi, ivi incluso il risarcimento del danno (tradizionalmente associato invece - associazione che in questo lavoro si contesta - ad un rimedio di *liability rule*).

La "tutela piena" di cui agli artt. 949 e 1079 cod. civ. è tale poiché è volta a tutelare il *property right* del titolare del diritto reale (diritto di proprietà nel caso dell'art. 949 cod. civ. e titolare della servitù nel caso dell'art. 1079 cod. civ.) contro ogni tipologia di esternalizzazione. Come detto poi altro è il fine che la norma si pone altro è l'effetto concreto che è in grado di raggiungere.

Tale tutela piena è raggiunta tramite un sistema rimediale molto complesso e onnicomprensivo.

Anzitutto, il combinato disposto degli artt. 949 e 1079 cod. civ. prevede perfino una tutela contro l'«esternalizzazione di pericolo»²⁴², tutelando non solo la lesione effettiva di un diritto o interesse del titolare del diritto proprietario/servitù ma altresì il mero timore che tale lesione possa verificarsi.

In secondo luogo, il soggetto protetto degli artt. 949 e 1079 cod. civ. viene tutelato dalla c.d. «esternalizzazione continuativa»²⁴³, ossia da eventuali "turbative" o "molestie" che possano essergli arrecate.

In terzo luogo, la tutela piena in esame contempla altresì la possibilità di richiedere la rimessione delle cose in pristino in caso di effettivo incisione sulla portata del *property right*. A tal riguardo, andrebbe precisato che, invero, solo l'art. 1079 cod. civ. prevede espressamente tale rimedio, mentre l'art. 949 cod. civ. ne sarebbe privo.

²⁴⁰ FAVARA E., voce «Azione confessoria e negatoria», cit., 59 e ss..

²⁴¹ MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 281.

²⁴² MATTEI U., op. cit., 285.

²⁴³ MATTEI U., op. cit., 286.

Tuttavia, dato il già citato parallelismo tra le due fattispecie, un'applicazione analogica del rimedio di cui all'art. 1079 cod. civ. anche nel caso di cui all'art. 949 cod. civ. sembra opportuno e auspicabile, nonché suffragata da dottrina²⁴⁴ e giurisprudenza²⁴⁵.

Ma il vero banco di prova intorno al quale si riconosce la natura di *property rule* dell'art. 949/1079 cod. civ. è costituito dall'utilizzo del rimedio risarcitorio in chiave di regola di proprietà.

Ebbene, il sistema rimediale previsto dall'art. 949 cod. civ. è altro dal rimedio di responsabilità civile ex art. 2043 cod. civ., sebbene non possa escludersi a priori che una medesima fattispecie integri al contempo gli estremi per azionare il primo e il secondo.

La problematica relativa alla distinzione tra il rimedio risarcitorio connesso all'azione reale e quello relativo all'azione personale aquiliana è tutt'altro che semplice ed è densa di conseguenze pratiche, ad esempio ove si voglia comprendere di quali rimedi disponga il proprietario in caso di aggressione del proprio patrimonio da parte di un'esternalità negativa e di danneggiamento.

Osserva uno dei più autorevoli Autori in materia: «Dato che il danneggiamento è senz'altro una violazione del diritto di proprietà; è possibile sostenere che il proprietario può agire con l'azione negatoria in tutti i casi in cui subisce un danneggiamento? Che la risposta non possa essere acriticamente affermativa dovrebbe balzare agli occhi: significherebbe, solamente per offrire un esempio, concedere sempre il risarcimento del danno a prescindere da dolo, colpa ed imputabilità nella maggior parte dei più comuni incidenti»²⁴⁶.

La problematica sollevata dall'Autore è duplice: da una parte, vi è il problema di comprendere se il rimedio risarcitorio rientri nel modello normativo dell'art. 2043 cod. civ. con la conseguente applicabilità del regime normativo a esso connesso, dall'altra vi è la consapevolezza che ricondurre il rimedio risarcitorio al modello normativo della responsabilità aquiliana equivarrebbe a spogliare del connotato di *property rule* il modello normativo di cui agli artt. 949 e 1079 cod. civ. poiché in tal modo si perverrebbe «alla conclusione che neanche la proprietà, la più tutelata fra le situazioni soggettive, è *property right* nel diritto italiano»²⁴⁷.

²⁴⁴ V. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 287, che parla di «svista del legislatore».

²⁴⁵ Cass., S.U. 7 gennaio 1975, n. 14, in *Rep. Giur. It.*, voce *Proprietà*, n. 19.

²⁴⁶ MATTEI U., op. cit., 289.

²⁴⁷ MATTEI U., op. cit., 290.

Secondo il medesimo Autore, «volendo far tesoro delle indicazioni che ci provengono dall'analisi economica del diritto, crediamo sia più corretto sostenere che in tutti i casi in cui ricorrono i presupposti per la concessione della tutela negatoria di una situazione soggettiva, questa riceve la qualifica di *property right*. La sua tutela nei confronti dell'esternalizzazione pertanto è piena, il che significa che qualora le «turbative o molestie» cagionino un danno, questo va risarcito come conseguenza necessaria dell'allocazione di *property rights*, a prescindere da qualunque indagine sull'*animus* di chi esternalizza. La scelta sull'allocazione dei *property rights*, in altre parole, è avvenuta a monte al momento della concessione dell'inibitoria. Non può essere rimessa in giuoco se non al prezzo di gravi contraddizioni»²⁴⁸.

Tuttavia non ogni danneggiamento della proprietà altrui determina l'applicabilità dell'art. 949 cod. civ. proprio perché non «ogni costo sociale giuridicamente rilevante costituisce un'esternalizzazione»²⁴⁹.

In particolare, mentre l'art. 2043 cod. civ. tende all'allocazione dei costi di un illecito, viceversa l'art. 949 cod. civ. si applica nel caso in cui «ad un soggetto che si impoverisce a causa dell'esternalità (poiché una risorsa su cui detiene un *property right* viene consumata senza corrispettivo) deve corrispondere un soggetto che si arricchisce (invadendo l'altrui *property right*)»²⁵⁰. Pertanto laddove vi sia un danneggiamento della proprietà altrui senza tuttavia un trasferimento di ricchezza, saremmo nell'ambito dell'art. 2043 cod. civ.; viceversa, laddove al danneggiamento consegua altresì un trasferimento di ricchezza in favore del danneggiante, allora saremmo dinanzi ad una vera e propria esternalità negativa e, come tale, nel pieno ambito di applicazione dell'art. 949 cod. civ..

I frequenti richiami all'opera di Ugo Mattei non possono tuttavia impedire una riflessione su quali siano le «indicazioni che ci provengono dall'analisi economica del diritto»²⁵¹ sulle quali l'Autore basa la propria interpretazione.

Auspiciando di non contraddire il pensiero dell'Autore, l'approccio di analisi economica del diritto di tipo interpretativo che vuole sostenersi in questo lavoro dovrebbe condurre ad una valutazione di efficienza e congruità dello strumento ermeneutico agli obiettivi della norma.

²⁴⁸ MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 292.

²⁴⁹ MATTEI U., op. cit., 293.

²⁵⁰ MATTEI U., *I diritti reali*, 1, *La Proprietà*, in SACCO R., *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 372.

²⁵¹ MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 292.

La norma in questione, così come risulta confermato anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra chiaramente orientata a costituire una *property rule* ossia una norma finalizzata a ristabilire l'ordine di cose precedente alla violazione.

E' per tale motivo che il rimedio risarcitorio ivi previsto non potrà essere riconducibile al modello normativo dell'illecito extracontrattuale.

Tale scenario interpretativo relativo all'art. 949 cod. civ. è particolarmente rilevante poiché «dalla corretta interpretazione di quella norma può discendere la disciplina di altri property rights non legati all'art. 832 cod. civ., qualora si voglia far discendere, come esigenze di coerenza imporrebbero, dallo status delle situazioni soggettive qualche conseguenza operazione per chi ne è titolare»²⁵².

La strada che Mattei sembrerebbe aprire è quella di utilizzare le categorie dell'analisi economica del diritto e in particolare la suddivisione tra *property rules* e *liability rules* quale strumento interpretativo da utilizzare nei casi in cui sorge il dubbio della funzione che deve essere attribuita ad un determinato rimedio.

La distinzione non è cristallina tanto è vero che ha necessitato un recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁵³.

Tuttavia è possibile affermare che «laddove l'ordinamento prende in considerazione molestie o turbative, e queste si sostanziano in un detrimento patrimoniale, cui corrisponde un accrescimento del patrimonio del molestante, il detrimento in parola non è un danno illecito ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., ma un'esternalità rilevante ai sensi di un'altra norma, quella, per l'appunto, che vieta la molestia o la turbativa. [...] Il campo di azione dell'art. 2043 cod. civ. è del tutto diverso. Esso, in primo luogo, dal punto di vista dei presupposti, prende in considerazione anche casi che non si sostanziano in un'esternalità, non verificandosi alcun utilizzo di risorse senza costi, ma allocando costi conseguenti alla distruzione di risorse. Tale allocazione si fonda su una regola di condotta, e non su un assetto di diritti proprietari»²⁵⁴.

Nulla quaestio circa il fatto che quello ex art. 2043 cod. civ. sia un rimedio reintegratorio nella fattispecie in esame.

La domanda finale è: ma il rimedio risarcitorio ex art. 749 cod. civ., che abbiamo visto essere un rimedio afferente alle *property rules*, rientra nel paradigma della responsabilità civile? La risposta è sì perché, come abbiamo visto nel I capitolo, è la responsabilità lo strumento giuridico che permette di stabilire un collegamento legale tra

²⁵² MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 295.

²⁵³ Cass. 28 marzo 2014, n. 7305, in *Leggi d'Italia*.

²⁵⁴ MATTEI U., *I diritti reali*, 1, *La Proprietà*, in SACCO R., *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 372.

il danno subito da un soggetto (il danneggiato) e un secondo soggetto (il responsabile), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo al secondo di risarcire il primo.

L'art. 948 cod. civ. (Azione di rivendicazione) è un altro esempio di manifestazione della finalità reintegratoria della responsabilità, ancor più rafforzata dall'imprescrittibilità della relativa azione che copre altresì il rimedio risarcitorio.

In realtà con frequenti sterzate verso la responsabilità di tipo sanzionatoria se consideriamo che spesso le Corti sembrano propense a rinvenire un danno nella violazione *in re ipsa* del diritto proprietario²⁵⁵.

Se tali sono i tipici esempi di rimedi "forti" con cui si esplica il diritto proprietario, nei gangli delle norme sui diritti reali sono rinvenibili molteplici rimedi indennitari, volti talvolta a contemperare interessi pubblici ed interessi privati (si pensi al caso delle espropriazioni); tal'altra - ed è questo il caso più rilevante ai fini del presente studio - a consentire al giudice di arbitrare gli usi incompatibili di risorse²⁵⁶, sovvertendo il principio della funzione meramente reintegratoria della responsabilità e incentivando in tal modo le esigenze della produzione, laddove queste ultime risultino predominanti.

E' il caso della disciplina sulle immissioni di cui all'art. 844 cod. civ., la quale si compone di una molteplicità di rimedi, che traggono origine tanto da *property rules* (quale l'azione di natura reale concernente l'inibitoria ossia la cessazione della condotta

²⁵⁵ da cui il seguente principio tralaticio: «in caso di occupazione senza titolo di un cespite immobiliare altrui, il danno per il proprietario usurpato è "in re ipsa", ricollegandosi al semplice fatto della perdita della disponibilità del bene da parte del "dominus" ed all'impossibilità per costui di conseguire l'utilità normalmente ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso, ben potendo, in tale ipotesi, la determinazione del risarcimento del danno essere operata dal giudice facendo riferimento al cosiddetto danno "figurativo", e, quindi, al valore locativo del cespite usurpato». V. *ex multis*, Cass. 6 novembre 2008, n. 26610; Cass. 11 febbraio 2008 n. 3251; Cass. 8 maggio 2006 n. 10498. Ma, diversamente, Cass. 11 gennaio 2005 n. 378, che osserva che «anche in tema di risarcimento da occupazione abusiva di un immobile (nella specie: terreno) occorre che sia provata l'esistenza di questo danno di cui si chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia in re ipsa, cioè coincida con l'evento, poiché il danno risarcibile è pur sempre un danno conseguenza anche nella responsabilità aquiliana, giusti i principi di cui agli art. 2056 e 1223 cod. civ., e non coincide con l'evento, che è invece un elemento del fatto, produttivo del danno. [...] Occorre, quindi, la specifica prova, a carico dell'attore-danneggiato, di una effettiva lesione del patrimonio consistente, per esempio nel non avere potuto dare in locazione il bene, nel non aver potuto utilizzarlo direttamente e tempestivamente, nella perdita di occasioni di vendita a un prezzo conveniente o in altre analoghe situazioni pregiudizievoli. Ovviamente il giudice di merito potrà far ricorso anche a presunzioni, allorché esse abbiano le caratteristiche della gravità, precisione e concordanza»; di recente, v. anche, Cass. 7 agosto 2012 n. 14222.

²⁵⁶ Sul punto, v. MAZZOLA M.A., *Le immissioni*, Torino, 2004; MACCARONE M., *Le immissioni: tutela reale e tutela della persona*, Milano, 2002.

immissiva) quanto da *liability rules* (quale il rimedio indennitario, ferma restando la possibilità di agire per i danni con azione personale ex art. 2043 cod. civ.)²⁵⁷.

La nostra analisi è in particolare rivolta verso le c.d. "immissioni liceizzate", quelle ovvero che sono dichiarate tollerabili dal giudice a seguito di contemperamento tra le ragioni del proprietario immesso e quelle della produzione²⁵⁸.

L'art. 844 cod. civ. prevede che «nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà» e come conseguenza della sua applicazione, ove il contemperamento gravi sul fondo esposto alle immissioni, si è ricavata la previsione dell'obbligo di un indennizzo a carico del fondo immittente²⁵⁹.

Pur non essendo espressamente previsto dal testo normativo, l'indennizzo è oggi riconosciuto - seppur a seguito di un faticoso percorso interpretativo²⁶⁰ - da dottrina e giurisprudenza quale rimedio a tutela del soggetto leso in caso di violazione della disciplina sulle immissioni²⁶¹.

²⁵⁷ V., ad esempio, Cass. 6 settembre 2013 n. 20571, in *Giur. it.*, 10, 2013, 1982 e ss., per la quale «l'azione esperita dal proprietario del fondo danneggiato per conseguire l'eliminazione delle cause di immissioni rientra tra le azioni negatorie, di natura reale a tutela della proprietà. Essa è volta a far accertare in via definitiva la illegittimità delle immissioni e ad ottenere il compimento delle modifiche strutturali del bene indispensabili per farle cessare. Nondimeno l'azione inibitoria ex art. 844 cod. civ. può essere esperita dal soggetto leso per conseguire la cessazione delle esalazioni nocive alla salute, salvo il cumulo con l'azione per la responsabilità aquiliana prevista dall'art. 2043 cod. civ., nonché la domanda di risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 cod. civ.. E' quasi pleonastico sottolineare che il cumulo implica la diversità delle due azioni».

²⁵⁸ DIANA A.G., *Le immissioni (Tipologie, azioni e tutele)*, Milano, 2013, 355 e ss..

²⁵⁹ MAZZOLA M.A., *Immissioni e risarcimento del danno*, cit., 316.

²⁶⁰ SALVI C., *Le immissioni industriali: i rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli, 1984.

²⁶¹ Seppur con qualche (minoritaria) opinione contraria, ad esempio BALBO V., *Riflessioni sui profili risarcitori in tema di immissioni ex art. 844 cod. civ.*, in *Diritto & Diritti*, 2005, in www.diritto.it: «Un indennizzo, comunque, non è mai un risarcimento del danno effettivamente prodotto, importa una valutazione equitativa del giudice e corrisponde sempre ad un minus rispetto a quello (altrimenti non ci sarebbe ragione di chiamarlo indennizzo e distinguerlo dalla tutela risarcitoria); ecco dunque che, sempre in dipendenza del tipo di danno sofferto e a fronte della medesima attività, muta anche il quantum (inteso nel senso dell'estensione dei danni risarcibili) debeatur. Infine, e l'obiezione è sicuramente la più portante, l'indennizzo de quo non è legislativamente contemplato e la sua previsione giurisprudenziale - ove si ritenga di essere di fronte ad attività lecita - appare fortemente incostituzionale perché viola il dettato dell'art. 23 che sancisce che nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. La riferita indennizzabilità si risolve quindi in una palese costruzione giurisprudenziale, peraltro non coerente con i principi generali del diritto e che risente, nello stesso ambito giurisprudenziale, come d'altronde in quello normativo, delle difficoltà di trasposizione e reductio ad unum dei principi afferenti due diverse aree del diritto civile: diritti reali e illecito extracontrattuale. Maggiore coerenza ai principi generale dell'ordinamento giuridico vorrebbe, pertanto, de iure condito ed in via interpretativa l'esclusione di qualsivoglia indennizzabilità da

La soluzione raggiunta segue un lungo percorso interpretativo che prende le mosse da due diverse esigenze enucleate dalla dottrina.

Da una parte, infatti, si è sostenuta la necessità di richiamare il parallelismo intercorrente tra la fattispecie in esame (ossia quella delle immissioni autorizzate) e l'espropriazione per pubblica utilità²⁶².

Dall'altra parte, i teorici dell'analisi economica del diritto sostenevano viceversa l'importanza di una *liability rule* che permettesse l'internalizzazione delle esternalità volta ad una efficiente allocazione dei costi sociali e alla tutela dell'ambiente²⁶³.

La soluzione raggiunta dalla dottrina e giurisprudenza italiana sul punto fu quella di riconoscere all'immesso il diritto all'indennizzo ogniqualvolta l'immissione, seppur tollerabile, producesse un deterioramento significativo del diritto proprietario.

Le conseguenze pratiche di tale costruzione dogmatica sono rilevanti perché al giudice viene conferito un potere di bilanciamento che, seppur in linea con le istanze di internalizzazione delle esternalità, mal si coordina con gli algoritmi matematici e l'esigenza di prevedibilità auspicata dall'analisi economica del diritto.

La prima domanda che giova porsi al riguardo è quale sia il fondamento giuridico che permette alla giurisprudenza di recuperare il rimedio indennitario in fattispecie che non sono espressamente contemplate dal diritto positivo.

A tal riguardo, la *liability rule* sembrerebbe potersi ricavare dall'applicazione dei principi generali in materia di proprietà, come espressi dalla giurisprudenza costituzionale in tema di indennizzabilità delle cc.dd. limitazioni sostanzialmente espropriative della proprietà privata²⁶⁴.

La Corte Costituzionale ha difatti sottolineato che ogni aggressione al diritto proprietario, se imposta con "atto singolare" (seppur nell'"interesse generale"), debba essere indennizzata in ossequio all'art. 42, 2° e 3° comma, della Costituzione.

A tal riguardo è stato infatti affermato che «la corresponsione di un'equa indennità a favore del soggetto immesso rappresenterebbe il rimedio necessario nel caso in cui i costi che un'impresa deve sostenere per eliminare o ridurre gli effetti delle immissioni

immissioni lecite ma intollerabili ex 2° comma dell'art. 844 cod. civ., proprio perché si tratta di immissioni lecite e non legittimamente corredata da una previsione legislativa di indennizzo».

²⁶² Simili ragionamenti venivano svolti altresì dalla dottrina di *common law* in merito alla *reasonableness of the nuisance*. V., sul punto, MICHELMAN F., *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, 80 Harv. L. R., 1967, 1165.

²⁶³ Per una ricostruzione del pensiero sul punto, v. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., 1987.

²⁶⁴ SALVI C., *Le immissioni industriali: i rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 258.

risultino superiori ai danni prodotti. Dette opinioni ricollegano la prassi indennitaria al principio, di origine comunitaria, del chi inquina paga, consistendo questo in una preventiva traslazione del costo da chi lo subisce a chi lo produce»²⁶⁵.

Se queste sono le argomentazioni su cui è possibile fondare la sostenibilità teorica e concettuale di un siffatto sistema rimediale di creazione giurisprudenziale, la seconda domanda che è necessario porsi con riguardo alla tematica delle immissioni riguarda le ragioni di fatto che inducono la giurisprudenza.

Trattandosi di uno strumento di creazione giurisprudenziale, infatti, è solo per il tramite dell'analisi del suo utilizzo *de facto* che è possibile comprendere la natura dello stesso nell'ambito dei rimedi di tutela del diritto proprietario.

Probabilmente nel settore del diritto di proprietà più che in altri settori la scelta del rimedio applicabile, che può svolgersi tra una molteplicità di possibilità quali inibitoria, ripristino, indennizzo, indennità e risarcimento, è rimessa alla valutazione del giudice.

Di tale problematica si è occupata di recente la Suprema Corte di Cassazione²⁶⁶.

Il caso, invero risalente a quindici anni prima, riguardava l'azione promossa dal Sig. Q.U., nell'aprile 1999, in proprio e quale legale rappresentante della società semplice Cascina Tre Pini, proprietaria di un vasto compendio immobiliare - di valore naturalistico, ricoperto di bosco e prati, con fabbricati ad uso residenziale di pregio - il quale convenne in giudizio la SEA (Società Esercizi Aeroportuali Spa) e il Ministero dei trasporti, chiedendo la condanna al risarcimento del danno subito, causato da immissioni acustiche e da gas di scarico, in conseguenza dell'ampliamento dell'aeroporto di Malpensa a partire dal 1998, derivanti dal sorvolo di aerei con rotta fissa sulla proprietà.

A tal fine, l'attore invocava l'art. 2043 o l'art. 844 cod. civ.; rispetto a quest'ultima disposizione precisò che, in considerazione della non accoglibilità di provvedimenti inibitori per il carattere irreversibile della destinazione del fondo alle attività aeroportuali, dato l'azzeramento economico del valore della proprietà causato dalle immissioni intollerabili, la proprietà avrebbe avuto diritto ad un equo indennizzo per la perdita di godimento del fondo.

Il Tribunale, espletate consulenze tecniche e valutate intollerabili le immissioni alla stregua dell'art. 844 cod. civ., rigettò la domanda ex art. 2043 cod. civ. per assenza di illiceità.

²⁶⁵ GUARDA P., *Immissioni: tra tutela proprietaria e diritto dell'ambiente*, in *Diritto e Formazione*, 2003, 1251.

²⁶⁶ Cass., 3 luglio 2014, n. 15223, in *Mass. Giust. Civ.*, 2014.

Qualificata la domanda proposta in alternativa come richiesta di indennizzo, riconobbe come obbligati, ai sensi dell'art. 844 cpv. cod. civ. sia il Ministero che la SEA, e il Ministero obbligato all'indennizzo anche sulla base della L. n. 2359 del 1865, art. 46 (poi D.P.R. n. 327 del 2001, art. 44).

Investita della questione dal Ministero e dalla SEA, la Corte di appello di Milano, rispetto alla sentenza di primo grado, ritenne che, a fondamento dell'obbligo di corrispondere l'indennità a carico di entrambi i convenuti vi fosse solo l'art. 46 cit., integrato ai fini della valutazione della intollerabilità delle immissioni dall'art. 844 cod. civ..

La Suprema Corte di Cassazione, a sua volta, ha confermato, nei rapporti tra parte privata e Ministero convenuto in primo grado, la decisione di merito che ha liquidato un indennizzo ex art. 46 L. n. 2359/1865, e non un risarcimento ex art. 2043 cod. civ., per immissioni di rumore derivanti dall'esercizio di opera pubblica (l'aeroporto di MilanoMalpensa) ritenute eccedenti la normativa pubblicistica di settore, oltre che per immissioni parimenti intollerabili di gas di scarico degli aeromobili.

La sentenza permette di svolgere una serie di riflessioni circa le modalità con cui la giurisprudenza sceglie il rimedio dell'indennizzo piuttosto che quello del risarcimento.

Il doppio passaggio interpretativo compiuto dalle Corti di merito e avallato dalla Corte di Cassazione ha permesso, dapprima, di escludere la risarcibilità del danno ex art. 2043 cod. civ. (esclusione già di per sé discutibile, come si vedrà) e, successivamente, di riqualificare la *causa petendi* dell'azione introdotta da parte attrice come azione volta a ottenere l'indennizzo a seguito di c.d. "espropriazione larvata": operazione anch'essa che, seppur sostenibile sotto un profilo giuridico e processuale, tradisce il reale obiettivo della Corte, ossia quello di cercare un contemperamento tra le ragioni proprietarie e quelle della P.A. che non si rivelasse eccessivamente oneroso per l'una o per l'altra parte.

Ebbene, sotto il primo profilo, non può omettersi di rilevare come la lettura del Tribunale che ha negato la risarcibilità del danno ex art. 2043 cod. civ. subito dall'attore denoti non poche lacune.

E, infatti, come è stato opportunamente osservato da un Autore che ha commentato "a caldo" la sentenza in esame, «non si comprende per quale sorta di privilegio solo la p.a. dovrebbe vedersi qualificare in termini di liceità (seppure comportante indennizzo) un attività svolta in violazione della normativa pubblicistica posta a tutela della salute pubblica che anch'essa, o addirittura solo essa, deve rispettare quando ad essere

disciplinate sono infrastrutture tipicamente pubbliche (si pensi ai regolamenti che disciplinano ad hoc le immissioni di rumore stradale e ferroviario); quindi dovrebbe ritenersi senz'altro preferibile l'indirizzo "risarcitorio"».

Lo stesso commentatore propone una lettura delle ragioni "interiori" che avrebbero spinto il Tribunale ad adottare una siffatta decisione: «Alludiamo alla comprensibile problematicità che si genera ricostruendo il sistema di tutela dei diritti patrimoniali privati incisi da immissioni in termini atti a dare ingresso a domande di tutela in forma specifica le quali, se accolte, potrebbero determinare pregiudizio per attività e servizi pubblici, laddove questo tipo di tutela è già difficile da assicurare pure nei casi di assoluta necessità, ovvero quando si generano evidenti pregiudizi per la salute (su questi ultimi in questa sede non vengono fatti approfondimenti, restando le presenti note focalizzate sui pregiudizi patrimoniali)»²⁶⁷.

In secondo luogo, vi è da chiedersi per quale motivo la Corte di Appello abbia riqualficato l'azione promossa quale azione per l'indennizzo da c.d. "espropriazione larvata" piuttosto che quale azione ex art. 844 cod. civ. come effettivamente richiesto da parte attrice.

Ebbene, lo stesso commentatore ritiene che «se è incerto il fondamento dell'interpretazione riduttiva dell'art. 844 cod. civ. proposta dalla sentenza in commento, la preoccupazione sottesa pare più chiara e sembra la medesima che verosimilmente ha indotto il giudice di primo grado a ristorare il privato a titolo di indennizzo e non di risarcimento. Estendendo al massimo grado l'area di applicazione dell'indennizzo da espropriazione larvata, e riducendo quella di applicazione dell'art. 844 cod. civ., si consente comunque al privato un ristoro apprezzabile (la riconduzione al valore di mercato di ogni indennizzo espropriativo ad opera della note sentenze n. 348/2007 e 181/2011 della Corte cost. esercita i suoi effetti anche qui consentendo che l'indennizzo sia commisurato all'intero minor valore di mercato dell'immobile inciso dalle immissioni) e però, almeno al di fuori dei casi di pregiudizio per la salute, si evita di dover dare ingresso a domande di risarcimento in forma specifica (altrimenti da rigettarsi solo per eccessiva onerosità ex art. 2058 cod. civ.) e soprattutto ad azioni inibitorie reali, queste ultime neppure soggette al limite dell'art. 2058, ed al più

²⁶⁷ BARILA' E., *Le immissioni da opere pubbliche come "espropriazioni larvate" indennizzabili*, in *Urb. e appalti*, 10, 2014, 1040.

suscettibili di essere convertite in risarcimento per equivalente solo in caso di pregiudizio per l'economia nazionale (art. 2933 cod. civ.)»²⁶⁸.

Infine, è necessario comprendere come si coordini il rimedio indennitario ricavato interpretativamente da quello tradizionale risarcitorio di cui all'art. 2043 cod. civ..

Osserva in proposito il diritto vivente che «la domanda di indennizzo per il diminuito valore del fondo a causa delle immissioni eccedenti la normale tollerabilità è del tutto diversa da quella di risarcimento dei danni derivanti dalle stesse immissioni, poiché, mentre la prima, fondata sull'art. 844 cod. civ., ha natura reale e mira al conseguimento di un indennizzo da attività lecita, che compensi il pregiudizio subito dal fondo a causa delle immissioni, la seconda, fondata sull'art. 2043 cod. civ., ha natura personale, essendo volta a risarcire il proprietario del fondo vicino dei danni arrecatigli dalle immissioni, sotto tale profilo considerato come fatto illecito»²⁶⁹.

Indipendentemente da come le Corti interpretino oggi il sistema rimediale di cui all'art. 844 cod. civ., è evidente la polisemia dello stesso e la sua flessibilità a diverse interpretazioni.

Giova qui ad esempio richiamare le riflessioni svolte da uno dei principali teorici del pensiero di analisi economica del diritto italiano, il quale, traendo spunto da un orientamento (seppur minoritario) delle Corti statunitensi, giungeva comunque a teorizzare la sostenibilità dell'obbligo all'indennizzo in capo all'immittente (e non all'immesso) con evidente capovolgimento della *property rule* sottostante all'inibitoria di cui all'art. 844 cod. civ.²⁷⁰.

²⁶⁸ BARILA' E., op. cit., 1040.

²⁶⁹ Cass., 6 giugno 2000 n. 7545 in *Mass. giust. civ.*, 2000, 1219.

²⁷⁰ V. MATTEI U., *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 320-321: «Un problema in parte diverso sorge qualora la *liability rule* venga posta a tutela non già di chi subisce l'immissione ma di chi la cagiona. Questa è l'ultima combinazione prevista dallo schema di Calabresi e Melamed. Si tratta peraltro di una combinazione rimediale che trova pochissimo seguito giurisprudenziale negli Stati Uniti e che risulta talmente correlata al problema già affrontato di coming to the nuisance da non aver finora trovato spazi nel diritto continentale. Nondimeno, poiché nulla preclude che anche nel nostro diritto prima o poi il preuso di cui all'art. 844 cod. civ. trovi il proprio riconoscimento, non sarà inutile dedicare quale riflessione pure a questa ipotesi. Il caso è quello per cui all'immittente viene inibita la continuazione dell'attività ma al contempo l'immesso viene condannato al risarcimento dei danni che la cessazione cagiona all'immittente. Il caso in cui questa situazione apparentemente paradossale è stata eseguita era il conflitto tra una proprietà residenziale recentemente costruita in prossimità di un allevamento di bestiame. Il preuso del fondo venne riconosciuto ma pure l'insopportabilità dell'olezzo proveniente dalle stalle. Fu scelta la via di colpire con l'inibitoria l'allevamento condannando al contempo la proprietà residenziale a risarcire il danno. Nondimeno nulla vieta al giudice italiano investito ex art. 844 cod. civ. di tutelare il preuso attraverso una "indennità" con un'integrazione pretoria del cod. civ. non diversa da quella già operata introducendo l'indennità di cui al 2° comma».

