

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI

Scienze Giuridiche

SCUOLA DI DOTTORATO DI

Scienze Giuridiche ed Economiche

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche Europee e Internazionali

CICLO XXXIV

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

*Pena e risarcimento nel danno alla persona
Origini, strutture, funzioni*

S.S.D. IUS/18

Coordinatore: Prof. Giovanni Rossi

Tutor: Prof. Carlo Peloso

Dottorando: Dott.ssa Silvia Romanò

Quest'opera è stata rilasciata con licenza Creative Commons Attribuzione – non commerciale
Non opere derivate 3.0 Italia . Per leggere una copia della licenza visita il sito web:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>



Attribuzione Devi riconoscere una menzione di paternità adeguata, fornire un link alla licenza e indicare se sono state effettuate delle modifiche. Puoi fare ciò in qualsiasi maniera ragionevole possibile, ma non con modalità tali da suggerire che il licenziante avalli te o il tuo utilizzo del materiale.



NonCommerciale Non puoi usare il materiale per scopi commerciali.



Non opere derivate —Se remixi, trasformi il materiale o ti basi su di esso, non puoi distribuire il materiale così modificato.

Pena e risarcimento nel danno alla persona.

Origini, strutture, funzioni

Silvia Romanò

Tesi di Dottorato

Verona, ____

ISBN ____

Pena e risarcimento nel danno alla persona
Origini, strutture, funzioni

Indice

INTRODUZIONE.....	9
1. Obiettivi della ricerca.....	9
2. Brevi precisazioni metodologiche.....	13
3. Tornare sul ‘risarcimento’ del danno non patrimoniale.....	16
I PENA E RISARCIMENTO NEL PENSIERO DI AUGUST THON.....	19
1. La dimensione europea della polifunzionalità della responsabilità civile: riscoprire l’opera di August Thon.....	19
2. Il diritto di August Thon come complesso di imperativi.....	23
3. Le conseguenze dell’illiceità: adempimento, pena e risarcimento.....	25
4. I precetti giuridici che hanno come scopo la punizione del responsabile.....	28
5. La sottrazione al diritto penale delle pene private.....	31
6. <i>Actiones poenales</i> e <i>rem persequentes</i> : la posizione di Savigny e la critica di Thon.....	33
7. La linea di discriminazione tra <i>actiones poenales</i> e <i>rem persequentes</i>	37
8. Le «complicazioni di pena e risarcimento» (<i>Complicationen von Strafe und Ersatz</i>).....	38
9. Il pensiero di Thon: spunti per la modernità.....	42
II IL <i>QUANTUM</i> DELLA <i>POENA</i> PER LE LESIONI PERSONALI NEL DIRITTO ROMANO ARCAICO.....	45
1. Vendetta privata, condanna sanzionatoria e falsi miti.....	45
2. Dalla vendetta alla pena pecuniaria: alle origini della condanna sanzionatoria.....	47
3. La ritualizzazione collettiva della vendetta privata: ricadute in termini di responsabilità.....	55
4. La ritualizzazione della vendetta in Tab. 8.2.....	60
5. Il <i>quantum</i> della <i>pactio</i> di Tab. 8.2.....	68
6. Dalla struttura alla funzione della <i>pactio</i> di Tab. 8.2 e della <i>poena</i>	73
7. Sulla relazione tra <i>talio</i> , quantificazione della <i>pactio</i> e significato sostanziale del <i>membrum ruptum</i>	75
8. Il <i>quantum</i> della sanzione fissato dal legislatore: la pena pecuniaria di Tab. 8.3 e Tab. 8.4.....	79
9. La sopravvenuta inadeguatezza delle pene decemvirali: svalutazione monetaria e limiti della predeterminazione del <i>quantum</i> della sanzione.....	90
10. Due modelli sanzionatori a confronto.....	97
III IL <i>QUANTUM</i> DELLA <i>CONDEMNATIO</i> DELL’ <i>ACTIO INIURILARUM</i>	99

1. Alcune considerazioni preliminari.....	99
2. Superare l'inadeguatezza della pena pecuniaria fissa decemvirale: genesi e struttura dell' <i>actio iniuriarum</i>	101
3. Segue. Desuetudine del taglione e <i>aestimatio</i> del <i>membrum ruptum</i>	106
4. Segue. Cenni al problema del cd. generale editto.	109
5. La rilevanza crescente delle offese all'onore e l' <i>iniuria-contumelia</i> di Labeone.....	119
6. Il <i>quantum</i> della condanna <i>in bonum et aequum</i> e la gravità dell'offesa.....	125
7. <i>Iniuria atrox</i> e <i>quantum</i> della condanna: il fine di tutela della classe dirigente imperiale.	127
8. Il rilievo della <i>dignitas</i> dell'offeso nel calcolo dell' <i>aestimatio</i>	135
9. Quale ruolo per la capacità patrimoniale del responsabile nella quantificazione della poena per le <i>iniuriae</i> ?	138
10. La condanna all' <i>infamia</i>	139
11. L'intrasmissibilità attiva dell' <i>actio iniuriarum</i> alla prova di Ulp. 56 <i>ad ed.</i> D. 47.10.1.6-7.	143
IV LA PERSECUZIONE PUBBLICA DELL' <i>INIURIA</i> E GLI SVILUPPI POSTCLASSICI DELL' <i>ACTIO INIURLARUM</i>	150
1. La persecuzione criminale dell' <i>iniuria</i> . La <i>lex Cornelia de iniuriis</i>	150
2. L'avvento del Principato, la repressione sistematica delle offese verbali e il loro rapporto col <i>crimen maiestatis</i>	152
3. Segue. Costantino e l'Editto <i>de accusationibus</i>	162
4. Sviluppi successivi: la spinta verso la criminalizzazione e l'opera riequilibratrice di Giustiniano.....	167
V PRESUPPOSTI DI RISARCIBILITÀ E PROBLEMI DI RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE: L' <i>AN</i> DELLA LIQUIDAZIONE	184
1. Riforme imperfette e quantificazione sanzionatoria del danno alla persona.....	184
2. Il problema del 'risarcimento' del danno non patrimoniale nel Codice previgente.	188
3. L'originaria intermediazione legislativa della tutela non patrimoniale come scelta di politica del diritto. Critica alla lettura della 'riserva di legge' in senso sanzionatorio.....	199
4. Dai casi di risarcibilità alle condizioni del risarcimento: conseguenze sull' <i>an</i> della liquidazione del danno non patrimoniale.	202
5. L' <i>an</i> della condanna per il danno non patrimoniale nella giurisprudenza di legittimità più recente: incerte conseguenze sul pregiudizio risarcibile.....	207
6. Il piegamento di una regola probatoria a strumento di selezione del danno non patrimoniale risarcibile: il cd. danno <i>in re ipsa</i>	210
7. Tipizzazione pretoria e significato attuale della risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge.....	221
8. Tipizzazione giurisprudenziale dei danni non patrimoniali e tipicità dell'art. 2059 c.c. 225	
9. Segue. La dottrina della necessaria «previsione normativa tipica» del danno non patrimoniale.	227

10. Criticità della rimessione dell' <i>an</i> dei danni non patrimoniali risarcibili al giudice ordinario.	229
11. Riforma del Codice civile e problemi di operatività (europea) dei diritti inviolabili: una nuova <i>Drittwirkung</i> ?	231
12. Limiti sistematici della tipicità dei danni non patrimoniali risarcibili e tutela dei diritti della personalità.	238
13. Intermediazione legislativa <i>ex art.</i> 2059 c.c. e funzione sanzionatoria del diritto privato.. ..	242
14. La controversa risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.	246
15. L' <i>an</i> del danno non patrimoniale da inadempimento tra causa concreta del contratto e ruolo integrativo del privato.	255
16. La causa concreta del contratto come strumento di selezione dell' <i>an</i> dei danni non patrimoniali risarcibili: criticità.	259
17. Clausola penale e danno non patrimoniale da inadempimento: una fuga dal sistema di risarcibilità delle Sezioni Unite.	264
VI IL <i>QUANTUM</i> DELLA PENA NELLA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE: PRINCIPALI CRITERI AFFLITTIVI	267
1. I termini del problema della componente sanzionatoria della quantificazione del danno alla persona.	267
2. Giuristi continentali e riconoscimento di sentenze di condanna irroganti <i>punitive damages</i> : l'idea di sanzione come crittotipo europeo.	273
3. <i>Punitive damages</i> e ordinamento italiano: le condizioni di esercizio della responsabilità civile sanzionatoria.	282
4. Segue. Profili di criticità delle Sezioni Unite del 2017.	290
5. Gravità dell'illecito, quantificazione della condanna e polifunzionalità.	295
6. La rilevanza del contesto sociale a fini liquidativi tra general-deterrenza e l'interpretazione delle regole di responsabilità in modo sfavorevole al responsabile di condotte particolarmente riprovevoli.	298
7. Danno alla persona e arricchimento del responsabile.	305
8. Il diverso rilievo dell'azione dolosa o colposa nel <i>quantum</i> della condanna.	318
9. Segue. Responsabilità oggettiva e polifunzionalità.	324
10. La reiterazione dell'illecito.	326
11. Quantificazione dei danni da reato e mancata prevedibilità della decisione.	329
12. Segue. L'estinzione del reato tramite il risarcimento del danno nel nuovo art. 162 <i>ter c.p.</i>	332
13. Il limite della compensazione nel caso dell'illecito grave con danno futile: cenni all'illecito trattamento dei dati personali.	335
14. Condanna alla pubblicazione della sentenza nell'era di internet e 'riparazione' del danno.	338
15. Le funzioni della liquidazione del danno non patrimoniale alla persona partendo da alcune variabili problematiche.	341

VII DALLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE DELLA CONDANNA SANZIONATORIA PER I DANNI ALLA PERSONA: MOTIVAZIONI SISTEMATICHE.....	345
1. Dalla struttura alla funzione della liquidazione sanzionatoria del danno alla persona....	345
2. L'art. 2059 c.c. come risarcimento, riparazione o indennizzo.	348
3. L'art. 2059 c.c. come pena privata.....	355
4. L'interpretazione polifunzionale dell'art. 2059 c.c.....	362
5. La liquidazione del danno non patrimoniale come complicazione di pena e risarcimento.	365
6. Principali criticità derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave sanzionatoria: la collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c. e il problema delle garanzie.	368
7. Il problema della collocazione sistematica del danno non patrimoniale nel Codice civile.	369
8. Problematiche ulteriori derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave affittiva: il mancato rispetto del principio di legalità.	370
9. Legittimità costituzionale della mancata predeterminazione legislativa del 'quantum' della sanzione civile.....	376
10. Deterrenza nel diritto civile e paradosso della punizione non deterrente nel diritto penale: considerazioni sistematiche e riflessi sul danno non patrimoniale.	381
11. Ulteriori considerazioni sistematiche: (im)prevedibilità della sanzione civile e deterrenza.	386
12. Considerazioni sistematiche sull'effettività della tutela della persona nel diritto civile.	389
13. Tutela della persona e significato non solo economico della deterrenza.....	392
14. Imprevedibilità della liquidazione sanzionatoria del danno non patrimoniale, certezza e incertezza del diritto.	394
15. Una sanzione senza garanzie? Il ruolo dirimente del principio di proporzionalità.	404
CONCLUSIONI	408
BIBLIOGRAFIA.....	414

ABSTRACT

The research focuses on the problem of the quantification of personal injury, with special attention to cases in which the sentence may serve a sanctioning purpose.

The first part of the course studies the thought of August Thon, a German jurist who attributes to civil law additional and different tasks from mere compensation. The jurist is known because of the historical debate with Windscheid on the subject of wrongfulness and its consequences. Where Thon affirmed the legitimate inclusion of certain sanctioning precepts in civil law, Windscheid, on the other hand, attributed all punitive phenomena to criminal law.

Thon's argumentation refers to the *actiones poenales* of Roman law, theme, limited to the *actio iniuriarum*, of the second part of the research: particular attention is paid to the transition from revenge to the pecuniary penalty, to the system of the XII Tables and, then, to the *actio iniuriarum*; phenomena studied from the point of view of the amount of the *poena* and the pecuniary sentence.

Lastly, the research arrives at contemporary law and the many problems posed by settlement pursuant to article 2059 of the Italian civil code: the fulcrum of this section was the reconstruction of the living law of non-material damage through the analysis of jurisprudence dealing with this type of damage, analysing the cases in which the settlement includes calculation variables that do not pertain to the damage occurred: these variables are obviously outside the scope of a compensatory logic since, since they are not pertinent to the damage, they do not even compensate it. The research identifies and analyses these criteria (consisting of the wilfulness of the perpetrator, the repetition of the offence, the social context, the calculation of the damage caused by the offence regardless of the Milanese tables etc.): the penalty is to be found, precisely, in the part of the sentence that is calculated on the basis of variables that are not concerned with compensating the damage.

The thesis closes with a systematic chapter that reads the sanction of non-material damage with other recent phenomena that concern the legal system and lead to a re-consideration of the boundary between civil and criminal law.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Obiettivi della ricerca. 2. Brevi precisazioni metodologiche. 3. Tornare sul ‘risarcimento’ del danno non patrimoniale.

1. *Obiettivi della ricerca.*

La quantificazione del danno alla persona «pone il più arduo dei problemi della responsabilità civile»¹ perché chiede all’interprete di confrontarsi con difficoltà tecniche irrisolvibili: quanto vale il dolore di una madre che ha perso un figlio? Che importo può consolare la vittima di un grave reato? Come liquidare il fatto che, a seguito di un illecito, la vita dell’offeso non potrà più essere quella di prima?

Eppure, in un giudizio per danni, l’ordinamento deve dare una risposta all’istanza di giustizia del danneggiato, condannando il responsabile al pagamento del pregiudizio occorso.

Come tale importo sia determinato, è presto detto. Si deve andare per approssimazione, *alterum non datum*: dare un valore economico oggettivo alla persona umana e alle sue molte ramificazioni, aspirazioni, dolori e possibilità di crescita è impossibile e, pertanto, si ingiunge al danneggiante di pagare l’importo che sembra più equo nel caso concreto.

Gli ordinamenti giuridici si sono dotati di strumenti atti a rendere maggiormente prevedibile la liquidazione del danno alla persona – come le tabelle meneghine in quello italiano –, che, però, non sciolgono il problema del *quantum* della liquidazione: meccanismi di questo tipo non solo non esauriscono il ventaglio dell’*an* delle ipotesi in cui è possibile dare corso a una liquidazione di questo tipo, ma possono essere superati in alcuni casi, come nei danni da reato doloso oppure da perdita del rapporto parentale, secondo quanto ha chiarito una recente sentenza di legittimità².

¹ G. GENTILE, voce *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 634.

² Cass. 10 novembre 2021 n. 33005.

Dove, poi, il danno alla persona prescinde da una base biologica accertabile con perizia medico-legale, si apre lo spazio dell'equità pura: qui il diritto è davvero incalcolabile³.

La ricerca non si concentra in generale con la liquidazione dei danni alla persona, ma si focalizza su un aspetto specifico, ossia sul *quantum* della condanna servente a una finalità sanzionatoria.

Dallo studio della giurisprudenza, prevalentemente di legittimità, è emerso l'utilizzo di variabili liquidatorie che, estranee al danno occorso, si pongono al di fuori di una logica compensativa: poiché non si occupano del pregiudizio, neppure lo compensano.

Criteri come il dolo del responsabile, la reiterazione dell'illecito, il contesto sociale nel quale si colloca l'azione antiggiuridica, la possibilità di prescindere dalle tabelle meneghine etc. non trovano spiegazione in un'ottica riparativa, ma orientano la condanna in senso sanzionatorio.

Non si vuole sostenere, come pure parte della dottrina ha affermato, il carattere punitivo *per se* della condanna per il danno morale, che discende dalla considerazione che, data l'insuscettibilità di valutazione oggettiva del dolore, ma solo equitativa, qualsiasi ammontare irrogato dal giudice configurerebbe una sorta di pena privata⁴.

Che la liquidazione della sofferenza interiore sia equitativa non potrebbe essere altrimenti e, comunque, non ha rilievo decisivo a fronte delle norme codicistiche che si richiamano all'equità senza implicare la punizione del responsabile, come l'art. 1226 c.c. Compensare, per quanto possibile, il dolore di una madre che ha perso il figlio non ha, di per sé, finalità afflittiva del responsabile.

La pena si scorge, propriamente, nell'alienità al danno occorso dei parametri di calcolo della condanna, nell'ammontare che non è deputato al ristoro del pregiudizio.

Una condanna di questo tipo non dà luogo, per i motivi che si esporranno nella ricerca, né a una pena privata né a un risarcimento sanzionatorio o punitivo.

Quanto alla prima figura, la liquidazione dei danni alla persona è lungi dall'essere una vicenda privata e, in realtà, i profili di autonomia dei singoli nella materia *de quo* sono talmente minimi che non giustificano il richiamo all'istituto.

³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

⁴ Da ultimo, A. PROTO PISANI, *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 568 ss. Più in dettaglio su questa corrente di pensiero, v. cap. VII, § 3.

Per quanto concerne, invece, locuzioni come risarcimento sanzionatorio, punitivo, ultracompensativo etc., va detto che queste scontano un'inesattezza lessicale rilevante: il danno è l'esatta misura del risarcimento e, quindi, non può punire il responsabile.

La punizione si individua, infatti, nella parte della condanna che non si occupa di risarcire il danno, determinata con le variabili liquidatorie che, pure estranee al pregiudizio occorso, ciononostante concorrono a decidere il *quantum* della liquidazione.

In altre parole, nella condanna per danni alla persona, ferma la prima e imprescindibile finalità risarcitoria, talvolta si riscontra una componente punitiva: in questo senso, si potrebbe ammettere che pena e risarcimento, invece di dare vita alla contraddizione in termini che è il 'risarcimento punitivo', possano, semmai, complicarsi tra loro, ciascuno mantenendo la propria individualità in quella che non pare così azzardato definire, con le evocative parole di un giurista tedesco, August Thon, una complicazione di pena e risarcimento (*Complication von Strafe und Ersatz*)⁵.

La concezione contemporanea della responsabilità civile e delle sue funzioni ha indubbiamente risentito dello storico dibattito tra August Thon, esponente della Pandettistica, professore a Rostock e Jena, e Bernhard Windscheid, il più noto tra i Pandettisti e tra i padri intellettuali del *Bürgerliches Gesetzbuch*, sul tema dell'illiceità e delle sue conseguenze, distinte da Thon in adempimento, risarcimento e pena (*Strafe*).

Dove quest'ultimo affermava la legittima ricomprensione nel diritto civile di taluni precetti sanzionatori, come si vedrà, Windscheid, invece, riconduceva ogni manifestazione punitiva al diritto penale⁶.

La lettura di Windscheid ha prevalso su quella di Thon, e questo ha segnato la storia giuridica non solo tedesca, ma europea, determinando l'adozione di una precisa concezione di responsabilità civile, ossia monofunzionale.

Tuttavia, la riscoperta della dimensione storica del problema delle funzioni del danno non patrimoniale aiuta la riflessione critica dell'interprete e lo spinge a vagliare la correttezza di un'affermazione che da più parti è stata ribadita soprattutto in occasione della delibazione di sentenze irroganti *punitive damages*: la responsabilità civile di *common law* può sanzionare, mentre nei paesi di *civil law* la secolarizzazione del diritto

⁵ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878, 60, al plurale nel testo originale.

⁶ V. cap. I.

civile ha portato la finalità punitiva a essere di esclusiva pertinenza del diritto penale, con esclusione di qualsiasi istanza sanzionatoria dal diritto civile; insomma, «la funzione punitiva è estranea al diritto privato»⁷.

Ebbene, proprio lo studio della Pandettistica tedesca e del comune fondamento dell'eredità giuridica dei diritti continentali, il diritto romano, mostrano che, in realtà, la questione della polifunzionalità della responsabilità civile europea è più complessa e sfaccettata della radicale negazione di qualsivoglia connotazione afflittiva sostenuta tradizionalmente.

Thon recupera l'eredità romanistica discutendo il problema della trasgressione del precetto giuridico a partire dalle fonti del diritto romano e aprendo così a occasioni di studio della questione nell'antico *ius civile*, che conosceva ipotesi di illeciti civili punitivi, ossia i *delicta*.

Tra tutti, quello che interessa è l'*iniuria*, che sanzionava gli illeciti diretti contro la persona fisica o morale dell'offeso. Qualsiasi illecito contro la persona, dallo schiaffo, alle percosse, all'insulto in luogo pubblico nel diritto romano è *iniuria*.

La storia della liquidazione dei danni alla persona ha origini molto antiche, che affondano nel diritto primitivo e nella vendetta, progressivamente abbandonata in favore di una composizione pecuniaria, la *poena*, ma il passaggio dalla vendetta alla condanna economicamente afflittiva «non comportava ... che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*»⁸.

La *poena* è, come si vedrà, una condanna pecuniaria di diritto civile che punisce il responsabile e soddisfa l'istanza di giustizia della vittima, alla quale viene, infine, precluso agire in autotutela.

L'alienità della *poena* a logiche risarcitorie è evidente specialmente si considera che nessuna traduzione di *poena/ποινή* fa riferimento al danno, ma al prezzo della colpa⁹, del sangue¹⁰, del riscatto¹¹, della vendetta¹².

⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, 556 s.

⁸ M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno (Roma 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 82.

⁹ S. GALEOTTI, *Ricerche in tema di 'damnum'*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, 31 s.: «da composizione pecuniaria che consente di sottrarsi, ad esempio, alla *talio* (Tab. VIII.2) può essere intesa come il pagamento di un vero e proprio 'prezzo della colpa' poiché non scioglie l'offensore da un vincolo obbligatorio, ma lo libera dalla punizione altrimenti prevista».

Nel prosieguo del tempo, una condanna sanzionatoria viene irrogata a seguito dell'esperimento dell'*actio iniuriarum*, nella quale è la stessa vittima ad assegnare un valore monetario all'illecito subito. La cifra indicata dall'offeso disegna il perimetro della libertà del giudice, che non può condannare a un importo maggiore di quello chiesto dal danneggiato, ma soltanto minore.

Significativamente, però, nei casi più gravi di *iniuria* il *quantum* della *condemnatio* sarebbe stato pari alla richiesta dell'attore, senza che il giudice si avvallesse della facoltà di abbassare l'importo. Il parametro della gravità del fatto entra nella liquidazione orientandone il *quantum*, sostituendo il prezzo pagato dal colpevole all'offeso come corrispettivo per la rinuncia all'autotutela senza che, però, si perda il fine sanzionatorio: «si vuol colpire il reo, e ci si serve, come mezzo di afflizione, di una aggressione al suo patrimonio»¹³.

Il richiamo al diritto romano e alla Pandettistica si giustifica nell'ottica di una particolare metodologia di lavoro: quella della comparazione diacronica¹⁴.

2. Brevi precisazioni metodologiche.

La ricerca si divide in tre parti: la prima tratta dell'opera di August Thon, che, guardando alle fonti romanistiche, si inserisce in un momento cruciale della storia giuridica europea, com'è quello della Pandettistica, e ne determina l'eredità dogmati-

¹⁰ B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8, che traduce *poena* – 'gemella' latina del greco *ποινή* – come «pagamento in funzione riparatoria» o «pagamento del prezzo del sangue».

¹¹ M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, cit., 82; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 243.

¹² C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 43.

¹³ P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 9: «la *rei persecutio* ha lo scopo di riportare nel patrimonio del leso quanto l'illecito ha sottratto; la *poenae persecutio* ha lo scopo di punire il reo (sia pure pecuniariamente). Ne segue, non solo, che la *rei persecutio* bada al leso, mentre la *poenae persecutio* ha di mira il reo, ma, pure, che la *rei persecutio* ha un fine patrimoniale immediato, mentre il fine della *poenae persecutio* è un fine patrimoniale solo mediato: si vuol colpire il reo, e ci si serve, come mezzo di afflizione, di una aggressione al suo patrimonio».

¹⁴ Nei termini precisati in *Introduzione*, § 2.

ca¹⁵. In qualche modo, il lavoro del giurista tedesco è ancor oggi divisivo, in quanto costituisce prova che alla responsabilità civile europea non sono del tutto estranee connotazioni polifunzionali, al contempo gettando un ponte tra l'eredità del diritto romano e l'età contemporanea.

Nella seconda parte del lavoro si affronta la condanna sanzionatoria per i danni alla persona nel diritto romano di età arcaica e preclassica. Lo studio si confronta nel dettaglio con il periodo classico e postclassico, se non per quanto riguarda l'*iniuria atrox*. A partire da Silla, l'*iniuria* subisce una criminalizzazione crescente, che, però, non sarà trattata in quanto esula dal perimetro della ricerca: il diritto penale romano verrà richiamato per sommi capi. Dall'età classica in avanti, il fenomeno più rilevante che investe il *quantum* della condanna pecuniaria civile riguarda il più severo trattamento riservato all'*iniuria atrox*, oggetto invece di approfondimento.

Nella terza e ultima parte la ricerca si studierà il problema della liquidazione del danno non patrimoniale nel diritto vigente¹⁶.

Il rapporto con il diritto romano si svolge entro una metodologia peculiare, ossia quella della comparazione diacronica¹⁷.

Seguendo tale impostazione, non è d'interesse tanto la puntuale ricostruzione storica dell'*iniuria* – che, per l'appunto, qualora fosse l'obiettivo della ricerca richiederebbe studi approfonditi di diritto criminale romano –, quanto il raffronto tra due modelli di condanna civile sanzionatoria: da una parte quello adottato nel *ius civile* della prima età classica, dall'altra quello degli interpreti contemporanei. Modello è, qui, inteso come quel «disegno generale assunto da un consolidamento di regole che mo-

¹⁵ Sull'importanza dello studio dei problemi giuridici nel loro divenire e la conseguente rilevanza degli influssi pandettistici v. C. BALDUS, '*Fluctuat nec mergitur*': per un doppio ancoraggio del diritto comparato, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1106 ss., in specie 1112.

¹⁶ Su cui v. *Introduzione*, § 3.

¹⁷ Cfr. F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della 'continuità')*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 170 s. che, pur precisando che il pensiero giuridico romano non possa essere estraniato dal contesto in cui opera, ciononostante individua una continuità tra concetti e schemi plasmati dai giuristi romani e quelli ancor oggi utilizzati. La metodologia è, oggi, fatta propria da T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018, 116 ss.

strano una coerenza interna, le quali presidiano un fenomeno giuridico più o meno ampio»¹⁸.

Andando a ritroso rispetto agli interrogativi inerenti il diritto contemporaneo che ci si è posti già in apertura della presente introduzione, per il tramite della Pandettistica tedesca, si giunge al recupero del modello romano di *condemnatio* sanzionatoria per i danni alla persona¹⁹.

La comparazione diacronica come metodo di confronto strutturale e funzionale tra due modelli – quello del diritto romano e della contemporaneità giuridica – pure distanti tra loro nel tempo trova la sua ragion d'essere anche senza lo studio puntuale dell'età intermedia proprio perché il fine ultimo dell'indagine non è una ricostruzione storica puntuale, ma il raffronto tra modelli²⁰. Peraltro, nel caso specifico di questo lavoro l'età intermedia sarebbe poco in armonia con il percorso che ci si propone di seguire: la Pandettistica si richiama al linguaggio e alle fonti del diritto romano, non al diritto intermedio, e da quella parte per riflettere sul presente.

Senza indugiare ulteriormente sulle caratteristiche della metodologia utilizzata e rimandando a riflessioni più autorevoli per definirne meglio i contorni²¹, si vuole in-

¹⁸ T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. impr./Europa*, 2012, 839.

¹⁹ Suggerisce di procedere a ritroso nell'operazione di comparazione diacronica T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, cit., 117.

²⁰ A sostegno di un confronto sul piano funzionale e strutturale tra modelli lontani tra loro da un punto di vista temporale è P. GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013, 66: «nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché in questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba costruire la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e debba avere la stessa legittimità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei».

²¹ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, 61 ss.; P. GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, cit., 63 ss.; T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di la-*

vece spiegare perché, tra i molti metodi di lavoro possibili, si sia scelto proprio questo.

Preliminarmente, non si vuole in alcun modo sostenere che il diritto romano possa risolvere i problemi del presente.

È fuor di dubbio che lo studioso che si confronti, oggi, con il tema delle funzioni della responsabilità civile non possa determinare il proprio convincimento sull'opera di August Thon né sullo stato della questione nel diritto romano.

Tuttavia, la riscoperta dell'eredità romanistica, sia *per se* sia filtrata per il tramite della Pandettistica, che la consegna alla modernità, può fornire utili spunti di riflessione al giurista contemporaneo e, in ogni caso, illuminare le radici profonde delle problematiche che si incontrano nella liquidazione del danno alla persona.

La funzione della comparazione diacronica è, in altre parole, «epistemica» piuttosto che «euristica»²².

Quella della responsabilità civile è, ancora e soprattutto, una storia di idee – idea di sanzione, di risarcimento, di danno, di ingiustizia, di equità – «invisibile ma non inutile, come sulla tela il primo disegno che poi rimane coperto dalla pittura»²³.

3. Tornare sul 'risarcimento' del danno non patrimoniale.

Pochi temi sono stati approfonditi in dottrina quanto il risarcimento del danno non patrimoniale. È, quindi, di particolare importanza la delimitazione rigorosa del perimetro del lavoro: la presente ricerca vuole indagare la quantificazione punitiva del danno alla persona individuando e analizzando variabili di calcolo della condanna *ex art. 2059 c.c.* che, esulando dal pregiudizio occorso – come il dolo del responsabile, la reiterazione dell'illecito, la rilevanza del contesto sociale a fini liquidativi etc. – pari-

voro e un'esemplificazione, cit., 111; ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno - Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste, 2019, 91 ss.

²² T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, cit., 118; ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, cit., 109.

²³ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, 530.

menti esulano da un'ottica meramente riparativa²⁴. Appunto in quanto criteri di quantificazione di questo tipo non si occupano del danno, neppure lo compensano.

Il tema d'indagine coincide, in altre parole, con il *quantum* della pena nella liquidazione del danno non patrimoniale.

Come *a priori* logico dell'ammontare della condanna si pone il problema dell'*an* della stessa, che nello specifico caso dell'art. 2059 c.c. – mancando un pregiudizio oggettivamente determinabile e valutabile – pone ostacoli rilevanti: la scelta di quali danni non patrimoniali riconoscere e quali no è di per sé indicativa dell'assetto valoriale dell'ordinamento.

Una volta affrontate le principali problematiche inerenti all'*an*, si passerà al *quantum* della liquidazione servente a una finalità punitiva tramite l'individuazione delle variabili che orientano la condanna in senso sanzionatorio, come il dolo del responsabile, la reiterazione dell'illecito, il contesto sociale nel quale si inserisce l'azione anti-giuridica, un'interpretazione politica delle regole di responsabilità, la quantificazione dei danni da reato doloso anche prescindendo dalle tabelle meneghine etc.

La ricerca conclude con una riflessione di carattere sistematico volta a leggere la condanna sanzionatoria nella cornice di fenomeni recenti che inducono a ripensare il confine tradizionale tra diritto civile e penale, nel quale spetta esclusivamente una finalità risarcitoria, mentre al secondo quella punitiva. I predetti fenomeni si ravvisano nella possibilità di estinguere il reato tramite il “risarcimento” del danno da reato prevista dall'art. 162 *ter* c.p.; nell'apertura polifunzionale delle Sezioni Unite del 2017; nella depenalizzazione che va non più verso il diritto amministrativo, ma civile, da ultimo con i d. lgs. 7-8/2016.

Il mondo digitale, peraltro, palesa l'inadeguatezza del diritto pubblico, rigido e sottoposto alla previa intermediazione legislativa, alla tutela dei diritti della personalità, in costante mutamento indotto anche dalla velocità delle nuove tecnologie, che hanno decretato l'obsolescenza definitiva dei tempi parlamentari; problemi, questi, che oggi si pongono in modo particolare per i danni da illecito trattamento dei dati personali.

In un contesto di questo tipo, il posto, anche sistematico, della condanna sanzionatoria di diritto privato potrebbe individuarsi in quella zona grigia nella quale i danni gravi alla persona sono di gravità tale che un paradigma solo compensativo non rap-

²⁴ Cfr. cap. V.

presenterebbe una risposta pienamente soddisfacente, ma che non hanno rilevanza penale, oppure per i quali la tutela penale sarebbe inefficiente perché priva della necessaria elasticità che consenta di seguire le evoluzioni repentine innescate specialmente dall'evoluzione tecnologica, oppure priva di reale deterrenza.

PENNA E RISARCIMENTO NEL PENSIERO DI AUGUST THON

SOMMARIO: 1. La dimensione europea della polifunzionalità della responsabilità civile: riscoprire l'opera di August Thon. 2. Il diritto come complesso di imperativi. 3. Le conseguenze dell'illiceità: adempimento, pena e risarcimento. 4. I precetti giuridici che hanno come scopo la punizione del responsabile. 5. La sottrazione al diritto penale delle pene private. 6. *Actiones poenales* e *rem persequentes*: la posizione di Savigny e la critica di Thon. 7. La linea di discriminazione tra *actiones poenales* e *rem persequentes*. 8. Le «complicazioni di pena e risarcimento» (*Complicationen von Strafe und Ersatz*). 9. Il pensiero di Thon: spunti per la modernità.

1. *La dimensione europea della polifunzionalità della responsabilità civile: riscoprire l'opera di August Thon.*

Ormai da decenni il problema delle funzioni della responsabilità civile continua a rappresentare uno dei temi più controversi del diritto privato.

A livello continentale, alla riflessione hanno senza dubbio contribuito i molti quesiti nascenti dalla delibazione di condanne statunitensi irroganti *punitive damages*¹.

L'irrogazione di liquidazioni abnormi da parte di una giuria tendenzialmente in difetto di una precisa base normativa ha incuriosito e, allo stesso tempo, preoccupato generazioni di studiosi, polarizzando il dibattito e finendo per contrapporre la responsabilità civile europea, nella quale il processo di cd. secolarizzazione del diritto civile avrebbe prodotto una netta separazione tra diritto penale e privato, con esclusiva ascrizione al primo di ogni istanza punitiva², e quella nordamericana, caratterizzata da una commistione di esigenze sanzionatorie e risarcitorie giudicata perlopiù negativamente dall'interprete di *civil law*.

¹ Cfr. Cap. VI, § 2.

² Cfr. R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Vermischte Schriften, Leipzig, 1879, 227. Inoltre, *ex multis*, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, II, Milano, 1979, 229 s., per il quale appartiene agli stadi meno evoluti del diritto il carattere afflittivo e penale della reazione al danno, la quale, una volta spogliata di tali caratteri, ha abbracciato il carattere essenziale dell'attribuzione dell'equivalenza economica in favore del danneggiato.

I *punitive damages* sono divenuti a tal punto il paradigma per eccellenza della responsabilità civile punitiva che, significativamente, il primo progetto del *Code Napoleon* che proponeva una modifica in senso polifunzionale del proprio sistema di responsabilità parlava di *dommage punitif*, con evidente richiamo all'istituto d'oltreoceano³.

Chiaramente, la partita non si giocava – e non si gioca tutt'ora – sul solo piano del diritto internazionale privato: una delibazione di pronunce di questo tipo non può essere disgiunta dall'affermazione che anche la responsabilità di un ordinamento continentale può sanzionare il danneggiante o, *rectius*, che la delibazione di una sentenza straniera punitiva non produca effetti contrastanti con l'ordine pubblico del paese delibante.

Un istituto talmente radicale, specie nella sua prima formulazione, non poteva che dividere gli interpreti europei in quanto mostrava una via diversa rispetto al dogma del principio di integrale riparazione, tanto da spingere la frangia più tradizionale della letteratura a ribadire, quasi a voler mettere un punto fermo alla questione, «che la funzione punitiva è estranea al diritto privato»⁴.

«Ma in verità» – notava una dottrina condivisibile – «la separazione della sanzione dalla riparazione e l'eliminazione dell'aspetto punitivo non sempre si riscontrano nel diritto civile degli ordinamenti contemporanei. Il diffuso principio secondo cui il risarcimento del danno derivante dal fatto illecito tende unicamente a ristabilire per quanto possibile la situazione *quo ante*, attribuendo al danneggiato una somma di denaro equivalente alla perdita economica (e in certi casi alla lesione morale) sofferta, ha subito anche negli ultimi anni eccezioni evidenti e rilevanti»⁵.

L'asserita alienità di logiche sanzionatorie dalla responsabilità civile dei paesi di *civil law* può e deve essere ripensata analizzando le «eccezioni evidenti e rilevanti» al principio dell'integrale riparazione che si riscontrano nel diritto contemporaneo, di

³ Sul tema, *ex multis* cfr. L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1860 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. impr.*, 2018, 1 ss.; D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. stud. leg.*, 2017, 1 ss.

⁴ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, 556 s., per il quale «occorre ribadire che la funzione punitiva è estranea al diritto privato».

⁵ S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 349.

cui tratterà la presente ricerca con preciso riferimento alla quantificazione dei danni alla persona, che non possono essere tralasciate in quanto mal s'adattano a una concezione monofunzionale della responsabilità civile.

Si potrebbe obiettare che, dopo l'apertura alla delibazione dei *punitive damages* da parte delle Sezioni Unite del 2017⁶, può ormai dirsi accettata, almeno in certi casi, la tesi della polifunzionalità e che, pertanto, considerazioni come quelle che qui si svolgono presentano un'utilità modesta a fronte di un'affermazione tanto autorevole.

In realtà, tra le molte ipotesi che le Sezioni Unite elencano quasi puntigliosamente – elencazione stilata con il preciso intento di escludere dal novero delle figure afflittive riconosciute fattispecie ulteriori e diverse – non compare l'art. 2059 c.c.: pertanto, è proprio di danni non patrimoniali alla persona che ci si occuperà, dal momento che la questione, contrariamente a quanto si legge nella pronuncia del 2017, sembra tutt'altro che definita nel senso monofunzionale adottato dal Supremo Collegio.

Utili spunti di riflessione che consentono di ripensare, attraverso la liquidazione del danno non patrimoniale, la responsabilità civile non solo italiana, ma europea, provengono anche dal recupero della tradizione civilistica continentale.

È di particolare rilevanza in quest'ottica il pensiero di un esponente della Pandettistica tedesca, August Thon, professore a Rostock e a Jena, in quanto lo studioso, nel distinguere tra pena e risarcimento come conseguenze derivanti dall'infrazione di un precetto giuridico, ammette che, all'atto pratico, differenziare i due termini non sia sempre un'operazione agevole in quanto gli stessi possono 'complicarsi' (*Complicatio-*

⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poichè sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico». Più in dettaglio sulle Sezioni Unite del 2017, v. cap. VI, §§ 3-4.

nen von Strafe und Ersatz)⁷: la funzione punitiva non è, dunque, soltanto immanente al diritto dei privati, ma può anche ‘complicare’ il risarcimento.

La concezione contemporanea della responsabilità civile e delle sue funzioni ha indubbiamente risentito del dibattito tra August Thon e Bernhard Windscheid, il più noto tra i Pandettisti e tra i padri intellettuali del *Bürgerliches Gesetzbuch*, sul tema dell’illiceità e delle sue conseguenze, distinte da Thon in adempimento, risarcimento e pena (*Strafe*). Dove quest’ultimo affermava la legittima ricomprensione nel diritto civile di taluni precetti sanzionatori, Windscheid invece riconduceva ogni manifestazione punitiva al diritto penale.

Come noto, la tesi di Windscheid ha prevalso su quella di Thon e questo ha segnato la storia giuridica non solo tedesca, ma europea, determinando l’adozione di una precisa configurazione di responsabilità civile, ossia monofunzionale, che ha resistito per oltre un secolo e che solo in tempi recenti è oggetto di ripensamento.

Il confronto con la Pandettista consente di ridiscutere il dogma dell’estraneità della funzione sanzionatoria dalla responsabilità civile dei paesi continentali come miglior risultato della cd. secolarizzazione del diritto civile, appunto perché l’idea di sanzione partecipa invece della storia giuridica europea.

Inoltre, Thon recupera l’eredità romanistica, discutendo il problema della trasgressione del precetto giuridico a partire dalle fonti del diritto romano e aprendo così a occasioni di studio della questione nell’antico *ius civile*, che conosceva ipotesi di illeciti civili punitivi, ossia i *delicta*.

In altre parole, l’opera di August Thon significativamente rappresenta un ponte tra l’eredità antica e il pensiero giuridico del suo tempo, tra le origini romanistiche e il futuro del diritto civile.

Quasi superfluo precisare che un’argomentazione volta all’affermazione della polifunzionalità della responsabilità civile nei paesi di *civil law* non possa oggi motivarsi né sull’antico *ius civile*, né su parte della Pandettistica: entrambe sono esperienze giuridiche esauritesi nel tempo che hanno trovato la loro ragion d’essere in un preciso momento storico e che pertanto non devono essere indebitamente attualizzate.

Ma quella con cui qui ci si confronta è anche una storia delle idee nella quale la lettura dei classici e il recupero della tradizione giuridica continentale possono fornire spunti di riflessione sull’origine delle questioni con cui si confronta l’interprete del

⁷ V. cap. I, § 8.

diritto vigente e, inoltre, emancipare definitivamente il dibattito dalla riduttiva questione se delibare o meno pronunce punitive d'oltreoceano, dimostrando che la concezione continentale della responsabilità abbia già conosciuto l'idea di sanzione, senza dunque necessità di ispirarsi a un istituto del tutto eterogeneo rispetto ai tratti caratterizzanti gli ordinamenti di *civil law*.

I tempi sono maturi per riscoprire il pensiero di August Thon, come peraltro auspicato in letteratura⁸, e, più in generale, per ripensare – anche a livello europeo – le funzioni della responsabilità civile disancorandosi definitivamente dai *punitive damages* nordamericani.

2. *Il diritto di August Thon come complesso di imperativi.*

*Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*⁹, opera principale di August Thon (Weimar 1839 - Jena 1912), stupisce l'interprete contemporaneo per la modernità dei contenuti trattati e delle posizioni espresse sulle funzioni della responsabilità civile, pur espressi con il linguaggio tipico della Pandettistica¹⁰.

Anticipando parte delle considerazioni che saranno esposte nel prosieguo, il lavoro del maestro di Weimar si dipana lungo un complesso orizzonte interpretativo nel quale le principali questioni in tema di responsabilità, specie in punto di polifunzionalità, sono affrontate sia dal punto di vista del diritto vigente al tempo dell'autore sia recuperando l'eredità del diritto romano.

È, in altre parole, un gioco di piani nel quale la dimensione contemporanea del problema e le origini romanistiche di interrogativi fondamentali per i giuristi – che cos'è la responsabilità civile? Che compiti ha? Quali scopi si prefigge? Come reagire

⁸ A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai cd. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2018, 1309 ss., ma riscoperto anche da G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.

⁹ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878, disponibile anche nella traduzione in lingua italiana: A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*², trad. it. di A. Levi, Padova, 1951.

¹⁰ Sul tema sia consentito il rinvio a S. ROMANÒ, *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, in *Atti del Seminario Italo-Tedesco Verona-Bayreuth 11-12 novembre 2021*, Napoli, 2022, in corso di pubblicazione.

alla perdita di ciò che è irreparabile, ossia ai danni contro la persona? – si fondono insieme per una più efficace comprensione dei problemi posti dall'esercizio della funzione sanzionatoria nel diritto civile.

Premessa fondamentale per accostarsi all'opera di Thon è la contestualizzazione del clima storico e politico nel quale l'autore scrisse *Norma giuridica e diritto soggettivo*, dato alle stampe a Weimar nel 1878, sette anni dopo la fondazione, il 18 gennaio 1871, dell'Impero germanico o Secondo Reich.

La stesura del testo avvenne a Rostock dove Thon, da professore, assistette al divenire di eventi che portarono la città a essere prima parte della Confederazione Germanica del Nord, nel 1866, dunque, qualche anno più tardi, del Secondo Reich.

La creazione dell'Impero e i mutamenti giuridici che ne seguirono non sono privi di conseguenze nella produzione del giurista tedesco¹¹, che significativamente concepisce il diritto come complesso di imperativi.

Il diritto rappresenta l'espressione della volontà di una comunità e, in quanto tale, individua lo strumento per mezzo del quale la comunità medesima orienta le azioni dei consociati. Il diritto si configura pertanto come il complesso degli imperativi che mira a imporre ai singoli linee di condotta uniformi.

Com'è evidente, non sempre i comandi giuridici vengono rispettati dai soggetti verso i quali sono diretti: si pone così il problema delle conseguenze dell'illiceità. Sono, tuttavia, due questioni distinte: da una parte la concezione del diritto come complesso di imperativi, che tuttavia non richiede che i singoli precetti, per potersi qualificare come giuridici, prevedano espresse conseguenze per la trasgressione; dall'altra il tema della devianza e della reazione dell'ordinamento di fronte alla trasgressione.

¹¹ Più avanti nel testo ci si occuperà del problema della collocazione delle «pene private di diritto comune», oggetto di un dibattito tra Thon e Windscheid che ha visto quest'ultimo invocare la spettanza al Codice di diritto penale dell'Impero. Come si può notare, la creazione del Secondo Reich non è priva di conseguenze tra i giuristi del tempo.

3. Le conseguenze dell'illiceità: adempimento, pena e risarcimento.

Venendo al problema della trasgressione del comando giuridico, August Thon individua tre possibili conseguenze: adempimento, pena e risarcimento.

Con approccio tipicamente pandettista, Thon si accosta all'illiceità globalmente intesa in quanto discendente dalla violazione di un imperativo, senza distinguere – com'è invece d'obbligo tra gli interpreti contemporanei – tra diritto civile e penale; metodo al quale qui ci si adegnerà per seguire il pensiero dell'autore.

Data una qualsiasi inosservanza, le conseguenze possono essere nel senso dell'adempimento, della pena oppure del risarcimento.

Tralasciando l'adempimento – figura di minor interesse in una ricerca sulla funzione sanzionatoria della responsabilità civile¹² – e concentrandosi sul risarcimento, Thon avverte che, in un'ottica sistematica, il risarcimento acquista vero rilievo solo quando si collochi come terzo polo tra pena e adempimento: «come lo scopo comune di quegli stessi precetti giuridici, i quali si connettono a una illiceità, per procurare alla parte lesa sott'altra forma una soddisfazione» (soddisfazione che, però, non è chiamata *Genugtuung*, ma *Befriedigung*) «approssimativa di fronte a ciò che è irrecuperabile» (*anstatt des Entgangenen*)¹³.

Il risarcimento può avvenire in tre modi: come mezzo per togliere al trasgressore un diritto o una potestà, ed è il caso della decadenza, «per procurare ... all'offeso un certo risarcimento»¹⁴; *sub specie* di garanzia contro un torto futuro, sempre col mede-

¹² Per alcune considerazioni sull'adempimento nel pensiero del giurista di lingua tedesca – ma, più in generale, sulle conseguenze dell'illiceità –, v. A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon*, cit., 1311 s.

¹³ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 55. La presente ricerca non ambisce a tradurre il complesso lavoro di Thon e pertanto ha adottato la traduzione di Alessandro Levi, tuttavia occorre precisare che la 'soddisfazione' del traduttore nel testo originale è *Befriedigung*, non la *Genugtuung* individuata dagli autori di lingua tedesca come uno degli scopi del danno non patrimoniale: per tutti, v. H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachten für den 45. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1964, I, specie 149 ss. nella quale ha distinto tre funzioni nel risarcimento del danno non patrimoniale: accanto alla compensazione, l'autore dedica particolare attenzione alla soddisfazione (*die Genugtuung*, 149 ss.) e alla punizione (*die Strafe*, 156 ss.). La precisazione si spiega perché non si vuole attribuire a Thon considerazioni estranee alla sua lettura, addebitandogli un'interpretazione 'satisfattiva' che per lo studioso contemporaneo del danno non patrimoniale ha una precisa accezione, ma che non va indebitamente riferita alla Pandettistica.

¹⁴ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 55.

simo scopo; infine, ed è l'accezione che qui interessa maggiormente oltre che, come nota Thon, anche la più frequente, attraverso l'imposizione di una nuova obbligazione a scopo di risarcimento dell'offeso¹⁵. In quest'ultima ipotesi, «se il danno ammette una valutazione in denaro, il più delle volte anche l'obbligazione consisterà in una prestazione pecuniaria»¹⁶. Questa indubbiamente costituisce la prima forma di riparazione degli illeciti anche negli ordinamenti moderni, sebbene Thon precisi sia che quella ora esposta non costituisca l'unica forma di risarcimento sia che anche danni astrattamente traducibili in termini monetari siano da compensarsi diversamente, come nella rescissione del negozio a seguito dell'esperimento dell'*actio Pauliana*.

Sempre rimanendo all'interno del risarcimento, un problema di più difficile soluzione s'incontra per danni non suscettibili di essere valutati in denaro oppure che lo sono solo difficilmente.

Questi pregiudizi «trovano qualche rimedio in ciò che all'offeso è accordata contro l'offensore una pretesa a una somma di danaro misurata per legge o da determinarsi discrezionalmente dal giudice entro certi limiti»¹⁷. Particolarmente utili le ipotesi riportate dall'autore a scopo esemplificativo: quest'accezione di risarcimento si rinviene nel «compenso» attribuito al soggetto ingiustamente detenuto, nella «somma per la deflorazione e la riparazione» spettante alla donna sedotta e, infine, sia nell'«ammenda» sia nello *Schmerzensgeld* che riceve l'ingiuriato¹⁸. Tra i casi in cui l'offesa è difficilmente valutabile in denaro, talvolta l'ordinamento appresta rimedi non pecuniari per riparare al torto subito: è il caso dello scioglimento del matrimonio chiesta da un coniuge per l'adulterio dell'altro.

Come si può agevolmente notare, le complicazioni maggiori si incontrano qualora la lesione patita dalla vittima non sia traducibile un valore monetario preciso.

¹⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 56 s., avverte che il risarcimento come obbligazione a favore dell'offeso deve essere distinto tanto dall'obbligazione violata, quanto dall'adempimento dell'obbligazione risarcitoria stessa (*Erfüllung*). Il risarcimento è, precisamente, la sottoposizione del responsabile all'obbligazione – talvolta pecuniaria, ma non necessariamente – che l'ordinamento gli impone in conseguenza dell'illecito.

¹⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 56.

¹⁷ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 57.

¹⁸ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 57. Nel testo originale A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 58: «so erhält der Gefangengehaltene einen Anspruch auf Sachsenbusse, die Verführte auf Deflorationsgelder und Satisfaction, der Misshandelte sei es auf Busse sei es auf Schmerzensgeld».

Significativamente, l'autore spiega tali assunti riportando ipotesi di quelli che oggi si definirebbero danni non patrimoniali alla persona, la cui riparazione nella dottrina italiana di inizio Novecento era molto dibattuta e non di rado negata¹⁹. Al contrario, né Thon né altri autorevoli Pandettisti, come Windscheid²⁰, dubitano della risarcibilità dei pregiudizi immateriali.

Le considerazioni sopra esposte aprono numerosi problemi interpretativi coi quali si confronta anche lo studioso contemporaneo, tra cui la correttezza del termine 'risarcimento' per un'offesa che «non tollera, alla stregua di criteri oggettivi, di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa»²¹.

Per i Pandettisti, il termine è corretto, sebbene nell'accezione dagli stessi utilizzata, dunque non pienamente coincidente con quella invalsa nell'uso corrente. Non può seriamente dubitarsi, per esempio, che scioglimento del vincolo coniugale e risarcimento rappresentino per gli interpreti contemporanei concetti nettamente distinti, mentre per Thon sono due tra le molte forme del risarcimento.

Anche Windscheid, dal canto proprio, ammette il risarcimento di pregiudizi immateriali mediante un'«indennità del dolore (*Schmerzensgeld*)» percepita dall'offeso oltre al danno patrimoniale «in caso della lesione d'un uomo libero», significativamente chiarendo il carattere risarcitorio, non afflittivo, del rimedio: «questa indennità non è pena, ma risarcimento»²².

La precisazione di Windscheid sull'esclusione del carattere sanzionatorio della condanna che ripara lo *Schmerzensgeld* non è priva di conseguenze. Anzi, ebbe a inserirsi in un dibattito sul punto con Thon, il quale, nel dividere i rimedi contro l'illiceità

¹⁹ Per tutti, per C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, 241 era «immorale il concetto che il denaro asciughi le lagrime». Si tornerà più precisamente sulla questione nel diritto italiano nel cap. V, § 2.

²⁰ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1904, 362.

²¹ C. BONILINI, voce *Danno morale*, in *Dig. Disc. Priv.*⁴, V, Torino, 1989, 85. Più in dettaglio sui termini del problema nel diritto privato italiano, v. cap. V, § 2.

²² Così B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 362. Particolarmente rilevante la nt. 31, nella quale l'autore dichiara di avere, in un primo momento, ritenuto di non dover parlare di risarcimento nel caso di specie in quanto «dolore e prestazione di denaro siano quantità assolutamente non confrontabili, e quindi l'indennità del dolore non possa essere risarcimento. Ma io attualmente riconosco l'esattezza della risposta data dal Wächter ... che è risarcimento anche il controbilanciare la sensazione dolorosa causata all'offeso col cagionargli una sensazione piacevole».

in *actiones poenales* e *rem persequentes*, talvolta ravvisava «complicazioni di pena e risarcimento»²³.

4. *I precetti giuridici che hanno come scopo la punizione del responsabile.*

Approfondendo l'analisi della pena nel pensiero di Thon, l'autore rileva che per talune ipotesi d'illiceità l'ordinamento mira alla punizione del trasgressore mediante l'inflizione di un male: «sotto qualsiasi veste si presenti la pena, secondo l'intenzione della comunità essa dev'essere sempre un male, che l'azione antiggiuridica tiri addosso al suo autore»²⁴. Quanto al fondamento della pena, Thon è apparentemente lapidario: «il fondamento giuridico della singola pena è unicamente la legge penale»²⁵.

A una prima lettura sembrerebbe che la funzione punitiva rimanga confinata al diritto penale, esercitata per il tramite della legislazione criminale dell'Impero Germanico.

Sono, invece, di particolare interesse, specie per il giurista continentale che si confronti col problema delle funzioni della responsabilità civile, le riflessioni di Thon sulle pene private per il loro impatto dirimpante sulla diffusa negazione di ogni finalità sanzionatoria nella responsabilità civile europea.

Il punto d'avvio del ragionamento dello studioso coincide col fatto che la pena è tale a prescindere da quale sia il male irrogato, purché di male si tratti. Solitamente la pena viene irrogata dagli organi statuali mediante la privazione della vita, della libertà, o di beni personali del trasgressore, ma in altre ipotesi «è possibile che l'ordinamento giuridico elevi la pena a conseguenza necessaria dell'azione, così che, quando sia consumata la trasgressione della norma, la pena tosto e immediatamente colpisca il colpevole»²⁶.

²³ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60. Più in dettaglio, cap. I, § 7.

²⁴ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 26. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 20: «in welchem Gewande auch die Strafe auftritt, immer soll sie nach Absicht der Gemeinschaft ein Uebel sein, welches das normwidrige Verhalten auf seinen Urheber herabzieht ».

²⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 26.

²⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 34.

Appartengono a tali casi le modificazioni giuridiche che si producono in conseguenza di un'illecità, quali la perdita di un diritto o di una facoltà o ancora il venire meno della capacità di acquistare diritti in generale, tutte ipotesi fatte confluire dall'autore nella decadenza (*Verwirkung*).

La decadenza è legata a doppio filo alla pena privata.

Thon si dichiara, infatti, propenso ad ammettere che «le nostre attuali pene private siano tutte quante decadenze. Esse consistono nella privazione d'un diritto privato o nella determinazione di una obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma – e ciò non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà perlopiù quello che dal delitto è stato lesa»²⁷. L'effetto pregiudizievole delle pene private si verifica immediatamente con l'atto illecito, senza necessità di adire gli organi magistratuali.

Nonostante una norma sia imposta a scopo di punizione, non ha necessariamente una dimensione solo pubblicistica: nelle pene private, invero, «è stato ulteriormente determinato chi debba guadagnare attraverso la punizione»²⁸, ossia l'offeso.

Duplici la rilevanza delle considerazioni dell'autore: innanzitutto riconducono al diritto privato una finalità propriamente sanzionatoria; in secondo luogo, la polifunzionalità viene giustificata tanto con richiami al diritto vigente quanto al diritto romano. Invero, Thon specifica che «le *actiones poenales* dei Romani e le nostre attuali “azioni penali” (*Strafklagen*), quante siano quelle di esse che ancora possediamo, si devono considerare sotto questo punto di vista»²⁹.

Occorre notare che con *actiones poenales*, come sarà chiarito nel prosieguo³⁰, il diritto romano indicava i rimedi processuali concessi alla vittima di un illecito privato che, nelle forme del processo privato, conviene in giudizio il responsabile e ne chiede la condanna al pagamento di una somma pienamente satisfattiva del torto patito,

²⁷ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 35. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 31: «und zwar möchte ich annehmen, dass unsere heutigen Privatstrafen sämtlich Verwirkungen sind. Sie bestehen in Entziehung eines Privatrechts oder in Begründung einer privatrechtlichen Verpflichtung zwecks Bestrafung des Norm übertreters und zwar nicht zu Gunsten der Rechts gemeinschaft als solcher, sondern zu Gunsten eines bestimmten Dritten, der zumeist der durch das Delict Verletzte sein wird. Diese Privatstrafen sind nun unmittelbar mit dem Delicte vollzogen».

²⁸ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 35, nt. 76.

²⁹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 35.

³⁰ V. *infra*, cap. III.

quantificata in modo tale da sanzionare il trasgressore, colpito anche col marchio dell'*infamia*.

Il rimedio dell'*actio poenalis*, dunque, lungi dal riferirsi al diritto penale secondo l'accezione moderna del termine, si svolge interamente entro le ritualità di un giudizio privato, che tuttavia mirava all'afflizione del danneggiante. Il nome delle *actiones poenales* deriva dall'antica *poena* – tradotta come «prezzo del riscatto»³¹ o anche «pagamento del prezzo del sangue»³² –, ossia dalla somma trasferita dall'offensore alla vittima come mezzo per evitarne la vendetta, prima, e per sostituirla, poi³³.

Thon ricorda precisamente questa origine delle *actiones poenales*, rilevando come discendessero direttamente dal delitto, ma avessero per fine «un “prezzo della colpa” (riscatto: *Sühngeld*) od una somma di tacitazione (indennità: *Abfindungssumme*)»³⁴.

Lungi dal rimanere retaggio della storia del diritto, l'autore afferma che esempi di figure sanzionatorie di questo tipo si possono rinvenire, pur non numerosi, anche nel diritto vigente al tempo del maestro tedesco, che cita il caso della restituzione del be-

³¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno Roma 7 dicembre 2007*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 82; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 243.

³² B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8, che traduce *poena* – 'gemella' latina del greco *ποινή* – come «pagamento in funzione riparatoria» o «pagamento del prezzo del sangue».

³³ Rimandando al cap. II per una più approfondita discussione di tali tematiche, qui basti, tra i molti che si sono occupati del tema, ricordare M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata*, cit., 82, secondo il quale il passaggio dalla vendetta alla pena pecuniaria «non comportava ... che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*». Cfr. anche C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 43: «la composizione pecuniaria (*ποινή*, ed è questa l'origine del termine *poena*) permessa in questo caso e stabilita per l'*os fractum*, non è che un sostitutivo della vendetta».

³⁴ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 36. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 32: «für diese Auffassung spricht der ursprüngliche Charakter dieser Ansprüche als solcher, welche zwar um des Delictes willen gegeben waren, aber auf ein „Sühngeld“ oder eine „Abfindungssumme“ gingen; dafür ferner der Umstand, dass jedem Dritten die Schuld zu tilgen erlaubt war; dawider nicht die passive Unvererblichkeit dieser Ansprüche, welche sich ebenso bei *actiones rei persecutoriae ex delicto* findet. Will man dem zustimmen, so würden auch diese Privatstrafen unter den Gesichtspunkt der Verwirkung fallen. Dem Schuldigen wäre mit seiner That zur Strafe eine privatrechtliche Verbindlichkeit auferlegt. Erst bei Geltendmachung der letzteren käme die That als die jüristische Voraussetzung des klägerischen Anspruchs in Betracht»

ne donato da parte del donatario ingrato, concretizzante un'obbligazione privatistica imposta dall'ordinamento a titolo di punizione di un comportamento riprovevole³⁵.

5. *La sottrazione al diritto penale delle pene private.*

La circostanza che le pene private vigenti nel diritto comune addossino al responsabile «un'obbligazione privatistica come pena»³⁶ ebbe a inserirsi in un dibattito tra Thon e Windscheid sulla vigenza³⁷ e sulla branca del diritto cui appartenessero tali misure.

Windscheid non metteva in dubbio la natura punitiva delle pene private, ma affermava che proprio per quella natura dovevano essere collocate nel Codice di diritto penale dell'Impero tedesco³⁸.

Ragionando sulle pene private inflitte in autotutela (*die Privatstrafe der Selbsthilfe*)³⁹, Windscheid rilevava come il novello codice penale imperiale si fosse occupato della materia in parte punendo con disposizioni specifiche i casi più gravi di autotutela, in parte abrogando le normative territoriali sullo stesso argomento, come quelle adottate nel Baden, nella Turingia o nella Sassonia. Al di fuori delle pene private contenute nel Codice penale dell'Impero germanico, quindi, le altre erano da ritenersi abrogate.

Thon contesta in più punti la ricostruzione del collega pandettista.

In primo luogo, pur non dubitando del venire meno delle pene territoriali ricordate da Windscheid per la sopravvenienza Codice penale dell'Impero tedesco a incaricarsi della questione, afferma che quest'ultimo non aveva alcuna intenzione né autorità di disciplinare le pene private in via generale.

³⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 36, nt. 78.

³⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 36.

³⁷ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 33: «es wirft sich jedoch die Frage auf, ob diese Privatstrafen – soweit deren gemeinrechtliche Geltung überhaupt anzunehmen war – auch heutzutage noch neben dem Reichsstrafgesetzbuch Bestand haben oder nicht».

³⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 359.

³⁹ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 33.

Invero, il potere legislativo della precedente Confederazione Germanica del Nord⁴⁰, ai sensi dell'art. 4 della Costituzione, si estendeva al campo del diritto penale, commerciale, cambiario e alla procedura giudiziaria, ma nel diritto civile era limitato alle sole obbligazioni.

Inoltre, Thon precisa che «per diritto penale non s'intendeva il contenuto di tutte le norme, per la cui trasgressione era minacciata di solito una pena. Soltanto il comando di pubbliche pene» (*öffentlicher Strafen*) «costituisce il diritto penale»⁴¹.

Distinguendo così le pene pubbliche da quelle private, la Confederazione Germanica del Nord sarebbe stata legittimata a trattare di queste ultime solo quando fossero state connesse al diritto commerciale, cambiario e alla procedura giudiziaria, oltre alle obbligazioni. Le pene private irrogate nel codice civile o nelle leggi processuali devono, quindi, ritenersi pienamente valide ed efficaci, ancorché non disciplinate dal Codice penale imperiale.

Con una seconda argomentazione critica al lavoro di Windscheid, Thon rileva che un'abrogazione delle «pene private di diritto comune»⁴² non contenute nel Codice penale produrrebbe, peraltro, conseguenze incalcolabili. Sarebbero infatti annullate «d'un colpo le conseguenze giuridiche di una grande quantità di norme, del cui persistente vigore nessuno ha mai dubitato»⁴³, come le sanzioni di natura processuale o le decadenze, quest'ultimo termine nell'accezione ampia dei Pandettisti cui si è già accennato.

La decadenza, precisa Thon, è una pena, ma non viene inflitta da un organo giudiziario, bensì consegue direttamente all'infrazione del comando giuridico.

Il codice penale imperiale, al contrario, «ammette soltanto pene inflitte da o comunque collegate ad una sentenza giudiziaria, ma non ne ammette come conseguen-

⁴⁰ Costituita nel 1866, la Confederazione Germanica del Nord rappresentò un'alleanza e confederazione di stati indipendenti che l'anno seguente divenne uno stato federale e costituì la base per il successivo Impero germanico, fondato nel 1871.

⁴¹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 38. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 35: «nur die Anordnung öffentlicher Strafen bildet das Strafrecht».

⁴² A. THON, *Norma giuridica*, cit., 36.

⁴³ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 39.

za immediata di una qualsiasi illiceità»⁴⁴, pertanto la decadenza non può ritenersi ricompresa nell'alveo del diritto criminale.

A questo punto, se si accogliesse la teoria di Windscheid, si dovrebbe concludere per l'abrogazione della decadenza – in quanto pena estranea al Codice penale imperiale –, ma, secondo Thon, non solo una simile interpretazione contrasterebbe con il testo costituzionale che individuava le materie specifiche rimesse alla competenza del legislatore del 1866, ma produrrebbe conseguenze abnormi.

6. *Actiones poenales e rem persequentes: la posizione di Savigny e la critica di Thon.*

Data una situazione di illiceità, di patologia, secondo Thon l'ordinamento reagisce mediante l'irrogazione di una pena, l'adempimento o il risarcimento.

Per distinguere i rimedi che perseguono l'uno o l'altro, «è entrato nell'uso, ad imitazione della nota partizione romana delle azioni, di considerare la menzionata diversità degli scopi soltanto come una diversità delle pretese o, prima, delle azioni, e conseguentemente parlare, da un lato, di azioni penali, dall'altro di azioni di manutenzione e di risarcimento (*erhaltende und Ersatzklagen*)»⁴⁵.

La partizione sopra esposta viene utilizzata dalla Pandettistica già prima di Thon, sebbene cambi da studioso a studioso l'elemento che funge da discriminare tra i due tipi di azioni.

Savigny distingueva *actiones poenales* e *rem persequentes* a seconda del risultato che producono sul patrimonio del trasgressore (*Erfolg*): sono definite *actiones poenales* quelle il cui esito consiste in un arricchimento dell'attore, mentre le reipersecutorie «gli conservano soltanto ciò ch'egli aveva»⁴⁶.

⁴⁴ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 39. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 36: «Denn die Verwirkung ist als Strafart dem Strafgesetzbuche fremd. Dieses kennt überhaupt nur Strafen verhängt oder doch vermittelt durch richterliches Erkennen, keine solchen als unmittelbare Folge irgendwelcher Normwidrigkeit».

⁴⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 58.

⁴⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 58, nt. 150, richiama la posizione sostenuta da Savigny nell'opera *System des heutigen römischen Rechts*, edita a Berlino tra il 1840 e il 1849. La partizione, a ogni modo, è validamente riferita per Savigny solo alle azioni di carattere patrimoniale.

Nel *Sistema del diritto romano attuale*⁴⁷, le *actiones poenales* costituiscono una delle sotto-categorie nelle quali di giurista divide le azioni patrimoniali, intendendosi con tale termine, secondo l'accezione di Savigny, il complesso dei rimedi processuali aventi per oggetto il patrimonio di un soggetto, sebbene con finalità differenti.

La suddivisione in parola viene operata dallo studioso avendo riguardo «all'intima natura delle azioni, al loro oggetto, scopo, effetto»⁴⁸.

L'angolo di osservazione è, dunque, prettamente patrimoniale: si confronta il patrimonio del danneggiante prima e dopo l'esperimento dell'azione e, a seconda dell'esito, si classifica il rimedio, ma il riferimento alla patrimonialità deve essere letto nell'accezione di Savigny, ossia in una sfumatura più articolata e complessa di quella contemporanea alla quale non può dirsi estranea la finalità per la quale l'azione è stata introdotta.

Per questa ragione, ad avviso di chi scrive, non è condivisibile il rimprovero che Thon muove all'interpretazione di Savigny⁴⁹: lo studioso di Weimar critica la partizione delle azioni operata da Savigny in quanto si baserebbe, riduttivamente, sull'unico riferimento all'effetto delle azioni, come perno della sopra esposta categorizzazione, il quale non sarebbe risolutivo per carpire l'essenza dei rimedi in parola. Allo stesso tempo, non ci si può esimere dal notare che l'*Erfolg* di Savigny, relativo «all'intima natura delle azioni, al loro oggetto, scopo, effetto», è lontano dal focalizzarsi soltanto sul risultato degli strumenti processuali.

Tornando all'esposizione dei tratti principali della partizione di Savigny, il primo distinguo dei mezzi processuali è quello che individua un primo gruppo costituito dalle azioni patrimoniali «secondo il loro puro e semplice concetto», le quali mirano a conservare lo stato patrimoniale di una persona o, se questo è stato diminuito, a reintegrarlo⁵⁰.

Può, dunque, affermarsi che i rimedi processuali patrimoniali, per così dire, 'puri e semplici' concretizzano un intento prettamente risarcitorio nella misura in cui siano

⁴⁷ C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1893, 42 ss. L'originale in lingua tedesca è C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin, 1841.

⁴⁸ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 42.

⁴⁹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 58.

⁵⁰ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 43. A scopo esemplificativo, il giurista di lingua tedesca riporta l'azione di rivendica e quella di mutuo.

rivolti non all'incremento, ma alla conservazione del patrimonio del soggetto che propone l'azione. In altre parole, in esito all'esperimento del rimedio «ciascuna delle parti rimane ricca quanto lo era prima»⁵¹.

Nel secondo gruppo di azioni patrimoniali, invece, «una disposizione artificiale, affatto positiva, annette ad alcune lesioni anche un'altra conseguenza. L'offensore deve forzatamente diventare più povero e il leso deve di altrettanto diventare più ricco. Per essa adunque *si produce una modificazione* in conseguenza della lesione, e l'oggetto di questa modificazione dicesi *poena*»⁵². L'azione penale, quindi, mira non già al mantenimento dello stato patrimoniale preesistente, ma al suo incremento, per l'attore, e al suo depauperamento, per il convenuto.

Pertanto, il *quantum* della condanna pecuniaria delle *actiones poenales* è superiore alla lesione prodottasi.

A queste due categorie di azioni se ne aggiunge, in realtà, una terza, secondo Savigny, ossia l'*actio mixta*, la cui peculiarità risiede nel contestuale perseguimento degli scopi di entrambe le classi di rimedi sopra esposti; spesso, aggiunge l'autore, tale strumento è definito anche, più semplicemente, *poenalis*.

La distinzione, apparentemente lineare, tra azioni *rem persequentes*, da un lato, e *poena persequentes*, dall'altro, è destinata a complicarsi all'atto pratico.