Secondo tale orientamento, una lettura giuseconomica della disciplina sulle immissioni dovrebbe condurre a ritenere la fattispecie di cui all'art. 844 cod. civ. munita di un sistema rimediale governato da *liability rules*, in particolare da rimedi indennitari.

Tale lettura sarebbe giustificata dai chiari riferimenti normativi alle "esigenze della produzione".

Secondo un'altra lettura giuseconomica, tuttavia, il rimedio inibitorio risulterebbe essere il più "efficiente".

5. La responsabilità del datore di lavoro per la lesione di un interesse patrimoniale del lavoratore

Un settore del diritto privato nel quale si è assistito negli ultimi anni, e si assiste ancora oggi, ad una profonda evoluzione del paradigma della responsabilità è quello del diritto del lavoro dove, si potrebbe dire enfatizzando la questione, è pressoché scomparso il rimedio del risarcimento del danno.

Tale asserzione merita di essere minutamente circostanziata onde evitare che divenga oggetto di facili mistificazioni e critiche.

Preliminarmente, tuttavia, giova un richiamo alla collocazione del rimedio risarcitorio all'interno del sistema della responsabilità contrattuale.

Come più volte detto nel corso del presente lavoro, il risarcimento del danno, perlomeno secondo la tradizionale concezione del risarcimento quale mera compensazione del danno subito, è lo strumento giuridico di ripristino dello *status quo ante* della vittima dell'inadempimento.

Come tale, una volta cagionato un danno, il risarcimento è un "valore" certo e predefinito, perché derivante dall'applicazione di algoritmi legali, che permettono di liquidare esattamente quel "valore" corrispondente al danno subito dalla vittima (in termini di danno emergente e lucro cessante). Trattasi dunque di un "valore" certo, scientifico e oggettivo.

A questo punto preme sottolineare fin d'ora che tale carattere "oggettivo" del risarcimento nel diritto del lavoro è tale da un punto di vista teorico e virtuale, mentre l'esperienza empirica dimostra il contrario.

Solo per fare un esempio, il risarcimento del danno subito dal lavoratore licenziato illegittimamente prima della c.d. "Riforma Fornero" si caratterizzava da un'assoluta imprevedibilità nel *quantum*, essendo legato ad una serie di variabili spesso esterne alla portata del lavoratore e del datore di lavoro, quali la durata del processo, la possibilità

del lavoratore di trovare un diverso posto di lavoro e l'effettiva percezione di un reddito da parte del lavoratore licenziato a seguito del licenziamento.

Ebbene, ciò che intendiamo proporre è una diversa concezione dello specifico rimedio: non più quale strumento di ripristino dello *status quo ante*, ma quale ponte di collegamento tra l'atto con il quale un soggetto viola un diritto altrui e l'atto con cui colui che subisce il danno agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno.

A ben vedere infatti il risarcimento, lungi dall'essere un "valore" oggettivo e predeterminabile, sembrerebbe – alla luce dell'esperienza empirica – un valore virtuale oggetto di vere e proprie valutazioni economiche tanto da parte del contraente inadempiente quanto della vittima dell'inadempimento. Il "valore" risultante dalle valutazioni individuali è per l'appunto il "valore soggettivo" del risarcimento.

E, infatti, chi intende non rispettare il vincolo contrattuale, temendo le conseguenze economiche del proprio inadempimento, deciderà di non dar seguito ai propri obblighi solo dopo aver valutato, in termini economici, il costo del suo inadempimento contrapponendolo con i vantaggi economici dello stesso²⁷¹.

E' opinione di un certo orientamento dottrinale quella per cui, consentendo al debitore di sfuggire all'esatto adempimento delle obbligazioni al prezzo del pagamento di un risarcimento (sia esso integrale o forfetario) i beni o i servizi finirebbero con il pervenire a chi riconosce loro il maggior valore e ciò nel modo più economico e rapido²⁷².

²⁷¹ E' evidente l'assonanza di una simile prospettiva con la teoria del c.d. "inadempimento efficiente" (*efficient breach*), «efficiente proprio perché in virtù dell'inadempimento è possibile realizzare un surplus di ricchezza, ed inoltre perché l'inadempimento del contratto consente un afflusso diretto delle risorse verso i loro utilizzi più efficienti, vale a dire nelle mani di chi le valuta di più» (GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, III, *Analisi economica del diritto*, Torino, 1998, 63). Sulla teoria dell'inadempimento efficiente, v. GOETZ C.J., SCOTT R.E., *Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*, in *Colum. L. Rev.*, 1977, 77, 554 e ss.; SCHWARTZ A., *The case for specific performance*, in *Yale L.J.*, 1979, 89, 271 e ss.; LINZER P., *On the amorality of the contract remedies - efficiency, equity, and the second restatement*, in *Column. L. Rev.*, 1981, 81, 111 e ss.; YORIO E., *In defense of money damages for breach of contract*, *Colum. L. Rev.*, 1982, 82, 1365 e ss.; BOWLES R., *Diritto e economia*, Bologna, 1985, 189 e ss.; POLINSKY A.M., *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, 1986, 28 e ss.; POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-Londo, 1992, 117 e ss. V. anche, in Italia, TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 e ss.; ALPA G., CHIASSONI P., PERICU A., PULITINI F., RODOTA' S., ROMANI F. (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, 1998, 196 e ss.; COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 335 e ss.; PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 1978, 669 e ss.; COSENTINO F., *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988, 484 e ss.

²⁷² BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 27 e ss.

Parimenti, anche colui che ha già subito un inadempimento e intende agire per tutelare i propri diritti, si troverà di fronte ad un calcolo, dovendo stimare il “valore” atteso all’esito del procedimento giudiziario avviato contrapponendolo con i costi della relativa azione giudiziaria (primo fra tutti il rischio di perdere la causa ed essere condannato alle spese di lite). Si consideri che il “valore” del risarcimento oggetto di valutazione è certamente il risarcimento “oggettivo”, ma quest’ultimo, fino alla sua liquidazione finale, è solo virtuale, mentre la proiezione soggettiva del suo “valore” (vale a dire il “valore soggettivo” del risarcimento) non coincide necessariamente con il risarcimento che verrà infine liquidato dal giudice.

E’ evidente che, a differenza della concezione tradizionale, il risarcimento concepito da un punto di vista “soggettivo” è tutt’altro che certo, oggettivo e scientifico, ma al contrario imprevedibile, perché legato alla soggettività delle persone coinvolte – nonché ad altri fattori, quali le informazioni a disposizione di quest’ultime – e, come tale, variabile e altresì mutevole nel tempo.

Ulteriore elemento di incertezza era costituito dall'estrema discrezionalità di cui ha sempre goduto il giudice del lavoro²⁷³, che è stata al centro dell'introduzione della previsione, ad opera dell'art. 30 della L. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro) per cui «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» (comma 1²⁷⁴).

²⁷³ V., sul punto, MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 415 e ss.: «Il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso sia del licenziamento disciplinare sia di quello per giustificato motivo oggettivo. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro. [...] Di fronte a tali incertezze, la reazione delle imprese è quella di avvalersi di tutte le forme contrattuali temporanee (subordinate e non) che consentono di evitare il rischio derivante dalla conclusione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato».

²⁷⁴ Cui fa seguito il comma 3 del medesimo art. 30 della L. 183/2010 che prevede che «il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione». V., sul punto, CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, n. 114; FERRARO G., *Il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali*, in CINELLI M., FERRARO G., *Il contenzioso del lavoro. Nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 3 e ss.; TREMOLADA M., *Norme della l.n. 183/2010 in*

Se declinata in chiave di risarcimento quale “valore soggettivo”, la riflessione sul “valore” può spostarsi dalla prospettiva dei meri rapporti privatistici (dove le proiezioni sul “valore” atteso da un adempimento o da una azione giudiziaria sono appannaggio di privati, tra loro debitore e creditore) alla stessa attività normativa del legislatore.

La produzione di norme giuridiche che disciplinano la tutela di un determinato diritto patrimoniale traggono pertanto origine dall’attribuzione di un “valore” giuridico (inteso come intensità di tutela) a un determinato “valore” economico. A ben vedere anche la normazione sui diritti non patrimoniali ha dovuto affrontare il tema del “valore” degli stessi. Ciò è riscontrabile nella fase patologica dove il soggetto leso persegue giudizialmente un ristoro economico che compensi il disvalore cagionato da una lesione del proprio diritto non patrimoniale.

Spostare l’attenzione del legislatore sul “valore soggettivo” degli interessi in gioco significa bilanciare gli interessi in gioco, non solo da un punto di vista del “valore” giuridico dei diritti in questione ma anche da un punto di vista del relativo “valore” economico e monetario. Una valutazione dei valori economici in gioco potrebbe infatti condurre all’elaborazione di soluzioni rimediali contrapposte rispetto al risarcimento del danno in termini di danno emergente o lucro cessante.

Si può sostenere che un corretto esercizio dell’attività normativa a partire dall’analisi dei “valori soggettivi” potrebbe portare a un diritto che, lungi dal subire la realtà, la permea e modifica secondo le direttive scelte dal legislatore. Al contrario, un’analisi erronea dei “valori soggettivi” in gioco conduce a un diritto che subisce la realtà, o, si potrebbe anche dire, a un diritto senza “valore”.

Sotto quest’ottica, vale la pena riflettere sulle recenti innovazioni introdotte con riferimento ai modelli normativi di responsabilità datoriale previsti dall’art. 18 dello “Statuto dei Lavoratori” (l. 300/1970), l’art. 32 del c.d. “Collegato Lavoro” (L. 183/2010) e l’art. 24 della L. 223/1991, che hanno visto la graduale sostituzione del rimedio risarcitorio/reintegratorio (*rectius*, ripristinatorio) con quello indennitario.

Tale stagione è principiata²⁷⁵ con l’emanazione della L. 4.11.2010 n. 183 (c.d. Collegato Lavoro), la quale ha previsto che «nei casi di conversione del contratto a tempo

materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice, in MISCIONE M., GAROFALO D., *Il collegato lavoro 2010. Commentario*, Assago, 2011, 160.

²⁷⁵ Volendo escludere, per ragioni sistematiche e temporali, la tradizionale “tutela obbligatoria” prevista dall’articolo 8 della Legge 15 luglio 1966 n. 604, che utilizza anch’essa il rimedio di un’indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto. La graduazione di tale risarcimento, nella cornice risarcitoria così delineata, dipende inoltre da alcune circostanze (quali il numero dei dipendenti occupati, le

determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604»²⁷⁶.

Il nuovo sistema, che dunque associa il diritto del lavoratore al "risarcimento" alla percezione di una "indennità onnicomprensiva", ha subito suscitato molteplici dubbi nelle Corti per sospetta illegittimità costituzionale delle norme che prevedono la sostituzione di un "risarcimento pieno" con una "indennità" di misura inferiore.

In una prima pronuncia²⁷⁷, confermata dall'ordinanza del 3 maggio 2012²⁷⁸, la Corte Costituzionale, dopo aver ribadito che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)», ha chiarito che la normativa impugnata risulta, «nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione (vale a dire la sopra menzionata mora debendi – n.d.r.), né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno»²⁷⁹

dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti), difficilmente collocabili nell'ambito dei criteri tradizionalmente utilizzati per la quantificazione del risarcimento del danno *ex art.* 1223 e ss. cod. civ..

²⁷⁶ A ben vedere, una norma di contenuto analogo era stata introdotta dall'articolo 21 del D.L. 25.6.2008 n. 112, che aveva inserito l'articolo 4-*bis* del D. Lgs. 6.9.2001 n. 368, prevedendo che, con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, del D.lgs. n. 368/2001, il datore di lavoro fosse tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Tale disposizione è stata successivamente dichiarata incostituzionale con sentenza n. 214 del 2009, per violazione del principio di uguaglianza (non è qui la sede per soffermarci sulla similarità di contesti con quello attuale relativo al doppio binario di disciplina determinato dal *Jobs Act*).

²⁷⁷ Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 4, 1102.

²⁷⁸ Corte Cost., 3 maggio 2012, n. 112, in *Foro it.*, 2012, 6, I, 1633.

²⁷⁹ Si noti che la Corte riconosce peraltro un valore che avrà un'importanza fondamentale nel contesto del presente lavoro: quello la "predeterminazione del risarcimento del danno", che sembra configurarsi quasi quale un obiettivo da perseguire e, al contempo, un interesse del debitore (in questo caso il datore di lavoro), che altrimenti sarebbe esposto all'incertezza di un'esposizione risarcitoria aleatoria e incerta. Inoltre, riflettendo sulla "scomparsa" dell'*aliunde perceptum*, la Corte azzarda inoltre che «il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum*. Sicché, l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria». Conclusione di notevole rilevanza, se consideriamo che in un'unica sentenza, la

dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die”».

In tale contesto, il rimedio indennitario era inteso quale rimedio aggiuntivo rispetto a quello ripristinatorio della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e ciò conformemente a quanto sembrava emergere «dall'esame dei lavori preparatori» nei quali «la previsione della condanna al risarcimento del danno in favore del lavoratore» sembrerebbe essere «intesa "come aggiuntiva e non sostitutiva della suddetta conversione" (ordine del giorno G/1167-B/7/1-11 accolto al Senato della Repubblica innanzi alle commissioni I e XI riunite nella seduta del 2 marzo 2010)»²⁸⁰.

Che tale fosse la reale intenzione dei redattori del DDL è tutt'altro che pacifico²⁸¹, anche considerato il dibattito in Commissione e in assemblea circa l'opportunità di chiarire, come suggerito altresì da apposito emendamento, che l'indennità in questione avrebbe dovuto intendersi quale aggiuntiva e non sostitutiva del rimedio ripristinatorio²⁸².

Corte Costituzionale sembra voler spogliare di ogni dubbio di copertura costituzionale i due principali dogmi attorno ai quali si ritiene costruita la funzione della responsabilità (civile e contrattuale): il principio di integrale riparazione del danno, e la legittimità di una funzione – secondo i più – estranea all'ordinamento giuridico italiano: la funzione sanzionatoria. La limitazione del quantum risarcibile in caso di licenziamento illegittimo a un'indennità limitata è pertanto un'ipotesi di piena sostenibilità costituzionale, anche alla luce dei vincoli internazionali applicabili. Si veda, per tutti, l'art. 24 (Diritto ad una tutela in caso di licenziamento) della richiamata Carta Sociale Europea che si limita a sancire “il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione” mentre non menziona in alcuna maniera il diritto a un risarcimento pieno e corrispondente ai criteri dell'art. 1223 e ss. cod. civ.

²⁸⁰ Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 553.

²⁸¹ Come dimostra l'intervento del senatore Pietro Ichino nel corso della 345ma seduta pubblica del Senato della Repubblica del 3.3.2010, discussione sul DDL 1167-b: «Ancora peggiore è il pasticcio che avete fatto a proposito dell'articolo 32 sui contratti a termine, dove volevate sostituire la sanzione della reintegrazione e della conversione del contratto a tempo indeterminato ed invece avete aggiunto la sanzione indennitaria a quella precedente», in www.senato.it. La questione è stata risolta non già a seguito delle pronunce della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale chiamate a risolvere il dubbio interpretativo, quanto piuttosto, dall'atto di interpretazione autentica con cui il legislatore, all'art. 1, comma 13, della *Riforma Fornero* ha chiarito che l'indennità ristora per intero il pregiudizio del lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive.

²⁸² V. emendamento 32.31 al Testo DDL 1167-B/bis, con cui veniva chiesta l'introduzione della seguente dizione «5. Nei casi di conversione del contratto da tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. Tale indennità si intende aggiuntiva alla suddetta conversione», in www.senato.it.

Ad ogni modo, l'introduzione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, utilizzata quale strumento per risarcire il lavoratore vittima dell'inadempimento²⁸³ datoriale, ebbe l'effetto concreto di espungere dall'ordinamento giuslavoristico il rimedio del risarcimento del danno in ogni caso di «conversione del contratto a tempo determinato»²⁸⁴.

Se questo è stato l'effetto concreto della legge di riforma, ben più incisivo è stato l'impatto concettuale spiegato dall'utilizzo del rimedio indennitario al fine di intraprendere un processo di aggressione al "mito", quello delle continuità del rapporto di lavoro, sacrificato sull'altare della "monetizzabilità"²⁸⁵ di un inadempimento datoriale.

"Mito" completamente scardinato dalla riforma della disciplina dei licenziamenti ad opera della L. 92/2012 (c.d. *Riforma Fornero*) dapprima e della L. 183/2014 e relativi decreti attuativi (c.d. *Jobs Act*) poi.

Come noto, la riforma parte dal presupposto che l'art. 18 St. lav. produca effetti negativi sulle dinamiche occupazionali e quale risposta alle sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate del 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori»²⁸⁶.

Il disposto letterale del nuovo art. 18 della L. 300/1970, come risulta a seguito dell'entrata in vigore della *Riforma Fornero*, è stata tuttavia subito oggetto di pesanti critiche sotto il profilo della tecnica legislativa utilizzata.

²⁸³ Non è questa la sede per argomentare come l'atto di licenziamento illegittimo o comunque viziato debba essere assimilato, da un punto di vista civilistico, ad un inadempimento contrattuale di parte datoriale.

²⁸⁴ Sulla portata di tale norma v., da ultimo, Cass., 1 agosto 2014, n. 17540; Cass., 8 settembre 2014, n. 18861; Cass., 6 ottobre 2014, n. 21001, tutti in *Lav. Giur.*, 2015, 2, 172 e ss.; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1148, ivi, 2013, 5, 468 e ss..

²⁸⁵ In tali termini si esprimeva fin da subito da Franco Carinci, che ammoniva: «se si comincia ad intaccare quel mito, si sa da dove si parte, ma non dove si arriva, delineandosi, allo sbocco del tunnel, un art. 18 dello Statuto privato dei suoi attributi con questo o quell'adattamento in circolazione da tempo, sempre spinto sotto acqua, eppur sempre riemergente. Insomma è il fantasma della monetizzazione che finisce per biancheggiare anche sulla stabilità del posto di lavoro». V. CARINCI F., *Il Collegato...scollegato*, in *Giur. it.*, 2011, 11.

²⁸⁶ PERULLI A., SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, 132, 7 ss..

In primo luogo, è necessario ricordare che l'art. 1, comma 42, della L. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero) ha provveduto, in pratica, a riscrivere integralmente la disciplina previgente dei rimedi contro il licenziamento illegittimo²⁸⁷.

Come noto, l'obiettivo dichiarato della riforma era duplice, ossia quello di diminuire la flessibilità all'entrata del mercato del lavoro, riducendo il numero delle tipologie contrattuali utilizzabili e aumentandone le limitazioni, e quello di aumentare la flessibilità all'uscita, rendendo più agevole la disciplina sui licenziamenti²⁸⁸.

Da quest'ultimo punto di vista, l'obiettivo iniziale era quello di superare completamente il precedente sistema rimediale a tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, basato sulla contestuale duplicità, da una parte, del rimedio ripristinatorio della reintegrazione nel posto di lavoro associato, dall'altra, del risarcimento del danno commisurato alle mensilità di retribuzione globale di fatto dalla data del licenziamento sino alla data di reintegrazione nel posto di lavoro.

Tale superamento sarebbe dovuto avvenire per mezzo di una totale soppressione dei due anzidetti rimedi che avrebbero dovuto essere sostituiti da un rimedio indennitario forfettizzato, finalizzato da una parte a permettere la prevedibilità delle conseguenze del licenziamento e, dall'altra, al datore di lavoro di effettuare le proprie valutazioni economiche internalizzando il costo del licenziamento.

L'obiettivo, più o meno dichiarato, era dunque quello di istituire un sistema fondato sulla monetizzazione del licenziamento, e inquadrato nel contesto di una serie di misure sociali ispirate al modello di *flexicurity* danese²⁸⁹.

La creazione di un sistema rimediale interamente basato su una indennità forfettizzata raccoglieva evidentemente le istanze di una analisi economica del diritto dei contratti, volta al raggiungimento dell'obiettivo della prevedibilità, c.d. *forseeability*. A tal

²⁸⁷ CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, 2012.; CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013; CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013.

²⁸⁸ ICHINO P., *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule*, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 25, 1545 e ss..

²⁸⁹ FABRIZI V.E., PERAGINE V., RAITANO M., *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, op. cit., 49 e ss.

proposito, giova alla nostra analisi una breve digressione in tema di requisito "prevedibilità" nell'analisi economica del diritto²⁹⁰.

Il tema della prevedibilità è un tema ben noto negli ordinamenti di *common law* dove un'applicazione rigida del tralaticio principio di diritto sancito nel noto caso *Hadley v. Baxendale*, deciso nel 1854 dalla Court of Exchequer, prevede che la vittima di un inadempimento contrattuale possa ottenere il risarcimento di quei soli danni che costituiscono la conseguenza "normale" dell'inadempimento. Danni ulteriori possono essere risarciti solo se, al momento della conclusione del contratto, è ragionevole che fossero previsti da entrambe le parti quale conseguenza probabile dell'inadempimento²⁹¹.

La tematica è solo in parte recepita dall'ordinamento giuridico italiano che all'art. 1225 cod. civ. prevede che «se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione».

Tale "prevedibilità" è tuttavia tradizionalmente associata non già alle reali potenzialità di previsione del debitore al momento della conclusione del contratto, quanto piuttosto all'utilità attesa dal creditore, divenendo filtro di interpretazione del criterio di regolarità causale di cui all'art. 1223 cod. civ. che estende il risarcimento anche a tutte le conseguenze mediate e indirette dell'inadempimento.

Sotto un mero profilo di analisi economica del diritto, «il limite della prevedibilità consente al debitore di stabilire le possibili conseguenze dannose dell'inadempimento e

²⁹⁰ *Ex multis*, FAURE M.G., *Causal Uncertainty, Joint and Several Liability, and Insurance*, in K; ZIOL H., SPIER J. (eds), *Tort and Insurance Law, Liber Amicorum Pierre Widmer*, Vienna, 79; BARNES D.W., LYNN A.S., *Economic Analysis of Tort Law*, St Paul, 1992; CALABRESI G., *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven*, in *University of Chicago Law Review*, 1975, 43, 69; CELLI A.G., *Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases*, in *New York University Law Review*, 1990, 65, 635; COOTER R. D., *Torts as the Unions of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1987, 63, 522; LANDES W. M., POSNER R.A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, 1987; LANDES W.M., POSNER R.A., *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *Journal of Legal Studies*, 1983, 12, 109; EPSTEIN R.A., *Causation - in Context: An Afterword*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1987, 63, 653; SHAVELL S., *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, in *Journal of Law and Economics*, 1985, 28, 587; SHAVELL S., *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, 9, 463; POSNER R.A., *Epstein's Tort Theory: A Critique*, in *Journal of Legal Studies*, 8, 457; EPSTEIN R.A., *Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics*, in *Journal of Legal Studies*, 1979, 8, 477.

²⁹¹ COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 362 e ss..

di scegliere un adeguato livello di precauzioni»²⁹². Un sistema rimediale basato sul limite della prevedibilità è dunque, da questo punto di vista, un sistema efficiente poiché permette una migliore allocazione delle risorse.

Tuttavia, la chiave di lettura tradizionalmente fornita dell'art. 1225 cod. civ. sembra lontana dal raggiungimento delle finalità che il limite della prevedibilità si pone e, a ben vedere, anche del significato letterale della norma.

L'ostacolo principale ad una lettura "economica" dell'art. 1225 cod. civ. sembrerebbe essere ancora una volta costituito dal dogma della funzione reintegratoria della responsabilità. Infatti, «ritenere che la responsabilità del debitore debba essere proporzionata all'utilità normalmente conseguibile dal creditore [...] è incompatibile con la finalità di porre il danneggiato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato in caso di regolare esecuzione del contratto»²⁹³.

L'inadempimento espone dunque il debitore nell'ordinamento giuridico italiano ad un'alea di indeterminatezza che incide inevitabilmente sulla possibilità dello stesso di internalizzare il costo del proprio inadempimento, inibendogli valutazioni economiche che potrebbero condurlo a propendere per il c.d. "inadempimento efficiente".

Invero non manca chi ha tentato di ricostruire la ragionevolezza, sotto il medesimo profilo di analisi economica del diritto, di un ordinamento giuridico quale quello italiano che ripudia il limite della prevedibilità²⁹⁴.

Secondo tale orientamento, l'imprevedibilità delle conseguenze dell'inadempimento potrebbe costituire uno strumento di rafforzamento della funzione preventiva della responsabilità²⁹⁵: il debitore, infatti, che per lo più sarà un soggetto avverso al rischio preferirà investire in misure di sicurezza e prevenzione e comunque preferirà adempiere piuttosto che essere esposto ad un rischio indeterminato e difficilmente calcolabile.

Quale che sia la lettura più "efficiente" (e dunque opportuna, secondo una chiave di lettura economicistica), quel che conta in questa sede è che il legislatore del 2012 aveva

²⁹² COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 363, dove si aggiunge «il creditore, dal canto suo, può comunicare al debitore che l'inadempimento provocherebbe danni eccezionali e chiedergli di adottare precauzioni supplementari. L'art. 1225, quindi, dovrebbe incentivare la parte più informata a comunicare i dati necessari per una corretta allocazione dei rischi».

²⁹³ COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 363.

²⁹⁴ Fatto salvo, si intende, quello previsto dall'art. 1225 cod. civ..

²⁹⁵ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 82 e ss.

ben presente l'obiettivo di combattere l'estrema aleatorietà dei rimedi cui era esposto l'imprenditore che volesse efficientare il proprio organico con un piano di licenziamenti. Ciò detto, resta fermo il fatto che la riforma del diritto del lavoro è stata dirompente e ciò più sotto un profilo politico e giuridico che sotto un profilo economico, posto che le statistiche sugli effetti della Riforma Fornero sull'occupazione e il tasso di crescita dimostrano che non è certo una riforma dei licenziamenti a permettere lo sviluppo industriale oggi propugnato²⁹⁶.

Peraltro se quella che è stata appena descritta era evidentemente l'intenzione del legislatore giuslavorista all'inizio dell'attività legislativa del 2012, tale *intentio*²⁹⁷ originaria non si è tuttavia pienamente tradotta in un testo normativo in perfetta sintonia con gli obiettivi, essendo stata sacrificata sull'altare dei compromessi parlamentari e del dibattito politico la coerenza sistematica di cui godeva il disegno originario.

Il modello normativo di responsabilità datoriale che ne è risultato è un modello particolarmente complicato poiché composto da una molteplicità di sfaccettature che declinano differentemente la tipologia di rimedio applicabile in base alla tipologia di licenziamento (ad esempio, se discriminatorio, disciplinare o economico), nonché in base alla tipologia di vizio cui sarebbe affetto il licenziamento stesso²⁹⁸.

Anche per tale motivo, ossia per la asserita oscurità ed eccessiva complicatezza del testo di legge, la dottrina si è a lungo interrogata sulle reali intenzioni (*l'intentio*) del Legislatore²⁹⁹, finendo per promuovere l'intenzione del legislatore quale criterio di interpretazione predominante tra quelli di cui all'art. 12 delle "*Disposizioni sulla legge in generale*"³⁰⁰.

²⁹⁶ MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 423, secondo il quale «l'utilità di un intervento modificativo dell'art. 18 persegue una diversa finalità: quella che riguarda la qualità dell'occupazione. Qualità che risulta dall'equilibrato mix tra garanzie per chi presta il proprio lavoro e flessibilità per chi se ne avvale e che deve mirare, per quanto attiene all'occupazione ed alle sue forme giuridiche, al ridimensionamento del lavoro irregolare, prioritariamente, e, subito dopo, a rendere più attrattivo per le imprese il lavoro subordinato a tempo indeterminato rispetto alle varie tipologie contrattuali che consentono l'acquisizione di lavoro flessibile».

²⁹⁷ CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 5, in *WP C.S.D.L.E. M. D'Antona*, 2013, 172.

²⁹⁸ CARINCI F., op. cit.. In realtà, tale soluzione sembrerebbe solo una soluzione di compromesso rispetto all'intenzione originaria di declinare differentemente i rimedi applicabili sulla base della sola tipologia di licenziamento, riservando la reintegrazione nel posto di lavoro al solo caso di licenziamenti discriminatori o per motivi illeciti. V., sul punto, PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, 2013, 755.

²⁹⁹ PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 752 e ss.

³⁰⁰ V., sul punto, quanto espresso da CARINCI F., op. cit.: «Sia chiaro: l'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale", poste in testa al Codice Civile, rimane più che mai

E, infatti, da una parte si è effettivamente ottenuto il superamento del tradizionale sistema rimediale monolitico fondato sul duplice rimedio ripristinatorio e risarcitorio, di cui si ha traccia fin dalla sostituzione della rubrica dell'art. 18 da "Reintegrazione nel posto di lavoro" a "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo".

Dall'altra, invece che un sistema fondato sulla prevedibilità e sulla monetizzabilità del licenziamento, la Riforma Fornero ha determinato una frammentazione «del meccanismo unitario della reintegra in diversi segmenti in linea decrescente ..., [nonché] della categoria unitaria dell'illegittimità del licenziamento, modificando in conseguenza il procedimento giudiziale di controllo»³⁰¹.

Nel nuovo sistema istituito dalla *Riforma Fornero*, tale obiettivo è stato perseguito privilegiando un rimedio di contenuto economico (non propriamente risarcitorio) quale rimedio generale applicabile nella maggioranza dei casi di licenziamento viziato, relegando il rimedio reintegratorio (*rectius*, ripristinatorio) del rapporto di lavoro ai soli vizi più gravi, quali quello della nullità del licenziamento³⁰².

In tale modo, il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro, su cui si è tradizionalmente basata la c.d. "tutela reale" (ossia quella riguardante le imprese di maggiori dimensioni) sarebbe riservato solo ad ipotesi di "ingiustificatezza qualificata" del licenziamento³⁰³.

Entrando nel merito del nuovo sistema rimediale previsto dall'art. 18 della L. 300/1970, come modificato dalla *Riforma Fornero*, la prima tipologia di rimedio è quella prevista nei commi 2 e 3 comprensiva del tradizionale duplice rimedio da una parte della reintegrazione nel posto di lavoro e dall'altra del risarcimento del danno pari ad

fondamentale in un ordinamento democratico fondato sul primato del Parlamento: il senso da attribuire alla legge è "quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Ora, fermo restando che le "parole" costituiscono non solo il punto di partenza, ma anche il referente obbligato di tutto il percorso interpretativo c'è da ritornare sull'"intenzione del legislatore", per riconsiderare la classica distinzione fra un'intentio soggettiva consegnata ai lavoratori preparatori ed una ratio oggettiva incorporata in testi normativi a loro volta incardinati dentro ai rispettivi sistemi di appartenenza. Penso che in una stagione che si potrebbe battezzare con un'espressione alla moda di "diritto liquido", l'intentio riacquisti una sua importanza a scapito di una ratio così poco intellegibile da essere manipolabile a piacere. Specie se questa intentio è considerata nella prospettiva di una tendenza già esplicitata nella legislazione precedente, se pur non senza una qual certa discontinuità dovuta all'alternanza tra centro-sinistra e centro-destra al Governo».

³⁰¹ TULLINI P., *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove regole dopo la L. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (AGI), Ancona 26-27 ottobre 2012, Torino, 2013, 114.

³⁰² VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 14 e ss.; TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 39 e ss..

³⁰³ CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 5.

«un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», fermo restando che «in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto»³⁰⁴.

Tale rimedio è previsto nel caso di "nullità" del licenziamento, perché discriminatorio, intimato in costanza di matrimonio, in violazione dei divieti di licenziamento posti a tutela della maternità e della paternità o «perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile»³⁰⁵.

La seconda tipologia di rimedio è quella prevista nei commi 4 e 7 (quest'ultimo per rinvio al comma 4) comprensiva da una parte del tradizionale rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro e dall'altra di una «indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», fermo restando tuttavia che «in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto»³⁰⁶.

Tale rimedio è previsto nel caso di "annullabilità" del licenziamento nelle ipotesi in cui il giudice «accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»³⁰⁷.

Medesimo rimedio è applicabile, in virtù del richiamo operato dal comma 7 dell'art. 18, per quanto concerne il licenziamento economico intimato a fronte di un fatto manifestamente insussistente³⁰⁸.

³⁰⁴ Art. 18, secondo comma, della Legge 20 maggio 1970, n. 300. Trattasi della c.d. reintegrazione "piena", v. CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit.. A tal proposito, si noti come sia peculiare che il legislatore abbia accostato il rimedio del risarcimento a quello dell'indennità.

³⁰⁵ Art. 18, primo comma, della Legge 20 maggio 1970, n. 300.

³⁰⁶ Art. 18, secondo comma, della Legge 20 maggio 1970, n. 300. Trattasi della c.d. reintegrazione "attenuata", v. CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit..

³⁰⁷ Art. 18, quarto comma, della Legge 20 maggio 1970, n. 300.

³⁰⁸ Non è questa la sede per un approfondimento in materia, ma è necessario rilevare come la dottrina giuslavoristica abbia correttamente rilevato l'inopportunità della dizione di fatto "manifestamente" insussistente poiché i fatti, afferendo all'area del reale percepibile, o esistono ontologicamente o non esistono. Sul punto, v. NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593 e ss.; TATARELLI M., *Lavoratore con tutele differenziate in caso di*

In tali due casi di annullabilità del licenziamento, il rimedio scelto dal legislatore è, pertanto, quello duplice della reintegrazione³⁰⁹ nel posto di lavoro e dell'indennità risarcitoria.

Per quanto concerne quest'ultima indennità risarcitoria, si è argomentato che si tratterebbe non già di un rimedio indennitario o di un risarcimento forfetizzato ma di un risarcimento vero e proprio soggetto al limite massimo delle dodici mensilità. A sostegno di tale tesi, si è rilevato che la norma commisura il risarcimento al periodo intercorrente tra la data del licenziamento e quella dell'effettiva reintegrazione e prevede espressamente la detraibilità del c.d. *aliunde percipiendum* e dell'*aliunde perceptum*³¹⁰.

Il rimedio risarcitorio/indennitario previsto nel caso di specie sembrerebbe assimilabile a quello previsto dall'art. 32 L. 183/2010 (c.d. *Collegato Lavoro*), la cui compatibilità con i principi costituzionali è stata già avallata dalla Corte Costituzionale³¹¹.

licenziamento illegittimo, in *La Riforma del Lavoro*, Milano, 2012, 61; PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2.; VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. dir. it. lav.*, 2012, I, 630 e ss.; VALLEBONA A. (a cura di), *L'ingiustificata qualifica del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, 1.

³⁰⁹ o della relativa indennità sostitutiva di 15 mensilità di retribuzione mensile lorda, con risoluzione immediata del rapporto di lavoro e non soggette a contribuzione previdenziale.

³¹⁰ VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, cit., 60; PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 763.

³¹¹ Il punto sarà oggetto di specifica trattazione quando verrà affrontata la tematica dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva di cui all'art. 32 della L. 183/2010. In questa sede, basti anticipare che la legittimità costituzionale della monetizzazione del costo dell'inadempimento datoriale è stata già oggetto di vaglio costituzionale. In particolare, l'art. 32 della L. 183/2010 era stata sospettata di illegittimità perché ritenuta irragionevolmente riduttiva del risarcimento del danno integrale già conseguibile dal lavoratore sotto il regime previgente, sino a monetizzare, secondo il Tribunale di Trani, persino il diritto indisponibile alla regolarizzazione contributiva. La Corte Costituzionale, dopo aver chiarito che «la disciplina dettata dall'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183 del 2010 prende spunto dalle obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva», rileva che «in termini generali, la norma scrutinata non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Difatti, l'indennità prevista dall'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 va chiaramente ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E la stabilizzazione è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario». La Corte arriva a sostenere che l'indennità risarcitoria onnicomprensiva non si concretizza in una limitazione del risarcimento per il lavoratore poiché, da una parte, è idonea a coprire tutto il periodo intercorrente tra la data di risoluzione del rapporto e quella della riammissione in servizio e, dall'altra, il non ammetta la detrazione dell'*aliunde perceptum*. Si noti infine la posizione della Corte in tema di funzione della responsabilità datoriale: «Sicché l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria. Essa è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione. Con la conseguenza che la disciplina in esame, confrontata con quella previgente, risulta, sotto tale profilo, certamente più favorevole al lavoratore [...] Peraltro, questa Corte ha

Inoltre, il datore di lavoro è soggetto alla contribuzione previdenziale pena relativa al periodo di tempo intercorrente tra la data di licenziamento e la data di reintegrazione nel posto di lavoro senza applicazione di alcun massimale (e dunque non soggetta al limite dei dodici mesi)³¹².

Con l'esposizione dei rimedi applicabili ai vizi di "nullità" e "annullabilità" del licenziamento, di cui si è appena detto, termina l'esposizione delle fattispecie cui il "nuovo" art. 18 della L. 300/1970 ricollega un sistema rimediale ancora ancorato al duplice rimedio ripristinatorio e risarcitorio (seppure, nel caso della c.d. reintegrazione attenuata, il legislatore parli di «indennità risarcitoria»).

E' evidente tuttavia che i predetti casi di "licenziamento qualificato" rappresentino la minima parte dei licenziamenti intimati nella prassi, poiché fanno riferimento ai vizi più gravi - e statisticamente meno frequenti - di licenziamento.

In tali casi, il legislatore ha inteso persistere nell'applicazione di un sistema rimediale basato sull'incertezza del rimedio ripristinatorio/risarcitorio; incertezza che, come visto, ha come effetto indiretto quello di disincentivare il datore di lavoro dal prendere l'estrema decisione del licenziamento.

Il rimedio prescelto è un rimedio che, utilizzando una terminologia di analisi economica del diritto, è riferibile ad una *property rule*, riservata ai casi in cui il legislatore intende preservare un ordine prestabilito delle cose (solitamente a protezione di diritti fondamentali della persona)³¹³.

Viceversa, in tutti gli altri casi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, nonché in tutti i casi in cui il licenziamento economico

affermato a più riprese che “la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l’adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)». Infine, ciò che rileva particolarmente in questa sede è il giudizio che la Corte Costituzionale fa della disciplina attuale: «in definitiva, la normativa impugnata risulta, nell’insieme, adeguata a realizzare un adeguato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un’indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell’offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d’interruzione del rapporto fino a quella dell’accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die».

³¹² NICOLINI C.A., *Profili previdenziali del licenziamento illegittimo*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 336.

³¹³ SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, 521.

non sia manifestamente infondato (ossia laddove sussista la ragione economica del licenziamento, ma essa non avrebbe comunque giustificato l'esubero del lavoratore destinatario dell'atto di licenziamento), l'unico rimedio applicabile è quello dell'«indennità risarcitoria onnicomprensiva», dunque un rimedio riferibile ad una *liability rule*³¹⁴.

Come è stato efficacemente osservato, «una volta assodata la sussistenza del fatto, ciò è sufficiente a scartare l'applicazione della reintegrazione e condannare il datore di lavoro al pagamento dell'«indennità risarcitoria onnicomprensiva» nel caso in cui, ovviamente, non si riscontrino gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo»³¹⁵.

Tale tutela economica, che si accompagna alla declaratoria di risoluzione del rapporto di lavoro, è costituita, ai sensi dell'art. 18, settimo comma, della L. 300/1970, da una "indennità risarcitoria onnicomprensiva" determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità³¹⁶.

Da un punto di vista civilistico, è singolare l'utilizzo della terminologia di "indennità risarcitoria onnicomprensiva" speso dal legislatore, quasi a voler attribuire carattere risarcitorio ad un rimedio strutturalmente ancorato equiparabile a quello indennitario.

Ciò è desumibile, da una parte, dal fatto che l'indennità in questione è limitata entro un limite minimo e un limite massimo predeterminato e, dall'altra, dal fatto che la commisurazione della predetta indennità è determinata sulla base di criteri tutt'altro che riferibili a quelli del danno emergente e del lucro cessante di cui all'art. 1223 cod. civ.

Infatti, l'art. 18, comma 7, Statuto Lavoratori prevede che la suddetta indennità dovrà essere commisurata ai parametri previsti dall'art. 8 della L. 604/1966, ossia il numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.

Inoltre, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva non sembrerebbe essere esposta a limitazione in ragione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum*.

Infine, l'indennità sembrerebbe essere dovuta anche in mancanza di danno per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione³¹⁷, o per essere giunti a sentenza

³¹⁴ ICHINO P., *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule*, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 25, 1545 e ss.

³¹⁵ MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 415 e ss.

³¹⁶ c.d. indennità risarcitoria "forte". V. CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit..

³¹⁷ PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 766.

prima delle dodici mensilità che costituiscono il limite minimo della suddetta indennità risarcitoria.

L'indennità onnicomprensiva in questione assorbe ogni tipo di debenza del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, anche sotto il profilo della contribuzione previdenziale che dunque non è dovuta in relazione al periodo successivo alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Tale rimedio rappresenta il vero «nucleo forte della riforma»³¹⁸ e ciò non solo perché, nella prassi, è divenuto il rimedio applicabile nella maggior parte dei casi di licenziamento per motivi economici e che diventa il parametro utilizzato dalle imprese nelle valutazioni economiche riguardanti il possibile esubero di un determinato numero di lavoratori.

Esso è divenuto inoltre il punto di partenza per scardinare il sistema del risarcimento pieno previsto dal tradizionale sistema lavoristico che ancorava il rimedio risarcitorio alla reintegrazione nel patrimonio del lavoratore delle mensilità di retribuzione intercorrenti tra la data di licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro.

L'esclusione del rimedio indennitario puro ai casi più gravi di licenziamento economico, ossia quelli sopra menzionati relativi ai licenziamenti basati su fatti manifestamente infondati, ha costituito una sorta di compromesso raggiunto nel corso del dibattito parlamentare rispetto ad un disegno originario che prevedeva la «"monetizzabilità" completa del licenziamento economico, in riferimento alla capacità dello stesso di porsi come elemento di competitività dell'impresa nel mercato globale (e, dunque, implicitamente, di essere "elemento creativo" di nuova occupazione)³¹⁹.

Il cambiamento è radicale nel sistema giuslavoristico posto che fa venire meno in un solo colpo il rimedio della reintegrazione e il rimedio risarcitorio per la maggior parte dei casi, in un settore, quale quello del diritto del lavoro, dove immediatamente prima della riforma si sosteneva ancora che «se l'opzione risarcitoria risulta comunque prevalente su quella ripristinatoria si potrebbe dubitare della capacità dell'ordinamento

³¹⁸ V., sul punto, MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di CINELLI M., FERRARIO G., MAZZOTTA O., Torino, 2013, 251.

³¹⁹ PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 765, che tuttavia sottolinea come «è stato condivisibilmente osservato in proposito come tale convinzione non tenga conto della circostanza per cui l'andamento del mercato del lavoro è influenzato, prioritariamente, e prossocché esclusivamente, dal tasso di crescita del sistema economico-produttivo, sicché - come, del resto, è agevolmente intuibile e confermato dalle analisi economiche - solo una dinamica di crescita può determinare un incremento dell'occupazione, nonché, ancora, solo laddove la stessa crescita si fa costante nel medio lungo periodo si attenua, sino a scomparire, la problematica della precarietà».

lavoristico di apprestare adeguate protezioni ai diritti del lavoratore, persino a quelli fondamentali»³²⁰.

La dottrina giuslavoristica si è altresì interrogata circa la natura dell'indennità onnicomprensiva in questione, ma non è giunta a conclusioni univoche poiché una parte ha ravvisato la natura risarcitoria della stessa³²¹, mentre un'altra parte ne ha riconosciuto una valenza sanzionatoria³²².

La questione è particolarmente pregnante poiché permetterebbe di comprendere la valenza che deve assumere il rimedio lavoristico non solo nel sistema dei rimedi connessi alla responsabilità datoriale, ma anche più in generale nei confronti del paradigma della responsabilità civile.

In primo luogo, il meccanismo indennitario previsto dall'art. 18 della L. 300/1970 è in un certo qual modo assimilabile, da un punto di vista funzionale (non strutturale) al meccanismo negoziale della clausola penale.

Peraltro, anche nel caso della clausola penale la dottrina si è a lungo interrogata circa la funzione da assegnare alla stessa.

Da una parte si è infatti sostenuto che la clausola penale sia volta meramente a facilitare la liquidazione del risarcimento dei danni subiti dal cedente per effetto dell'inadempimento. In tal modo, la clausola penale assumerebbe una funzione meramente compensativa³²³.

A sostegno di tale interpretazione vi è un argomento che poggia sul criterio ermeneutico che si riferisce all'intenzione del legislatore (nella accezione sopra richiamata), posto

³²⁰ MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 6, 2007, 1188 e ss..

³²¹ CESTER C., *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale e nuova tutela indennitaria*, in CESTER C. (a cura di) *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 73.

³²² VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, 2012, cit., 56; MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, cit.; VALENTINI V., *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in PELLACANI G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 454.

³²³ DE CUPIS A., *Il danno*, cit., 520 e ss., che specifica che «l'ammontare del danno risarcibile, essendo una entità giuridica, può variare secondo i diversi criteri su cui si basa: ed uno di tali criteri può essere il riconoscimento legale dell'accordo delle parti. Quindi, che in base alla liquidazione convenzionale l'ammontare del danno risarcibile sia superiore a quello che sarebbe secondo i normali principi giuridici, non è di per sé sufficiente a far ritenere che si trascenda il risarcimento, che si evada la misura del danno risarcibile: il risarcimento è la prestazione, al danneggiato, di una somma di danaro corrispondente alla misura del danno, e tale misura può variare a seconda del criterio giuridico applicabile nella specie»; v., anche, BIANCA C.M., *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 232; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206; MESSINEO F., *Dottrina generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 131; DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, 208.

che la stessa Relazione al codice civile n. 632 aveva chiarito che «il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti ne abbiano convenuto il risarcimento integrale».

In realtà tale interpretazione sembrerebbe cadere alla luce del dato letterale della norma. Infatti, da una parte, il secondo comma dell'art. 1382 cod. civ. svincola la penale dall'onere di provare il danno subito e la rende esigibile anche nel caso in cui manchi un danno a carico del creditore; dall'altra, l'art. 1384 cod. civ. prevede quale parametro sulla base del quale fondare il potere di riduzione dal parte del giudice non l'entità del danno effettivamente subito dal creditore ma piuttosto l'«interesse che il creditore aveva all'adempimento»³²⁴.

Una seconda interpretazione, particolarmente rilevante, ai nostri fini, riconosce nella clausola penale la funzione di prevedere le conseguenze di un determinato inadempimento, tramite l'attribuzione al creditore vittima di un inadempimento contrattuale di un danno preventivamente forfetizzato³²⁵.

A tal riguardo giova richiamare il pensiero di De Cupis che ha affermato che «forfetizzato il danno risarcibile nella misura fissata nella clausola penale, entrambe le parti conoscono anticipatamente ed esattamente l'entità della conseguenza giuridica dell'inadempimento: il debitore sa a cosa l'esporrà l'inadempimento, il creditore conosce la misura del relativo risarcimento. E dopo l'inadempimento, è evitato ogni complicato calcolo e distinzione di danno diretto e indiretto, emergente e lucro cessante, prevedibile e imprevedibile; il creditore non ha l'onere di provare l'ammontare del danno subito, in base ai relativi criteri legali di determinazione e misura; non può conseguire un

³²⁴ BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006, 27 e ss. Uno degli aspetti su cui si sofferma l'opera di Baratella è quello relativo alla valenza costituzionale del potere cd. riduttivo del giudice. Secondo Baratella «detto potere sembra costituire manifestazione del principio costituzionale di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (di cui all'art. 2 Cost.), che in ambito negoziale postula il contemperamento di interessi antitetici, trovando compiuta espressione nel dovere di buona fede. Tanto conduce a configurare l'art. 1384 cod. civ. quale norma imperativa, inderogabile, non eccezionale, e, dunque, suscettibile di applicazione analogica, applicabile anche d'ufficio al giudice e, conseguentemente, sostenere la nullità del patto che, escludendo o limitando l'intervento giudiziale equitativo, deroghi a tale disposizione».

³²⁵ GHIRON M., *Della clausola penale e della caparra*, in D'AMELIO e FINZI (a cura di) *Commentario del codice civile. Obbligazioni*, Firenze, 1948, 537; CARRARO L., *Recensione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 189; SCOGNAMIGLIO R., Voce «Risarcimento del danno», in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969, 20; GORLA L., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, cit., 242; BIANCA C.M., *Diritto civile. La norma giuridica e i soggetti*, V, *La responsabilità*, Milano, 2002, 22.

risarcimento maggiore del convenuto, mentre il debitore non può eccepire l'inferiorità del danno realmente prodottosi»³²⁶.

Infine, si è sostenuto che la clausola penale abbia una valenza sanzionatoria, quale forma di assicurazione del rischio di inadempimento della prestazione, individuando nel debitore il miglior garante del proprio adempimento e ritenendo l'assunzione del rischio compensata dall'aumento dei costi a carico del creditore³²⁷.

Sebbene si tratti di meccanismi molto simili da un punto di vista funzionale, è evidente che la problematica relativa alla clausola penale sia solo in parte sovrapponibile con quella in discorso dei rimedi indennitari oggi previsti dall'art. 18 della L. 300/1970.

E, infatti, il modello della clausola penale è quello, per l'appunto, della clausola (*rectius* patto autonomo collegato) inserito in un contratto, ossia di un negozio bilaterale.

Differentemente, i rimedi di cui all'art. 18 della L. 300/1970 sono rimedi legali del tutto scollegati dalla volontà delle parti.

Ciò posto è allora opportuno chiedersi se le «indennità risarcitorie» previste dal nuovo articolo 18 della L. 300/1970 non rientrino nel novero delle "sanzioni civili" che caratterizzano precipuamente il settore giuslavoristico, al punto che è invalsa la convinzione che il diritto del lavoro costituisca un «sistema trasgressivo rispetto allo ius comune dei contratti»³²⁸.

Non è questa la sede per un esame approfondito delle sanzioni civili di matrice giuslavoristica. Tuttavia si consideri che un tipico esempio di tali sanzioni civili è il rimedio della c.d. conversione, ossia dell'automatica instaurazione di un rapporto di lavoro con il soggetto utilizzatore o destinatario della prestazione, nel caso di un contratto a tempo determinato concluso in violazione della disciplina prevista dal D.Lgs. 368/2001, della presunzione prevista dall'art. 69 del D.Lgs 276/2003 nel caso di contratto di collaborazione a progetto in cui non venga dedotto uno specifico progetto o, infine, dell'interposizione illecita di manodopera.

E' il caso, per ritornare al tema oggetto della presente indagine, dell'indennità sostitutiva della reintegrazione (prevista dal previgente disposto dell'art. 18, comma quinto, della L. 300/1970, e attualmente previsto nei menzionati casi di "licenziamento qualificato"

³²⁶ DE CUPIS A., *Il danno*, cit., 520.

³²⁷ PARDOLESI R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, 522; MATTEI U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 603; ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 163.

³²⁸ MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, cit., 1188 e ss..

che continuano a prevedere l'applicazione del rimedio ripristinatorio della reintegrazione nel posto di lavoro).

Ora, il lavoratore che veda accolta la propria domanda giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro può optare, in alternativa a questa, per l'indennità sostitutiva della reintegrazione pari a quindici mensilità di retribuzione globale lorda.

E' interessante notare come, in caso di opzione per tale alternativa, tale indennità sia dovuta indipendentemente dal fatto che il lavoratore abbia effettivamente subito un danno a fronte del licenziamento, oltretutto senza possibilità di poter dedurre l'*aliunde perceptum*; circostanze che denotano la chiara valenza sanzionatoria dell'indennità in questione³²⁹.

Il medesimo art. 18 prevedeva, e prevede tuttora, uno strumento assimilabile alla *astreinte* di matrice francese, seppur di applicazione residuale, nella parte in cui prevede che in caso di sentenza di reintegrazione del dirigente sindacale illegittimamente licenziato nel posto di lavoro, il datore di lavoro che non ottemperi alla predetta sentenza di reintegrazione è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

Gli esempi potrebbero continuare.

Ebbene, le «indennità risarcitorie» di cui al "nuovo" articolo 18 non sono assimilabili alla citata categoria per assenza di una vera e propria valenza sanzionatoria della stessa. A ben vedere, però, un certo carattere sanzionatorio è rinvenibile nelle predette indennità.

E ciò perché, ancora una volta, non è prevista la possibilità di detrarre dall'indennità risarcitoria l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* e poiché il *quantum* dell'indennità è stabilito non già in base al danno realmente subito dal lavoratore ma sulla base dei criteri di cui all'art. 8 della L. 604/1966, estranei al danno subito dal lavoratore.

Ciò posto, le indennità risarcitorie di cui all'art. 18 della L. 300/1970 godono di una valenza ulteriore che è quella che sopra si è chiamata la *intentio* originaria del legislatore e che pervade, a ben vedere la *ratio* stessa del nuovo sistema rimediale di tutela contro il licenziamento illegittimo, ivi incluso quello che emerge dai primi decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*.

Solo due anni e mezzo più tardi l'introduzione della Riforma Fornero, il Governo di Matteo Renzi è stato delegato dal Parlamento Italiano (Legge 10.12.2014 n. 183) a

³²⁹ MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, cit., 1195.

introdurre un nuovo sistema di *employment protection legislation*, da applicarsi alle sole nuove assunzioni, che - per lo meno per quanto riguardava i licenziamenti "economici" - avrebbe dovuto essere basato sul solo rimedio del pagamento di una indennità tra un minimo ed un massimo prestabilito, così escludendo il rimedio della reintegrazione. Con l'asserito fine di aumentare il livello di prevedibilità di tale nuovo sistema rimediale, il Jobs Act ha previsto che tale indennità debba essere liquidata sulla base del solo criterio dell'anzianità di servizio.

Tale nuovo sistema, implementato con la pubblicazione del D.Lgs. 4.3.2015 n. 23, è basato su una triplice combinazione di rimedi.

Per quanto qui rileva, i licenziamenti affetti dai vizi più gravi, seppur differentemente declinati, sono rimasti assoggettati a rimedi governati da una *property rule*, e in particolare dalla reintegrazione nel posto di lavoro e dal risarcimento del danno³³⁰.

Gli altri casi di licenziamento (con la sola, circostanziata, eccezione di cui si dirà) sono assoggettati interamente ad un sistema rimediale basato su una *liability rule* che prevede il pagamento, in ogni caso di licenziamento illegittimo, di una indennità (non soggetta a contribuzione) pari a due mensilità per ogni anno di servizio, e, in ogni caso, entro un limite minimo di quattro e massimo di ventiquattro mensilità.

Solo nel caso di un motivo "soggettivo" di licenziamento non supportato dal fatto materiale allegato a fondamento del licenziamento stesso, l'ordinamento oggi prevede l'applicazione della sopra menzionata *property rule* per i più gravi vizi di licenziamento.

³³⁰ Non è questa la sede per una digressione approfondita sul punto, ma vale la pena lanciare il dubbio che il risarcimento del danno, nella sua lettura (qui parzialmente confutata) di strumento di reintegrazione piena dello *status quo ante* del danneggiato, sia necessariamente uno strumento presente nel solo armamentario delle *liability rules* e non anche, seppur in casi più circoscritti, in quello delle *property rules*. Il risarcimento del danno calcolato sulla base dell'algoritmo legale di cui agli artt. 1223 e ss. cod. civ., infatti, è volto a ripianare integralmente il danno subito nella misura del danno emergente e del lucro cessante, con ciò implicando un'esposizione economica che mal si presta a costituire un "prezzo" dell'illecito. Infatti, se da una parte è vero che valori irrazionali e soggettivi (quali l'affezione o il particolare valore attribuito ad una cosa determinata) non rilevano ai fini della quantificazione del danno, è altresì vero che la composizione delle singole voci danno, patrimoniale e non patrimoniale, costituisce un ostacolo alla "prevedibilità" del "prezzo" cui il soggetto agente potrebbe essere esposto. Tale inidoneità ad una previsione dei costi attesi, a cui deve aggiungersi l'eccessiva durata dei processi civili italiani, impediscono di fatto al soggetto agente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano di poter porre in essere l'analisi costi-benefici da cui potrebbe scaturire la decisione di affrontare il "prezzo" della propria azione. Pertanto, da una parte, il richiamo alla funzione reintegratoria del patrimonio del soggetto danneggiato e, dall'altra, l'inidoneità dell'apparato risarcitorio italiano a predisporre un "prezzo" per l'aggressione altrui degli *entitlements* individuali, potrebbero evocare per giunta - a voler utilizzare la terminologia adottata da Calabresi e Melamed - la sussistenza di un rimedio di *property rule* volto a ricostituire l'ordine delle cose precedente alla violazione, al pari dell'inibitoria, delle restituzioni e della reintegrazione nel posto del lavoro.

In tal modo, è evidente che il Jobs Act abbia portato alle estreme conseguenze la rivoluzione culturale avviata dalla Riforma Fornero, andando ben oltre le intenzioni originarie del legislatore italiano del 2012.

Di fatto, da una parte, il nuovo sistema è interamente basato sul principio della prevedibilità dei costi del licenziamento³³¹. Ciò è dovuto non solo alla limitata esposizione del patrimonio del datore di lavoro entro un limite minimo e un limite massimo prestabilito, ma anche al fatto che l'anzianità di servizio diviene l'unico criterio per la liquidazione dell'indennità, mentre il precedente sistema si basava su criteri che lasciavano ancora ampio spazio alla discrezionalità del Giudice, con conseguente difficoltà di prevedere con sufficiente esattezza il "costo" del licenziamento.

Dall'altra parte, lo stesso sistema rimediale è previsto tanto per i licenziamenti "economici" quanto per quelli dovuti a motivi soggettivi, senza che sia chiarita la ratio di tale estensione della *liability rule* anche a casi, quali la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo, in cui il licenziamento non segue un processo decisionale guidato da un'analisi costi-benefici e pertanto la "prevedibilità" dei rimedi non ha - o non dovrebbe avere - alcun peso sull'estrema decisione datoriale.

Così ricostruito l'attuale sistema di responsabilità datoriale nel più ampio contesto di responsabilità civile italiano, è possibile svolgere alcune - seppur parziali, per evidenti ragioni di spazio e per l'estrema innovatività della materia - conclusioni.

Anzitutto, da un punto di vista prettamente privatistico (cui il diritto del lavoro non può ritenersi estraneo), è singolare il frequente utilizzo della terminologia di "indennità risarcitoria" (talvolta altresì definita come "onnicomprensiva") da parte del legislatore, quasi a voler attribuire carattere risarcitorio ad un rimedio che, al contrario, è strutturalmente equiparabile a quello indennitario.

La dottrina giuslavoristica si è altresì interrogata circa la natura dell'indennità in questione, ma non è giunta a conclusioni univoche, poiché una parte della dottrina ha ravvisato la natura risarcitoria della stessa³³², mentre un'altra parte ne ha riconosciuto una valenza sanzionatoria³³³.

³³¹ Sulla nuova riforma, v. CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)*, in *Lav. giur.*, 2, 2015, 113 ss..

³³² CESTER C., *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale e nuova tutela indennitaria*, in CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 73.

³³³ VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, 2012, op. cit., 56; MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, cit.; VALENTINI V., *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., 454.

La questione è particolarmente pregnante poiché permetterebbe di comprendere la valenza che deve assumere il rimedio lavoristico non solo nel sistema dei rimedi connessi alla responsabilità datoriale, ma anche più in generale nei confronti del paradigma della responsabilità civile.

Condivisibile o meno che sia, è evidente come l'approccio prescelto sia quello mutuato della *law and economics*³³⁴, che mira a sostituire il controllo giudiziario con un mero filtro monetario, conducendo «alla mera monetizzazione del recesso, come se il bene-lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologia a favore del rispetto della norma»³³⁵.

Ad ogni modo, è un fatto che l'indennità sia un rimedio che attinge a valutazioni di analisi economica del diritto, così permettendo al legislatore di distribuire e controllare gli incentivi del comportamento delle parti nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro, in una tensione che sembrerebbe muoversi verso una valenza organizzativa (più che reintegratoria) della responsabilità³³⁶.

A ben vedere, peraltro, il rimedio dell'«indennità risarcitoria» (o solo «indennità») è governato da regole di *liability rules* finalizzate, dunque, all'internalizzazione del costo dell'inadempimento, come avviene in altri settori del diritto civile dove il rimedio associato alla responsabilità è quello indennitario proprio per permettere al *wrongdoer* di aggredire il *property right* altrui pagandone il relativo prezzo.

L'apertura di un intero settore del diritto privato, da una parte, a un utilizzo della responsabilità non in senso necessariamente reintegratorio e, dall'altra, all'applicazione di una tecnica legislativa guidata dai principi di analisi economica del diritto permettono un'estensione interpretativa di queste scelte metodologiche.

Il nuovo modello di responsabilità datoriale, non potendo più dirsi eccezionale, apre ad esempio ad interessanti interpretazioni analogiche laddove la normativa si presenti

³³⁴ SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 521; ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro*, cit..