Nota Savigny l'esistenza di diversi rimedi che, invero, producono un «effetto diseguale» tra danneggiante e danneggiato: «per l'attore lo stato patrimoniale è solamente conservato, per il convenuto può essere alterato, di guisa che l'oggetto dell'azione è risarcimento per l'attore, ma pena per il convenuto»⁵³.

Esempio paradigmatico di tale categoria è, per il maestro di Berlino, l'azione di dolo, dal cui esperimento l'attore ottiene il solo risarcimento del danno. Allo stesso tempo, il convenuto può essere costretto a prestarlo anche se «non ha ingannato per cupidigia di lucro, ma soltanto per malignità; nel qual caso, l'azione contro di lui opera come una pena, poiché essa lo rende positivamente più povero, e non fa soltanto cessare un ingiusto arricchimento»⁵⁴.

⁵¹ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 43.

⁵² C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 43. I corsivi sono del traduttore.

⁵³ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 46.

⁵⁴ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 46.

L'ambivalenza dell'*actio doli* comporta, tuttavia, che il meccanismo sopra descritto non sempre operi: potrebbe darsi il caso, continua Savigny, che il raggirante avesse ottenuto un guadagno dalla propria macchinazione e, pertanto, la sua soccombenza processuale determini la restituzione di quanto indebitamente percepito, non configurandosi propriamente nei termini di una *poena*.

Pertanto, è la possibilità che la condanna si spinga oltre la lesione a determinare il carattere ambiguo – né reipersecutorio, né penale – dell'azione di dolo e a rendere necessaria l'individuazione di una terza categoria di rimedi, classificati dal giurista di lingua tedesca in azioni penali bilaterali, comportanti una *poena* per il convenuto e un parallelo arricchimento per l'attore, tra i quali, per esempio, l'*actio furti*; azioni penali unilaterali, che hanno solo per il danneggiante (e solo eventualmente) carattere afflittivo, come l'*actio doli*; e azioni conservatrici, che in nulla fanno guadagnare o impoveriscono le parti, quale l'azione di rivendica⁵⁵.

La lettura di Savigny, ad avviso di Thon, non è del tutto soddisfacente.

Seguendone le premesse, si otterrebbe l'esito – difficilmente condivisibile – di qualificare in senso sanzionatorio anche figure di indubbia natura reipersecutoria quali la promessa di donazione o da legato, che di certo incrementano il patrimonio di un soggetto attribuendogli qualcosa che prima non possedeva, ma la cui *ratio* non può definirsi in termini penali.

Non condivisibile neppure l'interpretazione, sostenuta da Windscheid, che individua il discrimine tra azioni penali e reipersecutorie nell'oggetto delle varie pretese, ossia nell'«attività (*die Handlung*), alla quale il diritto di credito obbliga il debitore»⁵⁶. Nemmeno questa strada risulta pienamente percorribile secondo Thon. Ogni volta che un creditore chiede il pagamento di una somma, questa pretesa ha il medesimo oggetto, ossia un diritto di credito, che non si differenzia a seconda dell'origine del credito medesimo né fa intendere, di per sé solo, se abbia o meno carattere di pena.

⁵⁵ C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 47. La distinzione tra azioni penali bilaterali e unilaterali rileva, secondo l'autore di lingua tedesca, sotto alcuni aspetti, quali la cumulatività, dal momento che la stessa sarebbe stata possibile solo nel caso dei rimedi del primo tipo e la trasmissibilità passiva, solo in caso di *actio mixta* (50 ss.). Invece, la nossalità era caratteristica comune a entrambe.

⁵⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 59.

7. *La linea di discriminare tra actiones poenales e rem persecuentes.*

Confutate le letture di Savigny, che individuava la differenza tra azioni penali e reipersecutorie nell'effetto del rimedio (*Erfolg*), e di Windscheid, concentrato sull'oggetto della pretesa, anche a guardare la fonte dell'obbligazione, ad avviso di Thon, non si risale all'elemento che davvero distingue le azioni penali dalle reipersecutorie: infatti, non ogni vincolo nascente da delitto produce automaticamente un'azione penale, «(una) pena può scaturire soltanto da un delitto. Ma viceversa non ogni conseguenza giuridica dell'illiceità è (una) pena»⁵⁷.

Per lo studioso, il discriminare tra i vari tipi di *actiones* corre lungo lo scopo perseguito dall'ordinamento nell'individuazione di un rimedio come reazione a una data illiceità⁵⁸.

«Ad un risultato si arriva soltanto se ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento giuridico e ci si accerta della ragione per la quale esso ordinamento ha imposto l'obbligazione»⁵⁹: in quest'ottica, «non basta dunque che si indichi un delitto come il fondamento costitutivo di un'obbligazione, perché si possa designare la specifica pretesa alla realizzazione di quella (obbligazione) come un'*actio poenalis* ... Se ne risulta un male al soggetto (che vi deve sottostare), l'obbligazione è inflitta a titolo di pena e la pretesa dell'interessato chiamasi *actio poenalis*. Se ne risulta un bene per l'offeso, l'obbligazione è imposta a scopo di tutela dell'interessato e la sua pretesa è un'*actio, quae rem persequitur*»⁶⁰.

⁵⁷ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 59 s.

⁵⁸ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60: «il fondamento per la detta partizione delle azioni riposa dunque su lo scopo, che l'ordinamento giuridico persegue con l'imporre l'obbligazione, per la cui attuazione è stabilita l'*actio*».

⁵⁹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 59.

⁶⁰ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 59 s. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 61 s. «zu einem Ergebnisse gelangt man erst, wenn man sich auf den Standpunkt der Rechtsordnung stellt und sich des Grundes vergewissert, wesshalb diese die Verpflichtung auferlegt hat. Geschah es dem Thäter zu Leide, so ist die Verpflichtung zur Strafe aufgestellt und der Anspruch des Berechtigten heisst *actio poenalis*. Geschah es dem Verletzten zu Liebe, so ist die Verpflichtung zum Schutze des Berechtigten bestimmt und sein Anspruch ist eine *actio, quae rem persequitur*. Der Grund für die gedachte Eintheilung der Actionen beruht sonach auf dem Zwecke, welchen die Rechtsordnung bei Aufstellung der Verpflichtung verfolgt, zu deren Verwirklichung die *actio* bestimmt ist».

La linea di demarcazione che separa la pena dal risarcimento, se da un punto di vista teorico sembra potersi tracciare agevolmente, all'atto pratico può risultare sfumata, tutt'altro che nitida. Invero, è lo stesso Thon ad ammettere che «è possibile che si presentino complicazioni di pena e risarcimento» (*Complicationen von Strafe und Ersatz*)⁶¹.

8. *Le «complicazioni di pena e risarcimento»* (*Complicationen von Strafe und Ersatz*).

Uno degli spunti più interessanti di Thon riguarda quelle che il giurista definisce come le «complicazioni di pena e risarcimento»⁶².

Secondo Thon, pur potendosi, come si è visto, distinguere da un punto di vista teorico azioni penali e reipersecutorie sulla base della diversa finalità cui mirava l'ordinamento con l'introduzione del rimedio, la stessa norma può farsi carico di diversi scopi, ossia può sia voler compensare l'offeso, dunque imporre il risarcimento; sia dare attuazione al fine per cui era stata posta in essere, mirando pertanto a un adempimento; sia, da ultimo, punire il trasgressore.

All'atto pratico, distinguere azioni penali e reipersecutorie appare complicato giacché «di sovente si rassomigliano, da sbagliarsi, pena e risarcimento»⁶³.

Quanto alle ragioni di questa confusione, l'autore rileva che «se per la qualità di un precetto giuridico è rilevante la sola intenzione, che animava l'ordinamento giuridico nel porlo, è possibile che si presentino complicazioni di pena e risarcimento»⁶⁴.

Invero, può accadere che l'ordinamento miri in principalità alla punizione del trasgressore, ma persegua anche la soddisfazione della vittima quale «scopo accessorio»⁶⁵, come nelle *actiones poenales*⁶⁶.

⁶¹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60.

⁶² A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60.

⁶³ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 62: «und häufiger noch gleichen sich Strafe und Ersatz zum Verwechseln».

⁶⁴ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60 s. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 63: «wenn über die Qualität eines Rechtssatzes nur die Absicht entscheidet, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung desselben beseelte, so treten möglicherweise Complicationen von Strafe und Ersatz ein und zwar in zwiefacher Weise».

La pena irrogata al responsabile può, insomma, servire al contempo al risarcimento della vittima secondo un modello che affonda le proprie origini nell'antichità romana, in quanto «nel più antico diritto romano l'obbligazione rivolta a compensare un danno pecuniario sovente apparisce come una pena»⁶⁷.

La riflessione dell'autore è rilevante sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, in quanto tra gli scopi della responsabilità civile – *rectius*, delle conseguenze degli illeciti privati – figura una finalità punitiva.

In secondo luogo, per l'affermazione che vede questa funzione non incompatibile con il risarcimento.

Ancora, per l'origine romanistica di un modello di responsabilità che miri sia a sanzionare che a compensare: come istituto nel quale si può ravvisare la coesistenza di simili funzioni, Thon cita la *lex Aquilia*, che per lo scopo era da considerarsi una pena, ma come risultato produceva il risarcimento del danno patito dalla vittima.

Infine, perché spiega in che cosa propriamente consista la pena in una condanna pecuniaria nella quale si intrecciano profili risarcitori e sanzionatori: sempre partendo dalla *lex Aquilia*, «è solo per quel tanto che l'obbligazione comprendeva in più dell'intera compensazione del danno arrecato, la disposizione si poteva ricondurre unicamente allo scopo della punizione e qui per conseguenza si parlava di una mera pena»⁶⁸.

In altre parole, la pena consiste propriamente nell'eccedenza rispetto al risarcimento.

Sin qui si è esaminato il caso in cui l'ordinamento mira innanzitutto a sanzionare il responsabile e come scopo accessorio ottiene altresì la compensazione del danno.

⁶⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 63: «einmal in der Art, dass die Rechtsordnung an erster Stelle an Bestrafung denkt, und doch zugleich den Nebenzweck verfolgt, dem Verletzten eine gewisse Genugthuung zu gewähren».

⁶⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 61, nt. 160.

⁶⁷ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 61.

⁶⁸ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 61 s. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 64: «nur soweit die Verpflichtung mehr als die volle Ausgleichung des verursachten Schadens umfasste, liess sich die Bestimmung allein auf den Zweck der Bestrafung zurückführen und wurde hier mithin von reiner Strafe gesprochen».

Potrebbe tuttavia darsi l'ipotesi opposta, ossia che la norma persegua il risarcimento come finalità prima, ma neanche questa va esente da «complicazioni di pena e risarcimento»⁶⁹.

A tale proposito, Thon si chiede come il risarcimento debba calcolarsi, se in modo stretto e avaro (*karg und spärlich*), con più larga mano (*mit vollerer Hand*) o ancora in modo generoso (*reich und verschwenderisch*).

La risposta del giurista tedesco non si basa tanto sulla misura del danno cagionato, ma della colpa del trasgressore. Il nodo cruciale del problema risiede dunque nella maggiore o minore colpa del responsabile, con particolare attenzione al fatto se quest'ultimo aveva colpevolmente cagionato il danno.

Il punto è rilevante.

Nell'ambito della ricerca, da parte dell'ordinamento, di un «equilibrio tra colpa e risarcimento del danno ... il riguardo verso l'offeso non indurrebbe l'ordinamento a emanare i suoi precetti, se la colpa del danneggiatore non facesse mettere da parte il riguardo verso il medesimo. Ma anche questo costituisce un elemento della pena. Questa consiste nel non tenere in nessun conto gli interessi dell'autore del danno; altrimenti ne sarebbe impedita l'imposizione del dovere di risarcimento»⁷⁰.

Da queste parole, emerge come per Thon anche il risarcimento abbia una componente, in qualche modo, sanzionatoria per il trasgressore.

A prima vista, ciò potrebbe non stupire, giacché il risarcimento è, anche nel diritto contemporaneo, una sanzione civile nel senso di conseguenza pregiudizievole per l'autore di un fatto illecito.

Pur ammettendo che l'obbligo risarcitorio non sia necessariamente imposto «a scopo di punizione»⁷¹, Thon si spinge sino ad affermare che «la disapprovazione del fatto da parte dell'ordinamento giuridico ha per effetto che questo non desiste da tale imposizione. E quanto più grande è la colpa, tanto più il fatto viene disapprovato, così che finalmente la considerazione degli interessi dell'autore del danno non trattiene l'ordinamento giuridico dal tutelare di fronte a questo nella maniera più generosa gli interessi dell'offeso»⁷².

⁶⁹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 60.

⁷⁰ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 62.

⁷¹ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 62.

⁷² A. THON, *Norma giuridica*, cit., 62.

Sussiste, quindi, una diretta correlazione tra il biasimo dell'ordinamento per un'azione antiggiuridica, la volontarietà del comportamento del responsabile e il risarcimento del danno spettante alla vittima: maggiore è la riprovazione mostrata dalla legge per un comportamento illecito, che chiaramente sarà massima nei casi in cui il trasgressore abbia voluto infrangere il dettato legislativo, più alto è il livello di risarcimento spettante alla vittima.

Una prospettiva propriamente sanzionatoria del risarcimento – non limitata a ravvisare nello stesso una sanzione latamente intesa come conseguenza pregiudizievole per il danneggiante – sembra emergere in più punti del pensiero di Thon, non solo in quello rivolto più precisamente alla pena, ma anche, come ora esposto, nel risarcimento propriamente inteso.

Particolarmente significativa la circostanza che la misura del risarcimento non sia parametrata solo al danno, ma prenda in considerazione elementi che esorbitano da questo, in particolare la volontarietà o meno del comportamento del responsabile.

Come sarà chiarito nel prosieguo, la differente gradazione della condanna a seconda della colpa del responsabile costituisce un'argomentazione classica delle teorie che ravvisano nel risarcimento del danno anche uno strumento per punire condotte particolarmente riprovevoli⁷³.

Invero, un'altra differenza tra *actiones poenales* e *rem persequentes* risiede nel fatto che le prime presuppongono un soggetto pienamente responsabile dell'azione antiggiuridica; richiesta che trova coerente spiegazione nell'ottica della maggiore o minore disapprovazione dell'ordinamento per l'autore un dato illecito, dal momento che qualsiasi genere di pena richiede una responsabilità intenzionale, non un'illiceità colpevole, rimproverabile al trasgressore⁷⁴.

In *Norma giuridica e diritto soggettivo*, una lettura punitiva della responsabilità civile viene rafforzata, in aggiunta a tutto quanto detto sin qui, anche tramite considerazioni moralizzatrici avanzate dal giurista: se alcuni studiosi interpretano in un'ottica risarcitoria il rilievo del dolo o della colpa del responsabile nel calcolo del risarcimento

⁷³ Sul rilievo dell'elemento doloso nel calcolo del risarcimento del danno in un'ottica sanzionatoria, cfr. cap. VI, § 8.

⁷⁴ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 66: «jede Strafe setzt gerechterweise nicht bloss eine schuldhafte Normwidrigkeit, sondern auch Zurechnungsfähigkeit dessen voraus, an dem sie vollstreckt werden soll».

– in quanto determinerebbe una maggiore sofferenza morale nella vittima e, quindi, una più alta condanna –, invece Thon connette direttamente una simile rilevanza alla disapprovazione dell'ordinamento per condotte di speciale gravità. Anzi, come chiaramente affermato dall'autore, di fronte a più strade risarcitorie astrattamente percorribili, constatato il dolo del responsabile l'ordinamento non si tratterà dal «tutelare ... nella maniera più generosa gli interessi dell'offeso»⁷⁵.

Al netto delle complicazioni di pena e risarcimento, per Thon la questione sembra porsi nei termini che seguono: se la disapprovazione dell'azione e «l'impulso di ripagarla con eguale moneta»⁷⁶ hanno rappresentato la ragione principale per l'adozione di una normativa, allora lo scopo cui mira è la punizione; se invece l'intento era il risarcimento dell'interesse leso e la disapprovazione è incidentale «perché questo motivo non fosse paralizzato da un altro»⁷⁷, allora la norma persegue una finalità riparatoria.

9. *Il pensiero di Thon: spunti per la modernità.*

Fuor di dubbio che lo studioso che si confronti oggi con il tema delle funzioni della responsabilità civile non possa determinare il proprio convincimento sull'opera di August Thon.

Tuttavia, la lettura di un classico della Pandettistica può fornire utili spunti di riflessione all'interprete contemporaneo, il più prezioso dei quali non è la già rilevata appartenenza al diritto privato di logiche sanzionatorie, ormai indubbia specie dopo le Sezioni Unite del 2017, ma soprattutto che la predetta appartenenza non determini un 'risarcimento sanzionatorio' o 'risarcimento punitivo', quanto una complicazione di pena e risarcimento, dove quest'ultimo si ravvisa nella parte della condanna che mira alla riparazione della lesione, e tutto quanto da questa eccede è pena in senso proprio.

⁷⁵ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 62.

⁷⁶ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 63. ID., *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, cit., 65: «ist die Missbilligung der schulhaften Handlung und der Trieb sie zu vergelten das bestimmende Motiv bei Aufstellung eines Rechtssatzes gewesen, dann allerdings dient dieser Rechtssatz dem Zwecke der Bestrafung».

⁷⁷ A. THON, *Norma giuridica*, cit., 63.

Il rilievo può essere valorizzato a mente delle ripetute censure dogmatiche mosse da parte della dottrina alle letture che attribuiscono natura punitiva al risarcimento del danno, specie non patrimoniale, giacché quest'ultimo – nonostante la tentazione di far discendere dall'ontologica diversità del dolore e del denaro il carattere arbitrario o addirittura punitivo delle traduzioni in denaro di lesioni di questo tipo – indica propriamente la somma necessaria alla riparazione di un pregiudizio, non una misura sanzionatoria⁷⁸.

Una dottrina condivisibile precisava infatti che «la pena si scorge appunto nella eccedenza»⁷⁹.

Gli autori che sollevano tali censure sono soliti precisare l'estraneità della funzione punitiva al diritto civile⁸⁰; al contrario, in questa sede, l'erronea attribuzione di carattere sanzionatorio al risarcimento viene valorizzata in una lettura polifunzionale dell'art. 2059 c.c.

Tra le molte le figure alle quali ormai da più parti si riconosce natura punitiva, qui è d'interesse il risarcimento del danno non patrimoniale in quanto l'ontologica insuscettibilità di valutazione oggettiva del pregiudizio immateriale è stata interpretato dalla dottrina nei modi più disparati – come risarcimento compensativo, misura (anche) sanzionatoria, e financo pena privata – e quindi ben si presta a essere oggetto di un approfondimento, a maggior ragione considerando che l'attitudine afflittiva del pregiudizio aquiliano veniva espressamente negata dalle Sezioni Unite del 2017⁸¹.

⁷⁸ Per tutti C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018: «sebbene l'espressione risarcimento punitivo sia ormai entrata nel lessico giuridico, è dubbio che possa appropriatamente parlarsi di risarcimento in presenza di una sanzione afflittiva».

⁷⁹ S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 252.

⁸⁰ Sempre per tutti, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 556 s., per il quale «occorre ribadire che la funzione punitiva è estranea al diritto privato». Una lettura monofunzionale non è invece condivisa da F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., *passim*.

⁸¹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

Questa smentita, tuttavia, non sembra trovare conferma nella liquidazione del danno non patrimoniale più recente, nella quale – è proprio il caso di dirlo con le parole di Thon – pena e risarcimento sembrano talvolta complicarsi.

Se il danno costituisce l'esatta misura del risarcimento, e se tutto quanto da questo esula è, invece, propriamente la pena, si può concludere che espressioni come 'risarcimento punitivo' non siano corrette da un punto di vista dogmatico⁸², ammettendo che i due termini possano, semmai, complicarsi tra loro, ciascuno però mantenendo la propria individualità in quella che non pare così azzardato definire una *Complicationen von Strafe und Ersatz*.

Insomma, «a distanza di tanti anni l'indicazione di A. Thon ... sembra, tutto sommato, ancora la più valida»⁸³.

⁸² Ancora per tutti C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit.: «sebbene l'espressione risarcimento punitivo sia ormai entrata nel lessico giuridico, è dubbio che possa appropriatamente parlarsi di risarcimento in presenza di una sanzione afflittiva».

⁸³ G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 5.

II

IL *QUANTUM* DELLA *POENA* PER LE LESIONI PERSONALI

NEL DIRITTO ROMANO ARCAICO

SOMMARIO: 1. Vendetta privata, condanna sanzionatoria e falsi miti. 2. Dalla vendetta alla pena pecuniaria: alle origini della condanna sanzionatoria. – 3. La ritualizzazione collettiva della vendetta privata: ricadute in termini di responsabilità. – 4. La ritualizzazione della vendetta in Tab. 8.2. – 5. Il *quantum* della *pactio* di Tab. 8.2. – 6. Dalla struttura alla funzione della *pactio* di Tab. 8.2 e della *poena*. – 7. Sulla relazione tra *talio*, quantificazione della *pactio* e significato sostanziale del *membrum ruptum*. – 8. Il *quantum* della sanzione fissato dal legislatore: la pena pecuniaria di Tab. 8.3 e Tab. 8.4. – 9. La sopravvenuta inadeguatezza delle pene decemvirali: svalutazione monetaria e limiti della predeterminazione del *quantum* della sanzione. – 10. Due modelli sanzionatori a confronto.

1. *Vendetta privata, condanna sanzionatoria e falsi miti.*

Riguardo alle condanne sanzionatorie di diritto civile – intendendo con tale espressione quelle nelle quali il responsabile è costretto a corrispondere all'offeso un importo superiore maggiore rispetto al danno che ha causato – la reazione di gran parte dei giuristi continentali è pressoché unanime: condanne di questo tipo non farebbero parte della tradizione giuridica europea, introducono surrettiziamente nei paesi di *civil law* un istituto del tutto alieno dalla mentalità continentale, ossia i *punitive damages* statunitensi, da ultimo trasformando il giudizio civile in un sostituto della vendetta privata¹.

Tuttavia, risalendo alle origini della condanna sanzionatoria, e dunque al passaggio dall'autotutela alla *poena* pecuniaria del diritto romano, emerge una storia non tanto di vendetta privata, quanto pubblica.

La condanna sanzionatoria non istituzionalizza la vendetta dell'offeso, esiste per il motivo opposto, ossia perché, per l'appunto, l'ordinamento ha tolto al privato la possibilità di vendicarsi, avocando a sé il monopolio dell'uso della forza, spingendo l'offeso ad accettare una composizione pecuniaria.

¹ Cfr. S. HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, edited by J. Oberdiek, Oxford, 2014, 86 ss.

Come meglio si vedrà nel presente capitolo, la riparazione degli illeciti – e, in modo più specifico, quelli che offendono la persona, qui oggetto d’indagine – tramite la corresponsione di un ammontare monetario va di pari passo con la riduzione dell’autonomia privata a vantaggio del nascente organo statale.

Per quanto concerne le offese alla persona, in epoca decemvirale sono stati elaborati due modelli sanzionatori, che a loro volta si innestano sull’erosione progressiva della vendetta privata: da un lato, per gli illeciti dal portato sanzionatorio qualificato, ossia il *membrum ruptum* di Tab. 8.4, le XII Tavole prevedono la corresponsione, da parte del trasgressore, di una somma economicamente afflittiva, in difetto della quale la vittima può vendicarsi nelle forme del taglione; dall’altro, un sistema in parte differente, nella quale il legislatore fissa l’ammontare della pena, è istituito da Tab. 8.3 e 8.4 per *os fractum* e *iniuria*.

È il diritto positivo che decide quali ipotesi di danno siano meritevoli di tutela giuridica e in che termini lo siano, ossia attraverso quale strumento: prima una *poena* pecuniaria, in alcuni casi peraltro di ammontare predeterminato dal legislatore decemvirale, poi una condanna sanzionatoria irrogata in esito all’esperimento dell’*actio iniuriarum* con finalità punitiva del responsabile.

La ricerca si propone l’analisi della condanna sanzionatoria che ripara ai pregiudizi contro la persona, ma il vero fulcro coincide con lo studio del *quantum* della pena contenuto all’interno della condanna, ossia dell’elemento che, partendo dall’idea di riparare a un danno, alla fine si spinge a colpire il trasgressore e, per tanto, più di tutti gli altri rimedi di diritto civile concretizza la sanzione del responsabile: che cosa sottende il modello della pena pecuniaria fissa; quali sono le ragioni sottese al calcolo della condanna sanzionatoria caso per caso, ossia dell’*actio iniuriarum*; che cosa determina una quantificazione dell’importo irrogato più o meno afflittiva sono le domande cui si cercherà di rispondere nei capitoli che seguono.

Recuperare il diritto romano aiuta a capire le ragioni della condanna sanzionatoria, strumento con il quale il giurista continentale contemporaneo incontra difficoltà rilevanti, abituato a uno studio parziale dell’antichità romana, limitato alla *lex Aquilia* e alla criminalizzazione decrescente cui va incontro il danno aquiliano, frettolosamen-

te concludendo, anche con argomenti di carattere storico², per l'estraneità di condanne punitive dai paesi di *civil law*.

Il pieno confronto tanto con il diritto romano quanto, come si è visto³, con la Pandettistica tedesca restituisce una dimensione molto più sfaccettata della radicale incompatibilità di condanne punitive con gli ordinamenti continentali.

I motivi dello studio dell'antichità romana nella responsabilità civile sono ancora tutti nella lezione di Cannata: «si tende a smarrire coscienza del fatto che la lezione della giurisprudenza romana in materia di responsabilità è una lezione di analisi penetrante delle diverse situazioni pratiche, la quale non è unicamente sboccata in un patrimonio di soluzioni raggiunte, ma si è pure – e soprattutto – concretata nella costruzione degli strumenti appropriati a raggiungerle»⁴.

Il primo «strumento» con cui ci si confronta è la composizione pecuniaria che prende il posto dell'autotutela privata sia come *pactio* di Tab. 8.2, sia come pena pecuniaria istituita da Tab. 8.3 e 8.4, con particolare attenzione alla storia di vendetta pubblica, non privata, che racconta.

2. Dalla vendetta alla pena pecuniaria: alle origini della condanna sanzionatoria.

La vendetta è la prima forma di reazione al torto conosciuta nel diritto primitivo⁵. L'offeso agisce in autotutela⁶ sia a titolo satisfattorio per recuperare, in senso fi-

² Esempio emblematico è il lavoro di P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 525 ss., limitato, per il diritto romano, al recupero della *lex Aquilia* e, per quanto concerne lo studio della Pandettistica tedesca, a quella che concorda con una lettura solo monofunzionale della responsabilità.

³ V. più in dettaglio il cap. I.

⁴ C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, X: «si tratta di una vicenda intellettuale di straordinaria linearità e chiarezza, dotata di intensa potenzialità didattica, ove si sappia apprezzare come le conquiste dommatiche si siano susseguite, incatenate l'una all'altra secondo una logica scaturente dalla traduzione in strutture giuridiche delle esigenze socio-economiche via via percepite».

⁵ In generale sulla vendetta, *ex multis*, cfr. E.S. HARTLAND, *Primitive Law*, London, 1924, 151 ss.; E.A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, Bologna, 1973, 391 ss.; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bo-

gurato, quanto è andato perduto⁷, sia per la pratica necessità di sopperire alla mancanza di un'autorità 'statale'⁸ che si faccia carico della persecuzione degli illeciti⁹. In difetto di quest'ultima, infatti, il compito di tutelare una comunità e i suoi appartenenti gravava sugli stessi individui che ne fanno parte, i quali, inoltre, percepiscono il

logna, 2007, 317 ss.; *Responsabilità vendetta e perdono nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 1998; J.Q. WITHMAN, *At the Origins of Law and the State: Supervision of Violence, Mutilation of Bodies, or Setting of Prices?*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 41, 1995-1996, 41 ss.; *La giustizia vendicativa*, a cura di P. Di Lucia e L. Mancini, Milano, 2015.

⁶ È interessante riproporre la bipartizione di F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano, 1993, 401, il quale distingue due meccanismi di autodifesa utilizzati nelle società arcaiche, l'uno *preventivo*, mediante il quale l'avente diritto evita con la forza che una minaccia proveniente da terzi modifichi uno stato di fatto ad esso conforme, l'altro *reattivo*, ove la forza viene spiegata successivamente ad un atto lesivo per rimuovere le conseguenze da questo causate. L'autodifesa, puntualizza tuttavia l'autore, contrariamente a quanto si può ritenere, non richiede sempre l'uso della forza bruta e non compare solo nelle società primitive, venendo invece utilizzata anche in quelle più evolute, solo sotto una forma consensuale/volontaria in cui i titolari di interessi in conflitto si accordano per la soluzione di una questione, come accade nella transazione o nel compromesso. Addirittura, «in senso lato, si può ritenere che l'accordo contrattuale in generale, in quanto regola interessi contrapposti delle parti, rientri tra le ipotesi di autodifesa consensuale dei diritti».

⁷ Per C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 11, è in tale elemento che risiede «la radice del fatto ... così caratteristico del diritto romano, per cui il furto, la lesione, l'ingiusto danno, vengono considerati illeciti a carattere privatistico; questi illeciti intaccano direttamente la persona nella sua sfera più complessa, sia pure in modo non gravissimo, e perciò la persona direttamente reagisce».

⁸ A proposito dell'utilizzo del termine 'stato' riferito ad ordinamenti giuridici dell'antichità si cita il contributo di A. GUARINO, *La democrazia a Roma*, Napoli, 1979, 30, il quale da una parte sostiene che il lemma, in senso politico, viene coniato in epoca abbastanza recente probabilmente dal Machiavelli ne *Il Principe*, nel 1513, ma allo stesso tempo segnala che questo non deve essere ritenuto un elemento ostativo all'utilizzo della parola in questione nell'esperienza greca e romana.

⁹ F. PASTORI, *Gli istituti*, cit., 146, nota che la vendetta si rendeva necessaria per colpare un vuoto di tutela, in quanto non esisteva un potere giudiziario esercitato da organi pubblici precostituiti, dato che il *rex* non era un giudice e la *coercitio* era diretta a reprimere le turbative dell'ordine sociale. È, inoltre, possibile inferire dall'esercizio della vendetta uno dei segnali della preesistenza della *gens* ad un'organizzazione più propriamente statale: cfr. F. DE MARTINO, *Diritto*, cit., 13. In tema, v. più diffusamente G. VALDITARA, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, 3 ss.

ricorso alla vendetta come doveroso per l'intensa presa psicologica esercitata sulla vittima e sul suo gruppo sociale¹⁰.

In Roma antica, più precisamente in epoca arcaica, dal momento che tutti i torti lasciati alla repressione del privato vengono perseguiti mediante l'esercizio della vendetta, l'unicità del trattamento retributivo originario impedisce di distinguere con sicurezza gli illeciti dal carattere più marcatamente privato, di contenuto patrimoniale, che nel prosieguo saranno riparati con la reintegrazione economica della perdita sofferta, da quelli invece richiedenti un'afflizione del trasgressore in «funzione di difesa dell'ordine sociale»¹¹.

Della primigenia identità sanzionatoria si ha riprova anche sotto il profilo linguistico: il responsabile di un qualsiasi danno, in origine, è sempre identificato come *reus*¹².

¹⁰ C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 41: «è l'appagamento che spinge alla reazione sia il singolo sia la comunità – se il fatto criminoso ha colpito quest'ultima – ed appare preminente. Che la vendetta non appaghi soltanto i parenti dell'ucciso – nella ipotesi di omicidio – ma nella concezione più antica la vittima stessa nell'oltretomba, sicché sul gruppo gentilizio incomba il dovere, suggerito dal pratico interesse della pace del defunto, della reazione, non è una conferma del concetto che si è ora esposto». E tanto vale, nell'opinione dell'autore, sia per la vendetta esercitata in forma privata dall'offeso e dalla sua famiglia che pubblica, quando ad agire è lo Stato/*civitas*. Da un punto di vista antropologico è una credenza molto diffusa e radicata in svariate popolazioni quella secondo la quale il defunto non potrebbe trovare pace qualora non lasci i propri affari terreni in ordine o non riceva adeguata sepoltura: a tal proposito, oltre al fatto che niente sia più infamante di una morte senza vendetta già in Hom. *Od.* 1.298-300, v. E.S. HARTLAND, *Primitive Law*, cit., 151 s., riferisce che «the vindictive feeling of some societies...is not satisfied with death as a punishment for some offences. It pursue the criminal after death by the denial of funeral rites». Il fatto che sia così radicata nell'immaginario collettivo la necessità di non dare al defunto alcun motivo di inquietudine spiega, in parte, anche la doverosità sociale della vendetta ed il suo carattere 'doppiamente satisfattivo', tanto dell'anima dell'ucciso quanto del suo gruppo sociale. Per E.A. HOEBEL, *Il diritto*, cit., 391, è consuetudine delle società primitive affidare il potere alla parte che ha subito il torto, e questo «in parte per convenienza, giacché è più semplice permettere che la parte lesa assuma la responsabilità dell'azione legale; oltre al fatto che il gruppo parentale, nelle società primitive, possiede un più forte sentimento di unità ed ovviamente si impegna con una maggiore partecipazione emotiva».

¹¹ Cfr. L. VACCA, *Azioni penali 'ex delicto': pena e reintegrazione patrimoniale*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 201.

¹² Così A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 85, secondo la quale a sostegno della tesi per la quale, alle origini, la responsabilità penale è indi-

A questo stadio dell'esperienza giuridica romana, è ragionevole limitarsi a individuare due concetti fondamentali in materia di responsabilità: l'illecito e la reazione scaturente dallo stesso. Che l'autotutela privata fosse motivata dall'inesecuzione di una prestazione concordata tra le parti oppure si giustificasse a fronte di quello che oggi si chiamerebbe un danno extracontrattuale non comportava alcuna differenza. Qualsiasi illecito «apriva la possibilità della vendetta contro l'intero gruppo di appartenenza del soggetto del comportamento scorretto»¹³: la responsabilità non è ancora personale, ma collettivo-solidale, e lo stesso dicasi per la reazione che ne scaturisce.

La vendetta privata, a un certo punto, deve essersi complicata oltre misura sino a diventare insostenibile, specie considerando la catena potenzialmente infinita di vendette e contro-vendette originate dalla reazione del singolo, che illumina il motivo del passaggio dall'autotutela a forme di composizione pecuniaria¹⁴.

stinguibile da quella risarcitoria «va annoverata la più risalente nozione di *reus*, così come viene tramandata dalle fonti antiquarie. In esse il termine sembra esprimere una responsabilità potenziale, che è di entrambe le parti, legate mediante una *res*, a rispettare un impegno: Fest. voce '*reus*' (Lindsay 336): *Reus nunc dicitur, qui causam dicit: et item qui quid promisit sponditve ac debet. At Gallus Aelius lib. II significatio-num verborum, quae ad ius pertinent, ait: Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. Reus stipulando est idem qui stipulator dicitur ... Reus promittendo est qui suo nomine alteri quid promisit ...* Quell'antica nozione di *reus* inteso come 'contraente' cui si sovrappone quella di 'contendente', può forse indicare che in epoca arcaica la responsabilità da delitto non era diversa da quella gravante sull'inadempiente contrattuale. Chi viola un impegno non appare differenziarsi da chi provoca un danno: identica è la perdita economica, identica l'illiceità del comportamento». Il riflesso di questa concezione, continua l'autrice, si rinviene anche in alcuni passi di Cicerone, dove tuttavia la *res* appare un concetto ormai smaterializzato, che individua una controversia, non tanto un bene materiale, come si evince da Cic. *de or.* 2.43.183: *Reos autem appello non eos modo, qui arguuntur, sed omnis, quorum de re disceptatur.*

¹³ F. BELLINI, *Responsabilità: tema con variazioni*, Parma, 2005, 44. In quest'ottica, a parere dell'autore, ci si muove in un ambito metastorico nel quale si perde il senso della «gara alla priorità temporale nei termini della genesi obbligatoria fra ipotesi di rapporti nati nella fisiologia e successivamente degenerati (per inadempimento) ed ipotesi illecite *ab origine (delicta)*» (46).

¹⁴ W. KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, trad. di J.M. Kelly, Oxford, 1966, 61, riconduce l'abbandono della *vindicta* alla necessità di mantenimento della «public security», messa a dura prova dall'aumento delle tensioni sociali che si verificò in età arcaica a seguito dell'ammontare del proletariato urbano: «the 'private criminal law' of the Twelve Tables reflected the conditions of a primitive commonwealth of modest dimensions and rustic character. It was bound to prove increasingly inadequate as Rome developed into a metropolis dominated by powerful social ten-

Si può ipotizzare che il percorso dalla vendetta alla sanzione pecuniaria, almeno per quanto concerne il diritto romano di età arcaica, si sia scandito in cinque fasi principali: i) la vendetta incontrollata; ii) l'esercizio dell'autotutela privata sottoposto a una prima forma di controllo da parte della società pre-statale; iii) la reazione privata contenuta e disciplinata non più dalla collettività, ma dall'ordinamento, come emerge dal taglione di Tab. 8.2, oppure subordinata all'esistenza di determinati presupposti, secondo le prescrizioni, per esempio, della legge di Numa per l'omicidio volontario; iv) una composizione pecuniaria spontanea in luogo della vendetta; v) una composizione pecuniaria fissata dalla legge, secondo quanto si può evincere da Tab. 8.3 e Tab. 8.4.

La pena pecuniaria che, da ultimo, prende il posto della vendetta è una sanzione di *ius civile* il cui carattere afflittivo risponde alla finalità di punire il responsabile¹⁵.

Ci si muove, pertanto, al di fuori di qualsiasi logica compensativa e da ciò discende la necessità di separare il prezzo della vendetta da altri meccanismi risarcitori, o, per meglio dire, con le parole di Bonfante: «noi poniamo in guardia dal punto di vista del diritto romano contro la confusione del risarcimento e della pena»¹⁶. I *delicta*

sions; and the growth of the urban proletariat and of the slave populations was certainly accompanied by a rise in criminality which demanded vigorous measures for the maintenance of public security».

¹⁵ Sul fatto che la pena pecuniaria privata originata dalla commissione di un *delictum* sia, senza dubbio alcuno, una conseguenza di *ius civile*, cfr., *inter alios*, C. CASCIONE, *Roman Delicts and Criminal Law: Theory and Practice*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present and Future*, edited by T.A.J. McGinn, Oxford, 2012, 269: «the *ius civile* generated a private penalty (it is mainly here that there comes into play the *obligatio*...)».

¹⁶ Sulle conseguenze di una confusione in tal senso, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1979, 418: «il punto di vista della pena ha esercitato, senza che gli studiosi se ne avvedessero, non lieve turbamento del concetto di risarcimento, e indotto a mescolare senza criterio testi ispirati al concetto di pena e testi ispirati al concetto di risarcimento». L'autore, pur distinguendo, come si è detto, in modo netto la pena da una parte e l'integrale risarcimento dall'altro, non vuole tuttavia «negare che sino ad un certo segno l'evoluzione non abbia prodotto, nello stesso diritto romano o almeno nel diritto giustiniano, l'unificazione dei due concetti: i termini stessi risarcimento, indennità sono trapassati dalla pena alla riparazione, e viceversa la riparazione è un termine che ha quasi carattere penale». Si riporta anche questa parte del pensiero dell'autore per dare conto dell'intera affermazione esposta, pur riservando l'esposizione della seconda parte della considerazione nel capitolo dedicato all'epoca giustiniana. A prescindere da quello che sarebbe avvenuto in futuro, ad ogni modo, qui interessa sottolineare la diversità – primigenia ed ontologica – tra il risarcimento del danno meramente compensativo e la pena durante l'epoca arcaica.

richiedono una pena, non un risarcimento: «nel delitto la gravità dell'atto per l'ordine sociale fa sì che all'obbligo del risarcimento sia congiunta anche una pena»¹⁷.

La centralità della pena pecuniaria privata nel concetto stesso di *delictum* è tale che Albertario utilizza questo elemento per differenziare la figura in esame dal *crimen*: il primo è, infatti, un «atto illecito punito dal *ius civile* con pena privata», il secondo un «atto illecito punito con pena pubblica»¹⁸.

Per quanto concerne l'esercizio della vendetta, originariamente deve essere stata rimessa alla competenza dei *patres familias* per i torti arrecati a loro stessi o a soggetti sottoposti alla loro potestà. Sebbene l'istituzione del *rex* abbia diminuito il potere di cui originariamente godevano i *patres familias*, l'irrogazione della vendetta da parte di questi ultimi è perdurato ancora a lungo dopo l'avvento della monarchia¹⁹, secondo quanto si può evincere dalla sopravvivenza di alcuni mezzi di autotutela quale, per esempio, la *manus iniectio*²⁰.

¹⁷ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁸, Milano, 1925, 501.

¹⁸ E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 148. Proprio perché le precisazioni 'pubblica' e 'privata' sono legate inscindibilmente ai concetti stessi di *crimen* e *delictum*, non ha alcun senso, per i Romani, parlare di *delictum privatum* o *crimen publicum*, ed infatti l'autore riferisce che tali espressioni si incontrano solamente in una tarda costituzione imperiale (C. 9.35.11 del 487 d.C.) e nel linguaggio giustiniano, nel quale invece introducono al titolo 47 delle Pandette, infatti rubricato *De privatis delictis*.

¹⁹ V., *ex multis*, per particolare chiarezza G. CARLE, *Le origini del diritto romano. Ricostruzione storica dei concetti che stanno alla base del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino, 1888, 294 s., riferisce che «negli esordi dovette per lungo tempo mantenersi vigorosa, accanto al potere del re, la giurisdizione propria dei capi di famiglia e delle genti, e che per lungo tempo ancora i capi famiglia curarono essi la prosecuzione delle proprie offese e continuarono ad essere vindici della disciplina, che doveva essere mantenuta nelle famiglie». V. inoltre G. VALDITARA, *Riflessioni*, cit., 4: «da originaria comunità politica, la *familia*, pur cedendo ... quote di sovranità alla *civitas*, mantiene tuttavia ampie sfere di autonomia. Il valore più caratteristico della *civitas* originaria è senza dubbio quello della autonomia politica che comporta il potere di autoregolamentare ed autoamministrare i propri interessi senza ingerenze da parte di altri soggetti». Sulla figura del *rex* e le più antiche magistrature romane, cfr. anche M. ROBERTI, *Storia del diritto romano*, Milano, 1958, 34 ss.

²⁰ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 88 ss. Trattando, per l'appunto dell'istituto della *manus iniectio* in epoca arcaica, l'autore ne evidenzia la componente autosatisfattiva o autoreintegrativa, non propriamente 'esecutiva' nel significato che un moderno attribuirebbe al termine, dato che «esecutivo» suggerisce l'idea di un mezzo che attua quanto è stato stabilito con giudizio: per l'epoca in cui ci riferiamo, invece, il riconoscimento resta, per così dire, implicito nel-

Invero, il *rex* è, innanzitutto, *custos urbis*, come tale incaricato di provvedere al mantenimento delle *leges publicae*, capo religioso e detentore dell'*imperium*, ma non il «custode dell'ordine delle famiglie, né il vindice delle offese tutte» sicché, al di fuori degli ambiti rimessi alla sua autorità, «nel resto continuano a essere competenti i singoli padri e capi di famiglia»²¹.

L'ampio novero degli illeciti lasciati alla persecuzione del privato è rivelatore della portata della sua competenza, che si estende dall'omicidio volontario sino alle lesioni personali e al furto²².

la palesità stessa dei presupposti, sicché l'atto appare come una immediata reintegrazione dell'interesse violato da parte di chi ha subito la violazione». L'origine del gesto, continua l'autore, proprio in quanto strumento di autosoddisfazione del privato, non può che essere pregiuridica. Sulla *manus iniectio* come strumento di autodifesa privata, cfr. anche A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 415 ss.

²¹ G. CARLE, *Le origini*, cit., 295. L'autore espone, inoltre, l'idea che la competenza regia si sarebbe espansa di pari passo con la costruzione delle mura cittadine: nella misura in cui queste arrivarono a comprendere le abitazioni private, la giurisdizione del potere pubblico si estese (gradualmente) anche alle vicende dei singoli. Sull'originaria competenza criminale regia, verosimilmente limitata alla persecuzione di illeciti religiosi e militari, derivanti dalla detenzione dell'*imperium*, cfr. F. BOTTA, *Profili essenziali di storia del diritto e del processo penale romano*, Cagliari, 2016, 11; M. ROBERTI, *Storia*, cit., 34; L. VACCA, *Azioni penali*, cit., 200, la quale riferisce che gli unici illeciti rimessi, con un ragionevole grado di certezza, sin dalle origini alla competenza del *rex* come supremo comandante militare, e la cui sanzione non svolge una funzione «espiativa e sacrale, ma esclusivamente punitiva, sono per l'appunto quelli che mettono in pericolo la stessa sicurezza politica e militare dello stato (quali la *proditio*, la *sedition* ecc.)». Anche W. KUNKEL, *An Introduction*, cit., 26 s., concorda con quanto detto, pur presentando la repressione regia di crimini religiosi come dubitativa: «punishment was inflicted by the state only in case of high treason (*perduellio*) and perhaps also in the case of certain grave delicts of a sacral kind». Inoltre, ID., *An introduction*, cit., 61, aggiunge che «the 'private criminal law' of the Twelve Tables reflected the conditions of a primitive commonwealth of modest dimensions and rustic character. It was bound to prove increasingly inadequate as Roma developed into a metropolis dominated by powerful social tensions».

²² La specificazione del carattere doloso dell'omicidio funge da limite alla reazione del privato. A tal proposito, per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 16 ss., ricorda l'antica legge attribuita a Numa, secondo la quale chiunque ucciderà un *homo liber*, sarà considerato *paricidas*: nell'opinione dell'autore, la previsione citata è particolarmente importante perché da un lato assegna primaria rilevanza al carattere intenzionale o meno dell'illecito – ed in ciò rappresenta un momento decisivo di evoluzione del diritto penale romano – e, dall'altra, «fissa un limite all'indiscriminata reazione dei parenti dell'ucciso, consentendo che essi possano uccidere l'omicida so-

L'amministrazione della giustizia spetta in misura a tal punto consistente ai *patres familias* che, ai primordi della storia giuridica romana, risulta arduo distinguere la pena irrogata dal singolo con finalità vendicativa del torto subito da quella purificatrice comminata dal *rex* come custode della *pax deorum*²³.

Parimenti difficile è individuare un confine netto tra *crimina* e *delicta*, sebbene una dottrina ritenga potersi individuare, già in epoca monarchica, una distinzione tra i due termini, dei quali però non si occupa la presente trattazione²⁴.

Nel quadro appena descritto, magmatico e tutt'altro che nitido, si può immaginare che in alcuni casi l'inflizione della pena, anche capitale, fosse lasciata all'offeso, mentre il vaglio sulla colpevolezza dell'asserito responsabile sarebbe stato demandato al controllo sociale.

Solo nel corso del tempo, alcuni illeciti inizialmente demandati alla repressione privata, come l'omicidio, vennero attratti nella sfera di competenza della comunità, assumendo così la configurazione di *crimina*, mentre per i rimanenti, i *delicta*, dopo il

lo nel caso che abbia agito volontariamente». Da qui, secondo Santalucia, vengono poste le basi ideali per una graduale distinzione tra l'omicidio come «crimine di interesse pubblico, sanzionato con pena irrogata dallo stato» e altri illeciti – *in primis, membrum ruptum* e *os fractum* – che sarebbero confluiti nella «generale sanzione della pena pecuniaria privata».

²³ L. VACCA, *Azioni penali*, cit., 199, nota che il potere dei singoli gruppi familiari e, per converso, la debolezza di fronte a questi del nascente stato-città «impediscono per lungo tempo di distinguere concettualmente la pena come sanzione punitiva e purificatrice, irrogata direttamente dalla comunità attraverso il *rex*, quale custode della *pax deorum*, in reazione ad un atto che ha infranto la pace e la sicurezza sociale dell'intera collettività, dalla pena irrogata con il controllo dell'ordinamento nelle forme del processo privato e intesa come sostitutivo della vendetta dell'offeso nei confronti dell'offensore, o meglio del *pater familias*, titolare del potere sul gruppo familiare colpito dall'offesa, nei confronti del *pater familias* del gruppo cui appartiene l'offensore». V. però C. PELLOSO, *Sacri ai 'divi parentum'*, in *Romolo. La città, la legge, l'inclusione*, a cura di M. Bettini, Bologna, 2022, 95 ss. che si interroga criticamente sul motivo per il quale, se il *pater* è anche sacerdote, perché non potrebbe irrogare sanzioni domestiche sacrali. Il volume, in corso di pubblicazione, mi è stato trasmesso per la cortesia dell'autore.

²⁴ Per tutti G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena in età repubblicana*, Torino, 2015, 20 ss., ritiene che la distinzione tra crimini e delitti fosse chiara nella mentalità giuridica romana già in epoca monarchica. V. inoltre, da ultimo, S. GALEOTTI, *'Delictum' e 'crimen': la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto Penale Romano – Parte Generale (Seminari romanistici di Bressanone, 08–10 settembre 2017)*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, cui si rimanda per esaustive indicazioni di letteratura. Il contributo, in corso di stampa e trasmessomi per la cortesia dell'autrice, è reperibile online https://europeanlegalroots.weebly.com/uploads/5/6/9/8/5698451/galeotti_2018.pdf.

taglione si sarebbe affermata l'idea di una riparazione pecuniaria prima volontaria, poi legale²⁵.

3. *La ritualizzazione collettiva della vendetta privata: ricadute in termini di responsabilità.*

La composizione pecuniaria rappresenta lo stadio finale del percorso che avrebbe portato dall'abbandono della reazione privata al pagamento della *poena*: nel mezzo, il superamento dell'autotutela incontrollata passa per vari meccanismi di contenimento della stessa, quali quello del taglione²⁶.

Nel trattare della *talio*, è pressoché automatico il richiamo alle Dodici Tavole e specialmente alla delimitazione della vendetta privata nel caso di *membrum ruptum* contenuta in Tab. 8.2, in cui si afferma che qualora le parti non riuscissero a trovare un accordo sulla composizione economica della grave lesione prodottasi (*pactio*) allora la vittima potrà vendicarsi nelle forme del taglione (*talio*).

Le altre ipotesi di offese alla persona del danneggiato, ossia *os fractum* e *iniuria*, versate rispettivamente in Tab. 8.3 e 8.4, invece, sono sanzionate con una pena pecuniaria fissa e rappresenterebbero, pertanto, lo stato più avanzato del percorso che va dalla vendetta alla *poena*.

Per quanto riguarda i danni alla persona le previsioni decemvirali fotografano, insomma, un momento di passaggio dall'autotutela alla composizione pecuniaria, che vale anche a distinguere gli illeciti riparabili con una dazione in denaro da quelli che, invece, non lo sono²⁷. Chiaramente, una transizione di questo tipo non si produce *ex*

²⁵ L. VACCA, *Azioni penali*, cit., 200: «si afferma la necessità, giuridicamente tutelata nelle forme dell'*agere sacramento*, del pagamento di una *poena* pecuniaria in sostituzione del taglione o dall'esecuzione personale, derivante prima di una *pactio* volontaria, poi espressamente prevista dalla legge».

²⁶ Una vendetta ritualizzata, secondo R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 317: «la vendetta di norma si ispira al taglione (una vita per una vita), ma non mancano esempi di vendetta amplificata. Di norma l'idea di vendetta implica l'idea di corrispettivo e di parità, per cui la qualità della vittima della vendetta deve uguagliare la qualità (rango e sesso) della vittima della lesione originaria».

²⁷ Per tutti, P. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 152 s., per il quale le XII Tavole separano gli illeciti che ammettono il ricorso a sanzioni afflittive, da quelli per i quali sono previste solo pene pecuniarie: «individuazione di un delitto e di una pena privata stava in ciò: che questa vendetta privata, alla quale non erano pure estranei elementi religiosi, era riscattabile, e normalmente la

abrupto, ma è il risultato di un'evoluzione che presuppone, anzi, un radicale mutamento del pensiero collettivo arcaico che, come noto, è particolarmente legato alla vendetta.

Anche parte della dottrina ritiene probabile che, già prima delle XII Tavole, e dunque di un intervento legislativo in senso proprio, la collettività avrebbe spinto per il contenimento dell'autotutela. Invero alcuni autori, nel descrivere la limitazione della vendetta introdotta dal taglione, ne attribuiscono il merito ai *mores*, dunque a pratiche consuetudinarie svincolate dall'imperativismo statale²⁸.

Guardando all'antichità greca, dai poemi omerici – e, in particolare, dal noto brano sullo scudo di Achille, su cui si tornerà nel prosieguo – emerge che prima dell'autorità statale era stata la collettività a incaricarsi del controllo della reazione dell'offeso: si è persuasivamente parlato di «forze che compongono l'osservanza di determinate norme di comportamento là dove ... non esiste ancora uno Stato capace di costringere con la forza i consociati a osservare le regole»²⁹.

Il riferimento al mondo greco si giustifica perché il passaggio dalla vendetta alla pena pecuniaria è un percorso comune a tutte le civiltà arcaiche e, quindi, un raffronto tra società mediterranee può essere utile a chiarire i passaggi principali di un fenomeno primordiale e, quindi, difficilmente ricostruibile mediante il ricorso a fonti puramente giuridiche³⁰: «gli studi di diritto comparato dimostrano la verità di una norma

legittimazione alla vendetta doveva portare, attraverso trattative, ad un riscatto. Di qui si passò ad uno stadio ulteriore coll'affermarsi dell'obbligatorietà del riscatto e colla determinazione dell'ammontare di questo da parte dello stesso ordinamento giuridico, specificamente... ad opera di una *lex*. Sanzione del *delictum* privato diventò allora la *poena* pecuniaria stabilita dall'ordinamento giuridico, *poena* privata che il privato perseguiva coi mezzi con cui faceva valere le sue pretese».

²⁸ F. PASTORI, *Gli istituti*, cit., 147, afferma che la vendetta a un certo punto doveva risultare «sottratta all'arbitrio, ma vincolata alle regole di comportamento sancite dai *mores*, come quella della proporzionalità (*talio*) che doveva sussistere tra l'atto lesivo e la reazione della parte lesa».

²⁹ E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994, 20, che, sebbene si riferisca precisamente alla civiltà omerica, può essere d'aiuto nell'identificare i passaggi che portano la vendetta incontrollata a essere irreggimentata, dal momento che sono passaggi comuni, in linea di massima, a tutte le società arcaiche.

³⁰ Nel diritto greco, particolarmente rilevante è l'irreggimentazione della vendetta privata per l'omicidio attuata da Dracone, prima ancora che da Solone: v. E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 79 ss.

storica fondamentale: che cioè tutte le civiltà primitive hanno istituti consimili»³¹. D'altra parte, la stessa radice del termine *talio* prova la diffusione geografica del fenomeno, rinvenendosi *inter alia*, sempre per indicare la vendetta, nell'antico irlandese *taile* («pigione, paga»), nel cimrico *tal* («compensazione»), e nel bretone *tal* («*solvit*»), segno di una condivisione di tale idea a livello europeo, e non solo mediterraneo³².

È indubbio che le origini fossero caratterizzate da una fase iniziale in cui dominava l'irrogazione incontrollata del meccanismo vendicativo, percepito come doveroso e necessario dagli stessi consociati, attuato dal gruppo di appartenenza della vittima contro quello dell'offensore. La vendetta è, come noto, un fenomeno collettivo³³.

Tale stato di fatto – va da sé: incompatibile con una società non più nella prima fase arcaica³⁴ – è destinato a mutare in quanto la vendetta viene a essere irreggimentata, in un primo momento, in difetto di un'organizzazione statale, da parte degli stessi privati nelle forme del taglione; successivamente l'ordinamento, per il tramite dello strumento legislativo, sarebbe intervenuto a limitare la reazione privata, come si evince da Tab. 8.2, e, in alcuni casi, segnatamente Tab. 8.3 e Tab. 8.4, a escluderla del tutto.

I mutamenti sin qui descritti producono importanti conseguenze in termini di responsabilità.

³¹ M. ROBERTI, *Storia*, cit., 78.

³² C. MILANI, *Il lessico della vendetta e del perdono nel mondo classico*, in *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico* a cura di M. Sordi, Milano, 1997, 12. L'autrice nota che il termine *talio* viene associato a *talis*, e che tale lemma è stato avvicinato all'antico irlandese *taile* («pigione, paga»), al cimrico *tal* («compensazione»), e all'antico bretone *tal* («*solvit*»). Sempre Milani indica il termine *talio* come il più antico per indicare la vendetta.

³³ Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 317: «la vendetta è, *sempre*, affidata al gruppo. Reciprocamente, si effettua contro un soggetto qualsiasi del gruppo ritenuto responsabile».

³⁴ V. F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, XLI, Milano, 1989, 313, «la vendetta deve, certo, essere superata; deve inverarsi (nel senso hegeliano del termine) nella sanzione; ma questo inveramento non va letto sulla falsariga di un passaggio da uno stato presociale, primitivo, pregiuridico - dominato dalla passionalità, dall'istintualità cieca, immerso in una violenza irrefrenabile - ad uno stato civile, regolato, ordinato, che sa condannare e sublimare la violenza. Gli uomini 'civilizzati' non devono affatto affannarsi a spiegare ai 'primitivi' quanto la violenza sia odiosa; è proprio perché costoro ne sono pienamente convinti che si sentono in dovere di vendicarla. La vendetta, come già aveva osservato Mitteis, appartiene indubbiamente a quella stessa dimensione del giuridico cui appartiene la sanzione».

Il contenimento dell'autotutela finisce per escludere la partecipazione dei gruppi di appartenenza dell'offeso e del responsabile per concentrare l'attenzione sulla persona di quest'ultimo, destinatario del taglione: in altre parole, inizia ad affermarsi l'idea che la responsabilità, più che collettiva, è del soggetto che compie l'azione anti-giuridica, il quale subisce le conseguenze del proprio agire³⁵.

Utili spunti di riflessione sulla ritualizzazione della vendetta provengono dal noto brano dell'Iliade sullo scudo di Achille³⁶, nel quale un omicidio viene risolto col pagamento di una *ποινή*, ossia di una somma che si propone come scopo quello di tacitare integralmente la pretesa di giustizia dell'offeso³⁷. Tuttavia, la famiglia della vittima accusa l'assassino di non aver pagato alcunché, mentre il colpevole ribatte di aver versato integralmente la somma pattuita. Entrambi chiedono l'intervento degli anzia-

³⁵ Aspetto messo in luce da B. PERRIN, *Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XXVIII, 1951, 383 ss.

³⁶ Hom., *Il.* 18.497-508 su cui, per tutti, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 65 ss.; EAD., *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, XVI, 1972, 247 ss.; EAD., *Dispute Settlements in Homer. Once Again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges en l'honneur du Panayotis Dimakis. Droits antiques et société*, Athens, 2002, 147 ss. V. inoltre C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 44, nt. 37, che vi ravvisa il «passaggio da uno stadio in cui il mondo greco legava la repressione delle offese alla mera 'ragion fattasi' lasciata all'arbitrio delle parti, ad una fase in cui la vendetta pare, invece, non ancora sostituita dalla 'pena', ma embrionalmente assoggettata al controllo – parziale – della collettività in ordine alla modalità – e ancor prima alla liceità – di esecuzione». Sulla vendetta nel mondo greco, senza possibilità di confrontarsi in principalità col tema, è ancora fondamentale G. GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, 47 ss., che precisa come la vendetta coinvolgesse tutti i membri del gruppo dell'offensore nonché ai suoi discendenti. Inoltre,

³⁷ Infatti, in epoca omerica per evitare la vendetta il colpevole aveva a disposizione due modalità consistenti, da una parte, nel pagamento di una congrua somma di denaro ai parenti dell'offeso, la *ποινή*, e, dall'altra, l'allontanamento potenzialmente permanente della propria persona in un esilio volontario, la *φυγή*. Queste non devono essere considerate erroneamente come sanzioni, rimanendo la vendetta l'unico istituto ad assolvere a tale funzione, ma devono essere ritenuti modi per scongiurarla. In particolare, l'esilio presenta innanzitutto carattere volontario, consistendo in un allontanamento del colpevole che, si noti, potrebbe non essere sufficiente a salvargli la vita, o quantomeno l'incolumità fisica, qualora i vendicatori si ostinino ad inseguirlo ed infine lo raggiungano. La *ποινή*, d'altro canto, è sempre un modo con cui il colpevole può sottrarsi alla *vindicta*, ma, a differenza della *φυγή*, come nota E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 24 questo accade con un crisma di giuridicità in quanto vi è un accordo tra le parti teso ad evitare la vendetta verso un corrispettivo. Con tale atto si elimina dunque la ragione del contendere, garantendo da un lato l'impunità al trasgressore e salvaguardando dall'altro l'onore dell'offeso e del suo gruppo sociale, il quale viene sollevato dall'obbligo morale di vendicarsi.

ni della comunità come giudici, alla presenza del popolo riunito che parteggia in favore dell'uno o dell'altro. Infine, gli anziani si alzano a turno e si pronunciano.

Dal passo emerge la significativa esistenza di regole socialmente accettate che disciplinavano, in linea di massima, l'illecito e le sue conseguenze, *in primis* la vendetta, sul rispetto delle quali vigilava la collettività prima, poi, più che direttamente lo stato in senso proprio³⁸, il «*minimum* d'Etat» di Gernet, ossia le istituzioni organizzate al loro livello minimale³⁹, che qui non sembra irragionevole individuare nel consiglio degli anziani.

D'altra parte, è significativo che nei poemi omerici siano attestati diversi casi di pagamento pubblico della *ποινή* – basti pensare al riscatto corrisposto davanti a tutti gli dei da Ares a Efesto, marito tradito dalla relazione del primo con Afrodite, moglie del secondo – affinché la comunità possa fungere da testimone del ristabilimento dell'equilibrio⁴⁰.

Nello scudo di Achille, invece di passare direttamente all'autotutela, le parti chiedono a esponenti qualificati della collettività – quest'ultima in veste di testimone – di pronunciarsi sulla legittimità dell'uso della forza, in quanto, se fosse stato acclarato che la *ποινή* non era stata versata, allora sarebbe stata permessa la vendetta. In altre parole, non solo si può intravedere un primitivo meccanismo regolatorio non statale volto a proibire l'autotutela successivamente al pagamento della *ποινή*, ma anche un sindacato collettivo sulla legittimità dell'esercizio della vendetta; indice di una società non più nella fase delle prime origini.

Quanto alle ragioni per cui le società iniziano a occuparsi di vicende apparentemente private e ad abbandonare l'autotutela, si potrebbero avanzare almeno due ordini di motivazioni.

In primo luogo, il taglione è espressione di una società primitiva che, in difetto di uno stato o comunque di una qualche forma organizzativa che possa assumersi

³⁸ V. A. GUARINO, *La democrazia a Roma*, cit., 30.

³⁹ L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, 40.

⁴⁰ Per tutti, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 30, ricorda diversi esempi di pagamento pubblico della *ποινή*: Ares intende pagare il riscatto ad Efesto davanti a tutti gli dei affinché tutti possano essere testimoni del suo gesto; allo stesso modo, Ulisse rassicura Achille sul fatto che la consegna dei doni a lui spettanti si effettuerà addirittura nell'*ἄγορά*, con una processione di giovani Achei la quale partirà dalla tenda di Agamennone e terminerà nella piazza principale, con un giuramento del colpevole Agamennone a Zeus, a Gea, al Sole e alle Erinni e l'effettuazione di un sacrificio.

l'onere della sistematica persecuzione degli illeciti, non conosce altro rimedio ai torti. Con la formazione di strutture politiche centralizzate, si verifica invece l'attrazione crescente dell'uso della forza in capo alla nascente comunità politica, con limitazione e, poi, esclusione dell'autotutela privata.

In secondo luogo, ad avviso di chi scrive, oltre che con l'argomento dell'evoluzione della società, il superamento della vendetta potrebbe essere più precisamente spiegato con l'interesse collettivo alla conservazione di quanti più uomini possibili in grado di combattere.

Le società primitive vivono in contesti altamente conflittuali e, pertanto, per non essere assoggettate dai popoli vicini necessitano di mantenere intatto il novero dei guerrieri: la loro importanza nelle società arcaiche è tale che è rimasta celebre l'affermazione di Livio (Liv. 1.44) secondo cui il computo della popolazione romana delle origini era effettuato sulla base di *qui arma ferre possunt*⁴¹.

A fronte di tali rilievi può spiegarsi l'interesse della collettività a impedire che vicende private scatenassero catene pressoché infinite di vendette e contro-vendette, così inficiando l'intero gruppo sociale e, quindi, a regolare l'autotutela⁴².

4. La ritualizzazione della vendetta in Tab. 8.2.

L'età decemvirale, come si è anticipato, segna un punto di svolta nella repressione dei delitti privati⁴³.

⁴¹ Liv. 1.44: *Censu perfecto quem maturaverat metu legis de incensis latae cum vinculorum minis mortisque, edixit ut omnes cives Romani, equites peditesque, in suis quisque centuriis, in campo Martio prima luce adessent. Ibi instructum exercitum omnem suovetaurilibus lustravit, idque conditum lustrum appellatum, quia is censendo finis factus est. Milia octoginta eo lustro civium censa dicuntur; adicit scriptorum antiquissimus Fabius Pictor, eorum qui arma ferre possent eum numerum fuisse.*

⁴² Un chiaro esempio di quanto sopra riferito, pur proveniente dal mondo greco, viene offerto dal dialogo tra Aiace Telamonio e Achille nel libro IX dell'Iliade, in cui il primo presenta una generosa offerta di pace di Agamennone per riparare al torto a lui cagionato appropriandosi della schiava Briseide. La proposta di riappacificazione viene rifiutata dal Pelide, sordo all'esortazione a riprendere le armi, con conseguente rimprovero di Aiace Telamonio per l'arrecare pregiudizio a tutto l'esercito per una vicenda privata.

⁴³ La letteratura sui *delicta* nel sistema decemvirale è sterminata. A tal proposito, cfr. P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. di C. Longo, Milano, 1909, 402 ss.; P. HUVELIN, *La notion de*

In questo torno di tempo si verifica la desuetudine di gran parte del meccanismo vindicatorio originario⁴⁴, fenomeno al quale concorre l'organismo statale che ne di-

l'iniuria' dans le tres ancien droit romain, in *Mélanges Ch. Appleton*, Paris - Lyon, 1903, 3 ss.; ID., *Cours élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1929, 13 ss.; R. FOIGNET, *Le droit romain des obligations*¹⁰, Paris, 1929, 116 ss.; F. DE VISSCHER, *Études de droit romain: l'origine de l'obligatio ex delicto*, Paris, 1931; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1943, 165 ss.; G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria'*, Milano, 1941, 3 ss.; W. KUNKEL, *An Introduction*, cit., 61 ss.; U. BRASIELLO, voce *'Delicta'*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 379 ss.; B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in *Syntheleia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 104 ss.; ID., voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1975, 343 ss.; A. WATSON, *Personal injuries in the XII Tables*, in *RDH*, XLIII, 1975, 213 ss.; G. CARDASCIA, *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain*, in *La Responsabilité à travers les âges*, Paris, 1989, 1 ss.; C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione, in Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 27 ss.; L. VACCA, *Azioni penali*, cit., 195 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 60 ss.; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata*, cit., 415 ss.; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno (Roma 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli, 2008, 41 ss.; *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli, 2008; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la 'Lex Aquilia'*, Padova, 2008, 33 ss.; M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 143 ss.; EAD., *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *Rev. Intern. des droits de l'ant.*, LVIII, 2011 173 ss.; EAD., *Roman Delicts and the Construction of Fault*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present, and Future*, edited by T. McGinn, 2012, 296 ss.; C. CASCIONE, *Roman Delicts*, cit., 267 ss.; B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 39 ss.; F. BELLINI, *Delicta' e 'crimina' nel sistema quiritario*, Padova, 2012; G. VALDITARA, *Riflessioni*, cit., 3 ss.; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida e G. Rossetti, Napoli, 2015, *passim*; M.F. CURSI, *The Scope and the Function of Civil Wrongs in Roman Society*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* edited by P.J. Du Plessis, C. Ando and K. Tuori, Oxford, 2016, 599 ss.; EAD., *Gli illeciti privati*, in *'XII Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 561 ss.; M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Roma, 2018, 433 ss.; M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, in *'XII Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 561 ss.; *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, *passim*.

⁴⁴ Una spiegazione sul perché la *vindicta* decada proprio in un torno di tempo vicino alle XII Tavole potrebbe essere offerta dalla lettura di F. DE MARTINO, *Diritto*, cit., 13, sull'esercizio della vendetta come segnale di forza della comunità gentilizia e della parallela debolezza – o inesistenza – dello stato romano. Se ciò corrisponde al vero – e chi scrive è portata a ritenere che lo sia – è allora di grande importanza la circostanza esposta dall'autore – ID., *Diritto*, cit., 19 – sulla base degli studi di Mommsen secondo cui prima della prima metà del IV sec. a.C. una trentina di grandi *gens* si estinsero o comunque decadde: ben si comprende, infatti, che al declino di una comunità politica corrisponda il venire me-

sincentiva il più possibile l'applicazione (ormai) residuale, circoscrivendone l'esercizio unicamente a ipotesi di particolare gravità e a titolo di *extrema ratio*. Traccia di tale passaggio si rinviene in Tab. 8.2, da cui si evince che la *talio* può essere irrogata solo in risposta a un *membrum ruptum*, dunque nel caso di una grave lesione dell'integrità fisica, qualora il previo esperimento dell'attività individuata dal *pacit* non avesse riparato all'offesa⁴⁵.

Tab. 8.2: *Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto.*

La fonte, in modo molto lapidario, afferma che in caso di *membrum ruptum*, se il responsabile non conclude una *pacitio* con l'offeso (*ni cu meo pacit*), allora subirà il taglione (*talio esto*⁴⁶).

Prima di analizzare nel dettaglio i termini di Tab. 8.2, occorre premettere che nelle XII Tavole si verifica quello che è stato definito come «il passaggio dall'autodifesa

no degli strumenti che ne erano i punti di forza, tra cui, per l'appunto, l'esercizio della vendetta. Sulla desuetudine, v. L. FRANCHINI, *La desuetudine nelle XII Tavole*, Milano, 2005, specie 45 ss.

⁴⁵ Su Tab. 8.2, oltre ai contributi sui delitti in età decemvirale citati in nt. ____, v. più precisamente G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 10 ss.; S. DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di 'iniuria'*, in *Annali Catania, Seminario giuridico*, I, Catania, 1947, specie 18 ss.; C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 66; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, 54 ss.; P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit., 9 ss.; E. POLAY, *'Iniuria' Types in Roman Law*, Budapest, 1986, 17 ss.; M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'*, Milano, 2002, 228 ss.; F. BELLINI, *'Delicta' e 'crimina'*, cit., 57; A. MILAZZO, *'Iniuria'. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma, 2011, 18 ss. Sul significato di *membrum ruptum*, si possono individuare tre letture principali: la prima consiste in un'interpretazione ampia del termine in esame, che ricomprende ogni lesione fisica, da quelle lievi all'amputazione, sostenuta *inter alius* da C. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, in *Mélanges G. Cornil*, I, Paris, 1926, 51 ss., G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 29 ss. e A.D. MANFREDINI, *Contributi*, 54; una tesi intermedia, in cui il *membrum ruptum* si risolve nella perdita di funzionalità di un organo è affermata da S. DI PAOLA, *La genesi storica*, cit., 279; infine, per un'interpretazione restrittiva nella quale il *membrum ruptum* indicherebbe solamente l'amputazione della parte del corpo lesa (o la castrazione), v. P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit., 9 ss.

⁴⁶ Per tutti sulla vendetta esercitata nelle forme del taglione, cfr. J. ROTHKAMM, *'Talio Esto': Recherches sur les origines de la formule 'oeil pour oeil, dent pour dent' dans les droits du Proche-Orient ancien, et sur son devenir dans le monde Greco-romain*, Boston, 2011.

privata alla tutela processuale dei diritti del cittadino»⁴⁷, anche se alcune reazioni del singolo sopravvissero, in forma ritualizzata, per lungo tempo dopo il momento decemvirale⁴⁸.

A tale proposito, si possono ricordare le sanzioni fisiche dirette nei confronti tanto del *fur manifestus*, quanto del responsabile di *membrum ruptum*: l'accanimento sul corpo del colpevole di particolari illeciti privati, secondo Talamanca, va inoltre a inficiare la distinzione tra *crimina* e *delicta* sulla base della diversa pena irrogata (corporale o pecuniaria).

Un'altra puntualizzazione dello studioso attiene alla pacifica individuazione delle XII Tavole come passaggio tra il regime della vendetta alla composizione pecuniaria. Indubitabile che si verifichi l'abbandono del taglione, ma non si può credere, a detta dell'autore, che detto cambiamento non sia stato anticipato da precedenti normativi, soprattutto in forma di pronunce pontificali, «onde – nel periodo anteriore alle XII Tavole – non sarebbero stati sanzionati il furto o le lesioni personali ovvero che, per gli stessi, fosse rimasto in vigore il diritto dell'offeso ad una *vindicta* illimitata ancora nel VI sec. a.C.»⁴⁹.

Si deve, pertanto, ritenere che quello decemvirale, tradizionalmente descritto come il momento di abbandono della vendetta in favore della pena pecuniaria, sia, più propriamente, quello in cui l'ordinamento prende coscienza di un cambiamento iniziato, in realtà, diverso tempo prima: «si potrebbe forse dire: è solo nell'epoca delle XII Tavole che i contemporanei acquistano una più o meno sicura consapevolezza di ciò»⁵⁰.

Poco prima delle XII Tavole – alle quali si attribuisce, pertanto, carattere più ricognitivo che innovativo –, inizia a farsi strada l'idea che la menomazione dell'integrità fisica della vittima possa essere ripagata attraverso la dazione di una

⁴⁷ A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle XII Tavole*, in *Parti e giudici nel processo* a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria, Napoli, 2006, 71.

⁴⁸ A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle XII Tavole*, in *Parti e giudici*, cit., 71, nota che la «legalizzazione di certi atti e atteggiamenti di autodifesa privata nella cornice del processo non significò ... che l'autodifesa fosse abolita, ma soltanto che, circondati dalle formalità e garanzie prescritte, essi atti erano conformi a diritto e sicuramente idonei a richiamare la sanzione della *civitas*».

⁴⁹ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 71.

⁵⁰ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 71.

somma di denaro⁵¹, come si evince dalla *pactio* di Tab. 8.2 e dalla condanna al pagamento, in Tab. 8.3 e Tab. 8.4, nell'un caso di trecento o centocinquanta assi, nell'altro di venticinque⁵².

Le ricadute in termini di responsabilità sono particolarmente rilevanti, coincidendo con la trasformazione dell'«oggetto della sanzione in qualcosa di economicamente

⁵¹ Per una spiegazione peculiare di tale passaggio, v. G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 104 ss.: «punto di partenza è la *deditio* in espiazione del colpevole, perfettamente parallela alla *consecratio capitis* per offesa ad una divinità. Ma in questa...viene, in certi casi limitati, ammessa l'offerta di una vittima animale *in piaculum*; ed a proposito di questa si è osservato che una tale sostituzione, quando non fosse stata introdotta per analogia colla composizione pecuniaria, poteva essere indizio dello sviluppo che porta a questa da una responsabilità sul corpo del reo». Invero, tale possibilità costituisce esplicazione «di quel principio sostitutivo che dà modo al colpevole di liberarsi, non offrendo la vittima animale come prezzo della colpa, ma in vera e propria sostituzione della responsabilità cui altrimenti egli è esposto col proprio corpo, e che, applicato alla *noxae datio* fra gruppi familiari-locali, porta alla sostituzione della *deditio* dell'appartenente al gruppo con la consegna di *pecus in piaculum*. Per questa via, sostituendosi al *pecus* l'*Aes rude*, vengono, attraverso la consegna di questo in sostituzione della *noxae datio*, introdotte le composizioni pecuniarie, che assumono quindi lo stesso carattere di obbligatorietà giuridico-religiosa della più antica consegna del colpevole, che sussiste tuttora come fondamentale accanto ad esse» sussistendo pur sempre la possibilità, invero, della dazione nossale».

⁵² Indubbiamente colpisce la differenza sanzionatoria tra Tab. 8.3 e 8.4, per non parlare del taglione ancora residualmente previsto in Tab. 8.2: proprio da questa eterogeneità, G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 9 ss. deduce, *inter alia*, un argomento per il quale non si potrebbero leggere le fattispecie versate in queste previsioni decemvirali come tre ipotesi di *iniuria*, essendo le pene applicate a ciascun illecito troppo diverse tra loro «o per la sostanza o per l'entità» perché si possa parlare di un unico delitto. In più, Pugliese accoglie la tesi di Luzzatto, secondo cui l'*iniuria* sarebbe sempre stata sanzionata con una pena pecuniaria: tale teorica ha come conseguenza la collocazione dell'illecito di *iniuria* «in un'epoca relativamente tarda non essendo concepibile anteriormente una pena in denaro». Precedentemente, l'*iniuria* non rimaneva impunita, ma veniva repressa «in forma extralegale», ancorché non attraverso l'uso del taglione in quanto, sempre a parere dell'autore, innanzitutto mancava un segno esteriore che legittimasse un «processo all'evidenza», ed in secondo luogo «ha un significato nel campo delle minacce fisiche, ma fuori di esso perde molto del suo valore repressivo; è ancora concepibile in materia di percosse, perché uno schiaffo può essere ricambiato con uno schiaffo, ma i riflessi morali, che ne risultano in dipendenza delle varie circostanze esterne, rendono una vera equivalenza nel taglione; in altri casi poi questo verrebbe ad apparire addirittura assurdo, come nella fattispecie attestata da Ter. Phor. 983, in cui si trattava dell'atto di afferrare violentemente e trattenere per il corpo un individuo. Io riterei dunque più verosimile che la pena pecuniaria dell'*iniuria* non si ricollegli ad un precedente taglione; prima si doveva avere una reazione libera ed extragiuridica della vittima».

valutabile che doveva essere trasferito dall'offensore all'offeso, in sostituzione della diminuzione (patrimoniale o comunque economicamente apprezzabile) da questi subita»⁵³.

Partendo dall'analisi di Tab. 8.2, e in particolare del termine '*pactio*', parte della dottrina ha supposto l'origine indoeuropea del lemma, risalendo alla radice **pāk*, da cui sarebbero poi derivati il sostantivo *pāx*, il verbo *pācāre*, e il *pacere* attestato dalle fonti del V sec. a.C., da cui poi *paciscere*⁵⁴.

Il verbo *pacere* risalirebbe, così, a prima del V sec a.C., e pertanto rappresenterebbe indice della storicità della fonte decemvirale, mentre il sostantivo *pactio* rivelerebbe, a parere di alcuni studiosi, il significato dell'attività sottostante al *pacere*.

Parte della dottrina ha letto tale concetto non nel senso di un 'accordarsi' bilaterale, ma di un'azione unilaterale del reo tesa a ristabilire l'equilibrio infranto, come si può evincere dall'utilizzo della terza persona singolare del verbo *pacere*.

Altra letteratura, al contrario, deduce da *pactio* non l'unilateralità dell'azione, ma «l'onere di cercare la *pactio* per evitare la *talio*» posto dal legislatore decemvirale in capo al responsabile: invero, «non c'è dubbio ... che solo la concorde volontà delle parti possa creare un'effettiva alternativa alla *talio*, richiedendo l'accordo volto a ristabilire l'equilibrio attraverso lo scambio»⁵⁵.

Un'interpretazione, per così dire, 'bilaterale' della *pactio* può trovare conferma nel fatto che proprio la mancanza di una volontà comune avrebbe impedito il perfezionarsi del *paciscere* e, quindi, la vendetta.

⁵³ F. BELLINI, *Responsabilità*, cit., 53. La posizione di Bellini si giustifica nell'ottica, da questi dichiarata, di considerare la responsabilità nata all'interno del modello contrattuale, e non nel paradigma del *delictum* come molti hanno ritenuto.

⁵⁴ Cfr. B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, 11 ss., per un'analisi glottologica che inferisce l'origine indoeuropea della radice del termine in esame, **pāk*, da cui sarebbero poi derivati sia il sostantivo *pāx*, che il verbo *pācāre*, e, inoltre, la parola di nostro interesse, ovvero *pacere*, che si rinviene nelle fonti risalenti al V sec. a. C. e dalla quale sarebbe poi scaturito *paciscere*. Da qui, alla fine del III sec. a. C., si sarebbe poi passati a *pacisci*, il quale avrebbe poi dato vita ai sostantivi *pactio* e *pactum*, nel I sec. a. C., il secondo utilizzato più frequentemente del primo in quanto riferito all'ambito degli accordi tra privati, mentre il primo sarebbe stato adoperato perlopiù in un contesto pubblicistico, come quello dei trattati internazionali. In epoca classica, tuttavia, tale differenza risulterà essere persa ed i due sostantivi verranno utilizzati indifferentemente.

⁵⁵ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 571, nt. 72.

Persuade maggiormente la tesi da ultimo riportata: se *pacit* indica il comportamento cui è tenuto il responsabile, allora si può ricavare, *a contrario*, anche un parallelo obbligo, in capo alla vittima, di evitare la *talio* sino al fallimento delle trattative di riappacificazione. In quest'ottica, dunque, la locuzione '*ni cum eo pacit*' parrebbe indicare, ben più che un'attività unilaterale, una pluralità di obblighi posti dall'ordinamento tanto in capo all'offeso quanto al responsabile, complessivamente volti al mantenimento della pace sociale e all'impedimento dell'autotutela senza il previo esperimento di un tentativo di riappacificazione, in ogni caso posticipando la (eventuale) vendetta a un momento successivo a quello dell'immediatezza dei fatti.

Il modo attraverso cui si ristabilisce l'equilibrio è, secondo Tab. 8.2, l'offerta di una somma di denaro talmente generosa che soddisfi completamente l'istanza di giustizia dell'offeso e lo convinca a rinunciare all'esercizio della vendetta, che pure avrebbe ancora il diritto, sia pur in via residuale, di porre in essere.

È opinione condivisibile quella che individua l'origine delle pene pecuniarie dei delitti nella *poena* come prezzo del riscatto per evitare la reazione dell'offeso, pur senza rappresentare «l'oggetto di una domanda dell'offeso. Quest'ultimo, infatti, può pretendere solo l'applicazione della *vindicta* ..., ma l'offensore può sfuggire ad essa pagando ... la *poena/ποινή*»⁵⁶.

Il diritto del danneggiato di attuare il taglione è provato dalla circostanza che la pena pecuniaria contenuta nella *pactio* di Tab. 8.2 non deriva direttamente dall'illecito: come scrive Cannata, «in questa norma notissima (*si membrum rupsit ni cu meo pacit talio esto*), se nulla ha a che fare con un'obbligazione la soggezione del colpevole alla *talio*, un'obbligazione da delitto – e magari l'esempio originario di questa – è stata ravvisata nella possibilità di soluzione mediante *pactio*. Ma si tratta ... di un semplice errore di prospettiva. A parte il fatto che una *pactio* generatrice di obbligazione è impensabile in un'epoca così remota, se pur così fosse l'obbligazione deriverebbe dalla *pactio* e non dal delitto» e semmai, a detta dell'autore, un simile accordo avrebbe avuto un effetto liberatorio, non obbligatorio⁵⁷.

⁵⁶ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 81. Invece, è solo in un momento successivo che il pagamento della composizione, determinata o determinabile, viene reso obbligatorio anche per l'autore dell'illecito.

⁵⁷ C.A. CANNATA, *Delitto*, cit., 29.

In punto di rapporti tra la *pactio* e la nascita di un eventuale modello obbligatorio, in estrema sintesi, in dottrina sono state avanzate due ipotesi ricostruttive principali: taluni autori ritengono che l'accordo sulla *poena* produce l'estinzione della *vindicta* «solo a condizione che il pagamento della somma fosse effettivamente eseguito, senza produrre perciò alcuna obbligazione»⁵⁸, che invece è configurabile quando «si passa dall'onere del riscatto al debito della riparazione pecuniaria stabilita autoritativamente in una somma fissa o proporzionata al danno arrecato...azionabile in assenza di spontaneo adempimento»⁵⁹.

Un'altra impostazione, invece, interpreta la *pactio* come un accordo produttivo di obbligazione teso al pagamento dell'ammontare sostitutivo della *talio*, il cui inadempimento produce l'azionabilità della pretesa dell'offeso nelle forme proprie dell'obbligazione negoziale⁶⁰.

Senza pretesa di risolvere la questione, si potrebbe notare che la *pactio* non sembra ancora idonea a produrre un'obbligazione nel senso tecnico del termine. Se, infatti, nonostante l'accordo tra le parti sulla somma da corrispondere all'offeso, questa poi non fosse stata effettivamente versata, la fonte non reca elementi sufficienti per affermare con certezza un'eventuale azionabilità in giudizio della pretesa per il pagamento di tale somma. La disposizione decemvirale dice che se, a fronte di un *membrum ruptum*, viene offerta una *pactio*, allora questo esclude la *talio*; la *pactio*, insomma, funziona come causa di esclusione dell'autotutela.

Tralasciando il fatto che la *pactio* possa o meno, già in periodo decemvirale, considerarsi fonte di obbligazione, anche se la risposta sembra essere negativa, non pare dubbia la sua configurabilità come «accordo riappacificatore fra lesa e offeso»⁶¹ nel quale la dazione pecuniaria mira alla rinuncia alla reazione privata dell'offeso.

Date queste premesse, è chiaro come ci si muova al di fuori di qualsiasi logica compensativa. Non un risarcimento, ma una 'vendetta pecuniaria' o un 'prezzo della vendetta' o 'prezzo del riscatto'⁶², con finalità punitiva del trasgressore.

⁵⁸ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 572.

⁵⁹ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 572.

⁶⁰ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 572.

⁶¹ C.A. CANNATA, *Delitto*, cit., 29.

⁶² C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 243.

5. *Il quantum della pactio di Tab. 8.2.*

Per quanto riguarda il *quantum* della *pactio*, non precisato da Tab. 8.2, utili spunti di riflessione vengono offerti dalla lettura del noto brano delle Notti Attiche di Aulo Gellio, nel quale è riportata la celebre conversazione avvenuta tra il giurista Sesto Cecilio Africano e il filosofo Favorino⁶³.

Dibattendo circa la corretta interpretazione della disposizione decemvirale sul *membrum ruptum* e del regime sanzionatorio a questo collegato, percepito da Favorino come crudele e anacronistico, il giurista risponde che tutte le norme devono essere interpretate nel loro contesto temporale: per la norma in commento, la crudeltà del taglione non deve essere eccessivamente valorizzata «perché le parti avevano la *facultas paciscendi*, e nessuno avrebbe sopportato la *talio*, se non avendola scelta»⁶⁴.

Gell. *Noct. Att.* 20.1.36: *praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris. 37. quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 38. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

⁶³ Sui molti problemi del brano, anche inerenti all'attendibilità storica dell'aneddoto, v. per tutti F.P. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ID., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 1 ss. e O. DILIBERTO, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del 12° Colloquio di filosofia penale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 146 ss. Sul problema della storicità dei personaggi, v. per Africano J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R. G. Pothier, con le leggi del codice e le novelle che confermano, spiegano ed abrogano le disposizioni delle pandette*, Venezia, 1824, 48 s. e, sulla figura di Favorino, G. MIGLIORATI, *Cassio Dione e l'impero romano da Nerva ad Antonino Pio alla luce dei nuovi documenti*, Milano, 2003, 237 s.

⁶⁴ R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 93. Non si vuole qui approfondire nel dettaglio – non sarebbe, d'altra parte, pienamente aderente al tema che ci si prefigge di indagare – la modalità del *pacisci*, limitandosi a richiamare in proposito gli studi di B. BISCOTTI, *Dal 'pacere'*, cit., secondo la quale l'attività in oggetto non dipenderebbe tanto dalla volontà del colpevole, quanto dall'accettazione unilaterale e discrezionale dell'offeso.

Africano individua, nel percorso dalla vendetta alla condanna sanzionatoria, due tappe particolarmente rilevanti.

La prima, decemvirale, relativa a Tab. 8.2, coincide con l'offerta di *pactio* del danneggiante che avrebbe potuto essere rifiutata dall'offeso, con conseguente irrogazione della *talio*. La seconda vede la coscienza sociale non accettare più che, in caso di una generosa offerta pecuniaria (*si pactio gravis*), si dia comunque corso al taglione, motivo per il quale il giudice *severitas legis ad pecuniae multam redibat*.

Considerazioni di questo tipo impongono di chiedersi se l'offeso avesse potuto rifiutare la *pactio*, non sembrando ragionevole postulare che, sin dalle prime applicazioni dell'istituto, la vittima fosse obbligata ad accettare l'offerta del responsabile, anche per la pratica ragione dell'originaria assenza di un'autorità centrale che avrebbe vigilato sulla procedura⁶⁵.

D'altra parte, a un'utilità alquanto limitata assolverebbe il riferimento alla *talio* di Tab. 8.2 se la vittima fosse in ogni caso obbligata ad accettare la *pactio*.

I problemi paiono qui concentrarsi sulla determinazione, in difetto di un'organizzazione statale, del *quantum* dovuto a seguito di *pactio*; sull'accettazione della somma da parte dell'offeso, con speciale attenzione ai casi in cui questi avrebbe potuto rifiutare la *pactio*.

La disposizione decemvirale nulla dice a proposito.

Il legislatore di Tab. 8.2 esprime un chiaro incoraggiamento per l'attività del *pacere*, posta come sorta di condizione di procedibilità del taglione e prima dell'autorizzazione all'esercizio della *talio*, ma non individua conseguenze di sorta per il paciscente infedele se non, dal lato del trasgressore, la sottoposizione alla vendetta. Se, infatti, la scorrettezza del responsabile – che, ad esempio, avesse offerto un importo eccessivamente esiguo, o uno congruo poi non effettivamente versato – sarebbe stata certamente punita con il taglione, quella della vittima merita un discorso più approfondito.

⁶⁵ In modo del tutto simile al diritto romano arcaico, nell'antico ordinamento anglosassone la pratica di pagare una sanzione pecuniaria per evitare la vendetta dell'offeso e/o dei suoi parenti era stata verosimilmente introdotta in via consuetudinaria. Tuttavia, come nota A.T. CARTER, *Outlines of English Legal History*, London, 1899, 4, «it was apparently at first quite optional with the injured party or his relatives to take or reject the payment, but the payment seems at a very early period to have been settled by the common judgement of the community».

Quanto al primo punto, è ragionevole che la determinazione del prezzo della vendetta in un primissimo momento sia stata lasciata al libero accordo delle parti in difetto di un'organizzazione centrale, per essere poi fissata in via consuetudinaria a seconda dell'illecito commesso.

Anche relativamente al secondo profilo controverso, ossia se alla vittima fosse o meno consentito rinunciare arbitrariamente alla *pactio* offerta, sembra verosimile ritenere che originariamente l'offeso avesse potuto decidere come meglio avesse ritenuto e che solo più tardi la società – che *medio tempore* aveva contribuito alla fissazione di importi congrui secondo il sentire comune per riparare a particolari illeciti – avrebbe assunto un ruolo maggiormente attivo nel controllo della reazione (ancora privata) al torto.

Per Betti, in un primo momento, la monetizzazione della sofferenza della vittima doveva configurarsi alla stregua di una «pura e semplice concessione graziosa»⁶⁶ da parte di quest'ultima. Quando, più tardi, il taglione stava cadendo in desuetudine e si era invece affermata la prassi di ripagare l'offeso con una cospicua somma di denaro, la comunità «impose la controparte a consentirvi, sempre che il responsabile del delitto lo invocasse»⁶⁷.

Sulla stessa linea di pensiero anche Talamanca, il quale afferma significativamente che solo nel prosieguo del tempo all'offeso venne imposta l'accettazione della *poena*⁶⁸.

Inoltre, come divenne consuetudine adottare la pratica del *paciscere*, secondo l'autore, anche l'importo da corrispondere alla vittima era stato fissato, sempre in via consuetudinaria, per singoli illeciti dalla coscienza collettiva⁶⁹.

Al termine di questo percorso, la normativa decemvirale per alcuni illeciti avrebbe imposto esplicitamente una composizione pecuniaria «volta a sostituire la vendetta con un corrispettivo; in molti casi, la norma fissa essa stessa, d'autorità, il *quantum* del

⁶⁶ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 176.

⁶⁷ E. BETTI, *La struttura*, cit., 176.

⁶⁸ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 81: «quella che potremmo chiamare la *poena/ποινή*, che si deve pagare per sfuggire alla *vindicta*, ma che non costituisce l'oggetto di una domanda dell'offeso. Quest'ultimo, infatti, può pretendere solo l'applicazione della *vindicta* ..., ma l'offensore può sfuggire ad essa pagando – con modalità varie – la *poena/ποινή*, mentre è soltanto a seguito di un ulteriore sviluppo che si impone all'offeso di accettare la composizione cui voglia addivenire l'offensore».

⁶⁹ E. BETTI, *La struttura*, cit., 176.

corrispettivo e subordina la vendetta alla mancata corresponsione del quanto dovuto»⁷⁰.

Quanto detto sin qui illumina sia sul *quantum* della *pactio* sia sull'interpretazione del passo di Gellio poc'anzi riportato e, in particolare, sul passaggio nel quale l'autore riferisce che nessuno avrebbe sopportato la *talio*, se non avendola scelta⁷¹.

Il brano delle Notti Attiche può interpretarsi nel senso che sarebbe stato ('giustamente', 'a buon diritto') sanzionato con la vendetta e l'esposizione al rischio di una invalidità irreversibile solo chi, pur sapendo quale sarebbe stata una *pactio* proporzionata alla gravità dell'illecito commesso sulla base delle determinazioni consuetudinarie, avesse offerto una somma inferiore.

In altri termini, avrebbe subito la vendetta solo chi avesse presentato una *pactio* incongrua e tale esito non sarebbe stato incolpevole, ma 'scelto' (*elegeris*), in quanto l'aggressore ben doveva essere a conoscenza di quello che in via di prassi sarebbe stato considerato un importo corretto per riparare a una certa lesione, tuttavia offrendo di meno.

⁷⁰ V. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 317. Invero, «la vendetta di norma si ispira al taglione (una vita per una vita), ma non mancano esempi di vendetta amplificata. Di norma l'idea di vendetta implica l'idea di corrispettivo e di parità, per cui la qualità della vittima della vendetta deve uguagliare la qualità (rango e sesso) della vittima della lesione originaria». Se, poi, si conviene con l'autore sulla primigenia proporzionalità tra vendetta e offesa, allora si comprende anche meglio la notazione di Milani secondo la quale che il primo termine per indicarla è '*talio*'. Persino la cultura greca, tra le più vendicative della civiltà mediterranea con l'aggravante di essere figlia di una cultura della vergogna che la obbligava a vendicare col sangue i torti subiti, inizia ad ammettere il pagamento di una sanzione pecuniaria in luogo della reazione dell'offeso. E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 24, cita diversi esempi rilevanti in tal senso. Nel canto IX dell'Iliade è celebre lo scontro verbale tra Aiace Telamonio ed Achille che vede il primo venuto ad offrire al Pelide sette fanciulle e altri beni in cambio di Briseide, ripagando così l'affronto arrecato all'onore del Pelide da Agamennone, il secondo, invece, rifiutare sia l'offerta che l'invito a prendere le armi e tornare a combattere. Aiace Telamonio, esasperato, elogia (assai significativamente) la scelta di chi è disposto ad accettare ingenti somme anche per l'uccisione del figlio o del fratello, permettendo così che si ristabilisse l'equilibrio collettivo, rimpiangendo evidentemente che Achille non facesse parte di questo gruppo di persone. Ma si pensi, continua l'autrice, anche al tradimento di Afrodite ed Ares ai danni di Efesto: il legittimo marito che sorprende gli amanti in flagranza chiede al dio della guerra la *μοιχαγρία*, la somma che, ancora in epoca classica, il *μοιχός* si offriva di pagare al marito tradito per evitare la vendetta.

⁷¹ Gell. *Noct. Att.* 20.1.36 *praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris*.

Allontanandoci dal passo gelliano, oltre che nel caso fin qui descritto, si potrebbe immaginare che la *talio* sarebbe stata inoltre esercitata a buon diritto qualora la *poena* non fosse stata versata.

In questo quadro, la possibile riviviscenza della vendetta di Tab. 8.2 nel caso del fallimento del *pacere* funziona come coazione per il danneggiante a offrire una *pactio* generosa. Invero, la minaccia per il responsabile di subire la *par vindicta* di colui che aveva subito il *membrum ruptum* lo esponeva alla realistica possibilità di diventare invalido o, comunque, di subire una seria lesione dell'integrità fisica; eventualità, queste, poco desiderabili in una civiltà guerriera.

Col tempo, a ogni modo, l'ordinamento avrebbe esercitato un più stretto controllo sui fenomeni sin qui descritti e, in specie, sulla mancata accettazione della *pactio* da parte della vittima, attuato per il tramite della possibilità per il responsabile del delitto di ricorrere al *iudex* e ottenere l'*aestimatio litis*⁷²; possibilità verosimilmente introdotta dopo le XII Tavole e prima dell'*actio iniuriarum aestimatoria*, come sembra emergere dalle fonti⁷³.

⁷² Ragionando intorno al racconto gelliano della discussione tra Sesto Cecilio Africano e Favorino sul regime sanzionatorio decemvirale (Gell. *Noct. Att.* 20.1.36-38), R. FIORI, 'Ea res agitur', cit., 94 ss., riferisce che, poichè Tab. 8.2 prevedeva un'alternativa, per così dire, secca tra la *pactio* e la *talio*, allora è verosimile supporre che Africano non si stia riferendo alla lettera della disposizione delle XII Tavole quando afferma che *Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat*, ma stia piuttosto rifacendo ad un *modus procedendi* presumibilmente successivo alla normazione decemvirale in quanto andava a, per così dire, correggere il suo dettato adattandolo al profilo pratico di situazioni particolari: rifacendosi ad uno studio del Kneip, Fiori ritiene probabile che «per l'epoca decemvirale, l'*aestimatio* avrebbe potuto risolvere tutti quei casi in cui le parti non avessero voluto ricorrere al taglione, preferendo la *pactio*, ma non si fossero accordate sul *quantum* e avessero preferito una determinazione giudiziale: tutti quei casi, appunto, in cui la *pactio* appariva *gravis* e la *talio acerba*». Se prima, dunque, si dava luogo al taglione, successivamente, quando questo non fu più percepito come idoneo a riparare alla lesione subita, si iniziò a sottoporre la questione al giudice. Concorde con questa lettura M.F. CURSI, 'Iniuria', cit., 238, la quale riporta che Sesto Cecilio «avverte che anche la pena del taglione, come la procedura edittale stabilita dai pretori per la valutazione della pena pecuniaria, si riduce ad una multa se il colpevole non giunge ad un accordo con il danneggiato, stimando il taglione fissato dal giudice troppo severo».

⁷³ Gell. *Noct. Att.* 20.1.38 *Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat*.

6. *Dalla struttura alla funzione della pactio di Tab. 8.2 e della poena.*

L'analisi della struttura della *pactio* e, più in generale, del pagamento della *poena* nelle azioni penali, non è fine a sé stessa, ma rappresenta il tramite per il quale studiare la funzione – punitiva, non risarcitoria – di dette pazioni.

Invero, configurando la *pactio* come corrispettivo per la rinuncia della vendetta da parte dell'offeso, è ragionevole ritenere che questa dovesse prevedere l'offerta di una somma particolarmente generosa, che ripagasse interamente la vittima del torto subito e la persuadesse a rinunciare a ogni pretesa vindicatoria.

Sono molti gli autori a rinvenire nella *ποινή* greca una figura simile alla *poena* romana, tanto da parlare indifferentemente di «*poena/ποινή*»⁷⁴. Tuttavia, mentre nella mentalità ellenica la *ποινή* non assurge al rango di sanzione alternativa alla vendetta, rimanendo piuttosto un modo attraverso cui il colpevole poteva sottrarsi all'autotutela eliminando la ragione del contendere⁷⁵, a Roma, con le XII Tavole, la *pactio* è del tutto idonea a sostituire la *talio*.

L'abbandono della vendetta in favore della pena pecuniaria «non comportava ... che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*»⁷⁶

⁷⁴ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82.

⁷⁵ E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 24.

⁷⁶ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82. Cfr. anche C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 43, il quale ritiene che nella pena arcaica, sia privata che pubblica, l'aspetto che più prevale è l'istintiva e violenta reazione del soggetto offeso, e tanto vale per il taglione previsto in caso di *membrum ruptum* quanto per la sanzione pecuniaria irrogata al responsabile in caso di *os fractum*: «la composizione pecuniaria (*ποινή*), ed è questa l'origine del termine *poena*) permessa in questo caso e stabilita per l'*os fractum*, non è che un sostitutivo della vendetta». V. inoltre, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino, 1919, 123: «la funzione principale della *poena* romana, non altrimenti dalla greca *ποινή*, fu quella di un compenso corrisposto in ragione del delinquente risparmiato, non in ragione del delitto commesso. In altri termini, la *poena* ebbe in origine la funzione prevalente di riscatto della persona: riscatto non dal delitto bensì dalla *vindicta* ch'esso provocava; riscatto non di chi l'aveva subito, bensì di chi lo aveva commesso; riscatto non materiale da una prigionia effettiva, ma ideale dal pericolo creato dalla minaccia della *vindicta*. In questo senso, ma in questo soltanto, la *poena* si può qualificare come il sostituto storico della *vindicta*». Inoltre, E. COSTA, *Storia del diritto privato romano dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1925, 314 s. Sul fatto che la richiesta dell'offeso nell'ambito di un'azione penale

che, peraltro, avrebbe continuato a sopravvivere a livello di funzione nella condanna afflittiva comminata a seguito dell'esperimento dell'*actio iniuriarum*, nella quale «l'ordinamento giuridico assegna ... rilevanza all'interesse non patrimoniale colpito dall'offesa, e lo fa ai fini di una vendetta: l'interesse non patrimoniale rileva perché è stato offeso e va vendicato, non perché è stato leso e va risarcito»⁷⁷.

D'altronde, l'alienità a logiche risarcitorie del pagamento della *poena* è evidente se si considera che nessuna traduzione di *poena/ποινή* fa riferimento al danno, ma al prezzo della colpa⁷⁸, del sangue⁷⁹, del riscatto⁸⁰, della vendetta⁸¹.

Se il presupposto fondamentale della compensazione è che, dato un danno, questo va risarcito nel suo esatto ammontare, né più né meno, esulando da ogni considerazione inerente al pregiudizio occorso, parimenti si esula dal fine di ripararlo.

mirasse al «pagamento di una somma di danaro che costituiva la *poena* per tale delitto», cfr. L. VACCA, '*Actiones poenales*' e '*actiones quibus rem persequimur*', in *Iura*, XI, 1989, 41. Ancora, cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1986, 143, trattando della differenza tra pena privata e pena pubblica, afferma che «la prima non è che regolamento, un temperamento o un sostitutivo della vendetta privata (*addictio, talio*, composizione pecuniaria). La composizione pecuniaria viene sempre più prevalendo nell'uso ... A queste penalità pecuniarie private fra le altre conseguenze della loro storica derivazione è restata anche questa, che non di rado la funzione di pena s'intreccia è confonde con quella di riparazione». Si segnala, inoltre, il contributo di P. VOICI, *Azioni penali e azioni miste*, in ID., *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 197: «le idee che stanno a fondamento della pena privata possono, dunque, essere descritte a questo modo. La pena dà qualcosa all'offeso e toglie qualcosa all'offensore. All'offeso assicura una somma pari all'ammontare del danno subito, aumentata di un multiplo ... Così si ripiana il danno e si placa il risentimento dell'offeso, togliendo ogni giustificazione a una qualche velleità di vendetta. dal lato opposto, il pagamento di una somma molto superiore al danno punisce efficacemente il colpevole. L'*actio poenalis* ha, così, due momenti: uno satisfattorio e uno punitivo».

⁷⁷ Per tutti per la particolare chiarezza P. ZILIO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, 16 s.

⁷⁸ S. GALEOTTI, *Ricerche in tema di 'damnum'*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, 31 s.: «la composizione pecuniaria che consente di sottrarsi, ad esempio, alla *talio* (Tab. VIII.2) può essere intesa come il pagamento di un vero e proprio 'prezzo della colpa' poiché non scioglie l'offensore da un vincolo obbligatorio, ma lo libera dalla punizione altrimenti prevista».

⁷⁹ B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8, che traduce *poena* – 'gemella' latina del greco *ποινή* – come «pagamento in funzione riparatoria» o «pagamento del prezzo del sangue».

⁸⁰ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82; C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 243.

⁸¹ C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 43.

La *poena* è, pertanto, punizione del trasgressore e pagamento soddisfacente per l'offeso, costituendo così l'oggetto delle azioni penali.

7. *Sulla relazione tra talio, quantificazione della pactio e significato sostanziale del membrum ruptum.*

Il mantenimento del taglione per il *membrum ruptum* è stato autorevolmente spiegato nei modi più diversi.

Argomentando da *rapit* o *rupit* come «enlever», una prima lettura, sostenuta dall'Huvelin, aveva ravvisato in tale illecito un fenomeno amputativo o un'ablazione violenta e irreversibile di una parte del corpo: in quest'ottica, il taglione si spiega alla luce della gravità qualificata dell'atto, mentre l'*os fractum*, dal minor portato offensivo, avrebbe richiesto una pena minore, pecuniaria⁸².

Del tutto contraria è una seconda prospettazione, che fa capo ad Appleton e ad altri studiosi⁸³, per i quali il *membrum ruptum* deriverebbe da *corrumpere* e indicherebbe una categoria così ampia ed eterogenea di lesioni – nonché residuale, tolti *os fractum* e *iniuria* – da non avere consentito l'individuazione di un'unica sanzione. Pugliese, in particolare, fa riferimento all'annullamento o alla perturbazione permanente o temporanea della normale funzionalità corporea⁸⁴. In quest'ottica, il taglione non avrebbe

⁸² Per tutti, P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit., 377 ss. Così anche P.F. GIRARD, *Manuale elementare*, cit., 402 ss., ed E. POLAY, *Iniuria*, cit., 17 ss., che indica appunto la fattispecie del *membrum ruptum* come quella più grave tra le quelle individuate in Tab. 8.2, 8.3 e 8.4: «according to this, *membrum ruptum* is without doubt more serious than *ossis fractio* ... and means mutilation of a member, shattering of an organ, i.e. an aggravated assault with an irreversible result».

⁸³ C. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain*, cit., 51 ss. V. anche A.D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 54; A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung in frühen römischen Recht*, Wien - Köln - Graz, 1984, 42 ss., particolarmente netto nell'escludere, in un primo momento, ogni rilevanza dei profili soggettivi dell'agente: sarebbe stato solo in un prosieguo di tempo, ossia con la distinzione tra omicidio volontario e omicidio involontario (Tab. 8.24 a), a modificarsi anche il regime delle offese fisiche, sicché la previsione sul *membrum ruptum* sarebbe rimasta in vigore, ma riferita alle sole lesioni volontarie.

⁸⁴ Cfr. G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 10: «*membrum ruptum* non è l'ablazione violenta di un arto o un organo, come si ritiene di solito, specie dopo le ricerche dell'Huvelin: “*rumperè*” qui ha il significato di ledere, danneggiare, minorare, onde si ha *membrum ruptum* ogni qual volta l'atto di violenza contro la

sempre rappresentato una conseguenza più afflittiva della pena pecuniaria, non nel caso di lesioni non molto gravi, per esempio.

Una terza ricostruzione, più di recente, riprende la suggestione di Huvelin sulla maggior gravità del *membrum ruptum*, seppur identificandolo con una lesione che avrebbe prodotto una permanente conseguenza invalidante⁸⁵.

Guardando alla questione nel prisma dell'analisi del *quantum* della condanna sanzionatoria, il problema dell'accezione sostanziale del *membrum ruptum* si ripercuote sul taglione come segue: se il *membrum ruptum* identifica una gravissima lesione dell'integrità fisica della vittima, allora il mantenimento della *talio* si spiega con la riluttanza del privato ad abbandonare l'autotutela in casi percepiti come di speciale serietà, per i quali la coscienza sociale non avrebbe accettato del tutto la sola composizione pecuniaria. Diversamente, se interpretato come categoria residuale nella quale far confluire tutte le fattispecie non rientranti nell'*os fractum* o nell'*iniuria*, allora la vendetta si spiega con l'impossibilità di individuare un'unica conseguenza per illeciti a tal punto eterogenei.

Tra le due, sembra preferibile la prima lettura.

Si può notare come anche sotto il nome di *os fractum* confluiscono fattispecie molto diverse tra loro (tanto che una dottrina sostiene che gli importi di trecento e centocinquanta assi dovevano intendersi come limiti massimi che avrebbero potuto essere ridotti nel caso di fratture più lievi⁸⁶), e, però, il legislatore non abbia esitato a imporre il pagamento di una *poena* definita, differenziata solo in base allo stato – libero o servile – dell'offeso. Non convince, insomma, l'argomento dell'eterogeneità della categoria. Tra l'altro, è stato condivisibilmente notato che «se veramente il taglione fosse stato considerato dai decemviri come una pena intrinsecamente non più grave

persona annulla o turba permanentemente o temporaneamente la normale funzionalità di una parte del corpo, senza tuttavia produrre la frattura di un osso».

⁸⁵ F. BELLINI, *'Delicta' e 'crimina'*, citi, 58 ss. sostiene l'invalidante conseguenza giuridica della mutilazione richiamandosi agli studi di Costa, mentre si spinge addirittura fino a ritenere correlata all'illecito in questione anche l'ipotesi estrema dell'asportazione di un arto a cagione della lettura dell'opera di Maschi e di una riflessione semantica: secondo l'autore, «se il sostantivo *ruptio* in sé non dice nulla più che 'rottura' o 'frattura', il verbo *rumpere* (*rupi, ruptum, rumpere*) è sicuramente più forte di *frango* (*fregi, fractum, frangere*) e potrebbe probabilmente contenere il senso di recisione, resezione, asportazione di un arto».

⁸⁶ V. J. PLESCIA, *The Development of 'Iniuria'*, in *Labeo*, XXIII, 1977, 277.

di una multa in denaro, non sapremmo spiegarci il perché il taglione non fu conservato anche per l'*ossis fractio*⁸⁷.

E, invece, è particolarmente noto un passo di Catone attestante la vendetta come sanzione per l'*os fractum*, secondo alcuni autori, ancora in epoca decemvirale (Cato Orig. 81: *Si qui membrum ruptum aut os fregit talione proximus cognatur ulciscitur*)⁸⁸; un'interpretazione di questo tipo si scontra, a prima vista, inevitabilmente con Tab. 8.3, la quale, invece, prevede per la medesima fattispecie non l'autotutela privata, ma il pagamento di una pena pecuniaria prefissata.

Riferendo il passo di Catone alle XII Tavole, «allora si potrebbe pensare, con riguardo a Tab. 8.3 (*os fractum*) e Tab. 8.4 (*iniuria*), alla *poena* di trecento o centocinquanta assi (Gai 3.223; Gell. 20.1.32; Coll. 2.5.5) e a quella di venticinque (Fest. voce '*vigintit*', Lindsay 508; Gai 3.223; Coll. 2.5.5), non tanto come allo stadio ultimo della sopraddeffa evoluzione, quanto come ad una 'composizione pecuniaria' – rimessa alla volontà dell'offeso – di entità già prefissata (a differenza del caso di *ruptio membri* per la cui *poena* l'ammontare era lasciato interamente alle pazioni delle parti)⁸⁹.

⁸⁷ S. DI PAOLA, *La genesi storica*, cit., 11, puntualizza l'analisi della lettura di Appleton sostenendo che, anche per costui, «nel *membrum ruptum* andavano ricompresi tutti i casi di danneggiamento di una qualsiasi parte del corpo umano, fatta esclusione per la frattura di un osso» e giustifica la presenza del taglione con il rilievo che la figura giuridica analizzata sarebbe stata a tal punto eterogenea che non sarebbe stato possibile individuare una pena pecuniaria unitaria, rilievo contestato da Di Paola, il quale sostiene che «se veramente il taglione fosse stato considerato dai decemviri come una pena intrinsecamente non più grave di una multa in denaro, non sapremmo spiegarci il perché il taglione non fu conservato anche per l'*ossis fractio*». In più, nota che anche l'espressione *os fractum* sussuma in sé una varietà di illeciti tra loro estremamente eterogenei, ma ciò non ha impedito al legislatore decemvirale di apporre una pena pecuniaria.

⁸⁸ A.D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 72 ss.

⁸⁹ C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 208 nt. 162. V. anche B. PERRIN, *Le caractère subjectif de la répression pénale*, cit., 386: «d'après Caton, le talion s'appliquerait à l'*os fractum* comme au *membrum ruptum*, ce qui permettrait de penser, selon une certaine opinion que nous ne partageons pas, que la composition légale n'avait pas de caractère obligatoire». Relativamente a Coll. 2.5.5 (*Legitima ex lege duodecim tabularum*: "*qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito*". *Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa:*" *si os fregit libero, ccc si servo, cl poenam subito sestertiorum.*"), va detto che la genunità del passo è molto controversa: per A.D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 25, in Coll. 2.5.5 «non vi è nulla che richiami il linguaggio arcaico e lo stile proprio del precetto decemvirale. La veste formale lascia trasparire l'intervento di una mano recente e neppure avvezza agli arcaismi. La pena è espressa in sesterzi che, come è noto, sono monete relativamente recenti. È scolastica la specificazione, peraltro non esaustiva,

Rimandando al prosieguo della trattazione l'analisi di Tab. 8.3⁹⁰, le due prospettive non sono, forse, inconciliabili.

Tab. 8.3 indica l'ammontare della composizione pecuniaria con *poena subito*, non *damnas esto*, ed è quest'ultima l'espressione che una dottrina condivisibile ha dimostrato farsi portavoce del comando sanzionatorio dell'ordinamento⁹¹: in quest'ottica, pertanto, nulla vieterebbe di ritenere che l'obbligatorietà (*subito*)⁹² cadesse sul *quantum* dell'importo di importo di trecento assi, ma che, qualora non fossero stati versati o lo fossero stati in misura minore a quella legislativamente prefissata, *talione ... ulciscitur*, secondo quanto dice Catone.

delle modalità del frangere. Compare la terminologia penalistica *poenam subire*. Inoltre, l'autore riferisce gli stessi profili di dubbio anche a *qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poena subito*, rilevando altresì che «la struttura sintattica della proposizione ... è lontana da quella tipica del precetto decenvirale che si apre con il *si* che esprime l'ipotesi, seguito dall'imperativo futuro e non con una proposizione relativa che comunemente si ritiene abbia fatto il suo ingresso nel linguaggio precettivo in epoca più tarda».

⁹⁰ Cfr. cap. II, § 8.

⁹¹ Per tutti, C. PELLOSO, *In margine a Tab. 8.16. Nuove considerazioni sul valore di 'damnum decidere' tra 'verba legis' e 'interpretatio' giurisprudenziale*, in *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2017, 227 ss.

⁹² Cfr. sull'uso dell'imperativo G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Bari, 2008, 87, il quale si richiama agli studi di Magdelain, che «ha mostrato che il modo verbale proprio del diritto, tanto sacro che civile, è l'imperativo». Inoltre, A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, Bari, 1968, 98 ss., distingue le norme giuridiche di tipo precettivo da quelle descrittive, condividendo, per la definizione delle prime, la tesi di Bobbio, secondo il quale «è discorso precettivo quello che ha per funzione di modificare il comportamento altrui». Sembra che costringere il responsabile al pagamento di una somma di denaro rappresenti un caso tipico di modificazione del comportamento dei consociati per il tramite di un comando giuridico preciso.

8. *Il quantum della sanzione fissato dal legislatore: la pena pecuniaria di Tab. 8.3 e Tab. 8.4.*

A differenza del *membrum ruptum*, relativamente al *quantum* della condanna per l'*os fractum* (Tab. 8.3)⁹³ e l'*iniuria* (Tab. 8.4)⁹⁴, il legislatore individua l'importo dell'offerta spettante alla vittima.

Tab. 8.3. *Legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poena subito'. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poena subito sestertiorum.*

Tab. 8.4. *Si iniuriam (alteri) faxsit, viginti quinque poenae sunt.*

Il dettato decemvirale fissa una *poena* di trecento assi per l'*os fractum* del libero, la metà per il servo; per l'*iniuria*, di venticinque assi.

Il modello di sanzione che propongono Tab. 8.3 e 8.4 è, come si può notare, di certo differente da quello fatto proprio da Tab. 8.2, in quanto il diritto positivo in queste ultime fattispecie si spinge fino a indicare la misura della sanzione monetaria e, inoltre, scompare il riferimento espresso alla vendetta, che in Tab. 8.2 ancora resiste, ancorché delimitato e circoscritto, ultima roccaforte di quella che, in origine, doveva essere una libertà illimitata.

⁹³ Nota J. PLESCIA, *The Development of 'Iniuria'*, cit., 277, che gli importi di trecento e centocinquanta assi dovevano intendersi come limiti massimi che avrebbero potuto essere ridotti nel caso di fratture lievi. V. inoltre, P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit., 8 ss.; F. BELLINI, *'Delicta' e 'crimina'*, cit., 58.

⁹⁴ Sul punto, cfr. G. CORNIL, *Ancient droit romain*, Paris, 1930, 80 s.; G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 1 ss.; G. HUBRECHT, *Manuel*, II, cit., 165 s.; R. FOIGNET, *Le droit romain des obligation*, cit., 116 s.; M. MARRONE, *Considerazioni in tema di 'iniuria'*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 475 ss.; V.L. DA NOBREGA, *L'iniuria' dans le loi des XII Tables*, in *Romanitas*, VIII, 1967, 250 ss.; P.B.H. BIRKS, *The Early History of 'Iniuria'*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1969, 163 ss.; P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit.; A. WATSON, *Personal injuries in the XII Tables*, in *RDH*, XLIII, 1975, 213 ss.; J. PLESCIA, *The Development of 'Iniuria'*, cit., 279 ss.; C. GIOFFREDI, *In tema di 'iniuria'*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 147 ss.; B. ALBANESE, *Una congettura sul significato di 'iniuria' in XII tab. 8.4*, in *IVRA*, XXXI, 1980, 21 ss., ora in ID., *Scritti giuridici* a cura di M. Marrone, II, Palermo, 1991, 1535 ss.; E. POLAY, *'Iniuria'*, cit., 16 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, 1050 ss.; M. HANGEMANN, *'Iniuria'. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln - Weimar - Wien - Böhlau, 1998, 12 ss.; S. FUSCO, *'Specialiter autem iniuria dicitur contumelia'*, Roma, 2020, 17 ss.

Sebbene le strutture dei modelli di sanzione anzidetti siano diverse l'una dall'altra, la funzione è la stessa, ossia punitiva del responsabile.

La composizione pecuniaria di Tab. 8.3 e 8.4 non perde, infatti, il carattere afflittivo che la accomuna idealmente alla *poena*, sotto forma di *pactio*, di Tab. 8.2. Quella di Tab. 8.3 e 8.4 «è una vera e propria pena pecuniaria, privata perché dovuta all'offeso, che la pretende nelle forme del processo privato»⁹⁵, ideale punto di partenza, secondo alcuni autori, delle *obligationes ex delicto*⁹⁶. In entrambi i casi, la funzione afflittiva continua a sopravvivere a livello di scopo nei rimedi decemvirali.

Va, però, riflettuto criticamente sulla concezione che vuole Tab. 8.3 e 8.4 individuare pene pecuniarie fisse.

Se riteniamo, come detto poc'anzi, che il lessico legislativo per indicare la pena pecuniaria statalmente prevista come sola conseguenza immediata dell'illecito sia *damnas esto*, non *poenae sunt*⁹⁷, allora si potrebbero leggere le previsioni di Tab. 8.3 e Tab. 8.4 come obbligatorie in punto di *quantum* dell'offerta, ma, ove detta somma non fosse stata pagata o fosse stato offerto un importo minore, la dazione pecuniaria non sarebbe rimasta l'unica conseguenza prospettabile, potendosi ancora esercitare la vendetta di certo per Tab.8.3, secondo quanto attesta Catone (*Cato Orig.* 81).

La *talio* per lesioni fisiche di carattere lieve come l'*iniuria*, ossia schiaffi o percosse non gravi, non deve aver destato particolare ansietà quanto al tentativo di circoscriverla.

La differenza tra *membrum ruptum*, da una parte, e *os fractum* e *iniuria*, dall'altra, a quest'altezza risiederebbe nel fatto che per queste ultime il percorso dalla vendetta alla pena pecuniaria era arrivato a un punto di maturazione tale che la consuetudine

⁹⁵ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82.

⁹⁶ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82: «nella costruzione teorica dei giuristi classici, tale pena sarebbe poi diventata la *poenae obligatio* di Giuliano, quella che ... sarebbe stata chiamata l'*obligatio ex delicto* (maleficio)». Talamanca afferma tuttavia che in Tab. 8.3 e Tab. 8.4 è meno chiaro, rispetto ad altre previsioni decemvirali, il significato da attribuire all'espressione *poena*, ben potendo riferire sia alla *poena pecuniaria* oggetto della *poenae obligatio* di cui tratterà in seguito Giuliano, sia alla *poena/ποινή* oggetto del *pactio* di Tab. 8.2. A ogni modo, è possibile concentrarsi sulla costruzione delle pene previste per l'*os fractum* e l'*iniuria* su di un chiaro paradigma sanzionatorio e deterrente, non certamente compensativo, volto ad evitare la ripetizione di comportamenti particolarmente gravi, come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione.

⁹⁷ D'accordo con la tesi di C. PELLOSO, *In margine a Tab. 8.16*, cit., 227 ss.

aveva anche individuato l'ammontare dell'infrazione, giacché sembra inverosimile che il legislatore decemvirale abbia 'codificato' gli importi che, arbitrariamente, ha ritenuto più adatti, senza considerare come la società aveva risolto vicende di questo tipo sino ad allora.

Il punto è delicato.

Se le XII Tavole rappresentano, come si è più volte ripetuto, la ricezione di prassi esistenti, e non un fenomeno realmente innovativo, si può concludere che per l'*os fractum* e l'*iniuria* il pagamento di una composizione pecuniaria in un ammontare determinato fosse, ormai, una prassi abbastanza diffusa.

Invece, per il *membrum ruptum* il passaggio dall'autotutela alla pena pecuniaria doveva essere più impervio e complicato, verosimilmente a ragione della gravità qualificata dell'illecito, per il quale la coscienza sociale faticava ad accettare che il denaro fosse *per se* in grado di ristabilire l'equilibrio violato. Il legislatore, prudentemente, sceglie così di lasciare spazio all'autotutela.

A favore della maggior serietà del *membrum ruptum* rispetto ad altri illeciti risolti con una composizione pecuniaria potrebbe militare anche la considerazione del fatto che l'esercizio della forza fisica a Roma individua precisi rapporti di potere, ossia quelli di natura gerarchica. Il padre percuote il figlio; il superiore in grado la recluta; il padrone lo schiavo; il maestro l'allievo.

Viceversa, il pagamento di una somma di denaro è una conseguenza tipica nei rapporti interprivatistici, la quale non mira a mettere una parte in posizione di dominio rispetto all'altra. Al contrario, l'utilizzo della violenza, sebbene contenuta nelle forme della *par vindicta*, sembra individuare proprio una conseguenza più grave – anche potenzialmente invalidante – rispetto al versamento di un ammontare pecuniario.

Per quanto concerne la portata sanzionatoria e deterrente dell'importo individuato dalle previsioni citate, dalle fonti, anche storiografiche, e in particolare da Gai 3.223 su cui ora ci si soffermerà, emerge che le somme determinate dal legislatore fossero pienamente sufficienti a realizzare un effetto di deterrenza del comportamento vietato, secondo quando afferma Gaio:

Gai 3.223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut consilium trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si ser-*

vo, CL; propter ceteros vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.

Gaio, dopo aver richiamato le sanzioni decemvirali previste per le lesioni alla persona altrui, afferma significativamente che in un momento di grave e diffusa povertà (*magna paupertas*) com'era quello delle XII Tavole, le pene pecuniarie da queste introdotte erano idonee a scoraggiare le azioni antiggiuridiche che si proponevano di punire.

Il V sec. a.C. è un periodo di profonda depressione economica, circostanza confermata dalla storiografia non solo con riferimento alla città di Roma, ma anche ai territori limitrofi⁹⁸.

Proprio perché la capacità economica media del periodo era particolarmente modesta, le pene individuate nelle XII Tavole erano idonee a prevenire gli illeciti considerati e, ove commessi, a sanzionarli adeguatamente.

Nel caso dell'*os fractum* la *poena* ammontava a tre bovi, mentre quella dell'*iniuria* a un quarto di bove⁹⁹; importi non trascurabili in un'economia agricola e, per giunta, in un momento di difficoltà.

⁹⁸ Si rimanda sin d'ora alla più puntuale trattazione sul punto compiuta al Cap. II, § 9. Per il momento, cfr. C. AMPOLO, *Aspetti dell'economia del Lazio e di Roma nel V sec. a.C.*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 1984)*, Napoli, 1988, 36: «l'influenza delle frequenti guerre sull'economia fu negativa tanto a livello internazionale che locale. Per il primo aspetto a causa delle difficoltà dei collegamenti e del fenomeno della pirateria; per il secondo per via delle crisi agricole foriere di frequenti e rovinose carestie». Si segnala che, peraltro, l'economia romana dell'epoca – a parere dell'autore – era essenzialmente agraria, motivo per il quale le carestie cui si è accennato in corpo di testo devono aver contribuito non poco a realizzare il clima di *magna paupertas* riportato da Gai 3.223. Anche A. ROMANO, *Economia naturale*, cit., 109 ss. concorda sulla scarsa prosperità del periodo storico d'interesse, probabile conseguenza della decadenza dell'economia commerciale indotta dagli etruschi, dell'aumentare della popolazione e delle accresciute necessità economiche, deducibile anche dalla modestia dei corredi funebri e dall'assenza di opere pubbliche. Inoltre (111) l'autrice riferisce numerose descrizioni annalistiche comprovanti un infausto quadro economico: Livio e Dionigi riportano che già nel 509 a.C. si registrava un'importante carenza di frumento; il 492 a.C. vedeva un anno di grave carestia; nel 453 a.C. si abbatteva la peste; nel 436 a.C. si registrava una nuova carestia. A completare il quadro, si inseriscono, in una fase particolarmente aspra delle lotte patrizio-plebee, le c.d. guerre di rapina, concentrate soprattutto a inizio secolo.

⁹⁹ Cfr. F. PANVINI ROSATI, *La moneta greca e romana*, Roma, 2001, 79, in cui si legge che schiaffeggiare taluno costasse la quarta parte del costo di un bove, il cui prezzo era di cento assi e che era con-

Del pagamento delle sanzioni in capi di bestiame viene conservata memoria ancora ai tempi di Varrone, come pare evincersi da un brano delle *Notti Attiche* di Gellio, nel quale un magistrato, che condanna al minimo della pena pecuniaria, usa un'espressione significativa: *unum ovem multam dico*¹⁰⁰.

Anche nell'*os fractum* si può ravvisare l'esistenza del medesimo interesse pubblico, già emerso per il *membrum ruptum*, alla conservazione del maggior numero possibile di uomini in grado di combattere; considerazione che concorre a spiegare – unitamente alla gravità intrinseca della lesione – perché l'importo particolarmente elevato individuato dall'ordinamento dovesse scoraggiare tale condotta, in ultima analisi producendo un effetto di deterrenza.

Per quanto concerne l'*iniuria*, sebbene quest'ultima non si risolva in una seria diminuzione dell'integrità fisica della vittima, essa rappresenta un comportamento riprovevole che il legislatore vuole impedire.

È rimasta celebre la severa descrizione che fa Gellio di Lucio Verazio, il cavaliere che, potendosi agevolmente permettere i venticinque assi di Tab. 8.4, decide un giorno di schiaffeggiare quante più persone possibile, incaricando il servo che lo seguiva dappresso di corrispondere immediatamente la *poena* all'offeso: la superbia dimostrata

cesso effettuare i pagamenti delle multe anche attraverso la dazione di capi di bestiame di pari valore fino alla *lex Iulia Papiria* del 430 a. C. V. anche S. DI PAOLA, *La genesi storica*, cit., 22, sul rapporto tra un quarto di bue e due montoni e mezzo, rapporto che, osserva l'autore, non era indifferente in epoca classica, e quindi doveva essere sentito con ancora maggior considerazione in età decemvirale, contrassegnata da una povertà generalizzata. Quanto al rilievo che la sanzione pecuniaria potesse essere pagata anche in capi di bestiame, cfr. A. ROMANO, *Economia naturale*, cit., 111 s., la quale riconosce tale possibilità tanto in sede stragiudiziale quanto in sede giudiziale, circostanza confermata, a parere dell'autrice, dal fatto che nel 448 a.C. era stata emanata la *lex Aternia Tarpeia*, la quale fissava un rapporto di reciproca convertibilità tra il denaro e il bestiame da utilizzarsi nei pagamenti all'erario di multe e *sacramenta*. La *lex Iulia Papiria* del 430 a. C., invece, rivedeva tale rapporto riconvertendo in denaro le multe in bestiame, su cui v. A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, 37.

¹⁰⁰ Gell. *Noct. Att.* 11.1.4: *Quando igitur nunc quoque a magistratibus populi Romani more maiorum multa dicitur vel minima vel suprema, observari solet, ut oves genere virili appellentur; atque ita M. Varro verba haec legitima, quibus minima multa diceretur, concepit: "M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico"; ac nisi eo genere diceretur, negaverunt iustam videri multam.*

nei confronti del prossimo, unita al men che formalistico rispetto della legge, gli valgono la fama di *homo improbus atque inmani vecordia*¹⁰¹.

Nel riservarci di tornare sull'aneddoto nel prosieguo della trattazione, preme sottolineare che, quando l'episodio di Lucio Verazio dimostra l'insussistenza dell'effetto deterrente in una pena di venticinque assi, che il trasgressore è ben lieto di sostenere, si passa al duttile meccanismo dell'*actio iniuriarum*.

In punto di *quantum* della *poena*, di certo le sanzioni pecuniarie di Tab. 8.3 e 8.4, la cui unica gradazione si rinviene sulla base dello *status* dell'offeso da *os fractum*, realizzano il massimo grado di prevedibilità della sanzione: prima di commettere l'illecito, il consociato è messo a parte di quali saranno le conseguenze pecuniarie.

Parte della dottrina spiega la rigidità delle previsioni decemvirali con due argomenti: il primo deve essere ricercato nell'influsso della plebe, che, durante la redazione delle XII Tavole, avrebbe richiesto l'adozione di modelli sanzionatori unitari¹⁰²; il secondo nella possibile derivazione della pena fissa dalla *ποινή*¹⁰³. Anche nella normazione solonica si rinvencono esempi di pene pecuniarie nel caso di lesioni fisiche e,

¹⁰¹ Gell. *Noct. Att.* 20.1.13: *Itaque cum eam legem Laeio quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: "... inquit "L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat." Propterea inquit "praetores postea hanc abolescere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.*

¹⁰² Le XII Tavole si devono collocare nel contesto delle lotte patrizio-plebee, per le quali si rimanda, *inter alia*, a C.W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, IV, *Sources and Methods*, Copenhagen, 1950, 79 ss. Alle origini del conflitto, secondo l'autore, si collocano da un lato l'ineguaglianza sul piano dei diritti politici tra patrizi e plebei e, dall'altro, anche una differenza di tipo religioso, in quanto i plebei erano esclusi dal *fas*, e dunque dalla possibilità di contrarre un matrimonio valido per il *ius civile* (le c.d. *instae nuptiae*) e da istituti come la *patria potestas* e l'*agnatio*, esclusione che i *pater familias* plebei percepivano come una forte ingiustizia. A complicare le cose, se i patrizi detenevano ancora il potere politico, nel torno di tempo intorno alle Dodici Tavole i plebei avevano ormai raggiunto un considerevole peso economico. In tema, anche M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 3 ss.

¹⁰³ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 573: «un simile livellamento può giustificarsi ... soltanto tenendo conto di due elementi: uno certo, i condizionamenti plebei nella redazione delle XII Tavole che possono aver condotto all'adozione di modelli sanzionatori unitari, senza distinzioni da un punto di vista sociale; l'altro più incerto, la possibile derivazione della pena fissa dal modello della *ποινή* greca».

più in generale, nella legislazione di area greca sembra emergere una gradazione della pena a seconda che dello *status* dell'offeso, se libero oppure schiavo¹⁰⁴.

Se il primo argomento appare condivisibile, quanto al secondo si nota che, in passato, si era già ipotizzata un'influenza greca nella stesura delle XII Tavole, sconsigliata poi dalla storiografia per l'assenza di contatti tra le due civiltà nel V sec. a.C.¹⁰⁵. Tale considerazione spinge a dubitare che la civiltà greca, sconosciuta ai Romani, possa aver effettivamente avuto un peso a tal punto determinante nella scrittura del dettato decemvirale.

In particolare, il rinvenimento di pene pecuniarie d'ammontare prefissato nella legislazione solonica appare prova particolarmente debole dell'asserita influenza ellenica in quanto previsioni di questo tipo nel caso di lesioni fisiche non rappresentano una prerogativa esclusivamente greca. Anzi, rinvenendosi in altri ordinamenti, alcuni dei quali nulla hanno a che vedere con le civiltà mediterranee, una sanzione monetaria predeterminata sembra individuare un momento di passaggio intermedio tra la vendetta e il risarcimento del danno¹⁰⁶.

¹⁰⁴ M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 573, nt. 80, ricorda come già Delz, a metà degli anni '60, paragonasse sotto questo profilo la normativa decemvirale a quella greca. Ferenczy, circa vent'anni più tardi, mette in evidenza il diritto cretese mediato da Zaleuco, legislatore di Locri, e quello romano quanto alla gradazione della pena pecuniaria a seconda dello status dell'offeso, gradazione che si rinviene anche, nota Martini, nel Codice di Gortina con riferimento ad alcuni delitti sessuali, in relazione ai quali la sanzione prende in considerazione sia la condizione della vittima che dell'aggressore (ad esempio in caso di *μοιχεῖα*).

¹⁰⁵ A tal proposito, M. ROBERTI, *Storia*, cit., 74 ss., ricorda che la ricostruzione – giunta sino a noi tramite gli scritti di Livio, Dionigi, Diodoro e Pomponio – secondo la quale un'ambasceria di tre giuristi sarebbe stata inviata in Grecia per studiare gli ordinamenti di Solone e, poi, tornata in patria, avrebbe sospeso tutte le magistrature per nominare i decemviri è stata criticata severamente da storici come il Pais (E. PAIS, *Storia di Roma*, I, Torino, 1898, 550) e Lambert (E. LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII Tables et les 'Annales Maximi'*, Paris, 1902; ID., *Le problème de l'origine des XII Tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*, Paris, 1903), i quali negano decisamente la derivazione ellenica del dettato decemvirale. D'accordo con tale conclusione è anche R. YARON, *Semitic Elements in Early Rome*, in *Daube 'Noster'. Essays in Legal History for David Daube* edited by A. Watson, London, 1974, 345.

¹⁰⁶ M. ROBERTI, *Storia*, cit., 77 s., osserva che le XII Tavole rappresentano «produzione caratteristica di Roma, nella quale taluni storici vollero intravedere influenze etrusche o umbro sabelliche, greche e perfino, secondo il Revillaut (*Precis de droit égypt.* 1899), egizie. Non si può certamente negare che dalla comparazione degli elementi romani e stranieri non possa sorgere l'idea di avvicinamenti, ma

L'Esodo, per esempio, stabilisce diverse ipotesi di pena pecuniaria fissa e, elemento che lo avvicina notevolmente a talune disposizioni decemvirali, si occupa anche di illeciti commessi ai danni di persone in stato servile, al pari di Tab. 8.3. A titolo di esempio si può riportare l'obbligo per il proprietario di un bove che abbia incornato uno schiavo o una schiava (non israelita) altrui di pagare trenta denari al padrone¹⁰⁷.

Lo stesso dicasi per il più antico ordinamento britannico di epoca anglosassone: il primo codice inglese, emanato da re Etelberto del Kent tra il 590 e il 616 d.C.¹⁰⁸, contiene invero un lungo elenco di offese personali, ciascuna punita con una sanzione pecuniaria predeterminata legislativamente¹⁰⁹.

Anche nel primitivo sistema legale d'oltre Manica un'offesa personale era, innanzitutto, causa di vendetta, situazione che – come si è detto a proposito dell'ordinamento romano – a un certo punto dovette diventare insostenibile¹¹⁰.

non però bisogna confondere questi con il fatto di una possibile derivazione. Gli studi di diritto comparato dimostrano la verità di una norma storica fondamentale: che cioè tutte le civiltà primitive hanno istituti consimili», per tacere del fatto, continua Roberti, che non abbiamo sufficienti notizie sul diritto privato greco ed etrusco (le due 'ascendenze' più ricorrenti nell'analisi delle XII Tavole) per condurre un'analisi comparata *ante litteram*.

¹⁰⁷ Es. XXI.32. L'Esodo, tra l'altro, fa propria la pena del taglione, in Es. XXI.23-25. Sul tema, v. J.F. DAVIS, *Lex Talionis' in Early Judaism and the Exhortation of Jesus in Matthew 5.38-42*, New York, 2005.

¹⁰⁸ Sulla figura del regnante, primo tra i principi inglesi a ricevere il battesimo cristiano dai missionari arrivati nel 597 d.C., e la sua attività di redazione legislativa, v. F.W. MAITLAND-F.C. MONTAGUE, *A Sketch of English Legal History*⁷, New York - London, 1927, 3 ss., e A.S. DIAMONDS, *Primitive Law, Past and Present*, London, 1971, 57 ss. Quest'ultimo, in particolare, fornisce utili informazioni riguardo al ruolo del Cristianesimo nel codice di re Etelberto, che sarebbe stato redatto il giorno di S. Agostino di Canterbury, e alle sanzioni pecuniarie ivi contenute.

¹⁰⁹ Per citare alcuni esempi, nel caso di frattura ossea, la pena era di quattro scellini; se ad essere rotto fosse stato il cranio, questa saliva a dieci scellini; trenta scellini se la lesione provoca la perdita dell'uso della spalla; cinquanta per l'asportazione di un occhio, e così via. Per un elenco esaustivo, v. W.I. MILLER, *Eye for an eye*, Cambridge - New York - Melbourne - Madrid - Cape Town - Singapore - São Paulo, 2006, 113 ss., il quale inoltre traduce in inglese moderno il testo di Etelberto.

¹¹⁰ M. GLUCKMAN, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford, 1982, 113, in un capitolo significativamente intitolato '*Stateless society and the Maintenance of Order*': «the Shorter Cambridge Medioeval History states that feud ... 'produced a state of incessant warfare in the community, and divided the kindred themselves when the injury was committed by one member against another of the same group'».

L'attività normativa di re Etelberto mirava, con ogni evidenza, a porre fine all'autotutela privata istituendo un catalogo di pene pecuniarie corrispondenti ad altrettante lesioni fisiche che, pur appearing certamente più articolato di quello decemvirale, ne condivide la *ratio*, consistente nell'arginare quanto più possibile la potenza punitiva del privato costringendo l'offeso ad accettare la composizione pecuniaria¹¹¹.

L'ultima fonte citata rileva perché, trattandosi di un ordinamento non appartenente né all'area mediterraneo-semita né al torno di tempo in cui si collocano le XII Tavole e le leggi di Solone, rafforza l'idea che la sanzione pecuniaria fissa rappresenti un momento di passaggio irrinunciabile nella transizione dalla vendetta alla pena pecuniaria, più che un'«influenza» da un ordinamento a un altro, com'è stato invece ipotizzato per quello greco, da un lato, e romano, dall'altro, nella scrittura del dettato decemvirale¹¹².