³³⁵ PERULLI A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, vol. 3/2012, 561-586. Tale monetizzazione sarebbe, a dire dell'Autore, opposta dalla giurisprudenza di legittimità italiana che, avendo viceversa valorizzato il rimedio ripristinatorio della reintegrazione previsto dal precedente disposto dell'art. 18 dello St. Lav. quale strumento di estrema coerenza sistematica con l'ordinamento giuslavoristico, anche sulla scorta degli artt. 1, 4 e 35 della Cost., ha ritenuto che viceversa il diritto del lavoratore «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola a al diritto a una somma». V, sul punto, Cass. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Orient. Giur. Lav.* 2005, 4, I, 894.

³³⁶ MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, cit., 21.

ancora lacunosa. Una simile lettura produrrebbe effetti dirompenti sul diritto del lavoro e, in generale, sul diritto privato italiano.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, a come questi ragionamenti possano spazzare via ogni dubbio circa l'applicabilità del rimedio indennitario in caso di contratti di collaborazione a progetto e somministrazione, e a come tale rimedio indennitario possa essere in via ermeneutica ritenuto applicabile ogniqualvolta l'ordinamento sembri aver fornito una *liability rule* e non già una *property rule*³³⁷.

Allo stesso modo, un'interpretazione economicistica dovrebbe condurre a riconoscere l'irragionevolezza - con le dovute conseguenze sul piano della legittimità costituzionale della norma³³⁸ - della previsione che estende i rimedi indennitari ai vizi dei licenziamenti per motivi soggettivi, poiché non vi è alcuna congruenza tra obiettivi della normativa (come emergono dai lavori preparatori e dal tenore letterale delle norme stesse) e il contenuto della stessa.

Sul piano del diritto privato, invece, è la concezione stessa del paradigma di responsabilità civile e della sua funzione ad essere intaccata, con conseguenze non solo teoriche, relative all'inquadramento civilistico dell'istituto, ma anche pratiche. Infatti, una concezione differente di responsabilità civile consentirebbe di superare i sopra citati ostacoli che la giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto di frapporre per evitare l'ingresso nell'ordinamento italiano di meccanismi rimediali che si discostassero dalla pedissequa applicazione del principio dell'integrale riparazione del danno.

Infine, passando da una riflessione concernente il sistema rimediale a una più generale del paradigma della responsabilità, riconoscere che interi settori del diritto privato possano recepire una differente declinazione del paradigma di responsabilità civile permetterebbe di impiegare i tratti più caratteristici di questi modelli normativi per interpretare la legge nei casi in cui essa non consenta di determinare con certezza un'applicazione pedissequa della responsabilità reintegratoria.

³³⁷ Interessante è sul punto l'opinione di chi, tra i primi commentatori della nuova normativa, ha sostenuto che stante il carattere eccezionale rivestito dal rimedio reintegratorio nell'ambito del nuovo sistema di *employment protection legislation* italiano, se ne deve desumere la sua inapplicabilità in tutti quei casi che non rientrano nell'ambito di applicazione espresso dalla norma (v. RADOCCIA S., POLLAROLI M., *Licenziamento ingiustificato e nuovo rimedio dell'indennità*, in *Guida al lav.*, 12, 2015, 20 ss.). Tuttavia, ad avviso di chi scrive, una lettura del sistema rimediale in chiave di *liability* e *property rules* permetterebbe di uscire dalla contrapposizione tra rimedio generale e rimedio eccezionale e di meglio definire l'ambito di applicazione delle due differenti tipologie di regole (e dei rispettivi rimedi).

³³⁸ Su tutti, v. D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit..

In altre parole, ciò che da ultimo preme sottolineare, è che le ultime riforme stiano emancipando il diritto del lavoro da una concezione meramente specialistica, fornendo così ad altri settori del diritto privato utili strumenti di interpretazione sistematica.

Che la nuova frontiera sia, dopo la commercializzazione del diritto privato, la sua “lavorizzazione”?

6. La prospettiva del diritto dei consumatori tra *property rules* e *liability rules*. Il diritto dei consumatori come diritto rimediale

Una riflessione sull’evoluzione della funzione della responsabilità civile, che faccia degli assetti rimediali il suo principale fulcro di indagine, non può non prendere in considerazione la prospettiva peculiare del diritto dei consumatori.

L'imprescindibilità di tale passaggio è di tale evidenza che non avrebbe neppure necessità di giustificazione. Ciononostante si richiamano di seguito le ragioni principali per le quali, ad avviso di chi scrive, il giurista che oggi volge la propria attenzione alla responsabilità civile non può evitare di cogliere la portata dirompente della riflessione consumeristica sull'interpretazione sistematica del paradigma della responsabilità civile³³⁹.

Anzitutto, il diritto dei consumatori³⁴⁰ è il banco di prova sul quale è principiata la sfida del diritto privato europeo e costituisce oggi il prototipo di un diritto privato nuovo, decontestualizzato da – e il più delle volte in evidente rottura con – le categorie

³³⁹ E ciò nonostante le remore di chi dubita che «*le forme di tutela affermatesi nella legislazione consumeristica*» possano «*essere "generalizzate" estendendone l'applicazione anche al settore della contrattazione individuale*». V. D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *I Rimedi*, Milano, 2006, 1004. V., anche la nota Cass., Sez. Un. 19 dicembre 2007 n. 26724, dove viene rilevato - ma l'ambito cui va ascritta la pronuncia è limitato a quello dell'idoneità delle regole di comportamento a integrare il rimedio dell'invalidità del contratto - che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». Il nostro pensiero è tuttavia che il percorso evolutivo della responsabilità civile cui oggi assistiamo non è comune solo alla legislazione consumeristica ma attraversa trasversalmente le discipline specialistiche del diritto privato, quando non lo stesso diritto civile (come è chiaro volgendo la propria attenzione sull'interpretazione di alcuni istituti di diritto proprietario).

³⁴⁰ Che rileverebbe, secondo alcuni (ma qui lo si contesta), alla stregua di un diritto “secondo”, costituito da «aggregazioni per materia caratterizzate o dalla creazione di istituti nuovi o dal volgimento di istituti generali a obiettivi specifici di *social engineering*», e con sopravvivenza degli istituti di diritto privato “generale” (laddove applicabili). V. CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., 354. V., anche, CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 397 ss.; diversamente, v. LIBERTINI M., *Alla ricerca del «diritto privato generale» (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 e ss..

giuridiche dei diritti nazionali, “invitati” quando non “costretti” a recepire istituti che il più delle volte entrano in collisione con il sistema giuridico di diritto interno, che ne esce pertanto integralmente mutato ed "europeizzato".

Esempi palesi dell'aurea di innovatività che promana dal nuovo diritto consumieristico risiedono nel *modus operandi* dello stesso legislatore europeo.

L'impostazione codicistica (di diritto italiano) del diritto dei contratti, ruota intorno ai tipi contrattuali, la cui disciplina è tuttavia costruita in linea di principio da norme dispositive che le parti, nell'ambito della propria autonomia privata, sono libere di modificare.

Viceversa, la “dialettica tipologica”³⁴¹ che caratterizza la legislazione consumeristica di diritto europeo è costruita intorno ad una parte generale, comune a tutte le tipologie di contratti (si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle clausole abusive, a quella sui contratti a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali, che costituiscono discipline comuni a qualsivoglia tipologia contrattuale), e dotato essenzialmente di norme imperative, inderogabili e indisponibili all'autonomia privata delle parti³⁴².

Il "nuovo" diritto dei consumatori che emerge dalla direttiva 2011/83/UE e dal D.Lgs. 21/2014³⁴³, pur apportando diversi elementi di innovazione al *modus operandi* del legislatore europeo (e, per effetto del recepimento della normativa europea, interno)³⁴⁴ non ha cambiato questa impostazione originaria, devolvendo solo in minima parte la disponibilità dei diritti consumatore all'autonomia contrattuale, e comunque solo in casi espressamente previsti dalla legge³⁴⁵.

³⁴¹ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 141.

³⁴² Osserva sul punto Mazzamuto, in MAZZAMUTO S., op. cit., 142: «sarebbe poco corretto guardare all'utilizzo imponente della tecnica della norma imperativa come ad un momento tout court di compressione dell'autonomia privata. Tale tecnica è infatti funzionale alla creazione di scelte consapevoli da parte del consumatore e dunque si candida, come per paradosso, a momento di esaltazione, piuttosto che di mortificazione, della libertà e dell'autonomia privata. La norma imperativa restituisce al soggetto debole (consumatore o imprenditore) quello spazio di libertà entro il quale si muove un'autentica autonomia del soggetto privato».

³⁴³ D.Lgs. 21.2.2014 n. 21 (in G.U., 11.3.2014 n. 58), *Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*.

³⁴⁴ Si pensi ad esempio a come, per la prima volta, il legislatore europeo abbia deciso di dettare una disciplina unitaria per ogni tipologia di contratto del consumatore, evitando la frammentazione della disciplina per tipologia contrattuale. V., sul punto, BATTELLI E., *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 3, 927 e ss..

³⁴⁵ L'art. 61, comma 1, D.Lgs. 21/2014, prevede ad esempio che, in tema di termine per la consegna del bene oggetto del contratto di vendita, «salva diversa pattuizione delle parti del contratto di vendita, il professionista è obbligato a consegnare i beni al consumatore senza ritardo ingiustificato e al più tardi entro trenta giorni dalla data di conclusione del contratto».

Il diritto privato europeo, forse proprio in ragione del suo essere un diritto posto a protezione di una parte debole del contratto³⁴⁶, ossia il consumatore (come è peraltro il lavoratore, nel diritto del lavoro), è dunque composto da un coacervo di norme imperative, non derogabili e peraltro irrinunciabili³⁴⁷.

Ma ciò che più conta, nell'ambito della presente riflessione, è che il diritto privato europeo è un diritto ben poco orientato alla definizione della "fattispecie" e volto viceversa all'elaborazione di un complesso e articolato sistema di rimedi che si pongono in rottura con le tradizioni giuridiche nazionali.

E, infatti, da una parte il diritto privato europeo sembra muoversi nel solco della c.d. "perdita della fattispecie", ossia è orientato a disciplinare gli effetti giuridici del verificarsi di una determinata situazione, rinunciando a descrivere nel dettaglio la fattispecie da cui quegli stessi effetti scaturiscono³⁴⁸.

Un diritto basato sui rimedi insomma, e su rimedi che, il più delle volte, poco o nulla hanno a che vedere con - ed anzi sconvolgono - il sistema di responsabilità civile italiano³⁴⁹: a volte mere facoltà o poteri (come ad esempio nel caso del recesso di pentimento del consumatore), a volte veri e propri rimedi, a volte tipizzati dal legislatore (come nel caso dell'indennizzo per la perdita di valore del bene utilizzato dal

³⁴⁶ Laddove la forza del professionista risiede, soprattutto (ma non solo), nella maggiore disponibilità di informazioni rispetto ad un consumatore che, per definizione, si trova in una situazione di asimmetria informativa.

³⁴⁷ Con un irrinunciabilità che va oltre quella dei diritti indisponibili dei lavoratori, essendo questi ultimi in grado di raggiungere accordi di transazione con rinuncia dei propri diritti inderogabili nelle forme previste dall'art. 2113 cod. civ.. V. art. 142, primo comma, D.Lgs. 206/2005, che prevede che «i diritti attribuiti al consumatore sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice».

³⁴⁸ Osserva sul punto De Nova, riflettendo sui nuovi interventi legislativi nel diritto dei contratti, che «l'interpretazione estensiva della normativa di tutela si collega con l'incertezza dell'ambito di applicazione dei nuovi interventi normativi. Il legislatore interviene ponendo limiti all'autonomia privata, con norme imperative. Ma invece di porre fattispecie ben delineate – come è necessario quando si pongono norme imperative – lasciando alla tecnica della frode alla legge di colpire i tentativi di elusione, detta disposizioni il cui ambito di applicazione è indeterminato, nella speranza che in tal modo nulla sfugga. Un esempio, cui abbiamo già accennato. Quando la legge sul credito al consumo definisce il contratto, non solo fa rientrare nella concessione di credito al consumo anche la dilazione di pagamento, ma fa rientrare ogni "analoga facilitazione finanziaria". Con il che l'unico limite è che la concessione di credito deve essere fatta ad una persona fisica. E dato che non è necessario che si tratti di credito finalizzato all'acquisto di un bene di consumo determinato, finisce per essere credito al consumo qualunque forma di agevolazione finanziaria a favore di una persona fisica: fosse pure un finanziamento in valuta straniera». V. DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 337.

³⁴⁹ DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341; MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 e ss.; MAZZAMUTO S., *La vendita di beni di consumo*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 879 e ss.

consumatore che esercita il recesso di pentimento), altre volte ricavati in via interpretativa (responsabilità contrattuale e non precontrattuale, sarebbe ad esempio - lo si vedrà in seguito più nel dettaglio - per la dottrina a oggi maggioritaria quella che scaturisce dalla violazione degli obblighi di informazione precontrattuale nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza³⁵⁰); in ogni caso i rimedi in questione si stagliano sul contesto italiano come punti di atipicità e contraddittorietà sistematica.

Si possono citare, a mero titolo di esempio di quanto si sta dicendo, le "nullità di protezione", che pur sono nullità nonostante esibiscano una serie di caratteri che contraddicono intimamente la categoria civilistica della nullità: ci si riferisce, ad esempio, alla legittimazione relativa riservata al solo consumatore, alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice ma nel solo interesse del consumatore e alla parzialità in quanto il contratto rimane efficace per il resto³⁵¹.

E si pensi, ancora, ai rimedi di garanzia in forma specifica previsti dal Codice del Consumo, in recepimento della direttiva 99/44, in caso di vizio di conformità dei beni

³⁵⁰ Sul punto, l'orientamento maggioritario, sembrerebbe oggi consolidato nel ritenere che gli obblighi legali di informazione costituiscano vere e proprie regole di condotta e che pertanto la loro violazione dia adito ad una responsabilità non già precontrattuale ma contrattuale, con risoluzione del contratto e risarcimento del danno. V., sul punto, VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1985, 116 e ss.; VETTORI G., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 e ss.; VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 e ss.; v., anche, ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2006, 368; SICCHIERO G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. impr.*, 2006, 368. La questione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica è oggetto di un mai sopito dibattito in dottrina e giurisprudenza poiché è la legge non indica espressamente il rimedio applicabile. In particolare, un primo indirizzo ritiene che gli obblighi di informazione attengano alla fase precontrattuale delle trattative e dunque all'ambito di applicazione dell'art. 1337 cod. civ. e della responsabilità precontrattuale (*ex multis*, v. GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 144; D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 159 e ss.). Un secondo orientamento ravvede nella violazione degli obblighi informativi, considerati quali norma inderogabile, la base per il rimedio della nullità relativa del contratto (orientamento perseguito da una certa, e oramai non più recentissima, giurisprudenza. V. *inter alia*, Cass., 15 giugno 1999, n. 5917 in *Giust. civ.*, 2000, I, 135, con nota di BALESTRIERI M., *La preordinata volontà di non pagare il corrispettivo come causa di nullità della compravendita*). Un terzo orientamento infine ravvede negli obblighi informativi uno strumento della formazione cosciente della volontà da parte del consumatore-contraente ed è quindi propenso a ravvedere nell'annullamento del contratto per vizio della volontà (in particolare, per errore) il rimedio applicabile al caso di contratto concluso in violazione dei medesimi obblighi informativi (*ex multis*, v. VISINTINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, 105 e ss.).

³⁵¹ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 228; PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 3 e ss.

oggetto di vendita di beni di consumo, rimedi che - oltre a discostarsi da quelli edilizi previsti dalla disciplina interna sul contratto di compravendita - non sembrerebbero impedire la tutela risarcitoria, avendo tacciato anzi un importante Autore di "apriorismo dei concetti" la tendenza giurisprudenziale a non riconoscere il risarcimento del danno in caso di assenza di inadempimento di un'obbligazione³⁵².

I rimedi sono insomma il terreno di elezione dal quale si sviluppa il diritto dei consumatori, che - nel novero dei diritti specialistici di cui si compone il diritto privato italiano - può essere definito un vero e proprio "diritto rimediale", figlio non già del diritto giurisprudenziale di matrice anglosassone ma del lavoro del legislatore europeo³⁵³.

La domanda che sorge dunque riguarda il motivo per il quale il diritto privato europeo dei consumatori ha prediletto la via dell'articolazione di un fitto e complesso armamentario rimediale, invece di definire con un maggior grado di precisione la scala di valori e diritti soggettivi meritevoli di tutela.

Nei paragrafi che seguono, si intende proporre - pur senza pretesa di esaustività - una (delle probabilmente molteplici) risposte a tale quesito.

In particolare, l'attenzione riposta sui rimedi sembra frutto di una precisa scelta legislativa di utilizzare il rimedio quale strumento di distribuzione di incentivi per i soggetti di diritto onde raggiungere un equilibrio volto all'abbattimento delle asimmetrie informative che degradano la posizione del consumatore nei confronti del professionista fintanto che tale abbattimento non risulti controproducente all'economia sociale di mercato di diritto europeo³⁵⁴.

³⁵² CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 3, 957 e ss..

³⁵³ LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1 e ss. Per una interessante prospettiva relativa al "diritto rimediale", v. GENTILI A., *Il diritto come discorso*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, 384.

³⁵⁴ Si pensi, ancora una volta, al caso del difetto di conformità, rispetto al quale l'art. 3 della dir. 99/44 «abilita il consumatore a domandare, in primo luogo, la sostituzione o la riparazione del bene e, solo qualora il ricorso a tali rimedi appaia impossibile o sproporzionato, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. In tale ambito, la funzione del rimedio non si esaurisce nel soddisfacimento di un bisogno di tutela, ma mira al perseguimento di una precisa idea di mercato in cui si incontrano gli interessi antitetici dell'impresa e del consumo. Il rimedio rappresenta, in altri termini, il mezzo del legislatore comunitario per perseguire gli obiettivi di politica legislativa di uno specifico settore economico». Così in MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 172.

Ma procediamo con ordine, verificando l'effettiva sussistenza di un'impronta economicistica, perlomeno di quell'analisi economica del diritto definita come "comportamentale" nel tessuto normativo del diritto privato consumeristico.

7. Segue. Il ruolo della *behavioural law and economics* nel diritto dei consumatori

Pochi ne parlano in questi termini³⁵⁵, eppure la responsabilità civile del (nuovo)³⁵⁶ diritto dei consumatori si presenta quale un mosaico di modelli normativi, tutti diversi tra loro, che traggono - consapevolmente o inconsapevolmente - la propria origine proprio da considerazioni di *behavioural law and economics*, come conferma, come visto sopra, l'istituzione di un diritto privato europeo di tipo "rimediale"³⁵⁷.

La prima di tali considerazione - che è comune non solo alla *behavioural law and economics* ma anche alle teorie dei valori che hanno riconosciuto l'opportunità di dare un seguito alle istanze di tutela dei consumatori (*rectius*, del c.d. "contraente debole"³⁵⁸), e che differenzia la lettura economicistica "comportamentale" dalla classica lettura di analisi economica del diritto³⁵⁹ - riguarda la consapevolezza che un intervento del legislatore è indispensabile al fine di livellare la distanza tra i contraenti che si erge ad ostacolo per l'esercizio dell'autonomia contrattuale nei rapporti tra professionista e consumatore³⁶⁰.

³⁵⁵ E quasi nessuno in Italia. V., recentemente e in contraddizione con l'impostazione tradizionale, SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *I Contratti*, 2008, 7, 723.

³⁵⁶ Il riferimento è al "nuovo" diritto dei consumatori, ossia quello di seconda generazione con esclusione di discipline, come quella del danno da prodotto difettoso, che oramai si radicano in un tessuto normativo e culturale non più speculare a quello attuale.

³⁵⁷ E' stato correttamente osservato, infatti, nel diritto privato europeo dei consumatori «il rimedio contrattuale, in tutte le sue sfaccettature, mira a coinvolgere il contratto e le parti nella realizzazione di un fine più ampio prefissato dal legislatore comunitario nell'ambito della sua policy del mercato». V. MAZZAMUTO S., op. cit., 172.

³⁵⁸ Ma, per semplicità, nel presente lavoro si farà sempre riferimento al "consumatore". V., sul punto, CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 831. Sulla questione del "contraente debole", in vario modo affrontata, v. ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 65 e ss.; DI MARZIO F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 215 e ss.; ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 e ss.; GITTI G., VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

³⁵⁹ Per la contrapposizione tra le due disciplina, si veda da una parte JOLLS C., SUNSTEIN C.R., THALER R., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stan. L. Rev.*, 1998, 50, 1471, e dall'altra POSNER R.A., *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, *Stan. L. Rev.*, 1998, 50, 1551.

³⁶⁰ Si tratta del c.d. *unequal bargaining power* di cui alla letteratura nordamericana. V., *ex multis*, KESSLER F., *Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contracts*, *Colum. L. Rev.*, 1943, 43, 629.

Il banco di prova su cui deve confrontarsi il diritto dei consumatori risiede, come noto nelle asimmetrie contrattuali. E' l'asimmetria contrattuale, infatti, il maggior punto di debolezza dei consumatori a vantaggio del professionista, che tutto sa (o può sapere) dei prodotti che offre e degli strumenti giuridici a sua disposizione nonché degli strumenti contrattuali che, il più delle volte, esso stesso predispone³⁶¹.

Ed è l'asimmetria contrattuale che il legislatore cerca in tutti i modi di sconfiggere con la previsione di un accurato sistema di obblighi di informazione, che ha fatto sorgere - qui, come è accaduto nel caso degli obblighi informativi relativi agli strumenti finanziari - il dubbio interpretativo se costituiscano regole di validità o, piuttosto, di comportamento³⁶².

Ma prima ancora di raggiungere questo punto - che verrà superato da una distinzione a nostro avviso ancora più pregnante, ossia quella tra *liability rules* e *property rules* - è necessario comprendere perché, alla luce degli approdi della *behavioral law and economics*, il mercato non è in grado di collocare spontaneamente il consumatore in una posizione di parità (negoziale, si intende) con il professionista.

Tentando di puntualizzare il dibattito sorto sul punto, si può riconoscere come la *behavioral law and economics* ha convincentemente dimostrato che, a differenza di quanto sostenuto dalla letteratura economicistica tradizionale³⁶³, da una parte il consumatore che prende decisioni fallaci non è in grado di imparare dagli errori commessi e, dall'altra, il professionista non è incentivato a "educare" il consumatore e a correggere gli errori che quest'ultimo commette³⁶⁴.

³⁶¹ MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1 e ss.; CAMARDI C., *Contratti di consumatore e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 569.

³⁶² Di recente, v. CORRIAS P., *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in MAFFEI D. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, *Quaderno Giuffrè di Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, 2014, 173 e ss.; M. INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 213 ss.; SEMERARO M., *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, cit.; LA MALFA V., *Alcuni spunti di riflessione a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 3459 del 18 settembre 2013 in tema di strumenti finanziari derivati*, cit.; CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati finanziari*, cit., 56 e ss.; BARCELLONA M., *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una « definizione »*, cit., 541 e ss.; GIRINO E., *Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter*, cit., 794 e ss..

³⁶³ EPSTEIN R.A., *Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections*, 73 *U. Chi. L. Rev.*, 2006, 111.

³⁶⁴ BAR-GILL O., *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, 2007, 7, 17.

La disparità negoziale di cui soffre il consumatore pesa in termini di minore efficienza del mercato e di perdita secca subita non solo da ogni singolo consumatore ma anche, preso come dato aggregato, sulla società intera, sulla quale ricadono, in ultima istanza, anche le esternalità dovute alle distorsioni distributive generate dagli errori dei consumatori³⁶⁵.

E' questo il motivo per cui il consumatore, pur "sbagliando" - naturalmente o perché indotto in errore dalla condotta precontrattuale del professionista -, necessita di un armamentario rimediale a propria tutela. E' questo, ancora, il motivo per cui il consumatore, pur essendo la parte in errore, non può essere considerato il *least-cheap avoider* nel rapporto contrattuale con il professionista.

In un rapporto negoziale asimmetrico, infatti, non trovano appiglio le considerazioni economicistiche volte a individuare nella parte in errore il *least-cost avoider*, sulla base dei due assunti (senz'altro validi nei rapporti negoziali "simmetrici") secondo i quali, da una parte, i rimedi posti a tutela della parte in errore disincentiverebbero la parte non in errore dall'avviare le trattative e, al contempo, la parte in errore stessa dall'adottare le massime precauzioni per evitare l'errore.

Come è stato correttamente osservato, quando la parte non in errore è a conoscenza dei possibili errori della controparte contrattuale (come avviene nel caso del professionista quando avvia una trattativa individuale con un consumatore), è la parte non in errore - e non già quella in errore - ad essere il *least-cost avoider*³⁶⁶.

Appurato che una regolamentazione a tutela del consumatore è necessaria, il punto è quello di comprendere quale sia la legislazione più opportuna (non volendo utilizzare la, oramai troppo politicizzata, dizione di "efficiente") a raggiungere tale obiettivo.

A ben vedere, il ventaglio di soluzioni di derivazione europea non si discostano troppo da quelle, di età più avanzate, trovate dalla legislazione consumeristica nordamericana, riconducibili in sostanza a due tecniche legislative: quella della proibizione, con diverse

³⁶⁵ BAR-GILL O., *Consumer Contracts*, cit., 7, 17.

³⁶⁶ KRONMAN T., *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract*, in 7 *J. Legal Stud.*, 1978, 1, 4-5. V. anche per un commento critico sulla necessità e le difficoltà di un intervento legislativo, BECHER S.I., *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That is Yet to be Met*, in *American Business Law Journal*, 45, 2008. In particolare, l'Autore si concentra sul mercato dei c.d. SFC (*Standard Form Contracts*), che il consumatore non può negoziare in quanto predisposti preventivamente e unilateralmente dal professionista, cosicché la protezione del consumatore non può che spostarsi sul piano del consenso informato quale pre-requisito per la formazione del contratto

gradazioni, di un determinato regolamento contrattuale e quello dell'imposizione di un obbligo di *disclosure*³⁶⁷, la cui violazione dà adito all'applicazione di diversi rimedi.

Ebbene, l'indagine sulla natura di tali strumenti legislativi, necessaria tra l'altro anche al fine di comprendere la tipologia di rimedi che a questi possono essere ricollegati, ha dato luogo ad una molteplicità di catalogazioni, di cui qui si può dare atto solo in minima parte.

Anzitutto, rileva la distinzione tra tutela procedimentale (ossia quella volta a sindacare la forma dei contratti conclusi tra professionista e consumatore) e tutela sostanziale (volta, viceversa, a sindacare il contenuto degli stessi), che richiama la distinzione nordamericana tra *substantive* e *procedural unconscionability*³⁶⁸. Talvolta le due tecniche sono perfino utilizzate dal legislatore consumeristico nell'ambito della medesima disciplina, come accade ad esempio nel caso delle regolamentazione sulle clausole abusive, sempre "vessatorie"³⁶⁹ quelle di cui alla *black list* prevista dall'art. 36, comma 2, D.Lgs. 206/2005 (Codice del Consumo), altrimenti gradatamente sottoposte al giudizio di abusività (art. 33, comma 1, e 32, comma 2, del medesimo Codice del Consumo)³⁷⁰.

E, ancora, rileva la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, distinzione che ha già fatto spendere fiumi d'inchiostro a dottrina e giurisprudenza senza raggiungere - e, a ben vedere, senza poter raggiungere - un reale punto di arrivo in tema di rimedi ricollegabili alle une piuttosto che alle altre³⁷¹.

³⁶⁷ BECHER S.I., *Asymmetric Information in Consumer Contracts*, cit., 2008; CAFAGGI F., MICKLITZ H.W., *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*, in *EUI LAW Working Paper*, 2007, 22.

³⁶⁸ EISENBERG M.A., *The Bargain Principle and its Limits*, *Harv. L. Rev.*, 1982, 95, 741; HILLMAN R.A., *Debunking Some Myths About Unconscionability: a new Framework for U.C.C. Section 2-302*, *Cornell L. Rev.*, 1981, 67, 1; LEFF A.A., *Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause*, 115 *U. Pa. L. Rev.*, 1967, 485.

³⁶⁹ *Rectius "abusiva"*. Sul "pasticcio linguistico" del legislatore che ha recepito la dir. 93/13 sulle clausole abusive, v. CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 5 ss..

³⁷⁰ SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori*, cit., 723.

³⁷¹ La letteratura sul punto è sconfinata. V., *ex multis*, D'AMICO G., voce «Nullità non testuale», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, 798 e ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, cit., 599; D'AMICO G., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 37 e ss.; D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 148 e ss.; VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 79; PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 156 e ss.; di recente, particolare la posizione di PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, 2013. In linea di principio, per quanto qui rileva, basti ricordare che le regole di validità riguardano la struttura del contratto e stabiliscono le condizioni affinché quest'ultimo possa essere considerato come efficace e vincolante tra le parti. Esse traggono

E allora, piuttosto che perseverare su una distinzione che, pur essendo radicata nella tradizione giuridica italiana, è risultata inidonea a spiegare i reali meandri entro cui si muovono le disposizioni dei c.d. "diritti secondi", una valida alternativa ermeneutica sembrerebbe proprio derivare dall'utilizzo delle categorie dell'analisi economica del diritto, ben più idonee a spiegare meccanica e finalità del responsabilità civile consumeristica.