¹¹¹ Una dazione in denaro volta a evitare la vendetta dell'offeso al fine di superare la perdurante situazione di tensione sociale legata all'irrogazione della vendetta, era stata, prima di re Etelberto, probabilmente introdotta in via consuetudinaria, ma, come nota A.T. CARTER, *Outlines*, cit., 4, «it was apparently at first quite optional with the injured party or his relatives to take or reject the payment, but the payment seems at a very early period to have been settled by the common judgement of the community». Ecco che, dunque, si rende necessario l'intervento di un'autorità *super partes*, in questo caso quella regia, per costringere l'offeso ad accettare la pena pecuniaria, onde uscire definitivamente dal regime primitivo della vendetta privata. È, inoltre, di grande rilevanza il controllo sociale cui accenna l'autore nella prima determinazione della sanzione monetaria, quasi a indicare il 'giusto' ammon-tare dovuto, secondo la collettività, per una determinata violazione anche se il punto debole del meccanismo era indubbiamente costituito dalla possibilità, per la vittima, di rifiutare quanto gli veniva offerto, che vanificava tutti gli sforzi compiuti, motivo per il quale interviene l'autorità regia. Nella legislazione anglosassone, inoltre, l'interesse pubblicistico nella composizione pecuniaria è ancora più evidente che in Roma antica dato che l'ordinamento, nella persona del re, non solo costringeva la parte offesa ad accettare il pagamento dell'aggressore, così rassicurando l'opinione pubblica come sovrano che riesce a mantenere l'ordine sociale, ma anche tratteneva per sé il 33,3% della somma pagata, come ricorda A.T. CARTER, *Outlines*, cit., 5. Per una storia dei *crimes* e dei *torts* dall'Inghilterra anglosassone al tardo 1800, cfr. H. POTTER, *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, London, 1932, 293 ss. Sul diritto inglese prima del 1066 d.C., v. E. JENKS, *A Short History of the English Law from the Earliest Times to the End of the Year 1919*³, London, 1924, 3 ss. V. inoltre *'Iniuria' and the Common Law* edited by E. Descheemaeker and H. Scott, Oxford, 2013.

¹¹² Cfr., *inter alios*, M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 573.

Inoltre, induce a riflettere sui rapporti di potere intercorrenti tra gruppi privati e il nascente ordinamento ‘statale’¹¹³: nelle società antiche, il contenimento o la proibizione dell’autotutela risponde all’esigenza di rafforzare le istituzioni.

In entrambi i casi, il consolidamento del potere politico centralizzato passa per la redazione di un testo legislativo le cui norme, da un punto di vista contenutistico, non innovano significativamente sulle singole fattispecie¹¹⁴, ma realizzano un cam-

¹¹³ A proposito dell’utilizzo del termine ‘stato’ riferito ad ordinamenti giuridici dell’antichità v. il già richiamato A. GUARINO, *La democrazia a Roma*, cit., 30, il quale da una parte sostiene che il lemma, in senso politico, viene coniato in epoca abbastanza recente probabilmente dal Machiavelli nella sua opera più celebre, *Il Principe*, nel 1513, ma allo stesso tempo segnala che questo non deve essere ritenuto un elemento ostativo all’utilizzo della parola in questione nell’esperienza greca e romana.

¹¹⁴ F. POLLOCK - F.W. MAITLAND, *The History of the English Law Before the Time of Edward I*, I, Cambridge, 1968, 11 s. affermano che il codice di re Eteberto fosse più ricognitivo del diritto anglosassone allora vigente che innovativo, essendo costituito in larga parte da norme consuetudinarie prima tramandate oralmente e poi redatto «in Roman fashion». Not improbably he had heard of Justinian’s exploits ... What is more, ‘the example of the Romans’ shows that the new law can be made by the issue of the commands». Concorda sul fatto che la legislazione di re Eteberto seguisse ‘the Roman example’ anche J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*^A, London - Edinburgh, 2002, 2, il quale riflette altresì sui rapporti tra diritto romano e la Britannia dei primi secoli d.C.: «Roman law was certainly enforced, at least on Roman citizens. The famous jurist Papinian is known to have heard cases in the forum at York, and the first reported English case was heard before Javolenus Priscus, as *legatus iudicis* of the province of Britannia, around 85 A.D.». Con ciò non si intende, naturalmente, sostenere che il diritto romano sia stato preso puntualmente ad esempio da re Eteberto nella sua attività normativa, ma che Giustiniano potrebbe aver influenzato il sovrano inglese nella scelta di redigere un codice per mettere ordine nel diritto anglosassone allora vigente, perlopiù composto da consuetudini e norme di origine religiosa tra le quali si può immaginare che non fosse propriamente agevole orientarsi (complice il fatto che fossero, peraltro, tramandate oralmente), non potendosi, tuttavia, escludere con certezza che il diritto romano non abbia avuto alcun influsso da un punto di vista contenutistico. Baker, infatti, riconosce che «whether their colonization of Britain made any lasting impact on native traditions is open to debate». Sempre lo stesso autore, inoltre, riconosce un probabile influsso canonico nella legislazione di re Eteberto (con conseguente polisemia dell’espressione ‘in Roman fashion’, riferendosi sia a Giustiniano che alla Chiesa di Roma), dato che il sovrano fu il primo tra i principi inglesi ad essere battezzato e, dopo la sua morte, canonizzato, anche se Baker avverte che tale influenza non deve essere sopravvalutata. Infine,

biamento radicale: avocano allo stato il monopolio dell'amministrazione della giustizia¹¹⁵.

Si può, pertanto, ritenere che sia a Roma sia nelle altre popolazioni antiche (anglosassone, greca, ebraica etc.), quasi come una tappa obbligata nell'abbandono dell'autotutela, la pena pecuniaria fissa venga utilizzata dallo stato per soddisfare una pluralità di esigenze: innanzitutto impedire la vendetta, così riducendo drasticamente, se non impedendo del tutto, l'amministrazione della giustizia da parte del privato; parallelamente, avocare a sé tale amministrazione, così affermando la propria superiorità politica e giuridica sui singoli individui, clan, *familiae*; ancora, dare una veste normativa alla prassi dell'offerta, da parte dell'aggressore, alla vittima di una cospicua somma di denaro per evitare la reazione del singolo, prassi nata, con ogni probabilità, in via consuetudinaria ma – proprio perché lasciata al libero apprezzamento della vittima, che poteva rifiutare pretendendo di farsi giustizia da sé – alquanto fallace nell'applicazione pratica; inoltre, costringere l'offeso o la sua famiglia ad accettare la composizione pecuniaria così interrompendo definitivamente la catena della vendetta privata; conservare la piena forza militare dei consociati; infine, ristabilire l'ordine sociale minato da situazioni di conflittualità politica.

L'adozione della sanzione pecuniaria appare, pertanto, più complessa della riconduzione all'influenza greca (che non si reputa del tutto condivisibile) o al livellamento richiesto dai plebei per evitare una gradazione basata sullo *status* personale (argomento che, da solo, non spiega tutte le sfaccettature del problema).

Proprio dal confronto con altri ordinamenti che manifestano le stesse difficoltà, emerge una lettura della pena pecuniaria come strumento politico volto a conseguire le finalità che si sono indicate poc'anzi¹¹⁶.

¹¹⁵ Per tacere del fatto che il sovrano inglese avrebbe trattenuto per sé un terzo dell'importo versato «for his trouble» e, nei casi rappresentati dalle offese talmente gravi da non potersi ricomporre pecuniariamente (*bootless offence*), si sarebbe intestato addirittura l'intera somma: cfr. A.T. CARTER, *Outlines*, cit., 5. Nel caso dei torti per i quali non era ammessa una sanzione pecuniaria, come, per esempio, l'assassinare un uomo nel suo letto o mentre si trova in Chiesa: avendo proibito la vendetta, il sovrano bandisce il trasgressore dalla comunità che ha oltraggiato. Tuttavia, ciò finisce per privarlo di un cavaliere, sicché il re acconsente al ritorno del responsabile verso il pagamento di una notevole somma di denaro al sovrano stesso, non alla famiglia della vittima.

¹¹⁶ Se riteniamo, d'accordo con H.S. MAINE, *Ancient Law, Its Connection to the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861, 107 s., che nelle comunità primitive il singolo fosse fede-

Stando così le cose, sembra che alle origini della condanna sanzionatoria non vi sia tanto una storia di vendetta privata, come usualmente si ritiene, ma piuttosto pubblica.

È l'ordinamento che interviene per condizionare, subordinare e, infine, privare l'offeso della sua vendetta.

È parimenti il diritto positivo a decidere quali offese siano meritevoli di tutela.

Quando l'ordinamento fissa positivamente l'ammontare della composizione economica la prevedibilità della sanzione è massima: appaiono scongiurati i rischi connessi all'esercizio della reazione privata, per quanto irreggimentata nelle forme del taglione, e l'importo considerevole sarebbe servito come deterrente per la commissione degli illeciti individuati dal legislatore che ha, al contempo, il pieno controllo della riparazione delle lesioni personali.

Tuttavia, nel corso del tempo, la massima prevedibilità della conseguenza giuridica avrebbe dimostrato la sua fragilità, come dimostra l'episodio di Lucio Verazio¹¹⁷.

9. *La sopravvenuta inadeguatezza delle pene decemvirali: svalutazione monetaria e limiti della predeterminazione del quantum della sanzione.*

Se le pene pecuniarie individuate dalle XII Tavole potevano ritenersi afflittive ed effettivamente in grado di prevenire la commissione degli illeciti contro la persona per i quali erano previste, attorno alla fine del III sec a.C. si rese manifesta l'inadeguatezza di tali trattamenti retributivi.

Una dottrina condivisibile¹¹⁸ spiega la perdita di efficacia delle sanzioni pecuniarie decemvirali con un fenomeno di svalutazione monetaria verificatosi a seguito della vincita delle guerre di espansione territoriale del III sec. a.C., che portò a Roma un

le innanzitutto alla famiglia, quindi alla casata, indi alla tribù e, solo infine, allo Stato, e ciò dicasi per i Latini, i Greci, i Germani, i Celti e i popoli scandinavi e russi, e che anzi «the idea that a number of persons should exercise political rights in common simply because they happened to live within the same topographical limits was utterly strange», allora ben si comprende come lo Stato necessitasse di imporsi autoritativamente, anche e soprattutto con lo strumento legislativo, sui preesistenti legami di fedeltà.

¹¹⁷ *Infra*, cap. II, § 9.

¹¹⁸ Cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 1941.

flusso di ricchezza talmente cospicuo da inflazionare il valore nominale del denaro e, dunque, anche delle pene individuate nelle XII Tavole¹¹⁹.

Invero, se nel 450 a.C. venticinque assi rappresentavano una somma di un certo peso¹²⁰, dunque idonea a realizzare un effetto di deterrenza, meno di un secolo dopo la stessa somma si era svalutata a tal punto da essere ben più facilmente sostenibile.

È quanto emerge dalla fonte gelliana che vede come protagonista il cavaliere Lucio Verazio: capace di pagare l'importo decemvirale più che agevolmente, egli viene immortalato da Gellio nell'atto di schiaffeggiare quante più persone poteva, mentre un servo lo seguiva dappresso portando con sé tanti sacchetti del valore di venticinque assi ciascuno, pronto a pagare la *poena* all'offeso subito dopo la percossa¹²¹.

Aldilà della veridicità storica della vicenda - messa in dubbio dalla dottrina al punto da ritenerlo un aneddoto inventato da Labeone per meglio spiegare la nascita dell'*actio iniuriarum*¹²² - alcuni interpreti ricavano dal passo delle Notti Attiche una

¹¹⁹ Sugli argomenti a sostegno di tale considerazione, cfr. *infra* nel testo.

¹²⁰ F. PANVINI ROSATI, *La moneta*, cit., 79, riferisce che, in epoca decemvirale, il costo di un bove si aggirava intorno ai cento assi. Pertanto, l'*iniuria* era sanzionata con un quarto bove, mentre l'*os fractum* mediante un pagamento fino a tre bovi.

¹²¹ Gell. *Noct. Att.* 20.1.13. *Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: '...' inquit 'L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani recordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea' inquit 'praetores postea hanc abolere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt'.*

¹²² *Inter alia*, scettici sull'esistenza del cavaliere sono A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien- Köln - Graz, 1984, 208; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, 185 ss., per il quale *Veratius* avrebbe un valore simbolico molto vicino a *verordia*, *vecors*, *vesania*, *vesanus* (sul fatto che il gentilizio Verazio è, invece, realmente esistito e anzi ben diffuso, v. V. SCARANO USSANI, *Gli 'scherzi' di Lucio Verazio*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, XC, 1992, 129 s.) nient'altro che una «storiella pragmatica» per V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1974, 372. V. però P.B.H. BIRKS, *'Lucius Veratius' and the 'Lex Aebutia'*, in *Daube 'Noster'. Essays in Legal History for David Daube*, edited by A. Watson, London, 1974, 4441 s., dà conto, sia pure brevemente, del dibattito che ha visto gli interpreti concentrarsi sul fatto se l'aneddoto di Lucio Verazio sia realmente accaduto o del tutto inventato. Se studiosi del calibro di Watson e Nicholas hanno rifiutato integralmente l'ipotesi che la storia sia veritiera, Duff riferisce che il punto della questione non è tanto se Labeone si sia o meno inventato una favola, ma «whether lawyers pass off invention as fact», puntualizzazione che chiude la questione. Cfr. inoltre A. GUARINO, *Labeone e gli schiaffi*, in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, 126 s., «rifuggendo dall'attribuire immaginosamente a Labeone l'invenzione

prova che la svalutazione monetaria del III sec. a.C., su cui si tornerà nel prosieguo, avrebbe determinato lo svilimento dell'importo delle sanzioni decemvirali, ormai divenute illusorie¹²³.

Altri studiosi non sono altrettanto propensi a individuare la causa principale dell'inadeguatezza retributiva delle pene decemvirali nell'inflazione della moneta per diverse ragioni: in primo luogo, nessuna fonte esprime *apertis verbis* una correlazione tra la perdita di efficacia delle sanzioni pecuniarie e la sopravvenuta svalutazione monetaria; in secondo luogo, si dice, se questa fosse stata l'unica ragione, sarebbe stato molto più logico aumentare la pena fissa, anziché abolirla¹²⁴.

totale di un *Veratius* ... e astenendomi per converso dal credere ciecamente nella storicità del personaggio ... io ho scritto, che "non è da escludere che lo spunto, e in particolare il nome di Verazio lo schiaffeggiatore, sia reale e che Labeone lo abbia solo enfatizzato per rendere meglio l'idea"».

¹²³ Definisce le pene fisse decemvirali una «répression illusoire» P. HUVELIN, *Cours élémentaire*, cit., 17. Similmente, R. FOIGNET, *Le droit romain des obligations*, cit., 117, per il quale tali pene erano diventate «trop faibles» e richiama (nt. 2) l'episodio di Lucio Verazio. A tal proposito, v. P.B.H. BIRKS, '*Lucius Veratius*' and the '*Lex Aebutia*', cit., 44, e, in particolare, all'analisi che l'autore compie sulla svalutazione monetaria utilizzata per datare storicamente l'aneddoto di Lucio Verazio: «if we are not in wonderland, there remains chronology. Though the condition of the republican *as* is our most reliable guide, it cannot take us as far as we would like. It is impossible to reach firm termini, whether post or ante. In the time of Gracchi, the *as*, one of twelve ounces, had fallen to one ounce and was devaluated in relation to silver from ten to sixteen to the denarius. If we suppose that *as frangere* could not have waited so long for reform, which is the more likely in view of what had been happening to money in the preceding century, Lucius must have happened before 125 B.C. Then, in 225 B.C. the *as* still weighed ten ounces, and three hundred of them would have made the best part of two hundred modern pounds. Probably we do not have to back any farther. Without complete confidence, we can say that our man is to be found in the century in which the *as* fell from ten ounces to one». Birks correda la propria spiegazione con un utile grafico, al quale si rimanda, e, concordando con una tesi espressa da Crawford secondo il quale il processo di inflazione della moneta venne anche influenzato dalle guerre allora in atto, e ritenendo probabile che solo dopo la battaglia di Zama tale processo abbia potuto spiegare compiutamente i suoi effetti sul mercato romano, colloca l'*affaire* di Lucio Verazio presumibilmente intorno alla metà del II sec. a.C. Concorde con la tesi della perdita di valore della moneta anche J. MAQUERON, *Histoire des obligations. Le droit romain*², Aix-en-Provence, 1975, 282.

¹²⁴ A. MANFREDINI, '*Quod edictum autem praetorum de aestimandiis iniuria*', in *Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4 – 7 giugno 1990* a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 77 s.: «a questo proposito l'opinione è veramente comune. Sul dato, peraltro inoppugnabile, che ad un certo momento la pena dei 25 assi (perché di questa si tratta) non costituiva più un deterrente per tipi come Lucio Verazio, si è costruita la *communis opinio*: siamo circa nel 211 a.C., torno

Inoltre, il cavaliere colpisce le vittime pubblicamente e in pieno volto: partendo dalla sacralità della bocca nella vita sociale e politica dell'antico romano, per una sorta di sineddoche, l'importanza di quest'organo si sarebbe estesa a tutto il viso, rendendo così questa percossa più grave di altre.

In altri termini, Lucio Verazio si sarebbe reso colpevole di un'*iniuria atrox*, non di una semplice *iniuria*, e questa considerazione – e non l'inflazione monetaria – avrebbe portato al superamento della pena pecuniaria fissa, in quanto il magistrato avrebbe dovuto rubricare l'offesa «come ingiuria lieve, grave o come non ingiuria, e questo poteva avvenire solo imponendo all'offeso di *certum dicere*: *'Qui agit iniuriarum certum dicat quid iniuriae factum sit'*»¹²⁵.

Sebbene niente impedisca di pensare che, a un certo punto, la coscienza sociale e gli interpreti del diritto avessero iniziato a dividere le lesioni a seconda del portato offensivo e a percepire come necessaria una punizione più incisiva di quelle qualificate, non pare ragionevole considerare meramente casuale la sopravvenuta inadeguatezza delle pene pecuniarie decemvirali in un momento storico segnato tanto dal crescente benessere economico quanto dalla svalutazione monetaria.

L'economia romana delle origini era particolarmente povera: i primi agricoltori, per sfruttare il terreno paludoso – e perciò *habitat* naturalmente adatto per la malaria –, dovettero costruire una vasta rete di cunicoli e disboscare porzioni considerevoli di territorio¹²⁶. Fino al periodo decemvirale, i Romani praticarono principalmente la pastorizia e la produzione di legname, la coltivazione era limitata alle specie di cereali più resistenti, quali farro, miglio e orzo, mentre la carne veniva consumata di rado¹²⁷.

di tempo in cui, secondo la tradizione, si ha la riduzione dell'asse librale ad un'oncia. È la Caporetto delle pene pecuniarie fisse, si dice».

¹²⁵ A. MANFREDINI, *'Quod edictum'*, cit., 80. Il rilievo sembrerebbe confermato, ad opinione dell'autore, da un passo del giurista Paolo, il quale «quando spiega, dopo averla citata, la clausola editale *Certum dicat ...* (che secondo noi, come vedremo, va collegata alla problematica della *iniuria atrox* e, comunque, questo collegamento l'ha già fatto l'estensore della *Collatio* riportando il passo paolino nel titolo *de atroci iniuria*), afferma che l'offeso, nel raccontare l'ingiuria subita, deve precisare la *partem corporis... et quem in modum, pugno puta an fuste an lapide, sicut formula proposita est: 'quod Auli Ageri mala pugno percussa est'*».

¹²⁶ P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1943, 115 ss.

¹²⁷ Sull'economia romana delle origini, cfr. anche F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, *Prima parte*, Napoli, 1984, 141 ss.

Dopo le operazioni di bonifica del territorio, si sviluppò considerevolmente anche l'agricoltura e, successivamente a un primo periodo di isolamento, i Latini presero parte in misura via via crescente ai commerci che univano le città del Mediterraneo alla penisola – ma sempre in posizione subordinata rispetto ai Cartaginesi – con prodotti agricoli, animali, lana, pelli e legnami; l'intensificarsi degli scambi commerciali nel Lazio, lungi dal cambiare la basi dell'economia romana e trasformarla in un'economia di stampo mercantile, ne consolidò l'impronta agricola¹²⁸.

Se la *magna paupertas* rappresentava la cifra economica distintiva del periodo decemvirale, la vittoria contro Cartagine segnò un punto di svolta. Invero, la storiografia riferisce che «dalla metà del III sec. a.C. un flusso sempre crescente di moneta e di metallo monetabile si riversò sul tesoro romano dalle regioni d'oltremare»¹²⁹ che arricchì, oltre l'erario, anche privati cittadini perlopiù appartenenti a classi medio-alte di censo, in particolare senatori e cavalieri, come Lucio Verazio¹³⁰.

¹²⁸ P. DE FRANCISCI, *Storia*, cit., 121.

¹²⁹ A.H.M. JONES, *L'economia romana. Studi di storia economica e amministrativa antica*, trad. it. di E. Lo Cascio, Torino, 1984, 152 ss., riferisce che le indennità pagate dai nemici conquistati, nonché le somme provenienti dai bottini di guerra e dalla vendita di prigionieri, oltre a varie tasse arricchirono tanto l'erario statale quanto i privati cittadini. A titolo esemplificativo, basti riportare che la sola Cartagine nei dieci anni successivi alla prima guerra punica versò 4400 talenti (circa 28 milioni e mezzo di denari), e dopo la seconda guerra punica l'ammontare di 10.000 talenti (pari a 60 milioni di denari). 15.000 talenti provennero da Antioco il Grande dopo il 189 a.C. e oltre 70 milioni di denari da Grecia e Macedonia in un periodo compreso tra il 201 e il 167 a.C. Queste, secondo l'autore, sono «i proventi netti pervenuti al tesoro di Roma», ma si devono anche annoverare le «somme considerevolissime» provenienti dall'estero ai privati.

¹³⁰ A.H.M. JONES, *L'economia*, cit., 152. Sebbene i soldati semplici ricevessero cospicue somme di denaro in occasione dei trionfi (dai 25 denarii degli inizi del II sec. ai 1500 del trionfo di Pompeo nel 66 a.C.), furono senatori e cavalieri ad arricchirsi ben più considerevolmente. Per lo stesso trionfo ricordato poc'anzi, Pompeo assegnò ai suoi legati e questori circa 25 milioni di denarii – un milione ciascuno – e quasi altrettanto ai suoi tribuni e centurioni. Per tacere di forme, per così dire, 'collaterali' di arricchimento (in particolare senatorio) rappresentate da corruzioni ed estorsioni: basti pensare ai 6000 talenti (circa 36 milioni) pagati ai triumviri da Tolomeo Aulete nel 59 a.C. per essere riconosciuto re d'Egitto. Anche E. KOOPS, *Price Setting and Other Attempts to Control the Economy*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* edited by P.J. Du Plessis, C. Ando and K. Tuori, Oxford, 2016, 609, sul proverbiale aneddoto di Lucio Verazio: «after several weight reductions and a devaluation, asses were replaced as the unit of accounting by the denarius and sesterce in 211 B.C., and subsequently further reduced in weight (Wassink 1991, 469-470; Crawford 1985, 25-31, 55-60). Gellius borrowed the story

Inoltre, proprio a partire da quegli anni si registrò un progressivo decremento del peso delle monete, con diverse riduzioni concentrate nel III sec.

Alcuni autori notano a tal proposito che le riforme legislative che presero atto della perdita di valore dell'asse debbano collocarsi nel corso del III sec. a.C., che vide la svalutazione sestantaria del 268 a.C. e di quella onciaria del 217 a.C., oltre all'introduzione del *denarius* attorno al 211 a.C., e la parallela riduzione dell'asse a due once¹³¹.

Da quel momento le «*nummariae ponerae*, avvertite come insufficienti, non furono più di fatto pagate, rendendosi così necessario porre mano ad una radicale modifica

from an Augustan-era jurist Labeo, and by this time the as had little value at all: "who could be so poor, that he would be deterred from the desire to commit personal injury by 25 asses" (Gell. *NA* 20.1.12; cf. Plin *NH* 17.7?)».

¹³¹ V. i rilevamenti su reperti risalenti a un periodo ricompreso tra il 222 e il 187 a.C. condotti da E.A. SYDENHAM, *The Coinage of the Roman Republic*, edited by L. Forrer and C.A. Hersh, London, 1952, 7. Inoltre, G.G. BELLONI, *La moneta romana. Società, politica, cultura*, Roma, 1993, 241 ss. che indica come possibili le seguenti riduzioni: librare, 335 a.C. circa (334 gr.); semibrare, 286 a.C. circa (163,72 gr.); sestantale, 268 a.C. circa; onciale, 217-216 a.C. circa; semionciale, 89 a.C. circa. Nel 217 a.C., più precisamente, la *lex Flaminia* impose l'adozione dell'asse onciale, il cui peso venne abbassato a quello di un'oncia, ovvero a 1/12 della libbra romana; sul punto, cfr. R. BARTOLONI, *Monete di Roma imperiale*, Milano, 1996, 13. Anche Bartoloni colloca l'inizio delle riduzioni nel III sec. a.C., in concomitanza con l'espansione politica e militare di Roma. Cfr. inoltre E. GALAVOTTI, *Cultura e società romana*, 24. Dopo aver riportato che le monete originarie erano pesanti e scomode, ritiene che queste avessero «un valore intrinseco insufficiente rispetto alla mole degli scambi commerciali ... Nel 217 a.C., durante la seconda guerra punica, con la legge Flaminia si effettuò un alleggerimento del peso dimezzandolo, e nell'anno 89 a.C., con la legge Papiria, si procedette a un ulteriore dimezzamento. I vari alleggerimenti nel peso del metallo non toccarono però il valore nominale di scambio, che rimase invariato, e così il valore reale delle monete si fece minimo rispetto a quello nominale, avviandosi in pratica ad acquistare soprattutto un valore convenzionale o legale, attribuito in forza di legge; questo fu il primo clamoroso esempio di svalutazione monetaria, che si sarebbe poi ripetuto molte volte nel corso della storia romana». Non basta: nel III sec. a.C. si modificò anche la moneta e ciò avvenne proprio a causa dell'allargarsi della sfera di influenza romana, in quanto «il sistema basato sul bronzo andava bene per un uso interno, ma era inadatto al commercio con l'oriente e la Magna Grecia, dove occorreva moneta di valore intrinseco reale. E allora Roma si decise a coniare monete in argento somiglianti alla dracma greca e poi, nel 269 a.C., iniziò una monetazione argentea propria, basata sul denario: un denario equivaleva a due quinari oppure a quattro sesterzi oppure a dieci assi». V., poi, M. CRAWFORD, *Roman Republican Coinage*, I, Cambridge, 1983, 33 ss.; ID., *Coinage and Money Under The Roman Republic*, London, 1985, 55 ss.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980, 65 ss.

del sistema (ciò che sarebbe stato, d'altronde, reso clamorosamente evidente dal verificarsi episodi come quello, ben noto, del cavalier L. Verazio)»¹³².

Se, in altre parole, in un primo momento le pene pecuniarie decemvirali erano servite a sanzionare gli illeciti cui erano riferite, con il tempo erano divenute del tutto inidonee a produrre un effetto di deterrenza, tanto da far esclamare a Gellio: *Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant?*¹³³.

L'episodio dimostra, inoltre, la maggiore debolezza delle sanzioni pecuniarie d'ammontare prefissato: una completa prevedibilità della conseguenza giuridica permette il calcolo preciso del costo dell'azione, motivo per il quale, ove l'aspirante trasgressore se ne possa permettere economicamente il prezzo, l'efficacia dissuasiva del rimedio è pressoché nulla.

Insomma, «who could be so poor, that he would be deterred from the desire to commit personal injury by 25 asses?»¹³⁴.

¹³² L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, 51. Sempre sul tema, cfr. G. RUOTOLO, *Corpus nummorum Rubastinorum*, Bari, 2010, 66, il quale nota come, probabilmente, l'inizio del fenomeno di svalutazione sia da collocarsi poco prima del 268 a.C. e sia proseguito lungo tutto il secolo senza grandi scossoni: secondo la dottrina maggioritaria, Roma introdusse l'*aes grave* intorno alla metà del IV sec a.C., e «l'unità monetaria fu l'asse che aveva l'esatto peso teorico della libbra osco – latina pari a grammi 272, 88. L'asse, detto librare perché dal peso corrispondente ad una libbra, era frazionato in 12 onces, divisione basata sul sistema ponderale romano». Si crearono diversi tipi di monete, con una divinità raffigurata sul dorso (Giove, Giano, Minerva, Eracle, Mercurio...) e un valore corrispondente. Tuttavia, «con il tempo questa monetazione subì profondi cambiamenti. Fu adottata la libbra romana del peso di 327,45 grammi, ma il peso dell'asse fu stabilito in grammi 163,725, pari alla metà esatta della libbra romana. Di fatto fu una svalutazione che in ambito monetale incise per oltre il quaranta per cento (prendendo a riferimento la libbra osco – latina) e prese ad essere indicata come “riduzione semilibrale”. A questo fenomeno di svalutazione ne seguirono altri: si ricordi, in particolare, la riduzione del valore dell'asse a 54,58 grammi nel 268 a.C., e, ancora, l'ulteriore abbassamento a 27,29 grammi sancito dalla *lex Flaminia* del 217 a.C. Tale percorso economico, ad opinione di Ruotolo, deve intendersi come lento e progressivo, svoltosi fra pause e decrementi lungo un arco temporale che, al momento, secondo l'autore, è impossibile fissare in modo preciso.

¹³³ Gell. *Noct. Att.* 20.1.12: *Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: “Si iniuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt”. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant?*

¹³⁴ E. KOOPS, *Price Setting*, cit., in *The Oxford Handbook*, cit., 609.

10. Due modelli sanzionatori a confronto.

Il diritto romano arcaico reagisce alle lesioni all'integrità fisica della vittima mediante due distinti modelli sanzionatori: l'uno, quello di Tab. 8.3 e 8.4, vede l'ordinamento indicare il pagamento di una *poena* dal *quantum* determinato, con una verosimile – ma non citata nella norma – reviviscenza della vendetta qualora la sanzione non fosse stata versata; all'altro, di Tab. 8.2, partecipano ancora attivamente i privati che possono esercitare il taglione se la *pactio* non viene accettata.

L'ammontare della *pactio* non è del tutto prevedibile *ex ante*. Tale istituto manifestava, infatti, tutt'al più un limite negativo indiretto, potendosi ritenere che il responsabile non avrebbe offerto una somma modesta – *rectius*: al di sotto degli importi individuati in via di prassi – se avesse voluto evitare la *talio*, ma, dato che all'offeso era lasciata la facoltà di rifiutarla senza (in origine) nessun controllo, il limite alla reazione che rimaneva in ogni caso valido ed efficace era quello (rigido) individuato dalla *talio*.

Si potrebbe anzi affermare che, proprio in quanto il ricorso al taglione sarebbe stato in ogni caso ammissibile, si può considerare la *talio* come sanzione principale, e la *pactio* solo eventuale, infatti condizionata all'approvazione della vittima.

Proibita dal legislatore l'irrogazione della vendetta – ammessa in pochi casi e come rimedio subordinato –, viene meno la possibilità per il privato di farsi giustizia da sé, rimanendo come percorribile il rispetto della legge o il ricorso al giudice. Anche la discrezionalità di quest'ultimo appare, tuttavia, limitata, dato che, una volta sussunta la fattispecie in Tab. 8.3 o 8.4, sarebbe stato costretto a imporre la sanzione predefinita.

È curioso notare come la storia della condanna punitiva – istituto spesso presentato, in chiave dispregiativa, dai contemporanei come vendetta legale della vittima sul responsabile – in realtà origini proprio dalla premessa opposta, configurandosi infatti come strumento introdotto dallo 'stato' per perseguire interessi di carattere pubblico e che, anzi, interviene proprio per impedire la reazione del singolo.

D'altra parte, come è stato opportunamente notato, alcuni *delicta* sono contraddistinti da un aspetto di particolare gravità che giustificherà, nel corso del tempo,

l'affiancamento di una reazione propriamente criminale a quella – comunque punitiva – prevista dal *ius civile*¹³⁵.

Infine, occorre rilevare che già a questa altezza il modello della piena predeterminazione legale del *quantum* della pena sconta limiti significativi quanto all'effettività del rimedio, dal momento che l'effetto deterrente è pressoché nullo quando l'aspirante trasgressore possa agevolmente sostenere l'ammontare della sanzione.

¹³⁵ Per tutti, v. C. GIOFFREDI, *Principi*, cit., 13, il *delictum* viene definito nel senso di un illecito privato sia dal punto di vista dell'interesse offeso che della sanzione, ma è altresì da notare che «questi, nelle forme più gravi, denunciano già in qualche modo un aspetto penalistico che li distingue dall'illecito civile: infatti il ladro notturno può essere ucciso e quello sorpreso in flagrante riceve una tipica punizione: è fustigato e cade in potere del derubato, né sappiamo se possa riscattarsi, come avviene per qualsiasi debitore. Inoltre, la lesione grave è in origine punita con il taglione, cioè con un'uguale lesione inferta al reo, e questa pena permane se non interviene la composizione (*pactio*)».

III

IL QUANTUM DELLA CONDEMNATIO DELL'ACTIO INIURIARUM

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni preliminari. 2. Superare l'inadeguatezza della pena pecuniaria fissa decemvirale: genesi e alla struttura dell'*actio iniuriarum*. 3. Segue. Desuetudine del taglione e *aestimatio* del *membrum ruptum*. 4. Segue. Cenni al problema del cd. generale editto. 5. La rilevanza crescente delle offese all'onore e l'*iniuria-contumelia* di Labeone. 6. Il *quantum* della condanna *in bonum et aequum* e la gravità dell'offesa. 7. *Iniuria atrox* e *quantum* della condanna. 8. Il rilievo della *dignitas* dell'offeso nel calcolo dell'*aestimatio*. 9. Quale ruolo per la capacità patrimoniale del responsabile nella quantificazione della *poena* per le *iniuriae*? 10. La condanna all'*infamia* dell'ingiuriante. 11. L'intrasmissibilità attiva dell'*actio iniuriarum* alla prova di Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.6-7.

1. Alcune considerazioni preliminari.

Il passaggio dell'*iniuria*¹ dalla vendetta alla pena pecuniaria dovette essere complicato dal fatto che, toccando la persona nella sua sfera più privata, si misurava in modo particolare con istanze sanzionatorie e deterrenti, specie nel caso di lesioni qualificate.

Come sarà chiarito nel prosieguo della trattazione, successivamente al periodo decemvirale e nel corso dell'età preclassica l'*iniuria* si estese sino a ricomprendere, da

¹ Sull'*iniuria* nel diritto romano, per citare solo i principali contributi monografici che si sono occupati del tema, oltre a quelli sui delitti già citati nel cap. II, v. P. HUVELIN, *La Notion De L'Iniuria Dans Le Tres Ancien Droit Romain*, Lyon, 1903; G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano, 1941; S. DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di iniuria*, in *Annali Catania. Seminario giuridico*, I, Catania, 1947; V.L. DA NOBREGA, *L'iniuria dans le loi des XII Tables*, in *Romanitas*, VIII, 1967, 269 ss.; P.B.H. BIRKS, *The Early History of Iniuria*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1969, 163 ss.; F. RABER, *Grundlagen Klassischer Injurienansprüche*, Wien, 1969; K.Z. MÉHÉSZ, *La injuria en Derecho Penal Romano*, Buenos Aires, 1970; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977; C. GIOFFREDI, *In tema di iniuria*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 147 ss.; J. SANTA CRUZTEIJEIRO, *La iniuria en derecho romano*, in *Studi Sanfilippo*, II, Milano 1982, 523 ss.; E. POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Budapest, 1986; M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln - Weimar - Wien - Böhlau, 1998; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002; M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho romano*, Madrid, 2005; M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid 2007; A. MILAZZO, *Iniuria. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma, 2011; S. FUSCO, *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.

un punto di vista sostanziale, tutte le offese fisiche per annoverare, sul finire della Repubblica, anche quelle morali, configurandosi pertanto come una fattispecie eterogenea.

L'ultimo rilievo non è privo di conseguenze in una riflessione sul *quantum* della condanna sanzionatoria cui era affidata la repressione dell'*iniuria*.

La ricomprensione di ipotesi a tal punto differenti tra loro richiese, a seguito della sopravvenuta inefficienza del catalogo di pene fisse delle XII Tavole, l'adozione di un rimedio in grado di modulare la risposta sanzionatoria a seconda del caso concreto, ossia l'*actio iniuriarum aestimatoria*.

L'azione citata sostituisce – non senza difficoltà – il sistema decemvirale e la vendetta che ancora resiste nelle XII Tavole senza però che questa venga meno²: sono state convincentemente attribuite al rimedio sia una finalità afflittiva del responsabile sia satisfattiva della vittima³; lettura che, ad avviso di chi scrive, ben coglie il duplice effetto che produce l'azione, sul danneggiante e sul danneggiato, rendendolo di particolare interesse in uno studio sul *quantum* della condanna sanzionatoria per i danni alla persona.

Inoltre, il fatto che l'*iniuria* offenda la persona, non il patrimonio, fa sorgere un problema pratico rilevante in punto di quantificazione della condanna. Nei *delicta* che producono una lesione di carattere patrimoniale, la *poena* muove dal valore economico del bene danneggiato per determinare la sanzione del comportamento illecito. Al contrario, l'*iniuria* si confronta con l'integrità fisica o morale della persona, alla quale non è possibile attribuire un valore economico. Tale circostanza complica sensibilmente la quantificazione della condanna, come sarà chiarito nel prosieguo della trattazione.

² Per tutti, v. M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno Roma 7 dicembre 2007*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 82, secondo il quale il passaggio dalla vendetta alla pena pecuniaria «non comportava però che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*».

³ Particolarmente efficace sulla funzione dell'*actio iniuriarum* è P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, 16; EAD., *Funzione consolatoria e funzione afflittiva delle tutele contro il danno non patrimoniale: le origini di una polivalenza*, in *Diritto@Storia*, 2017, 15; EAD., *Il danno non patrimoniale nella sentenza del giudice privato*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 395 s.

Infine, in un discorso più generale, l'evoluzione dell'*actio iniuriarum* dimostra i limiti delle sanzioni pecuniarie fisse che, potendo essere prevedute prima della commissione dell'illecito, in qualche misura rimettono al responsabile che se ne possa permettere il costo economico la decisione se rispettare o infrangere la legge.

Da qui la necessità, per l'interprete, di interrogarsi sulle molte e difficili questioni relative al rapporto tra deterrenza, prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire, efficacia del meccanismo sanzionatorio e certezza del diritto.

La ricerca non si concentra in modo approfondito con l'evoluzione dell'*iniuria* in età classica e post-classica. A partire da Silla il delitto in esame subisce una criminalizzazione crescente che ridimensiona il ruolo dell'azione privata; tuttavia, il lavoro non si confronta con l'*iniuria* in generale, ma con la quantificazione della *condemnatio*, e, pertanto, non si soffermerà in modo puntuale sul diritto criminale romano.

L'elaborazione di età classica che incide maggiormente sul *quantum* della condanna è l'*iniuria atrox* di teorizzazione labeoniana, questa sì oggetto di approfondimento.

2. *Superare l'inadeguatezza della pena pecuniaria fissa decemvirale: genesi e struttura dell'actio iniuriarum.*

A determinare l'adozione dell'*actio iniuriarum* in luogo del sistema di Tab. 8.2, 8.3 e 8.4 hanno concorso una pluralità di fenomeni sia economici, come la svalutazione monetaria del III sec. a.C., sia più propriamente giuridici, quali la desuetudine della vendetta.

Si è visto nel capitolo precedente che⁴, successivamente al periodo decemvirale, il trattamento retributivo individuato dalle XII Tavole per la repressione degli illeciti contro la persona divenne in parte inefficace, relativamente alle pene fisse, e in parte desueto, per il taglione⁵.

⁴ Qui i fenomeni di svalutazione della moneta collocati nel III sec. a.C. sono richiamati per sommi capi al fine di individuare le ragioni complessive, tra cui quelle economiche, del superamento del sistema decemvirale. Più in dettaglio sulla questione, v. cap. II, § 9.

⁵ Sul punto, per tutti v. L. FRANCHINI, *La desuetudine nelle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, 45 ss.

Con riguardo alle prime, le fonti testimoniano nella società romana del V sec. a.C. una condizione di povertà generalizzata⁶, la quale rendeva gli importi previsti per l'*os fractum* e l'*iniuria* da Tab. 8.3 e 8.4, rispettivamente pari a trecento o centocinquanta assi nel primo caso e a venticinque nel secondo, idonei a prevenire e sanzionare gli illeciti che si proponevano di colpire.

Prova indiretta di tale considerazione può evincersi dal fatto che a seguito di un fenomeno di svalutazione monetaria collocabile attorno al III sec a.C. – confermato dai rilievi storiografici che documentano una progressiva diminuzione del peso delle monete dell'epoca⁷ – gli stessi importi non furono più in grado di spiegare un vero effetto di deterrenza. L'immagine più nota del fenomeno menzionato è quella, probabilmente di fantasia, ma che restituisce il fenomeno, di Lucio Verazio⁸.

Per quanto concerne il taglione, non potendo più essere accettato dalla coscienza sociale di un'età più evoluta rispetto a quella che ne aveva visto l'introduzione, cadde in disuso⁹.

Da un punto di vista sostanziale, nello stesso torno di tempo si verificò l'unificazione concettuale dei delitti in precedenza versati in Tab. 8.2, 8.3 e 8.4 – rispettivamente *membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria* – nel delitto d'*iniuria* per l'accezione

⁶ C. AMPOLO, *Aspetti dell'economia del Lazio e di Roma nel V sec. a.C.*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano Copanello 3-7 giugno 1984*, Napoli, 1988, 36; A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 109 ss. Tra le fonti, v. l'inizio di I. 4.4.7: *Poena autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate*. Cfr. inoltre Gai 3.223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut consilium trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo, CL; propter ceteros vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.*

⁷ V. G. RUOTOLO, *Corpus nummorum Rubastinorum*, Bari, 2010, 66, riferisce l'abbassamento a 27,29 grammi sancito dalla *lex Flaminia* del 217 a.C. quando poco prima del 268 a.C. era stata adottata la libbra romana del peso di 327,45 grammi. Chi, invece, colloca la sopraggiunta inadeguatezza delle sanzioni in oggetto nel II sec a.C. è M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 630. V anche L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, 51, e, tra i contributi classici, P.B.H. BIRKS, *Lucius Veratius and the 'Lex Aebutia'*, in *Daube 'Noster'. Essays in Legal History for David Daube* edited by A. Watson, London, 1974, 41 s.

⁸ Cfr cap. II, § 9.

⁹ L. FRANCHINI, *La desuetudine nelle XII Tavole*, cit., 45 ss.

che assunse in età repubblicana, ossia riferito a tutte le lesioni fisiche contro la persona¹⁰; di lì a poco, si sarebbe esteso sino alle offese morali, estranee all'illecito decemvirale¹¹.

La condotta libera del *delictum iniuriae*, che ne impedì una esaustiva tipizzazione¹², comportò la necessaria adozione di un rimedio elastico che, sostituendosi alle pene pecuniarie fisse e al prezzo della vendetta di Tab. 8.2, potesse adattare la risposta sanzionatoria in base al caso concreto: l'*actio iniuriarum aestimatoria*.

La peculiare struttura della formula colpisce l'attenzione dell'interprete¹³.

¹⁰ Cfr. G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 5: sebbene tali illeciti «fossero per qualche lato connessi e dovessero più tardi venire fusi insieme» sotto il nome di *iniuria*, ma non si dilunga sulle ragioni per cui ciò avvenne. S. DI PAOLA, *Genesi storica*, cit., 27 s., ritiene che mentre l'*os fractum* e il *membrum ruptum* fossero fattispecie nate nell'alveo del *ius sacrum*, l'*iniuria* – come si ricava anche dall'etimologia letterale del termine – era stata formata nel paradigma del *ius* che, in un progresso di tempo, si affermò a discapito dell'area sacrale.

¹¹ In letteratura, è minoritaria la lettura che legge la previsione di Tab. 8.4 riferita anche alle offese morali: cfr. V.L. DA NOBREGA, *L'iniuria' dans le loi des XII Tables*, cit., 269; A. MILAZZO, *Iniuria'*, cit., 64, il quale si rifà a Paul. Sent. 5.4.6 *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*, frammento tuttavia considerate interpolato in epoca visigotica dalla dottrina maggioritaria, tra cui A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1979, 4, nt. 4. *Ex multis aliis* per particolare chiarezza, contrario a leggere nell'*iniuria* decemvirale un'offesa morale è H.F. JOLOWICZ, *Historical Introduction To The Study of Roman Law*, Cambridge, 1952, 175, per il quale Tab. 8.4 «in all probability this refers merely to blow such as do not result in serious injury. It is unlikely that Roman of the fifth century B.C. were very susceptible to insult, and, if we imagine that *iniuria* can here be refer to the innumerable different kinds of attack on a man's personality which it covered in the later law, it is impossible to explain how they could be punished by the same fine. There is indeed evidence that the XII Tables punished the singing of defamatory verses, and that capitally, but it seems that this was the only case of defamation with which they dealt, and they treated it as a case of disturbance of the public peace, not as a private delict».

¹² È particolarmente noto il passo in cui Gaio, pur provando a individuare le singole fattispecie integranti l'*iniuria*, alla fine dovette limitarsi ad affermare '*et denique aliis pluribus modis*'. V. Gai 3.220: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut iuste percussus uel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripserit sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis*.

¹³ Sulla struttura dell'*actio iniuriarum*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, Cagliari, 1912, 30 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. Anno Accademico 1918-1919*, Camerino, 1919, 127 ss.; G.

Era, infatti, una formula priva di *intentio*, nella cui *demonstratio* l'attore descriveva l'offesa subita e indicava, secondo il meccanismo della *taxatio*¹⁴, l'importo che avrebbe considerato adeguato a ripagarlo del torto occorso; infine, seguiva la condanna *in bonum et aequum*¹⁵.

Alla *demonstratio* va attribuito un ruolo centrale: specialmente a seguito dell'estensione del concetto di *iniuria* sino a ricomprendere le offese morali, era necessario che la vittima descrivesse il singolo illecito tenutosi ai suoi danni includendo tutte le circostanze rilevanti, ossia il '*certum dicere*'¹⁶.

PUGLIESE, *Studi*, cit., 83 ss.; A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum e D. 47.10.1.6-7*, in *IVRA*, XV, 1964, 159 ss., ora in ID. *Scritti romanistici* a cura di C. Buzzacchi, Milano, 2011, 1 ss.; J. MAQUERON, *Histoire des obligations. Le droit romain*², Aix-en-Provence, 1975, 282 s.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, 82; J. PARI-CIO, *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"*, Milano, 1986, 50 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 631; D. MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano*, Padova, 1999², 74 s.; G. CRIFÒ, *Le obbligazioni da atto illecito. Le caratteristiche delle azioni penali*, in *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 734; M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 67. L'*actio iniuriarum* era inoltre il caso più noto tra le azioni *vindictam spirantes* e comportava l'*infamia* del condannato (su cui, cfr. cap. III, § 10).

¹⁴ Per D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 75, nt. 325, dopo la *taxatio* poteva essere inserita l'*exceptio annalis* ('*si non plus quam annus est cum de ae re experiundi potestas fuit*'), secondo quanto si apprende da CI. 9.35.5.

¹⁵ Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 631, la formula doveva suonare nei termini che seguono: in mancanza di *intentio*, vi era la *demonstratio* (*quod AoAo a NoNo pugno mala percussa est*), quindi la *condemnatio* (*quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem NumNum AoAo condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat sestertium ... recuperatores ... condemnanto rell*). V. anche la ricostruzione di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 74 s.: «C. Aquilius ... L. Octavius recuperatores sunt. Quod A. Agerio pugno mala percussa est a N. Negidio dolove malo N. Negidii factum est ut percuteretur, quantum ob eam rem bonum et aequum recuperatoribus videbitur N. Negidium A. Agerio condemnari, tantam pecunia dumtaxat sestertium X milia recuperatores N. Negidium A. Agerio condemnanto; si non paret absolvunto».

¹⁶ Nelle fonti, cfr. Paul. Coll. 2.6.1: *Qui autem iniuriarum» inquit «agit, certum dicat quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit*; D. 47.10.7 pr.: *Praetor edixit: "qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit": quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se iniuriam passum contendit*; D. 47.10.7.4: *Quod autem praetor ait "quid iniuriae factum sit, certum dicat", quemadmodum accipiendum sit? Certum eum dicere Labeo ait, qui dicat nomen iniuriae, neque sub alternatione, puta illud aut illud, sed illam iniuriam se passum*. Chi richiama queste fonti in dottrina? Sono tutte quelle che riportano *certum dicat*? Contestualizzare la citazione

La costruzione dell'azione, che fonde insieme caratteristiche tipiche sia dei rimedi onorari sia di *ius civile*, è a tal punto singolare che alcuni interpreti non hanno esitato a definire 'oscuere' le ragioni per cui venne adottata una formula di questo tipo¹⁷ e sono molti gli elementi a ostare a una sua definitiva collocazione nel novero degli strumenti civilistici o, all'inverso, onorari.

Parte della dottrina nota che, sebbene lo strumento in esame si presenti a prima vista come onorario, non foss'altro che perché gli è riferito un intero titolo dell'editto¹⁸, a una pacifica classificazione in tal senso si oppongono, per un verso, la mancanza di elementi tipici delle azioni pretorie (*intentio in factum* o *factio* o trasposizione di soggetti) e, per l'altro, la presenza di *demonstratio*, dunque la parte della formula nella quale viene esplicitata una situazione rilevante per il *ius civile*¹⁹.

Il problema di struttura, giova precisarlo, non si pone – o comunque si pone in termini differenti legati alla specificità della singola ipotesi – per le azioni d'ingiurie singolarmente concesse dal pretore al fine di reprimere illeciti versati in editti particolari quali il *convicium* o l'*ademptata pudicitia*, schiettamente pretorie²⁰, che esulano dal presente studio. I nodi più difficili da sciogliere si pongono invece per il rimedio 'generale', così chiamato per il riferimento al *generale edictum*, ossia per un provvedimento con il quale, come ora si dirà, il pretore avrebbe messo a punto il rimedio per le *iniu-*

¹⁷ Per tutti, v. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 82.

¹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 30 ss. nota come l'*actio iniuriarum* si presenti, a prima vista, come pretoria in quanto «vi si riferisce infatti tutto un titolo dell'editto, regolante non solo la ipotesi generale, ma anche le varie applicazioni speciali al *convicium*, al *famosum libellum*, all'*ademptata pudicitia* e simili. Senonché, la definizione dell'*a. iniuriarum* come pretoria non può essere accolta senza prudenti riserve».

¹⁹ Per tutti, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 82, rileva che l'*intentio* mancava di rado nelle formule, e, quando accadeva, si aveva una *demonstratio*; i casi in cui ciò avveniva erano quelli delle azioni divisorie, a causa della mancanza di controversia sulla *causa petendi*, e dell'*actio iniuriarum*, per ragioni «oscuere». Inoltre, «premesso che tutte le formule con *demonstratio* appartengono ad azioni '*in ius conceptae*', il che significa che la '*res de qua agitur*' che viene '*demonstrata*' è sempre una situazione rilevante '*iure civili*'; e premesso ancora che tutte le formule con *demonstratio* appartengono ad azioni *in personam* ..., si deve osservare che la *res 'demonstrata'* non è mai l'obbligazione, bensì sempre la sua fonte, mentre l'*intentio* delle azioni *in personam* '*in ius conceptae*' si riferisce sempre all'obbligazione».

²⁰ Cfr. da ultimo sulle ipotesi particolari di *iniuria* lo studio di S. FUSCO, '*Specialiter autem iniuria*', cit., 37 ss., che si è occupata in diverse altre occasioni di questi temi: v. inoltre EAD., *Studi sull'iniuria: l'edictum de convicio*, in *Diritto@Storia*, 2013; EAD., *Edictum de ademptata pudicitia*, in *Diritto@Storia*, 2010.

riae, giusta la desuetudine del taglione e la sopravvenuta svalutazione delle pene pecuniarie decemvirali.

3. *Segue. Desuetudine del taglione e aestimatio del membrum ruptum.*

È in un momento imprecisato della storia giuridica romana, sebbene successivo alle XII Tavole, che la *talio* cade in disuso.

In punto di repressione del *membrum ruptum*, si apre una fase d'incertezza: da un lato, Tab. 8.2 permette ancora la vendetta, ora non più un'opzione percorribile; dall'altra, come ulteriore conseguenza per il *membrum ruptum*, le XII Tavole riportano la *pactio*, che, tuttavia, è una sanzione d'ammontare incerto e, una volta venuta meno la minaccia dell'autotutela, di discutibile portato deterrente.

È difficile ricostruire con precisione lo svolgersi delle vicende del *membrum ruptum* successivamente al periodo decemvirale, ma può soccorrere ancora una volta il dialogo tra Favorino e Sesto Cecilio Africano riportato da Gellio e, in particolare, il passaggio nel quale si afferma che se il responsabile non si fosse accordato con l'offeso, e se il giudice non avesse disposto l'irrogazione del taglione, allora avrebbe proceduto all'*aestimatio* della lite, condannando il reo al pagamento della somma che gli fosse parsa di giustizia. Il giurista ribatte alla crudeltà delle norme decemvirali – e in particolare del taglione – messa in luce da Favorino, in contrapposizione al regime successivo, precisando che le norme devono essere lette nel loro contesto temporale e che, in ogni caso, le parti avrebbero potuto sempre concludere una *pactio*. Quindi il brano, ritenuto affidabile in dottrina²¹, prosegue con il riferimento all'editto del pretore e a un giudizio estimatorio:

Gell. Noct. Att. 20.1.37 *quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 38. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

²¹ R. FIORI, 'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano, Milano, 2003, 96.

Bisogna innanzitutto capire se Favorino e Sesto Cecilio discutano o meno del sistema delle *legis actiones*²² o di quello formulare²³. Questa seconda lettura, ad avviso di chi scrive, compie forse un salto temporale eccessivo, dalle XII Tavole all'attività del pretore, il quale, quasi *d'emblée*, si inventerebbe un rimedio estimatorio quando il sistema decemvirale precedente non ne reca alcuna menzione: l'editto del pretore richiamato nella fonte, pure significativo, sembra più utile a contrapporre i due modelli di sanzione – quello decemvirale e quello successivo – che a collocare l'*aestimatio* esclusivamente nel rimedio formulare²⁴.

Successivamente alle XII Tavole – che, come noto, individuano un'alternativa secca tra *pactio* e *talio*, senza parlare di *aestimatio* – sembra preferibile ipotizzare una fase caratterizzata da un giudizio in cui l'*aestimatio* dell'offesa sarebbe seguita a un previo processo di cognizione volto a risolvere, con l'intervento del giudice, quei casi in cui le parti non avessero inteso ricorrere al taglione, ma neppure si erano accordate sul *quantum* della *pactio*, ossia in tutte quelle ipotesi in cui la *pactio* era *gravis* e la *talio* dura, *acerba*²⁵.

Pugliese, in particolare, ritiene che la *litis aestimatio* vincolante le parti alla decisione dell'arbitro sarebbe avvenuta con le forme della *legis actio per arbitrive postulationem*, mentre il giudizio avrebbe riguardato solo il *quantum* della pena²⁶. Anche Arangio-Ruiz riconosce come verosimile che le parti sarebbero ricorse agli arbitri quando avessero inteso rinunciare alla vendetta, ma non si sarebbero accordate sull'ammontare della *poena*²⁷.

Anche la letteratura più recente e condivisibile divide in due parti detta attività giurisdizionale: «l'*aestimatio* ... parrebbe costituire una procedura solo eventuale, accessoria al procedimento dichiarativo principale, disposta solo dopo la pronuncia *iure*,

²² R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 93 ss.

²³ A sostegno di questa lettura sono T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I³, Leipzig, 1887, 802; E. POLAY, *Iniura' types*, 101.

²⁴ Così R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 94.

²⁵ Va condiviso il pensiero di R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 96, per il quale «per l'epoca decemvirale, l'*aestimatio* avrebbe potuto risolvere tutti quei casi in cui le parti non avessero voluto ricorrere al taglione, preferendo la *pactio*, ma non si fossero accordate sul *quantum* e avessero preferito una determinazione giudiziale: tutti quei casi, appunto, in cui la *pactio* appariva *gravis* e la *talio acerba*».

²⁶ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 102.

²⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 355.

e probabilmente finalizzata a rendere possibile la *manus inectio*. In altre parole, dapprima il giudice si pronuncia sulla colpevolezza, dalla quale dovrebbe discendere la *talio*; soltanto dopo, se la *talio* appare *acerba* al convenuto, effettua – o fa effettuare, non sappiamo – l'*aestimatio*²⁸.

Che un giudizio di accertamento non fosse necessario²⁹ pare un'ipotesi non condivisibile³⁰, non foss'altro che per mettere il magistrato nelle condizioni di modellare il *quantum* dell'*aestimatio* sul caso concreto; operazione, questa, impossibile se non preceduta da un'attività di accertamento.

Di questo snodo tra il periodo decemvirale e la cristallizzazione dell'*actio iniuriarum*, preme mettere in luce almeno due elementi: l'insuscettibilità di determinazione unitaria ed *ex ante* del *membrum ruptum*, stante l'eterogeneità della figura; il necessario ricorso all'autorità giurisdizionale per l'*aestimatio* caso per caso della singola offesa.

In questo quadro, il compito del giudice è *damnare* il responsabile al pagamento di una somma che prende il luogo di quello che ha perduto l'offeso (Gell. *Noct. Att.* 20.1.38... *iudex hominem pecuniae damnabat*); attività da contestualizzarsi all'interno del processo *per legis actiones* e che deve essere tenuta separata dalla *condemnatio* formulare³¹.

La soluzione alla desuetudine del *membrum ruptum* si muove, per la lettura sostenuta, dentro al processo *per legis actiones* e ciò, entro breve tempo, sarebbe divenuto un problema: successivamente al periodo decemvirale Roma inizia un periodo di espansione sul Mediterraneo, a seguito del quale, e in specie delle Guerre Puniche, si

²⁸ R. FIORI, *'Ea res agatur'*, cit., 97. In tema, v. R. CARDILLI, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 84 ss.

²⁹ Così G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts*, Köln - Graz, 1957, 107 nt. 48.

³⁰ Ipotesi rigettata in modo particolare da M. HAGEMANN, *'Iniuria'*, cit., 15.

³¹ Per tutti, E. BETTI, *L'antitesi storica tra 'indicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle actiones ex delicto)*, in RISG, LVI, 1915, 14 ss. Più di recente, per R. FIORI, *'Ea res agatur'*, cit., 105 ss. la *damnatio* individuata da Africano nel passo in analisi «è qualcosa di completamente diverso dalla *condemnatio* formulare. I suoi caratteri fondamentali sono i seguenti: 1) non è alternativa ad una *absolutio*; 2) non consiste in una 'condanna', ma nella determinazione del detrimento patrimoniale che il *iudicatus* dovrà sopportare per estinguere la propria obbligazione; 3) non costituisce il fondamento dell'obbligazione del convenuto, che non deriva dalla sentenza ma dal *ius*: l'eventuale *manus inectio*, pur essendo calcolata sulla somma, trarrà origine direttamente dall'obbligazione negoziale assunta (nel *ius*) dal debitore».

sono riversati nell'Urbe un numero assolutamente considerevole di peregrini, ai quali è precluso prendere parte al processo per *legis actiones*.

Quid iuris per le lesioni all'integrità fisica altrui poste in essere da questi ultimi?

4. *Segue. Cenni al problema del cd. generale editto.*

Gli studiosi hanno a lungo dibattuto sulla controversa esistenza e sull'altrettanto controversa portata di un *generale edictum*, con il quale il pretore avrebbe delineato – o contribuito a delineare – la struttura della formula dell'*actio iniuriarum*, così sancendo definitivamente il tramonto del regime decemvirale: di questo percorso vi è traccia nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.4.7: ... *sed poena quidem iniuriae quae ex lege duodecim tabularum introducta est in desuetudinem abiit: quam autem praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in iudiciis frequentatur*³²).

La prima questione da risolvere concerne il contributo del pretore nella messa a punto della formula dell'*actio iniuriarum*: bisogna chiedersi se il *praetor*, già in una fase risalente dell'età repubblicana, avesse definito la formula dell'azione tanto da versarla in un editto, contestualmente sostituendo e unificando tutti gli altri rimedi previsti espressamente (ossia nelle previsioni decemvirali) e praticati in via di prassi (come l'*aestimatio* del *membrum ruptum*, dopo la impraticabilità del taglione) per le offese alla persona altrui; oppure se, in modo più incerto e difficile, la peculiare struttura dell'azione fosse piuttosto l'esito di un processo di trasformazione del rimedio, nel quale l'intervento magistratuale avrebbe avuto un peso relativo.

Posto che, come si è visto, il diritto romano post-decemvirale conosceva un giudizio estimatorio per le lesioni gravi, sul *generale edictum* occorre, insomma, rilevare la contrapposizione di due orientamenti principali.

³² I. 4.4.7: *Poena autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate. sed postea praetores permittebant ipsis qui iniuriam passi sunt eam aestimare, ut index vel tanti condemnet, quanti iniuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. sed poena quidem iniuriae quae ex lege duodecim tabularum introducta est in desuetudinem abiit: quam autem praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in iudiciis frequentatur. nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur aestimatio iniuriae: qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in mediū actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.*

La maggior parte della romanistica, a partire da Otto Lenel, ritiene che, nell'ambito del processo di espansione crescente dell'*iniuria* in epoca post-decemvirale, un ruolo decisivo nella costruzione del rimedio fu giocato dal pretore, che emanò, accanto a editti particolari riferiti a singole fattispecie³³, un editto generale che avrebbe definito la struttura dell'azione d'ingiurie³⁴.

Una lettura minoritaria, ma autorevolmente sostenuta, è invece propensa a spiegare le particolarità del rimedio con l'origine dell'azione nel *ius civile*, sulla quale poi si sarebbe innestata l'evoluzione pretoria culminata nell'editto generale, ma che non avrebbe potuto far venire meno l'elaborazione precedente³⁵.

Sembra particolarmente persuasiva questa seconda chiave di lettura perchè, almeno ad avviso di chi scrive, riesce meglio a coniugare l'evoluzione dell'azione con l'intervento del pretore, che comunque si inseriva su un concetto di *ius civile* che esisteva già almeno dall'epoca decemvirale.

Più nel dettaglio, secondo Pugliese³⁶, dopo la desuetudine della *talio* originaria, la *pactio* venne gradualmente affermandosi, ma, dal momento che il *membrum ruptum* era insuscettibile di valutazione unitaria, sarebbe stato il giudice, caso per caso, a determinare la condanna senza che la vittima, diversamente da quanto accadeva in precedenza, potesse decidere se accettare o meno l'ammontare monetario che prendeva il posto della vendetta: la *litis aestimatio* vincolante le parti alla decisione dell'arbitro sarebbe avvenuta con le forme della *legis actio per arbitrive postulationem*, mentre il giudizio

³³ Ancora, v. S. FUSCO, '*Specialiter autem iniuria*', cit., *passim*.

³⁴ L'editto generale si ricaverebbe da D. 47.10.15.26: *Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus. Sed videtur et ipsi Labeoni (et ita se habet) praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui: ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*. Propendono per l'esistenza del *generale edictum* O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, § 190; D. DAUBE, '*Ne quid infamandi causa fiat*'. *The Roman Law of Defamation*, in *Atti del Congresso di Verona 1948*, III, Milano, 1951, 413 ss. ora in ID., *Collected Studies in Roman Law*, herausgegeben vor D. Cohen und D. Simon, Frankfurt am Main, 1991, 465 ss.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1962, 248; M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al 'certum dicere' nell'edictum generale de iniuriis*, Lecce, 2002.

³⁵ Il riferimento è a G. PUGLIESE, *Studi*, cit.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 82; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 30 ss.; A. MANFREDINI, '*Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuria*', in *Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 192; ID., *Contributi*, cit., 152 ss.

³⁶ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 81 ss.

avrebbe riguardato solo il *quantum* della pena³⁷. È in tale fatto, secondo l'autore, che si trova l'origine della formula dell'*actio iniuriarum* classica perché questo costituirebbe il punto di partenza di costruzione dell'azione che poi sarebbe stata estesa agli altri casi di *iniuria*.

Tuttavia, a questa altezza, non si aveva ancora una formula, che lo studioso ritiene probabile essere stata introdotta nel contesto della repressione del *membrum ruptum* tra peregrini o tra un cittadino romano e un peregrino.

Proprio perché a questi ultimi era preclusa la partecipazione al processo per *legis actiones*, il giudizio estimatorio non poteva impiersi che su una formula all'interno della quale, esposta nella *demonstratio* la *membra ruptio* avvenuta, si chiese ai *recuperatores* – dunque a un collegio giudicante attivo in ambito internazionale prima pubblico e poi privato – di determinare l'importo della pena³⁸.

Il nuovo tipo di sanzione cominciò verosimilmente a essere applicato all'*iniuria* 'generale' quando quest'ultima ricomprese tutte le offese dirette contro l'integrità fisica della vittima, riferendosi pertanto a un insieme eterogeneo di fattispecie che resero necessaria l'adozione della sanzione estimatoria in via generale.

Inoltre, successivamente alla determinazione della *pactio* di Tab. 8.2 caso per caso dal giudice, si verificò un fenomeno di «unificazione concettuale dei delitti contro la

³⁷ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 102.

³⁸ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 102. A favore della nascita nel contesto dei peregrini dell'*actio iniuriarum* militerebbe anche il fatto che il giudice era costituito dal collegio dei *recuperatores*, come riporta anche Gell. 20.1.13: '*propterea*' inquit '*praetores postea banc abolescere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt*', G.I. LUZZATO, *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1950, 82 ss. riferisce che, al fine di non privare i peregrini privi di ogni forma di tutela nel contesto del processo per *legis actiones* al quale non potevano prendere parte, fu istituito un collegio di *recuperatores*, peraltro originariamente chiamati a operare in un contesto internazionale, e solo in un secondo momento chiamati a prestare la loro attività all'interno dei processi tra privati di cui almeno uno è straniero, sempre che la nazionalità di costui permettesse tale intervento. Fa riferimento ai trattati internazionali anche B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 16 ss. V. anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano, 1963, 38 ss.: «questi *recuperatores* erano dunque un organo, che serviva per il ricupero di beni nei confronti sia di comunità peregrine, sia, sembra, di singoli peregrini, e la cui nomina e i cui poteri dipendevano da un accordo internazionale ... Due punti mi sembrano sicuri: il fondamento convenzionale del potere conferito ai *recuperatores* e la natura internazionale (pubblica o privata) delle controversie su cui essi erano chiamati a pronunciare».

persona fisica diversi dall'omicidio (*membrum ruptum, os fractum e iniuria*) e delinearci di un concetto comprensivo di *iniuria*, a cui restano per altro estranee le lesioni morali; estensione della pena variabile, venutasi istituendo per il *membrum ruptum*, a tutti i casi di *iniuria*. Al termine dello svolgimento troviamo un'*actio* formulare esperibile in ogni ipotesi di *iniuria* e che conduce ad un *iudicium recuperatorium* avente per oggetto l'*aestimatio poenae*³⁹.

A mio modo di vedere, forse, oltre che di unificazione concettuale si potrebbe parlare anche di unificazione rimediale.

Si è visto che dopo le XII Tavole, la desuetudine del taglione e le difficoltà applicative della *pactio* richiesero l'adozione di un giudizio estimatorio per le lesioni gravi. Giusta la svalutazione monetaria del III sec. a.C. e la perdita di valore della moneta romana, anche i disposti di Tab. 8.3 e 8.4 diventarono inapplicabili ed è verosimile che il procedimento per *aestimatio*, abbastanza neutro da un punto di vista contenutistico, dato che già si adattava alla multiforme categoria del *membrum ruptum*, debba essergli stato esteso.

I Romani leggono il mondo giuridico secondo l'*aktionenrechtliches Denken*⁴⁰, ossia nel prisma dei rimedi processuali, sicchè si può dubitare che avrebbero mantenuto tre fattispecie nominalmente distinte – *iniuria, membrum ruptum e os fractum* – accomunate dalla stessa azione: tra i tre illeciti, quello nominalmente più neutro è di certo l'*iniuria*, probabilmente idonea a unificare una categoria profondamente diversificata come quella degli illeciti contro la persona, nella sua accezione di *in iure non fit*⁴¹.

A ogni modo, stando così le cose, Pugliese afferma che l'*actio iniuriarum* non avrebbe necessitato di un editto che ne prevedesse i contenuti sostanziali, al pari di altri rimedi pretori: se ci fu un'attività giurisprudenziale, questa fu limitata all'*aestimatio*

³⁹ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 81. Sull'unificazione dell'*iniuria*, E. POLAY, *'Iniura' types*, 130 parla di «uniform legal fact (every case of assault and battery)» delle tre previsioni decemvirali in tema di lesioni personali.

⁴⁰ Su cui v. M. MICELI, L'"aktionenrechtliches Denken" dei giuristi romani e le forme dell'appartenenza, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In *Ricordo di Mario Talamasca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 97 ss.

⁴¹ Tanto è vero che Gaio parla di *poena iniuriarum* in generale, elencando poi i singoli trattamenti sanzionatori: Gai 3.223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at siservo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.*

dell'*iniuria* «lasciandone inalterati gli estremi e i limiti; nell'epoca classica, poi, manca un editto, perché all'a. i. "generale" non occorre un fondamento edittale, essendosi trasfusa in essa la repressione civile»⁴².

In altre parole, il rimedio in esame «non è soltanto un'azione pretoria, che si sia sostituita ad un'azione civile, è, più esattamente, un'azione pretoria, che ha recepito la nozione civile di *iniuria*»⁴³.

Tale lettura, nel ritenere che il rimedio formulare si sarebbe prima sovrapposto e poi avrebbe sostituito la *legis actio*, si ispira alla tesi sulla natura civile dell'*actio iniuriarum* precedentemente proposta dall'Arangio-Ruiz, secondo il quale il rimedio in esame si presenterebbe a prima vista come pretorio, ancorché riferito a un illecito esistente già in epoca decemvirale e, pertanto, «da innovazione pretoria non poteva prescindere e rifare *ex novo* la tutela giuridica del rapporto», incidendo prevalentemente sul criterio valutativo della condanna⁴⁴.