Si fa riferimento, ancora una volta, alla distinzione di Calabresi e Melamed tra *property rules* e *liability rules*³⁷², distinzione che, vertendo sui rimedi e non già sulle fattispecie da cui queste originano, sembra maggiormente adeguata a spiegare realmente il nuovo assetto della disciplina consumeristica.

origine da logiche di politica legislativa e devono pertanto essere costituite da ipotesi immediatamente deducibili dalle disposizioni normative. Le regole di comportamento, invece, sono desumibili in via interpretativa dal principio di correttezza, il quale si pone come clausola generale aperta e flessibile. Il principio di autonomia, che caratterizza la non interferenza strutturale tra le due categorie di norme, si riflette altresì sull'incomunicabilità delle stesse norme dal punto di vista dei rimedi esperibili a seguito di violazione delle stesse, tale per cui laddove si applichi il rimedio della nullità non può aversi quello della responsabilità, e viceversa. Ebbene, tale rigorosa distinzione su cui si fonda tradizionalmente la delimitazione nel raggio di azione delle due categorie di norme è tutt'altro che ben definita, e ciò ha dato adito ad un copioso dibattito dottrinale, che invero ha dovuto prendere atto della difficoltà di individuare caratteri distintivi chiari e definiti delle due categorie di norme, per una serie di ragioni. Anzitutto, regole di validità e regole di comportamento non sono rinvenibili in elenchi di norme individuabili a priori, ma, al contrario, l'appartenenza di una determinata norma alla prima piuttosto che alla seconda categoria dipende dall'interpretazione delle stesse con l'ausilio dei criteri ermeneutici ordinari. Inoltre, i modelli normativi della responsabilità e della nullità traggono origine da disposizioni normative che si avvalgono dell'utilizzo di clausole generali. Ciò vale, anzitutto, per il «*danno ingiusto*» di cui all'art. 2043 cod. civ., che dottrina e giurisprudenza hanno interpretato alla stregua di una vera e propria clausola generale, idonea a tutelare tutta una serie di situazioni giuridiche riconducibili a diritti e interessi di matrice costituzionale, nonché per il principio generale di buona fede e correttezza durante le trattative e la formazione del contratto di cui all'art. 1337 cod. civ., su cui si fonda il modello della responsabilità precontrattuale. Ma ciò vale anche per lo spessore delle c.d. nullità virtuali, come definite dal primo comma dell'art. 1418 cod. civ. che prevede che «*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*». Tale inciso è stato infatti interpretato dalla dottrina maggioritaria quale una riserva di legge, la quale tuttavia, in tutti i casi in cui la legge non prevede espressamente il ricorso ad un rimedio incompatibile con la nullità, è soggetta ad un'opera di interpretazione, sulla base della finalità e dell'organicità dell'ordinamento. D'altra parte, la già complessa problematica è oggi complicata dall'intervento del legislatore europeo che, introducendo modelli normativi finora sconosciuti al panorama giuridico italiano, complica ulteriormente la problematica distinzione tra i due tipi di regole. Si pensi, ad esempio, alla categoria generale della «*buona fede*», cui è fondato il sistema di responsabilità precontrattuale viene utilizzata anche dalla disciplina sui contratti del consumatore di derivazione europea sulle clausole abusive, ossia dall'art. 33, co. 1 cod. cons., già art. 1469-*bis* cod. civ., che sancisce per l'appunto la nullità (relativa) delle clausole abusive. E qui ci si deve interrompere, non essendo questo né il tempo né il luogo di approfondire ulteriormente la questione.

³⁷² CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability; One View of the Cathedral*, cit., 1089.

In Italia, chi ha già utilizzato questa chiave di lettura ha ritenuto di voler cogliere nella *property rule* una logica di tipo procedimentale e nella *liability rule* una logica di tipo contenutistico³⁷³, giungendo a concludere che la prima sarebbe preferibile quando i costi di contrattazione esplicita siano bassi, e la seconda quando viceversa l'ottenimento del consenso risulti troppo costoso³⁷⁴.

In questa sede, si intende perseguire tale principiata opera di mutazione degli strumenti offerti dalla letteratura economicistica per cercare di raggiungere una prima (seppur sommaria) conclusione sulle modalità di utilizzo delle tecniche legislative da parte del legislatore europeo (e nazionale di recepimento), per comprendere l'attuale stato del sistema e tentare così di fornire degli strumenti interpretativi utili alla risoluzione dei problemi ancora aperti, nonché - si ritiene - utili a interpretare l'intero paradigma della responsabilità civile.

Tanto premesso, un esame dei principali rimedi - e, siamo costretti, ai nostri fini, ad assumere una nozione molto ampia di "rimedio", quale strumento a tutela dell'effettività di una regola giuridica³⁷⁵ - previsti dal (nuovo) diritto dei consumatori permette di comprendere la direzione verso cui è oggi orientato l'intero settore consumeristico.

8. Segue. Le nullità di protezione: *property rules* a tutela dei consumatori?

Sotto tale prospettiva si può principiare con l'esaminare le disposizioni che prevedono le c.d. "nullità di protezione" in favore dei consumatori, e in particolare l'art. 36, comma 3, del Codice del Consumo³⁷⁶.

³⁷³ Tale opera di confronto era in realtà già stata effettuata nella letteratura nordamericana. V. CRASWELL R., *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, U. Chi. L. Rev., 1993, 60, 1.

³⁷⁴ SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, cit., 728. In particolare, secondo l'Autore, «nel caso in cui viga una *property rule*, ossia una regola che imponga determinate modalità di contrattazione perché l'accordo possa dirsi validamente raggiunto, il professionista che voglia far valere il contratto o la singola clausola, deve ottenere il pieno consenso del consumatore perché la clausola sia valida; più precisamente, deve contrattare con il consumatore secondo le modalità che l'ordinamento ritiene appropriate per definire acquisito il consenso di quest'ultimo. [...] Nel caso di una *liability rule*, al contrario, è l'ordinamento a stabilire ciò che è ragionevole. Se una clausola è ritenuta ragionevole in base ad un esame del suo contenuto, non si apre un sindacato sulla stessa con riferimento alla modalità di raggiungimento dell'accordo: per il professionista non è necessario, in questo caso, contrattare secondo modalità che siano sintomatiche, a giudizio dell'ordinamento, di un accordo effettivo tra le parti, ma occorre solamente porre in essere clausole "ragionevoli"».

³⁷⁵ Coerentemente al brocardo latino per cui *ubi ius ibi remedium, ubi remedium ibi ius*.

³⁷⁶ V., però, SIRENA P., ADAR Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 360, dove gli Autori sostengono che non si verta di rimedi nel caso di nullità delle clausole abusive, collocando quest'ultima - sulla scorta dell'insegnamento di Natalino Irti - nel solco

"Nullità" dunque che, in quanto tali, andrebbero ricondotte all'alveo dei rimedi di *property rules*, ossia di quelle regole volte al mantenimento dell'ordine prestabilito delle cose³⁷⁷.

"Nullità" che però, indipendentemente dai recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, è ancora dubbio che possano rientrare *de plano* nell'alveo delle nullità civilistiche o in quello delle nullità "relative" di matrice europea, anche in ragione del tenore letterale della norma³⁷⁸ che certo non è immune da problematiche (e distorsioni) interpretative riferendosi ad una nullità che «*opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*»³⁷⁹.

Tema tanto controverso quanto denso di conseguenze interpretative³⁸⁰, come dimostra l'indecisione giurisprudenziale e dottrinale circa il tema, processuale, relativo alla rilevabilità d'ufficio della nullità stessa³⁸¹ (nonché circa il fatto che tale rilevabilità costituisca un obbligo³⁸² o piuttosto una facoltà³⁸³ per il giudice) o il tema circa la possibilità per il consumatore di convalidare il negozio nullo³⁸⁴ e quello, sostanziale dogmatico, relativo alla natura della nullità in questione, se volto a proteggere l'interesse sia del professionista sia del consumatore, del consumatore o, infine, del consumatore e, con esso, lo stesso interesse generale³⁸⁵.

delle sanzioni civili. V. IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impr.*, 1987, 541 e ss.. Il tema è comunque irrilevante ai fini del presente contributo, volto a testimoniare l'ingresso di una nuova funzione del paradigma di responsabilità civile e non già a delimitare la nozione di rimedio.

³⁷⁷ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 114.

³⁷⁸ La dottrina è abbastanza univoca nel riconoscere nell'art. 36, comma 3, Codice del Consumo la disposizione generale sulle "nullità di protezione". V., sul punto, PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"*, in *Contratti*, 2012, 878; SPOTO G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, 153.

³⁷⁹ V., da una parte, GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 205; GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 425 e ss; dall'altra NUZZO M., *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, 234; VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 575 e ss.

³⁸⁰ Sul punto, *ex multis*, v. GENTILI A., *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 4, 79 e ss.; PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., 3 e ss.

³⁸¹ V., per una raccolta della letteratura sul punto, FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche Giuridiche*, 2013, 2, 584 e ss..

³⁸² Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, Case C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*, in GUCE, C 326, 30 dicembre 2006.

³⁸³ Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C 240/98 e C 244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, 2000, 4941, punto 25; in seguito, Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, C 473/00, *Cofidis*, *Racc.*, 2002, 10875.

³⁸⁴ Sul punto, v. PAGLIANTINI S., op. cit., 15 e ss.

³⁸⁵ ALBANESE A., *Non tutto ciò che è « virtuale » è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, 551.

A ben vedere, comunque, - e qui si arriva al punto che interessa ai fini del presente contributo - anche alla luce della recente interpretazione condotta sul punto dalla giurisprudenza europea³⁸⁶ ed italiana³⁸⁷, la peculiarità della nullità di protezione è, in ultima istanza, quella di essere una nullità parziale per definizione³⁸⁸.

Essa, infatti, costituisce uno strumento funzionale alla correzione e non già alla distruzione del contratto³⁸⁹, come è invece, per definizione, lo strumento della nullità civilistica. «Dimensione» - è stato correttamente affermato³⁹⁰ - «che si attaglia bene ma esclusivamente ad un rimedio destinato a valutare non i presupposti e gli elementi "strutturali" ma gli esiti, gli effetti sul contratto, della determinazione pattizia scrutinata e dunque destinato ad operare inevitabilmente con una valutazione *ex post*, che deve inverarsi nel concreto di quell'assetto contrattuale».

L'art 6, comma 1, dir. 93/13³⁹¹, recepita dall'art. 36, comma 3, Codice del Consumo³⁹² sancisce, infatti, il principio per cui il giudice, che è parte terza rispetto agli interessi in gioco, è incaricato di salvaguardare la tenuta del regolamento contrattuale, nei limiti in cui ciò è possibile, espungendo da esso il dettato delle clausole abusive.

Ciò premesso, seppur in termini necessariamente ridotti data l'estrema ampiezza e complessità del tema, si può tornare alla distinzione originaria tra *property rules* e *liability rules*, chiedendoci se, appurate le peculiarità di cui godono le nullità di protezione rispetto alle nullità civilistiche, le prime possano, al pari delle seconde, afferire sempre e comunque all'alveo delle *property rules*.

Se spiegata in termini di nullità parziale finalizzata alla salvaguardia del regolamento contrattuale, la nullità di protezione risulterebbe infatti godere non già della natura di

³⁸⁶ Il riferimento è alla (sia pur stringata nelle motivazioni) sentenza *Pannon. V.*, Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. E.S. Györfi*.

³⁸⁷ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014; Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012 n. 14828, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 1, 15, con nota di SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*.

³⁸⁸ ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. Dir. Priv.*, 2014, 4, 1141 e ss.

³⁸⁹ SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 487.

³⁹⁰ ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., 1141.

³⁹¹ Art. 6, comma 1, dir. 93/13: «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

³⁹² Art. 36, comma 3, Codice del Consumo: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto».

rimedio volto a tutelare l'ordine prestabilito delle cose (come sarebbe se invece il rimedio fosse sempre e comunque quello della nullità totale, idoneo a spazzar via ogni effetto del contratto concluso tra professionista e consumatore), ma di quello di una *liability rule*, volta viceversa ad accollare sul soggetto "responsabile" il costo della propria violazione pur mantenendo in vita il contratto³⁹³.

Che poi di reale responsabilità non si tratti, ciò non è in dubbio, posto che trattasi di un "rimedio" che manca l'assoggettamento del *wrondoer* ad un obbligazione patrimoniale in favore della vittima della violazione; con ciò, esso non può essere un rimedio di "responsabilità", nella misura in cui il debitore responsabile «risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri»³⁹⁴.

Ciononostante è altrettanto indubbio che non si possa pacificamente parlare di nullità di protezione come di rimedio associato ad una *property rules* poiché è la salvaguardia del mercato e degli scambi, oltre che del consumatore, che il legislatore vuole propugnare e non già la sola salvaguardia del consumatore, che si avrebbe - e ciò è pure opinabile - con un totale annientamento del contratto.

Dall'esame delle nullità di protezione³⁹⁵ risultano pertanto due considerazioni che assumono un rilievo specifico nella presente analisi.

La prima è che non vi è un legame indissolubile tra *property rules/liability rules* e relativi rimedi tipici (ad esempio la nullità e/o l'inibitoria per le *property rules* e il risarcimento e/o l'indennità per le *liability rules*), essendo viceversa vero il contrario, ossia che in determinate fattispecie rimedi tipici di *property rules*, come ad esempio le nullità, possono essere utilizzati nell'ambito di meccanismi giuridici che assumono natura e fini di *property rules* (come abbiamo visto essere la disciplina delle clausole abusive).

La seconda è che, considerato che perfino le nullità consumeristiche (ossia le nullità di protezione) sono maggiormente afferenti alla categoria delle *liability rules* piuttosto che a quella delle *property rules*, il diritto dei consumatori stesso sembra, a prima vista, un

³⁹³ Osserva bene Alessi, sebbene non svolga alcuna considerazione che mutui la metodologia della letteratura economicistica, quando parla di quello delle nullità di protezione come di un «ambito nel quale forse [...] il rimedio "invalidante" privilegiato dal nostro legislatore si rivela sovente abito troppo stretto per regole che debbono sostanzialmente assicurare un monitoraggio in itinere dell'equilibrio dello scambio e della corrispondenza di esso all'esito prefigurato dall'ordinamento, e per questo attenuare, unidirezionalmente, la forza di legge tra le parti del regolamento contrattuale». ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., 1141.

³⁹⁴ Così dispone l'art. 2740 cod. civ., rubricato, per l'appunto, "responsabilità patrimoniale".

³⁹⁵ Qui si è vagliata, per tutte, la nullità delle clausole abusive, trattata ovunque come esemplificativa delle nullità di protezione.

diritto basato sulle *liability rules*. Per comprendere se tale affermazione abbia effettivamente un senso, si passi ad analizzare le principali *liability rules* di cui si compone il (nuovo) diritto dei consumatori.

9. Segue. Le *liability rules* nel diritto dei consumatori

Effettivamente, basterebbe una scorsa all'assetto rimediabile predisposto dalla legislazione consumeristica per maturare la convinzione che si tratta di un assetto principalmente - se non interamente - basato sulle *liability rules*.

Non è certo obiettivo del presente lavoro entrare nello specifico di una trattazione completa ed esaustiva sul punto, trattandosi di materia eccessivamente vasta e articolata³⁹⁶. Il diritto dei consumatori si rivela infatti una vera e propria fucina di strumenti rimediali, talvolta - come detto - estremamente innovativi e forieri di dubbi interpretativi che è impensabile azzardare anche solo una mera enumerazione in questo contesto.

Ciononostante, si ritiene che anche da una, seppur parziale, selezione di essi si può appurare come essi siano in fin dei conti tutti orientati verso la medesima direzione, che è quella di un mercato che favorisca gli scambi e predichi il mantenimento dei rapporti commerciali, anche in sacrificio dei diritti delle parti in gioco, purché tale sacrificio sia in un qualche modo vagliato dall'ordinamento e sia frutto di una scelta ponderata, a seguito di un'analisi costi benefici, delle parti stesse.

Ebbene, la trattazione non può non principiare dai primi "rimedi" previsti, seppur senza una vera e propria consapevolezza terminologica, nella direttiva 1999/44/CE in tema di vendita di beni di consumo³⁹⁷.

Come è noto, l'assetto rimediabile avverso il difetto di conformità del bene di consumo oggetto di compravendita tra professionista e consumatore passa su due livelli collocati in via gerarchica e sussidiaria l'uno con l'altro, nel senso che il ricorso ai rimedi di secondo livello (ossia, le "tradizionali" azioni edilizie dell'*actio redhibitoria* e dell'*actio quanti minoris*) è possibile solo in caso di impossibilità o sproporzionalità di quelli di primo livello³⁹⁸.

³⁹⁶ Si pensi soltanto alla rilevanza che assume, se non dal punto di vista interpretativo perlomeno dal punto sotto il profilo della diffusione di una cultura giuridica comune, la trattazione svolta sui *remedies* dal *Draft Common Frame of Reference*. V. VON BAR, *Principles, Definitions and Models of European Private Law*, München, 2009.

³⁹⁷ SIRENA P., ADAR Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 360.

³⁹⁸ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 304.

A completamento di tale assetto si aggiunga quanto previsto dall'art. 130, nono comma, Cod. Cons. che prevede che «Dopo la denuncia del difetto di conformità, il venditore può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile, con i seguenti effetti: a) qualora il consumatore abbia già richiesto uno specifico rimedio, il venditore resta obbligato ad attuarlo, con le necessarie conseguenze in ordine alla decorrenza del termine congruo di cui al comma 5, salvo accettazione da parte del consumatore del rimedio alternativo proposto; b) qualora il consumatore non abbia già richiesto uno specifico rimedio, il consumatore deve accettare la proposta o respingerla scegliendo un altro rimedio ai sensi del presente articolo»³⁹⁹.

E' evidente la propensione al mercato di tale norma, che da una parte conferma l'inderogabilità dei diritti del consumatore ma dall'altra ne permette la disponibilità nei singoli casi specifici in modo da evitare che la creazione di quella che è stata evocativamente chiamata una "gabbia normativa" per il consumatore⁴⁰⁰: da una parte, infatti, il sistema sembra essere incentrato sulla tutela del consumatore⁴⁰¹, dall'altra «la gerarchia dei rimedi e la preferenza accordata a quelli specifici, unita peraltro alla subordinazione della tutela risarcitoria al fallimento di questi ultimi, costituiscono un incentivo per i venditori alla creazione di servizi post-vendita»⁴⁰².

In dottrina ci si è posti il dubbio, peraltro non nuovo agli studiosi del contratto di compravendita⁴⁰³, che i rimedi in questione debbano afferire allo strumento della responsabilità piuttosto che a quello della garanzia⁴⁰⁴.

Il punto è ancora controverso. Di certo vi è il tenore letterale dell'art. 130 Cod. Cons. che stabilisce la "responsabilità" - e non già la "garanzia" - del professionista nei

³⁹⁹ Sul punto, v. MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1029 e ss..

⁴⁰⁰ MAZZAMUTO S., op. cit., 1029 e ss..

⁴⁰¹ MAZZAMUTO S., op. cit., 1029 e ss.; ALESSI R., *L'attuazione della Direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue impasse*, in ALESSI R. (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 12.

⁴⁰² MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 310.

⁴⁰³ *Ex multis*, v. CAPPAI F., *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011; PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 1 e ss.; CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006; LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2003, 320 e ss.; MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, 177 e ss.; MENGONI L., *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I.

⁴⁰⁴ *Ex multis*, v. BARCELLONA E., *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, 171 e ss.; NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 525 e ss.; DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002.

confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità al momento della consegna del bene. Vero è peraltro che la scelta del modello di "responsabilità" - sempre che tale sia effettivamente - è di matrice tutta italiana, si badi bene, perché il legislatore europeo aveva utilizzato toni molto più blandi e possibilisti, prevedendo, all'art. 3 della dir. 99/44 che «Il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene»⁴⁰⁵.

Ad ogni modo la tematica, il cui accenno era d'obbligo, non rileva ai nostri fini, poiché tanto che si tratti di responsabilità vera e propria quanto che invece i rimedi in questione afferiscano alla *lex contractus* in ogni caso ci muoviamo nell'ambito di rimedi di *liability rules*, e ciò indipendentemente dal fatto che siano supportati da rimedi in forma specifica o per equivalente.

E, infatti, se le disposizioni in materia di vendita di beni di consumo sono volte - come è indubbio che lo siano - a garantire al consumatore la "conformità" dei beni oggetto di vendita, i rimedi ivi previsti non hanno l'obiettivo di ristabilire l'ordine originario delle cose ma piuttosto quello di mantenere in vita il contratto.

Il consumatore può scegliere tra una serie di rimedi, è vero, ma non può scegliere di "spazzar via" il contratto, perché il contratto è oramai concluso, lo scambio è avvenuto, il prezzo è stato pagato e il mercato va avanti.

Certo, il complesso sistema di rimedi predisposto dal legislatore è volto a orientare la condotta delle parti (consumatore e professionista) e ciò sia nel momento fisiologico della formazione del contratto sia in quello patologico dei suoi rimedi.

Quanto al primo, è stato comunque argutamente affermato che «non è [...] per nulla assodato che tra le *rationes* dell'originario intervento comunitario e dei successivi atti di recepimento debba anche annoverarsi la scelta di politica del diritto di gravare i rivenditori di beni di consumo dell'obbligo di attrezzarsi non tanto e non solo di strutture idonee al ripristino della conformità dei beni venduti, quanto addirittura di un'organizzazione che consenta di verificare la conformità di ciascun bene commerciato»⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ «ove il verbo "rispondere"» - è stato efficacemente osservato da Mazzamuto - «assume il significato di "subire le conseguenze" derivanti dal difetto di conformità, vale a dire di esporsi ai rimedi previsti dalla legge». V., MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 316.

⁴⁰⁶ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., 316.

Quanto al secondo, il citato disposto dell'art. 130, nono comma, Cod. Cons. dimostra la repulsione dell'ordinamento per la fase contenziosa, e permette alle parti un accomodamento anche differente da quello previsto dalla legge⁴⁰⁷.

Dunque la conformità del bene è un valore che può essere alla fine sacrificato, se del caso, nella misura in cui il professionista è disposto a soggiacere all'apparato rimediabile previsto a tutela del consumatore, ivi incluso il risarcimento del danno, che non è impedito dalla (probabile) natura di garanzia delle norme in questione⁴⁰⁸ e trova anzi appiglio normativo nell'art. 1494 cod. civ.⁴⁰⁹.

Ciò detto, si è proposto un esempio tipico (e complesso) di *liability rule* a tutela del consumatore.

Liability rules sono, tuttavia, anche quelle a tutela del professionista, e non già solo quelle predisposte per salvaguardare gli interessi del consumatore, così stabilendo un rapporto di circolarità coerente con il nuovo paradigma di responsabilità civile che si va delineando.

Il riferimento è, ovviamente, all'indennizzo "previsto" in caso di utilizzo del bene acquistato dal consumatore "a distanza" o "fuori dai locali commerciali" per scopi estranei alla mera "prova", ossia un utilizzo più intenso rispetto alla semplice verifica delle funzionalità del bene stesso⁴¹⁰.

Di "indennizzo" non parla né la direttiva 2011/83/UE né tantomeno il D.Lgs. 21/2014, che all'art. 57, comma 2, - sostanzialmente replicando il medesimo tenore letterale del considerando 47 e dell'art. 14 della direttiva - recita: «il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni».

Che da tale responsabilità non possa che derivare un obbligo di indennizzo (e non già un risarcimento del danno) non è mai stato neppure revocato in dubbio dalla prima dottrina che si occupata della tematica, dando dimostrazione concreto che il binomio responsabilità-indennizzo assume oggi la medesima naturalità - e probabilmente una rilevanza addirittura maggiore - del binomio responsabilità-risarcimento.

⁴⁰⁷ ALESSI R., *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 3, 770; PISCIOTTA G., *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, 25 e ss..

⁴⁰⁸ CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, cit., 957 e ss..

⁴⁰⁹ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 340.

⁴¹⁰ BATTELLI E., cit., 927 e ss..

Del resto anche precedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. 21/2014, l'estrema vaghezza sul punto dell'allora disciplina applicabile⁴¹¹ non aveva impedito a dottrina⁴¹² e giurisprudenza⁴¹³ di ragionare su un'interpretazione della lettera della norma idonea a rinvenire nella stessa un obbligo di indennizzo del professionista nei confronti del consumatore.

Di particolare rilevanza è oggi il secondo capoverso dell'art. 57, comma 2, del D.Lgs. 21/2014, che "deresponsabilizza" il consumatore in caso di violazione degli obblighi informativi sul diritto di recesso da parte del professionista.

Ebbene, è evidente che, stante il tenore letterale della norma, non vi è più alcuno spazio interpretativo - come era invece in passato⁴¹⁴ - per estendere l'obbligo di indennizzo anche in tale fattispecie⁴¹⁵.

La conseguenza non è tuttavia un ingiustificato giustizialismo del legislatore europeo, ma una precisa scelta di politica legislativa volta ad utilizzare il modello normativo di responsabilità in questione non tanto - o meglio non solo - con una valenza di tipo sanzionatorio/deterrente⁴¹⁶, ma soprattutto di tipo organizzativo⁴¹⁷, fornendo ai soggetti di diritto coinvolti esatti incentivi per orientare la propria dinamica negoziale dei rapporti di consumo.

Certamente la spinta propulsiva di tale disposizione può considerarsi tale solo se limitata ad un tempo determinato, poiché è evidente lo squilibrio venutosi a ingenerare nel bilanciamento delle tutele a favore degli interessi del professionista con quelle a favore del consumatore, con netta propensione per quest'ultimo⁴¹⁸. Tuttavia è innegabile

⁴¹¹ Ossia l'art. 63, comma 1, e 66, comma 2, Codice del Consumo; art. 6, comma 2, dir. 97/7.

⁴¹² V., in particolare, PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., 219 e ss., dove l'Autore analizza le varie possibili interpretazioni che permettano di rinvenire tale obbligo di indennizzo (dalla tesi dell'ingiustificato arricchimento a quella dell'abuso del diritto con violazione della buona fede da parte del professionista), scandagliando pro e contro di tale interpretazione. V., anche, BARGELLI E., *Gli effetti del recesso nei principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in DE CRISTOFORO G. (a cura di), *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, 391 e ss..

⁴¹³ Il riferimento è in primo luogo alla sentenza Messner. Corte Giust. UE, 3 settembre 2009, C-489-07, *Messner c. Krüger*.

⁴¹⁴ Corte Giust. UE, 3 settembre 2009, C-489-07, *Messner c. Krüger*.

⁴¹⁵ PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 2014, 8-9, 813.

⁴¹⁶ Valenza che c'è e non può certo essere negata, con buona pace di quanti ancora oggi rifiutano l'esistenza della funzione sanzionatoria della responsabilità. V., sul punto, BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, cit., 55 e ss..

⁴¹⁷ *Ex multis*, v. MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, 2006, 21.

⁴¹⁸ PATTI F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1007 e ss..

che - *in claris non fit interpretatio* - tale sia il testo di legge, e tale peraltro la stessa volontà del legislatore, che non può certo essere tacciata né di irragionevolezza né di incostituzionalità stante l'estrema coerenza con il dettato della direttiva europea.

Quelli appena proposti sono solo due esempi, e del resto non ci si potrebbe addentrare oggi in questa sede, ma dimostrano che il diritto consumeristico utilizza un assetto rimediale nuovo, tutto teso in una direzione univoca, che è quella dell'organizzazione del mercato e dei comportamenti dei suoi principali attori.

10. Segue. Il diritto dei consumatori come terreno di elezione delle *liability rules*

Ci sembra che la trattazione di cui sopra permetta di poter affermare, senza tema di semplicismo, che il diritto dei consumatori è un diritto basato sulle *liability rules*⁴¹⁹.

A ben vedere, infatti, le uniche vere *property rules* contemplate nella disciplina consumeristica sono quelle che regolano il c.d. recesso di pentimento nei contratti "a distanza" o conclusi "fuori dai locali commerciali".

In tali casi, infatti, al fine di tutelare il consumatore contro l'"effetto sorpresa" (nel caso dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali) o per permettere a questi di una sorta di parità di trattamento con il consumatore che procede all'acquisto all'interno dei locali commerciali (nei contratti a distanza), è previsto un termine di 14 giorni per "pentirsi" dell'affare concluso e recedere, senza dover sostenere alcun costo (fatta eccezione per quelli previsti dall'art. 56, comma 2, e 57 D.Lgs. 21/2014), termine allungato di dodici mesi nel caso in cui il professionista non fornisca al consumatore le informazioni di legge sul diritto di recesso⁴²⁰.

⁴¹⁹ In un movimento per certi versi opposto a quello a suo tempo testimoniato, ma in un ambito (quello del danno da prodotto difettoso) e con argomentazioni ben differenti, da Ponzanelli. V. PONZANELLI G., *Regole economiche e principi giuridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori*, in MATTEI U., PULITINI F. (a cura di), *Consumatore Ambiente Concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 33 e ss..

⁴²⁰ L'attuale disciplina è prevista dagli artt. 52 e 53 del Codice del Consumo, come modificato dal D.Lgs. 21/2014 in recepimento della Direttiva 83/2011/UE. Seppur con leggere modifiche (le più rilevanti delle quali in materia di termine per l'esercizio del recesso, trasferimento del rischio e indennità d'uso), il recesso di pentimento era previsto anche dalla disciplina antecedente al D.Lgs. 21/2014. Il recesso di pentimento è un altro esempio, unitamente alle nullità di protezione, di istituto che si discosta da quello di matrice civilistica italiana. V., sul punto, MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, cit., 220: «Tale figura di recesso di pentimento: a) si discosta nell'ordinamento italiano dal recesso convenzionale di cui all'art. 1373 cod. civ. perché è di fonte legale ed è attivabile anche in presenza di un inizio di esecuzione (il recesso convenzionale tutt'al contrario è invocabile giusto finché il contratto non abbia avuto un inizio di esecuzione, a meno che non si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica);

Certo, la dottrina si è già spesa per affermare, correttamente, che non si possa discorrere di diritto di recesso come di un rimedio in senso stretto: trattasi infatti pur sempre di uno strumento di autotutela che o è garantito dalla legge (o dal contratto) o non lo è, che in nessun caso discende dalla violazione da parte della controparte di quell'obbligo contrattuale intorno al quale poi potrebbe vertere un sindacato del giudice⁴²¹.

Se ciò è vero per il recesso di pentimento "breve", quello per intenderci che può essere esercitato entro il quattordicesimo giorno dalla conclusione del contratto, non altrettanto può dirsi del recesso "lungo", che si applica *ex lege* in caso di violazione, questa volta sì violazione dunque inadempimento, degli obblighi informativi da parte del professionista.

Ad ogni modo, ciò che conta in questa sede è che con l'esercizio del recesso di pentimento il consumatore ha la possibilità di spazzar via, d'un colpo, il contratto e i suoi effetti, ristabilendo quello che era l'ordine originario delle cose.

Si tratta di una *property rule*? Non proprio. Essa, infatti, è una mera facoltà che il consumatore è libero di azionare come di non azionare, purché l'esercizio del recesso avvenga entro il termine di legge⁴²².

Di certo, scavando nelle maglie del (nuovo) diritto dei consumatori, non ci sembra possa essere rinvenuto alcun vero esempio di *property rule*.

Ebbene, la circostanza che sia proprio il diritto dei consumatori uno dei settori maggiormente intrisi di *liability rules* non può non indurre a una serie di riflessioni sull'incidenza di questo approccio sullo stesso paradigma della responsabilità civile.

Il diritto dei consumatori è il diritto privato europeo per eccellenza ossia quello preordinato alla predisposizione di quelle condizioni necessarie ad assicurare

b) è una forma di recesso ad nutum ossia senza obbligo di motivazione; c) è esperibile senza costi per il consumatore, salvo ovviamente il rimborso delle spese affrontate da controparte».

⁴²¹ SIRENA P., ADAR Y., op. cit., 365; MAZZAMUTO S., La nozione di rimedio nel diritto continentale, cit., 591; MAZZAMUTO S., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 30 e ss.