In quest'ottica, più in dettaglio sul meccanismo liquidatorio, l'editto generale – non sufficiente alla creazione dell'azione – sarebbe stato emanato quando la pena estimatoria, precedentemente prevista per il solo *membrum ruptum*, venne estesa anche agli altri casi di *iniuria* per l'inapplicabilità del sistema delle *legis actiones* nei rapporti tra

⁴² G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 115. Con tale elemento – ovvero la rilevanza del contenuto civilistico all'interno dell'azione generale di *iniuria* – Pugliese spiega le particolarità del rimedio in questione, come la mancanza dell'editto corrispondente, e la formula peculiare del rimedio, caratterizzato dalla mancanza dell'*intentio* (o, al più, dal contenimento dell'*intentio* da altri proposta, ma in ogni caso facente riferimento alla nozione di *iniuria* ricavabile dal *ius civile*).

⁴³ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 115.

⁴⁴ Per V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 30 ss., l'*actio iniuriarum* si presenta, a prima vista, come onoraria in quanto «vi si riferisce infatti tutto un titolo dell'editto, regolante non solo la ipotesi generale, ma anche le varie applicazioni speciali al *convicium*, al *famosum libellum*, all'*ademptata pudicitia* e simili. Senonché, la definizione dell'*a. iniuriarum* come pretoria non può essere accolta senza prudenti riserve». Data l'esistenza dell'*iniuria* già in epoca decemvirale, «da innovazione pretoria non poteva prescindere e rifare *ex novo* la tutela giuridica del rapporto». In quest'ottica, in Gai. 3.224 l'autore ritiene «che formalmente il pretore abbia mantenuta in vigore l'azione civile, pur modificando il criterio valutativo della condanna», e lo stesso valga per D. 47.10.7 pr. e Coll. 2.6.1. *Rebus sic stantibus*, «un editto così fatto non poteva essere sufficiente alla creazione di una azione onoraria» e la formula «*qui iniuriarum agit* non si riattaccava a una promessa di azione, perché l'azione di cui si trattava era già data dal diritto civile. L'opera del pretore si limitava, *formalmente*, a dichiarare i limiti nei quali avrebbe accordato il *iudicium*, e a riservarsi implicitamente per gli altri casi l'esercizio della *denagatio actionis*».

peregrini, oltre che per l'esigenza di armonizzare il trattamento degli illeciti contro la persona, verosimilmente nel momento in cui tale meccanismo processuale iniziò a trovare applicazione anche nei rapporti tra cittadini romani⁴⁵, com'è accaduto in più di un'occasione quando una soluzione di *ius honorarium* risultava tanto pratica da essere adottata anche dai *cives*.

Ragionando intorno ai legami tra Romani e stranieri, parte della dottrina ha rilevato come la nascita dell'azione di ingiurie in un contesto internazionale potrebbe avere spinto a favore dell'adozione di un rimedio che consentisse una reazione mutevole al torto subito. Invero, i peregrini erano in maggioranza provenienti da paesi dove erano vigenti diritti greci o ellenizzati nei quali per delitti analoghi era comminata una pena fortemente suscettibile di variazione e, pertanto, si sarebbero fatti portavoce dell'esigenza di un'accentuata graduazione della pena⁴⁶.

⁴⁵ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 103.

⁴⁶ Un collegamento tra l'*iniuria* e l'*ὑβρις* sembra riportato anche da I. 4.4.1: *Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὑβριν appellant; alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur; alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδίκιαν vocant. Cum enim praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.* In dottrina, G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 103, nt. 2, rifiuta la teoria per la quale l'*iniuria* romana sarebbe derivata dal diritto greco, specialmente dall'*ὑβρις* (ID., *Studi*, cit., 46 ss.). V. però V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 35: «le profonde affinità di struttura, che lo Hitzig ha rilevate tra la nostra azione e la *δικη ἀδικίας* del processo attico, rendono più che probabile la sua congettura che l'una sia derivata dall'altra e che il pretore peregrino abbia anche qui segnato la strada al pretore urbano. L'opera di quest'ultimo si poteva dunque limitare a indicare la via già aperta dalla consuetudine, senza aver bisogno di promettere l'azione: la dichiarazione del generale *edictum* riferito era sufficiente a far sì che le ingiurie lievi fra cittadini seguissero la sorte delle altre». Avverte della lettura che avvicinerrebbe l'*iniuria* all'*ὑβρις* e l'*actio aestimatoria* all'*ἀγὼν τιμητὸς* E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977, 562, tuttavia poco probabile secondo lo studioso, sembrando più verosimile che l'evoluzione in parola debba ricercarsi all'interno degli istituti romani. *Contra* le condivisibili riflessioni di C. PELLOSO, *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, 101 ss., il quale precisa che l'*iniuria* è perseguita tramite un'azione privata, mentre l'*ὑβρις* dà origine a un giudizio capitale: l'*actio aestimatoria* è paragonata dall'autore all'*ἀγὼν τιμητὸς*, deputato alla repressione dell'*αὐτία*, che, però, è un illecito diverso dall'*ὑβρις*. Sui rapporti tra *iniuria* e *ὑβρις* v. di recente, e condivisibilmente, S. VIARO, *Hybris, 'iniuria' e 'contumelia'*, in *YBPI.S. Atti del Convegno Internazionale (Verona, 5-6 giugno 2017)*, a cura di C. Pelloso e P. Cobetto Ghiggia, in *Rivista di diritto ellenico*, IX-2019, 189 ss. Più in generale sul diritto

In ogni caso, al termine del processo poc'anzi illustrato, un'azione nata nell'alveo del *ius civile* avrebbe assunto caratteristiche più propriamente onorarie⁴⁷, fuse insieme in un processo recuperatorio il cui fulcro coincideva con l'*aestimatio poenae*.

Condivide l'origine nel *ius civile* dell'*iniuria* anche Cannata. Per l'autore, i caratteri strutturali dell'azione in esame si devono a un intervento pretorio riformatore di una fattispecie ben più antica, oltre che alla necessità di sostituire alla pena pecuniaria fissa una sanzione parametrata sulla gravità della singola *iniuria*. A mente di tale scopo, lo studioso afferma che la *pars formulae* da cui partì l'intervento giurisprudenziale sopra descritto dovette essere la *condemnatio*. Nell'*actio iniuriarum* edittale l'*intentio* non poteva esserci «perché o avrebbe trasformato l'azione in *actio in factum* o, se *in ius*, dovendo fare riferimento all'obbligazione, avrebbe dedotto in giudizio solo la fonte dell'obbligazione (che è quanto il pretore intendeva recepire dal *ius civile*), lasciando direttamente al giudice (*recuperatores*) la valutazione della sanzione». In conclusione, dal momento che il pretore intendeva conservare l'aspetto di *ius civile* dell'*iniuria* come fonte di *obligatio*, ma non mantenere la conseguenza civilistica connessa alla fattispecie in esame, ossia l'obbligazione di pagare una pena fissa che ne nasceva *iure civili*, «bensì sostituirla con una nuova sanzione che il giudice (*recuperatores*) doveva stabilire di volta in volta, egli costruì una formula col riferimento alla fonte (*demonstratio*) ed alla nuova sanzione (*condemnatio*) evitando l'*oportere* (obbligazione civile = *intentio*)»⁴⁸.

Entro la letteratura propensa a ridimensionare l'importanza del *generale edictum*, si distingue la ricostruzione proposta da Manfredini.

L'autore divide il brano gelliano che sembra alludere all'editto generale, ossia Gell. 20.1.13, in due momenti, il primo comprendente *praetores ... postea hanc obsolescere*

attico, v. U.E. PAOLI, voce *Danno (diritto attico)*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1957, 142 s.: «la misura del risarcimento è diversa a seconda che il danno recato è volontario o involontario; nel primo caso, il convenuto è condannato solo al pagamento della somma nella quale l'attore ha concretato il danno; nel secondo caso, avendo l'azione carattere penale, è tenuto a pagare il doppio».

⁴⁷ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 104: «è vero che la nuova *actio* aveva ricevuto la sua speciale fisionomia per opera dell'editto, ma è vero pure che essa affondava le radici nel *ius civile*, in quanto presupponeva l'esistenza e la punibilità dell'*iniuria* secondo i precetti del *ius civile*. Cosicché, per quanto l'antica *legis actio* perseguisse una pena fissa e l'*actio* formulare invece una pena variabile, quella appariva in fondo essersi trasfusa in questa ... Ciò dimostra, mi sembra, che un'*actio* formulare può corrispondere e sostituirsi di una *legis actio*, pur mirando a risultati processuali (e di riflessi sostanziali) diversi».

⁴⁸ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 82.

et relinquere censuerunt, mentre il secondo riferito a *praetores ... iniuriis aestimandi recuperatores se duros edixerunt*⁴⁹. La prima sequenza, da collocarsi nel III sec. a.C., rimanderebbe a un intervento pretorio non edittale (*censere*), a seguito di un *senatus consultum* in concomitanza con la svalutazione dell'asse librale, teso a ripristinare – non a creare *ex novo* – l'*aestimatio poenae* in vigore, in quel momento, per il *membrum ruptum*⁵⁰. La seconda sequenza, invece, alluderebbe all'attività del pretore volta a promettere di dare, stavolta con editto, *recuperatores iniuriis aestimandi*, ricostruzione che l'autore avverte essere più problematica.

«Al momento della riforma pretoria ricordata da Gellio, il diritto romano conosceva un giudizio estimatorio in tema di lesioni gravi»⁵¹, ma il *iudicium recuperatorium de iniuriis aestimandis* non avrebbe rappresentato il primo momento di applicazione dell'*actio iniuriarum* formulare: la procedura dinnanzi ai *recuperatores* sarebbe stata istituita per fare fronte a gravi tensioni sociali tra Romani e Latini inurbati per l'ottenimento della cittadinanza (non per niente l'autore definisce tali organi «tribunali di pace sociale»⁵²).

Ad avviso dello studioso, nella cornice di un clima politico e sociale particolarmente teso, il Senato avrebbe ravvisato l'opportunità di affidare le controversie ivi

⁴⁹ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 152 ss. Gell. *Noct. Att.* 20.1.13: *Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: ...* inquit “L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses inebat. “Propterea” inquit “praetores postea hanc abolescere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se duros edixerunt”.

⁵⁰ Infatti, secondo A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 152, Cecilio Africano specifica che l'*aestimatio poenae* era già in vigore per il *membrum ruptum* al momento dell'intervento pretorio, che, pertanto, semplicemente abolisce le pene pecuniarie fisse.

⁵¹ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 155.

⁵² A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 198. Per quanto concerne la datazione, l'autore non ritiene «arbitrario credere che tale tribunale della pace sociale possa essere stato istituito in epoca precedente agli ultimi decenni del III secolo (epoca della prima svalutazione dell'asse librale); e in questa prospettiva appare congettura quasi ovvia quella che individua la creazione di detto tribunale nel momento della definitiva composizione del conflitto tra patriziato e plebe siglato dalla *l. Hortensia*». Per un approfondimento storico sui rapporti tra Romani e peregrini R. ORESTANO, ‘*Status libertatis, civitatis, familiae*’, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1940, XVIII, 3, relativamente al periodo storico in questione avverte che successivamente alle «guerre puniche si venne ammettendo una capacità giuridica limitata allo *ius gentium* anche agli stranieri, i *peregrini*, quali erano considerati anche i sudditi delle provincie».

insorte non al giudice ordinario, ma a tribunali specializzati⁵³, ed è inoltre presumibile pensare che i casi di più frequente verifica fossero proprio gli illeciti contro la persona, soprattutto *pulsationes*, ossia percosse; motivo che fece assumere al *iudicium recuperatorium iniuriarum* questa competenza specifica.

Al termine della descritta evoluzione, la locuzione *iniuriarum* avrebbe finito per essere identificata con la formula condemnatoria individuata per i casi di *pulsationes* secondo l'antico formulario arbitrale di stima⁵⁴. Poiché, nella lettura proposta da Manfredini, il contesto storico nel quale prendono forma tali fenomeni è, come si è detto, quello delle tensioni tra Romani e Latini inurbati, l'*actio iniuriarum* si configurerebbe come lo strumento processuale attraverso il quale perseguire risolvere furti e questioni di *status*, ricostruzione che troverebbe conferma nelle commedie plautine, come il *Poenulus*⁵⁵.

⁵³ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 196 s.

⁵⁴ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 198.

⁵⁵ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 201 ss. Tra le commedie plautine, Manfredini ritiene significativa il *Poenulus*, la cui collocazione temporale risulta essere molto dibattuta tra gli studiosi, sebbene l'autore dichiara di reputare vera la tesi che scorge un riferimento alla fine della seconda guerra punica, ferma restando la morte di Plauto, avvenuta nel 184 a.C. Nella commedia in oggetto, i personaggi Annone e Agorastocle discutono su come agire contro il lenone Lico (*Lycus*), in quanto costui deve dell'oro ad Agorastocle (Plaut. *Poen.*, 1335 *et mi auri fur est*); inoltre, Lico tiene *in servitute* le figlie di Annone. Agorastocle vorrebbe *rapere in ius* il lenone, ma Annone lo convince ad avvalersi del procedimento *iniuriarum* (Plaut. *Poen.*, 1342-1346). L'autore nota che nella scena riportata «resta, inoppugnabile, il riferimento plautino ad un procedimento *iniuriarum* a proposito di un furto (o credito) di oro e a una controversia di *status* ... perciò è credibile la supposizione che, all'epoca in cui Plauto scriveva il *Poenulus*, in Roma fosse operante un *iudicium iniuriarum* con cui si potevano perseguire furti e risolvere questioni di *status*. E l'epoca coincide genericamente con quella in cui si manifestò il conflitto tra Roma e i Latini inurbati, di cui si è trattato». Contraria a tale ricostruzione è M.F. CURSI, *Iniuria*, cit., 253 ss., per la quale si tratterebbe di un *furtum manifestum*, sanzionato, ancora al tempo di Plauto, con l'*addictio* del ladro. Inoltre, riporta la trappola per cogliere in flagranza il lenone ideata da Agorastocle, in Plaut. *Poen.* 789 – 790 *sed qui ego dubito fugere hinc in malam crucem / priu' quam hinc optorto collo ad praetorem trabor?*, «ecco dunque che l'espressione *rapere in ius* deve essere interpretata come quel gesto violento «di chi afferra il colpevole per condurlo *in iure* e ottenerne l'*addictio*». Sul *Poenulus*, v. C. PELLOSO, *In margine a Tab. 8.16*, cit., 242 ss., per il quale dalla commedia potrebbe trarsi solo qualche blando supporto per ricostruire il regime decemvirale del furto non manifesto in termini di *manus iniectio* e non di azione sacramentale dichiarativa implicante, soltanto per la spontanea mancata esecuzione della condanna nel doppio, la *manus iniectio iudicati*.

Peraltro quest'ultima fonte letteraria, secondo parte della dottrina testimonierebbe l'impiego dell'*actio iniuriarum* a fronte di un'offesa morale, ravvisabile nell'atto del lenone Lico di tenere *in servitute* le figlie di Annone, pur a conoscenza del loro *status libertatis*⁵⁶. La commedia contiene diversi indizi ai giudizi di *status* ed effettivamente si menziona una causa di libertà, intentata da Annone, per restituire l'ingenuità alle figlie, «senonché quest'ultimo, al momento di minacciare l'azione, non fa riferimento ad una *causa liberalis* ma all'*actio iniuriarum* e ad un cospicuo risarcimento che potrebbe essere assicurato dall'esercizio della seconda, e non certo della prima», circostanza che avvalorerebbe la lettura del caso citato nel senso di un'offesa morale⁵⁷.

Richiamando l'attenzione sulla quantificazione della pena nell'azione d'ingiurie, va innanzitutto notato come l'evoluzione dell'*actio iniuriarum aestimatoria* abbia dimostrato il limite principale delle sanzioni fisse.

Queste ultime, invero, scontano inevitabilmente una minore capacità di deterrenza rispetto a trattamenti retributivi che conservino un certo margine d'imprevedibilità, che peraltro diminuisce progressivamente all'ammontare di una capacità patrimoniale in grado di sostenerne il costo.

È, questo, un aspetto con cui la determinazione dell'ammontare della sanzione deve confrontarsi specialmente in un'ottica di effettività della risposta sanzionatoria.

Inoltre, può affermarsi che l'eterogeneità degli illeciti contro la persona necessita di un rimedio elastico che si adatti al caso concreto sia sotto il profilo, già ricordato, della misura della sanzione che dell'individuazione del comportamento illecito, ferma restando la finalità punitiva del responsabile.

La soluzione apprestata della giurisprudenza romana è l'*actio iniuriarum aestimatoria*, con le particolarità strutturali che si sono fin qui esposte.

⁵⁶ M.F. CURSI, *'Iniuria'*, cit., 258.

⁵⁷ M.F. CURSI, *'Iniuria'*, cit., 258. L'offesa, chiaramente, sarebbe stata arrecata ai danni del padre delle giovani: B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 117 ss., nota che per ottenere giustizia circa il mantenimento *in servitute* di un soggetto ingenuo, la persona del cui *status* si disputava, fino a Giustiniano, era considerato oggetto, e non soggetto, della controversia. Inoltre può affermarsi che nel caso di *iniuria* a un soggetto *alieni iuris*, offeso sarebbe stato il *pater* o *dominus*.

5. *La rilevanza crescente delle offese all'onore e l'iniuria-contumelia di Labeone.*

Sebbene la ricerca si concentri sul *quantum* della *condemnatio* dell'*actio iniuriarum*, occorre dare conto di un importante mutamento del significato sostanziale di *iniuria* iniziato nella tarda repubblica e culminato nella teorica labeoniana.

Ci si riferisce all'estensione dell'accezione dell'illecito sino a ricomprendere, oltre alle offese fisiche, anche quelle morali.

Sul finire dell'età repubblicana, sono diverse le fonti letterarie che si riferiscono all'*iniuria* come a una lesione alla dignità della persona: nel *De Republica* di Cicerone, lo stupro di Lucrezia posto in essere da Collatino viene definito come *vis*, ma la decisione della vittima di togliersi la vita è motivata con l'*iniuria* subita, intesa come l'oltraggio alla sua *dignitas* di matrona romana e al buon nome della famiglia⁵⁸. Che la ragione del gesto sia questa è confermato anche da Livio, il quale, descrivendone il suicidio, fa dire a Lucrezia che prima dell'*iniuria* a lei arrecata dal figlio del re il suo sangue era puro⁵⁹.

Usi analoghi del termine *iniuria* si possono ricavare anche dall'*Aulularia* di Plauto, nella quale il giovane Lyconides chiede perdono a Euclio per la violenza subita dalla

⁵⁸ Cic. *de rep.* 2.46: *itaque cum maior eius filius Lucretiae Tricipitini filiae Conlatini uxori vim attulisset, mulierque pudens et nobilis ob illam iniuriam sese ipsa morte multavisset, tum vir ingenio et virtute praestans L. Brutus depulit a civibus suis iniustum illud durae servitutis iugum. qui cum privatus esset, totam rem publicam sustinuit, primusque in hac civitate docuit in conservanda civium libertate esse privatum neminem. quo auctore et principe concitata civitas et hac recenti querella Lucretiae patris ac propinquorum, et recordatione superbiae Tarquinii multarumque iniuriarum et ipsius et filiorum, exulem et regem ipsum et liberos eius et gentem Tarquiniorum esse iussit.*

⁵⁹ Liv. 1.59: *Brutus illis luctu occupatis cultrum ex vulnere Lucretiae extractum, manantem cruore prae se tenens, "Per hunc" inquit "castissimum ante regiam iniuriam sanguinem iuro, vosque, di, testes facio me L. Tarquinius Superbum cum scelerata coniuge et omni liberorum stirpe ferro igni quacumque debinc vi possim exsecuturum, nec illos nec alium quemquam regnare Romae passurum."* Cultrum deinde Collatino tradit, inde Lucretio ac Valerio, stupentibus miraculo rei, unde novum in Bruti pectore ingenium. Ut praeceptum erat iurant; totique ab luctu versi in iram, Brutum iam inde ad expugnandum regnum vocantem sequuntur duces.

figlia⁶⁰, e nel *Phormio* di Terenzio, dove Demifone rimprovera al figlio l'*iniuria* (e un po' anche la *contumelia*) che gli ha fatto sposando una ragazza senza dote⁶¹.

Le fonti letterarie testimoniano un cambiamento verificatosi durante l'ultima età repubblicana, ossia che, per il comune sentire, un'offesa poteva prodursi anche sulla persona morale della vittima.

Con questa mutata realtà si confronta Labeone.

Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.1.1: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. 2. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur.*

Ulpiano riferisce che Labeone avrebbe operato una bipartizione ('*aut re aut verbis*') delle modalità attraverso cui poteva essere posta in essere l'*iniuria*: poteva essere arrecata tramite la *manus*, ossia la forza fisica, e quindi colpire il corpo della vittima; oppure senza violenza, ripercuotendosi così sulla *dignitas*, nel caso dell'*abductio* di una matrona rispettabile, intesa come il separare la donna dal suo accompagnatore quando si trovava in pubblico per costringerla a rimanere da sola, o ancora sull'*infamia* del danneggiante per l'ipotesi di *ademptata pudicitia*, ossia «an assault against the good name of a woman “of distinction” or of young people still wearing *toga praetexta*»⁶².

⁶⁰ Plaut. *Aul.* v. 794: *ego me iniuriam fecisse filiae fateor tuae.*

⁶¹ Ter. *Phorm.*, vv. 348-350: *Enumquam quoiquam contumeliosius audisti? factam iniuriam quam haec est mihi? adeste quaeso.* Più ampiamente sull'*iniuria* nella commedia latina, v. A. MILAZZO, 'Iniuria', cit., 147 ss.

⁶² E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 158, divide l'*ademptata pudicitia* in tre tipi di comportamenti, secondo le testimonianze di Ulpiano e Gaio. In primo luogo, essa si concretizza nell'*adsectare*, ovvero nell'atto di seguire silenziosamente una matrona o un giovane di ambo i sessi. In secondo luogo, comprende l'*appellare*, inteso come l'accostarsi all'ingiuriato/a. Infine, si manifesta nel *comitem accipere* o *abducere*: «this means that if somebody is ordered to accompany a woman of distinction or a child, according to the general custom – be this a man or a woman – going to a visit or on a public square or street with this person of rank, and this escort will be expelled or abducted (*abducere*), as told by Labeo, or if such a situation will be created that the woman of distinction or the child is detached from his (her) escort, by force or persuasion, or if one of the chaperons is enticed or driven away: than the plaintiff or the person, under the power of whom she (he) is, gets *action iniuriarum* on account of *ademptata pudicitia*». Come si può vedere, l'*ademptata pudicitia* è un comportamento, talvolta solo materiale, che mira a creare

Proprio dall'*ademptata pudicitia* potrebbe ricavarsi che i *verbis* di Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.1.1 andrebbero letti non come offese necessariamente verbali, ma, più genericamente, di carattere immateriale.

Infatti, l'*ademptata pudicitia* non richiede l'utilizzo di parole infamanti, essendo sufficiente anche seguire insistentemente la vittima per la strada: si potrebbe quindi leggere la *summa divisio* di Labeone in un'accezione più estensiva, ossia riferire il lemma *re* a ogni caso di *iniuria* materiale e *verbis*, invece, alle fattispecie immateriali della stessa.

La distinzione tra *iniuriae* verbali e quelle che si ripercuotono sulla persona morale dell'offeso si fa più marcata in epoca classica, quando la *Collatio* le avrebbe differenziate in modo più netto⁶³:

Coll. 2.5.1: *Generaliter dicitur iniuria omne quod in iure non fit: specialiter alias contumelia, quam Graeci [ὑβριον appellant, alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriae accipiunt, alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci] ἀδικίαν vocant, nam cum praetor non iure adversus nos pronuntiat, iniuriam nos accepisse dicimus. unde apparet non esse verum, quod Labeo putabat, apud praetorem iniuriam ὑβριον duntaxat significare. Commune omnibus iniuriis est, quod semper contra bonos mores fit idque non fieri alicuius interest. Hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.*

una situazione di contatto illecito tra la vittima e il soggetto che pone in essere il comportamento ingiurioso, il quale, in ultima istanza, lede il buon nome e la reputazione della persona offesa.

⁶³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora*, II, Lipsia, 1889, 881. Si avvisa sin d'ora che non ci si occuperà del paragone con il diritto greco, rappresentato dai concetti di ὑβρις e ἀδικία. Si segnalano, ad ogni modo, le perplessità manifestate a proposito di tale passo da E. POLAY, '*Iniuria*' types, cit., 141 s. L'autore fa notare che il lemma *contumelia*, di centrale importanza in Coll. 2.5.1, in realtà compare solamente due volte nelle istituzioni di Gaio, e che «a considerable part of the literature brings the expression *contumelia*, derived from the verb *contemnere* (= to condemn, dishonour), into connection with insitution of the Hellenistic law in Alexandria. The *Collatio* (2.5.1) says the following under the name of Paulus ... The equivalence *contumelia* = *praesens*, therefore itself only in the post-classical source. It does not occur in the indisputably pre-classical edict-clauses and in the textbook of Gaius it does this without its Greek equivalent. Thus, weighing the literary standpoints and comparing them with the fact that the word *contemnere* and its Greek equivalent appear, at first, in a post-classical text, it is to be supposed on good grounds that in general introductory sentence of the titulus in question (D. 47.10) – apart from the above-mentioned etymologizing expression "*iniuria ex eo dicta est, quod non iure fit*" (and in respect of the part concerning the *lex Aquilia*) – may hardly be the original classical text, so much the more because the text of the Institutes of Justinian is identical with that of the *Collatio*».

Fit autem iniuria vel in corpore, dum caedimur, vel verbis, dum conviciium patimur, vel cum dignitas laeditur, ut cum matronae vel praetextato praetextatae comites abducuntur.

Il passo contrappone due significati assunti dal termine *iniuria*: da una parte, un'accezione generale come *omne quod in iure non fit*, dall'altra, invece, una declinazione propriamente giuridica, ovvero la *contumelia*.

Quanto a questo secondo significato, una parte della dottrina, rappresentata dal Manfredini, ritiene che prima di Labeone non sarebbe esistita una nozione tecnica di *iniuria*: il giurista imperiale avrebbe preso spunto dalla formula del *generale edictum* – la quale si sarebbe riferita a una serie di illeciti differenti, accomunati da null'altro che dal rimedio in oggetto – da lì muovendosi per costruire una figura unitaria da un punto di vista sostanziale, ovvero l'*iniuria-contumelia*⁶⁴.

Non sembra condivisibile ritenere che all'*iniuria* non sarebbe stato possibile attribuire un significato tecnico prima di Labeone, dunque del periodo imperiale, per diverse ragioni.

In primo luogo, l'*iniuria* costituisce un concetto giuridico talmente risalente nel tempo, addirittura al periodo decemvirale, da rendere poco probabile che allo stesso

⁶⁴ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 12 s.: «analizzando le modalità in cui si è espresso l'intervento del pretore in tema di lesioni personali, si nota che egli ha inizialmente seguito il criterio della tipizzazione di illeciti determinati e concreti (*conviciium, appellatio, adsectatio, comitis abductio*). Con ciò si uniformava al criterio seguito dai decemviri (*m. raptio*) e conservato nella successiva trasformazione di questa figura (*verberare, pulsare, percutere*). Solo nel momento in cui ha previsto con editto una figura astratta di illecito (*quod infamandi causa factum est*), il pretore ha condizionato la concessione dell'azione alla sua personale valutazione del fatto denunciato. L'emanazione di questo editto costituisce il presupposto normativo e concettuale della nascita del delitto di iniuria – contumelia. Infatti è probabile che Labeone abbia esercitato la sua capacità speculativa sulla nozione di infamia sovrapponendovi, nella formulazione editale, la nozione di iniuria contenuta nella denominazione dell'azione, intesa nel significato tecnico di contumelia. Fino a questo momento l'illecito delle lesioni personali risulta in realtà costituito da più illeciti, concettualmente autonomi ed estranei ad una nozione di iniuria che non sia quella, del tutto giuridicamente inespressiva, che denomina l'azione ... Solo con Labeone sarà colmato lo iato tra denominazione dell'azione e denominazione dell'illecito cui essa si applicava». Ed ancora, A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 195, «solo in questo momento», ovvero con l'intervento del giurista augusteo, «si può dire che si viene a creare una saldatura tra denominazione dell'azione e nozione dell'illecito cui si riferisce: l'azione generica dei torti diventa l'azione specifica delle offese».

non fosse possibile attribuire un'accezione scientifica prima dell'epoca classica, specie contando la diffusione della figura.

In secondo luogo, si può pensare all'unificazione rimediale operata dal *generale edictum* – e quindi prima di Labeone – delle varie figure di *iniuria* sotto un unico mezzo di tutela, l'*actio iniuriarum*, come al riconoscimento dell'unitarietà scientifica del delitto. In altre parole, partendo dall'azione processuale secondo lo schema dell'*aktionenrechtliches Denken*, dalla concessione di un unico rimedio per la repressione dell'*iniuria tout court* potrebbe dedursi, prima di Labeone, l'esistenza di un unico delitto, dei quali i singoli editti costituivano specificazione per esempi particolari di offese alla persona, di certo tuttavia non adeguatamente espressa in termini formali dal punto di vista dell'elaborazione concettuale.

Labeone incide precisamente sotto questo punto di vista, elevando una tra le molte accezioni di *iniuria*, ovvero la *contumelia*, a significato paradigmatico del *delictum*, elaborandone al contempo una figura aggravata dall'*atrocitas*, come si chiarirà nel prosieguo⁶⁵.

La rilevanza della *contumelia* è, secondo una dottrina, essenzialmente pubblica⁶⁶: «il collegamento che viene fatto tra *iniuria* e *contumelia* serve a mettere in rilievo un dato molto spesso dimenticato: non c'è *iniuria* se non si arreca una offesa personale, se cioè non si mira a recare un *vulnus* alla dignità e all'onore dell'offeso. In questo senso si può affermare che l'aspetto 'umiliante' per cui si connota l'*iniuria* la accompagna normalmente nella misura in cui quest'ultima avvenga *coram populo*, senza che ciò im-

⁶⁵ La costruzione labeoniana dell'*iniuria* non determinerebbe il venir meno del significato, per così dire, generale del lemma in oggetto, secondo quanto nota A. MILAZZO, '*Iniuria*', cit., 148: «significato generico, va aggiunto, che permane costantemente, come testimoniato anche nelle fonti giustiniane, nelle quali, nell'illustrare i significati di *iniuria*, si menziona espressamente quello 'generaliter' di atto '*quod in iure non fit*'».

⁶⁶ Così anche E. POLAY, '*Iniuria*' types, cit., 134, il quale definisce *contumelia* come «the insult in public». Inoltre, Tito Livio (Liv. *Ab Urb.* 6.18.4): riportando l'episodio della disputa tra A. Manlio ed il dittatore Cornelio, ed in particolare l'incarcerazione del tribuno, Livio così rende l'ira di un uomo politico che, non avendo mai subito alcun affronto, si vede privato della propria libertà d'innanzi ai suoi concittadini: *iram accenderit ignominia recens in animo ad contumeliam inexperto*. È l'essere trattato pubblicamente come un criminale ad umiliare Manlio, ed ancora la *contumelia* si conferma indissolubilmente legata alla dimensione del discredito sociale.

pedisca ... che si sopporti meglio la *iniuria* laddove ad essa non si accompagni la *contumelia*, derivante dal manifestarsi l'offesa pubblicamente»⁶⁷.

Agganciandola a un elemento oggettivamente apprezzabile come la pubblicità del fatto e la dimensione sociale del discredito, Labeone limita la discrezionalità del magistrato nel decidere cosa fosse o non fosse *iniuria*⁶⁸: è la società stessa a delineare l'ambito del giuridicamente rilevante.

Colpisce, inoltre, che il significato scelto come paradigmatico, quello della *contumelia*, che già in Terenzio viene accostato all'*iniuria*⁶⁹, sia particolarmente lontano da quello originario dell'epoca decemvirale, volto a individuare lesioni fisiche.

Il passo della Collatio riportato poc'anzi ricorda altresì che vi sono, all'interno della categoria giuridica di *iniuria*, varie declinazioni della stessa, a seconda che questa si riversi *in corpore* (*dum caedimur*), o si manifesti attraverso l'utilizzo di *verba* particolarmente offensivi (*dum convicium patimur*), oppure con formula residuale, sia idonea a ledere in altro modo la *dignitas* del soggetto offeso (*ut cum matronae vel praetextatae comites abducuntur*).

⁶⁷ A. MILAZZO, 'Iniuria', cit., 147 ss. Quanto alla menzione dei passi di Terenzio, si noti che il commediografo, negli intrecci delle sue opere, ricorre molte volte alla rappresentazione di dispetti reciproci, offese, e *iniuriae* di vario genere, spaziando dal valore avverbale a quello generale a significati più specifici del lemma in questione, ma si deve tener presente sin d'ora che non sempre lo utilizzi in modo giuridicamente corretto. Opere particolarmente rilevanti sono l'*Hecyra* e il *Phormio*, nel quale Terenzio parla significativamente di *iniuria contumeliosa*, arrecata al padre dal figlio che ha sposato, senza il suo consenso, una ragazza senza dote. importanti per lo studio del tema di nostro interesse, a cagione dei tre punti che si sono evidenziati poc'anzi.

⁶⁸ Sulla discrezionalità del pretore nell'*iniuria*, v. A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 189 ss. per il quale, a seguito dell'emanazione del *generale edictum*, il *cives* avrebbe potuto «denunciare qualsiasi fatto come infamante, ma, ai fini della concessione dell'azione, il fatto, tale deve essere tale, nel giudizio insindacabile del pretore. Dalla *causae cognitio* o *animadversio* discende la concessione o negazione dell'azione a seconda che il fatto, posto all'attenzione del pretore, esprima, nella valutazione di questo, un'*infamia* giuridicamente rilevante; la responsabilità in concreto dipenderà probabilmente anche dal fatto che sia provata l'intenzione oltraggiosa ... In relazione a singoli fatti concreti tipizzati nell'editto (*verberatio* e *quaestio iniussu domini*) il pretore concede senz'altro l'azione; quando invece il querelante lamenta un *quid aliud*, il pretore condiziona la concessione dell'azione ad una personale valutazione del fatto, ad un giudizio di opportunità».

⁶⁹ Ter. *Phor.* vv. 348-350: *Enumquam quoiquam contumeliosius audisti' factam iniuriam quam haec est mihi? adeste quaeso.*

6. *Il quantum della condanna in bonum et aequum e la gravità dell'offesa.*

Per quanto concerne più precisamente la quantificazione della *condemnatio* dell'*actio iniuriarum*, occorre premettere che si tratta di condanna *in bonum et aequum*; clausola che imponeva al giudice di tenere conto, utilizzando una logica equitativa, di tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto.

Dal punto di vista della struttura dell'*actio iniuriarum*, è stato affermato come sia precisamente la condanna *in bonum et aequum*, in uno alla *demonstratio* senza *intentio*, ad allontanare nettamente il rimedio in esame dalle comuni azioni pretorie, rendendone così peculiare la struttura⁷⁰.

Per quanto riguarda, invece, la finalità della clausola dell'*in bonum et aequum*, al netto delle annose questioni relative a condanne di questo tipo, in ordine al *quantum* della *condemnatio* nello specifico caso dell'*actio iniuriarum*, detta clausola rappresenta lo strumento processuale attraverso cui la gravità della vicenda, gli altri elementi che la caratterizzavano e ogni circostanza rilevante potevano essere valorizzati nel *quantum* della condanna⁷¹, in particolare del danno non patrimoniale patito dalla vittima⁷².

⁷⁰ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 92.

⁷¹ P. BERETTA, 'Condemnatio in bonum et aequum', in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 269 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, Torino, 1948, 128 s., per il quale il giudice «non veniva invitato a condannare a una somma determinata o determinabile con criteri obbiettivi, bensì a quella che gli sembrasse *bonum et aequum* stabilire in rapporto alle circostanze»; M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschr. Fritz Schulz*, 2, 1951, 42 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 76. Più in generale sui significati di *bonum et aequum*, cfr. P. VOICI, *Azioni penali e azioni miste*, in ID., *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 197 e 289 ss.

⁷² Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale nell'*actio iniuriarum* attraverso il meccanismo dell'*in bonum et aequum*, cfr. per particolare chiarezza espositiva A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR*, XVI, 1904, 225; P. BERETTA, 'Condemnatio in bonum et aequum', in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 272 s.; R. MARTINI, *Sul risarcimento del danno morale in diritto romano II (Ripensamenti)*, in *Riv. dir. rom.*, 2008, VIII, 1 ss., reperibile su <https://www.ledonline.it>; P. ZILLOTTO, *Funzione consolatoria e funzione affittiva*, cit.; EAD., *Sulla non patrimonialità del danno*, cit.; EAD., *Il danno non patrimoniale*, cit., dove precisa (395, nt. 8), che tale clausola, più in generale nell'ambito delle azioni penali, servì a estendere la portata applicativa di un rimedio inizialmente istituito per lesioni di natura solo patrimoniale a coprire anche danni non patrimoniali.

Non potendosi ravvisare nell'*iniuria* una perdita economica, la sostituzione delle pene fisse decemvirali non sarebbe potuta avvenire a vantaggio di una condanna al *quanti ea res est*: «di qui la necessità di ricorrere a una pena liberamente irrogabile dal giudice, che la proporzionerà alla maggiore o minore gravità dell'azione delittuosa non sulla base di un criterio di stima economica, bensì sul principio del *bonum et aequum*, attraverso il quale quel sentimento sociale, per cui una data somma di denaro può servir di compensazione e riparazione per l'offesa ricevuta, trova la sua realizzazione»⁷³.

Nel caso dell'azione d'ingiurie, inoltre, l'*in bonum et aequum* serve anche ad adattare l'*iniuria* a una realtà sociale in costante mutamento: se le lesioni fisiche hanno un aspetto materiale che ne giustifica *per se* la tutela, concetti come 'onore', 'dignità' e 'pudore' non hanno un significato assoluto e immutabile in sé stessi, ma solamente in quanto rapportati a uno specifico contesto morale e sociale che definisce la riprovevolezza o meno di un determinato comportamento.

Dal momento che l'*iniuria* poteva comprendere sia offese materiali che immateriali, assunse un'importanza peculiare la descrizione da parte della vittima dell'illecito subito, nelle fonti indicata come *certum dicere*⁷⁴, inserita nella *demonstratio* e produttiva di diverse conseguenze sulla *condemnatio* che sarebbe stata inflitta al responsabile.

Si è già detto che ogni circostanza utile riferita dalla vittima sarebbe potuta essere valorizzata dal giudice a fini liquidativi con la clausola dell'*in bonum et aequum*.

Oltre ai fatti, l'offeso indicava la somma che avrebbe reputato adeguata a soddisfare la pretesa di giustizia, la quale veniva inserita nella formula come *taxatio*, con la conseguenza che i giudici avrebbero potuto condannare a un importo inferiore rispetto a quello chiesto dall'attore, ma non superiore.

Infine, gli elementi riportati dal danneggiato avrebbero orientato il giudice, pur entro la cornice 'edittale' segnata dalla *taxatio*, a rapportare la *poena* all'illecito commesso: a una maggior serietà dell'illecito sarebbe pertanto seguito un più severo trattamento sanzionatorio, di modo che la gravità dell'offesa avrebbe orientato direttamente la quantificazione della condanna tramite la clausola dell'*in bonum et aequum*⁷⁵.

⁷³ V. P. BERETTA, 'Condemnatio in bonum et aequum', cit., 272 s.

⁷⁴ Nelle fonti, v. Paul. Coll. 2.6.1; Ulp. 57 *ad ed. D.* 47.10.7 pr.

⁷⁵ Per tutti sul ruolo della gravità dell'offesa nella condanna dell'*actio iniuriarum*, cfr. P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit., 16: «poiché dunque la condanna ha la funzione di vendicare

La duttilità caratterizzante la *condemnatio* dell'*actio iniuriarum* si contrappone nettamente alla rigidità del trattamento sanzionatorio decemvirale⁷⁶ e ne conferma il carattere (parzialmente) imprevedibile, la cui rilevanza in un'ottica deterrente è dimostrata plasticamente dall'episodio di Lucio Verazio⁷⁷.

Nel contesto del particolare meccanismo funzionale del rimedio in esame, la clausola in parola voleva far dipendere direttamente il *quantum* della condanna dalla gravità del singolo illecito e, dunque, consentire l'irrogazione di un più severo trattamento afflittivo in casi qualificati d'ingiuria, graduando così la *poena* inflitta al responsabile

Tuttavia, il riferimento alla gravità dell'offesa rischia di perdere significato se non si chiarisce come operi e quali elementi concorrano a definire il grado di serietà dell'*iniuria*, con particolare attenzione ai fattori che determinano la massima rilevanza della condotta ingiuriosa, ossia l'*iniuria atrox*.

7. Iniuria atrox e quantum della condanna: il fine di tutela della classe dirigente imperiale.

A Labeone sembra doversi anche una prima elaborazione dell'*iniuria atrox*, ossia di una figura di gravità qualificata secondo il portato offensivo dell'azione o le circostanze in cui viene posta in essere⁷⁸:

l'offesa, il suo ammontare dipende dalla gravità dell'*iniuria*: quanto maggiore sia stata l'offesa al valore immateriale, tanto maggiore è l'entità della condanna ... Tenendo presente che una azione nella quale il giudice è chiamato a determinare l'ammontare della condanna facendo una *aestimatio iniuriae* è una azione che sanziona condotte lesive di interessi non patrimoniali dell'attore ... si capisce allora che la somma di denaro, oggetto della *condemnatio*, ha carattere esclusivamente satisfattorio, serve cioè a mitigare l'offesa risentita dall'ingiuriato». Cfr. inoltre EAD., *Funzione consolatoria e funzione afflittiva*, cit., 15, anche per quanto concerne la distinzione tra la responsabilità civile extracontrattuale vigente e la responsabilità da delitto in Roma antica.

⁷⁶ Sul punto, particolarmente, v. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, cit., 42: «im Gegensatz an den festen Busstaxen des alten *ius civile*, die mit Ungleichem vergelten, soll der Richter hier eine wahre Ausgleichung vollziehen (*aequum*) und, wo dies nicht möglich ist, nach Gutdünken (*bonum*) schätzen».

⁷⁷ Su cui. v. cap. II, § 9.

⁷⁸ E. POLAY, '*Iniura*' types, cit., 132, ricorda infatti che «a special form of assault, named *atrox* owing to its seriousness, was formed in the classical age». Inoltre, per M. BALZARINI, '*De iniuria*', cit., 40 ss. «l'*iniuria atrox* è, nel linguaggio delle fonti, l'*iniuria* grave, secondo le circostanze e l'entità in sé (uno

Ulp. 57 ad ed. D. 47.10.7.8: *Atroce[m] autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. Persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat. tempore, si ludis et in conspectu: nam praetoris in conspectu an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. Re atroce[m] iniuriam haberi Labeo ait, ut puta si vulnus illatum vel os alicui percussum.*

Nel passo in oggetto, Ulpiano riferisce le circostanze che, secondo Labeone, rendono più grave un'*iniuria*, ossia la persona della vittima, con speciale attenzione alla carica ricoperta; il momento in cui avviene l'illecito, con particolare riguardo alle occasioni pubbliche; ma anche le particolari modalità della condotta, come nel caso delle percosse, la cui persecuzione, come si vedrà⁷⁹, a partire da Silla, avveniva mediante un procedimento *per quaestiones*, alternativo all'azione privata⁸⁰.

Il frammento viene interpretato da Manfredini come la testimonianza, resa da Ulpiano, che l'*iniuria atrox* sarebbe stata teorizzata da Labeone⁸¹; opinione, questa, condivisibile dal momento che i presupposti dell'*atrocitas* sono oggetto di discussione da parte dei giuristi di età classica, ma non prima, come dimostrano le fonti qui oggetto di analisi.

schiaffo, ad esempio, può costituire *iniuria atrox* se vittima ne è un magistrato o un senatore o se in fatto avviene «*in theatro aut in foro*» e lo stesso vale per l'ingiuria morale, che può essere grave di per sé ovvero per le circostanze in cui viene posta in essere). Ecco dunque che, a differenza delle declinazioni più perniciose dell'*iniuria sillana*, dove, ad es., la *pulsatio* era considerata particolarmente grave in sé per sé, non tutti gli esempi di *i. atrox* esisterebbero *in rerum natura*, ben potendo diventare qualificata anche un'ingiuria semplice purché si verificassero determinate circostanze che ne accompagnino la realizzazione.

⁷⁹ V. cap. IV.

⁸⁰ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 244 s., afferma che i classici, in sede di speculazione giurisprudenziale, abbiano identificato l'*iniuria atrox* con le percosse – espresse dai verbi *percutere* e *verberare* – le quali, in un'ottica privatistica, si configurerebbero nel senso di aggravanti «la cui presenza, liberamente apprezzata dal pretore, poteva avere rilievo processuale nella *aestimatio* della pena privata, come ci informa Gai. 3.224, o nella concessione o negazione dell'azione ... Tutti gli esempi di *iniuria atrox* che conosciamo, menzionano espressamente, o presuppongono, i termini *verberare* e *percutere-pulsare*, i termini cioè che designano le tipiche *iniuriae ex lege Corneliae*».

⁸¹ A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 28: per l'autore da tale operazione concettuale deriverebbe la fine dell'autonomia giuridica di determinate fattispecie di *iniuria* particolarmente gravi, come il *membrum ruptum*, e la loro sussunzione entro i confini dell'*atrocitas*.

Nel pensiero di Labeone, riportato da Ulpiano, l'azione non è *atrox* necessariamente in sé stessa, a meno che non sia stata posta in essere con modalità particolarmente efferate: anche un semplice schiaffo potrebbe integrare l'*iniuria atrox*, se, per esempio, viene percosso un magistrato o l'accaduto si verifichi nel foro.

C'è, pertanto, una differenza rilevante rispetto al *membrum ruptum*, che ricorreva quando la lesione subita dalla vittima ne avesse provocato l'invalidità, ma non sembrano esserci distinzioni di sorta tra magistrati e cittadini comuni, al di fuori delle ipotesi nelle quali le offese arrecate ai primi rappresentassero illeciti autonomi: il caso più noto è l'attentato alla *sacrosanctitas* dei tribuni della plebe.

Proseguendo in ordine cronologico, dopo Labeone anche Pomponio, la cui opinione è sempre riportata da Ulpiano, contribuisce a definire che cosa sia un'*iniuria atrox*:

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.9 *pr.* *Sed est quaestionis, quod dicimus re iniuriam atrocem fieri, utrum, si corpori inferatur, atrox sit, an et si non corpori, ut puta vestimentis scissis, comite abducto vel convicio dicto. Et ait Pomponius etiam sine pulsatione posse dici atrocem iniuriam, persona atrocitatem faciente. 1. Sed et si in theatro vel in foro caedit et vulnerat, quamquam non atrociter, atrocem iniuriam facit. 2. Parvi autem refert, utrum patri familias an filio familias iniuria facta sit: nam et haec atrox aestimabitur. 3. Si atrocem iniuriam servus fecerit, si quidem dominus praesens sit, potest agi de eo: quod si afuerit, praesidi offerendus est, qui eum flagris rumpat.*

Nel frammento, a Pomponio viene posta la questione se si possa qualificare come *atrox* anche un'*iniuria* non arrecata al corpo della vittima. Il giurista risponde affermativamente, perché sono altre le condizioni che definiscono la gravità del fatto, come il realizzare l'illecito, magari di per sé non di speciale serietà, in un luogo pubblico. Inoltre, non rileva neppure che a essere colpito sia un *pater* o un *filius familias*, dal momento che in entrambi i casi potrebbe essere integrata un'*iniuria atrox*, la quale potrebbe persino essere commessa anche da uno schiavo, se il padrone di quest'ultimo è presente.

È di particolare rilevanza l'affermazione di Pomponio sul fatto che la lesione non deve essere necessariamente materiale per essere qualificata come *atrox*.

Il giurista concorda, quindi, con Labeone sulla particolare rilevanza ai fini della valutazione dell'*atrocitas* di circostanze non necessariamente pertinenti all'offesa *per se*, come il luogo in cui viene commessa l'*iniuria*, con speciale attenzione a luoghi pubbli-

ci, che riprende il riferimento al *tempus* di Labeone versato in Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.7.8 (*in conspectu*).

La persona dell'offeso sembra, invece, rivestire un'importanza minore nel frammento in esame rispetto a Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.7.8, dal momento che il passo non distingue particolarmente tra *pater* e *filius familias* (*parvi ... refert*).

Un'ipotesi non presa in considerazione da Labeone è, invece, l'irrogazione di un'*iniuria atrox* da parte di un servo, che Pomponio considera possibile soltanto se il padrone di quest'ultimo fosse stato presente al momento dell'illecito, considerandosi come se il soggetto a potestà avesse agito per conto di quest'ultimo.

Anche Gaio si occupa di definire le condizioni che determinano la maggiore gravità dell'*iniuria*:

Gai. 3.225 *Arox autem iniuria aestimatur vel facto, veluti si quis ab aliquot vulneratur aut verberatus fustibusve caesus fuerit ... (Arox iniuria aestimatur) vel ex loco, veluti si cui theatro aut in foro iniuria facta sit, vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit vel senatori ab humili persona facta sit iniuria.*

Il passo fa dipendere l'*atrocitas* da tre variabili, ossia da un'azione particolarmente cruenta da cui derivino ferite fisiche per la vittima; ancora una volta dal *locus commissi delicti*, con particolare rilevanza dell'accadimento in pubblico; e anche qui dalla persona che la subisce, come un magistrato o un senatore.

Fin qui, i testi sono concordi nell'individuare gli elementi che determinano l'*atrocitas*: da un lato l'*iniuria* può essere *atrox* in sé stessa considerata, per le modalità particolarmente offensive della condotta; dall'altro, un illecito diviene *atrox* per le condizioni in cui viene posto in essere. Tra queste, una costante è il luogo in cui viene posto in essere l'atto illecito: l'offesa pubblica non è tollerata.

Come si vedrà nel prosieguo, Silla⁸², nel multiforme novero delle *iniuriae*, isola alcune ipotesi di gravità qualificata – *pulsatio, verberatio, domumu vi introire* – per le quali introduce un procedimento pubblico *per quaestiones*, alternativo all'azione privata, cui l'offeso avrebbe potuto fare ricorso se lo avesse desiderato.

Quelle sillane, pur differenziandosi dall'*iniuria* per la particolare gravità del fatto, concretizzano un modello sanzionatorio diverso dall'*iniuria atrox* della giurisprudenza

⁸² Cap. IV.

classica: sono, infatti, fattispecie dal più serio portato offensivo in sé stesse considerate per la particolare violenza con cui vengono poste in essere, non suscettibili di mutare in base a circostanze che esulano dall'azione antiggiuridica, come la persona dell'offeso.

La differenza di trattamento si spiega alla luce del diverso intento che perseguono le misure.

Nel caso di Silla, la *ratio* è quella di arginare la violenza incontrollata e indiscriminata causata dalla guerra civile che imperversa a Roma dall'assassionio dei Gracchi alla presa di potere di Augusto: sono, quindi, repressi più severamente le ipotesi di contenuto più marcatamente violento a prescindere da altre circostanze.

Al contrario, le condizioni ulteriori elaborate in età imperiale sembrano andare particolarmente a sostegno della neonata classe dirigente: a parte l'evidente riferimento alla persona dell'offeso, anche il tempo/luogo dell'*iniuria* è rivelatore, dal momento che si riferiscono a occasioni e luoghi abitualmente frequentati da una specifica parte della popolazione.

Lo *status personae* rileva dal lato non solo della vittima, ma anche del danneggiante, il che rafforza il fine di tutela di un preciso ordine sociale per il tramite dell'*iniuria atrox* di età classica: lo stesso comportamento, che se posto in essere da un uomo libero è di trascurabile gravità, può essere considerato di grande offensività se a porlo in essere è un *servus*, come precisa Ulpiano:

Ulp. 57 *ad ed. D.* 47.10.17.3: *Quaedam iniuriae a liberis hominibus factae leves (non nullius momenti) videntur, enimvero a servis graves sunt: crescit enim contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit.*

Il giurista è molto chiaro: se le *iniuriae* sono poste in essere da un uomo libero possono essere ritenute di scarsa rilevanza, sono invece ben più gravi se vengono poste in essere da un servo. Infatti, la gravità della *contumelia*, ossia dell'offesa, aumenta a seconda della persona che la irroga.

Il riferimento alla gravità intrinseca dell'*iniuria* nella determinazione dell'*atrocitas* sembra sparire con Paolo:

Paul. Sent. 5.4.10: *Atrox iniuria aestimatur aut loco aut tempore aut persona: loco, quotiens in publico inrogatur: tempore, quotiens interdium: persona, quotiens senatori vel equiti Romano decurionive vel alias*

spectatae auctoritatis viro: et si plebeius vel humili loco natus senatori vel equiti Romano, decurioni vel magistratui vel aedili vel iudici, quilibet horum, vel si bis omnibus plebeius.

Tuttavia, in un altro frammento Paolo sembrerebbe riproporre ancora la gravità *in re ipsa* di alcune offese, che però fa dipendere dalla violenza della lesione e non dalla parte del corpo colpita dalla lesione stessa, come un occhio.

Paul. 55 *ad ed. D. 47.10.8: Vulneris magnitudo atrocitatem facit et nonnumquam locus vulneris, veluti oculo percusso.*

I frutti maturi dell'elaborazione della giurisprudenza classica vengono fatti propri da Giustiniano, che nelle Istituzioni definisce l'*iniuria atrox* come un'offesa di gravità qualificata *per se*, per esempio le percosse, oppure come dipendente da determinate circostanze, tra cui, ancora una volta, la verifica dell'accaduto in luogo pubblico o la persona dell'offeso:

I. 4.4.9: *Arox iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit vel fustibus caesus: vel ex loco, veluti si cui in theatro vel in foro vel in conspectu praetoris iniuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili iniuria facta sit, aut parenti patronoque fiat a liberis vel libertis; aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae iniuria aestimatur. nonnumquam et locus vulneris atrocem iniuriam facit, veluti si in oculo quis percussus sit. parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis iniuria facta sit: nam et haec atrox aestimabitur.*

Nella fonte giustiniana il fine di tutela della classe dirigente emerge con ancora maggiore evidenza, in quanto vengono differenziati esplicitamente i senatori e gli altri membri dell'*entourage* imperiale dagli *humiliores*.

Infine, il testo si richiama espressamente a Paul. 55 *ad ed. D. 47.10.8*, nella parte in cui si dice che l'*atrocitas* non deriva dalla parte del corpo colpita, ma anche a Ulp. 57 *ad ed. D. 47.10.9.2*, che precisa come l'*iniuria atrox* possa essere patita sia dal *pater* che dal *filius*, e, più in generale, alle condizioni già individuate dalla giurisprudenza classica come integranti la massima gravità del delitto: il fatto particolarmente offensivo *per se*; quello posto in essere in un luogo pubblico; le offese ai membri nobili della società.

Identificati i presupposti dell'*iniuria atrox* e venendo ora alle sue conseguenze sul *quantum* della condanna, Gaio riferisce che, in tali ipotesi, pur potendo condannare a un importo minore di quello inserito come *taxatio* nella formula, i *recuperatores* avrebbero solitamente accolto la richiesta attorea, così sanzionando col massimo ammon-tare irrogabile condotte particolarmente riprovevoli⁸³:

Gai 3.224: *Permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formuam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsum praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

Il pretore procedeva all'*aestimatio* dell'*iniuria*, inserita come *taxatio* nella formula, e il giudice avrebbe potuto condannare a un importo minore, a seconda di ciò che gli fosse parso corretto. Tuttavia, in caso di *iniuria atrox*, il giudice avrebbe condannato alla somma indicata dal pretore, garantita da *vadimonium*: anche se astrattamente avrebbe potuto diminuire l'importo indicato nella formula, l'autorevolezza del magistrato in quella particolare circostanza era tale che non avrebbe osato.

Nei casi di *iniuria atrox*, per parte della dottrina l'ammontare sarebbe stato invece direttamente indicato dal pretore e accettato dal giudice in sede di condanna, con un controllo ancora più penetrante degli organi magistratuali sulla vicenda⁸⁴.

Sia che l'importo della condanna fosse stato determinato direttamente dal pretore, sia che il giudice, di fronte a ipotesi tanto gravi, non avesse avuto l'ardire di diminuire la stima del magistrato, il nodo cruciale è il mancato abbassamento del *quantum* della condanna per l'*iniuria atrox*: nella 'cornice edittale' disegnata dalla *taxatio*, la punizione del responsabile è massima.

⁸³ Su Gai 3.224, cfr. A. MANFREDINI, *Quod edictum*, cit., 84 s.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 100, puntualizza che la *condemnatio* della formula dell'*actio iniuriarum* era, dunque, incerta, con ciò attribuendo al giudice, secondo quanto riporta l'autore, la possibilità di determinare la somma da irrogarsi nel senso di «una '*pecuniaria aestimatio*', come dice Gaio».

⁸⁴ In tal senso E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., 562; G. HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, II, *Les Obligations*, Paris, 1943, 167; J. MAQUERON, *Histoire des obligations*, cit., 283, che spiega il mancato abbassamento con il rispetto mostrato dai giudici nei confronti della valutazione del magistrato di fronte a *iniuriae* così gravi.

Oltre a ciò, nel caso di *iniuria atrox* «il pretore rendeva obbligatorio, a garanzia dell'offeso, il *vadimonium* e ne fissava anche l'ammontare, condizionando in questo modo, come riporta Gaio, la *summa condemnationis*»⁸⁵.

In altre parole, una speciale gravità dell'offesa alla persona avrebbe comportato l'irrogazione di un trattamento retributivo particolarmente severo, indice della maggiore intransigenza dell'ordinamento di fronte alla commissione di illeciti qualificati.

Si può ipotizzare che, a fronte di *iniuriae* di lieve offensività, l'importo richiesto dal danneggiato sarebbe stato ridotto dal collegio al fine di non dare corso a un'eccessiva afflizione, dunque quantitativamente più vicina a una condanna riparatoria: nulla vieta infatti di ritenere che, come il giudice avrebbe tendenzialmente accolto la richiesta dell'offeso (o del magistrato) nell'*iniuria atrox*, allo stesso modo avrebbe potuto mitigarla in un caso meno grave, sempre seguendo il meccanismo della *taxatio*.

La possibilità di riduzione della somma richiesta dall'attore, tuttavia, non fa venire meno la finalità sanzionatoria del rimedio, nella cui direzione convergono univocamente anche elementi ulteriori rispetto all'ammontare della condanna, e in particolare l'*infamia* del condannato.

Da un meccanismo processuale di questo tipo discende anzi una doppia imprevedibilità della *poena* per i casi di *iniuriae*, che avalla ulteriormente una lettura sanzionatoria del rimedio in esame.

Al contrario delle statuizioni decemvirali fisse, la struttura dell'*actio iniuriarum* risultava imprevedibile sia sotto il profilo della richiesta dell'offeso, non potendosi immaginare quale ammontare avrebbe preteso, sia sotto quello della condanna, essendo incerto non solo se il collegio avrebbe o meno confermato l'importo preteso dal danneggiato, ma anche, in caso contrario, di quanto lo avrebbe diminuito.

Quasi superfluo ricordare che la sanzione pecuniaria fissa, in quanto totalmente prevedibile *ex ante*, produce un minor effetto deterrente (quando non addirittura nullo) rispetto a meccanismi afflittivi che conservino un margine apprezzabile di imprevedibilità.

⁸⁵ V. il già citato Gai 3.224. In letteratura, cfr. A. MANFREDINI, '*Quod edictum*', cit., 87 s.; G. HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, cit., 167. Più recentemente, con esaustive indicazioni in letteratura, N. DONADIO, '*Vadimonium*' e '*contendere in iure*': tra "*certezza di tutela*" e "*diritto alla difesa*", Milano, 2011, 163, nt. 7.

Il limite delle sanzioni rigide è, invero, rappresentato dal fatto che, qualora il trasgressore ne possa sostenere economicamente l'importo, gli è in qualche misura rimesso di decidere se infrangere la legge oppure rispettarla, come ha dimostrato – anche se, probabilmente, più da un punto di vista simbolico che altro – l'episodio di Lucio Verazio.

L'incertezza della condanna irrogabile mediante l'*actio iniuriarum* veniva bilanciata dall'intervento del giudicante – che, come accennato poc'anzi, avrebbe diminuito l'importo indicato dall'attore per mitigare una richiesta sproporzionata – e dalla conoscenza, da parte del trasgressore, del massimo importo irrogabile sì dopo l'infrazione commessa, ma prima della *litis contestatio*, dunque del momento in cui si sarebbero fissati definitivamente i termini della controversia⁸⁶. Rimanevano, quindi, ancora percorribili soluzioni alternative rispetto a un giudizio economicamente afflittivo e per giunta infamante.

In conclusione, la possibilità di graduare il risarcimento a seconda della gravità della condotta allontana lo schema punitivo in commento da quello decemvirale e ne dimostra il perfezionamento in punto di finalità sanzionatoria.

8. *Il rilievo della dignitas dell'offeso nel calcolo dell'aestimatio.*

Tra i parametri di calcolo dell'*aestimatio* per le offese alla persona, e in specie quelle morali, un ruolo particolarmente rilevante deve essere attribuito alla persona verso la quale era diretta l'ingiuria, che poteva rilevare sotto due profili: o sull'*an* dell'*iniuria* stessa, dal momento che, per esempio, non si sarebbe potuto giuridicamente ipotizzare un caso di *ademptata pudicitia* ai danni di una donna non virtuosa⁸⁷, oppure sulla gradazione della condanna. Quest'ultima prospettiva sarà qui analizzata.

⁸⁶ Sulla *litis contestatio* e sulle varie letture che la romanistica ha avanzato per definirne i contorni, v. R. DE RUGGIERO, *Teorie vecchie e nuove intorno alla "litis contestatio"*, Roma, 1905, *passim*. Sul profilo d'interesse, lo stesso autore nota che «il convenuto ... poteva pur sempre rendere impossibile il giudizio col ruscare l'accettazione della formula» (46).

⁸⁷ Per E. POLAY, *'Iniuria' types*, cit., 158, l'*ademptata pudicitia* è, in termini generali, «an assault against the good name of a woman "of distinction" or of young people still wearing *toga praetexta*». Sull'*ademptata pudicitia*, di recente v. S. FUSCO, *'Specialiter autem iniuria'*, cit., 71 ss.

Si è già rilevato nel capitolo precedente come le XII Tavole distinguessero l'*os fractum* della persona libera, sanzionato con una *poena* di trecento assi, da quello inferito allo schiavo, punito la metà.

Per spiegare una simile asimmetria – non presente negli altri delitti decemvirali contro la persona, segnatamente *membrum ruptum* e *iniuria* – autorevole dottrina, ancorchè risalente, aveva addotto l'argomento dell'origine nel *ius sacrum* dell'illecito in esame⁸⁸.

Una ricostruzione di questo tipo, che propone la lettura di *os fractum* e *membrum ruptum* nel paradigma del *fas*, spiega in tale ottica perché la persona in stato servile fosse esplicitamente indicata come soggetto passivo da Tab. 8.3. Lo schiavo viene, invero, preso in considerazione come appartenente al *ius sacrum*; prova ne è, tra le tante, che il luogo in cui venga sepolto divenga *religiosus* al pari di quello di una persona libera.

Dal momento che *membrum ruptum* e *os fractum*, al contrario dell'*iniuria*, avrebbero avuto origine nel *fas*, questo spiega perché anche lo schiavo fosse ritenuto vittima dell'illecito; invece, successivamente all'erosione del paradigma *fas-nefas* sul piano giuridico, il *membrum ruptum* e l'*os fractum* avrebbero continuato a riferirsi allo schiavo in quanto ne diminuivano sensibilmente il valore di mercato, al contrario dell'*iniuria*⁸⁹.

Senonchè, una lettura di questo tipo non chiarisce perché non si rinvenga una parallela menzione del servo anche nel testo di Tab. 8.2, attesa l'identica origine sacrale degli illeciti, specie considerando l'indubbia perdita di valore del bene a seguito di una grave lesione dell'integrità fisica dello schiavo.

Sulla scorta di quanto osservato nel capitolo precedente sui delitti decemvirali, potrebbe invece ipotizzarsi che le XII Tavole abbiano considerato la frattura inferta a

⁸⁸ V. S. DI PAOLA, *Genesi storica*, cit., 27 s. e nt. 60. L'autore riferisce la rilevanza dello schiavo come persona agli occhi del *ius sacrum* e, poiché Tab. 8.2 e 8.3 colpiscono altresì l'offensore della persona in stato servile, secondo Di Paola deve balenare almeno il sospetto che *membrum ruptum* e *os fractum* fossero risalenti ad un'epoca, molto antica, in cui la schiavitù non era ancora diffusa, «ad un'epoca, cioè, in cui ancora imperava il concetto di *fas* e non si era ancora costituito, nell'ambito di esso, il nuovo sistema normativo del *ius*». L'*iniuria*, invece, deve considerarsi posteriore alle figure appena menzionate a parere pressoché unanime della dottrina, e viene ricondotta dall'autore ad un'epoca in cui il *fas* è ormai in declino, mentre il *ius* espande sempre più i suoi domini fino a ricomprendere le fattispecie menzionate *supra*. Anche qui, troppe citazioni dirette, sintetizzare

⁸⁹ S. DI PAOLA, *Genesi storica*, cit., 28.

un servo perché ne avrebbe determinato l'oggettiva impossibilità di attendere alle proprie occupazioni.

Un distinguo in tal senso non avrebbe ragione nel *membrum ruptum* perché, nonostante per un uomo libero avrebbe rappresentato un'offesa di speciale gravità, non avrebbe invece impedito alla persona in stato servile di svolgere il proprio lavoro, specie manuale: si prenda come esempio l'asportazione di un occhio, di certo una grave lesione per un uomo libero, ma che non avrebbe determinato l'inabilità al lavoro di quello in stato servile⁹⁰. Di lì a poco, peraltro, la *lex Aquilia* si sarebbe incaricata del danneggiamento arrecato al *servus* e le offese personali sarebbero rimaste, quindi, di pertinenza delle persone libere.

Al di là del tentativo di ricostruzione ora proposto, questa sembra essere la prima attestazione nelle fonti di una diversificazione del trattamento retributivo degli illeciti contro la persona in base alla *dignitas* della vittima, intesa come la «comune rispettabilità morale e sociale (*existimatio; fama; integra dignitas*; o similmente)»⁹¹.

Sarà, tuttavia, da quando l'*iniuria* si sarebbe estesa sino a ricomprendere le offese morali e si sarebbe dunque potuta produrre *aut in corpore aut ad dignitatem* che la lesione della *dignitas* sarebbe divenuta giuridicamente rilevante in senso generale.

Trattando più precisamente del rilievo che la persona dell'offesa avrebbe comportato in punto di gradazione della condanna, l'*atrocitas* dell'*iniuria*, come riportano

⁹⁰ Si è chiarita nel capitolo precedente l'ambiguità del significato del *membrum ruptum* di Tab. 8.2 (cfr. cap. II, § 4); in questa sede ci si limiterà a osservare che lesioni dal serio portato offensivo quali l'asportazione di un occhio o l'evirazione, per quanto penalizzanti per un uomo libero, non avrebbero invece impossibilitato lo schiavo a svolgere le proprie mansioni. Per quanto concerne l'asportazione di una parte del corpo, altra fattispecie 'classica' di *membrum ruptum*, può notarsi che la rilevanza della menomazione inflitta a uno schiavo sarebbe passata necessariamente per la frattura ossea; altre mutilazioni, invece, non comportanti una simile lesione – come può ipotizzarsi, per esempio, nel caso dell'asportazione del membro virile – non avrebbero parimenti comportato l'inabilità al lavoro dello schiavo.

⁹¹ B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 403. Viceversa, nel caso in cui questa mancasse, «si parlò di mancanza di buona reputazione (*ignominia*, e poi, con maggior frequenza, *infamia*); ed anche di bassezza morale (*turpitudō*); e con terminologia derivante da una delle più antiche modalità di attribuzione del giudizio negativo concernente la rispettabilità (la *nota* del censore), le persone di cui diciamo vennero indicati nelle fonti, talora, oltre che come *ignominiosi* e *infames*, anche come *notati*».

concordemente tutti i passi richiamati nel paragrafo precedente⁹², dipende dalla persona dell'ingiuriato: offendere un senatore o un magistrato integra un'*iniuria atrox*.

9. *Quale ruolo per la capacità patrimoniale del responsabile nella quantificazione della poena per le iniuriae?*

L'*actio iniuriarum* sembra fronteggiare un problema con il quale si confronta, con le dovute differenze, anche l'interprete moderno, ossia il fatto che una condanna pecuniaria produce conseguenze differenti a seconda del patrimonio del trasgressore.

Una somma che potrebbe determinare in un soggetto di modesti mezzi patrimoniali una difficoltà di adempimento, nei confronti di talaltro potrebbe essere sostenuta con più facilità, o addirittura considerarsi irrisoria.

In un'ottica strettamente compensativa, dove la condanna viene parametrata al pregiudizio occorso, è chiaro che nessuno spazio possa trovare la considerazione della capacità patrimoniale del responsabile. Tuttavia, muovendo dall'elasticità dell'*in bonum et aequum* nelle azioni penali, ci si potrebbe forse chiedere se tale clausola non potrebbe essersi spinta fino a considerare, oltre a tutte le circostanze del fatto, anche l'impatto che la condanna avrebbe prodotto sull'offensore.

Sembrano rilevanti due frammenti in questo senso.

Il primo è un brano gaiano – ormai più volte citato e che pertanto sarà riprodotto in nota – nella parte in cui afferma per le pene fisse decemvirali che *videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse*⁹³. Il passo pare offrire un collegamento tra l'idoneità della pena (chiaramente a spiegare un effetto di deterrenza) e le condizioni patrimoniali dei consociati cui si rivolge: le sanzioni decemvirali, secondo quanto si arguisce dal frammento, non sono *idoneae* in senso assoluto, ma rapportate a capacità economiche particolarmente modeste.

⁹² V. cap. III, § 7.

⁹³ Gai 3.223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut consilium trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo, CL; propter ceteros vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.* Ma v. anche il riferimento alla '*magna veterum paupertate*' di I. 4.4.7, riportato qualche pagina addietro.

Il secondo frammento, parimenti ripreso di frequente nella presente trattazione, si riferisce all'episodio di Lucio Verazio, qui rilevante nella misura in cui immortalava il (modesto) effetto deterrente che una sanzione pecuniaria può avere su di una capacità patrimoniale di ragguardevole ammontare⁹⁴.

Se dunque uno dei problemi connessi a un'efficace liquidazione dei danni alla persona può essere proprio quello da ultimo individuato e se alle sanzioni non è possibile attribuire un effetto deterrente in sé stesse, ma solo nello specifico contesto nel quale si trovano a operare, allora si potrebbe forse ipotizzare una non completa irrilevanza della capacità patrimoniale del responsabile in situazioni-limite. Tali si sarebbero potute ravvisare sia in una condizione di notevole benessere economico sulla quale la condanna non avrebbe sortito pressoché alcun effetto sanzionatorio (specie nel caso di illeciti particolarmente gravi), sia, all'inverso, in una situazione finanziaria a tal punto precaria che l'ammontare avrebbe finito per produrre effetti spropositati rispetto all'offesa perpetrata.

Questo sembra il massimo rilievo che potrebbe attribuirsi alla capacità economica del responsabile, che non sembra tuttavia smentito dalla clausola condannatoria *in bonum et aequum* né dalle fonti riportate poc'anzi.

10. La condanna all'infamia.

Al *quantum* economicamente sanzionatorio della condanna dell'*actio iniuriarum* si affianca, per meglio concretizzare il portato punitivo del rimedio, l'*infamia* dell'ingiuriante⁹⁵, solitamente comminata in esito ai *iudicia publica*⁹⁶, ma anche, signifi-

⁹⁴ Il riferimento è a Gell. 20.1.13 e in particolare al '*servus sequebatur ferens crumenam plenam assium*'.

⁹⁵ Cfr. J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri Pavia, 2010, 491 ss., per il quale etimologicamente derivata dall'unione di *in*, particella privativa, e *fama*, indicando così un soggetto privo di alcuna fama o stima. *Infamia* costituisce un lemma antico, risalente a Plauto e Terenzio, ed è spesso utilizzato insieme ad *ignominia* – termine traducibile come “senza buon nome” – anche se sembra che le due parole pertengano ad ambiti differenti: «Carisio ci informa che i grammatici ascrivevano ai termini *ignominia* e *infamia* ambiti diversi di significato: mentre il fondamento dell'*ignominia* sarebbe costituito dalla pronuncia di un'autorità competente, l'*infamia* si baserebbe su dicerie e pettegolezzi, rappresentando piuttosto il giudizio dell'opinione pubblica. Questa teoria trova, effettivamente, una corrispondenza nell'etimologia del sostantivo *infamia*, poiché *fama* altro non è che «il giudizio dei più», «l'opinione pubblica» ed anche ciò che essa genera: la «buona» o «cattiva fama» di una persona, la «reputazione» di cui la stessa gode nel contesto sociale in cui vive».

cativamente, ricordata nelle fonti nel caso di alcune azioni private (cd. *actiones famosae*), tra cui l'*actio iniuriarum*⁹⁷.

Come noto, l'irrogazione dell'*infamia* produceva pesanti conseguenze giuridiche, tra cui la perdita della possibilità di *postulare pro aliis* e di intentare azioni popolari⁹⁸, le quali costituiscono ulteriore riprova dei fini di afflizione e deterrenza che permeano il rimedio in esame, raggiunti sia attraverso una condanna economicamente afflittiva, sia mediante una sanzione infamante.

Anzi, secondo autorevole dottrina, è in tale carattere – e non nella *poena* – che risiede precisamente l'effetto sanzionatorio dell'*actio iniuriarum* e, più in generale, delle azioni penali.

Betti afferma l'inesattezza di considerare la funzione satisfattiva del denaro connessa con il carattere penale dell'azione o derivata dall'antica vendetta: al contrario, la composizione monetaria che sostituisce la *vindicta* deve essere considerata una «ripara-

⁹⁶ Sul punto, per tutti, v. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 152 ss.

⁹⁷ Cfr. Gai 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte. plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur.* Anche Iul. 1 ad ed. D. 3.2.1: *Praetoris verba dicunt: "infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praeravationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit?.* V. inoltre Marc. 48 Inst. D. 48.1.7: *Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum.*

⁹⁸ Sull'*infamia* conseguente all'esperimento di un'*actio famosa*, v. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 406, oltre che per l'indicazione delle fonti da cui emerge tale causa d'*infamia* (nt. 277). In punto di *infamia* e ignominia, cfr. *Appunti di Istituzioni di Diritto Romano raccolti alle lezioni del Prof. P. de Francisci. Anno accademico 1922-23*, Padova, 1923, 154 ss.; J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia*, cit., 491 ss.

zione pecuniaria a vantaggio della parte lesa»⁹⁹. Invece, secondo lo studioso, un vero residuo della primitiva *vindicta* si può trovare nell'*infamia*, in quanto diretta a menomare la capacità giuridica del responsabile¹⁰⁰.

La teoria di Betti è tributaria della lettura compensativa-riparatrice della *poena* adottata dallo stesso autore che, tuttavia, è lungi dall'essere incontestata: studiosi come Voci, Jhering e Savigny riconoscono infatti alla *poena* delle azioni penali, non solo d'ingiurie, una finalità non risarcitoria, ma schiettamente afflittiva¹⁰¹ e significativamente Talamanca la definisce nei termini di «prezzo del riscatto» come sostituito dalla vendetta originaria¹⁰².

Più in generale, che nelle azioni penali, in quanto derivate dagli antichi delitti privati, ci sia «un convenuto da punire per il torto arrecato» e siano pertanto interpreta-

⁹⁹ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 229: «non è che nella funzione riparatrice della *poena* si esprima una “pena” o rimanga un residuo della primitiva *vindicta*: è che la *poena* si è *sostituita* storicamente a questa» (enfasi dell'autore sia in nota che in corpo di testo). Lo studioso avverte che, da un punto di vista letterale, solo i compilatori, in D. 11.7.2.2 parlano di *poena pecuniaria*. Più in dettaglio sul perché l'autore non consideri la composizione pecuniaria in chiave sanzionatoria, ma riparativa, ID., *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 191 ss.

¹⁰⁰ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 229 s.

¹⁰¹ V. P. VOCI, *Azioni penali*, cit., 197: «le idee che stanno a fondamento della pena privata possono, dunque, essere descritte a questo modo. La pena dà qualcosa all'offeso e toglie qualcosa all'offensore. All'offeso assicura una somma pari all'ammontare del danno subito, aumentata di un multiplo ... Così si ripiana il danno e si placa il risentimento dell'offeso, togliendo ogni giustificazione a una qualche velleità di vendetta. dal lato opposto, il pagamento di una somma molto superiore al danno punisce efficacemente il colpevole. L'*actio poenalis* ha, così, due momenti: uno satisfattorio e uno punitivo». Cfr. anche F.C. V. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, tr. it. di G. Pacchioni, II, Torino, 1912, 287: nel diritto romano classico la pena privata «consisteva in una somma di denaro che l'offensore doveva pagare all'offeso; di guisa che l'uno diventava più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero stati prima del delitto». Per R. V. JHERING, *La lotta pel diritto*, tr. it. di R. Mariano, Roma, 1874, 218 e nt. 1, nelle *actiones vindictam spirantes* «la multa pecuniaria non era scopo a se stessa, ma solo mezzo allo scopo» ossia in primo luogo di assicurare gli interessi della vita privata da certe violazioni, gravi ancorché non integranti fattispecie criminali; in secondo luogo, «lo scopo etico di dare soddisfazione al sentimento del Diritto violato», a tal punto che l'autore afferma «scopo di siffatte pene era come nella pena per i crimini».

¹⁰² M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, cit. 82: il passaggio dalla vendetta alla pena pecuniaria «non comportava però che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*».

bili nel prisma della sanzione del responsabile, è un dato comunemente accettato dalla romanistica¹⁰³.

Oltre a essere condiviso, detto dato sembra ancora convincente: che anche l'ammontare della condanna rechi in sé l'intento di sanzionare il responsabile emerge con particolare evidenza dal mancato abbassamento dell'*aestimatio* svolta dal pretore in caso di *iniuria atrox* e, peraltro, anche dalle origini del rimedio, nato come prezzo della colpa¹⁰⁴, del sangue¹⁰⁵, del riscatto¹⁰⁶, della vendetta¹⁰⁷ il cui scopo era quello di evitare l'autotutela, non di riparare al danno occorso. Appunto perché si muove completamente al di fuori di una prospettiva risarcitoria, la *condamnatio* dell'azione d'ingiurie non si pone il problema di essere parametrata al pregiudizio.

¹⁰³ L'efficace espressione è di L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. it. di Riccardo Orestano, Milano, 1939, 162. Sulle azioni penali, tra i contributi più recenti, mi limito a richiamare C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 27 ss.; L. VACCA, *Azioni penali 'ex delicto': pena e reintegrazione patrimoniale*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 201 ss.; G. CRIFÒ, *Le obbligazioni da atto illecito. Caratteristiche delle azioni penali*, in *Derecho romano de las obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 731 ss.; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di "struttura" e "funzione" delle azioni penali private*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XCVI - XCVII, 1993-1994, 370 ss.; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno (Roma 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli, 2008, 41 ss.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, cit., specie 197 ss.; M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 143 ss.; G. ROSSETTI, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in "Actio in rem" e "actio in personam". *In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2011, 598 ss.; EAD., "Poena" e "rei persecutio" nell'actio ex lege Aquilia, Napoli 2013; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida e G. Rossetti, Napoli, 2015, *passim*; *Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, *passim*.

¹⁰⁴ S. GALEOTTI, *Ricerche in tema di 'damnum'*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, 31 s.

¹⁰⁵ B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8, che traduce *poena* – 'gemella' latina del greco ποινή – come «pagamento in funzione riparatoria» o «pagamento del prezzo del sangue».

¹⁰⁶ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 82.

¹⁰⁷ C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 43.

All'*actio iniuriarum* va, pertanto, riconosciuta la «funzione di vendicare l'offesa»¹⁰⁸ e soddisfare l'istanza di giustizia dell'offeso.

11. *L'intrasmissibilità attiva dell'actio iniuriarum alla prova di Ulp. 56 ad ed. D. 47.10.1.6-7.*

Si è soliti notare che l'intrasmissibilità attiva dell'*actio iniuriarum* – riferita dalle fonti¹⁰⁹ – trova spiegazione nel prisma dell'intento vindicatorio che anima la persecuzione del colpevole di *iniuria*.

Anche la presente riflessione ha più volte ricordato che, più che al denaro, l'*actio iniuriarum* mira alla punizione del responsabile, alla quale è inscindibilmente legata la soddisfazione dell'offeso: è, questa, una lettura confortata dalle fonti che ritengono il rimedio in esame essere volto a ottenere *magis enim vindictae quam pecuniae*¹¹⁰ e proprio tale fine rende l'*actio iniuriarum* la più importante tra le *actiones vindictam spirantes*¹¹¹.

¹⁰⁸ Per P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit., 16, la vendetta sopravvive a livello di funzione dell'*actio iniuriarum*: «l'ordinamento giuridico assegna quindi rilevanza all'interesse non patrimoniale colpito dall'offesa, e lo fa ai fini di una vendetta: l'interesse non patrimoniale rileva perché è stato offeso e va vendicato, non perché è stato lesa e va risarcito». V. anche EAD., *Funzione consolatoria*, cit.: «è chiaro dunque che a questa pena pecuniaria è del tutto estranea qualsiasi logica satisfattoria», interpretata dall'autrice in chiave prettamente punitiva. Cfr. inoltre EAD., *Il danno non patrimoniale nella sentenza del giudice privato*, cit., 395 s.

¹⁰⁹ L'intrasmissibilità attiva del rimedio in esame viene affermata con particolare chiarezza, *ex multis*, da Gai. 4.112: *Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*

¹¹⁰ Paul. 41 *ad ed. D. 37.6.2.4: Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem: sed si furti habeat actionem, conferre debebit.*

¹¹¹ Così M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*², Milano, 2013, 311. Cfr. inoltre G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Napoli, 1895, 194; C. FEDDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Parte storica - Diritto romano, Torino, 1894, 150, sempre ragionando intorno a queste particolari azioni, riferisce significativamente di «quel carattere di soddisfazione personale, il quale le rende intrasmissibili»; l'*actio iniuriarum* compare al primo posto dell'elenco delle azioni *vindictam spirantes* stilato da H. PAALZOW, *Zur Lehre von den römischen Popularklagen*, Berlin, 1889, 40; R. V. JHERING, *La lotta pel diritto*, cit., 218, nt. 1; F.L. V. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni. Esposizione som-*

Se dunque il rimedio in esame può leggersi come la trasposizione sul piano processuale di una vicenda che lega personalmente – perché personale è l'offesa arrecata – il trasgressore e la vittima che agisce per la lesione della propria persona, non può dubitarsi che la sfera più privata dell'offeso si estingua con la sua morte e non sia, contrariamente a un rapporto di carattere patrimoniale, trasmissibile in via ereditaria.

In altre parole, è l'intento satisfattivo dell'offeso da un torto così personale a determinare l'intrasmissibilità attiva del mezzo processuale.

Senonché, si deve menzionare un frammento di Ulpiano che sembra andare in direzione opposta a quanto sinora esposto, in quanto ammette alcuni casi di trasmissibilità ereditaria dell'azione d'ingiurie nel periodo classico.

Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.1.6 *Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit iniuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam (semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare): quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem adquiri. Denique Iulianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, adquiri hereditati actiones dubium non esse. Idemque putat et si ante aditam hereditatem servo hereditario iniuria facta fuerit: nam per hereditatem actio heredi acquiretur. 7. Labeo scribit, si quis servum hereditarium testamento manumissum ante aditam hereditatem verberaverit, iniuriarum heredem agere posse: at si post aditam hereditatem verberatus sit, sive scit se liberum sive ignorat, ipsum agere posse.*

Il giureconsulto riconosce la legittimazione dell'erede che avesse già accettato l'eredità all'esperimento dell'azione per l'*iniuria* perpetrata ai danni delle ritualità funebri o del corpo del defunto affermando che sia sempre ravvisabile in capo all'erede stesso l'interesse (va da sé: non patrimoniale) a *defuncti existimationem purgare*¹¹².

Qualora l'offesa al corpo o al funerale del defunto fosse invece avvenuta *ante aditam hereditatem*, la questione si complica: riporta infatti Ulpiano che l'*actio iniuriarum*

maria ad uso di lezioni, trad. it. di N. De Crescenzo, Napoli, 1872, 342 s.; G. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ebelichen Güterrechtes*, Tübingen, 1871, 211; A.F.G. THIBAUT, *Sistema del diritto delle pandette*, trad. it. di G. Colucci, I, Napoli, 1857, 63, per il quale tali azioni «senza vero danno dell'attore possono proporsi per semplice vendetta».

¹¹² A tal proposito, v. G. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *Annali del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo*, VIII, Palermo, 1921, 25: «non è già che l'erede assuma la personalità giuridica del defunto, tanto è vero che i diritti della personalità periscono con lui; tuttavia l'ingiuria si considera in certo modo fatta all'erede».

viene acquistata dall'eredità e perviene all'erede tramite l'eredità stessa (*magis hereditati, et sic heredi per hereditatem adquiri*)¹¹³, in un modo che non parrebbe dissimile da quanto avviene per i diritti patrimoniali. Parimenti, ossia sempre attraverso l'eredità, passa all'erede l'*actio iniuriarum* da esercitare qualora la salma del *de cuius* fosse stata sottratta e nascosta: per Giuliano, il cui pensiero viene riportato da Ulpiano, è indubbio che ciò avvenga.

Lo stesso dicasi per le *iniuriae*, ossia le percosse, subite dallo schiavo ereditario prima dell'accettazione¹¹⁴: anche in questo caso, per il tramite dell'eredità *actio heredi adquiretur*. Qui il brano riferisce l'opinione di Labeone, per il quale se uno schiavo manomesso con il testamento fosse stato percosso prima dell'accettazione dell'eredità, l'erede avrebbe potuto agire con l'azione d'ingiurie; ma se il medesimo evento si fosse verificato dopo l'accettazione, allora lo schiavo, ormai divenuto persona libera, avrebbe potuto esperire lui stesso il rimedio.

Analizzato brevemente il contenuto del frammento, il fatto che l'azione d'ingiurie 'pervenga all'erede attraverso l'eredità' si pone in (apparente, per i motivi che si ci appresta a esporre) contraddizione con il principio della pacifica intrasmissibilità attiva del rimedio a ragione del suo carattere strettamente personale ancora in periodo classico.

Sul punto, Cenderelli ravvisa un legame peculiare tra l'erede e il defunto – confortato dalla religione, dal costume e dalla società romana – che avrebbe funto da base ideale su cui innestare la trasmissibilità attiva dell'azione nei casi ricordati dalla fonte¹¹⁵.

¹¹³ Il passaggio è a tal punto contrastante con la pacifica intrasmissibilità attiva dell'azione d'ingiuria in epoca classica che G. SCADUTO, *Contributo esegetico*, cit., 25, sostiene l'interpolazione del frammento da parte dei compilatori per presentare l'eredità giacente come persona giuridica già nel pensiero di Ulpiano. Per un commento contrario a tale lettura, A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale*, cit., 3.

¹¹⁴ Le *iniuriae* – sotto forme di percosse, non di offese all'onore – subite dallo schiavo venivano solitamente considerate dirette al padrone. Sul tema, v. I. 4.4. 3: *Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur. Non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur.*

¹¹⁵ A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum' e D. 47.10.1.6-7*, in *Scritti romanistici*, cit., 8.

Tuttavia, nell'opinione dello studioso questa connessione tra defunto ed erede è destinata a rimanere sul piano meta-giuridico, di talché «si tratterebbe ora di cercare di spiegare come mai una tale situazione dichiaratamente metagiuridica potesse essere alla base dell'attribuzione, all'erede, di un rimedio di carattere giuridico come l'*actio iniuriarum*; potesse, in una parola, renderlo soggetto attivo di un rapporto di *obligatio ex delicto*, senza che egli fosse stato personalmente soggetto passivo diretto del delitto in questione»¹¹⁶.

Non considerando sufficiente il legame citato a fondare giuridicamente la legittimazione *iniuriarum* dell'erede, Cenderelli si richiama agli studi di Lavaggi, nei quali lo studioso dubita di potere affermare l'esistenza di una vera e propria *obligatio ex delicto* derivante dall'*iniuria* e invece costruisce una nozione d'*iniuria* a sé stante, irriducibile sia di essere ricondotta entro schemi giuridici generali che di essere inquadrata nelle tradizionali categorizzazioni delle fonti delle obbligazioni¹¹⁷. Altri autori, come Pugliese, affermano invece l'origine nel *ius civile* dell'*iniuria*: la stessa, infatti, «è compresa tra i quattro fondamentali delitti privati ed è considerata fonte di *obligatio*, istituto che la scienza romanistica italiana ha dimostrato essenzialmente civilistico»¹¹⁸, rilievo confermato dalle stesse fonti romane¹¹⁹.

¹¹⁶ A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale*, cit., 9.

¹¹⁷ G. LAVAGGI, '*Iniuria*' e '*obligatio ex delicto*', in *SDHI*, 13-14 (1947-48), 141 ss.

¹¹⁸ G. PUGLIESE, *Studi*, cit., 82, ma v. 115 per la precisazione del senso in cui l'autore ritiene l'*iniuria* sia fonte di *obligatio*, ossia per la nascita nel solco del *ius civile* di una figura che è stata tuttavia soggetta, nel prosieguo del tempo, a un'evoluzione in cui un ruolo rilevante è stato giocato dal pretore; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 127 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 31 ss.; E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'obligatio honoraria'*, nonché *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, e *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, rispettivamente 19 ss., 71 ss., 95 ss.

¹¹⁹ V. Gai 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus; Gai. 2 aureorum D. 44.7.4: Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. Quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu; Gai. 2 aureorum D. 44.7.25: Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. Ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. Ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. In factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus liberum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.*

Senza giungere a mettere in dubbio che dall'*iniuria* derivi un'obbligazione, ci si vuole invece chiedere se la legittimazione dell'erede non potrebbe fondarsi sul fatto che sia egli stesso vittima delle *iniuriae* menzionate poc'anzi, in un certo qual modo 'insieme' al defunto. In una simile ottica, la legittimazione attiva del successore non gli deriverebbe 'in quanto erede', ma offeso dall'illecito¹²⁰.

In quest'ottica, va innanzitutto notato che il brano riconosce in capo all'erede la titolarità di un interesse giuridicamente significativo, ossia quello di *defuncti existimationem purgare*. A nulla valga rilevare che il frammento lo menzioni solo relativamente alla prima ipotesi ingiuriosa, dal momento che è lo stesso Ulpiano a precisare che l'erede è '*semper*' portatore di tale interesse, dunque a prescindere dall'accettazione dell'eredità.

L'onore del defunto, com'è evidente, non può essere trasmesso in via successoria. Allo stesso tempo – per tacere del fatto che non è ipotizzabile altra soluzione all'infuori di quella che riferisca all'erede la tutela di affronti che altrimenti rimarrebbero privi di sanzione – si può affermare che è sull'erede e sulla *familia* di cui è a capo che si proietta la persona morale del *de cuius*, circostanza che fonda l'interesse a *defuncti existimationem purgare*. In altre parole, il successore non esercita l'azione di ingiurie poiché la eredita come potrebbe ereditare un diritto patrimoniale, ma in quanto il venire meno del defunto rappresenta l'elemento fattuale da cui origina il suo interesse – propriamente giuridico, ancorchè non patrimoniale – a perseguire le offese arrecate al nome del *de cuius* che, in realtà, ormai è il proprio¹²¹.

Nell'espressione '*per hereditatem actio heredi adquiretur*', il *per hereditatem* può forse leggersi in chiave figurata, dunque non solo nel senso tecnico del complesso di situa-

¹²⁰ Sull'erede come offeso dal comportamento irrispettoso posto in essere nei confronti del corpo del *de cuius* o in occasione dei suoi funerali in Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.6, v. P.J. DU PLESSIS, *Borkowski's Textbook on Roman Law*⁶, Oxford, 2020, 345: «such behaviour was regarded as insulting either to the heirs or to the Inheritance, depending on the circumstances». Contrario, invece A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale*, cit., 9, per il quale il punto è proprio che il legame ideale tra defunto ed erede rimane sul piano metagiuridico e non lo rende il soggetto passivo dell'illecito.

¹²¹ Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.6-7 riconosce una simile legittimazione anche all'erede a titolo particolare nella persona dello schiavo manomesso per testamento che, dopo l'accettazione dell'eredità da parte del successore a titolo universale, divenuto una persona libera esercita l'azione d'ingiurie per le percosse che aveva subite quando era ancora *in potestate*, dunque arrecate al *dominus*.

zioni giuridiche soggettive che passano dal defunto all'erede in via successoria, ma anche come il nome, la fama, la memoria che li accomuna¹²².

Al di là della congettura ipotetica da ultimo proposta, quello che sembra ravvisabile, è l'interesse giuridicamente rilevante del successore – riconosciuto dall'Ulpiano di Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.6-7 – a mantenere integra la memoria del defunto: da qui, la meritevolezza della tutela di tale interesse può forse considerarsi base giuridica necessaria e sufficiente a giustificare l'esperimento dell'azione d'ingiurie una volta che venga vulnerato.

Infatti, è sempre sulla base dell'interesse alla salvaguardia della memoria del defunto che, in un altro frammento, ossia Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.4, ancora Ulpiano attribuisce agli eredi la titolarità dell'*actio iniuriarum* per perseguire le ingiurie arrecate al corpo del *de cuius*¹²³.

Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.4: *Et si forte cadaveri defuncti fit iniuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, iniuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat iniuria. Idemque et si fama eius, cui heredes exstitimus, lacessatur.*

Ulpiano afferma significativamente che è proprio quella stessa fama dalla quale hanno tratto origine gli eredi a essere stata offesa (*idemque et si fama eius, cui heredes exstitimus, lacessatur*) e che ne legittima l'azione d'ingiurie.

Infine, va detto che l'*iniuria* non veniva sempre perseguita direttamente dal soggetto offeso, essendo in realtà diversi i casi in cui la vittima non coincideva con l'attore processuale: a tale proposito, si devono ricordare gli illeciti che l'attore patisce *per alias personas*, come nel caso dell'offesa arrecata a un soggetto a potestà o a uno

¹²² Per una riflessione recente sul significato del *ius successionis*, v. M.T. CAPOZZA, *Alcune osservazioni sul concetto di 'hereditas' come 'ius successionis': a proposito di Gai. 2,14*, in *Revista General de Derecho Romano*, 33 (2019), 1 ss.

¹²³ Secondo B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, in *Annali dell'Università di Perugia*, Perugia, 1913, 14, D. 47.10.1.4 sarebbe stato interpolato dai compilatori, conclusione che l'autore deduce dalla non ripetizione del riferimento alla *bonorum possessio* alla fine del brano. Ritiene probabile che il frammento sia stato alterato anche A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale*, cit., 8, nt. 9.

schiaivo, che si consideravano fatte al marito, al padre o al *dominus* dell'offeso¹²⁴. Vero è che l'esperienza dell'azione da parte di tali soggetti veniva motivata con l'incapacità processuale della vittima; allo stesso tempo, in Roma antica l'onore sembra assumere una connotazione non solo personale, ma, in qualche modo, 'famigliare'.

Se, quindi, è possibile patire *iniuria per alias personas* e se è ravvisabile negli eredi un interesse giuridicamente meritevole di tutela a difendere il nome del defunto in quanto, ormai, si riferisce alla loro persona, allora forse tali elementi sono di per sé sufficienti per ritenere gli stessi successori vittime delle gravi offese al defunto e dunque legittimati attivi dell'*actio iniuriarum*, senza smentire il carattere personale e sanzionatorio del rimedio.

¹²⁴ Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.3: *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuntive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.* V. inoltre I. 4.4.2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semet ipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis praevaluit. itaque si filiae alicuius, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum iniuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem, si viro iniuria facta sit, uxor iniuriarum agere non potest: defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est. Sed et socer nurus nomine, cuius vir in potestate est, iniuriarum agere potest.* Non è questa la sede per affrontare compiutamente la questione delle *iniuriae* subite dai soggetti a potestà, tematica peraltro assai complicata. Ci si limiterà a riportare due passi particolarmente significativi per le offese subite dal *filius familias*, Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.5: *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat;* D. 44.7.9: *Filius familias suo nomine nullam actione habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat.* Per quanto concerne l'*ademptata pudicitia*, particolare forma di *iniuria* arrecata al pudore dei soggetti a potestà, v. S. FUSCO, 'Edictum de ademptata pudicitia', in *Diritto@Storia*, 2010. Più in generale, cfr. v. G. HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, II, *Les Obligations*, Paris, 1943, 168.

IV

LA PERSECUZIONE PUBBLICA DELL'INIURIA E GLI SVILUPPI POSTCLASSICI DELL'ACTIO INIURLARUM

SOMMARIO: 1. La persecuzione criminale dell'*iniuria*. La *lex Cornelia de iniuriis*. 2. L'avvento del Principato, la repressione sistematica delle offese verbali e il loro rapporto col *crimen maiestatis*. 3. Segue. Costantino e l'Editto *de accusationibus*. 4. Sviluppi successivi: la spinta verso la criminalizzazione e l'opera riequilibratrice di Giustiniano.

1. *La persecuzione criminale dell'iniuria. La lex Cornelia de iniuriis.*

Accanto all'azione privata, attorno all'80 a.C. Silla introdusse la *quaestio de iniuriis* per colpire i casi di *pulsatio*, *verberatio*¹²⁵ e l'introduzione violenta nel domicilio altrui¹²⁶; atto nel quale può ravvisarsi il primo segno della tendenza a concepire come penali illeciti privati¹²⁷.

¹²⁵ Sulla distinzione tra *pulsatio* e *verberatio*, ove quest'ultima indica le percosse più gravi, cfr. Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.5.1 *Inter pulsationem et verberationem hoc interest, hoc Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore.* Sul fatto che l'aggressore che poneva in essere la *verberatio* poteva servirsi di uno strumento come un bastone, v. A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 254.

¹²⁶ Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.5.pr.: *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. qua lege cavetur, ut non indicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege cornelia contineri.* All'introduzione *vi* nel domicilio altrui viene equiparata l'entrata effettuata senza il consenso del proprietario di casa, anche qualora questa risulti effettuata al solo scopo di *in ius vocare*, dunque senza alcun intento criminoso: v. Paul 4 *ad ed. D.* 47.10.23 *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait.*

¹²⁷ Per tutti, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 19 s. «ma una tendenza interessante si va profilando: quella cioè di concepire penalmente (almeno dal punto di vista dell'organo giudicante) ampliandone la portata, qualche fatto considerato prima come illecito privato.

Nonostante nell'*iniuria* l'offesa sia, come noto, prettamente privata, nel clima di violenza incontrollato dell'ultima fase della repubblica¹²⁸ deve ravvisarsi la verosimile ragione della persecuzione di ipotesi aggravate dal dispiegarsi di violenza fisica sulla persona o sulla dimora dell'offeso¹²⁹.

Rispetto alle altre *quaestiones* introdotte da Silla, quella *de iniuriis* manifesta alcuni elementi di particolarità e mantiene, in qualche modo, un carattere 'privato'.

La prima peculiarità – e che marca una differenza importante con altre procedure pubbliche – sta nel fatto che la legittimazione è privata, rimessa al solo offeso. A tale proposito, una dottrina rileva che la legittimazione diffusa tipica della maggior parte delle *quaestiones* era insopprimibile per i *crimina* che offendevano la collettività nel suo complesso, ossia quelli per i quali il procedimento per *quaestiones* era stato introdotto¹³⁰; non così per l'*iniuria*, dove l'offesa era diretta a un singolo, unico legittimato ad

Ciò avviene per la *iniuria*, pure regolata dalla legislazione di Silla. *Iniuria* ... nel diritto più antico è l'offesa corporale, poi anche quella alla personalità morale della vittima: infatti, mano mano appare sempre più chiaro che l'*iniuria* non è come il furto o l'ingiusto danno un fatto che colpisce la patrimonialità, ma la personalità di chi la subisce, e in maniera grave e perciò non può essere difesa solo da una *actio* privata. Così ora ricevono una difesa particolare le percosse, la violazione di domicilio, la corruzione del giovane o della donna. Ciò avviene, evidentemente, anche perché questi fatti vengono posti in parallelo con fatti che la politica legislativa ormai reprime». Più precisamente sulle *quaestiones*, v. B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 64 ss.; G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 147 ss. (sulla *quaestio de iniuriis*, 155); A.H. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, 45 ss. (sulla *lex Cornelia de iniuriis*, 56).

¹²⁸ Su cui v. L. LABRUNA, «*Iuri maxime...adversaria*», *La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4 – 7 giugno 1990* a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 253 ss.

¹²⁹ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, '*Lex Cornelia iudiciaria*' e *pentitismo*, in AUPA, 2015, LVIII, 193.

¹³⁰ Per tutti, C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 306 ss., che questa non era sorta, nell'ambito delle *quaestiones*, per individuare colpevoli ignoti, ma per perseguire comportamenti individuali – dei quali l'attore doveva comunque provare l'esistenza e la loro sussumibilità in uno dei reati puniti attraverso tale sistema penale – in nome di un interesse collettivo. «Ciò significa che essa svolgeva un ruolo autonomo ed insostituibile solo nella repressione dei particolari reati in rapporto ai quali si era inizialmente delineata, ossia a quelli connessi con la vita pubblica e l'attività di governo, il cui emergere era, di regola, subordinato non solo a un'indagine specifica ma anche, con frequenza, ad un'ermeneutica legislativa destinata ad esplicitarsi nella sede forense». Anche B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 132: «il principio della pubblica accusa aperta al *quibus de populo* trova verosimilmente il suo letto d'origine nella prassi della *quaestio de repetundis*. La limitazione dell'iniziativa processuale agli interessati danneggiati, sancita dalla *lex Acilia*, non escludeva – come si è visto – che un

agire in giudizio. Peraltro, un passo delle Istituzioni di Giustiniano afferma che i *iudicia publica* sono quelli in cui *plerumque* l'impulso processuale viene rimesso al *quivis ex populo*, così non escludendo quelli a legittimazione ristretta¹³¹.

Insomma, «contrariamente a quanto era di norma nelle altre *quaestiones*, l'autore dell'ingiuria avrebbe potuto essere accusato solo dal soggetto che l'aveva subita, e la pena pecuniaria prevista era destinata allo stesso accusatore-parte lesa»¹³². Un altro elemento differenziale era costituito dal fatto che il tribunale, probabilmente, non avrebbe avuto carattere permanente¹³³.

È con Silla che ha inizio la criminalizzazione dell'*iniuria*, fenomeno che si esprimerà appieno nel periodo classico e postclassico.

2. *L'avvento del Principato, la repressione sistematica delle offese verbali e il loro rapporto col crimen maiestatis.*

Sul finire dell'età preclassica si è dato conto di due importanti fenomeni che producono rilevanti conseguenze sul trattamento sanzionatorio dell'*iniuria*: da un lato la criminalizzazione dell'illecito iniziata da Silla, dall'altra l'estensione sostanziale del delitto sino a ricomprendere le offese verbali.

Sotto questo secondo profilo, una delle più note tendenze dell'età classica e postclassica è quella di criminalizzare figure precedentemente costituenti illeciti privati:

terzo potesse promuovere l'accusa in loro rappresentanza (*accusatio alieno nomine*): fu probabilmente l'uso (e l'abuso) di tale procedura, che vediamo spesso utilizzata nel periodo postgraciano da giovani aristocratici per trascinare in giudizio i loro nemici, ad aprire strada al trasferimento della legittimazione dell'accusa dagli interessati ad ogni cittadino».

¹³¹ I. 4.18.1: *Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executio eorum plerumque detur*. A tale proposito, L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1992, 41 ss. afferma di non riuscire a rinvenire nelle fonti elementi idonei a provare inequivocabilmente che i giuristi della fine del principato, nell'opera di aggiornamento della nozione di *iudicium publicum*, avessero escluso quei processi «che, pur derivando dalle *leges iudiciorum publicorum*, per il loro avvio, anche dopo la sostituzione dei tribunali straordinari alle *quaestiones perpetuae*, continuavano a richiedere un'*accusatio* a legittimazione ristretta anziché diffusa». L'autore si richiama espressamente a I. 4.18.1.

¹³² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 152.

¹³³ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 152 s.

per l'*iniuria*, di grande rilievo sono da un lato i *vulnera* alla persona del principe, dall'altro i fenomeni di diffamazione.

Il periodo imperiale, inaugurato con il culto della persona di Augusto¹³⁴, vede la divinizzazione della persona del *princeps*¹³⁵, che modifica la gravità dell'offesa rivolta a un soggetto determinato.

Quanto al legame intercorrente tra *crimen maiestatis*¹³⁶ e diffamazione verbale, per lungo tempo la tradizione ha ritenuto che prima della *lex Iulia de maiestate*, promulgata secondo alcuni da Cesare, secondo altri da Augusto o al più tardi da Tiberio, l'insulto verbale non avrebbero integrato una lesione della *maiestas*¹³⁷.

¹³⁴ L. ROSS TAYLOR, *The divinity of the roman emperor*, Middletown, 1931, 181, nota che la figura di Augusto fu addirittura oggetto di un vero e proprio «state cult» con tanto di celebrazione del suo Genio, delle vittorie maggiori, del compleanno, per mezzo di libagioni e sacrifici. J. EDMONDSON, *Augustus*, Edimburgo, 2009, 298, riferisce che il culto di Augusto non si arresta alla persona del *princeps*, ma si estende anche alla *domus Augusta*: «Gradually all cult places, as well as good number of public rites, received secondary altars and statue of the emperor's *Genius*, including shrines of the imperial family (the *domus Augusta*) and, from AD 14 onwards, of the Deified Augustus, not to mention the temple dedicated to the latter».

¹³⁵ Cfr. L. ROSS TAYLOR, *The divinity*, cit., 58 ss., con speciale enfasi sulle differenze tra Giulio Cesare – del quale ricorda infatti l'«attempt to found a divine monarchy» sull'esempio di Alessandro Magno, facendo leva sull'appartenenza alla *gens Iulia* e alla discendenza da Enea – e Augusto, che in modo più accorto enfatizzava il collegamento etimologico tra Augusto, il verbo *augere* e l'*auctoritas*, presentandosi così come *primus inter pares* (159 ss.). V. inoltre M. TORELLI, *Alle radici della nostalgia augustea*, in *Continuità e trasformazioni tra repubblica e principato. Istituzioni, politica, società* a cura di M. Pani, Bari, 1991, 47 «non c'è dubbio che uno dei temi cruciali dell'ideologia augustea sia la leggenda troiana» in chiave politica, istituzionale e iconografica.

¹³⁶ Ulp. 7 *de off. procons* D. 48.4.1: *Maiestatis autem criminem illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur*. Sulla fonte, v. L. DI CINTIO, 'Pater patriae' e 'maiestas': un possibile nuovo modello normativo, in *Iura & Legal Systems*, VI, 2019, 10 s.

¹³⁷ Lo stesso A. MANFREDINI, *La diffamazione, verbale nel diritto romano*, Milano, 1979, 247, riporta un passo di Tacito molto ripreso dalla dottrina maggioritaria al fine di sostenere la teorica tradizionale: lo storico fa infatti pronunciare a Cremutius Cordus, protagonista suo malgrado di un processo per *crimen maiestatis* instaurato a suo carico nel 25 d.C. in quanto aveva pubblicato degli annali in cui lodava M. Brutus e C. Cassius, le seguenti parole «*verba mea, patres conscripti, arguuntur. adeo factorum innocens sum. sed neque haec in principem aut principis parentem, quos lex maiestatis amplectitur*». Da qui si evincerebbe che, secondo Tacito, i *dicta* offensivi della persona del principe o del *parens* sarebbero stati assunti per la prima volta nel *crimen maiestatis ex lege*, la quale avrebbe previsto espressamente il caso dell'offesa verbale, di paternità di Augusto o Tiberio. Sempre Tacito, poi, trattando della «*cognitio de famosis libelli* che

A tal proposito, per Manfredini è plausibile «che Silla abbia tentato di porre un freno (decisamente vano, visto il tenore di alcune note orazioni ciceroniane e la disinvolta teorizzazione dell'impiego dei *rumores*, veri o falsi, nei tribunali) alla tradizionale licenza del dibattito giudiziario, magari disponendo che gli insulti e le insinuazioni più infamanti, con cui era uso sostenere o rintuzzare l'accusa, potessero essere considerati *convicia a.b.m.* e perseguiti secondo il diritto del pretore»¹³⁸. Tuttavia, lo stesso autore non riesce a spiegare il motivo per il quale Cicerone abbia citato il provvedimento sillano in rapporto al *crimen maiestatis*¹³⁹, e conclude affermando che

Augusto *tractavit specie legis (maiestatis) spinto* dalla procacità di Cassius Severus che diffamava uomini e donne illustri, afferma che *Tiberio legem maiestatis reduxerant, cui nomen apud veteres idem, sed alia in iudicium veniebat, si quis proditione exercitum aut plebem seditionibus, denique mala gesta re publica maiestatem populi Romani minuisset: facta arguebantur, dicta impune erant*; prima di Augusto e Tiberio, quindi, per Tacito, il *crimen maiestatis* non comprendeva le parole ma solo i fatti». Infine, vi sarebbe una fonte ulteriore che suffragherebbe la teorica tradizionale, questa volta pienamente giuridica, costituita da PS 5.29.1: *Quod crimen (ex lege Iulia maiestatis) non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.*

¹³⁸ A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., 252.

¹³⁹ A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., 253. L'autore qui fa riferimento al fatto che, per taluni, Silla avrebbe punito a titolo di *maiestas* la diffamazione verbale *in quemvis*: tale convincimento si basa su di una lettera inviata da Cicerone a A. Claudius Pulcher, datata al 50 a.C., nella quale il celebre oratore esprime la sua contentezza per essere stato assolto da un'accusa di *maiestas* e osserva «*De ambitu vero quid interest, inquires, 'an de maiestate?' Ad rem nihil; alterum enim non attigisti, alteram auxisti. † Verum tamen est maiestas, etsi Sulla voluit, ne in quemvis impune declamari linceret; ambitus vero ita apertam vim habet, ut aut accusetur improbe aut defendatur*». Dalla testimonianza ciceroniana, che l'autore definisce essere «irrimediabilmente corrotta», sembra emergere con grande chiarezza una correlazione tra la figura di Silla, la diffamazione verbale e il *crimen maiestatis*, ma il passo risulta essere stato, nel corso della storia, oggetto di copiose attenzioni da parte degli studiosi, le quali possono essere divise in tre categorie. In primo luogo, si colloca chi, come il Lambinus, ritiene che Silla non avrebbe vietato di declamare *in quemvis* intendendo con tale fatto una lesione del *crimen maiestatis*, ma avrebbe invece propagandato una nozione di *maiestas* per la quale era lecito declamare impunemente contro chiunque, leggendo dunque il passo nel seguente modo: «*verum tamen ea est maiestas, ut Sulla voluit, ut in quemvis impune declamari lincet*». Un secondo indirizzo, fatto proprio dal Maschke, postula che Silla abbia inteso il *declamare in quemvis* come un caos di *maiestas*. Infine, nella terza scuola di pensiero «si possono comprendere tutte quelle letture che non prospettano la assunzione, ad opera di Silla, del fatto di *declamare in quemvis*, nel *crimen maiestatis*, ma accreditano o una identificazione tra il concetto di *maiestas* e la liceità dell'*in quemvis impune declamari*, nonostante l'avviso contrario di Silla, oppure un legame indiretto e strumentale tra la nozione di *maiestas*, varia, ambigua e indeterminata e il divieto di *in quemvis impune declamari*, disposto da Silla allo scopo di contenere tale indeterminatezza, cioè di scoraggiare quelle accuse che la tradizione (o forse la legge

«si può con relativa sicurezza escludere che la diffamazione verbale *in quemvis* sia mai stata assunta, nell'intero arco dell'età repubblicana, nel crimine di Stato (*perduellio* e *maiestas*)»¹⁴⁰.

Secondo Mommsen l'offesa al capo dello stato divenne *crimen maiestatis* solo sotto la dittatura di Cesare e attraverso la *lex Iulia* di Augusto¹⁴¹, in ciò allineandosi a quanto narra Tacito per il quale in periodo repubblicano *facta arguebantur, dicta inpune erant*¹⁴². Delle due fonti a sostegno della tesi opposta per cui i *dicta* ingiuriosi diretti contro i magistrati sembrerebbero integrare casi di *maiestas* già in epoca repubblicana, ovvero Quint. *Inst. Orat.* 5.10.39¹⁴³ e Cic. *Inv.* 2.53¹⁴⁴, l'autore non ritiene, l'uno perché prove-

stessa) non indicasse come sicuri casi di *laesio maiestatis*. In quest'ultima direzione si è pensato che Silla potrebbe avere stabilito che l'accusatore, il quale promuovesse un'accusa di *maiestas* per un fatto non previsto dalla legge, fosse passibile di essere accusato a sua volta di *maiestas*; oppure Silla potrebbe avere disposto la applicazione della *lex Remmia* (che si riferiva alla sola accusa falsa) a quelle accuse *de maiestate* che, pur provate e quindi non false, erano tuttavia dai giudici respinte».

¹⁴⁰ A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., 253.

¹⁴¹ A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., 254.

¹⁴² Tac. *Ann.* I, 72: *Decreta eo anno triumphalia insignia A. Caecinae, L. Apronio, C. Silio ob res cum Germanico gestas. nomen patris patriae Tiberius, a populo saepius ingestum, repudiavit; neque in acta sua iurari quamquam censente senatu permisit, cuncta mortalium incerta, quantoque plus adeptus foret, tanto se magis in lubrico dicitans. non tamen ideo faciebat fidem civilis animi; nam legem maiestatis reducerat, cui nomen apud veteres idem, sed alia in iudicium veniebant, si quis prodicione exercitum aut plebem seditionibus, denique male gesta re publica maiestatem populi Romani minuisset: facta arguebantur, dicta inpune erant. primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis eius tractavit, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque inlustris procacibus scriptis diffamaverat; mox Tiberius, consultante Pompeio Macro praetore an iudicia maiestatis redderentur, exercendas leges esse re spondit. hunc quoque asperavere carmina incertis auctoribus vulgata in saevitiam superbiamque eius et discordem cum matre animum.*

¹⁴³ Quint. *Inst. Orat.* 5.10.39: *iniuriam fecisti, sed quia magistratui, maiestas actio est.* Manfredini rileva che la provenienza da un ambiente retorico tardo, quindi giuridicamente approssimativo ed iperbolico per eccellenza, vaga nei riferimenti allo stretto diritto, e «ignara del fatto che in età classica, teste Gaio, la *iniuria magistratus* (percosse e insulti) era un *delictum* sia pure aggravato (*iniuria atrox ex persona*)», impedisce di utilizzare la fonte per trarne riferimenti dirimenti. Per l'autore è verosimile che in età repubblicana le percosse ai danni dei magistrati integrassero il *crimen maiestatis*, non l'oltraggio verbale.

¹⁴⁴ Cic. *Inv.* 2.53: *maiestatem minuere est de dignitate aut amplitudine aut potestate populi aut eorum quibus populus potestatem dedit aliquid derogare.* Per quanto concerne la fonte in oggetto, l'autore innanzitutto ne sottolinea il carattere retorico, non giuridico, e, se letta in concomitanza con la circostanza alla quale si riferisce – ovvero al fatto che Caio Flaminio, tribuno della plebe nel 232 a.C., fu strappato dal padre con la forza bruta dai rostri – si evince che il punto focale del *crimen maiestatis* ai danni di un magistrato

niente dall'ambiente retorico, l'altro perché singolarmente danneggiato, di poterne ricavare elementi decisivi a sostegno della persecuzione indiscriminata dell'illecito verbale: «i soli magistrati, il cui oltraggio verbale era particolarmente considerato fino ad ammettere la punizione attraverso la *coercitio* illimitata o attraverso accuse davanti ai comizi, forse a titolo di *perduellio* o *maiestas*, fossero i magistrati plebei, particolarmente i tribuni», a causa della *sacrosanctitas*, la quale aggravava sensibilmente gli illeciti commessi ai loro danni¹⁴⁵. Si può ritenere che tale valutazione più severa dell'affronto diretto ad un tribuno della plebe derivasse dalla connotazione religiosa della quale era investita la *sacrosanctitas*, probabilmente collegata alla divinità Cerere¹⁴⁶.

La ricostruzione è condivisibile: se l'oltraggio verbale in età repubblicana poté integrare il *crimen maiestatis*, ciò avvenne solo se l'insulto era diretto nei confronti di un tribuno della plebe, a motivo della *sacrosanctitas*. Una simile conclusione sembra rafforzata dall'importanza della libertà di parola nella *res publica*, mentre è significativo che proprio con il principato di Augusto prenda avvio la repressione criminale degli scritti diffamatori¹⁴⁷. Inoltre, è proprio l'estensione della *sacrosanctitas* ad Augusto, insieme a tutte le prerogative della potestà tribunizia, a rappresentare il presupposto per la persecuzione dell'offesa al principe, o al di lui *parens*, *ex lege Iulia maiestatis*¹⁴⁸. Pro-

era costituito da un atto violento, ma non da un oltraggio verbale. Invece, M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 76, legge la fonte in esame nel senso «che Cicerone si riferisse unicamente (anche se in un senso che, per via della corruzione del testo, non è facile ricostruire con certezza e precisione) alla *lex Cornelia de maiestate*».

¹⁴⁵ A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., 255.

¹⁴⁶ V. B. STANLEY SPAETH, *The Roman Goddess Ceres*, Austin, 1996, 69 ss., afferma che, stando alla testimonianza di Dioniso di Alicarnasso (Dion. Hal. 6.89.3), chi avesse attentato alla *sacrosanctitas* di un tribuno, la quale sarebbe stata tradizionalmente istituita durante la prima secessione della plebe nel 484 a.C., «was to be made accursed ... and to suffer the consecration of his goods to Ceres». Anche Livio (Liv. *Ab Urb.* 3.55.7).

¹⁴⁷ M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem Statui*, Padova, 1983, 122, nota che «ferma restando la sanzione ordinaria *ex edicto* «*ne quid infamandi causa fiat*», sin dai primissimi anni del nuovo regime si viene affermando, su impulso dello stesso Augusto, una repressione di carattere criminale degli scritti diffamatori. I primi interventi in questo campo rivestono un carattere sporadico, come quello previsto per la produzione scandalistica di C. Severo (Tac. *Ann.* I, 72: *Primus Augustus cognitionem de famosis libellis sub specie legis eius tractavit, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque inlustris procacibus scriptis diffamaverat...*), e sarà solo nel prosieguo del tempo che avrebbe.

¹⁴⁸ Aug. *Res Gestae* 10: *sacrosanctus in perpetuum ut essem et quoad viverem tribuniciam potestatem mihi esset per legem sanctum est*.

clamato *pater patriae* nel 2 a.C., Augusto vanta inoltre una discendenza divina quanto a parentela ed antenati illustri, come Cesare, del quale si servirà per perseguire le offese alla sua persona¹⁴⁹. In questo senso, la *lex Pedia maiestatis*, del 43 a.C., costituisce forse il primo tentativo da parte di Augusto di compendiare nella persona di un singolo, ossia di specie Giulio Cesare all'indomani del suo assassinio, il concetto di *maiestas* in precedenza patrimonio di tutto il popolo romano¹⁵⁰. Il proponente, Pedio, che divideva il consolato con Ottaviano, intendeva perseguire gli assassini di Cesare attraverso un'apposita *quaestio* al termine della quale «the penalty was interdiction and confiscation – apparently total»¹⁵¹, sebbene Plutarco (Plut. *Brut.* 27.3) ritenga che vero scopo dell'intervento fosse quello di punire in modo esemplare, *id est* senza processo, Bruto ed i suoi complici¹⁵².

Rileva inoltre la *lex Iulia maiestatis*, la cui paternità è tuttora incerta, dividendosi la dottrina tra Cesare e Augusto, oltre a una nutrita schiera di tesi intermedie¹⁵³. A pre-

¹⁴⁹ V. M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 135 ss.: «si tratta dell'uso, invalso nella pratica sotto il principato di Tiberio a seguito della divinizzazione di Augusto e dei primi eccessi della repressione del *crimen maiestatis*, di farsi scudo dell'*imago Caesaris* per poter pubblicamente e impunemente ingiuriare i propri nemici personali». Tale prassi postula e presuppone un «riconoscimento del fondamento religioso del diritto d'asilo connesso all'*imago Caesaris* (il che, ovviamente, era volto a fomentare, a fini adulatori, la tendenza teocratica già presente sin dall'inizio nella politica reale del Principato)».

¹⁵⁰ R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1970, 211. Uno degli indici episodi legislativi di *maiestas* riferiti a tutto il popolo romano – e non ai propri magistrati in quanto espressione dello stesso – potrebbe essere costituito dalla *lex Varia*, del 92 a.C., la quale attribuiva tale *crimen* a coloro che, *ope et consilio*, avessero convinto uno stato alleato a prendere le armi contro Roma, mettendo in pericolo tutta la comunità.

¹⁵¹ R.A. BAUMAN, *The Crimen*, cit., 171. L'autore riporta l'osservazione del Mommsen a parere del quale il crimine contemplato nella *lex* sarebbe stato quello di *perduellio*.

¹⁵² R.A. BAUMAN, *The Crimen*, cit., 172, riporta il seguente passo plutarco: *δίνας φόνου κατὰ τῶν περὶ τὸν Βροῦτον εἰσήγεν ὡς ἄνδρα πρῶτον ἐν ἀρχαῖς ταῖς μεγίσταις ἀνηρηκότων ἄριστον*. L'autore nota altresì che il carattere sommario della legge viene confermato anche da Appiano (Bell. Civ. 3.14.95), il quale testimonia che sotto l'accusa di essere complici di Bruto furono perseguite persone che non si trovavano nemmeno nell'Urbe al momento della morte di Cesare. Bauman, infine, ricorda come talvolta non venisse seguita neppure la rapida procedura indicata dalla legge stessa in quanto «after Actium Cassius Parmensis, “the last of Caesar’s murders”, was executed at the order of Octavian (Vell. 2.87.3)».

¹⁵³ Riportate da R.A. BAUMAN, *The Crimen*, cit., 267. A favore della paternità augustea della *lex Iulia maiestatis* è B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 82, per il quale la *lex*

scindere dall'autore, preme rilevare che «that the *lex Iulia maiestatis* was some sort of consolidating statute which re-enacted the previous maiestas laws, with additions, and so went down to the Principate as the sole statutory source of the crime, subject only to the extensions introduced from time to time by the decrees of the Senate, imperial constitutions, and judicial interpretation»¹⁵⁴.

La legge andava a colpire, e con la previsione di sanzioni assai severe se si considera la possibilità di giungere all'irrogazione della pena di morte per il responsabile, salva la scelta di un volontario esilio (anche se ancora per pochi anni, ossia fino al passaggio dalle *quaestiones* alla *cognitio*¹⁵⁵) e ferma restando in ogni caso la confisca dei beni e la perdita della cittadinanza¹⁵⁶, un complesso ventaglio di ipotesi criminali, tra

maiestatis «ridisciplinò il delitto di lesa maestà, comprendendovi varie ipotesi di tradimento e di disobbedienza agli organi superiori dello stato, alcune violazioni di doveri di servizio o d'ufficio e l'usurpazione di pubbliche funzioni da parte di privati...; è quasi certamente da escludere che in essa fossero già puniti a titolo di lesa maestà gli attacchi alla sua persona».

¹⁵⁴ R.A. BAUMAN, *The Crimen*, cit., 267. Particolarmente significativo il *s.c. de Pisone*, emanato durante il principato di Tiberio contro Cneo Pisone, il quale subì un processo per *maiestas* con la grave accusa di aver avvelenato l'erede del principe, Germanico, su cui v. la recensione di M. SCOGNAMILGIO all'articolo di F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla 'cognitio senatus'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2011, IV, per la quale «il processo fu ... l'occasione che consentì di introdurre per la prima volta ufficialmente il concetto di *maiestas domus Augustae*. In secondo luogo, P.J. DU PLESSIS - C. ANDO - K. TUORI, *The Oxford handbook of Roman Law and Society*, Oxford, 2016, 340: «in sum, the *s.c. de Pisone* confirms that in the reign of Tiberius at least, the *lex Iulia maiestatis* established (or carried over from the *lex Cornelia*) that unauthorized movement of legions as grounds for indictment». Tale comportamento, tuttavia, secondo B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., 66, sarebbe stato sussunto nel *crimen maiestatis* già in età repubblicana, quindi ben prima di Tiberio, nel regime delle *quaestiones*, insieme alla *perduellio*, all'offesa recata ad organi pubblici «e altre ipotesi di comportamento contrario alla costituzione o al proprio dovere di magistrati, come per esempio «l'uscire dalla provincia, il condurre l'esercito al di là dei confini, l'intraprendere di propria iniziativa una guerra, l'invadere un regno senza l'autorizzazione del popolo romano o del senato» (Cic. *in Pis.* 50). Il procedimento, come generalmente si ammette, doveva essere un procedimento capitale». Inoltre, R. DE CASTRO-CAMERO, *El crimen maiestatis a la luz de senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Siviglia, 2000, *passim*.

¹⁵⁵ G. MOUSOURAKIS, *A legal history of Rome*, Abingdon, 2007, 224, nt. 82.

¹⁵⁶ Sulla sanzione irrogabile per lesa maestà, B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., 82, ritiene che, in epoca augustea, «la pena era l'*acqua et ignis interdictio*, e all'accusatore vittorioso veniva assegnato in premio un quarto del patrimonio del condannato», e già in epoca repubblicana sarebbe consistito in un giudizio capitale (66). M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 107, nt. 102, afferma che la punizione del *crimen maiestatis* «come è noto, era capitale, consisteva cioè, nel sistema delle *quaestiones perpetuae*,

cui il *male dicere in principem aut principis parentem* (Tac. *Ann.* 4.34.3). Nel corso del tempo, sarebbe stato sussunto nel *crimen maiestatis* anche l'oltraggio ad un magistrato dello stato¹⁵⁷. In ogni caso di *maiestas*, la *damnatio memoriae* era inevitabile¹⁵⁸.

Secondo Balzarini, la rilevanza criminale delle offese verbali sarebbe piuttosto passata per progressive stensioni dell'ambito di applicabilità della *lex Cornelia*: nei primi anni del principato, «sarebbero esistiti ... due senatoconsulti ... attraverso i quali sarebbe stata estesa la possibilità di *agere ex lege Cornelia de iniuriis* rispettivamente per il caso delle pubblicazioni diffamatorie (*libri, libelli, carmina*) e per quello dei «grafiti» ecc., e sarebbe stata inoltre imposta, ad autori e complici, la pena accessoria dell'intestabilità»¹⁵⁹.

Vi sarebbe stata poi un'ulteriore esplicazione del potere neocostituito, sempre nella forma del senatoconsulto, che avrebbe introdotto il principio della pubblicità dell'azione, contrariamente a quanto, lo si è visto, avveniva nella *lex Cornelia de iniuriis*¹⁶⁰.

nell'*aqua et igni interdictio*, con la conseguente confisca dei beni e perdita della cittadinanza», citando a tal proposito l'opinione conforme di molti grandi studiosi di diritto romano quali Mommsen, Ferrini, Guarino, Rotondi, Kübler, Burdese, Kunkel ed altri, nonché su fonti testuali romane, tra cui spiccano gli Annali di Tacito (Tac. *Ann.* 3.50; 4.20). V. sul collegamento tra da l'*aqua et igni interdictio* e il *crimen maiestatis* G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città, Altri studi sull'exilium romano*, Perugia, 1985, 77 ss. che tuttavia riporta la testimonianza di Cassio Dione sul divieto di testare imposto da Tiberio agli *aqua et igni interdicti*.

¹⁵⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 94.

¹⁵⁸ Su cui v. H.I. FLOWER, *The Art of Forgetting: Disgrace and Oblivion in Roman Political Culture*, North Carolina, 2006.

¹⁵⁹ M. BALZARINI, 'De iniuria', cit., 93. Il discorso logico ad argomentativo che porta l'autore a tali conclusioni, in realtà, è molto complesso e passa attraverso un'analisi molto accurata di taluni passi del Digesto, tra cui spicca per importanza Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.5.9. Tali considerazioni si riferiscono alla pubblicazione di ingiurie nell'ultima fase della Roma repubblicana, ed essendo qui invece oggetto di interesse l'offesa al principe, alla sua domus, o all'élite al potere durante il principato, si rinvia alla documentazione completa dello studioso (77-93).

¹⁶⁰ Paul. 55 *ad ed.* D. 47.10.6: *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari, ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*

Dal brano Balzarini evince la necessarietà dell'azione pubblica nel caso in cui la vittima non sia nota (*necessarium est, cum nomen adiectum non est*), ma mentre Manfredini reputa tale situazione come l'unica in cui era lecito adottare tale schema processuale, l'autore, prendendo le distanze da tale lettura, ritenendo che in realtà si potesse agire pubblicamente anche nel caso in cui l'offeso fosse noto, ma in questa seconda situazione la vittima avrebbe potuto agire altresì privatamente, configurandosi dunque un possibile concorso tra tutele rimediale. L'interpretazione in oggetto trae sostanza dalla fonte menzionata poc'anzi, ed in particolare dall'inciso *si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit*, dove è di particolare interesse la particella "et", tradotta come "anche".

Pare quindi di poter affermare, sulla base dei dati testuali finora esaminati, che le fonti indicherebbero l'esistenza «di una particolare forma di repressione della diffamazione sovrappostasi ... alla sanzione ordinaria *ex edicto ne quid infamandi causa fiat*».

Tuttavia, la questione della diffamazione verbale, avverte Balzarini, diviene singolarmente problematica a causa delle interferenze del *crimen maiestatis*, come dimostra la reazione augustea nel caso che vede coinvolto Cassio Severo, uno scrittore di libelli diffamatori all'indirizzo di svariati notabili romani.

Per la dottrina maggioritaria, costui si sarebbe macchiato di *maiestas*, da cui discende che i *libelli famosi* puniti a titolo di *maiestas* sin dall'inizio del Principato¹⁶¹.

Al contrario, Balzarini ritiene che la *lex Iulia maiestatis* non avrebbe potuto trovare diretta applicazione nel caso di specie in quanto diretta a sanzionare l'offesa perpetrata ai danni del *princeps* o del *parens*, e non generici notabili. A sostegno di tale lettura, lo studioso riporta elementi di carattere testuale, rinvenibili dalla stessa testimonianza tacitiana che riferisce l'aneddoto (Tac. *Ann.* 4.21¹⁶²): in primo luogo, Cassio Severo non fu sottoposto a *quaestio*, ma a *iudicium iuratum senatus*; in secondo luogo, non gli fu irrogata la sanzione tipicamente prevista per la lesa maestà, ma la relegazione nell'isola di Creta; infine, è particolare l'ordine, impartito dal Senato, di distruggere le

¹⁶¹ M. BALZARINI, *De 'iniuria'*, cit., 104.

¹⁶² *Relatum et de Cassio Severo exule, qui sordidae originis, maleficae vitae, sed orandi validus, per immodicas amicitias ut iudicio iurati senatus Cretam amoveretur effecerat...*

opere di Cassio Severo, previsione «che nulla può avere a che vedere con le disposizioni della *lex Iulia*»¹⁶³.

Il primo rilievo dell'autore non è forse dirimente, attesa la competenza senatoria nel *crimen maiestatis*: nota Santalucia che «la corte era ... sicuramente in funzione nell'8 d.C., anno in cui Ovidio, nel secondo libro delle *Tristezze*, si lamenta con l'imperatore di essere stato costretto all'esilio “senza decreto del Senato, senza sentenza di un *iudex selectus*”, lasciando con ciò intendere che il collegio senatorio svolgeva in quell'epoca un'attività giudicante in concorrenza con quella delle corti permanenti. Lo stesso anno, su richiesta di Augusto, il Senato giudicò per lesa maestà l'oratore Cassio Severo»¹⁶⁴.

Per quanto concerne il fatto che vittime della diffamazione non erano né il *princeps* né il *parens*, oltre a una teoria che vuole l'offesa ad alcuni magistrati rappresentare un caso di *maiestas* già in età repubblicana¹⁶⁵, può forse addursi che il caso di Cassio Severo rappresenti un momento di transizione e di «superamento, attraverso la *cognitio* dei *patres*, dei limiti imposti dalla repressione ordinaria...: il deferimento della causa al tribunale senatorio rese possibile configurare come *crimen maiestatis* la diffamazione di persone d'alto rango mediante la divulgazione di libelli ingiuriosi, attività che nell'ambito dei *iudicia publica* non era colpita da alcuna disposizione di legge»¹⁶⁶.

¹⁶³ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 109. L'autore, inoltre, considera altri casi i cui attività diffamatorie dirette ai danni di uomini e donne illustri non furono sussunte nel *crimen maiestatis*: è l'episodio, avvenuto durante l'impero di Nerone, della punizione di Fabricius Veiento, a proposito del quale, tuttavia, lo stesso Tacito (*Tac. Ann.* 14.50), afferma che *probosa adversus principem carmina factitavit vulgavitque celebri convivio* e *maiestatis delatus est*, locuzioni peraltro citate dallo stesso Balzarini, dalle quali pare di poter dedurre abbastanza chiaramente l'esercizio di un'attività di esternazione di ingiurie ai danni del principe.

¹⁶⁴ B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 71.

¹⁶⁵ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit. 94: «la *lex de maiestate*, pur essa di data incerta, che forse connettendosi ad una precedente legge di Cesare operò una minuta elencazione delle varie specie di offesa alla maestà del popolo romano (oltraggio ai magistrati dello stato, sedizione, incitamento alla rivolta, ecc.), rientranti nella competenza della *quaestio* istituita per giudicarne, comminando la pena dell'*aqua et igni interdictio*».

¹⁶⁶ B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2010, 72, esplicitamente sul caso di Cassio Severo. Per Santalucia, la trasformazione sopra riportata fu più rapida e profonda nel campo dei delitti contro lo stato, e in specie nel *crimen maiestatis*, che oltre agli attentati alla vita dell'imperatore, alle congiure e alle sedizioni intese a rovesciarlo, giunse a punire ogni tipo di offesa o disobbedienza ai

Riguardo alla pena, valga precisare che all'interno della *cognitio senatus* i funzionari godevano di ampissimi poteri in ordine alla determinazione della sanzione da comminarsi nel caso concreto, al punto che, persino qualora il reato in oggetto fosse già disciplinato da una specifica legge istitutiva della relativa *quaestio*, la quale prevedeva anche la pena da irrogarsi, questa poteva essere modificata ed eventualmente sostituita da un'altra anche di natura eterogenea¹⁶⁷.

Si può quindi leggere la vicenda di Cassio Severo come l'inizio di una più grave rilevanza penale del *male dicere*: non solo dal principato assume rilevanza penale l'insulto ad un magistrato, ma altresì si innesca un processo di espansione via via crescente del *crimen maiestatis*, il quale, costituendo una fattispecie singolarmente indeterminata, di fatto ricomprese ipotesi precedentemente ricomprese in illeciti meno gravi, come l'*iniuria*.

Se, dunque, con Augusto e Tiberio la repressione di taluni casi di diffamazione assume una rilevanza penale ben più grave della semplice *iniuria*, è con il prosieguo del tempo, e specialmente durante l'impero di Costantino, che la repressione dei *libelli famosi* si intensificò.

3. *Segue. Costantino e l'Editto de accusationibus.*

Costituiva pratica molto frequente la presentazione di delazioni anonime diffamatorie alla pubblica autorità contenenti accuse false a danno di taluno, che costituivano un'offesa dell'onore e della dignità del danneggiato, ma allo stesso tempo un intralcio all'amministrazione della giustizia. In altre parole il libello famoso, oltre a contenere generiche ingiurie, talvolta si spingeva sino all'attribuzione di un illecito specifico. Sotto l'impero di Costantino, il fenomeno raggiunse, per così dire, un livello di

suoi comandi, la violazione delle statue e delle immagini, «il rifiuto di sacrificare alla divinità imperiale e di prestar giuramento *per genium principis* (ipotesi, questa, che costituiva il normale fondamento della persecuzione contro i cristiani), e perfino l'uso delle pratiche magiche per conoscere il futuro dell'imperatore e della sua famiglia».

¹⁶⁷ B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 84 ss.

guardia che richiese l'adozione di misure particolarmente severe¹⁶⁸, contenute nell'Editto *de accusationibus*¹⁶⁹.

L'*accusatio* era, al tempo, ancora presente e costituiva una modalità alternativa, ma equivalente, all'informativa di reato da parte degli organi di polizia per dare impulso a un processo penale. Se da una parte, come sottolinea Santalucia, l'accusa promossa dal *quivis ex populo* era necessaria in quanto «nel mondo romano, anche tardoimperiale, non esisteva un adeguato servizio di polizia» in grado di occuparsi efficacemente della repressione dei reati¹⁷⁰, dall'altra la presentazione di denunce anonime, false e ingiuriose rappresentava un problema di non trascurabile importanza, specie in un procedimento inquisitorio, com'era il processo penale romano nonostante la presenza dell'*accusatio*: il giudice, infatti, collaborava attivamente con l'attore nel dimostrare la veridicità dell'accusa e manteneva ampi poteri inquisitori¹⁷¹.

¹⁶⁸ B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 423 ss.: tale impegno sarebbe attestato dall'ignoto autore del panegirico di Treviri, del 313 d.C., nel quale si attribuisce a Costantino il merito di aver eliminato le calunnie (*abolitae calunnae*) e dal compilatore dell'*Epitome de Caesaris*, di un secolo successivo, il quale sottolinea la severità del celebre imperatore a questo proposito (*calumniis sedare legibus severissimis*).

¹⁶⁹ *Edictum de accusationibus* (319-323): *Un[de c]onsulentes [secur]itati provinciarum nostrum eiusmodi remedi[a] prospeximus ut accusator quidem non omnimodo de iudicio repellatur, verum quicumque intentionibus suis probationes ad[de]re confidit, habeat adeundi iudicis liberam potestatem ac manifesti indicii commissi reum detegat, ut pro qualita[te] factorum competenter in eum qui convictus fuerit vindicetur. Quod si minime potuerit ea quae intentaverit conrobare, scire debet severiori [se] sententiae subiungendum ... Sane ut undique versum securitati innocentium consulatur, placet etiam famosos libellos non admitti. Quos sine nomine proposit si quis invenerit, statim detrabere atque scindere vel igni debebit exurere. In quibus etiam iudicium eiusmodi observantiam esse oportebit, ut, si forte ad se talis libellus perlatus fuerit, igni eum praecipiat concremari, cum eiusmodi scripturam ad audentia iudicis penitus oporteat [sub]moneri; manen[te] contra eos inquisitione, qui libellos eiusmodi proponere ausi fuerint, ut reperti debitis t[em]eris tatis suae poenis subiciantur.*

¹⁷⁰ B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 427.

¹⁷¹ B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 424 ss. La letteratura maggioritaria per lungo tempo ha ritenuto concordemente di poter invece qualificare come inquisitorio il processo penale costantiniano, ma recentemente tale dottrina è stata messa in discussione da alcuni studiosi, tra cui Manfredini, il quale invece sostiene l'interpretazione delle innovazioni costantiniane in materia di *accusatio* e *libelli famosi* in una valorizzazione dell'elemento accusatorio del processo, dedotta altresì dalla permanenza dell'accusa pubblica nella *cognitio extra ordinem*, così come testimoniato da numerose *leges* del IV e del V sec. d.C. Santalucia, tuttavia, ritiene che si debba invece deporre per il riconoscimento di una struttura inquisitoria nel processo penale durante il regno di Costantino in quanto in primo luogo l'*accusatio* pubblica non risulta essere necessaria, e in secondo luogo si deve rilevare l'ampiezza pressoché illimitata dei poteri concessi al giudice nell'*inquisitio*, a tal punto da rendere evidente la preponderanza di questa fase

Costantino sottopose l'*accusatio* a un controllo molto rigido sotto diversi punti di vista: innanzitutto sanzionando in modo molto severo le accuse false ancorché non dolose; in secondo luogo istituendo il rispetto di precisi requisiti formali per la presentazione della denuncia¹⁷²; in terzo luogo mostrando un grande disfavore per colui che, avendo instaurato un giudizio, non l'avesse poi proseguito senza giustificato motivo¹⁷³; infine escludendo l'instaurazione di una causa in conseguenza della mera presentazione di un libello, condannandone altresì a morte il redattore¹⁷⁴.

processuale. A sostegno del carattere inquisitorio del processo penale costantiniano, anche A. BANFI, *Acerrima indago, Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.*, Torino, 2013, 53.