⁴²² Sul punto è stato affermato: «Non essendo più *sine die*, difficilmente il recesso si può adesso catalogare come una misura prossima ad una nullità visto che questa, seppur di protezione, notoriamente non si prescrive. Per quanto sia criticabile, è evidente, in ogni caso, a quale *ratio* risponda l'art. 53, comma 1: un recesso di pentimento *sine die* minaccia la stabilità delle relazioni contrattuali e la certezza, in luogo di una volatilità endemica del consenso, è un valore che incrementa i traffici: lo sottolinea il Considerando 43. Quanto poi, in termini di efficienza economica, questo temperamento dello *ius poenitendi* torni utile allo scopo è una condizione tutta da verificare. Per certo v'è che una decadenza del consumatore, nonostante l'inadempimento del professionista, appanna la strategia generale di un'effettiva deterrenza verso il proliferare di condotte negligenti delle imprese». V. PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese)*, in *I Contratti*, 8-9, 2014, 813.

quell'«*economia sociale di mercato fortemente competitiva*» di cui all'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea, così costituendo al contempo il contraltare e il completamento del diritto antitrust⁴²³.

Qui infatti la reazione alla violazione della controparte contrattuale supera la *ratio* del pentimento, e la valenza sanzionatoria del diritto di recesso assegna a quest'ultimo una naturale struttura rimediale.

Il sistema europeo di responsabilità civile (contrattuale), come appare oggi disegnato, è dunque un sistema che mira alla manutenzione del contratto, anche a scapito della tutela piena e incontrastata dei diritti delle parti in gioco (ossia il professionista e il consumatore) e laddove le regole giuridiche sono strumenti di coordinamento e organizzazione dei comportamenti dei soggetti che operano nel mercato.

Presa consapevolezza di ciò, ecco aggiunto un elemento nuovo utile ad interpretare quelle maglie del sistema ove è ancora dubbio se i rimedi applicabili debbano essere prelevati dalla faretra delle *property* o delle *liability rules*⁴²⁴.

⁴²³ JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 3 e ss..

⁴²⁴ E il riferimento, seppur ancora una volta solo accennato, alla violazione degli obblighi informativi è, nuovamente, d'obbligo. V. sul punto, ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 311.

CAPITOLO TERZO

L'esperienza del *Common Law* inglese

a supporto di una lettura *organizzativa* della funzione della responsabilità civile

1. L'interpretazione del paradigma della responsabilità civile in chiave di *behavioural law and economics*

Nel corso del capitolo precedente si è dato atto di un percorso evolutivo della funzione della responsabilità civile al fine di tentare di scalfire l'indissolubilità del principio della funzione reintegratoria della responsabilità e di convincere il lettore che la responsabilità è uno strumento giuridico presente nell'armamentario dell'ordinamento italiano e utilizzabile in forme e con finalità molto differenti, nonché avvalendosi di rimedi che variano dall'adempimento al risarcimento in forma specifica o per equivalente, al pagamento di una somma di denaro in favore di un soggetto il quale abbia subito una qualche forma di aggressione alla propria sfera giuridica (non necessariamente un vero e proprio danno) da parte di un altro soggetto, e ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultimo abbia o meno commesso un atto antiggiuridico o riprovevole.

Una siffatta ampia concezione del paradigma della responsabilità è idonea a spiegare effetti dirompenti sul processo interpretativo ed ermeneutico del giurista civilista italiano ove occupato a comprendere la collocazione della responsabilità nel contesto dei rimedi di tutela civilistica dei diritti (e dunque a rispondere al quesito se applicare o meno un modello normativo di responsabilità al caso di specie) e ove teso a comprendere la sua funzione nel contesto dei singoli modelli normativi (e dunque a valutare se, nel singolo caso di specie, la responsabilità assuma mera funzione reintegratoria o possa viceversa essere volta a perseguire differenti finalità).

Di tali effetti dirompenti si è già dato atto richiamando alcuni esempi significativi di modelli normativi di responsabilità non reintegratoria / compensativa nel corso del capitolo precedente (il riferimento più recente è evidentemente alle indennità risarcitorie onnicomprensive del nuovo diritto del lavoro italiano, ma anche al complesso assetto di *liability rules* "atipiche" di cui si compone il diritto consumeristico) nonché richiamando alcuni esempi in cui la responsabilità civile è stata chiamata ad operare in via interpretativa, talvolta quale rimedio a tutela di una *property rule* (come nel caso dell'azione negatoria del diritto proprietario) talaltra quale rimedio a tutela di una *liability rule* (il riferimento più palese è quello dell'art. 844 cod. civ. in tema di

immissioni ove la facoltà di procedere con l'indennizzo del soggetto immesso è ricavata in via meramente interpretativa).

Una lettura in chiave economicistica di alcuni dei diversi modelli normativi di cui si compone quello che abbiamo chiamato il “mosaico” della responsabilità civile⁴²⁵ ci ha indotto dunque a rigettare l'impostazione tradizionale secondo la quale l'intero paradigma della responsabilità civile sarebbe connotato da una mera funzione reintegratoria.

Tale operazione di rigetto è stata portata avanti utilizzando il metodo dell'analisi economica del diritto, senza tuttavia prendere una posizione finale sulle finalità interpretative intrinseche nell'utilizzo di tale metodo.

In questo capitolo si cercherà di elaborare il momento finale della tesi sostenuta nel presente lavoro, che consiste nel passaggio dall'analisi del paradigma di responsabilità civile in chiave di analisi economica del diritto (che si è cercato di svolgere, pur senza pretesa di esaustività, nel capitolo precedente) all'individuazione degli scenari interpretativi che la consapevolezza raggiunta nel corso del capitolo precedente permette di delineare.

Per far ciò, occorre tuttavia preliminarmente cercare di comprendere a quale risultato ultimo debba condurre il discorso economicistico portato avanti nel corso del presente lavoro.

In particolare, giova riprendere quella distinzione – volutamente solo accennata⁴²⁶ – tra gli obiettivi posti dalla lettura tradizionale di analisi economica del diritto e quelli invece posti dalla lettura comportamentale (c.d. *behavioural law and economics*)⁴²⁷.

Secondo una lettura tradizionale di analisi economica del diritto, la minimizzazione dei costi degli incidenti e degli illeciti è considerata come l'obiettivo centrale cui deve essere volta la responsabilità civile.

⁴²⁵ V. *supra*, Capitolo Primo, par. 4.

⁴²⁶ V. *supra*, Capitolo Secondo, par. 3.

⁴²⁷ Sulla *behavioural law and economics*, v. *ex multis*, SUNSTEIN C.R., *Behavioral Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1997, 64, 1175; CHOI S.J., PRITCHARD A.C., *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Rev.*, 2003, 56, 1 e ss.; JOLLS C., SUNSTEIN C.R., THALER R.H., cit., 1471; KOROBKIN R.B., ULEN T.S., *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, 88, 1051; LANGEVOORT D.C., *Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, 51, 1499; SUNSTEIN C.R., *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in *American Law & Economics Review*, 1999, 1, 115; THOMPSON R.B., *Securities Regulation in Electronic Age: The Impact of Cognitive Psychology*, in *Wash. University Law Quarterly*, 1997, 75, 779.

Tale obiettivo è raggiunto tramite la capacità del sistema di responsabilità civile di costituire incentivo e/o disincentivo per la condotta dei soggetti di diritto, e ciò tanto nell'ambito della responsabilità contrattuale quanto in quello della responsabilità extracontrattuale⁴²⁸.

In un primo momento, la letteratura di analisi economica del diritto si è concentrata principalmente sulla problematica dei criteri di imputazione della responsabilità. In particolare, ampio dibattito è intercorso in merito all'opportunità di avvalersi di regole di responsabilità oggettiva (*strict liability rules*) piuttosto che di responsabilità per colpa (*negligence rules*).

Solo successivamente l'attenzione si sposta dai criteri di imputazione ai rimedi.

In particolare, ci si è chiesti se fosse effettivamente necessario che la vittima di un illecito fosse resa titolare di un diritto al pieno ristoro dei danni subiti.

Una prima spiegazione economicista dovrebbe condurre a rispondere positivamente a tale domanda, posto che, tramite il rimedio di un risarcimento pieno e integrale dei danni subiti, il *tortfeasor* (o *infringer*, a seconda che si discuta di responsabilità extracontrattuale o contrattuale) è costretto dall'ordinamento a internalizzare le esternalità negative causate dalla propria condotta⁴²⁹.

Ciò detto, l'analisi economica della responsabilità civile per colpa dimostra che, nel momento in cui ci si pone come obiettivo del sistema di responsabilità civile quello della minimizzazione del costo degli illeciti, il risarcimento pieno e integrale può considerarsi non necessario.

Infatti, spesso i potenziali *tortfeasor/infringer* possono essere incentivati a predisporre adeguate misure di cautela anche se il rischio risarcitorio cui sono esposti risulta inferiore all'integrale riparazione del danno.

E qui conviene terminare questa breve digressione sull'approccio economicista classico ai *torts* e alla *law of obligation*, poiché non è questo l'approccio che è stato – seppur, finora, solo implicitamente – perseguito nel corso del presente studio, e poiché, a ben vedere, questo approccio è incoerente con la struttura stessa dell'ordinamento giuridico italiano.

⁴²⁸ VISSCHER L.T., *Tort Damages*, in FAURE M. (ed.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, Cheltenham, 2009, 153 e ss.

⁴²⁹ POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, 2003, 192; COOTER R.D., ULEN T.S., *Law and Economics*, Boston, 2004, 312; SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, 2004, 236.

Non è questa la sede per argomentare quanto appena affermato, e tuttavia è necessario ribadire come non sembrano reperibili dei reali appigli costituzionali che permettano di utilizzare l'efficienza e la massimizzazione del benessere quali criteri ermeneutici di interpretazione del diritto positivo.

Molto più rilevante in questa sede è approcciare la problematica della funzione della responsabilità civile sulla base delle finalità perseguite dalla *behavioural law and economics*, finalità che possono essere circoscritte nelle tre seguenti: finalità "positiva", finalità "prescrittiva" e finalità "normativa"⁴³⁰.

La finalità "positiva" riguarda lo sforzo di indagine e comprensione degli effetti e dei contenuti della regola giuridica; quella "prescrittiva" riguarda l'idoneità di una determinata regola giuridica di raggiungere l'obiettivo finale di orientare i comportamenti dei soggetti di diritto, incentivando condotte virtuose e viceversa disincentivando la commissione di illeciti e inadempimenti; quella "normativa", infine, riguarda l'indagine della funzione del sistema giuridico⁴³¹.

Ebbene, nel corso del secondo capitolo, pur senza un pedissequo riferimento a tali finalità, si è tuttavia cercato di svolgere un'analisi delle regole giuridiche dalla quali maggiormente emerge, ad avviso di chi scrive, la continua propensione dell'ordinamento giuridico a porsi sempre più quale strumento di coordinamento dei comportamenti umani.

Il quadro che ne risulta è quello di un paradigma della responsabilità civile in chiave organizzativa, composto da un molteplicità di modelli normativi di responsabilità, tra loro diversi e disomogenei, ciascuno dei quali con una propria funzione nell'ambito del più complesso paradigma di responsabilità.

Ciò premesso sul piano dell'individuazione delle linee direttrici di politica del diritto nel presente contesto storico-temporale, restano da considerarsi le relative conseguenze sotto il profilo ermeneutico.

2. L'opportunità di una valutazione comparatistica con un ordinamento giuridico di *Common Law* e, in particolare, con il sistema anglosassone dei *torts* e della *law of obligations*

Prima di procedere a tirare le fila del discorso appena sviluppato, tuttavia, si ritiene utile procedere ad un - seppur volutamente breve e limitato - *excursus* comparatistico.

⁴³⁰ SUNSTEIN C.R., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, 13.

⁴³¹ SUNSTEIN C.R., op. cit., 13. Sul punto, v. JOLLS C., SUNSTEIN C.R., THALER R., cit., 1471 e ss..

In particolare, considerando che la nostra analisi muove da una rilettura economicistica (nei termini di cui si è detto *supra*) delle regole che si ispira al sistema dei *torts* statunitensi e che la lettura delle categorie giuridiche che ne consegue italiane si scontra con la tradizione civilistica italiana e, più in generale, di *Civil Law*, giova un breve confronto con un sistema di *Common Law*.

L'obiettivo naturale potrebbe essere - ed è stato, nelle intenzioni e negli studiosi degli studiosi italiani che si sono occupati di queste tematiche⁴³² - quello della comparazione con il sistema giuridico statunitense.

Tuttavia, considerato che tale sentiero è già stato ampiamente solcato, in questa sede si preferisce una comparazione con il diverso sistema di *Common Law* anglosassone.

Considerata l'estrema ampiezza e complessità della materia in esame, si tenterà una ricostruzione del sistema anglosassone di tipo meramente compilativo e semplificatorio, orientando l'esposizione nella sola direzione di quegli istituti e quei passaggi che meritano attenzione in quanto sono stati trattati nel corso del capitolo primo e secondo con riferimento all'ordinamento giuridico italiano.

Il tutto finalizzato a dimostrare come il paradigma naturale del sistema di responsabilità civile non sia quello reintegratorio/compensativo, ma già quello, più composito, di distribuzione degli incentivi ai soggetti di diritto.

3. Segue. La definizione di *damages* nell'ambito del sistema anglosassone dei *torts* e della *law of obligations*

Nell'ambito di tale prospettiva, è opportuno anzitutto partire dalla consapevolezza che l'ordinamento giuridico anglosassone non parte dalla prospettiva del paradigma della responsabilità, tanto che risulta difficile rinvenire una vera e propria definizione di "responsabilità" e che - come già detto - l'accostamento con la nozione di *liability* è del tutto semplicistica e accennata.

Viceversa la prospettiva assunta dal sistema anglosassone parte proprio dall'assetto rimediabile ed è dunque più vicina alla prospettiva che si è cercato di sostenere nel presente lavoro.

Giova pertanto procedere ad una circoscrizione della definizione non tanto di "responsabilità" quanto di "*damages*" nell'ambito del sistema anglosassone dei *torts* e della *law of obligations*.

⁴³² Il riferimento d'obbligo è, ancora una volta, a MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit..

Secondo la definizione fornita da Harvey McGregor nella nuova edizione della tradizionale opera "*McGregor on damages*", i *damages* possono essere definiti «*quite simply as an award in money for a civil wrong*»⁴³³.

In tale concezione, è evidente la necessità che i *damages* siano conseguenza di un *civil wrong* e dunque di un illecito, sia esso contrattuale (*breach of a contract*) o extracontrattuale (*tort*).

Tale principio incontra tuttavia l'eccezione, non irrilevante, del rimedio della restituzione (*restitution*), che può aversi generalmente in due casi.

Il primo di questi casi è quello della restituzione a seguito di arricchimento ingiustificato (*unjust enrichment*) che è una fattispecie che non dipende dalla commissione di un illecito (*a wrong*).

Il secondo, invece, è direttamente collegato ad un illecito che arrechi al soggetto danneggiato un danno inferiore ai vantaggi e benefici che il *wrongdoer* ha ottenuto dalla commissione dell'illecito stesso.

Rileva McGregor che «*over time situations arose in which restitutionary claims became available where the benefit to the defendant was based upon a wrong done by him. In the usual case where wrong is a tort or a breach of contract, if the benefit to the defendant wrongdoer were equivalent to, or less than, the loss to the claimant, the claim might be brought for restitution or compensatory damages in the alternative but, where the incidence of loss falls below the level of benefit or where there is no loss at all, in the modern world suit will be brought for restitutionary damages. These do fall for consideration here; they will be reached in due course*»⁴³⁴.

Il richiamo è ovviamente al principio della retroversione degli utili introdotto dall'art. 125 Codice della Proprietà Industriale (L. 10.2.2005 n. 30), di cui si è già parlato nel primo capitolo, assumendo a modello proprio l'istituto di *Common Law* del *disgorgement*, che al terzo comma prevede che in caso di violazione di privative industriali «il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui eccedono tale risarcimento».

⁴³³ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, London, 2014, 1. La definizione supera quella riportata nelle precedenti edizioni dell'opera che recitava: «*damages are the pecuniary compensation, obtainable by success in an action, for a wrong which is either a tort or a breach of contract, the compensation being in the form of a lump sum awarded at one time, unconditionally and in sterling*».

⁴³⁴ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 3.

Ebbene, il rimedio della restituzione in caso di *disgorgement* deve essere ritenuto anch'esso collegato allo strumento della responsabilità, sebbene ciò sia più evidente nell'ordinamento italiano e meno in quello inglese che meno conosce una speculazione dottrinale sulla categoria della "responsabilità".

4. Segue. La funzione dei *damages* nel diritto anglosassone

Ad ogni modo, per quanto qui interessa, è necessario rilevare come il principio intorno al quale è tradizionalmente costruita l'analisi funzionale dei *damages* è quello del principio compensatorio dei *damages*.

Tale principio è differentemente declinato a seconda che il danno da risarcire sia un danno patrimoniale o non patrimoniale.

In particolare, la regola generale relativa al risarcimento del danno patrimoniale è rinvenibile nelle parole di Lord Blackburn nel caso *Livingstone v Rawyards Coal Co.*, in cui i *damages* venivano definiti come «*that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation*»⁴³⁵.

Viceversa nel caso dei danni non patrimoniali, l'incapacità dell'ordinamento di ricostituire lo *status quo ante* si concreta in una declinazione del *principle of compensation* tale per cui «*money is not awarded as a replacement for other money, but as a substitute for what which is generally more important than money: it is the best that a court can do*»⁴³⁶.

Tale principio generale è, come nell'ordinamento italiano, poi declinato differentemente a seconda della casistica riscontrabile nel caso concreto poiché, pur nel rispetto del medesimo principio compensativo, esistono casi di *compensation less than loss* e di *compensation greater than loss*.

Al primo gruppo di casi appartiene la liquidazione di un risarcimento inferiore al danno subito poiché il danno è parzialmente dovuto alla condotta dello stesso danneggiato⁴³⁷, né per quella parte di danno che non è conseguenza di un'azione o omissione del

⁴³⁵ 1880, 5 App. Cas. 25 at 39.

⁴³⁶ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 13.

⁴³⁷ Il riferimento, in parallelo all'ordinamento italiano, è al concorso del fatto colposo del creditore di cui all'art. 1227 cod. civ..

danneggiato⁴³⁸, né per quel danno che non rientra nella sfera protetta da una determinata fattispecie di illecito o di contratto, né per quel danno che avrebbe potuto essere evitato, o al cui accadimento egli ha prestato consenso (*volenti non fit injuria*), ecc..

Al secondo gruppo di casi (ossia quello della *compensation greater than loss*) appartiene da una parte la decisione di non ridurre il danno di quella porzione di ristoro ottenuto in altra maniera⁴³⁹ e dall'altra il caso in cui la riparazione di una determinata cosa danneggiata (nell'esecuzione di quello che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, potrebbe essere definito un risarcimento in forma specifica) determina necessariamente un aumento di valore della cosa stessa.

Ciononostante, negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza si sono aperte a comprendere all'interno della categorie di *damages* anche fattispecie rimediali lontane dall'essere meramente compensative⁴⁴⁰.

Tale consapevolezza è rinvenibile già nelle parole di Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard*⁴⁴¹, più recentemente ripreso da Lord Hoffman nel caso *The Gleaner Co Ltd v. Abrahams*⁴⁴² che ha riconosciuto che i *compensatory damages* possono avere anche una funzione qualificabile come *punitive, deterrent* o *exemplary*.

In particolare, Lord Devlin ha chiarito che «*in a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course, be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum*»⁴⁴³.

Secondo Lord Hoffmann tale principio è tanto più evidente quando ci troviamo dinanzi ad un caso di *defamation* poiché in tale caso l'obiettivo dei *defamation damages* deve essere triplice, in quanto volto a compensare, da una parte, il danno patrimoniale subito

⁴³⁸ E' il problema della *remoteness of damages*, e della differenza tra *cause in fact* e *cause in law*, accostabile alla problematica di diritto civile italiano della differenza tra causalità materiale e causalità giuridica.

⁴³⁹ V., sul punto, MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit.: «*The principal illustrations of this situation are where a person physically injured collects money on his accident insurance policy, or pension money, or is given gratuitous assistance from a charitable fund. [...] The rationale of these decisions is that the law regards such events as collateral and therefore not to be taken into account in deciding what is the claimant's loss*».

⁴⁴⁰ CLERK J.F., LINDSELL W.H.B., BRAZIER M., *Clerk & Lindsell on Torts*, London, 2010; PEEL E., GOUDKAMP J., *Winfield and Jolowitz on Tort*, London, 2010.

⁴⁴¹ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129.

⁴⁴² *The Gleaner Co Ltd v. Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC at para. 41.

⁴⁴³ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129 at para. 1228.

dal soggetto diffamato, dall'altra, il danno non patrimoniale subito dallo stesso soggetto, ed infine «*the damages must be sufficient to demonstrate to the public that the plaintiff's reputation has been vindicated*»⁴⁴⁴.

Sulla base di tali osservazioni, Harvey McGregor ritiene di avere individuato ben cinque categorie di casi in cui le Corti sarebbero propense a liquidare «*damages awards not following the compensatory principle*» (ossia: *nominal damages, exemplary damages, restitutionary damages, liquidated damages e vindicatory damages*), da cui deriverebbe che «*it seemed right to recognise these as no longer exceptional but rather as additional types of damages*»⁴⁴⁵.

Di seguito si cercherà di dare brevemente atto delle differenze tra tali tipologie di *damages*.

5. Segue. Le diverse tipologie di *non-compensatory damages*

Come visto, i *damages* presuppongono la sussistenza di un illecito che cagioni a qualcuno un danno.

Ci sono orientamenti giurisprudenziali che, tuttavia, ritengono che un illecito sia *actionable per se*, indipendentemente dal fatto che la vittima dello stesso illecito abbia o meno subito un danno⁴⁴⁶.

Tali casi sono quelli dei c.d. *nominal damages*, una definizione tradizionale del significato e dell'incidenza dei quali è data da Lord Halsbury L.C. nel caso *The Mediana* laddove viene affermato che «*nominal damages is a technical phrase which means that you have negatived anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damage at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed*»⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ *The Gleaner Co Ltd v. Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC at para. 55.

⁴⁴⁵ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 3.

⁴⁴⁶ Noto è il riferimento al *dictum* di Holt C.J. in *Ashby v White*: «*Every injury imports a damage, though it does not cost the party one farthing*». V. (1703) 2 Ld. Raym. 938 at 955.

⁴⁴⁷ *The Mediana*, [1900] A.C. 113 at 116. V. ad esempio *Constantine v Imperial Hotels Ltd.* (1994) KB 693 dove i convenuti erano degli albergatori che avevano violato il dovere di ospitalità gravante a loro carico in quanto si erano ingiustificatamente rifiutati di fare alloggiare presso la propria struttura un famoso giocatore di *cricket* e pertanto erano stati condannati a pagare dei *nominal damages*.

La giurisprudenza inglese tende comunque a liquidare *nominal damages* non solo in caso di illeciti senza danno, ma anche in casi in cui il danno, pur essendoci, è di difficile liquidazione poiché non idoneo ad essere dimostrato nel *quantum*⁴⁴⁸.

Duplici sembrerebbe l'esigenza che i *nominal damages* sono volti a soddisfare: da una parte, essi costituirebbero uno strumento per stabilire, determinare o proteggere un diritto legale (generalmente un *property right*)⁴⁴⁹; dall'altra, essi possono servire a far ricadere i costi dell'azione promossa dall'attore integralmente sulla parte soccombente⁴⁵⁰.

La liquidazione dei *nominal damages* è comunque rimessa alla mera discrezionalità delle Corti.

Un'altra tipologia di *non-compensatory damages* sono i c.d. *exemplary damages*, che presuppongono che il *torfeasor* abbia agito con malafede o colpa grave⁴⁵¹.

Secondo McGregor, «*the primary objective of an award of damages is to compensate the claimant for the harm done to him; a possible secondary object is to punish the defendant for his conduct in inflicting that harm. Such a secondary object can be achieved by awarding, in addition to the normal compensatory damages, damages which are variously called exemplary damages, punitive damages, vindictive damages or even retributory damages, and comes into play whenever the defendant's conduct is sufficiently outrageous to merit punishment, as where it discloses malice, fraud, cruelty, insolence or the like, or as where, should the defendant be a government servant, it is oppressive, arbitrary or unconstitutional*»⁴⁵².

⁴⁴⁸ *Dixon v. Deveridge*, (1825) 2 C. & P. 109; *Twyman v. Knowles*, (1853) 13 C.B. 222.

⁴⁴⁹ V. caso *Pindar v Wadsworth* (1802) 2 East 154, dove viene espresso il principio per cui «*if a commoner could not maintain an action of this sort, a mere wrongdoer might by repeated torts in course of time establish evidence of a right of common*».

⁴⁵⁰ V. caso *Anglo-Cyprian Agencies v Paphos Industries* case (1951 - 1 All E.R. 873), dove Devlin J. ha affermato: «*No doubt the ordinary rule is that, where a plaintiff has been successful, he ought not to be deprived of his costs, or at any rate, made to pay the costs to the other side, unless he has been guilty of some sort of misconduct. In applying that rule, however, it is necessary to decide whether the plaintiff really has been successful plaintiff. In certain cases he may be, e.g. where part of the object of the action is to establish a legal right, wholly irrespective of whether any substantial remedy is obtained. To that extent a plaintiff who recovers nominal damages may properly be regarded as a successful plaintiff, but it is necessary to examine the facts of each particular case*».

⁴⁵¹ Nel caso *Khodaparast v Sahad* (2000) 1 WLR 618, ad esempio, una donna iraniana aveva convenuto in giudizio il suo ex compagno sostenendo di aver subito un danno in quanto questi aveva creato dei fotomontaggi che la ritraevano pubblicizzare delle linee telefoniche pornografiche; in tale caso, il giudice di primo grado aveva riconosciuto gli *aggravated damages* in favore della donna, decisione successivamente confermata anche dalla Corte d'Appello.

⁴⁵² MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 455.

Non vi è univocità di vedute circa l'opportunità di mantenere all'interno del sistema inglese un assetto rimediale che contempli anche i *punitive damages*.

Da una parte, infatti, la liquidazione di *punitive damages* sembra condurre ad una certa confusione tra la funzione dei *damages* di *private law* e la funzione delle pene di *criminal law*; dall'altra, i *punitive damages* costituiscono uno strumento utile al fine di punire degli illeciti minori che il diritto penale non sarebbe in grado di coprire e che, sotto un profilo di politica del diritto, risulta comunque opportuno perseguire.

Un importante momento di svolta nell'elaborazione giurisprudenziale dei *punitive damages* inglesi si è avuto negli anni '60 con il caso *Rookes v. Barnard*⁴⁵³ dove la House of Lords ha posto in essere una ricapitolazione dell'intera dottrina in materia di danni punitivi e ha stabilito che, fatta eccezione per casi eccezionali, non sarebbe più possibile liquidare *exemplary damages* nei confronti del convenuto, indipendentemente da quanto la sua condotta fosse stata oltraggiosa. In realtà la posizione della House of Lords è stata molto meno netta di quanto potrebbe sembrare a prima vista.

Alla base del ragionamento posto in essere dalla House of Lords vi era, infatti, la convinzione che la liquidazione a titolo *damages* di un importo ultracompensativo nei casi di *aggravated damage* (ossia casi in cui le vittime dell'illecito subiscono una determinata aggressione a beni giuridici quali la propria dignità o il proprio stato d'animo soggettivo) fosse spiegabile, in coerenza con il principio compensatorio dei danni, con la necessità di un'ulteriore compensazione per le particolari sofferenze subite dalla vittima dell'illecito.

Come sottolineato da Lord Devlin, sempre nell'ambito del caso *Rookes v. Barnard*, esiste un duplice rationale dietro la liquidazione di questa tipologia di danni: «*when one examines the cases in which large damages have been awarded for conduct of this sort, it is not at all easy to say whether the idea of compensation or the idea of punishment has prevailed*»⁴⁵⁴.

Ciò detto, secondo la prospettazione di Lord Devlin nel caso *Rookes*, residuano tre categorie di casi in cui, sebbene ciò non sia obbligatorio per legge e sia rimesso alla discrezione della Corte, la liquidazione di *exemplary damages* sembrerebbe restare compatibile con il sistema inglese.

⁴⁵³ [1964] A.C. 1129 at 1221.

⁴⁵⁴ *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129 at 1221.

Il primo di tali casi è quello in cui i *damages* servono a reagire a una «*oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government*»⁴⁵⁵, il secondo quello della *conduct calculator to result in profit* e il terzo quello della *authorization in profit*.

La prassi applicativa dei *punitive damages* anglosassoni fa riecheggiare le parole di uno degli Autori italiani che maggiormente ha analizzato il fenomeno dei *punitive damages* e che, discorrendo dei danni punitivi statunitensi, ha affermato come «i *punitive damages*, in aggiunta ai *compensatory damages*, sono concessi per punire il convenuto (il soggetto danneggiante) per avere commesso, in una posizione soggettiva che potrebbe essere definita di mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole (nella quasi generalità dei casi si tratta di un *tort*), con una conseguente funzione di *deterrence* di un'azione dello stesso tipo»⁴⁵⁶.

E qui dobbiamo terminare la nostra panoramica sugli *exemplary damages*, non essendo questa la sede per una più approfondita disamina sul punto.

Proseguendo la rassegna delle diverse tipologie di *non-compensatory damages*, invece, è ora opportuno soffermarci sui c.d. *restitutionary damages*.

Anche i *restitutionary damages*, infatti, sono considerati un'eccezione al principio meramente compensatorio dei *damages*.

Si tratta di una tipologia di *damages* la cui concettualizzazione è piuttosto recente, poiché il rimedio della *restitutio* ha trovato espresso riconoscimento nella giurisprudenza inglese solo con la decisione della House of Lords nel caso *Lipkin Gorman v Karpnale*⁴⁵⁷, mentre i primi *restitutionary damages* sono stati liquidati solo con la decisione della Court of Appeal nel caso *Attorney General v Blake*⁴⁵⁸.

Da un punto di vista definitorio, Harvey McGregor propone la seguente definizione di *restitutionary damages*: «*in a nutshell, restitutionary damages arise where the commission of a wrong results in a benefit to the wrongdoer which exceeds and outstrips the loss to the person wronged, who suffers a lesser loss or, frequently, no loss at all. [...] the law of restitution is concerned with unjust enrichment and here we have a clear case of unjust enrichment*»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ [1964] A.C. 1129 at 1226.

⁴⁵⁶ PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 436.

⁴⁵⁷ [1991] 2 A.C. 548.

⁴⁵⁸ [1998] Ch. 439 CA.

⁴⁵⁹ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 491.

Il rimedio della restituzione può assumere due forme: in una prima forma colui che agisce cerca di recuperare i benefici - e solo quei benefici - che egli stesso ha conferito a un secondo soggetto (c.d. *benefit by subtraction*), con il che l'entità di quanto richiesto in restituzione non può eccedere la perdita subita dal richiedente; una seconda tipologia di restituzioni, invece, è quella in cui i benefici provengono da parti terze e comunque non consistono in una perdita per il soggetto richiedente (*benefit through wrongdoing*).