¹⁷² C. Th. 9.1.5 (Imp. Constantinus A. ad Maximum prefectum urbi): *Quodam tempore admissum est, ut non subscription, sed profession criminis uno sermone ex ore fugiens tam accusatorem quam reum sub experiendi periculo de patria, de liberis, de fortunis, de vita denique dimicare cogeret. Ideoque volumus, ut remota professionis licentia ac temeritate ad subscriptionis morem ordinemque criminatio referatur, ut iure veteri in criminibus deferendi omnes utantur, id est ut sopita ira et per haec spatia mentis tranquillitate recepta ad supremam actionem cum ratione veniant adque consilio.* Come si evince dal passo, l'imperatore si scaglia contro una prassi assai diffusa al tempo, ovvero la presentazione dell'accusa a mezzo di una semplice dichiarazione orale, senza bisogno di altre formalità: al contrario, si stabilisce che essa dovrà essere effettuata *iure veteri*, per iscritto (*subscriptionis*) ed inoltre acquisita agli atti nel tribunale in cui si vuole instaurare la causa.

¹⁷³ Per B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 428, Costantino consentì l'*abolitio* del processo solo se l'abbandono della causa era stato determinato da un ragionevole motivo. A tal proposito, v. inoltre A. BANFI, *Acerrima indago*, cit., 2013, 53: «da costituzione circoscrive l'inefficacia dell'*abolitio* per l'estinzione del procedimento ai casi in cui essa sia stata determinata da accordi poco chiari tra imputato e accusatore».

¹⁷⁴ A tal proposito, B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 433 ss., riporta due indici testuali molto significativi. Il primo è C. Th. 9.34.2 (Imp. Constantinus A. ad Aelianum proconsulem Africae): *Licet serventur in officio tuo et vicarii exemplaria libellorum, qui in Africa oblatis sunt, tamen eos quorum nomina continet metu absolutos securitate perfrui sinas solumque moneas, ut ab omni non solum crimine, sed etiam suspitione verisimili alieni esse festinent. Nam qui accusandi fiduciam gerit, oporteret conprobare, nec occultare quae scierit, quoniam praedicabilis erit ad dicationem publicam merito perventurus.* Il secondo, invece, C. Th. 9.34.1 (Imp Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae): *Si quando famosi libelli repperiantur, nullas exinde calumnias patiantur ii, quorum de factis vel nominibus aliquid continebunt, sed scribitionis auctor potius requiratur et repertus cum omni vigore cogatur his de rebus, quas proponendas credidit, conprobare, nec tamen supplicio, etiamsi aliquid ostenderit, subtrahatur.* Nonostante ad un libello famoso non potesse essere dato alcun credito processuale, il suo autore fosse condannato a morte e l'irriverente opuscolo destinato ad essere bruciato, ciò non significa che non potesse essere idoneo a, per così dire, risvegliare l'attenzione dell'autorità giudiziaria con riferimento a un particolare filone d'indagine: infatti, riporta Santalucia che «benché non potessero essere tenute in considerazione ai fini dell'instaurazione di un processo, le denunce anonime erano tuttavia assai utili per la scoperta dei reati, e non disdicevano affatto all'azione degli ufficiali subalterni incaricati dalla polizia, i quali, ve-

A partire da Costantino, dunque, la pratica della presentazione dei *libelli famosi* fu fortemente disincentivata, e la *vis* espressiva di tale strumento ridimensionata in modo netto¹⁷⁵. È da sottolineare in modo particolare l'irrogazione della massima sanzione al redattore di un anonimo libello famoso anche qualora le accuse si fossero rivelate fedeli alla verità dei fatti: come chiaramente espone Santalucia, «l'autore deve essere ricercato e costretto con i mezzi più energici a provare la verità delle sue accuse: ma anche se riuscirà a dimostrare di aver detto il vero non potrà sfuggire alla pena capitale». L'imperatore, inoltre, l'anno successivo avrebbe adottato mezzi ancora più radicali, disponendo l'eliminazione fisica non solo dello scrittore, ma anche del libello, il quale doveva essere bruciato.

Sempre in tema di diffamazione attraverso uno scritto “*ad infamiam alicuius*”, si deve notare che Ulpiano (Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.5.9-11) fa rilevare la commissione di tali illeciti addirittura sul piano dell'*utilitas publica*, la quale giustificerebbe la concessione di ingenti vantaggi a chi ne avesse denunciato i colpevoli all'autorità¹⁷⁶.

rificatane l'attendibilità, potevano denunciare i fatti di cui erano venuti a conoscenza all'autorità giudiziaria affinché promuovesse l'azione penale».

¹⁷⁵ Per gli sviluppi successivi a Costantino, v. A. BANFI, *Acerrima indago*, cit., 89 ss.

¹⁷⁶ Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.5.9-11: 9. *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieriet, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ae re agere liceret et, si condemnatus sit quid id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.* 10. *Eadem oena ex senatus consulto tenetur etiam si, qui ἐπιγράμματα aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumve curaverit.* 11. *Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis premium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda. quid enim si publica utilitas ex hoc emergit?* Per l'analisi del passo, v. R. SCEVOLA, 'Utilitas publica', II, Padova, 2012, 316 ss. L'autore innanzitutto identifica le condotte pregiudizievoli menzionate nel testo, le quali sono l'aver scritto, composto o dato alla stampa un *liber* di contenuto diffamatorio nei confronti di soggetti determinati o avesse agito con dolo affinché ciò si verificasse: chi si fosse reso responsabile di tale comportamento sarebbe stato soggetto alla *lex Cornelia* di sillana memoria, ed alla conseguente intestabilità, anche qualora avesse occultato la propria attività ricorrendo ad uno pseudonimo o avesse operato nell'anonimato. «Alla stessa sanzione, in forza di un senatoconsulto estensivo della legge, sarebbe stato tenuto pure chi avesse fatto comparire brevi composizioni poetiche o altre forme espressive non scritte, coneggiate in modo tale da esporre taluno al pubblico ludibrio, compresi coloro i quali si fossero curati di acquistarle o venderle». Infine, il paragrafo 11 reca la menzione di un premio a chi avesse denunciato chi si fosse reso responsabile delle condotte dei paragrafi 9 e 10: «la quantificazione di tale ricompensa sarebbe stata commisurata al patrimonio posseduto dalla accusata persona e, se la denuncia fosse stata inoltrata da uno schiavo, si sarebbe giunti in qualche caso anche alla liberazione del medesimo». Tutti questi vantaggi – tesi natural-

Una dottrina precisa che il frammento è tratto dal libro 56 *ad edictum* di Ulpiano a proposito della *lex Cornelia de iniuriis*: dopo aver riportato, nei paragrafi precedenti a quelli ricordati, i casi classici di utilizzo della stessa – *pulsare, verberare, vi domum introire* – oltre ad altre notazioni di carattere processuale¹⁷⁷, il giurista severiano passa ad occuparsi della diffamazione verbale, per la quale l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* sarebbe stata esperibile «qualora lo scritto diffamatorio avesse consentito una chiara identificazione tanto dell'autore quanto della vittima, in omaggio alla regola della *laesio nominum*, piuttosto restrittiva nel caso in cui la menzione espressa del soggetto diffamato mancasse, mentre certamente l'applicazione sarebbe risultata non altrettanto disinvolta quando lo scritto fosse apparso *sine o alterius nomines*»¹⁷⁸.

Sembra dunque di poter dedurre dal frammento in oggetto che la *lex Cornelia* potesse essere applicata non solo nelle ipotesi pacificamente ricondotte al suo classico ambito applicativo, ma anche a illeciti ulteriori, la cui tutela sarebbe divenuta a tal punto pressante durante l'età augustea che avrebbe giustificato l'intervento dell'autorità costituita tramite senatoconsulto: a tal proposito, oltre al *liber*, sono rilevanti l'*inscriptio* ovvero l'affissione di una nota infamante, redatta perlopiù in versi, in un luogo pubblico, e, con formule residuali, ogni forma di ingiuria la quale attraverso l'utilizzo di *aliquid sine scriptura* (segni, disegni, sculture...) avesse esposto a menomazione la dignità e l'onore della vittima agli occhi della società¹⁷⁹. Dunque,

mente a incentivare la consegna all'autorità dei colpevoli di tali illeciti – si spiegano appunto in ragione della *publica utilitas*: Scevola fa notare che l'intero frammento, ed in particolare il paragrafo 11, è stato a lungo ritenuto compilatorio, anche se, tenendo a mente la rilevanza pubblicistica dei comportamenti menzionati in precedenza, la conclusione appare coerente con le premesse, e dunque la concessione di vantaggi si spiega con la tutela di un interesse superiore a quello del singolo. Si pensi, ad esempio, al caso in cui uno schiavo, a seguito di una fortunata delazione, fosse riuscito a conquistare la libertà: il *dominus* avrebbe dovuto manometterlo, subendo così una perdita patrimoniale che non sarebbe stata ristorata. Il *vulnus* inferto alla sua *potestas dominica*, e quindi ad uno dei capisaldi del diritto e della società romana, continua l'autore, «nella consapevolezza della divaricazione così creatasi tra diritti del *civis* e decisioni dell'autorità amministrativa, induce il giurista ad invocare la massima 'copertura' possibile, ovvero quella ravvisabile nella sussistenza dell'*utilitas publica*».

¹⁷⁷ R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 318, ricorda altresì «i soggetti idonei a rivestire funzioni giudicanti nel relativo procedimento e le questioni afferenti alla legittimazione attiva, anche con riguardo alla delicata ipotesi di deferimento del giuramento da parte dell'attore».

¹⁷⁸ R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 321.

¹⁷⁹ R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 321.

nell'eventualità di un esperimento vittorioso dell'*actio* in questi casi, sarebbe stata irrogata la pena dell'intestabilità, al pari di quanto accadeva con la *lex Cornelia*, ma, diversamente da questa, Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.5.11 reca menzione della concessione di un premio – invero di entità non trascurabile, potendosi addirittura arrivare, per lo schiavo, alla conquista della libertà – a chi avesse denunciato i responsabili di tali comportamenti.

L'impero non era in possesso di un apparato di polizia sufficiente a perseguire i reati in modo sistematico, motivo per il quale da una parte incentivava l'accusa di illeciti difficilmente rintracciabili – in questo caso, ad esempio, l'identificare l'autore di una scrittura diffamatoria e i suoi complici – e dall'altra puniva con estrema severità la presentazione di una falsa denuncia. Se, poi, l'oltraggio all'altrui reputazione compiuto a fini di pubblico ludibrio si costruiva, in età severiana, come un problema di *publica utilitas*, allora si rinviene la vera *ratio* del vantaggio concesso al delatore¹⁸⁰.

4. *Sviluppi successivi: la spinta verso la criminalizzazione e l'opera riequilibratrice di Giustiniano.*

Durante il periodo del tardo antico, stando ad un passo delle *Pauli Sententiae*, più che la nota bipartizione labeoniana, quella definita da una parte della dottrina come la classificazione fondamentale in materia di *iniuria*¹⁸¹ appare volta a distinguere tra i casi in cui il delitto in oggetto si verifici *in corpus* o *extra corpus*.

¹⁸⁰ R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, cit., 326 ss. con speciale attenzione al profilo premiale. Allo stato servivano persone che denunciassero talune fattispecie penali, specie quelle di più difficile scoperta, motivo per il quale la concessione di ingenti vantaggi ai delatori si configurava come «un'operazione ispirata ad una duplice valenza, laddove tesa ad integrare un primo profilo, pragmatico-utilitaristico (la ricompensa per l'*index* e la repressione più efficace del vilipendio per lo Stato), e un secondo profilo, autoritario-pianificatore, preordinato a riaffermare la titolarità in capo all'amministrazione imperiale della capacità repressiva non soltanto sul versante degli strumenti operativi a propria disposizione, ma anche delle scelte di politica criminale intese a contenere le spinte provenienti, in forma di dissenso, dei sudditi, quand'anche ciò comportasse l'individuazione di soluzioni non universalmente condivise».

¹⁸¹ E. POLAY, *'Iniuria' types in Roman Law*, Budapest, 1986, 172. Lo studioso ungherese qualifica per l'appunto la distinzione in oggetto come «the fundamental classification of *iniuria*» per quanto concerne il tardo antico.

Paul. Sent. 5.4.1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex affectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur.*

A tal proposito, Polay¹⁸² propone una chiara suddivisione delle singole fattispecie ingiuriose tra *iniuriae corporalis* e *incorporalis* che qui si ritiene di riproporre. All'interno del primo gruppo, lo studioso sussume i casi in cui la condotta penalmente rilevante si concretizzi nelle attività di *pulsare*, *stuprum inferre* e violenza sessuale nei confronti di un soggetto *praetextatus*, il che costituisce, con tutta evidenza, un'ipotesi aggravata della seconda situazione illecita: durante il tardo antico, si stabilì la pena di morte per tutte queste declinazioni materiali, e da qui l'*iniuria corporalis* divenne un *crimen*.

All'interno del secondo gruppo di ipotesi, invece, si rinvencono altri tipi di comportamenti pregiudizievoli: innanzitutto, la *calumnia*, ovvero l'accusa a danno di taluno di aver commesso un reato scientemente infondata, venne repressa con una procedura criminale *extra ordinem*, e subì un contestuale irrigidimento delle pene¹⁸³.

Un altro esempio di *iniuria incorporalis* era poi costituita dal *flagitium*, ovvero dall'utilizzo di un linguaggio improprio contro un *ingenuus* minore di anni diciassette al fine di sottrarlo al suo accompagnatore o incantarlo in qualche modo, e allo stesso modo era valutato l'atto di accostarsi a una donna rispettabile o a un giovane¹⁸⁴ e attentare alla loro decenza: nel caso in cui il seduttore fosse riuscito nell'intento, sarebbe stato punito con la morte, in caso contrario, con la deportazione su di un'isola; anche tale illecito divenne un *crimen* nel periodo tardo classico.

Si rinviene quindi l'ipotesi di comporre un *carmen famosum in iniuriam alicuius*, perlopiù attraverso una satira o un epigramma: anche tale fattispecie viene repressa criminalmente *extra ordinem*, e la stessa sorte sarà subita dal *convicium contra bonos mores*. La scrittura di un *libellus famosus* verrà punita con la deportazione *in insulam*. Rimangono al di fuori della bipartizione suddetta, dal momento che non si inverano pienamente né in un comportamento materiale né in un'azione immateriale, il comportamento del *sollicitator alienarum nuptiarum* e l'*interpellatio matrimonii*; ad ogni modo, entrambi gli

¹⁸² E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 175 ss.

¹⁸³ E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 175, riporta l'*exilium*, la *insulae relegatio*, e l'*amissio ordinis*.

¹⁸⁴ In realtà E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 176, parla solo di una giovane di sesso femminile, ma poiché si reputa questa figura come derivata dall'*ademptata pudicitia* (se non addirittura identica a tale illecito) si è scelto di non specificare il genere della persona offesa.

illeciti sottostanno alla persecuzione per il tramite della procedura criminale *extra ordinem*¹⁸⁵. Polay conclude la sua analisi affermando che nel periodo del dominato, tolti tutti i *crimina* appena visti, *l'actio iniuriarum* poteva essere esperita in pochissimi casi, ovvero in due ipotesi di *convicium*, inteso sia come il rivolgersi in modo irrispettoso al giudice, sia nell'ingiuriare pubblicamente taluno. Infine, muta il concetto di *contumelia*, la quale perde il carattere tecnico che l'aveva contraddistinta a partire dall'opera di Labeone a cagione della valorizzazione di fattispecie ingiuriose in cui tale significato non assumerebbe più un valore rilevante¹⁸⁶.

Da tale ricostruzione si evince una forte tendenza, durante il tardo antico, a criminalizzare e a perseguire nelle forme della *cognitio extra ordinem* ipotesi di illecito che, in origine, avevano un carattere privatistico preponderante e, se c'è un tratto penalistico dell'*iniuria* risalente all'antichità repubblicana che permane financo in questo periodo, è l'elemento soggettivo, in quanto continua a richiedersi la volontarietà dell'azione¹⁸⁷.

Per quanto invece concerne il punto di vista rimediale, già dalla tarda età repubblicana l'*iniuria* viene repressa con la *lex Cornelia de iniuriis*.

Tale tendenza permane, ed anzi diviene preponderante, in epoca classica e post-classica, come fatto correttamente presente da Gioffredi: «mentre l'ingiusto danno non si discosta dal suo carattere privatistico tradizionale, l'*iniuria* invece acquista uno spiccato carattere criminale ed è repressa *extra ordinem* con pene assai gravi. A ciò ci si era avviati già dalla tarda età classica, ma poi diviene la regola per tutte le forme più

¹⁸⁵ E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 176: «It belonged expressly neither to the *iniuria in corpus* nor to that *extra corpus* but it meant provisional legal fact: to allure somebody to adultery (*sollicitator alienarum nuptiarum*), to disturb the marriage with an immoral offer (*interpellatio nuptiarum*), even if it was fruitless, the criminal procedure was to be conducted *extra ordinem* owing to the lewd person (5.4.5)».

¹⁸⁶ E. Polay, *Iniuria types*, cit., 191: «in this age, the concept of *contumelia*, used until then as well but not as a technical term, was identified with the Greek (Attic) word *hybris*. This, however, does not mean later on either a new legal fact of *iniuria*, but it appears in jurisprudence as the “moral core” of the *iniuria* in special sense. Otherwise, the general *iniuria* in a wider sense, and even the moral motive of the *iniuria* in a stricter sense, are in certain case no *contumelia*. Because there is an offence, qualified as *iniuria* as well, in which *contumelia* (depreciation, etc.) doesn't play any part».

¹⁸⁷ E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 174: «PS establishes similarly to Ulpian (D. 47.10.3.1) that the *furius* and the *infans* ... as *doli incapax*, cannot commit any *iniuria* (5. 4. 2). PS says, similarly to the statements of Neratius, Ulpian and Paulus (D. 47.10.1.8 and 47.10.2), that in case of children under potestas and wife, the *paterfamilias* is due to *actio* (5. 4. 3)».

gravi, e il principio è riaffermato da Giustiniano, che però non abolisce l'*actio privata*¹⁸⁸. Ancora più incisivo Santalucia, il quale riconosce addirittura una tendenza nel sanzionare in forma pubblica di illeciti precedentemente repressi in forma privata¹⁸⁹; tendenza che è stata motivata letta come espressione di un potere politico più autoritario di quello repubblicano¹⁹⁰.

A ogni modo, una parte della dottrina, in ispecie Balzarini, si è chiesta se, accanto a tali rimedi, non vi fosse altresì la possibilità di agire attraverso la *cognitio extra ordinem*¹⁹¹, avvertendo tuttavia che quella in oggetto è una declinazione della fattispecie ingiuriosa poco studiata dalla dottrina, anche a causa della scarsità delle fonti in materia, le quali per giunta non si riferiscono esplicitamente al tema in esame.

A favore della tesi di Balzarini – almeno per quanto concerne la sua accezione più perniciosa, *id est l'iniuria atrox* – durante l'età matura dell'impero romano pare de-

¹⁸⁸ C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 39.

¹⁸⁹ B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 92 «particolarmente interessante è la tendenza a colpire con sanzioni pubbliche alcuni delitti che erano anteriormente perseguiti a istanza dell'offeso con un'azione penale privata. Così, per esempio, sono ora puniti con sanzioni straordinarie vari casi di furto qualificato (come il furto di bestiame in mandrie, l'appropriazione di cose appartenenti a un'eredità non ancora accettata, il furto con effrazione o con destrezza) e di ingiuria (diffusione di libelli diffamatori, vilipendio, offese al pudore di donne e fanciulli), nonché la violazione di sepolcro, già sanzionata da azione penale pretoria». Ancora, sempre lo stesso B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 123, sostiene che l'esistenza di due tendenze che modificarono in senso ampliativo l'area del penalmente rilevante: da una parte, infatti, vennero create nuove previsioni per punire comportamenti che, in età repubblicana, erano invece leciti, mentre dall'altra si assiste alla criminalizzazione di precedenti ipotesi delittuose, ed è il caso delle fattispecie più gravi di *iniuria*.

¹⁹⁰ E. POLAY, *Iniuria types*, 191: «a considerable part of iniuria-types were transformed from delict into crimen and decided in the framework of a criminal suit. This change was in close connection with the atmosphere of dictatorship, characterizing the absolute imperial rule».

¹⁹¹ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 9: «non sembra possano sussistere dubbi circa l'esistenza, sin dai primissimi tempi del Principato, di un qualche tipo di intervento *extra ordinem* nei confronti di fattispecie di illecito qualificabili come di *iniuria* ai sensi dell'editto pretorio e dell'interpretazione giurisprudenziale e dell'interpretazione giurisprudenziale: in questo senso si pronunzia, invero – e sia pure in termini alquanto generici e di norma senza sufficiente approfondimento – l'immensa maggioranza della dottrina. Quanto, viceversa, alla generalizzazione di detto intervento, vale a dire alla sua applicazione a qualsivoglia ipotesi di iniuria prevista nel *generale edictum* e nelle clausole specifiche dell'albo, ovvero considerata come tale in virtù dell'*interpretatio* dei *prudentes* o, infine, sanzionata a norma della *lex Cornelia de iniuriis*, è opinione ampiamente generalizzata che a tale risultato non si sia pervenuti prima della cosiddetta età postclassica e, per di più, in epoca alquanto avanzata della medesima».

porre un testo molto controverso, oggetto di pesanti censure da parte dalla critica interpolazionistica sebbene la dottrina maggioritaria propenda per ritenerlo autentico, ossia Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.7.6: *Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescripsit.*

La fonte, secondo l'autore, deve essere interpretata nel senso di una testimonianza attestante la perseguibilità dell'*iniuria atrox*, perlomeno durante l'età dei Severi, secondo forme criminali straordinarie.

Partendo dall'assunto, difficilmente contestabile a parere di chi scrive, che il testo in esame testimonia una qualche forma di perseguimento pubblico dell'*iniuria atrox*, «se tale repressione criminale non può essere identificata con quella introdotta dalla *lex Cornelia*, sarà giocoforza chiedersi in cosa sia potuta consistere»¹⁹², tenuto conto per

¹⁹² M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 40 ss. Si crede di dover richiamare l'attenzione sul fatto che *iniuria atrox* e *iniuria ex lege Cornelia* non sono da intendersi come necessariamente riferite alle medesime condotte materiali: riferendosi all'opinione di senso contrario, sostenuta da Manfredini, Balzarini nota che «nonostante gli sforzi effettuati da Manfredini per riuscire a dimostrare tale supposta identificazione, continua a sembrarmi molto più accettabile – per essere testualmente fondata – l'opposta opinione sostenuta a suo tempo da Pugliese: l'*iniuria atrox* è, nel linguaggio delle fonti, l'*iniuria grave*, secondo le circostanze e l'entità in sé (uno schiaffo, ad esempio, può costituire *iniuria atrox* se vittima ne è un magistrato o un senatore o se in fatto avviene «*in theatro aut in foro*» e lo stesso vale per l'ingiuria morale, che può essere grave di per sé ovvero per le circostanze in cui viene posta in essere). L'*iniuria atrox*, dunque, può combaciare con quella *ex lege Cornelia*, ma non necessariamente. Sempre su questo tema, si segnala il contributo di E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 174, il quale a tal proposito riporta un passo delle Pauli Sententiae 5.4.10 *Arox iniuria aestimatur aut loco aut tempore aut persona: quotiens senatori vel equiti Romano decurioni ... vel magistratui aedili vel iudici quilibet iniuriam faciat horum vel si his omnibus plebeius*, anche se l'autore propende per riconoscere un'origine post classica del testo in esame. Infatti, «The post-classical origin of this text-part seems to be rendered probable by the elucidation of the *iniuria atrox*, committed by *persona* ... where the proper place of statutes (Labeo: *parenti, patrono, magistratui; Gaius: magistratus, senator, ab humili persona*), not too detailed in the classical texts, was expressed in greater details: the punishment should be imposed *pro qualitate facti et personae* (5.4.7-16)». Non si vuole qui indagare – giacché non se ne possiedono neppure gli strumenti – se il testo in oggetto sia post-classico oppure no, ma si vuole sottolineare un elemento testuale che fornisce corpo e sostentamento alla tesi di Pugliese e Balzarini: pare di poter scorgere in maniera piuttosto decisa la responsabilità delle circostanze, di volta in volta riferite alla persona dell'ingiuriato, al luogo ed al momento in cui l'offesa viene posta in essere, nella qualificazione dell'*atrocitas* della fattispecie penale di nostro interesse.

giunta del fatto che la procedura sillana, nel periodo imperiale, risulta in realtà scomparsa e quindi non più applicabile¹⁹³.

Innanzitutto, per quanto concerne l'*imperator noster*, l'autore ritiene che esso rimandi alternativamente ad Alessandro Severo o a Caracalla, manifestando scarsissimo interesse per l'*electio* di quale dei due sia il Cesare effettivamente richiamato da Ulpiano, in quanto la risposta non modifica in alcun modo la sostanza del problema. In secondo luogo, Balzarini si concentra sul *civiliter agere* con un ragionamento che si riallaccia automaticamente al sintagma *sed et de atroci*. Si deve partire dal fatto che la critica interpolazionistica sia solita leggere il lemma "*civiliter*" come segno sicuro di modificazione testuale ad opera dei compilatori. L'autore non confuta tale assunto – ritenendo dunque plausibile l'idea di un ritocco del passo in oggetto – ma ciò non turba particolarmente i piani del Balzarini in quanto «i Compilatori ben potrebbero aver sostituito "*civiliter*" a "*iure ordinario*" o a "*iure communi*" o, se si vuole, a "*ex edicto*" o espressioni similari per adattare il testo originale alla terminologia e al diritto vigente, ma senza inventare nulla *ex novo* e senza giungere a falsare tutto il senso»¹⁹⁴. *Rebus sic stantibus*, il rimedio civile, per quanto formalisticamente reso con espressioni coniate nella tarda antichità, altro non potrebbe essere che l'*actio iniuriarum*, la quale dunque deve essere contrapposta a un altro procedimento riservato alle ipotesi più gravi dell'illecito in oggetto (*sed et de atroci*), gioco-forza di natura criminale, che Balzarini immagina essere *extra ordinem*, data la scomparsa della procedura inaugurata dalla *lex Cornelia de iniuriis* per il periodo di nostro interesse. A questo punto, pare di doversi concludere che le fattispecie di *iniuria*, quantomeno *atrox*, erano perseguite, durante il regno dei Severi, sia *criminaliter*¹⁹⁵ sia attraverso l'esperimento della procedura privati-

¹⁹³ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 48. Sembra essere d'accordo con tale collocazione temporale anche B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 93: a parere dello studioso, infatti, proprio tra la fine del II e l'inizio del III sec a.C., «i tribunali dei funzionari imperiali avevano progressivamente soppiantato le vecchie corti giustizia permanenti ed erano divenuti l'organo ordinario mediante il quale lo stato esercitava la repressione criminale». Il nuovo assetto di cose diverrà definitivo durante il periodo del dominio.

¹⁹⁴ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 47 s.

¹⁹⁵ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 49. Se dunque le *iniuriae* sanzionate secondo il meccanismo della *lex Cornelia* non sono oggetto di nostro interesse, si deve concordare con Balzarini, il quale afferma che nel passo in oggetto Ulpiano si riferisca alle ingiurie gravi, e tale assunto – secondo il quale le fattispecie di *iniuria atrox* erano perseguiti, sotto i Severi, *criminaliter* – risulta essere confortato anche da altri

stica tradizionale. Infine, si deve indagare il significato del termine *hodie*. L'autore rende immediatamente partecipe il lettore del fatto che *hodie* e *nunc* indichino sovente, per non dire sempre, nel linguaggio arcano delle fonti, la presenza di mutamenti normativi: da qui si deduce che il rescritto in oggetto abbia avuto un carattere innovativo, altrimenti tale lessema apparirà fuori luogo e, come sottolinea Balzarini, sospetto. L'autore a tal proposito avanza l'ipotesi secondo la quale il portato della disposizione in oggetto avrebbe costituito sì un'evoluzione del diritto, ma di epoca giustiniana, configurando dunque l'*hodie* di nostro interesse come un'aggiunta dei compi-

indici di carattere testuale. Cfr. Mac. 2 *publicorum iudiciorum* D. 47.10.40: *Divus Severus Dionysio Diogeni ita rescripsit: 'Atroci iniuriae damnatus in ordine decurionum esse non potest. Nec prodesse tibi debet error praesidium aut eius, qui de te aliquid pronuntiavit, aut eorum, qui contra formam iuris mansisse te in ordine decurionum putaverunt'*. Nel testo in oggetto, si può notare una pena che il Balzarini riferisce essere tipica della *cognitio extra ordinem*, ovvero l'*amotio ordinis*, anche se «Nel caso in oggetto, tuttavia, essa non risulta irrogata come pena dell'*iniuria atrox*, ma solo indicata dall'imperatore come conseguenza legale dell'intervenuta sentenza di condanna, la quale è considerata causa di indegnità a ricoprire la carica di *decurio* ... Quel che qui interessa è comunque il fatto che l'imperatore parli di «*error*» e qualifichi di atteggiamento «*contra formam ius*» il comportamento di coloro che «*mansisse te in ordinem decurionum putaverunt*». Parrebbe strano invece che un errore del genere si fosse potuto verificare nel caso in cui la sentenza in oggetto fosse stata pronunciata in sede di *actio iniuriarum* privata, sul carattere infamante della quale non sembra che alcuno avrebbe potuto nutrire dubbi di sorta». È invece ben nota la presenza di incertezze circa il carattere infamante delle sentenze di condanna concludenti un giudizio criminale straordinario, circostanza che farebbe propendere per la pronuncia condanna in sede di *cognitio* della condanna per l'*iniuria atrox* di Dionisio Diogene. Quanto alla menzione esplicita del carattere atroce dell'*iniuria* in questione, invece, l'autore non sente di escludere aprioristicamente che proprio su tale valutazione della fattispecie criminosa sia caduto l'*error* di cui parla il testo, il che farebbe addirittura pensare ad una possibile perseguibilità *extra ordinem* dell'*iniuria tout court*, e non solo *atrox*. Ad ogni modo, tralasciando tale ultimo spiraglio d'indagine, Mac. 2 *publicorum iudiciorum* D. 47.10.40 sembra deporre per una correlazione tra i comportamenti ingiuriosi più gravi e una procedura criminale *extra ordinem* e pare per giunta possibile applicare tale ragionamento anche a Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.7.6. Analoghe considerazioni vengono svolte dall'autore per altri passi riferiti al periodo storico in questione, rispettivamente C. 2.11.5 (*Decuriones quidem, item filios decurionum fustibus castigari prohibitum est: verum si iniuriam te fecisse proconsul vir clarissimus pronuntiavit, ignominia notatus est*), riferito ad una costituzione del 198 d.C., e C. 9.2.5 (*Non ideo minus crimine seu atrociorum iniuriarum iudicio tenetur is qui in istam accusationem incidit, quod dicat se huius facti mandatorum habuisse...*), attestante un'altra fonte analoga risalente al 241 d.C. Anche con riferimento a C. 2.11.5 l'autore, a causa della mancanza di un riferimento specifico all'atrocità dell'*iniuria*, un indizio del fatto che, durante l'età dei Severi, sarebbe stato possibile agire *extra ordinem* per qualsivoglia fattispecie ingiuriosa, e non solo per quelle più gravi ed afflittive.

latori sulla base di alcune considerazioni: infatti, Balzarini fa presente che tutte le fonti in nostro possesso sull'*iniuria atrox* si riferiscono all'*actio iniuriarum* e all'*ordo iudiciorum privatorum*, e poiché tali testimonianze si riferiscono a tutta l'età classica, Severi compresi, non pare possibile ipotizzare una improvvisa caduta in desuetudine del rimedio in oggetto di modo che Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.7.6 avrebbe potuto essere testimone di un'evoluzione giuridica. «Può dirsi, viceversa, che la disposizione riveste, con ogni probabilità, un carattere di innovazione nel diritto giustiniano e rispetto alla situazione immediatamente anteriore e che, in questo senso, non sarebbe azzardato supporre che “*hodie*” altro non costituisca che un'aggiunta compilatoria»¹⁹⁶.

Il fatto che il testo in esame appaia probabilmente interpolato non pare turbare l'autore, il quale continua a sostenere la correlazione, testimoniata da Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.7.6, tra l'*iniuria atrox* e la repressione criminale *extra ordinem*, sulla base della considerazione secondo la quale anche se si postulasse come vera la modificazione ad opera dei compilatori dei passi summenzionati, comunque non confuterebbe la tesi ora esposta.

Sembra quindi di poter concludere che, da un punto di vista rimediale, nell'età matura dell'impero romano per talune fattispecie aggravate di *iniuria* fosse possibile agire nelle forme pubblicistiche poc'anzi ricostruite e altresì secondo il ben noto schema dell'*actio iniuriarum*, mentre tale alternatività non si sarebbe data agli ingiuriati in modo lieve. Mentre Balzarini in realtà risulta essere affascinato dalla possibilità, aperta a suo dire da taluni indici di carattere testuale, di un'estensione classica della procedura criminale *extra ordinem* a casi di *iniuria* semplice, chi scrive non condivide tale apertura per due ordini di ragioni, l'uno facente capo al carattere ellittico dei passi indicati dall'illustre autore, e l'altro riferito alla strenua permanenza dell'*actio iniuriarum* ancora durante il periodo storico cui ci si riferisce¹⁹⁷.

¹⁹⁶ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 56.

¹⁹⁷ Tale conclusione non viene accettata senza combattere da M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 61., dal momento che l'autore riporta numerosi brani che muoverebbero nella direzione di indicare la possibilità di repressione criminale *extra ordinem* per ogni tipo di *iniuria*. Tra questi spicca *Claudius Saturninus libro singulari de poenis paganorum* D. 48.19.16 *Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advoationes, aut scripta, ut falsa et famosi libelli... 1. Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis... 2. Causa: ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro allata vel parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi: puniuntur, cum quis per iram ab extraneo pulsatus est. 3. Persona dupliciter spectatur, eius qui fecit et eius qui passus est: aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi quam liberi, et aliter, qui quid in domi-*

In primo luogo, infatti, si ritiene che i testi citati, peraltro oscuri, non depongono in maniera univoca a favore della tesi del Balzarini perché, nonostante effettivamente enuncino ipotesi di *iniuria* ‘semplice’ come casi perseguibili mediante la modalità pubblica ricordata poc’anzi, è vero altresì che tali fattispecie ‘base’ possano ben essere segnate dal marchio dell’*atrocitas* in considerazione di determinate circostanze (ad esempio, un banale schiaffo, se dato ad un magistrato in un luogo pubblico, diviene idoneo ad integrare l’*iniuria atrox*) la cui assenza non risulta essere specificata nel testo: per questo motivo non si ritiene assolutamente decisivo il richiamo alle ipotesi di reato non aggravato.

In secondo luogo, è ragionevole pensare che una conservazione così lunga di un mezzo processuale – dalla media repubblica a Giustiniano con un’unica interruzione, come si vedrà da dopo Diocleziano al celebre sovrano bizantino – risponda ad un’utilità pratica, effettiva del rimedio in questione, e poiché era stata inaugurata una procedura pubblica, quindi aggravata, con una contestuale risonanza pubblicitaria di un certo tipo, per i casi più pesanti di *iniuria* già a partire da Silla, si considera più

num parentemve ausus est quam qui in extraneum, in magistratum vel in privatum... 6. Qualitate, cum factum vel atrocius vel levius est... qua de re maximus apud graecos orator Demosthenes sic ait. Nonostante tale brano risulti essere d’incerta interpretazione, l’autore manifesta la «netta sensazione che il suo autore si occupi precisamente e unicamente della repressione criminale *extra ordinem* delle fattispecie menzionate a titolo di esempio ... Lo stesso vale per le ipotesi di *iniuria* qui menzionate: in effetti, proprio l’osservazione, in sé perfettamente accettabile – secondo cui non è esatto quel che Saturnino afferma nel § 2, dato che i «verbera del *magister* al *discipulus* non restano certo impuniti, per il semplice fatto dell’esclusione dell’*actio iniuriarum*», appare in grado di confermare che l’autore del brano intendesse riferirsi, con «*impunita sunt*», proprio all’assenza di una repressione *extra ordinem* di carattere criminale, la quale sola veniva in considerazione nell’ottica di un’opera intitolata *de poenis paganorum*». Se le cose stanno davvero così, continua Balzarini, allora quello in oggetto è più che un indizio – quasi una prova in realtà – di quanto si è detto in precedenza: «Qui, infatti, non solo sono menzionati, a titolo esemplificativo, i *convicia*, i *libelli famosi* ... e i *verbera* (nel § 2), con il che si copre, in pratica, quasi l’intera gamma delle ipotesi di *iniuria*, ma si fa altresì ricorso (nel § 3) all’elaborazione dottrinale relativa all’*iniuria atrox* per applicarla in generale a tutta la materia della repressione criminale e, infine, sempre in materia di *atrocitas* del fatto sotto l’aspetto della *qualitas*, si cita un brano retorico che si riferisce precisamente alla ὕβρις». Si è scelto di presentare anche questo tipo di ragionamento per esigenze di completezza, ma non si proseguirà oltre la disanima sul punto, ritenendo l’estensione di una procedura criminale *extra ordinem* a casi di *iniuria* semplice indiziaria per ragioni legate allo stato delle fonti e per motivi di, per così dire, architettura del diritto post-classico. Ad ogni modo si rimanda, per l’esegesi completa dei testi che, secondo questa lettura, confermano l’impostazione enunciata all’attento lavoro di Balzarini.

probabile che si sia continuato a perseguire (anche) in tali forme gli illeciti di *iniuria atrox* al posto di intraprendere un processo criminale per illeciti bagatellari, scelta decisamente antieconomica.

Infine, una considerazione di ordine generale. Si è già accennato, in realtà diverse volte, nel corso della nostra trattazione ad un legame direttamente proporzionale tra intervento statale nel campo del diritto penale e accentramento del potere politico¹⁹⁸.

Tale tendenza era già cominciata al tempo delle XII Tavole con la drastica riduzione dell'operatività del meccanismo della *vindicta*, operazione avente il proprio fine ultimo nell'affermazione dell'autorità dell'ordinamento al di sopra dei *paterfamilias*, si rinviene anche sotto la dittatura di Silla, il cui intervento portò i senatori a giudicare, nel pieno dello spargimento di sangue cagionato dalle ripetute guerre civili, fattispecie particolarmente rilevanti dal punto di vista del mantenimento dell'ordine pubblico, ed altresì risulta essere presente con i Cesari e la loro plateale passione per il diritto criminale. L'interesse statale di controllare, attraverso forme giuridiche di tipo pubblicistico, talune forme dell'agire sociale si può pensare maggiormente attento a mantenere entro un certo, per così dire, livello di guardia comportamenti caratterizzati da un portato dannoso di un calibro criminale non trascurabile, costituenti in qualche modo una minaccia all'ordine costituito, più che illeciti di carattere bagatellare, quali, per esempio, un'ingiuria risoltasi in un banale schiaffo.

A cagione di tali motivi non ci si dichiara persuasi dalla possibilità di riconoscere un'estensione della procedura criminale *extra ordinem* anche a ipotesi di *iniuria* semplice durante l'età classica.

¹⁹⁸ V. B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 140 ss., a proposito dei nuovi confini della repressione penale durante il basso impero, le considerazioni a proposito della quale non potranno che essere inserite in nota in quanto oggetto principale della nostra trattazione non è costituito dal diritto criminale generale, ma specificatamente dall'*iniuria*. Ad ogni modo, in tale torno di tempo, durante il quale, com'è noto, l'imperatore è definito addirittura *dominus et deus*, l'area del penalmente rilevante si dilata a dismisura in quanto le figure tradizionali rimangono, ma i confini ne vengono considerevolmente ampliati. Ad esempio, all'interno del *crimen maiestatis*, i cui tratti esteriori sono idonei a orientare la definizione altresì dell'*iniuria*, come si ha avuto modo di notare nelle pagine precedenti, vengono ricompresi altresì l'uso di carceri private, l'adozione di un culto pagano, il turbamento dell'ordine pubblico a seguito di dispute teologiche, la cospirazione a danno non solo di Cesare, ma altresì di alti ufficiali dello stato. Stessa sorte ampliativa subirono il *crimen repetundarum*, il peculato e il *crimen ambitus*.

Per quanto concerne, infine, la repressione dell'illecito di nostro interesse durante nel diritto post classico e giustiniano, di capitale importanza risulta essere un passo delle *Institutiones* di Giustiniano.

I. 4.4.10 *In summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. et si quisdem civiliter agatur, aestimatione facta secundum quod dictum est poena imponitur. si autem criminaliter, officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres quique supra eos sunt et per procuratores possint actionem iniuriarum vel persequi vel suscipere secundum eius tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.*

Dal passo si ricava la permanenza nel diritto giustiniano dell'alternanza dialettica tra il ben noto rimedio di carattere privato rappresentato dall'*actio iniuriarum* con la contestuale determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria da parte del giudice, e il mezzo criminale, cagionante l'irrogazione della *extraordinaria poena*: a tal proposito, Balzarini ritiene di sottolineare come le due modalità di azione summenzionate si debbano intendere esistenti all'interno di uno stesso sistema processuale senza la distinzione, valida per l'età classica, tra procedimenti ordinari e straordinari, notazione che si ritiene singolarmente corretta a mente del fatto che durante il dominato l'unica forma processuale è costituita dalla *cognitio extra ordinem*¹⁹⁹. È però da riportarsi,

¹⁹⁹ Si deve qui brevemente ricordare la decadenza del processo *per quaestiones* e il contestuale instaurarsi della *cognitio extra ordinem*, che in un secondo momento diverrà l'unica modalità processuale in vigore. G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo, Introduzione alla "cognitio extra ordinem"*, Milano, 1960, 50 ss., ricorda che le *quaestiones perpetuae* erano un istituto strettamente legato ad una dimensione urbana, o, per meglio dire, a «Roma quale stato-città o stato città in espansione, di una certa estensione territoriale, ma sempre uno stato città e nulla di più». Orbene, tale situazione è destinata a cambiare con l'avvento del principato, dal momento che quando muta la struttura dello stato romano, il sistema di tutela che era stato predisposto per tale assetto politico-sociale decade: «il terreno donde muove questo sviluppo è il terreno delle provincie. Infatti le "*quaestiones perpetuae*" erano istituto romano, collegato al centro urbano entro cui i giudici risiedevano, ed è molto dubbio se il processo che attraverso esso si svolgeva potesse avere luogo anche nelle provincie e relativamente ai delitti ivi commessi dai provinciali». Poiché vi erano diverse tipologie di provincie – *provinciae populi romani*, *provinciae Caesaris*, regioni procuratorie – non è ragionevole pensare che vi fosse uniformità assolute tra tutte: più probabilmente, sostiene l'autore, «che in alcune si applicasse (con eventuali limiti particolari) il processo delle "*quaestiones perpetuae*", e in altre ciò non si verificasse, e la giustizia penale fosse amministrata "*extra ordinem*" direttamente dal magistrato», tenuto conto in aggiunta di una particolare differenziazione in merito all'esercizio della giurisdizione penale in base alle stirpi di appartenenza. Pare poi che nelle *provinciae*

al fine della completa trattazione della materia, la considerazione del Polay²⁰⁰ a parere del quale se durante l'età classica l'*actio iniuriarum* era il mezzo per eccellenza attraverso il quale si perseguivano le *iniuriae*, e se il periodo del dominato, come si è visto in precedenza, aveva previsto la sottoposizione della maggior parte di tali illeciti alla procedura criminale *extra ordinem*, con contestuale conservazione del rimedio privati-

Caesaris e procuratorie, invece, si procedesse sempre *extra ordinem* anche nei confronti dei cittadini romani, come attesterebbe il processo a S. Paolo. Scherillo ritiene che al tempo di Ulpiano sicuramente la *cognitio extra ordinem* avesse soppiantato la procedura delle *quaestiones*, evincendo tale convinzione da Pap. 1 *quaest.* D. 1.12.1 pr. *Omnia omnino crimina praefectus urbis sibi vindicavit, nec tantum ea, quae intra urbem admittuntur, verum ea quoque, quae extra urbem intra Italiam, epistula divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbis missa declaratur.* Da ciò, l'autore evince che, «se all'epoca di Ulpiano è ormai assodato che si agisce anche in Roma e in Italia “*extra ordinem*” per tutti i delitti, è chiaro che già parecchio tempo prima si era instaurata la prassi di non ricorrere alle “*quaestiones*” ma direttamente al magistrato, e non è improbabile che proprio a confermare e a ratificare tale prassi fosse intervenuta l'*epistula* di Settimio Severo cui allude il passo esaminato. Non è congettura da escludere che codesta *epistula* al prefetto Fabio Cilone ... rappresentasse la fine ufficiale delle *quaestiones*, cui viene sostituito il *praefectus urbi*, pur restando il processo penale regolato dalla “*Lex Iulia iudiciorum publicorum*, e il diritto penale dalle leggi istitutive delle singole *quaestiones*». Dunque, ecco che sul finire dell'età classica diviene manifesta l'inadeguatezza del processo *per quaestiones* all'assolvimento della funzione della repressione penale. A questo punto, la *cognitio* diviene la modalità processuale per eccellenza, circostanza verificatasi, a parere di chi scrive, non solo a cagione della sopraggiunta inadeguatezza della *quaestio* a far fronte alle esigenze di un impero di dimensioni mostruose, lontano anni luce dalla struttura della città-stato che era stato un tempo, ma almeno ad altri due ordini di ragioni. In primo luogo, tale schema procedimentale soddisfaceva il bisogno di protagonismo del *princeps*, a cagione della centralità dei suoi funzionari – investiti di poteri inquisitori estremamente penetranti – e della sua stessa persona, come si può notare, ad esempio, dall'istituto dell'appello a Cesare che sostituì la *provocatio ad populum*: tale strumento, di largo utilizzo già all'inizio del III sec. d.C., aveva probabilmente lo scopo, come sostiene Scherillo, «di tutelare più profondamente il cittadino, garantendogli la possibilità di un doppio grado di giudizio», ed infatti tale considerazione spiega come mai l'istituto in oggetto si sviluppi in seno al processo penale e fu esteso solo in un secondo momento nel processo civile. L'autore continua notando come «non essendovi più il *populus* a cui appellare (dal momento che i comizi non si radunavano più) ci si rivolge a chi appare attuale titolare e depositario della sovranità dello Stato» ovvero dapprima Cesare, e successivamente i funzionari imperiali. In secondo luogo, tale procedura era più in linea, per riprendere le parole di A. BANFI, ‘*Acerrima indago*’, cit., 4, «con la burocrattizzazione di un sistema giudiziario che si connotava come espressione di un potere verticale di derivazione imperiale, con l'adozione del rimedio dell'appello e con le esigenze repressive e di controllo sociale tipiche di un sistema politico avviato verso l'affermazione, via via più esplicita, dell'autocrazia».

²⁰⁰ E. POLAY, *Iniuria types*, cit., 197 s.

stico per pochissimi casi (nonché lievi dal punto di vista della *vis* offensiva), con Giustiniano la dinamica della prospettiva rimediale è destinata a subire un ulteriore sovvertimento, in quanto la scelta della strada repressiva – se civile o meno – sarebbe stata rimessa all’offeso, come pare da evincersi dalle parole di I. 4.4.10: *In summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter*²⁰¹. La rinnovata attenzione per un tipo di tutela il cui ambito di applicazione era stato considerevolmente ridotto nell’ultima fase dell’impero romano si spiega con la tendenza al recupero del diritto romano classico di Giustiniano²⁰².

Il periodo di nostro interesse appare dunque caratterizzato da un concorso tra procedimenti «ispirato al principio dell’alternativa», come sottolinea Balzarini²⁰³. Lo studioso afferma che, al termine del III sec. d.C., l’*iniuria* era perseguita principalmente in via criminale, pur continuando a sussistere l’azione privata: l’ingiuriato avrebbe potuto scegliere la tutela rimediale a lui più congeniale a meno che il fatto illecito non avesse integrato la *calumnia*, la quale avrebbe richiesto il processo criminale pubblico. Oltre queste notazioni, Balzarini ritiene che non ci si possa spingere.

Un’altra fonte particolarmente importante è individuata dal Balzarini in un passo delle *Pauli Sententiae* (5.4.6-8) nel quale si ricostruisce la storia dell’*actio iniuriarum*: no-

²⁰¹ G.G. ARCHI, *Scritti di diritto romano, Studi di diritto penale, Studi di diritto postclassico e giustiniano*, III, Milano, 1981, 1590 ss. A proposito della locuzione *civiliter vel criminaliter agere*, l’autore nota che essa è una locuzione utilizzata dalla cancelleria imperiale in talune situazioni: l’autore si occupa, nelle pagine indicate, del problema del falso documentale, ma si ritiene applicabile anche alla fattispecie di nostro interesse un frammento del complesso ragionamento svolto dallo studioso, che qui dunque si intende riproporre. Archi, infatti, sostiene che «Dal punto di vista strettamente romanistico la singolarità del fenomeno risiede in ciò, che una determinata fattispecie (nel caso nostro il falso documentale, così come a questa epoca il diritto romano lo concepiva) dà luogo alla possibilità di un *agere* civile e di una criminale senza per questo doversi configurare contemporaneamente come un *crimen* e come un *delictum*, o più in generale, e più precisamente senza ricadere nello stesso tempo in una di quelle ipotesi contemplate in astratto dall’ordinamento privato sia civile che pretorio».

²⁰² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 45, riferisce che l’opera giuridica di Giustiniano si va ad inserire «in un più ampio disegno politico di questo imperatore [...] volto alla restaurazione politica e militare dell’impero».

²⁰³ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 13. L’autore, ad ogni modo, precisa che «Per quanto attiene all’azione criminale, è consentito agli *illustres* e alle persone di rango più elevato di esperirla o difendersi contro il suo esperimento tramite *procuratores*. Tale eccezione ai principi generali regolanti il processo criminale è fatta risalire ad una Zenoniana *constitutio* il cui testo è riferito in C.9.35.11 (*Zeno*, a.478)».

nostante Paolo sia un giurista del III sec., l'autore ritiene che il passo in oggetto non debba essergli attribuito genuinamente, e dunque possa essere utilizzato per l'analisi del rimedio nel periodo in questione, ed in particolare per quanto concerne l'età post-diocleziana²⁰⁴.

Paul. Sent. 5.4.6. *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis. 7. Moribus, quotiens factum pro qualitate sui arbitrio iudicis aestimatur, congruentis poenae supplicio vindicator. 8. Mixto in iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur, vel cuius domus introitur ab his, qui vulgo directarii appellantur. In quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingruentis consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur exilii aut metalli aut operis publici.*

Il passaggio di maggiore rilevanza è probabilmente costituito dalla partizione iniziale, in cui il giurista distingue tra tre fonti di legittimazione dell'*actio* in oggetto (*lege, more, lege e more*), ove, secondo Balzarini, *mos* sarebbe da intendersi come riferito al *mos iudiciorum* «ed in particolare con la prassi cognizionale, la quale attribuiva al giudice ... un'ampia sfera discrezionale per quel che atteneva alla fissazione della pena, che qui è chiaramente e unicamente intesa quale sanzione di carattere criminale»²⁰⁵.

L'autore prosegue ritenendo che la partizione summenzionata non potrebbe risalire a Paolo in quanto tale giurista, pur potendo anche essersi espresso in un'operazione concettuale di tal foggia, avrebbe sicuramente inserito l'editto pretorio – ed anzi ne avrebbe enfatizzato il ruolo – oltre ad evitare di confondere l'ambito formulare e quello della *cognitio*²⁰⁶. Dalle previsioni di carattere sanzionatorio riportate

²⁰⁴ Dello stesso avviso, o quantomeno di atteggiamento scettico quanto alla paternità pienamente riconducibile a Paolo, sembra essere R. SCEVOLA, 'Utilitas', cit., 368, il quale definisce il testo in oggetto come «pseudopaolino».

²⁰⁵ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 22.

²⁰⁶ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 22. Un elemento ulteriore ostativo all'attribuzione a Paolo del passo in oggetto risiederebbe altresì nell'interpretazione, propugnata dall'autore, del termine *mos*, inteso appunto come prassi cognizionale e non in altri sensi più tradizionali. Questo, tuttavia, si tratta di un punto controverso, come ammette lo stesso Balzarini, in quanto non tutta la dottrina concorda nella lettura che qui si è proposta. Il lessema *mos*, infatti, potrebbe essere inteso anche come *mos maiorum*, con la *consuetudo*, oppure con l'opera del pretore o anche con l'attività di *interpretatio* della giurisprudenza, in particolar modo labeoniana: lo stesso Balzarini confessa la contrarietà alla propria tesi di alcuni grandi studiosi di diritto romano, dal momento che a favore di una lettura consuetudinaria pare pro-

nel brano si evince che questo finora si riferisca alla declinazione più propriamente criminale del rimedio in questione: della trattazione civile dell'*actio iniuriarum* si occupa il paragrafo successivo, come si evince dalla menzione dell'*infamia*²⁰⁷.

Anche il § 9, come quelli precedenti, si riferisce all'aspetto prettamente sanzionatorio della tutela rimediale e da lì si inferisce la natura dell'azione al cui esperimento conseguono.

L'azione civile è contraddistinta ancora in età giustiniana dall'*aestimatio*, anche se, come si è detto in precedenza, i due rimedi si devono intendere inseriti all'interno di un medesimo sistema processuale, quello della *cognitio extra ordinem*, caratterizzato da una estesissima libertà del giudice.

Più precisamente, dal brano appena esaminato, si rinviene un collegamento tra il pagamento di una somma di denaro e l'*iniuria mediocri*, e da tale relazione Balzarini evince l'esistenza di un unico procedimento nel quale, se l'autorità giurisdizionale avesse giudicato lieve il fatto ingiurioso, si sarebbe potuto giungere alla dazione dell'importo liquidato e, inoltre, poiché l'infamia era ormai sanzione applicata in conseguenza di entrambi i procedimenti, l'autore evince la scomparsa dell'azione privata, conclusione che ora si cercherà di chiarire al meglio²⁰⁸. La ricostruzione è proposta nelle ultime pagine verrebbe confermata, ad opinione di Balzarini, altresì da un passo ulteriore delle *Pauli Sententiae* (5.4.12):

pendere G. PUGLIESE, *Iniuria*, cit., 108, mentre orientato verso la valorizzazione dell'attività del pretore risulta essere Mommsen, ed infine teso a indicare la strada dell'elaborazione della giurisprudenza è Manfredini.

²⁰⁷ 9. *Iniuriarum civiliter damnatus eiusque aestimationem inferre iussu famosum efficitur.*

²⁰⁸ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 223. Si riporti, innanzitutto, il testo dell'*interpretatio*: *Qui pro iniuria mediocri aestimatae iniuriae damna subire compellitur. quamvis civiliter videatur addictus, tamen infamis efficitur.* A tal proposito, l'autore ritiene, dopo aver fatto presente il collegamento di cui si è fatto menzione nel corpo del testo, che l'uso «dell'espressione «*quamvis civiliter videatur addictus, tamen*» [...] suggerisce che non di due tipi differenti di procedimento si trattasse, ma di un procedimento unico, il quale, in virtù dell'ampia libertà spettante all'organo giudicante, poteva anche concludersi, in caso di ingiuria lieve, con una semplice condanna pecuniaria, vista ormai come una sorta di risarcimento. L'uso congiunto, inoltre, di *quamvis* e *tamen* depone nel senso della totale obliterazione del principio secondo cui l'infamia era conseguenza non solo di una condanna di carattere criminale, ma pure di talune condanne «civili»: in una parola, nel senso della definitiva scomparsa, per quel che attiene all'*iniuria*, dell'azione penale privata».

Paul. Sent. 5.4.12 Iniuriarum non nisi praesentes accusare possunt: crimen enim, quod vindictae aut calumniae iudicium expectant, per alios intendi non potest.

Tale fonte risulta essere un'importante testimonianza circa l'evoluzione dell'*iniuria* successivamente a Diocleziano, che, definitivamente attratta nell'ambito del diritto penale, viene definita *crimen* «cui conseguirà una sentenza di tipo criminale (*iudicium vindictae*) ovvero una sentenza di *calumnia* per l'accusatore (*iudicium calumniae*)». Si noti che l'*iniuria*, nel suo complesso significato giuridico, viene attratta nel diritto criminale a prescindere dal grado di *atrocitas* con una contestuale scomparsa dell'azione civile la quale, arrivati a tale stadio di evoluzione, non ha senso d'esistere.

Il carattere ormai marcatamente penalistico del rimedio si deduce dall'uso di una terminologia adeguata a tale ambito del sapere giuridico, come si evince, ad esempio, dall'uso del lessema *vindicta*, la quale è presente, come sottolinea Balzarini, già nel § 7 («*congruentis poena supplicio vindicatur*»), e poiché tale espressione era riferita, nel paragrafo summenzionato, all'*actio iniuriarum*, l'autore intende tale tutela come non più contraddistinta da un marchio privatistico.

La presenza del contesto penale come l'unico ambito di sopravvivenza dell'*iniuria* si evince altresì, a detta del Balzarini, dal divieto di *accusare per alios*: l'accusatore, infatti, avrebbe dovuto esporsi personalmente al rischio di essere processato a sua volta per *calumnia* nel caso in cui la propria attività processuale fosse risultata temeraria ed infondata, sorretta dall'unico scopo di sottoporre a processo criminale una persona innocente menomandone così la dignità e, allo stesso tempo, impiegando risorse statali per soddisfare tale turpe proposito.

In conclusione: «il fatto ... che nell'ambito delle P.S. non possa distinguersi chiaramente tra *actio* e *accusatio iniuriarum* e che quest'ultima non possa essere intentata *per alios* depone decisamente nel senso della definitiva scomparsa dell'azione privata di *ingiurie*»²⁰⁹.

²⁰⁹ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 29. Balzarini dichiara di ispirarsi, per tale conclusione, a M. A. DE DOMINICIS, *L'origine post classica del "§ 12 P. Sent. V, 4, de iniuriis" ed il divieto della rappresentanza tecnica nell'"accusatio iniuriarum"*, in *Annali della Università di Ferrara*, n. II, Ferrara, 1937, 6 ss. De Dominicis, in tale studio, sottolinea con grande vigore il ruolo del divieto di *accusare per alios* nella ricostruzione proposta nel corpo di testo: innanzitutto si noti che «il solo fatto di escludere da essa la rappresentanza processuale si delinea conforme all'*accusatio dei publica iudicia*. In questi, infatti, è espressamente vietato l'intervento di rappresentanza nell'esercizio dell'azione criminale». Ora, *rebus sic stantibus*, l'accusa

Questo è da intendersi valido per quanto riguarda l'età post-diocleziana²¹⁰, mentre, per quanto concerne il periodo giustiniano, si ha già avuto modo di constatare la riesumazione del rimedio privatistico, con una operazione politico-legislativa di chiara ispirazione classicheggiante.

rinvenuta nel § 12 del passo delle Pauli Sententiae «per il fatto di non ammettere la rappresentanza processuale si delinea profondamente diversa dall'azione criminale i. esistente nell'età classica» – si pensi a quanto detto nel capitolo precedente sull'*actio ex lege Cornelia* – ed anzi «coll'escludere la rappresentanza dell'azione crim. i., ci offre il singolare esempio, *unico nelle fonti*, di un'azione criminale i., simile all'azione criminale dei «publica iudicia» vale a dire un'azione crim. i. *publica* diversa da quella considerata da Paolo nel lugo citato delle Pandette», a parere del quale D. 3.3.1 *Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari postes, nam etsi publica utilitate exercetur privata tamen est*. Ecco che, dunque, le Pauli Sententiae si riferiscono ad un'azione criminale pubblica. Tale rimedio sarebbe stato inizialmente applicato in relazione ad una fattispecie precisa, riportata da Paolo in D. 47.10.6: *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem, factum est; tunc ei quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestioni rem vindicari*. A tal proposito, De Dominicis riporta che l'ipotesi originaria era rappresentata dal caso in cui un soggetto fosse stato ingiuriato pubblicamente mediante la presentazione di un libro o di un altro scritto anonimo: un senatoconsulto avrebbe instaurato un *iudicium publicum iniuriarum* per superare la difficoltà in cui si sarebbe altrimenti incorsi con la *lex Cornelia* dal momento che l'offeso, unico legittimato all'esperimento dell'azione, non avrebbe saputo praticamente contro chi dirigerla e, quando anche avesse in mente un nominativo, provare la paternità dello scritto diffamatorio in capo a questi sarebbe stata una *probatio diabolica*, se non del tutto impossibile. Per tali ragioni il Senato diede la possibilità a chiunque di esercitare l'azione in oggetto e da qui «si delinea per la prima volta nella storia del diritto processuale romano, un'azione criminale *iniuriarum* pubblica nel senso tecnico della parola: un'azione cioè alla cui provocazione è legittimato «quivis de populo»».

²¹⁰ M. BALZARINI, *De iniuria*, cit., 30. L'autore, richiamandosi ancora agli studi di De Dominicis, ritiene che i passi delle Pauli Sententiae menzionati finora in primo luogo non possano essere attribuiti a Paolo per i motivi che si sono evidenziati in precedenza, ed in secondo luogo non rispecchino neppure lo stato delle fonti di età diocleziana in quanto «per quest'epoca, infatti, non solo sussistono prove sufficienti della sopravvivenza dell'*actio iniuriarum* privata, ma addirittura ... si mantiene il carattere privato della «*querella iniuriarum*», intesa come iniziativa della parte lesa nello stesso giudizio criminale di ingiurie, il che significa, se non vado errato, l'inapplicabilità, al caso specifico, del divieto generale di *accusare per alios*, il quale è viceversa posto a fondamento dell'affermazione contenuta in P.S. V,4,12». Infatti, Diocleziano, in un rescritto, versato in C. 9.35.7., così si esprime: *Iniuriarum causa non publici iudicii, sed privati continet querella*.

PRESUPPOSTI DI RISARCIBILITÀ E PROBLEMI DI RISARCIMENTO
DEL DANNO NON PATRIMONIALE: L'*AN* DELLA LIQUIDAZIONE

SOMMARIO: 1. Riforme imperfette e quantificazione sanzionatoria del danno alla persona. 2. Il problema del 'risarcimento' del danno non patrimoniale. 3. L'originaria intermediazione legislativa della tutela non patrimoniale come scelta di politica del diritto. Critica alla 'riserva di legge' in senso sanzionatorio. 4. Dai casi di risarcibilità alle condizioni del risarcimento: conseguenze in termini di individuazione dei pregiudizi risarcibili. 5. Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza di legittimità più recente: incerte conseguenze sul pregiudizio risarcibile. 6. Il piegamento di una regola probatoria a strumento di selezione del danno non patrimoniale risarcibile: il cd. danno *in re ipsa*. 7. Tipizzazione pretoria e significato attuale della risarcibilità del danno nei soli casi previsti dalla legge. 8. Riflessi sulla tipicità dell'art. 2059 c.c. della tipizzazione giurisprudenziale dei danni non patrimoniali. 9. Segue. La dottrina della necessaria «previsione normativa tipica» del danno non patrimoniale. 10. Criticità dell'individuazione dei danni non patrimoniali risarcibili da parte del giudice ordinario. 11. Riforma del Codice civile e problemi di operatività (europea) dei diritti inviolabili: una nuova *Drittwirkung*? 12. Limiti sistematici della tipicità dei danni non patrimoniali risarcibili e tutela dei diritti della personalità. 13. Intermediazione legislativa *ex art.* 2059 c.c. e funzione sanzionatoria del diritto privato. 14. La controversa risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. 15. L'*an* del danno non patrimoniale da inadempimento tra causa concreta del contratto e ruolo integrativo del privato. 16. La causa concreta del contratto come strumento di selezione dei danni non patrimoniali risarcibili: criticità. 17. Clausola penale e danno non patrimoniale da inadempimento: una fuga dal sistema di risarcibilità delle Sezioni Unite.

1. *Riforme imperfette e quantificazione sanzionatoria del danno alla persona.*

La quantificazione del danno alla persona – espressione controversa che qui si userà per intendere le modificazioni peggiorative, di natura patrimoniale e non patrimoniale, che ledono l'integrità fisica, psichica o morale dell'individuo¹ – «pone il più arduo dei problemi della responsabilità civile»².

Chiede invero all'interprete di confrontarsi con numerose difficoltà tecniche, tra cui il riconoscimento dei casi nei quali i danni alla persona siano meritevoli di tutela risarcitoria; in che termini lo siano, ossia di quali elementi si debba tenere conto per affermarne la rilevanza giuridica; come operino i diritti fondamentali nell'individuazione dei pregiudizi non patrimoniali risarcibili; quanto debbano essere

¹ Per un'analisi dei problemi di inquadramento sistematico del suddetto pregiudizio, cfr. F.D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, 2013, Torino, 41 ss.

² G. GENTILE, voce *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 634.

risarciti; da quali variabili dipenda la condanna pecuniaria etc. Quasi superfluo precisare che la complessità del problema risarcitorio tocchi l'apice con riferimento alle violazioni che non poggiano su basi materiali, nelle quali la perizia medica non può accertare l'estensione del pregiudizio.

Sullo sfondo si intravedono le ragioni della liquidazione, le finalità a cui mira o dovrebbe mirare il risarcimento del danno non patrimoniale, con speciale attenzione alla questione di una possibile declinazione sanzionatoria dell'istituto.

Nell'incessante fluire di pagine dedicate alla responsabilità civile, sembra doveroso per un verso motivare la scelta di tornare su un tema dibattuto come l'art. 2059 c.c.; per l'altro, delimitare il campo d'indagine.

Per meglio precisarne i confini, la presente ricerca intende chiedersi se sia ipotizzabile una quantificazione punitiva del danno alla persona individuando e analizzando variabili di calcolo della condanna che, esulando dal pregiudizio occorso – come il dolo del responsabile, la reiterazione dell'illecito, la rilevanza del contesto sociale a fini liquidativi etc. – parimenti esulano da un'ottica meramente riparativa³.

Il tema d'indagine coincide, in altre parole, con il *quantum* della pena nella liquidazione del danno non patrimoniale.

Seguendo la concezione bipolare inaugurata dalle Sezioni Unite del 2008 ancora oggi seguita dalla giurisprudenza di legittimità, si divide il danno patrimoniale da quello non patrimoniale senza frammentare quest'ultimo in una pluralità di danni minori (es. danno all'onore, danno alla riservatezza, danno estetico, danno da morte etc.). Un'elencazione di questo tipo, meramente compilativo-descrittiva, allontanerebbe dal tema di indagine facendo perdere di vista la necessaria unitarietà del danno alla persona⁴.

L'analisi del *quantum* della liquidazione presuppone lo studio dell'*an*, di particolare rilevanza nei pregiudizi *ex art. 2059 c.c.* e ancor più nelle lesioni che non poggiano su

³ Cfr. cap. VI.

⁴ V. a tale proposito P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*. Atti Siena, 19-21 settembre 2007, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 275: «una riflessione a sé stante merita il c.d. danno alla persona ... esso non può essere distinto in tanti autonomi danni, in quanto la persona è unità psicofisica indissolubile, un piccolo mondo non divisibile in tante parti quante sono le lesioni che può subire». Analogamente sull'insuscettibilità di frazionamento della persona umana, in sé stessa considerata un valore primario dell'ordinamento, cfr. ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005.

base biologica, liquidate equitativamente, nelle quali *an* e *quantum* del risarcimento risultano ancor più strettamente legati⁵.

Quanto ai motivi che ispirano il lavoro, oltre al sempre attuale interesse per la tutela della persona umana nell'ordinamento, una riflessione sulle funzioni della liquidazione del danno non patrimoniale trova ragion d'essere alla luce dei progetti di riforma di due Codici civili continentali, italiano e francese.

L'art. 1, co. 1, lett. n), disegno di d.l. 1151 del 30 giugno 2019 delega al Governo italiano il compito di «razionalizzare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, anche disancorandola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi»⁶.

La risarcibilità dei danni non patrimoniali 'anche disancorata da una rigida tipizzazione legislativa' è proposta con notevole ritardo dal Parlamento italiano: le Sezioni Unite del 2008, estendendo la tutela *ex art.* 2059 c.c. alle gravi lesioni dei diritti fondamentali della persona, avevano superato l'anzidetta tipizzazione legislativa, quantomeno nel primo senso letterale individuato dalla norma.

⁵ Condivisibilmente C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 419 s. rileva che il distinguo tra giudizio sull'*an* e sul *quantum* per la determinazione del risarcimento del danno è apparente, data l'indivisibilità del procedimento: «la ricerca dell'*an* non tocca ... una mera qualificazione astratta; non riguarda, cioè, una mera aggettivazione ('ingiusto', 'l'essere ingiusto') riferibile a un 'danno', di cui si debba, separatamente, quantificare l'entità. Il discorso su la quantificazione riguarda già l'*an*, cioè l'ingiustizia. Non per nulla ... si dice di aver subito una 'grossa ingiustizia', una 'grave ingiustizia', una ingiustizia 'meno grave' di quella subita da altri o in altre occasioni».

⁶ Si legge nel testo che accompagna la delega che «obiettivo dei principi e criteri direttivi dettati dall'articolo 1, comma 1, lettera n), del disegno di legge delega è, prima ancora (ma in vista) della quantificazione del risarcimento, l'introduzione di criteri di «selezione» delle ipotesi di risarcibilità dei danni non patrimoniali che siano «direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi», per tale via assicurandone un'individuazione normativa. Viene tuttavia esclusa una tipizzazione legislativa che, pur attualmente richiamata dall'articolo 2059 del codice civile, si è rivelata incompatibile con le previsioni costituzionali, come emerge, tra l'altro, dai diversi interventi della Corte costituzionale aventi ad oggetto proprio la norma anzidetta» (<http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDI/ebook/51488.pdf>). Per un primo commento, cfr. L. BALESTRA - V. CUFFARO - C. SCOGNAMIGLIO - G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss. V. anche P. ZIVIZ, *Osservazioni sulla proposta di riforma del danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto maceratese*, 21 gennaio 2017.