Poiché l'obiettivo dei *restitutionary damages* non è quello di risarcire un *damnum* ma piuttosto quello di provvedere a *reverse the enrichment* vi è stata molta diffidenza in dottrina e giurisprudenza sulla circostanza che si vertesse di veri e propri *damages*.

Ad ogni modo, i *restitutionary damages* sembrano partecipare genuinamente alla natura dei *damages*. Ciò è particolarmente visibile da una analisi dei settori e delle circostanze che danno luogo ai *restitutionary damages*.

Un primo settore in cui è possibile tradizionalmente rinvenire la concettualizzazione dei *restitutionary damages* è quello dei *torts* nel diritto proprietario e in particolare i casi di occupazione illecita della terra altrui.

In tali casi, la tradizione giuridica inglese ha rinvenuto lo spazio per l'applicazione dei *compensatory damages* sulla base di due *fictio* giuridiche differenti, le quali, tuttavia, alla luce di una più corretta ricostruzione interpretativa, rivelano la loro inidoneità a celare un caso di *damages non compensatory*.

La prima di tale *fictio* è quella enucleata da Nicholls L.J. nel caso *Stoke City Council v W. & J. Wass Ltd*⁴⁶⁰, secondo il quale in caso di occupazione illecita della proprietà altrui il soggetto il quale ha subito l'utilizzo improprio della propria terra senza il suo consenso avrebbe diritto a richiedere un importo che dovrebbe ragionevolmente essere pari a quello che egli avrebbe richiesto qualora avesse inteso concedere l'utilizzo della proprietà. Secondo tale orientamento, tale soggetto avrebbe comunque subito una perdita pari a tale importo a cui avrebbe avuto diritto e che non gli era stato corrisposto. In tale modo, veniva configurato il diritto del soggetto occupato al risarcimento dei *damages*.

Un diverso tentativo di concettualizzare i *restitutionary damages* quali *compensatory damages* era quello enucleato nel c.d. *contract case Experience Hendrix*⁴⁶¹, nel quale viene previsto il diritto del soggetto che vede illecitamente occupata la sua proprietà a ottenere una "compensazione" per la perdita di opportunità contrattuali.

⁴⁶⁰ [1988] 1 W.L.R. 1406 CA at 1416D.

⁴⁶¹ [2003] 1 All E.R. (Comm.) 830 CA.

Solo recentemente si assiste ad una rivisitazione della categoria concettuale dei *damages* derivanti da occupazione illecita della proprietà altrui, riconoscendo, in tali casi, la configurabilità dei *restitutionary damages*.

Nel caso *Attorney General v Blake*, ad esempio, Lord Nicholls ha riconosciuto che, sebbene non vi sia dubbio che il proprietario sia titolare di un determinato diritto (o *entitlement*) nei confronti del *wrongdoer*, ciononostante «*more difficult is the alignment of this measure of damages within the basic compensatory measure*»⁴⁶², aggiungendo altresì che «*these awards cannot be regarded as conforming to the strictly compensatory measure of damage for the injured person's loss unless loss is given a strained and artificial meaning. The reality is that the injured person's rights were invaded but, in financial terms he suffered no loss*»⁴⁶³.

Tale cambio di prospettiva è ad esempio presente nell'intervento di Hoffmann L.J. che, nel caso *Ministry of Defence v. Ashman*⁴⁶⁴, nell'ambito di un'azione volta al ristoro dei c.d. "mesne profits" di una illecita occupazione di proprietà ha affermato: «*It is true that in earlier cases it has not been expressly stated that a claim for trespass can be a claim for restitution. Nowadays I do not see why we should not call a spade a spade*».

Il caso dei *torts* nell'ambito del *land right* non costituisce l'unico ambito all'interno del quale è possibile rinvenire la configurazione di *restitutionary damages*.

Un altro tipico ambito, sempre nel contesto del diritto proprietario, è quello della *wrongful interference with goods* di cui al famoso caso *Watson Laidlaw & Co Ltd v Pott, Cassels and Williamson*⁴⁶⁵, così esemplificato dalle parole di Lord Shaw: «*If A, being a liveryman, keeps his horse standing idle in the stable, and B, against his wish or without his knowledge, rides or drives it out, it is no answer to A for B to say: "Against what loss do you want to be restored? I restore the horse. There is no loss. The horse is none the worse; it is the better for the exercise"*»⁴⁶⁶.

Medesimo spazio riveste il rimedio in esame nell'ambito della responsabilità contrattuale, dove sono rinvenibili tre interessanti casi di *case-law* che appare opportuno ai nostri fini brevemente richiamare.

⁴⁶² [2001] 1 A.C. 279D.

⁴⁶³ [2001] 1 A.C. 279E.

⁴⁶⁴ (1993) 25 H.L.R. 513 CA.

⁴⁶⁵ (1914) 31 R.P.C. 104 HL.

⁴⁶⁶ (1914) 31 R.P.C. 104 HL.

Il primo di tali casi è quello conosciuto come *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*⁴⁶⁷ e riguardava la costruzione da parte di Parkside di 55 edifici sul suolo di sua proprietà, in violazione tuttavia di un *restrictive covenant* in essere con il Wrotham Park Estate in Wrotham Park (Hertfordshire) e nonostante l'opposizione espressa di quest'ultimo.

La violazione del *restrictive covenant* da parte di Parkside avrebbe dovuto comportare, a stretto rigore, l'applicazione di rimedi afferenti alle *property rules* in modo da ricostituire l'ordine di cose pregresso in favore di Wrotham Park.

All'esito del giudizio, tuttavia, la Corte decise di non ordinare la demolizione delle costruzioni e di liquidare viceversa un importo a titolo di *damages* in sostituzione di una *injunction* o di una pronuncia di *specific performance*. Tale importo venne misurato in funzione dell'ammontare che avrebbe potuto essere richiesto dall'attore quale corrispettivo per il venir meno del *restrictive covenant* e ciò - si badi bene - nonostante fosse evidente che Wrotham Park Estate non avrebbe mai acconsentito ad un venire meno dello stesso *covenant*⁴⁶⁸.

La Corte dunque decide di liquidare un'indennità calcolata sulla base di un *hypothetical release bargain*⁴⁶⁹ e facendo applicazione di quello che potremmo chiamare lo *user principle*, rinvenibile in giurisprudenza, oltre che nel caso di violazione di un *restrictive covenant* qual è quello di Wrotham Park anche in una molteplicità di casi ulteriori, quali: la violazione di un patto collegato volto a limitare lo sfruttamento di una determinata proprietà⁴⁷⁰; lo sconfinamento illegittimo di proprietà⁴⁷¹; il caso del c.d. *tort of nuisance by infringement of the right to light*⁴⁷²; nonché nel caso di violazione di un patto contenente obblighi di limitare l'utilizzo da parte di un determinato soggetto di *master tapes*⁴⁷³ o di *particular initials*⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ [1974] 1 WLR 798.

⁴⁶⁸ BURROWS A., *Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary, or Neither?*, in SAIDOV D., CUNNINGTON, R., *Current Themes in the Law of Contract Damages*, Oxford, 2008, 165 e ss..

⁴⁶⁹ BURROWS A., *op. cit.*, 165 e ss..

⁴⁷⁰ *Lane v O'Brien Homes Ltd* [2004] EWHC 303.

⁴⁷¹ *Bracewell v Appleby* [1975] Ch 408; *Jaggard v Sawyer* [1995] 1 WLR 269; *Severn Trent Water Ltd v Barnes* [2004] EWCA Civ 570.

⁴⁷² *Carr-Saunders v Dick McNeil Associates Ltd* [1986] 2 All ER 888; *Tamara (Vincent Square) Ltd v Fairpoint* [2007] EWHC 212.

⁴⁷³ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc* [2003] EWCA Civ 323; [2003] 1 All ER (Comm) 830.

L'utilizzo di tale strumento rimediale è stato ritenuto da parte di alcuna dottrina in linea con il principio compensatorio dei *damages* in quanto, nella sostanza, all'attore viene garantita un'indennità corrispondente all'"*opportunity to bargain with the defendant*"⁴⁷⁵. Tale ricostruzione non appare convincente tuttavia poiché, come dimostra lo stesso caso Wrotham Park, in molti casi l'attore non si sarebbe determinato a contrattare un prezzo per la violazione del proprio *entitlement* preferendo viceversa godere del pieno e assoluto *entitlement*. Come è stato efficacemente sottolineato da Burrows, anche per la terminologia utilizzata: «*But here we must assume not merely that the defendant would have been willing to 'buy the right', so as not to commit a wrong, but also that the claimant would have been willing to 'sell the right'*»⁴⁷⁶.

Una seconda ricostruzione dei Wrotham Park *damages* in chiave di principio compensatorio dei *damages* è quella assunta da Mitchel McInnes, che, contrastando le conclusioni di Burrows, sostiene invece che i Wrotham Park *damages* non siano tanto il corrispettivo per aver perso l'"*opportunity to bargain*", quanto piuttosto il corrispettivo per lo stesso venir meno del proprio diritto (o *entitlement* che dir si voglia). Osserva McInnes che «*[By] rejecting the loss-based alternative [to a restitutionary analysis] Burrows errs in both precedent and principle. ... The fatal error consists in the assumption that the only possible loss in such circumstances is the loss of an actual bargain. ... Where a property right has been violated without any other adverse effects, damages are not intended to replicate the contract the parties actually would have created if given a chance. The court aims instead to restore the value of the lost right per se. The focus is not on the hypothetical bargain that the parties might have reached, but rather on the reason why the claimant could have demanded a bargain in the first place*»⁴⁷⁷.

Indipendentemente dalla ricostruzione dottrinale cui si voglia aderire, volendo adottare un parallelismo con il diritto italiano, sembra abbastanza evidente che i Wrotham Park *damages* non siano aderenti ad un principio compensatorio (declinato alla stregua del principio reintegratorio della responsabilità civile italiana). E, infatti, quand'anche si volesse rinvenire in tali *damages* una compensazione per la perdita del proprio

⁴⁷⁴ *WWF-World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation* [2007] EWCA Civ 286.

⁴⁷⁵ Sharpe and Waddams in their pathbreaking article, 'Damages for Lost Opportunity to Bargain', (1982) 2 OJLS 290.

⁴⁷⁶ BURROWS A., *Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary, or Neither?*, cit., 165 e ss..

⁴⁷⁷ MCINNES M., *Gain, Loss and the User Principle*, RLR, 2006, 76.

entitlement, in ogni caso tale compensazione non sarebbe idonea a ristabilire lo *status quo ante* essendo parametrata a criteri che non sarebbero in ogni caso idonei a riampiare l'*entitlement* compreso.

La tesi "compensatoria" è solo una delle ricostruzioni offerte dalla dottrina al fine di assegnare una qualificazione giuridica - e pertanto inquadrare - il fenomeno che abbiamo definito dei *Park damages*.

Alla tesi compensatoria si sono aggiunte quella di Barrows, secondo cui si tratterebbe di *restitutionary damages*, e quella di Robert Steven, secondo cui i *damages* in questione non sarebbero né *compensatory* né *restitutionary*⁴⁷⁸ ma piuttosto la loro funzione sarebbe quella di *vendicate the right infringed*⁴⁷⁹.

In particolare, la decisione di non provvedere all'ordine di demolizione dell'opera e la preferenza, in luogo di questo, per la liquidazione di un importo a titolo di *damages* in coerenza con quanto disposto dal *Lord Cairns' Act* veniva così spiegata da Brightman J: «[...] *the defendants argue that the damages are nil or purely nominal, because the value of the Wrotham Park Estate as the plaintiffs concede is not diminished by one farthing in consequence of the construction of a road and the erection of 14 houses on the allotment site. If, therefore, the defendants submit, I refuse an injunction I ought to award no damages in lieu. That would seem, on the face of it, a result of questionable fairness on the facts of this case [...]. If, for social and economic reasons, the court does not see fit in the exercise of its discretion, to order demolition of the 14 houses, is it just that the plaintiffs should receive no compensation and that the defendants should be left in undisturbed possession of the fruits of their wrongdoing? Common sense would seem to demand a negative answer to this question. [...] In the present case I am faced with the problem what damages ought to be awarded to the plaintiffs in the place of mandatory injunctions which would have restored the plaintiffs' rights. If the plaintiffs are merely given a nominal sum, or no sum, in substitution for injunctions, it seems to me that justice will manifestly not have been done*».

Ciò che emerge da questo caso e da come le corti lo hanno deciso è un tipico esempio di applicazione in via interpretativa della metodologia di analisi economica del diritto al fine di individuare il rimedio concretamente applicabile al caso di specie. E' evidente, infatti, che le Corti abbiano preferito utilizzare dei rimedi governati dalle *liability rules*

⁴⁷⁸ STEVENS R., *Torts and Rights*, 2007.

⁴⁷⁹ Conformemente nel *case-law v. Jaggard v Sawyer to Wrotham Park*[1995] 1 WLR 269, 000.

(ossia i *damages*) piuttosto che dei rimedi governati dalle *property rules* (ossia l'*injunction* e la *specific performance*).

Guardiamo il ragionamento della Corte, come emerge dalle parole di Andrew Burrows: «*The defendants were advised that the restrictive covenant was unenforceable and therefore pressed on with the building work albeit aware that they were taking some risk in so doing. At trial, Brightman J refused to grant the mandatory restorative injunction sought because demolition would constitute a waste of much needed housing. But he awarded substantial damages in substitution for that injunction under Lord Cairns' Act. That was so even though the claimant accepted that it had suffered no loss in the sense that the value of its land had not been diminished by the construction of the houses. The damages were assessed using a hypothetical bargain approach. The reasoning was as follows:*

(i) There were two ways in which the defendant could have complied with the restrictive covenant. One was not to build. The other was to build having sought from the claimant, and been granted, a release from the covenant.

(ii) In line with the second hypothesis, damages should be awarded on the basis of what would have been a reasonable price for the claimant to have accepted for releasing the defendants.

(iii) In assessing that reasonable price, it was relevant to consider, inter alia, what the defendants' actual profit from the development had been. The actual profits were conceded to be £50,000 and Brightman J held that a reasonable price would have been 5% of that which was £2,500. Damages of £2,500 were therefore awarded»⁴⁸⁰.

Cioè le Corti ritengono che il Giudice possa sostituirsi alle parti per dare un prezzo all'inadempimento, in sostanza per configurare una *penalty clause* senza accordo.

E' interessante che le Corti inglesi intendano questo rimedio alla stregua di quello restitutorio da arricchimento ingiustificato, così suggerendo all'interprete italiano di interrogarsi circa il quesito se le indennità oggi ricavate in via interpretativa dalla giurisprudenza non traggano origine proprio dal principio dell'arricchimento ingiustificato.

Qui si può solo sollevare una suggestione, non essendovi né il tempo né lo spazio di approfondire ulteriormente il punto; trattasi tuttavia di una suggestione non trascurabile

⁴⁸⁰ BURROWS A., *Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary, or Neither?*, in SAIDOV D., CUNNINGTON R., *Current Themes in the Law of Contract Damages*, Oxford, 2008, 165 e ss..

soprattutto se ci si colloca nel solco di quelle che sono le conseguenze sul piano interpretativo dei ragionamenti delineati nel presente lavoro.

Tornando ai *restitutionary damages* in ambito contrattuale, secondo Lord Woolf M.R.⁴⁸¹ ci sono almeno tre casi in cui questi possono essere liquidati.

La prima ipotesi è quella in cui una parte contrattuale riceve un *benefit by under-performance of the contract*, ossia da una non perfetta esecuzione dei propri obblighi contrattuali, seppur da ciò non sia derivato un danno effettivo in capo al *claimant*.

Una migliore esemplificazione del caso di specie è presente nel vecchio caso della Louisiana *City of New Orleans v Firemen's Charitable Association*⁴⁸².

Il caso riguardava lo svolgimento in regime di appalto di un servizio di *firefighting* che venne svolto da parte dell'impresa aggiudicataria con un insieme di mezzi e strutture ben inferiori (in termini di uomini, cavalli e pompe) a quanto contrattualmente previsto. Ciononostante, il servizio era stato svolto alla perfezione poiché non vi era stata alcuna necessità, per far fronte agli incendi occorsi, di ricorrere ad un armamentario maggiore.

La seconda ipotesi riguarda il caso in cui una parte contrattuale trae dei vantaggi dall'aver posto in essere esattamente quella condotta che questi aveva promesso di non porre in essere. Il caso è quello della stipula di *restrictive covenant*, come era ad esempio nel sopra richiamato caso *Wrotham Park*⁴⁸³ dove i costruttori avevano proceduto alla costruzione degli edifici nonostante ciò fosse a essi inibito dalla vigenza, per l'appunto, di un *restrictive covenant*.

La terza ipotesi riguarda il caso in cui una parte contrattuale non adempie il proprio contratto perché, successivamente alla stipula di questo, ne stipula un secondo per questa più conveniente al quale solo da esecuzione.

In realtà, spesso in questa situazione la richiesta di liquidazione di *restitutionary damages* è stata rigettata dalle Corti. E' il caso di *AB Corporation v CD Co, The Sine Nomine*⁴⁸⁴ in cui l'arbitro Staughton L.J. ha affermato che: «*It is by no means uncommon for commercial contracts to be broken deliberately because a more profitable opportunity has arisen. Or the contract-breaker takes an over-generous view of his rights, knowing that the law may ultimately be against him. In such a case he may have little or nothing to lose by taking the chance; the downside at worst is that he will have to pay the costs of both sides. International commerce on a large scale is red in*

⁴⁸¹ Attorney General v. Blake [2001] 1 A.C. 268.

⁴⁸² 43 La. Ann. 447; 9 So. 486 (1891).

⁴⁸³ [1974] 1 W.L.R. 798.

⁴⁸⁴ [2002] 1 Lloyd's Rep. 805.

tooth and claw. We do not say that the Respondents' action was either deliberate or cynical wrongdoing in this case; they had a respectable argument on liability, although a commercial judge refused their application for leave to appeal. [...] Our solution to the present problem is that there should not be an award of wrongful profits where both parties are dealing with a marketable commodity - the services of a ship in this case - for which a substitute can be found in the market place. In the ordinary way the damages which the claimant suffers by having to buy in at the market price will be equal to the profit which the wrongdoer makes by having his goods or his ships' services to sell at a higher price. It is in the nature of things unlikely that the wrongdoer will make a greater profit than that. And if he does, it is an adventitious benefit which he can keep. The commercial law of this country should not make moral judgment, or seek to punish contract-breakers»⁴⁸⁵.

Ulteriore esempio di *non-compensatory damages* è quello dei *liquidated damages/penalties*.

Anzitutto è necessario distinguere tra *liquidated damages* e *penalties*.

In breve, i *liquidated damages* sono somme di denaro che costituiscono una stima genuina dei danni che potrebbero derivare da un possibile inadempimento di una delle parti contrattuali. La finalità della clausola è quella di evitare, laddove l'importo da liquidare a titolo di danno a fronte dell'inadempimento è destinato ad essere incerto, l'aleatorietà connessa con la prova della sussistenza e dell'entità del danno subito⁴⁸⁶.

Le *penalties* invece hanno la natura di un «*threat fixed in terrorem of the other party*»⁴⁸⁷, e hanno l'obiettivo di disincentivare la parte a cui carico è posta la clausola penale dal porre in essere una qualche forma di inadempimento del contratto⁴⁸⁸.

Più recentemente, Colman J. nel caso *Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia* ha precisato che «*whether a provision is to be treated as a penalty is a matter of construction to be resolved by asking whether at the time the contract was entered into the predominant contractual function of the provision was to deter a party from breaking the contract or to compensate the innocent party for breach*»⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ [2002] 1 Lloyd's Rep. 805 at para. 9/10.

⁴⁸⁶ *Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda* [1905] A.C. 6 at 19; *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co.* [1915] A.C. 79 at 86.

⁴⁸⁷ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 531.

⁴⁸⁸ Il riferimento ai medesimi casi sopra citati può essere riproposto: *Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda* [1905] A.C. 6 at 19; *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co.* [1915] A.C. 79 at 86.

⁴⁸⁹ *Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia* [1996] Q.B. 752.

Come accade con la clausola penale di diritto italiano, il soggetto in favore del quale è stata predisposta la clausola può azionarla per effetto del mero inadempimento della sua controparte, non essendo invece necessario né, da una parte, fornire la prova del danno effettivamente subito né, dall'altra parte, fornire prova del quantum del danno medesimo.

Diversamente da quanto accade nella prassi italiana, tuttavia, solitamente i *liquidated damages* ammontano ad un importo ben superiore al danno effettivamente subito a seguito dell'inadempimento e, ciononostante, essi devono essere liquidati in favore della parte adempiente. La parte inadempiente non ha invece alcuna possibilità né di dimostrare che la controparte ha subito un danno inferiore né di dimostrare che tale danno è stato in qualche modo "mitigato" e che, pertanto, i *liquidated damages* sarebbero dovuti in misura solo parziale o inferiore⁴⁹⁰.

D'altro canto, nel caso - statisticamente meno frequente - in cui i *liquidated damages* risultino essere di importo inferiore rispetto al danno subito dalla vittima dell'inadempimento, quest'ultima non potrà chiedere una maggiorazione dello stesso importo risarcitorio. Ciò accade per di più quando la clausola penale viene stipulata a fronte di vari possibili inadempimenti, non tutti dello stessa importanza, e nel caso concreto viene posto in essere l'inadempimento più grave⁴⁹¹.

Ovviamente la vittima dell'inadempimento può agire per la piena compensazione del danno subito in ogni caso di inadempimento non coperto dai *liquidated damages* (c.d. *unliquidated damages*)⁴⁹².

A differenza dei *liquidated damages*, che dunque sono ammessi nell'ordinamento inglese di *Common Law*, le Corti rifiutano di dare attuazione alle *penalties* stipulate dalle parti contrattuali, anche quando queste ultime siano espressamente identificate dalla parti stesse come *liquidated damages*.

Nel caso in cui le parti abbiano convenuto delle *penalties*, pertanto, la vittima dell'inadempimento rimane pur sempre libera di agire per la tutela dei propri diritti ma solamente tramite l'*ordinary way* e non già azionando la clausola penale convenuta in contratto⁴⁹³.

⁴⁹⁰ *Abrahams v Performing Right Society* [1995] I.C.R. 1028 CA.

⁴⁹¹ *Bath and North East Somerset DC v Mowlem* [2005] 100 Con. L. R. 1 CA.; *Diesel v Stevenson* [1906] 2 K.B. 345; *Talley v Wolsey-Neech* (1978) 38 P. & C.R. 45 CA.

⁴⁹² *Aktieselskabet Reidar v Arcos* [1927] 1 K.B. 352 CA.

⁴⁹³ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 538. V., in giurisprudenza, *Jobson v Johnson* [1989] 1 W.L.R. 1026 CA.

Un settore del diritto inglese in cui è prassi frequente di utilizzare i *liquidated damages* è quello del diritto del lavoro e, in particolare, degli *employment contracts*. Vale la pena soffermarci brevemente sul punto anche considerando le notevoli ripercussioni sul sistema di responsabilità civile italiano che hanno avuto proprio le recenti modifiche legislative in campo giuslavoristico, che sono state illustrate, per quanto qui rileva, nel capitolo secondo del presente lavoro.

La prima casistica di cui dare atto è quella di due contenziosi (*Astley v Weldon*⁴⁹⁴ e *Kemble v Farren*⁴⁹⁵) risalente agli inizi del diciannovesimo secolo relativa all'assunzione da parte di un teatro, rispettivamente, di un'attrice e di un attore. In entrambi i casi il contratto conteneva una clausola che prevedeva che, in ogni caso di inadempimento del contratto da parte di una delle due parti, questa avrebbe dovuto pagare all'altra un significativo importo quale *stipulated sum*.

In entrambi i casi, tale somma venne ritenuta una *penalty* dalle Corti, e, come tale, *unenforceable* e ciò poiché il medesimo importo veniva imputato a qualsivoglia tipologia di inadempimento, indipendentemente dal suo grado di importanza e gravità.

Come rilevato da McGregor, «*these cases illustrate that type of contractual provision which stipulates one identical sum for breach by either party: such a stipulation can hardly ever constitute liquidated damages*»⁴⁹⁶.

La situazione è differente tuttavia nel caso in cui le parti abbiano convenuto una *stipulated sum* connessa con una sola tipologia di inadempimento, nel quale caso la giurisprudenza è in linea nel riconoscere la sussistenza e la validità della clausola penale, intesa quindi quale *liquidated damages*.

E' stata, ad esempio, ritenuta legittima la stipula di una clausola che prevedeva il pagamento di una penale da parte del lavoratore che, dopo aver beneficiato di un periodo di formazione pagato dal proprio datore di lavoro, avesse rassegnato le proprie dimissioni prima di un determinato periodo in cui si era impegnato a rimanere alle dipendenze dello stesso datore di lavoro nell'ambito di un patto di stabilità⁴⁹⁷.

L'utilizzo delle clausole penali ha destato molto interesse da parte degli studiosi di analisi economica del diritto poiché, tramite le penali, le parti regolamentano e distribuiscono i propri incentivi all'adempimento e all'inadempimento del contratto.

⁴⁹⁴ (1801) 2 B.&P. 346.

⁴⁹⁵ (1829) 6 Bing. 141.

⁴⁹⁶ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 556.

⁴⁹⁷ *Neil v Strathclyde Regional Council* [1984] I.R.L.R. 14 (Scottish case).

In particolare, in letteratura sembra che ci sia consenso circa l'opportunità di mantenere i *liquidated* (ma anche gli *underliquidated*) *damages* in quanto meccanismi e strumenti in grado di procurare soluzioni efficienti.

Senza pretesa di esaustività, si può richiamare come, tramite i *liquidated damages*, le parti individuino *ex ante* il potenziale danno cui esse potrebbero essere esposte in caso di inadempimento dell'altra parte; in tal modo, esse evitano che l'accertamento e la liquidazione del danno sia rimessa alla discrezionalità di un giudice terzo, il quale spesso si è rivelato inidoneo a tale compito.

Tramite la stipula di una clausola penale, tuttavia, le parti possono anche raggiungere obiettivi diversi obiettivi, quali quello di decidere *ex ante* il livello di precauzioni e di misure di sicurezza che ciascuna di essa è disposta a porre in essere onde evitare l'inadempimento.

Infine, i *vindictory damages* costituiscono l'ultima categoria di *non-compensatory damages* di cui si vuole dare atto nel presente lavoro.

I *vindictory damages* sono il risultato di un'elaborazione concettuale relativamente recente, non essendo riscontrabili nella giurisprudenza del passato e, peraltro, dovendo attendere del tempo prima che la giurisprudenza, pur avendo cominciato ad utilizzare di fatto dei *vindictory damages*, ne assumesse piena consapevolezza e indicasse tali *damages* con il nome tecnico di *vindictory damages*.

Secondo McGregor, «*vindictory damages primarily aim to protect a person's reputation, by showing publically through a substantial award of damages that his or her reputation is secure. These damages therefore go beyond compensation for loss. Vindacatory damages have also recently been considered in a very different context where they have a very different meaning, being damages for infringement of a right*»⁴⁹⁸.

L'utilizzo dei *vindictory damages* tradizionalmente comincia con il caso *Rook v Fairrie*⁴⁹⁹, anche se è solo con il caso *Hook v Cunard S.S. Co* che la giurisprudenza utilizza espressamente una terminologia che evocasse espressamente la connotazione vindicatoria dei *vindictory damages*, come risulta evidente dalle parole utilizzate da Slade J. che affermò: «*it is fortunate for the defendants that I, not sitting with a jury, am able to make it clear that there is no vestige of ground, nor has any vestige of ground been suggested by the defendants, for casting the slightest aspersion on the plaintiff's*

⁴⁹⁸ MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., 598.

⁴⁹⁹ [1941] 1 K.B. 507 CA.

character. I am, therefore, able to vindicate him in this court, and it is not necessary for me to vindicate him by visiting a heavy sum of damages on the defendants for their conduct in this matter as a jury might well have done, that being the only way in which they could have made it clear that there is no stain of any kind on his character»⁵⁰⁰.

Il caso si riferiva ad una fattispecie in cui uno steward in una nave da crociera fu ingiustamente accusato da un passeggero di aver aggredito la figlia di questi, e, a seguito di tale accusa, lo steward fu ingiustamente arrestato.

Un secondo ambito in cui vengono utilizzati i *vindictory damages* è quello della liquidazione di *damages* quale "vendetta" per la violazione di un diritto, e, in particolare, di un diritto costituzionale.

Molti di questi casi riguardano condotte disdicevoli dei membri di polizia quali arresti, aggressioni e trattamenti degradanti, nell'ambito dei quali venivano violati molti diritti fondamentali e costituzionali dei soggetti coinvolti, quali la libertà personale e il diritto alla sicurezza.

Il caso principale è quello conosciuto con il nome *Attorney General of Trinidad and Tobago v Ramanoop*⁵⁰¹, in cui Lord Nicholls affermò *«the fact that the right violated was a constitutional right adds an extra dimension to the wrong. An additional award, not necessarily of substantial size, may be needed to reflect the sense of public outrage, emphasise the importance of the constitutional right and the gravity of the breach, and deter further breaches»⁵⁰².*

Successivamente, i *vindictory damages* furono utilizzati anche in connessione con la violazione di una diversificata tipologia di diritti.

Il caso *Mosley v News Group Newspapers Ltd*⁵⁰³, ad esempio, riguardava la pubblicazione di articoli contenenti la notizia di pratiche sadomaso da parte di una serie di soggetti pubblici. In tale caso Eady J. ha ritenuto sussistere i presupposti per la liquidazione di un importo a titolo di *vindictory damages*, sulla base della circostanza che la giurisprudenza era oramai orientata a riconoscere tale tipologia di *damages* non solo in caso di danno alla reputazione ma anche in caso di violazione di un diritto.

Così affermava Eady J.: *«It seems to me that the only realistic course is to select a figure which marks the fact that an unlawful intrusion has taken place while affording*

⁵⁰⁰ [1953] 1 W.L.R. 682 at 686.

⁵⁰¹ [2006] 1 A.C. 328 PC.

⁵⁰² [2006] 1 A.C. 328 PC at para. 19.

⁵⁰³ [2008] E.M.L.R. 20, 679.

*some degree of solatium to the injured party. That is all that can be done in circumstances where the traditional object of restitutio is not available*⁵⁰⁴.

6. Considerazioni sul paradigma della responsabilità civile a cavallo tra diritto inglese e diritto italiano

Con l'esame di tale ultima tipologia di *non-compensatory damages* termina la presente panoramica – volutamente breve e solo accennata – sui *damages* nel diritto inglese, dalla quale possiamo provare a formulare alcune considerazioni che siano di utilità ai fini dell'analisi che si è cercato di perseguire nel presente lavoro.

Anzitutto, è evidente che il sistema di *damages* di diritto inglese si fonda, tradizionalmente, sul principio compensatorio dei *damages* tale per cui il risarcimento del danno è volto a ripristinare lo *status quo ante* del danneggiato, ossia della vittima dell'illecito contrattuale (nella *law of obligation*) ed extracontrattuale (nella *tort law*).

Il principio compensatorio dei *damages* corrisponde pertanto a quello che nel diritto italiano abbiamo chiamato la funzione reintegratoria/compensativa della responsabilità civile, che fino ad oggi giurisprudenza e dottrina hanno affermato essere la unica connotazione possibile del paradigma di responsabilità.

L'analisi del *Common Law* inglese ha però dimostrato che vi è una serie di differenti tipologie di *damages* si affiancano ai *compensatory damages*, ossia i *non-compensatory damages* che sono stati, seppur velocemente, passati in rassegna nel presente paragrafo.

Ebbene, a ben vedere, un banale e semplicistico raffronto tra tali tipologie di *non-compensatory damages* e i modelli normativi richiamati nel primo capitolo dimostrano che, in realtà, anche il diritto italiano conosce esempi di modelli normativi di responsabilità che sono ben lungi dal soddisfare le istanze della funzione reintegratoria della responsabilità.

La conclusione è dunque che modelli compensatori e non compensatori (o reintegratori che dir si voglia) convivono - in Italia come in Inghilterra, negli ordinamenti di *Civil Law* come in quelli di *Common Law* - all'interno del paradigma di responsabilità civile, il quale pertanto non può vivere della sola funzione reintegratoria/compensativa.

7. La nuova funzione della responsabilità civile e il ritorno dai rimedi alle categorie

⁵⁰⁴ [2008] E.M.L.R. 20 at para. 231.

La conclusione del nostro ragionamento risiede nella necessità di ripensare, una volta per tutte, il paradigma della responsabilità civile nell'ottica di uno strumento di organizzazione "politica" dei comportamenti umani.

Perseverare a considerare la responsabilità quale mero strumento di reintegrazione del patrimonio del danneggiato significa annichilire le potenzialità interpretative della responsabilità civile, nonché, soprattutto, contraddire le scelte di politica legislativa adottate nel corso degli anni che hanno gradualmente mutato il contesto e il contenuto entro cui va oggi letta la "parabola" della responsabilità civile.

Al fine di svolgere questa nuova lettura, l'interprete dovrà principiare, come visto, da un'analisi del nuovo assetto rimediario a sostegno dei modelli normativi di responsabilità civile.

Solo in tale modo si potrà comprendere come al rimedio tradizionalmente associato alla responsabilità, ovvero il risarcimento del danno, devono essere necessariamente associati rimedi pur sussumibili nell'alveo della responsabilità, quali indennità e indennizzo, che anzi oggi rivestono il ruolo di assolvere a funzioni cui i modelli di responsabilità risarcitoria non sono in grado di rispondere.

Assunta dunque la consapevolezza, per il tramite di un'analisi dei rimedi, che i modelli normativi di responsabilità sono eterogenei, deve riconoscersi altresì la polivalenza dell'intero paradigma della responsabilità civile, la quale sembra dunque volta al coordinamento e all'organizzazione dei comportamenti dei soggetti di diritto.

Così termina la fase ricostruttiva e deduttiva del lavoro dell'interprete, e questi è ora chiamato, con questa nuova consapevolezza, a risolvere le discrepanze del sistema.

Ogni modello normativo deve dunque essere calato dall'interprete in un contesto non più rigidamente incardinato nel solco della compensatorietà della responsabilità, ma in quello flessibile della strumentalità di quest'ultima agli obiettivi di politica legislativa che il legislatore si è predisposto.

L'augurio è che finalmente questa nuova consapevolezza potrà permettere di superare quelle resistenze che finora hanno costituito un limite ontologicamente invalicabile a soluzioni interpretative, che non solo non si pongono in contraddizione, ma sembrano invece da auspicate dal sistema di responsabilità civile italiano.

A tal riguardo, quella dell'ingresso dei *punitive damages* nel nostro ordinamento potrebbe, senz'altro, essere la conseguenza interpretativa più clamorosa, ma probabilmente anche la più marginale dal punto di vista della sua rilevanza statistica e concettuale. E ciò anche in considerazione del fatto che, stante l'attuale contesto

normativo, i *punitive damages* non potranno che conseguire al riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri, come è nel caso di cui alla nota pronuncia n. 1183/2007⁵⁰⁵, con cui la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto incompatibili i danni punitivi con l'ordine pubblico italiano argomentando che nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione sarebbe estranea al risarcimento del danno, essendo viceversa assegnato alla responsabilità civile il mero compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione.

Che tale non sia la giusta lettura del paradigma della responsabilità si è già ampiamente detto nel corso del presente lavoro.

Si è infatti visto come la funzione reintegrativa/compensativa sia propria solo di alcuni modelli normativi e non già dell'intero paradigma della responsabilità che invece sembrerebbe fungere da catalizzatore di obiettivi di politica legislativa, con funzione talvolta compensativa, talaltra reintegratoria, talaltra ancora sanzionatoria e quindi punitiva.

Ad ogni modo, le vere frontiere interpretative di una lettura del paradigma della responsabilità in chiave organizzativa – come detto, la funzione delle funzioni della responsabilità – sono altre e risiedono nella piena conformità al paradigma di modelli non solo ultra-compensativi ma anche sotto-compensativi in fattispecie in cui il legislatore non ha espressamente individuato il rimedio applicabile.

I rischi di una simile lettura, ovviamente, sono alle porte e risiedono nella stessa flessibilità che si vuol fare assumere al paradigma di responsabilità.

Assoggettare la responsabilità alle esigenze di politica legislative contemporanee vuol dire perdere per sempre la bussola dei valori e rimettere in mano ai giudici il compito di fissare un limite oltre il quale il modello normativo disegnato legislativamente contraddice i principi dell'ordinamento.

I limiti, ovviamente, sono quelli della Carta Costituzionale e dei diritti fondamentali dell'uomo, ma la declinazione degli stessi nei singoli casi concreti è, come noto, di difficile identificazione e può sfociare nel concreto rischio di crisi dei valori che solo il Giudice della Leggi ha il compito, e il dovere, di arginare.

Ma la crisi dei valori, se letta nel contesto del ripensamento delle categorie giuridiche (come la responsabilità), può investire anche la Corte Costituzionale come sembrerebbe

⁵⁰⁵ V. *supra* nota 144. Sul punto, v. di recente Cass. 15 aprile 2015, n. 7613 in *Guida al dir.*, 2015, 39, 79.

essere recentemente accaduto con la nota sentenza n. 85/2013⁵⁰⁶ che si è pronunciata sul caso ILVA, insinuando il dubbio che il diritto alla salute, sebbene fondamentale, non sia necessariamente assoluto e prevalente, e possa dunque essere bilanciato ad esempio con il diritto all'occupazione, così scoperchiando un vaso di Pandora che non può e non deve essere scoperchiato, al di là di tutto le letture economiciste e razionali che si voglia dare all'ordinamento giuridico italiano. Ed è questo il rischio di deriva che l'interprete deve cercare di arginare.

L'auspicio è dunque quello di un ripensamento della responsabilità - in un doppio passaggio dall'esame del paradigma di responsabilità a quello dei rimedi e, nuovamente, da quello dei rimedi a quello dei modelli normativi - in chiave di organizzazione dei comportamenti, e nella consapevolezza dei limiti esterni di natura costituzionale entro cui tale organizzazione può svilupparsi.

⁵⁰⁶ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85 in *Foro it.*, 2014, 2, I, 441.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE A., *Non tutto ciò che è « virtuale » è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, 551
- ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. Dir. Priv.*, 2014, 4, 1141
- ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 311
- ALESSI R., *L'attuazione della Direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue impasse*, in ALESSI R. (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 12
- ALESSI R., *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 3, 770
- ALPA G., BESSONE M., *I fatti illeciti*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 1999, 42
- ALPA G., CHIASSONI P., PERICU A., PULITINI F., RODOTA' S., ROMANI F. (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, 1998, 196 e ss.
- ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003
- ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, 2010
- AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, 2012
- ABRESCIA M., *Governare la differenziazione. L'analisi economica del diritto e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 1
- ARZELA' A., *Le immissioni*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 527
- ATIYAH S., *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, in *Law Quart. Rev.*, 1978, 94, 216
- BALBO V., *Riflessioni sui profili risarcitori in tema di immissioni ex art. 844 cod. civ.*, 2005, in www.diritto.it
- BALESTRIERI M., *La preordinata volontà di non pagare il corrispettivo come causa di nullità della compravendita* in *Giust. civ.*, 2000, I, 135
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006
- BARBERO D., *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1959
- BARBIERATO D. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012, 55 e ss.

- BARBIERI P.N., FAZIO F., *Dibattito su mercati duali e contratto unico. Una analisi teorica*, 2012, in www.adapt.it
- BARBUTO M., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 173
- BARCELLONA E., *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, 171 e ss.
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impr.*, 2008, 120 e ss.
- BARCELLONA M., *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una « definizione »*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2012, 541 e ss.
- BARGELLI E., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 e ss.
- BARGELLI E., *Gli effetti del recesso nei principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in DE CRISTOFORO G. (a cura di), *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, 391 e ss.
- BAR-GILL O., *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, 2007, 7, 17
- BARILA' E., *Le immissioni da opere pubbliche come "espropriazioni larvate" indennizzabili*, in *Urb. e appalti*, 10, 2014, 1040
- BARNES D.W., LYNN A.S., *Economic Analysis of Tort Law*, St. Paul, 1992
- BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 27 e ss.
- BATTELLI E., *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 3, 927 e ss.
- BECHER S.I., *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That is Yet to be Met*, in *American Business Law Journal*, 45, 2008
- BELLANTUONO G., *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, 2001, in www.liuc.it
- BENOZZO M., *La responsabilità oggettiva del danno ambientale nel Codice dell'ambiente*, in *Amb. e sviluppo*, 2011, 10, 860 e ss.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, II, Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1979, 181 e ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile. La norma giuridica e i soggetti*, V, *La responsabilità*, Milano, 2002, 22

BIANCA C.M., *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 232

BLANCHARD O., TIROL J., *Contours of Employment Protection Reform*, MIT Department of Economics Working Paper no. 03-35

BOERI T., GARIBALDI P., *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, 2008

BONAMORE D., *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di «indennità, indennizzo, risarcimento» quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. Civ.*, 1998, 3245

BOUSQUET G.H., *Vilfredo Pareto, sa vie et sono oeuvre*, Paris, 1928

BOWLES R., *Diritto e economia*, Bologna, 1985, 189 e ss.

BREGANTE L., *Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Torino, 2006

BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 479

BRUNO F., ROZZI A., *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.* 2008, 3, 604

BURROWS A., *Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary, or Neither?*, in SAIDOV D., CUNNINGTON, R., *Current Themes in the Law of Contract Damages*, Oxford, 2008, 165 e ss.

BUSNELLI F.D., *In difesa della sentenza n. 184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1987, 443

BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 339 e ss.

BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643

BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 e ss.

BUSNELLI F.D., *Tre “punti esclamativi”, tre “punti interrogativi”, un “punto a capo”*, in *Giust. civ.*, 1994, 3035

BUSNELLI F.D., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 e ss.

BUSNELLI F.D., SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985

BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

CAFAGGI F., MICKLITZ H.W., *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*, in *EUI LAW Working Paper*, 2007, 22

CALABRESI G., *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven*, in *University of Chicago Law Review*, 1975, 43, 69

CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975

CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, *Harvard Law Review*, 1972, 85, 6, 1089 e ss..

CALABRESI G., *Torts - The Law of the Mixed Society*, *Texas L. Rev.*, 56, 1978, 519, anche disponibile su http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1999

CAMARDI C., *Contratti di consumatore e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 569

CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010, 322

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 831

CAMPEIS D., DE PAULI A., *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 771

CANARIS C.W., *L'inadempimento nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 629

CANNATA C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008

CAPPAI F., *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011

CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, 56 e ss.

CAPUTO O.M., *Occupazione acquisitiva non oltre la minima entità del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 338

CARINCI F., *Il Collegato...scollegato*, in *Giur. it.*, 2011, 11

CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 33

CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 5, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2013, 172

CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)*, in *Lav. giur.*, 2, 2015, 113 ss.

CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, 114

CARINCI M.T., *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione è titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale dell'ordinamento giuslavoristico*, in *Art. dir. lav.*, 2007, 4-5, 1019 e ss.

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2010

CARINGELLA F., DI MATTEO D., *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile*, Roma, 2013, 250

CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744

CARRARO L., *Recensione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 189

CARRATO A., *Lite temeraria, nuove frontiere del danno*, in *Dir. e giust.*, 2006, 45, 34

CASABURI G., *Art. 709 ter c.p.c: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, 2528

CASABURI G., *Il risarcimento del danno nel diritto d'autore*, in *Giur. merito*, 2010, 1194

CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 11, 834 e ss.

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 e ss.

CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, 397 e ss..

CASTRONOVO C., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 514

CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 3, 957 e ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 354

- CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 55
- CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1
- CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 5 ss.
- CASTRONOVO C., voce «Responsabilità oggettiva», in *Disc. priv. – Dir. comp. e stran.*, III, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1991, 8 e ss.
- CECCHERINI G., *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Contr. impr.*, 1991, 783
- CELLI A.G., *Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases*, in *New York University Law Review*, 1990, 65, 635
- CENDON P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149
- CESTER C., *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale e nuova tutela indennitaria*, in CESTER C. (a cura di) *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 73
- CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992
- CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013
- CHOI S.J., PRITCHARD A.C., *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Rev.*, 2003, 56, 1 e ss.
- CICCARELLO S., voce «Indennità (diritto privato)», in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, 105
- CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013
- CLERK J.F., LINDSELL W.H.B., BRAZIER M., *Clerk & Lindsell on Torts*, London, 2010
- COLANTUONI L., *Le azioni petitorie*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 979 e ss.
- COOTER R. D., *Torts as the Unions of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1987, 63, 522

- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole, Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006
- COOTER R.D., ULEN T.S., *Law and Economics*, Boston, 2004, 312
- CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006
- CORRIAS P., *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in MAFFEI D. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, *Quaderno Giuffrè di Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, 2014, 173 e ss.
- COSENTINO F., *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988, 484 e ss.
- CRASWELL R., *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 U. Chi. L. Rev., 1993, 1
- D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 37 e ss.
- D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 159 e ss.
- D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *I Rimedi*, Milano, 2006, 1004
- D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 148 e ss.
- D'AMICO G., voce «Nullità non testuale», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, 798 e ss.
- D'AMORE A., *Risarcibilità e quantificazione del danno esistenziale da immissioni eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2391
- D'ANGELO A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, 1048
- D'ANGELO A., *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1193
- D'AMELIO M., voce «Indennità», in *Noviss. Digesto. it.*, VI, Torino, 1938, 1006
- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979
- DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.* 1979, 319 e ss.
- DE MARZO G., *Occupazione appropriativa atto secondo: adesso tocca al legislatore?*; in *Foro amm.*, 1996, 3153
- DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 337

DEJANA G., *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, in *Annali triestini*, 1945, XVI, 295

DELLACASA M., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553

DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002

DI CATALDO V., *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1, 198 e ss.

DI GIOVINE O., *La responsabilità civile per danni cagionati da animali*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998

DI GIOVINE O., *La responsabilità civile per danni cagionati da cose*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998

DI GIOVINE O., *La responsabilità civile per danni da rovina di edificio*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 e ss.

DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002

DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 e ss.

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003

DI MARCO G., *Indennizzo e risarcimento nel diritto civile*, in *Resp. Impresa*, 4, 2000, 633

DI MARZIO F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 215 e ss.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 e ss.

DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 e ss.

DI MARZIO M., *Vita nuova per il danno da lite temeraria (in attesa che l'ennesima riforma rimescoli le carte)*, in *Giur. merito*, 2007, 1590

DI PAOLA S., PARDOLESI R., voce «Arricchimento, i) Azione di arricchimento», in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 4 e ss.

DIANA A.G., *Le immissioni (Tipologie, azioni e tutele)*, Milano, 2013, 355 e ss.

- DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, 208
- EISENBERG M.A., *The Bargain Principle and its Limits*, 95 *Harv. L. Rev.*, 1982, 741
- EPSTEIN R.A., *Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections*, U. *Chi. L. Rev.*, 73, 2006, 111
- EPSTEIN R.A., *Causation - in Context: An Afterword*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1987, 63, 653
- EPSTEIN R.A., *Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics*, in *Journal of Legal Studies*, 1979, 8, 477
- FABRIZI V.E., PERAGINE V., RAITANO M., *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, op. cit., 49 e ss.
- FAURE M.G., *Causal Uncertainty, Joint and Several Liability, and Insurance*, in K; ZIOL H., SPIER J. (eds), *Tort and Insurance Law, Liber Amicorum Pierre Widmer*, Vienna, 79
- FAVARA E., *Ancora sulla prova della proprietà nella negatoria servitutis*, in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, 1024
- FAVARA E., *Immissioni, azione negatoria e azione risarcitoria*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, I, 1332
- FAVARA E., voce «Azione confessoria e negatoria», in *Noviss. digesto it.*, II, Torino, 1958, 59 e ss
- FEBBRAJO T., *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, *Giust. civ.*, 2008, 12, 2785
- FERRARO G., *Il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali*, in CINELLI M., FERRARO G., *Il contenzioso del lavoro. Nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 3 e ss.
- FERRERI S., *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 27 ss.
- FERRERI S., voce «Negatoria, confessoria (azioni)», in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 8
- FRANCESCHETTI P., *Obbligazioni e responsabilità civile*, 1996, Napoli, 559
- FRANZONI M., *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, 663 e ss.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010

FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche Giuridiche*, 2013, 2, 584 e ss.

GABRIELE P., *L'onere della prova nell' "actio negatoria servitutis"*, *Giust. civ.*, 1995, II, 220

GABRIELLI G., *Categorie civilistiche e «diritti secondi» nella disciplina dei patti di prelazione*, in PLAIA A., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, 27 e ss.

GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 e ss.

GALGANO F., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996

GALLI C., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 109 e ss.

GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, III, *Analisi economica del diritto*, Torino, 1998, 63

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996

GAMBARO A., *Confessoria e negatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988

GENOVESE A., *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in MAUGERI M.R., ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009

GENTILE G., *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1973, 360

CICCARELLO S., voce «Indennità (diritto privato)», cit., 105

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, 384

GENTILI A., *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 4, 79 e ss.

GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 425 e ss

GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 205

GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206

GHIRON M., *Della clausola penale e della caparra*, in D'AMELIO e FINZI (a cura di) *Commentario del codice civile. Obbligazioni*, Firenze, 1948, 537

GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993

- GIRINO E., *Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 6, 2011, 794 e ss.
- GITTI G., VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008
- GOETZ C.J., SCOTT R.E., *Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*, in *Colum. L. Rev.*, 1977, 77, 554 e ss.
- GORLA L., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, cit., 242
- GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 144
- GUARDA P., *Immissioni: tra tutela proprietaria e diritto dell'ambiente*, in *Diritto e Formazione*, 2003, 1251
- GUERNELLI M., *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 3, 215
- HILLMAN R.A., *Debunking Some Myths About Unconscionability: a new Framework for U.C.C. Section 2-302*, *Cornell L. Rev.*, 67, 1981, 1
- ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011
- ICHINO P., *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule*, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 25, 1545 e ss.
- INDOLFI M., *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 213 ss.
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impr.*, 1987, 541 e ss.
- JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 3 e ss.
- JOLLS C, SUNSTEIN C.R., THALER R.H., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 1998, 50, 1471 e ss.
- KESSLER F., *Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contracts*, 43 *Colum. L. Rev.*, 1943, 629
- KOROBKIN R.B., ULEN T.S., *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, 88, 1051

- KRONMAN T., *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract*, in *J. Legal Stud.*, 1978, 1, 4-5
- LA MALFA V., *Alcuni spunti di riflessione a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 3459 del 18 settembre 2013 in tema di strumenti finanziari derivati*, in *dirittobancario.it*
- LANDES W. M., POSNER R.A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, 1987
- LANDES W.M., POSNER R.A., *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *Journal of Legal Studies*, 1983, 12, 109
- LANGEVOORT D.C., *Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, 51, 1499
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973
- LEFF A.A., *Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause*, 115 *U. Pa. L. Rev.*, 1967, 485
- LEVI G., *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva*, Milano, 1986
- LIBERTINI M., *Alla ricerca del «diritto privato generale» (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 e ss.
- LINZER P., *On the amorality of the contract remedies - efficiency, equity, and the second restatement*, in *Column. L. Rev.*, 1981, 81, 111 e ss.
- LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1 e ss.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013
- LOJACONO A., *In tema di azione negatoria*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 341
- LUCCHINI L., voce *Indennità*, in *Dig. It.*, XIII, I, Torino, 1903, 585 e ss.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2003, 320 e ss.
- M. INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 213 e ss.
- MACCARONE M., *Le immissioni: tutela reale e tutela della persona*, Milano, 2002
- MARCHETTI D., «Azione confessoria e negatoria», in *Enc. dir.*, IV, 1959
- MARELLA M.R., *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, Perugia, 1996
- MARELLA M.R., *Riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000
- MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 415 e ss.

MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, 177 e ss.

MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987

MATTEI U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 603

MATTEI U., *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 320

MATTEI U., *I diritti reali*, 1, *La Proprietà*, in SACCO R., *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 372

MATTEI U., *I rimedi*, in ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNERI A., MATTEI U., MONATERI P., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001

MATTEI U., *La proprietà immobiliare*, Torino, 1993, 242

MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987

MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1029 e ss.

MAZZAMUTO S., *I rimedi*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 739 e ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012

MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 e ss.

MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, ivi, 2011, 157

MAZZAMUTO S., *La vendita di beni di consumo*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 879 e ss.

MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012

MAZZAMUTO S., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 30 e ss.

MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007

MAZZOLA M.A., *I nuovi danni*, Padova, 2008

MAZZOLA M.A., *Immissioni e risarcimento del danno*, Torino, 2009

MAZZOLA M.A., *Le immissioni*, Torino, 2004

MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in CINELLI M., FERRARIO G., MAZZOTTA O. (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 251.

MCGREGOR H., *McGregor on damages*, London, 2014

MCINNES M., *Gain, Loss and the User Principle*, RLR, 2006, 76

MENGONI L., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 e ss.

MENGONI L., *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I

MENGONI L., voce «*Responsabilità contrattuale*», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072

MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008

MERGES R.P., *Of Property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994, 2655

MESSINEO F., *Dottrina generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 131

MESSINETTI D., *La sistemica rimediabile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 154 e ss.

MICHELI G.A., *Tutela dei diritti. Dell'esecuzione forzata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna, 1977, 136

MICHELMAN F., *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, 80 *Harv. L. R.*, 1967, 1165

MIRATE S., *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 65

MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 56

MONATERI P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 325

MONATERI P.G., *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, 2006

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 318 e ss.

MONATERI P.G., *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in www.altalex.com

MONATERI P.G., *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 24

MONATERI P.G., BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005

MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 6, 2007, 1188 e ss.

MORANO CINQUE E., *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1836

MORGANTE D., *La responsabilità per danno all'ambiente*, in FAVA P. (a cura di), *La responsabilità civile: trattato teorico-pratico*, Milano, 2009

MÜLLER T.M., PLAIA A., *Il risarcimento del danno per violazione della proprietà intellettuale nel diritto tedesco*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, II, 457

MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1 e ss.

NAPPI G., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1189

NAVARRETTA E., *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1001

NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 63

NAVARRETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 3 e ss.

NICOLINI C.A., *Profili previdenziali del licenziamento illegittimo*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 336

NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 525 e ss.

NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593 e ss.

NUZZO M., *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, 234

OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 983

ORLANDO S., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 e ss.

PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese)*, in *I Contratti*, 8-9, 2014, 813

PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"*, in *Contratti*, 2012, 878

PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012

PARDOLESI P., *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, 525

PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341

PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 37

PARDOLESI P., *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, 15

PARDOLESI P., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 717

PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 133

PARDOLESI P., *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1605

PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 1978, 669 e ss.

PARDOLESI R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in MAZZAMUTO S., (a cura di) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, 522

PARDOLESI R., ARCURI A., voce «Analisi economica del diritto», in *Enc. dir.*, VI, 2002

PARDOLESI R., TASSONE B., *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003

- PATTI F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1007 e ss.
- PATTI S., DALLE MONACHE S., *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 2010, 148
- PEEL E., GOUDKAMP J., *Winfield and Jolowitcz on Tort*, London, 2010
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, 2013
- PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1067 e ss.
- PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2
- PERULLI A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2012, 3, 561
- PERULLI A., SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, 132, 7 ss.
- PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 765
- PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, 2013, 752 e ss.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 156 e ss.
- PIGOU A.C., *The economics of welfare*, IV ed., London, 1932
- PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 1 e ss.
- PISCIOTTA G., *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, 25 e ss.
- PLUVIRENTI G., *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1987, 396
- POGLIANI M., *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969
- POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 76
- POLINSKY A.M., *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, 1986, 28 e ss.
- PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 835
- PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461

- PONZANELLI G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 05, 1415
- PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435
- PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356
- PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*
- PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, 3297
- PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053
- PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67
- PONZANELLI G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, 9
- PONZANELLI G., *Regole economiche e principi giuridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori*, in MATTEI U., PULITINI F. (a cura di), *Consumatore Ambiente Concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 33 e ss.
- PONZANELLI G., voce «Pena privata», in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990
- POSNER R., *A theory of negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972
- POSNER R.A., *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 *Stan. L. Rev.*, 1998, 1551.
- POSNER R., *A theory of negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972, 30
- POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, 2003
- POSNER R.A., *Epstein's Tort Theory: A Critique*, in *Journal of Legal Studies*, 8, 457
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli, 1984
- PUBUSA A., voce «Indennità e indennizzo», in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 223 e ss.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 120
- RADOCCIA S., POLLAROLI M., *Licenziamento ingiustificato e nuovo rimedio dell'indennità*, in *Guida al lav.*, 12, 2015, 20 ss.
- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964

ROMANATO N., *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiustificato nell'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 1, 23 e ss.

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 65 e ss.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2006, 368

RUSSO P., *Riparazione integrale del danno, anche esistenziale*, 2008, in www.personaedanno.it

SACCO R., *Il possesso*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VII, Milano, 1988, 361 e ss.

SALARIS F., *Le azioni a difesa della proprietà*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, Torino, 1982, 684

SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985

SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di) *Trattato di Diritto Privato*, 1998

SALVI C., *Le immissioni industriali: i rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979

SALVI C., voce «Risarcimento del danno» in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1087

SANDULLI A., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 e ss.

SARAVALLE A., *I "punitive damages" nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 867

SCALFI G., *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 982

SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009, 661

SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 487

SCARPELLI F., *Art. 29. Appalto*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 438 e ss..

SCHUMPETER J., *Vilfredo Pareto (1848-1923)*, in *Q.J. Econ.*, 1949, 147

SCHWARTZ A., *The case for specific performance*, in *Yale L.J.*, 1979, 89, 271 e ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 261

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 201

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in AA.VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, 1968, II, Milano, 1113; TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità civile*, Milano, 1961

SCOGNAMIGLIO R., voce «Responsabilità civile», in *Noviss. Digesto it.*, XV, Torino, 1968, 643 e ss.

SCOZZAFAVA T.O., *Dell'azione negatoria*, in *Riv. dir. comm.*, 4-6, 2009, 377 ss.

SCUFFI M., *Diritto processuale della proprietà industriale*, Milano, 2009

SEMERARO M., *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *dirittobancario.it*

SERIO M., *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 2, 327

SFORZA F., *Ordine di cessazione dell'illecito e risarcimento in forma specifica*, in *Foro it.*, 1979, I, 615

SHAVELL S., *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, 9, 463

SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, 2004, 236

SHAVELL S., *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, in *Journal of Law and Economics*, 1985, 28, 587

SICCHIERO G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. impr.*, 2006, 368

SIRENA P., ADAR Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 359 e ss.

SIRENA P., *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531

SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *I Contratti*, 2008, 7, 723

SMORTO G., *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 423

SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005

SMORTO G., *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1, 159

SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, 521

SPOLIDORO M.S., *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 e ss.

SPOTO G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, 153

STEVENS R., *Torts and Rights*, 2007

SUNSTEIN C.R., *Behavioral Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1997, 64, 1175

SUNSTEIN C.R., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, 13

SUNSTEIN C.R., *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in *American Law & Economics Review*, 1999, 1, 115

TATARELLI M., *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in *La Riforma del Lavoro*, Milano, 2012, 61

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008

THOMPSON R.B., *Securities Regulation in Electronic Age: The Impact of Cognitive Psychology*, in *Wash. University Law Quarterly*, 1997, 75, 779

TORREGROSSA G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 146

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 829 e ss.

TREMOLADA M., *Norme della l.n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE M., GAROFALO D., *Il collegato lavoro 2010. Commentario*, Assago, 2011, 160

TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 39 e ss.

TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010

TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 637

TRIMARCHI P., *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 563 e ss.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961

- TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 e ss.
- TROIANO S., *Proprietà (azioni a tutela della)*, in *Il diritto. Enc. giur.*, 12, Milano, 2007, 283 e ss.
- TROISI B., *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988
- TULLINI P., *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove regole dopo la L. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (AGI), Ancona 26-27 ottobre 2012, Torino, 2013, 114
- TUNC A., *La responsabilité civile*, Parigi, 1989, 44
- VALENTINI V., *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in PELLACANI G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 454
- VALLEBONA A. (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, 1
- VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012
- VERZARO S., *L'accessione invertita, la Consulta e il legislatore: una partita sempre aperta*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 346
- VERZARO S., *Sul risarcimento del danno da occupazione acquisitiva: ancora la Corte Costituzionale, ancora discutibile, ma con qualche chiarimento*, in *Resp. civ e prev.*, 2000, 1, 95
- VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1985, 116 e ss.
- VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 575 e ss.
- VETTORI G., *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 235
- VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente* in www.personaemercato.it
- VETTORI G., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 e ss.
- VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 e ss.
- VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 630
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993

- VILLA G., *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 37
- VIOLANTE A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 1999
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2006
- VISINTINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, 105 e ss.
- VISSCHER L.T., *Tort Damages*, in FAURE M. (ed.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, Cheltenham, 2009, 153
- VON BAR, *Principles, Definitions and Models of European Private Law*, München, 2009
- WHITCOMB D.K., *Externalities and welfare*, New York, London, 1972
- YORIO E., *In defense of money damages for breach of contract*, *Colum. L. Rev.*, 1982, 82, 1365 e ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, 12
- ZILIO GRANDI G., *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 129 e ss.
- ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 163