Molto in ritardo sui tempi anche il recepimento della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, la quale, riconosciuta dalle Sezioni Unite del 2008, nessuno mette in dubbio.

Una modifica dell'art. 2059 c.c. in tal senso risulterebbe, pertanto, meramente re- cettiva di cambiamenti giurisprudenziali iniziati decenni addietro senza prendere po- sizione sui numerosi interrogativi sollevati dall'operatività dei diritti della persona nel diritto privato. Come sarà chiarito nel prosieguo, il riferimento ai diritti fondamentali dell'individuo ha un portato problematico rilevante in quanto i diritti costituzional- mente rilevanti non individuano casi di risarcibilità del danno non patrimoniale.

La ricerca non si confronterà in modo specifico con la riforma del Codice civile, *incerta an et quando*, ma è senz'altro significativa la centralità del risarcimento del danno non patrimoniale nelle proposte di modifica del diritto privato.

Un dibattito analogo è all'attenzione degli interpreti francesi: il tentativo di ri- forma del *Code Napoléon* nell'ordinamento francese aveva, tuttavia, proposto una dire- zione più marcatamente polifunzionale alla responsabilità civile e, in particolare, al risarcimento del danno non patrimoniale; parti, tutte, accantonate dal Senato nel lu- glio 2020⁷.

Nonostante al momento il danno alla persona – anche a livello europeo – conti- nui a essere interpretato in senso monofunzionale, gli imperfetti tentativi di riforma del Codice civile italiano e francese mostrano la volontà degli studiosi del continente di confrontarsi con un istituto particolarmente complesso com'è quello del danno non patrimoniale: è proprio con il *quantum* della pena nella liquidazione delle lesioni immateriali che si confronterà la presente ricerca.

⁷ Sul tema, *ex multis* cfr. L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1860 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. impr.*, 2018, 1 ss.; D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. stud. leg.*, 2017, 1 ss. Il progetto è reperibile su http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf.

2. Il problema del 'risarcimento' del danno non patrimoniale nel Codice previgente.

La risarcibilità della lesione morale rappresenta un tema controverso sin dal Codice civile previgente⁸.

Il Codice civile del 1865, traducendo letteralmente l'art. 1382 del *Code Napoléon*⁹, con la formula onnicomprensiva dell'art. 1151 c.c. prescriveva il risarcimento dei danni derivati da qualsiasi fatto umano colposo senza distinguere tra pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo liquidato dalla giurisprudenza più

⁸ Sul tema del danno non patrimoniale, la bibliografia è sterminata. Qui, per limitarci ai contributi monografici o in volume di carattere più generale, cfr. A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale. Danno morale*³, Milano, 1917, *passim*; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extra contrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 287 ss.; E. BONVICINI, *Il danno a persona. Il danno risarcibile e il suo accertamento*, Milano, 1958, *passim*; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, specie 11 ss.; R. ROVELLI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Torino, 1963, *passim*; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 s.; P. GIOLLA, *Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*, Milano, 1967, *passim*; E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, II, Milano, 1971, specie 1125 ss.; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, in particolare 47 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 202; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, *passim*; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, specie 113 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 83 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in *La responsabilità civile. Responsabilità extracontrattuale*, VIII, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 1998, 307 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 224 ss.; A. FASANO, *Il danno non patrimoniale*, Torino, 2004, 51 ss.; *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*², Padova, 2006, *passim*; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, *passim*; C. SALVI, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, 37 ss.; M. SELLA, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010, *passim*; A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile* a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 317 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2010, 3 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*², III, Padova, 2011, 249 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 745 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, 189 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 204 ss. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*⁴, Milano, 2018, 82 ss., 157 ss.

⁹ Cfr. l'art. 1382 del *Code Napoléon*, per il quale «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*». È incontrovertito il legame tra gli artt. 1382 *Code Napoléon* e 1151 c.c. 1865, su cui v. già G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, 16.

risalente, nel silenzio del dato legislativo, come voce di danno¹⁰.

Prendendo le distanze dall'ordinamento francese, nel quale vigeva la regola della generale risarcibilità *del dommage moral*¹¹, l'inizio del secolo inaugurava un orientamento restrittivo sul riconoscimento dei danni non patrimoniali, a questa altezza coincidenti con la *pecunia doloris*¹².

Una dottrina autorevole giudicava «immorale il concetto che il denaro asciughi le lagrime»¹³, pur contestata da un'interpretazione favorevole al risarcimento degli

¹⁰ Cfr. Cass. Firenze 18 febbraio 1892, in *Giur. it.*, 1892, I, 837; o anche Cass. Napoli 27 gennaio 1900, in *Giur. it.*, 1900, I, 522; Corte App. Palermo, in *Foro it.*, 1903, I, 994.

¹¹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 547.

¹² Oggi il concetto di danno non patrimoniale si è esteso ben oltre la *pecunia doloris*, ma al tempo, come precisa G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 15, il problema si era posto per il cd. danno morale: «l'espressione danno morale è dovuta alla tradizione di diritto comune tedesca di chiamare la riparazione dei danni non patrimoniali con il termine "*pecunia doloris*", con evidente riferimento al pregiudizio morale», ossia quello che gli interpreti tedeschi chiamavano *Schmerzensgeld*. Cfr. T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1927, 191 ss. sulla distinzione del danno morale da quello 'puro': nel primo caso, alla lesione non materiale erano riconducibili riflessi patrimoniali indiretti (per esempio, se la reputazione del professionista fosse stata lesa, la clientela non ne avrebbe più cercato i servizi; la lesione della «dignità della fanciulla» che la «toglie a una degna collocazione»), nel secondo, produceva «solo spavento, dolore, umiliazione, patema d'animo». La distinzione non era priva di ricaduta pratica in quanto la giurisprudenza del periodo a volte risarciva il danno morale, ma non quello cd. 'puro': v. Cass. Roma, in *Foro it.*, 1912, I, 798. Detto distinguo ha riecheggiato per lungo tempo nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 31 ottobre 1961, n. 2531: «i danni non patrimoniali sono i danni morali puri, quelli cioè che non arrecano né direttamente né indirettamente conseguenze patrimoniali economicamente valutabili».

¹³ La frase è di C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, 241. V. anche ID., *Contro la dottrina della risarcibilità del danno morale*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1898, 225 ss.; G.P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, 320 ss.; D. MANDRIOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 359 ss.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 85, ma anche ID., *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 241 ss. Senza giungere alla negazione del risarcimento dei pregiudizi di carattere immateriale, l'argomento etico della 'immoralità' del valutare economicamente simili beni è molto ripreso dalla dottrina francese: già G. RIPERT, *Le prix de la douleur*, in *Recueil D. Chronique*, 1948, 1 ss.; ID., *La règle morale dans les obligations civiles*¹³, Paris, 1953, 366, sul *dommage moral* «cette partie du domaine de la responsabilité civile est très fortement marquée par l'empire de la règle moral»; P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *Recueil D. Chronique*, 1954, 113 ss., specie 114: «la douleur, certes, peut être profonde, mais on l'avilit en la monnayant»; G. MORANGE, *La réparation de la douleur morale par le Conseil d'État*, in *Recueil D. Chronique*, 1962, 16; A. TUNC, *Obligations en général et responsabilité civile*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1963, 94, che afferma co-

stessi¹⁴.

Alla divisione degli studiosi faceva da contraltare l'irrisolutezza delle corti¹⁵, culminata in due pronunce a Sezioni Unite poco incisive e difatti presto accantonate¹⁶.

Nel 1930, l'art. 185 c.p. capoverso obbligava al risarcimento il responsabile del reato che avesse cagionato alla vittima un danno anche non patrimoniale¹⁷, «ma il cenno che a tale tipo di danni così faceva il legislatore incidentalmente, ed in una sede non appropriata non poteva considerarsi determinante»¹⁸.

Il Codice del 1942 accoglieva con l'art. 2059 c.c. la tesi della risarcibilità dei

me chi pretenda un risarcimento per la morte del figlio in realtà non la meriti; G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1982, 327, sul «caractère particulièrement indécent que revêt la 'commercialisation' des sentiments d'affection».

¹⁴ Cfr. G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*², Torino, 1914, 222 ss.; B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 448 ss. Per una puntuale critica al Pacchioni, v. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 39 ss.: «quando della irrisarcibilità del danno morale si cerca, come fa Pacchioni, la ragione che questo danno può essere compensato ma non risarcito, la logica non consente di limitare la esclusione del risarcimento solo ai c.d. danni morali. Se non v'è equivalenza tra una somma di denaro e la Gioconda o ... l'unico ritratto del mio babbo morto. Ma quando solo la prima di queste perdite si ritiene irrisarcibile e non la seconda o la terza, questo significa che i confini del risarcimento, nella sua pratica attuazione, non sono quelli della equivalenza». Il fulcro del problema, secondo l'autore, non sta «nel meccanismo della sanzione, ma nella natura dell'interesse lesso» (41).

¹⁵ A titolo esemplificativo, contraria al risarcimento del danno morale era Cass. Roma 24 marzo 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 616, e in *Foro it.*, I, 1909, 497 ss., che negava ai genitori adottivi il risarcimento del danno morale per la morte del figlio adottato. Invece, Cass. Napoli 27 gennaio 1900, in *Giur. it.*, 1900, I, 522, affermava la risarcibilità di pregiudizi anche in difetto di perdite patrimoniali da parte del danneggiato.

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 27 aprile 1912, in *Giur. it.*, I, 1912, 837, e 30 novembre 1927, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 621 ss.

¹⁷ V. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 86 s. sul rilievo degli artt. 38 c.p. 1889 e dell'art. 7 c.p.p. 1913, «che nel prevedere in caso di delitti particolarmente gravi la comminabilità di un'ulteriore somma a titolo di riparazione pecuniaria, offrivano al giudice un utile strumento per riparare la lesione di beni "ideali", evitando il ricorso al danno non patrimoniale, oramai considerato "disdicevole"». Infatti, D. DE MARTINI, *Le sanzioni civili nei codici di diritto e di procedura penale del 1930*, Città di Castello, 1933, 99 ss. distingue nettamente tra tali riparazioni e il danno non patrimoniale, che rappresenta un elemento di novità dell'attuale art. 185 c.p.

¹⁸ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Danno morale*, in *Novissimo Digesto*, V, Torino, 1960, 147.

pregiudizi immateriali, pur circoscritta ai soli casi previsti dalla legge¹⁹. Una delimitazione di questo tipo trovava spiegazione alla luce dell'intento di scongiurare il risarcimento di malesseri temporanei e/o di scarsa entità subordinando la *pecunia doloris* ai casi ritenuti meritevoli dal legislatore e in particolare al reato, ossia a un fatto comunemente ritenuto idoneo a cagionare alla vittima un dolore rilevante.

Il disposto normativo sollevava sin da subito vari problemi interpretativi sia in quanto non chiariva che cosa dovesse intendersi con danno non patrimoniale, non definito dal testo normativo, sia per la dubbia correttezza del termine risarcimento per una lesione non suscettibile di essere valutata oggettivamente in termini pecuniari.

Con riguardo al primo profilo, nel corso dei decenni si sono succedute numerose ricostruzioni che hanno variamente provato a definire l'istituto in esame. Una completa analisi di queste non sembra, forse, particolarmente utile specie in quanto molte, pure autorevoli, sono ormai confutate dall'evoluzione cui è andato incontro l'art. 2059 c.c. Per citare solo le principali, basti pensare alla tesi che considerava l'illecito privato produttivo di pregiudizi morali come 'contenuto' all'interno di un illecito penale, che pare presupporre una (inaccettabile) dipendenza del diritto civile da quello criminale²⁰; a quella che ha visto nel risarcimento del danno non patrimoniale una sorta di pena o pena accessoria del reato oggi sconfessata dal risarcimento di detti pregiudizi molto oltre l'area del penalmente rilevante²¹; alla costruzione di un'unica figura comprensiva del reato e dell'illecito privato, separati solo formalisticamente²²; ancora si consideri chi rifiutava una lettura dell'art. 2059 c.c.

¹⁹ Più ampiamente sulla genesi dell'art. 2059 c.c., cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, 9 ss.

²⁰ G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, cit., 71.

²¹ Lettura particolarmente amata da parte della dottrina francese, cfr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civil en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, II, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, Paris, 1951, 93.

²² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano, 1957, 119, per il quale la distinzione tra il reato e l'illecito privati è «puramente estrinseca e legale: il reato è il torto sanzionato mediante la pena; l'illecito civile è quello che ha per conseguenza le sanzioni civili», ma si trattano, in buona sostanza, di figure del tutto analoghe, per l'appunto formalisticamente divise.

nei termini di danno risarcibile per affermarne la natura di «male»²³; chi lo interpreta come tecnica di tutela di interessi non patrimoniali²⁴; chi come danno morale in senso stretto²⁵; chi, ancora, nel senso di una pena privata, lettura particolarmente divisiva che trova ancora oggi più di un sostenitore²⁶ e altrettanti oppositori²⁷.

²³ A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., 78: per l'autore, «la verità è che il danno, nella sua accezione più pura ed esatta, consiste soltanto in una situazione soggettiva sfavorevole di carattere patrimoniale». Per quanto concerne gli altri atti che, non ricompresi in questa particolare nozione di danno, reclamano una reazione dell'ordinamento «a noi sembra più corretto e soddisfacente parlare, invece, più genericamente di male; nozione non contrapposta, ma più ampia di quella di danno; consistendo il danno, precisamente, nel male di carattere patrimoniale».

²⁴ C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 169 ss.

²⁵ V. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss., che ricomprendeva nell'art. 2059 c.c. i soli danni morali (intesi come il dolore o la sofferenza della vittima), mentre nell'art. 2043 c.c. danni non patrimoniali di contenuto 'personale'; G. ALPA - M. BESSONE - V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1993, specie 329; G. PONZANELLI, *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053.

²⁶ Cfr. G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di G. Scalfi e F.D. Busnelli, Milano, 1985, 302, che sviluppa quanto esposto in ID., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 272 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26 ss.; P. GALLO, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di G. Scalfi e F.D. Busnelli, Milano, 1985, 239 ss.; ID., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 9 ss.; ID., *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043-2059 del Codice civile*, Torino, 2000, 173. Nella dottrina francese, v. G. RIPERT, *La règle morale*, cit., 367 ss., che, affermando come il *dommage moral* non possa tecnicamente risarcirsi («Pour de telles actions l'idée de réparation, incluse dans l'article 1382, est difficilement admissible. La réparation peut ne pas être de même nature que le préjudice, mais elle doit être adéquate au préjudice», 367 s.), ma mira alla punizione del trasgressore («Dans tous ces cas, l'action de la victime est uniquement inspirée par le désir d'obtenir la punition de l'auteur. Les actions intentées sont *vindictam spirantes*», 367), «il y a une peine privée, parce qu'il faut prononcer la peine sous couleur de réparation» (369). Inoltre, P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, cit., 114, sebbene con specifico riferimento all'omicidio doloso: «qu'ils le fassent à titre de peine privée, quand l'auteur de la mort est gravement répréhensible, c'est-à-dire surtout au cas d'homicide volontaire, j'y consens».

²⁷ Adottando un'ottica sanzionatoria, è probabilmente facile cedere alla tentazione di qualificare il danno morale come danno punitivo sulla scorta dell'esperienza anglosassone: contrario a una simile interpretazione, per tutti, S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 354. Ragionando intorno al danno alla persona e al danno *in re ipsa*, rigetta una lettura in termini di pena privata, più di recente, ancora ID., *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 895: «soprattutto, sembra criticabile il riferimento alla pena privata, poiché comunque la condanna non sarebbe collegata ad un atto di autonomia privata ..., cosicché non si vede in che cosa consisterebbe il

Un'interpretazione più condivisibile del danno non patrimoniale, inevitabilmente generica, mette in luce una «modificazione peggiorativa di un bene socialmente apprezzabile che non si può, per definizione, prestare ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro»²⁸.

Le righe sopra riportate spingono l'interprete a chiedersi se si possa propriamente definire risarcimento la somma che deve riparare una lesione che «non tollera, alla stregua di criteri oggettivi, di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa»²⁹.

Era stata la Pandettistica tedesca nella persona di Windscheid a usare il termine di «indennità del dolore (*Schmerzensgeld*)» aggiuntiva al danno patrimoniale «in caso della lesione d'un uomo libero», al contempo precisando il carattere risarcitorio, non afflittivo, dell'attribuzione patrimoniale³⁰.

Anche l'art. 185 c.p., a sua volta, parlava di risarcimento al danno non patrimoniale, dividendo la civilistica del tempo³¹ e parte di quella successiva³², che

carattere “privato” della sanzione». V. anche F. AZZARRI, *Il sensibile diritto. Valori e interessi nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 16 ss. Sul rapporto tra l'art. 2059 c.c. e le ‘pene private’, cfr. da ultimo, F. EPISCOPO, *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrete e pene private*, in *Codice della responsabilità civile* a cura di E. Navarretta, Milano, 2021, 2065 ss.

²⁸ G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 4. Analogamente, M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 89; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 58 ss. Con più attenzione al contesto sociale di riferimento, ma analogamente, F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 126, che valorizza l'«alterazione peggiorativa della sfera immateriale della persona, agganciata al dato della sensibilità sociale diffusa nel momento storico in cui il fatto lesivo si è verificato».

²⁹ C. BONILINI, voce *Danno morale*, in *Dig. Disc. Priv.*⁴, V, Torino, 1989, 85.

³⁰ Così B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1904, 362, che ribadisce «questa indennità non è pena, ma risarcimento». Particolarmente rilevante la nt. 31, nella quale l'autore dichiara di avere, in un primo momento, ritenuto di non dover parlare di risarcimento nel caso di specie in quanto «dolore e prestazione di denaro siano quantità assolutamente non confrontabili, e quindi l'indennità del dolore non possa essere risarcimento. Ma io attualmente riconosco l'esattezza della risposta data dal Wächter ... che è risarcimento anche il controbilanciare la sensazione dolorosa causata all'offeso col cagionargli una sensazione piacevole».

³¹ *Ex multis*, giudicava negativamente la dizione del codice G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, 345 ss., per il quale era più corretto parlare di ‘compensazione’. Invece, P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 3-4, 1931, 171 ss. rilevava la correttezza del termine

contestava in particolare il fatto che il denaro potesse controbilanciare il dolore della vittima³³.

Attorno alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso³⁴, nella cornice della più ampia emancipazione del risarcimento da un'esatta equivalenza materiale del pregiudizio, si era ritenuto di potere riferire il risarcimento anche ai danni di liquidazione incerta e difficile o privi di dirette ripercussioni sul patrimonio³⁵.

'risarcimento' («d'ora innanzi si chiamerà risarcimento anche la corresponsione di una somma che serve a compensare la lesione di interessi non suscettibili di valutazione pecuniaria, e quindi non risarcibili per equivalente», 174) e, quasi profeticamente, affermava che «se nella nuova legislazione penale un solo caso si incontrerà in cui il risarcimento dei danni non patrimoniali sia conseguibile indipendentemente dalla esistenza, penalmente accertata, di un reato, questo ci autorizzerà a ritenere che nel nostro diritto l'illecito civile può dare luogo di per sé stesso al risarcimento dei danni non patrimoniali, e che, se questo accade una volta, non c'è ragione di escludere che possa accadere, come regola generale, in tutti i casi contemplati dall'art. 1151 c.c.» (180 s.); L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 317 ss.; F. DEGNI, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 3 ss. Prima dell'introduzione dell'art. 185 c.p., v. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 39.

³² Sui motivi della non correttezza del 'risarcimento' del danno non patrimoniale, v. in specie G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 258 ss., e A. RAVAZZONI, *Riparazione*, cit., 148, che insiste per l'uso del termine 'riparazione'. Anche C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno resp.*, 2004, 247, per il quale è «improprio ... parlare di risarcimento, tant'è che nei codici più frequentemente si parla di riparazione o di indennizzo».

³³ Cfr. A. RAVAZZONI, *Riparazione*, cit., 149 ss., particolarmente critico nei confronti del «criterio, anche approssimativo, della compensazione fra la sensazione dolorosa e il piacere acquisito» (151); anche G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 266 ss. Sul fatto che le 'sensazioni piacevoli' derivanti dal possesso di una somma di denaro non controbilancino il dolore dell'offeso, v. anche ID., *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 305 s.: «bene è stato detto allorché si è riferito che un padre, richiesto di domandare la riparazione del danno morale per l'uccisione di un figlio – riparazione che gli avrebbe consentito l'acquisto di una nuova casa, dei passatempo, dei viaggi – “a refusé en distant qu'il ne voulait pas porter le cadavre de son fils dans sa bourse”», citando la significativa espressione di M. HINDEBURG, *La théorie des dommages-intérêt*, in *Giur. it.*, 1902, IV, 170.

³⁴ Basti pensare che G. GENTILE, voce *Danno alla persona*, cit., 637, ancora nel 1962 definiva il danno alla persona nei termini della perdita economica che deriva da una modificazione peggiorativa della capacità lavorativa della vittima e che, pertanto, «il guadagno è il parametro del danno alla persona».

³⁵ La strada era stata aperta dalla definizione di danno come «abolizione o alterazione di un bene socialmente apprezzabile» proposta da R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 464 ss., specie 478, che si richiamava agli studi di F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*,

Il danno cd. biologico ha giocato un ruolo di primaria importanza nel superamento del parametro reddituale come misura univoca del danno alla persona³⁶. Per un verso, era parsa inaccettabile una differente valutazione della medesima lesione sulla base del reddito del danneggiato, con la conseguenza di risarcire molto più i danni occorsi a professionisti che ad altri lavoratori³⁷, fino a liquidare il solo danno patrimoniale qualora la vittima fosse stata priva di reddito³⁸. Basti pensare a gravi lesioni dell'integrità fisica della persona che, qualora avessero colpito una vittima priva di reddito o di reddito modesto, non sarebbero state risarcite quasi per nulla. Per altro verso, l'emersione di pregiudizi che in nessun modo si ripercuotevano sul patrimonio dell'offeso valse a «spostare nettamente il “fulcro” del problema da un

Padova, 1926, 12 ss., sul danno come alterazione o pregiudizio di un interesse («danno è dunque *lesione d'interesse*», 17). Con particolare chiarezza, cfr. G. ALPA - M. BESSONE, *I fatti illeciti*, Torino, 1990, 401: «la nozione di ‘danno’ ha ormai perduto i suoi caratteri originari . . . : non più il danno inteso in termini patrimoniali diretti, né il danno ritenuto esclusivamente di natura fisica» e, precedentemente, A DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, Milano, 1979, 9, sul danno come «nocimento o pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole». In tema, cfr. anche C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 106; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 51 s.; A. RAVAZZONI, *Riparazione*, cit., 150; ed E. BONVICINI, *Il danno a persona*, cit., 3 ss., che distingue nel danno un fenomeno fisico e uno giuridico. Gli antecedenti dottrinali alla critica della concezione patrimoniale di danno sopra citata possono rinvenirsi in P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., 171 ss.; L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale*, cit., 317 ss. Nella dottrina penalistica, cfr. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 33.

³⁶ Tra l'estesa letteratura sul danno biologico, si vuole ricordare il contributo fondamentale che ha individuato i termini del problema del risarcimento del danno alla salute: F.D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss. Sulla rilevanza del danno alla salute nella riflessione intorno agli altri danni, cfr. per tutti C. CASTRONOVO, «Danno biologico» senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 20: «non è la questione del danno alla salute a subire l'influenza degli studi nuovi sul danno, ma sono questi ultimi che risultano in misura maggiore o minore condizionati dalla prima, in particolare per ciò che attiene alla qualificazione patrimoniale - non patrimoniale».

³⁷ Aveva scatenato un intenso dibattito dottrinale Trib. Milano 18 gennaio 1971, in *Giur. merito*, 1971, 210, sul cd. caso Gennarino dove era stato liquidato il danno alla salute di un figlio di un manovale prendendo come parametro il (modesto) reddito paterno: tra le critiche della dottrina, per tutti S. RODOTÀ, *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, 435 ss., particolarmente sulla violazione dell'art. 3 Cost. Inoltre, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 464, nt. 22, sulla precisazione che la giurisprudenza successiva (Trib. Genova 12 giugno 1972) tornò al reddito nazionale *pro capite*: sempre, tuttavia, un parametro reddituale.

³⁸ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 548.

danno parametrato sul guadagno a un danno rapportato al “valore uomo” nella sua concreta dimensione»³⁹, trascendente la mera capacità di generare reddito.

Il danno biologico servì anche a smentire l’identificazione tra danno non patrimoniale e *pecunia doloris*, piuttosto «accreditando l’idea che la persona nelle sue varie dimensioni e in primo luogo nella sua integrità fisica entra nel fuoco della tutela della responsabilità civile»⁴⁰.

Anche la ricostruzione che oggi parla – non di riparazione, ma – di risarcimento del danno non patrimoniale, lo intende «non già come un’inammissibile e impossibile compensazione, bensì come una misura che ... valga in qualche modo a lenire la sofferenza, o a dare “soddisfazione”»⁴¹.

Proprio la ‘soddisfazione’ (*die Genugtuung*) della vittima rappresenta il perno del rigetto dell’operatività di una funzione soltanto risarcitoria dell’art. 2059 c.c. a favore di letture attente all’aspetto satisfattivo del risarcimento, sostenute da parte della dottrina – anche tedesca⁴² e francese⁴³ - per differenziare risarcimenti di questo tipo

³⁹ F.D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, cit., 29, il quale peraltro ravvisa sin da questo contributo risalente l’attitudine ‘preventivo-punitiva’ del pregiudizio alla persona.

⁴⁰ Per tutti, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 158 s.

⁴¹ Per tutti, v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 548. V. però C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno resp.*, 2004, 237 ss., per il quale rimane «improprio ... parlare di risarcimento, tant’è che nei codici più frequentemente si parla di riparazione o di indennizzo» (247).

⁴² Sono ancora imprescindibili le riflessioni di Hans Stoll esposte nell’intervento tenuto in occasione della quarantacinquesima conferenza dei giuristi tedeschi, H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachten für den 45. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1964, I, specie 149 ss. nella quale ha distinto tre funzioni nel risarcimento del danno non patrimoniale: accanto alla compensazione, l’autore dedica particolare attenzione alla soddisfazione (*die Genugtuung*, 149 ss.) e alla punizione (*die Strafe*, 156 ss.). Inoltre, ID., *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, II, herausgegeben von E. von Caemmerer, S. Mentschikoff und K. Zweigert, Tübingen, 1969, 569 ss., specie 579 ss. V. inoltre G. WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, in *ZeUP*, 2000, 203, per il quale la soddisfazione dell’offeso si collocherebbe in una zona grigia tra la compensazione e la sanzione: «kann festgehalten werden, daß der Geldersatz für immaterielle Schäden seit jeher in einer Grauzone zwischen Strafe und Schadensersatz angesiedelt ist, wobei unklar bleibt, welcher der verschiedenen Strafzwecke mit der Pönalfunktion angesprochen wird». Sul fine satisfattivo della condanna, v. già un’autorevole giurisprudenza tedesca, segnatamente BGH 06.07.1955, GSZ 1/55, su cui A. SLIZYK, *Handbuch Schmerzensgeld*⁷, München, 2021, 19: «durch die vom BGH damals in den Leitsätzen seines Beschlusses normierten Bestimmungen wurde die Rechtsnatur des alten, bis zum 31.7.2002 anzuwendenden § 847 BGB neu

da quelli che interessano i danni patrimoniali⁴⁴.

Il rischio evidente della funzione satisfattiva è lo scivolamento verso un fine sanzionatorio, specie in uno alla valutazione equitativa del danno non patrimoniale, tanto che per parte della letteratura il termine ‘soddisfazione’ altro non rappresenterebbe se non un eufemismo della punizione⁴⁵. Per allontanare quanto più possibile il sospetto di perseguire finalità afflittive, alcuni studiosi pongono l’accento sulla funzione propriamente compensativo⁴⁶-risarcitoria⁴⁷ dell’art. 2059 c.c.

Sia che lo si qualifichi in termini di risarcimento, compensazione, riparazione o

definiert. Der Anspruch sei – so der BGH – gerade kein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch ganz eigener Art mit *Doppelfunktion* und „solle dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten *Genußtuung* schuldet für das, was er ihm getan hat“⁴³ (nostra l’enfasi). L’autore avverte che il BGH, accanto all’ammontare del danno, affermava doversi considerare anche «die weiteren Kriterien wie Maß des Verschuldens, wirtschaftliche Verhältnisse der beiden Teile».

⁴³ Sull’utilizzo della funzione satisfattiva per contrapporre i danni d’interesse, specie nel caso dei diritti della personalità, ai pregiudizi di carattere patrimoniale, cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Paris, 2004, 215 s.

⁴⁴ Per tutti, M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 115. Inoltre, G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 4 ss., nota che tra le funzioni del danno non patrimoniale deve essere «scartata quella intrinsecamente risarcitoria, poiché il danno non patrimoniale è una modificazione peggiorativa di un bene socialmente apprezzabile che non si può, per definizione, prestare ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro».

⁴⁵ V. in specie A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi collegi*, Padova, 2004, 85: il termine «“riparazione”, o altri analoghi (“*satisfaction*”, “*consolation*”, “*solatium*”), non individuano *de jure condito*, un *tertium genus* rispetto al risarcimento ed alla pena, ma sono solo eufemismi giuridici diretti a nascondere il loro carattere meramente sanzionatorio».

⁴⁶ C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all’ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018: «l’insuscettibilità dell’interesse non patrimoniale ad essere specificamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato».

⁴⁷ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum* per Francesco D. Busnelli. *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, 372 s.: «l’innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile significa l’ascrizione alla logica risarcitoria anche di tale danno».

pena privata, certo è che il danno non patrimoniale non possa essere valutato in termini oggettivi e risulti, pertanto, difficilmente controllabile. Da qui lo sforzo degli interpreti di agganciare l'*an* della liquidazione a ipotesi predeterminate e la quantificazione a variabili o strumenti (*in primis*, le cd. tabelle meneghine) che ne rendano prevedibile l'ammontare, in ultima analisi tradendo una certa sfiducia per un istituto del quale, contro ogni tentativo, è evidente la possibilità di servire a un fine sanzionatorio.

Il pericolo che la funzione satisfattoria scivoli in quella punitiva non esime però dal distinguere le due, sulla scorta di un'autorevole dottrina tedesca: nell'un caso l'attenzione è rivolta alla vittima e all'istanza di giustizia di cui si fa portavoce, nell'altro a colpire il responsabile⁴⁸.

Non è condivisibile confondere soddisfazione della vittima e sanzione del trasgressore: per quanto possano coesistere, devono essere distinte per non creare indebite sovrapposizioni. La punizione riguarda il colpevole si ravvisa propriamente nel *quantum* della condanna calcolato sulla scorta di fattori che esulano dal danno e che, pertanto, esulano da un'ottica risarcitoria. L'aspetto satisfattivo, invece, guarda all'offeso.

Neppure deve trovare accoglimento la generica affermazione per la quale nelle larghe maglie della liquidazione equitativa si nascondono forme di punizione del trasgressore, e lo stesso dicasi per la lettura per la quale, poiché al dolore non può essere dato un prezzo, il risarcimento del danno non patrimoniale avrebbe funzione unicamente punitiva⁴⁹.

⁴⁸ Distingue nettamente la soddisfazione dell'offeso dalla funzione sanzionatoria: cfr. H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, cit., 149 ss., particolarmente 152: «anders als bei der Strafe ist jedoch bei der Genugtuung die Sühne nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, nämlich zur Besänftigung des Verletzten. Die Genugtuung geschieht allein dem Verletzten zuliebe. Erwägungen, welche die Interessen der Allgemeinheit betreffen, sind nicht ausschlaggebend. Vor allem ist der für die Strafe kennzeichnende Abschreckungszweck der Genugtuung fremd; bei ihr ist die Abschreckung nur eine erwünschte Nebenwirkung».

⁴⁹ Recentemente A. PROTO PISANI, *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 568, il quale, riferendosi alla «mera sofferenza intima, interiore, non relazionale» non suscettibile di essere valutata in termini pecuniari «ipotesi, quest'ultima, mi sembra, in cui la corresponsione di somme di denaro alla persona che ha subito l'illecito, non ha funzione risarcitoria ma di pena pecuniaria *sui generis*, benché corrisposta non allo Stato o ad altro soggetto pubblico (o assimilabile), bensì al privato». Sosteneva una lettura di questo genere decenni fa G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 304 ss.

In una materia a tratti sfuggente come la responsabilità civile, l'interprete deve prestare particolare attenzione a separare i termini del ragionamento.

La sanzione va distinta dalla condanna equitativa: liquidare secondo equità – perché non si può fare altrimenti– il dolore di chi ha perso una persona cara non ha, di per sé, lo scopo di affliggere il danneggiante, ma lo assume propriamente qualora la somma irrogata sia palesemente sproporzionata rispetto al pregiudizio occorso⁵⁰ oppure tenga conto di variabili liquidatorie estranee al danno, che, pertanto, si pongono al di fuori di un'ottica compensativa⁵¹.

La pena, insomma, si misura precisamente sull'eccedenza rispetto al risarcimento del danno⁵².

3. *L'originaria intermediazione legislativa della tutela non patrimoniale come scelta di politica del diritto. Critica alla lettura della 'riserva di legge' in senso sanzionatorio.*

Nell'accogliere la tesi della risarcibilità dei danni non patrimoniali, l'art. 2059 c.c. codifica un'istanza di intermediazione legislativa derivante dal risarcimento di detti danni nei casi previsti dalla legge e in modo particolare in quelli di reato, giusto il rimando all'art. 185 c.p.

La legge prescrive il primo risarcimento della *pecunia doloris* nei casi di reato, nei quali l'operatività congiunta degli strumenti del diritto civile e penale determina un «cumulo di sanzioni contro l'atto illecito»⁵³ motivato dalla «più energica repressione con carattere anche preventivo» richiesta all'ordinamento in tali ipotesi, secondo quanto

⁵⁰ Liquidava al calciatore Bobo Vieri l'astronomico risarcimento di un milione di euro per lesione della privacy Trib. Milano, 3 settembre 2012, n. 9749, in *Danno resp.*, 2013, 51 ss., con nota di R. FOFFA, *Il caso Vieri: quanto vale la lesione della privacy*, ridotto a 80.000 euro da App. Milano, 22 luglio 2015, in *Danno resp.*, 2015, 1047 ss., con commenti di G. PONZANELLI, *Quanto vale la riservatezza di un giocatore di calcio?* e di R. FOFFA, *Il caso Vieri: secondo tempo*. Per altri casi di liquidazioni sproporzionate, cfr. R. CARLEO, "Punitive damages": dal "common law" all'esperienza italiana, in *Contratto impr.*, 2018, 259 ss.

⁵¹ Sulle quali cap. VI.

⁵² Per tutti, cfr. S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 252: «da pena si scorge appunto nella eccedenza».

⁵³ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 57, pur senza attribuire una connotazione afflittiva al danno non patrimoniale da reato.

affermato dalla Relazione al Codice civile⁵⁴.

Fuori di dubbio che il reato rilevi, sul piano del diritto civile, nel senso di un illecito lesivo dei diritti fondamentali della persona; prova ne è che non è richiesta la punibilità in concreto della fattispecie secondo le norme del Codice penale, ma soltanto l'astratta configurabilità dell'ipotesi criminosa⁵⁵.

La descritta limitazione di risarcibilità ha rappresentato un discrimine fondamentale nel sistema della responsabilità civile, separando i danni qualificati per i quali l'ordinamento predispone una «più energica repressione con carattere anche preventivo» da quelli per i quali una simile tutela non viene apprestata.

Le istanze di prevenzione e repressione che la Relazione al Codice civile attribuisce alla norma sono state interpretate da alcuni studiosi in chiave punitiva⁵⁶, mentre secondo altri chiariscono quando la *pecunia doloris* sia liquidabile, in ultima istanza tenendo sotto controllo i casi in cui ciò possa avvenire⁵⁷.

Questa seconda chiave di lettura è più persuasiva. Come già rilevato, all'inizio del secolo scorso, la risarcibilità del danno non patrimoniale, parimenti negata⁵⁸ e

⁵⁴ Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, 182, n. 803, in *consiglienzaforense.it* che accordava la risarcibilità del danno non patrimoniale «soltanto nel caso di reato ... più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo».

⁵⁵ Per tutti, G. CRICENTI, *Il danno*, cit., 242, e, per l'espressione particolarmente raffinata di 'ricorrenza del reato come fattispecie esteriore', R. SCOGNAMIGLIO, voce *Danno morale*, cit., 148. In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità, come da ultimo Cass. 12 febbraio 2020, n. 3371. Minoritaria l'opinione di chi, come G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 318 ss., richiedeva la sussistenza di un reato in senso tecnico, ossia punibile in quanto completo di tutti i suoi elementi. Più ampiamente sul danno da reato, cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 133 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, cit., 9 ss.; G. CRICENTI, *Il danno*, cit., 239 ss.; M. MANISCALCO, *L'azione civile nel processo penale*, in *La prova e il 'quantum' nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, I, Milanofiori Assago, 2008, 239 ss.

⁵⁶ A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 227. Nella dottrina penalistica, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 687.

⁵⁷ F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 831 ss.

⁵⁸ C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, cit., 241; G.P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., 320 ss.; D. MANDRIOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 359 ss.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile italiano*, cit., 85.

rivendicata⁵⁹, era stata al centro di difficili controversie interpretative tra gli studiosi e anche la giurisprudenza precedente al 1942 registrava oscillazioni importanti sul punto: nel silenzio del Codice del 1865, si riscontravano tanto pronunce che liquidavano il danno morale quanto sentenze che lo negavano⁶⁰, sicché si rendeva necessaria una precisa scelta di campo da parte del legislatore.

Inoltre, il danno non patrimoniale, nel momento in cui viene promulgato il Codice, era prevalentemente coincidente con la *pecunia doloris*: quasi superfluo notare la difficoltà della commisurazione monetaria della sofferenza interiore dell'offeso e il rischio, già rilevato, che questa scivoli verso istanze sanzionatorie. Da qui la delimitazione del riconoscimento almeno sotto il profilo dell'*an* del risarcimento.

L'intermediazione legislativa dell'art. 2059 c.c. ha perciò rappresentato una soluzione di compromesso risarcendo sì il danno non patrimoniale, ma, al fine di non liquidare qualsiasi turbamento d'animo, lo abbia limitato al reato, ossia a un fatto generalmente considerato idoneo a produrre nella vittima un dolore rilevante.

Inoltre, il riferimento all'art. 185 c.c., che inevitabilmente sollecita un confronto con la branca del diritto deputata per eccellenza alla punizione del responsabile, è in realtà contenuto nel più generale richiamo ai «casi previsti dalla legge». Con tale locuzione il legislatore si riservava il successivo inserimento di nuove ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale, come sarebbe poi accaduto, più che lasciarlo confinato al diritto penale: in caso contrario, ben avrebbe potuto limitare anche nel testo della norma il risarcimento del danno non patrimoniale ai casi di reato, e non già a quelli previsti dalla legge.

Inoltre, alla lettura sanzionatoria della riserva di legge⁶¹ dell'art. 2059 c.c. può obiettarsi anche che il risarcimento del danno rappresenta di per sé una minaccia volta a scoraggiare il responsabile dal porre in essere una condotta antiggiuridica⁶², e

⁵⁹ Cfr. G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, cit., 222 ss.; B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, cit., 448 ss.

⁶⁰ Per esempio, favorevole al riconoscimento era Cass. Napoli 27 gennaio 1900, cit., 522; contraria, Cass. Roma 24 marzo 1909, cit., 616.

⁶¹ L'espressione 'riserva di legge' in relazione all'interpretazione originaria dell'art. 2059 c.c. è di M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 289.

⁶² Per tutti, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 391: «anche ammesso che pena e risarcimento differiscano essenzialmente tra loro ... nessuno possa negare che anche il risarcimento rappresenta un male per il soggetto al quale è addossato, in quanto

che la misura della punizione vada parametrata sull'eventuale eccedenza del ricavato dall'attore rispetto al danno subito, non sul risarcimento *per se*⁶³.

L'originaria intermediazione legislativa dei danni non patrimoniali, quantomeno in un primo momento, realizza, insomma, un preciso obiettivo di politica del diritto che rimette al legislatore il riconoscimento dei casi in cui una lesione non produttiva di un pregiudizio materiale può essere risarcita con il fine di contenere il riconoscimento dei danni immateriali.

4. *Dai casi di risarcibilità alle condizioni del risarcimento: conseguenze sull'an della liquidazione del danno non patrimoniale.*

La riserva di legge individuata dall'art. 2059 c.c. sulla risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, pur rassicurante dal punto di vista della certezza del diritto, rivelò ben presto numerose contraddizioni, specie con riferimento alla risarcibilità di pregiudizi alla persona non dipendenti da reato né previsti dal legislatore.

Senza ripercorrere nel dettaglio l'evoluzione del danno non patrimoniale⁶⁴, in esito al cd. processo di interpretazione in senso costituzionalmente orientato l'art. 2059 c.c. venne esteso dalle ipotesi penali e da quelle riprodotte in testi normativi alle

costituisce per lui una perdita di beni economici». Più di recente, per la chiarezza con cui descrive l'intrecciarsi delle varie funzioni della responsabilità v. P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 690: «la responsabilità civile certamente costituisce una sanzione la cui minaccia vale a disincentivare gli atti illeciti; ma nel sistema della responsabilità civile da illecito la funzione sanzionatoria e dissuasiva è indissolubilmente connessa con la funzione compensativa». ID., *La responsabilità civile*, cit., 3. V. tuttavia U. MATTEI, *Tutela risarcitoria e tutela inibitoria*, Milano, 1987, 255, per il quale l'esatta commisurazione tra danno occorso e pregiudizio da corrispondere pone l'aspirante trasgressore in una condizione di indifferenza rispetto alla commissione del fatto lesivo, ma non produrrebbe un reale effetto dissuasivo. Così F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 386 s., che considera come «nel nostro ordinamento... l'inadempimento non è una delle opzioni indifferentemente esercitabili dal debitore».

⁶³ Per tutti, cfr. S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 252: «la pena si scorge appunto nella eccedenza».

⁶⁴ Per una ricostruzione, v. per tutti E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Milanofiori Assago, 2010, 1 ss., specie 3 ss.

gravi violazioni dei diritti della persona tutelati nella Carta fondamentale.

A tale proposito, rilevava un'autorevole dottrina già negli anni Sessanta l'utilizzo in misura sempre crescente delle norme costituzionali, in particolare della solidarietà, come parametro valutativo dell'ingiustizia del danno, al contempo incidente sui criteri per la determinazione del danno risarcibile⁶⁵. Negli anni Ottanta, al fine di ampliare il perimetro di risarcibilità dei danni non patrimoniali veniva ipotizzato il coordinamento tra gli artt. 2059 c.c. e 2 Cost. nell'ambito della tutela dell'individuo⁶⁶, ancor oggi fondamentale⁶⁷.

L'estensione crescente del risarcimento del danno non patrimoniale correva da un lato sull'introduzione disorganica di svariati indici legislativi per lo più indipendenti tra loro⁶⁸, dall'altro, e soprattutto, su una giurisprudenza – costituzionale⁶⁹ e di legittimità⁷⁰ – che, ruotando al perno della gravità qualificata di

⁶⁵ Per tutti, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 102 ss., specie 105. Spiegano tale evoluzione affermando che in una società di relativo benessere economico vi sarebbe più spazio per una riflessione intorno a beni anche non meramente patrimoniali ancora ID., *Il problema della responsabilità civile*, cit. 24; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, cit., 6; e A. RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., 4. Nella dottrina straniera, H.I.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 160 ss.

⁶⁶ Il riferimento irrinunciabile è a G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 155 s.

⁶⁷ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*, specie 320 ss. V. tuttavia la considerazione critica di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 158: «si può discutere se a una tutela così onnicomprensiva sia sufficiente ... il riferimento alla persona come valore diffuso e fondativo dell'intera Carta costituzionale e semmai dell'art. 2 di essa, o se invece si debbano far spiccare a seconda dei casi le singole norme della Costituzione nelle quali gli attributi salienti della persona hanno trovato puntuale riconoscimento».

⁶⁸ Cfr. per esempio la risarcibilità di danni non patrimoniali per violazioni della normativa sulla privacy ex art. 29, co. 9, l. n. 675/1996; l'art. 44, co. 7, d. lgs 286/1998, relativo ad atti discriminatori dovuti a motivi razziali e tecnici o religiosi; l'art. 2 l.n. 117/1998 per danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; l'art. 2 l.n. 89/2001 in caso di irragionevole durata del processo; l'art. 28, co. 1 e 5, d.lgs. 150/2011 per atti e comportamenti discriminatori; l'art. 89 c.p.c. per l'utilizzo di espressioni sconvenienti o offensive in atti processuali. Per F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 55 s., un 'esempio anomalo' di ampliamento legislativo del danno non patrimoniale è inoltre rappresentato dall'art. 18, co. 6, l.n. 349/1986 in materia di danno ambientale, fatto dipendere dal grado della colpa del trasgressore e dal profitto conseguito. Più ampiamente sul tema, v. il lavoro monografico di S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979.

⁶⁹ Il rimando imprescindibile è a Corte Cost. 184/1986, che ha fatto confluire il danno cd. biologico nell'area del pregiudizio risarcibile e Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Corr. giur.*, 2003, 1017

alcuni illeciti, muoveva più coerentemente verso una tutela risarcitoria crescente dei diritti inviolabili della persona⁷¹.

Sviluppando gli approdi raggiunti in via pretoria, le Sezioni Unite del 2008⁷², nella cornice di un bilanciamento tra solidarietà verso la vittima e tolleranza di lesioni minime⁷³, abbandonano la previa intermediazione legislativa dei casi di risarcibilità dei danni non patrimoniali per porre, all'opposto, condizioni di risarcimento consistenti nella rilevanza costituzionale dell'interesse leso; nella gravità della lesione; nella non futilità del danno⁷⁴.

In aperto contrasto con un filone giurisprudenziale che liquidava *ex art.* 2059 c.c. anche pregiudizi particolarmente modesti⁷⁵, viene sancita in modo espresso (e, per

ss., su cui M. FRANZONI, *Il danno patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*. V. anche Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372, e Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 293.

⁷⁰ Cass. 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827; Cass. 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282, 7283, tutte in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*. Sulle sentenze n. 8828 e 8827, cfr. F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss.

⁷¹ E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 13: «adeguare alla Costituzione il sistema dei danni non patrimoniali non vuol dire costituzionalizzare tali pregiudizi, bensì assicurare una tutela risarcitoria, estesa anche ai diritti non patrimoniali, a tutti i diritti fondamentali della persona».

⁷² Su Cass. Sez. Un. 8 novembre 2008, n. 26972, limitandoci a citare alcuni contributi di carattere generale, non limitati a singoli aspetti (quali il profilo del danno esistenziale, molto ripreso in letteratura), v. G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 134 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, *ivi*, 139 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss.; A. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, *ivi*, 277 ss. M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 97 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 98 ss.; Per L.A. SCARANO, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1 ss.

⁷³ V. F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate*, *cit.*, 827.

⁷⁴ Nella giurisprudenza di legittimità più recente, v. Cass. 12 febbraio 2020, n. 3371; Cass. ord. 7 marzo 2019 n. 6598, in *Foro it.*, 2019, 1587 ss., con nota di C. BONA, *Il danno da adulterio*; Cass. 6 luglio 2018, n. 17724.

⁷⁵ Ricorda espressamente Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972 «la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio

una dottrina, ridondante⁷⁶) la non risarcibilità dei cd. danni bagatellari.

Il sommarsi di tali condizioni di risarcibilità all'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. ha attirato le critiche di parte della dottrina per la costruzione pretoria dell'art. 2059 c.c. come norma a doppia soglia di ingiustizia⁷⁷, inutile duplicato dell'art. 2043 c.c. ridotto «ad un feticcio ambiguo perché dotato di una doppia anima»⁷⁸, che peraltro permette l'anomalia tutta italiana di individuare regole di risarcibilità differenti per il danno patrimoniale e non patrimoniale⁷⁹.

Quanto all'*an* del risarcimento, nel passaggio dall'originaria intermediazione legislativa alle condizioni di risarcimento del danno non patrimoniale si verificava un cambiamento di prospettiva radicale: nell'un caso, l'ottica è tassativa, fondandosi sul riscontro di un fatto di reato o una previsione legislativa; nell'altro, si aprono per il singolo giudicante margini considerevoli di interpretazione della Carta costituzionale.

Importanti conseguenze si producono anche per le ipotesi legislative del risarcimento del danno non patrimoniale, le quali non sfuggono al filtro di risarcibilità costruito nel 2008: la previsione normativa non è sufficiente, ma devono essere sufficientemente gravi per ottenere il ristoro del pregiudizio immateriale. Nel confutare che la serietà del danno da reato meriti in ogni caso tutela *ex art.* 2059 c.c., le Sezioni Unite hanno affermato la non risarcibilità dei danni non patrimoniali

pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal black-out elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, e quindi del requisito dell'ingiustizia». V. tuttavia le critiche di alcuni interpreti all'irrisarcibilità patrimoniale della perdita dell'animale d'affezione: tra gli ultimi contributi, E. SERIANI, *Il risarcimento del danno da perdita dell'animale d'affezione a 10 anni dalle SS.UU. 2008: il lungo cammino di un danno controverso*, in *Danno resp.*, 2019, 208 ss.; C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del 'pet' da bene (di consumo) a 'tertium genus' tra 'res' e 'personae'?*, in *Contr. impr.*, 2020, 527 ss.

⁷⁶ Precisazione superflua secondo L.A. SCARANO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 26 ss., per il quale la non risarcibilità del danno bagatellare è insita nella configurazione del danno non patrimoniale fornita dalle Sezioni Unite nel 2008 in termini di gravità della lesione e non futilità del danno.

⁷⁷ V. F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 65 s., particolarmente sull'«ingiustizia costituzionalmente qualificata» operante con riferimento alle violazioni dei diritti inviolabili contrapposta alla «ingiustizia generica» dell'art. 2043 c.c.

⁷⁸ Così A. PROCIDA MIRABELLI DI CELSO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, 834.

⁷⁹ V. G. CRICENTI, *Persona e danno*, Padova, 2005, 123.

bagatellari pur derivanti da un'ipotesi criminosa⁸⁰.

Le condizioni pretorie di risarcimento dei danni non patrimoniali sono indubbiamente lontane dal testo dell'art. 2059 c.c. Nel Codice si rinvengono norme che fanno espresso riferimento alla gravità del danno alla persona, come l'art. 1447 c.c.⁸¹, mentre l'art. 2059 c.c. si limita a prevedere, più semplicemente, la risarcibilità di pregiudizi di questo tipo nei casi previsti dalla legge. Insomma, la giurisprudenza ha integrato il dettato normativo molto oltre il *tam lex dixit quam voluit*⁸².

In conclusione, se da una parte il filtro della necessaria gravità della lesione condivisibilmente permette sia di non liquidare qualunque turbamento dell'animo, così escludendo quelli minimali o transeunti⁸³, sia di risarcire pretese meritevoli di tutela a prescindere da una base normativa, dall'altra depotenzia definitivamente l'intermediazione legislativa dell'art. 2059 c.c., sottoponendo anche i casi previsti dalla legge al vaglio pretorio della gravità⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. la «irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, espressione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. di tolleranza della lesione minima» anche se provocato da un reato affermata da Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, n. 3727.

⁸¹ Cfr. per esempio il “danno grave alla persona” menzionato dall'art. 1447 c.c. nel definire la rilevanza del contratto concluso in stato di pericolo.

⁸² Così anche F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 66, che si richiama al brocardo *ubi lex non dixit, voluit*.

⁸³ Ma v., ben prima del 2008, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Danno morale*, cit., 147, per il quale «non potrebbero certo ascrivere alla figura dei danni morali le sofferenze spirituali che un qualsiasi danno può provocare».

⁸⁴ Cfr. recentemente Cass. ord. 20 agosto 2020, n. 17383, in tema di danno risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. Codice della privacy), che, pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, «non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno”, in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui quello di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy, ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito».

5. *L'an della condanna per il danno non patrimoniale nella giurisprudenza di legittimità più recente: incerte conseguenze sul pregiudizio risarcibile.*

Sono stati recentemente proposti dalla Corte di Cassazione due distinti modelli di danno non patrimoniale.

Nel 2018⁸⁵, la Suprema Corte afferma che il danno non patrimoniale è composto da tre voci risarcitorie, tutte distinte e ugualmente risarcibili: il danno biologico, consistente nella lesione dell'integrità fisica del danneggiato; il danno morale, ossia la sofferenza interiore; il danno dinamico-relazionale (già danno esistenziale), che si fa carico delle ripercussioni negative dell'illecito sulla vita quotidiana della vittima, ivi compresa la compromissione della vita sessuale.

Nel 2021, la giurisprudenza di legittimità adotta un'impostazione che si discosta in modo significativo da quella ora proposta, interpretando il danno non patrimoniale come categoria ordinante e onnicomprensiva nella quale «il danno alla salute in null'altro consistente che nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana»⁸⁶.

Il problema principale coincide pertanto con l'allocazione della risarcibilità del peggioramento delle condizioni di vita della vittima a seguito dell'illecito, ricompreso nel 2018 nel danno dinamico-relazionale, dunque integrante una voce risarcitoria autonoma, e nel 2021 nel danno biologico. Va da sé che se il fatto di non poter più svolgere le stesse attività di prima del danno viene liquidato come pregiudizio alla salute, non può essere valorizzato autonomamente⁸⁷.

Peraltro, nel 2018 una sentenza della Terza Sezione avvicinava il cd. danno esistenziale al danno morale – una terza via rispetto al considerarlo un pregiudizio a sé stante oppure a riassorbirlo nel danno alla salute – nella parte in cui descrive «la legittimità dell'individuazione della doppia dimensione fenomenologica della sofferenza, quella di tipo relazionale, oggetto espresso della previsione legislativa in aumento, e quella di natura interiore, da quella stessa norma, invece, evidentemente non codificata e non considerata, lasciando così libero il giudice di quantificarla nell'*an* e nel *quantum* con ulteriore, equo apprezzamento» senza che ciò determini una

⁸⁵ Cass. 31 maggio 2018, n. 13770.

⁸⁶ Cfr. Cass. ord. 4 marzo 2021, n. 5865.

⁸⁷ Così P.G. MONATERI, *Il "quantum" del danno morale e il futuro del danno non patrimoniale alla persona*, in *Giur.it.*, 2021, 621 s.

duplicazione risarcitoria⁸⁸.

La più recente tendenza del marzo 2021 a far rientrare nel danno biologico, ossia nell'unico danno non patrimoniale oggettivamente apprezzabile tramite la perizia medico-legale, anche l'*an* di pregiudizi non suscettibili di prova diretta (il *quantum* è, poi, equitativo) è indice di un evidente *favor* per il mercato assicurativo che non convince da un punto di vista dogmatico.

Danno biologico e cd. esistenziale non coincidono.

Si prenda il danno da mobbing: il danno esistenziale coinciderebbe con lo stravolgimento delle abitudini di vita del danneggiato (ravvisabile, per esempio, qualora il lavoratore venisse trasferito in un'altra città a svolgere mansioni del tutto differenti), mentre il danno biologico con una malattia accertabile da un medico legale (una profonda depressione). Ma è evidente che si stia parlando di pregiudizi differenti, pertanto non sovrapponibili, e che non necessariamente dove si riconosca l'uno vi sia anche l'altro: in una causa di danni da perdita del rapporto parentale, potrebbe darsi che il figlio chieda il ristoro del pregiudizio morale consistente nella sofferenza per il decesso del genitore e quello cd. esistenziale perché, una volta rimasto orfano, abbia dovuto modificare radicalmente il suo stile di vita, iniziare a lavorare etc.

La ricerca non si confronta direttamente con l'ontologia del danno esistenziale, ma neppure si esime dal rilevare quella che, allo stato, è un'obiettiva incertezza liquidativa sul ristoro del danno non patrimoniale.

Comunque, detta incertezza non impatta significativamente sul presente lavoro, teso a individuare le variabili di calcolo della condanna che, esulando dal danno occorso, orientano in senso sanzionatorio la liquidazione del danno alla persona.

Sempre in punto di linee di tendenze recenti sulla liquidazione del danno non patrimoniale, si è assestata la considerazione del danno morale come pregiudizio autonomo⁸⁹.

Dall'anzidetta autonomia discende una conseguenza risarcitoria particolarmente

⁸⁸ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901.

⁸⁹ V. Cass. 17 gennaio 2018 n. 901; Cass. ord. 27 marzo 2018 n. 7513; Cass. 31 maggio 2018, n. 13770; Cass. 28 settembre 2018 n. 23469; Cass. 31 gennaio 2019 n. 2788; Cass. 27 marzo 2019 n. 8442; Cass. nn. 28998 e 28999 dell'11 novembre 2019 (cd. Sentenze di San Martino *bi*); Cass. 4 febbraio 2020, n. 2461.

rilevante, ossia la possibilità di liquidare la sofferenza interiore allontanandosi dalle tabelle milanesi, che pure la prevedono: «è bensì vero che la sentenza dichiara esplicitamente di applicare, ai fini della liquidazione, la tabella elaborata dal Tribunale di Milano aggiornata al 2014, la cui nota esplicativa, come noto, precisa che nel valore del punto base è calcolata anche la componente del danno morale. Ed è altresì vero che la sentenza poi applica, all'importo calcolato sulla base di tale tabella, anche la "personalizzazione massima del 25%, anche questa determinata secondo i parametri delle tabelle milanesi". Ciò però non è sufficiente a riconoscere nella liquidazione operata una effettiva e adeguata valutazione delle sofferenze morali, in assenza di alcun riferimento alla loro consistenza e gravità nel caso concreto», così legittimando il giudice a valorizzare appieno la gravità del caso concreto anche distaccandosi dalle tabelle milanesi⁹⁰.

I frutti maturi di questa tendenza si sono potuti apprezzare in una recente pronuncia che esclude la quantificazione del danno da perdita del rapporto parentale secondo le tabelle milanesi, ritenute inapplicabili in quanto non riproducenti un sistema a punti, ma solo un valore minimo e massimo: la sentenza incoraggia il ricorso ad altre tabelle (quelle romane, evidentemente) e, peraltro, fa significativamente salva una liquidazione che prescindendo da meccanismi tabellari di sorta «salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella»⁹¹.

⁹⁰ Cass. 4 febbraio 2020, n. 2461.

⁹¹ Cass. 10 novembre 2021 n. 33005: «il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstito, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella».

6. *Il piegamento di una regola probatoria a strumento di selezione del danno non patrimoniale risarcibile: il cd. danno in re ipsa.*

La terza sezione della Corte di Cassazione rifiuta recisamente di riconoscere danni non patrimoniali cd. *in re ipsa* sul presupposto che sarebbero sforniti di prova⁹², in ciò contrastando un filone interpretativo che faceva coincidere, per alleggerire l'onere probatorio sul danneggiato, il pregiudizio risarcibile con la lesione del diritto⁹³.

Preliminarmente, con danni *in re ipsa* si intendono i pregiudizi riconosciuti «indipendentemente dalla prova della loro esistenza e del loro ammontare»⁹⁴, cosicché «tale concetto giunge a identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto»⁹⁵.

Il diniego pretorio ora rilevato sembra piegare una regola probatoria a strumento di selezione nell'*an* dei danni non patrimoniali risarcibili⁹⁶, così integrando il sistema di condizioni di risarcibilità individuato nel 2008 dalle Sezioni Unite. Secondo una dottrina attenta a questi temi, il mancato riconoscimento dei danni *in re ipsa* rappresenta una delle poche certezze nel risarcimento del danno alla persona⁹⁷.

⁹² Per citare solo le più recenti, cfr. Cass. ord. 31 marzo 2021, n. 8861, precisa che il danno alla reputazione conseguente a diffamazione non sia un danno *in re ipsa*, ma debba essere «oggetto di allegazione e prova, anche attraverso presunzioni, assumendo a tal fine rilevanza, quali parametri di riferimento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima»; Cass. sez. L. 24 febbraio 2020, n. 4886; Cass. sez. L. ord. 12 novembre 2019, n. 29206; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 28 febbraio 2019, n. 5807, che aveva negato ogni risarcimento ai fratelli di una vittima di un incidente stradale, rimasta invalida all'85%, in mancanza della prova dell'intensità della relazione affettiva con la stessa.

⁹³ Cfr. Cass. ord. 13 maggio 2019, n. 12630, a tenore della quale la lesione del diritto di proprietà conseguente all'esercizio abusivo di una servitù di veduta è di per sé produttiva di un danno. *Contra*, pochi mesi dopo, Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434, che aveva affermato che il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità non poteva ritenersi sussistente *in re ipsa*.

⁹⁴ P. SIRENA, *Il concetto di «danno» nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 552.

⁹⁵ G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2020, 108.

⁹⁶ Recentemente ribadito da quelle che sembrano ormai potersi definire come le sentenze di S. Martino bis, cfr. Cass. 11 novembre 2019, n. 28985, sul danno da consenso informato.

⁹⁷ Per tutti, v. G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze*, cit., 107 s.; M. FRANZONI, *La legge, le sentenze e le Tabelle milanesi*, in *Danno resp.*, 2021, 21.

Particolarmente chiara una sentenza recente, dove si legge che «il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti inviolabili della persona è risarcibile a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale, che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi e che, infine, vi sia specifica allegazione del pregiudizio, non potendo assumersi la sussistenza del danno *in re ipsa*»⁹⁸.

Alla motivazione del rifiuto coincidente con il mancato raggiungimento dello standard di prova dell'art. 2697 c.c., talvolta si aggiunge la considerazione per la quale un danno non patrimoniale *in re ipsa* configurerà «un danno punitivo per il quale non vi è copertura normativa»⁹⁹, come invece richiesto dall'art. 23 Cost.¹⁰⁰, oppure una pena privata¹⁰¹.

La tesi della giurisprudenza di legittimità manifesta più di un nodo problematico.

⁹⁸ Cass. sez. L. ord. 12 novembre 2019, n. 29206, in tema di ritardata liquidazione di un trattamento pensionistico, che la Corte ha ritenuto «senza pregiudizio per il soddisfacimento dei bisogni primari della persona».

⁹⁹ V. Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434, in *Danno resp.*, 2019, 765 ss., con nota di A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non può ritenersi sussistente 'in re ipsa'*; e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 882, S. FUSCO, *Il ruolo dell'inibitoria positiva in presenza di immissioni eccedenti la normale tollerabilità*. La sentenza nota che «il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto ... ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa». V. anche Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 25 maggio 2018, n. 13071. Tra le ultime pronunce che hanno, negli ambiti più diversi, escluso il risarcimento del danno non patrimoniale sul presupposto che fosse *in re ipsa*, v. Cass. 28 febbraio 2020, n. 5447, sul pregiudizio da “fermo tecnico” di veicolo incidentato; Cass., sez. lavoro, 24 febbraio 2020, n. 4886, su quello da ritardato pensionamento; Cass. ord. 18 febbraio 2020, n. 4005 in tema di danno all'immagine e alla reputazione inteso come “danno conseguenza”. In dottrina, da ultimo, v. G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2020, 107 s.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 24 aprile 2019, n. 11203, in materia di danni da occupazione illegittima di un immobile, si riferisce espressamente a Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, «che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.».

¹⁰¹ Cfr. Cass. 25 maggio 2018, n. 13071.

Invero, la stessa Corte di Cassazione liquida in tutto o in parte il pregiudizio non patrimoniale – specie per quanto concerne il cd. danno-conseguenza¹⁰², come ha chiarito una copiosa giurisprudenza in materia di danni da occupazione di immobile *sine titulo*¹⁰³ – sulla base di presunzioni semplici¹⁰⁴, talvolta considerando sufficiente anche il riferimento a nozioni di comune esperienza¹⁰⁵ o addirittura esonerando il danneggiato dal provare parte del danno¹⁰⁶.

Tanto basta per ritenere che la Suprema Corte vada incontro a una contraddizione insanabile: per un verso, esclude che il danno alla persona possa considerarsi *in re ipsa* in quanto non risulterebbe adeguatamente provato; per l'altro, l'unico mezzo di prova possibile per larga parte dei danni non patrimoniali non possono che essere le

¹⁰² Cfr. di recente P. SIRENA, *Il concetto di «danno»*, cit., 546, sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza: «da un lato, l'evento lesivo cagionato dal fatto imputato al danneggiante (danno-evento); dall'altro lato, la perdita (patrimoniale o non patrimoniale) subita dalla vittima di tale fatto o da altri soggetti a essa prossimi, come i suoi congiunti (danno-conseguenza)».

¹⁰³ Da ultimo, Cass. ord. 23 novembre 2021, n. 35251, per la quale il il danno da occupazione *sine titulo* «può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto».

¹⁰⁴ V. recentemente Cass. ord. 23 novembre 2021, n. 35251; Cass. 10 maggio 2018, n. 11269: «la lesione di un diritto inviolabile non determina, neanche quando il fatto illecito integri gli estremi di un reato, la sussistenza di un danno non patrimoniale “*in re ipsa*”, essendo comunque necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato, *anche attraverso presunzioni semplici*» (nostra l'enfasi).

¹⁰⁵ Così Cass. 13 novembre 2020, n. 25843: «il familiare di una persona lesa dall'altrui condotta illecita può subire un pregiudizio non patrimoniale che può assumere il duplice aspetto della sofferenza soggettiva e del conseguito mutamento peggiorativo delle abitudini di vita, la cui prova può essere data *anche mediante l'allegazione di fatti corrispondenti a nozioni di comune esperienza*, e che deve essere integralmente risarcito, ove ricorrano i caratteri della serietà del danno e della gravità della lesione» (nostra l'enfasi). Con la decisione riportata, la Corte di Cassazione cassava la sentenza del giudice d'appello che aveva escluso il danno non patrimoniale patito dai genitori di un minore vittima di incidente stradale che, per 'provare' la loro sofferenza, avevano allegato la convivenza con il figlio e altre circostanze come l'incertezza del recupero e il turbamento dovuto a diversi giorni di coma del minore.

¹⁰⁶ V. Cass. ord. 27 marzo 2019, n. 8442: «il giudice, in presenza di sinistri che abbiano costretto il leso ed i suoi familiari a numerosi e ripetuti ricoveri, purché questi ultimi siano documentati, può liquidare il pregiudizio consistito nelle erogazioni per viaggi di cura e spese mediche anche in assenza della prova dei relativi esborsi, ai sensi dell'art. 1226 c.c.». Così anche Cass. 19 gennaio 2010, n. 712.

presunzioni, alle quali la dottrina rifiuta la qualifica di prova diretta¹⁰⁷, o addirittura le massime di esperienza. Le lesioni immateriali vengono sovente liquidate, in tutto o in parte, in via equitativa, la quale, per l'appunto, sopperisce all'impossibilità di prova del pregiudizio immateriale, che altrimenti non abbisognerebbe dell'equità del giudice¹⁰⁸.

Una sentenza recente costituisce prova evidente delle contraddizioni sin qui esposte: nello smentire che il danno non patrimoniale alla dignità della lavoratrice sottoposta a mobbing sia *in re ipsa*, nella riga successiva la Corte di Cassazione afferma che «il danno risarcito è la sofferenza morale causata dalla mortificazione subita sul luogo di lavoro ... ovvero un danno-conseguenza, che il giudice del merito ha ritenuto provato sulla base di presunzioni»¹⁰⁹.

Peraltro, si trova anche giurisprudenza che significativamente considera il dolore o la sofferenza, dunque tipiche voci risarcitorie del danno non patrimoniale, «conseguenze normali» derivanti dall'illecito – nello specifico, l'irragionevole durata del processo – per la quale il giudice «deve ritenere tale danno esistente» a meno che non

¹⁰⁷ Per tutti, con esaustive indicazioni bibliografiche, S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., 891 ss.: «emerge, in definitiva, una (sostanziale) contraddizione tra l'affermazione iniziale, secondo cui il danno alla persona non può considerarsi *in re ipsa* e l'iter argomentativo sopra descritto, che conduce all'affermazione della sussistenza del danno senza che alcuna prova ... sia stata fornita dall'attore» e condivisibilmente precisa che «qualsiasi allegazione, perfino la più dettagliata, non può considerarsi equivalente ad una prova e quindi all'accertamento del fatto» (895). Più in dettaglio sulla prova per presunzioni, v. ID., *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, 624 ss. Cfr. anche P. SIRENA, *Il concetto di «danno»*, cit., 552: «l'onere di provare il danno risarcibile grava sul danneggiato, non essendo riconosciuti danni normativi, o *in re ipsa* ... Tuttavia, provata la lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito, la giurisprudenza presume fino a prova contraria che l'attore abbia subito un corrispondente danno non patrimoniale (fermo restando il ricorso a una valutazione medico-legale, se si tratta di lesioni psico-fisiche)».

¹⁰⁸ Precisa C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 185, la non correttezza del rinvio, che pure si trova in giurisprudenza (nt. 51), all'equità del giudice *ex art. 1226 c.c.*, in quanto tale norma non sarebbe applicabile al danno non patrimoniale e discorre di 'equo apprezzamento'. *Contra*, R. SCOGNAMILIO, voce *Danno morale*, cit., 149, che invece richiama espressamente l'art. 1226 c.c.

¹⁰⁹ Cass. Sez. L. 17 novembre 2021, n. 35061.

sussistano, nel singolo caso, circostanze particolari che inducano a far ritenere il contrario, anche qui continuando a rifiutare che si tratti di un danno cd. *in re ipsa*¹¹⁰.

In ipotesi come questa la negazione del fatto che il pregiudizio discenda automaticamente dalla lesione raggiunge l'apice del formalismo. Se il giudice deve ritenere sussistenti, fino a eventuale prova contraria, determinate conseguenze discendenti da un certo illecito in difetto di un'allegazione attorea – che devono vincere il fatto che il giudice «deve ritenere tale danno esistente»¹¹¹ una volta verificata l'eccessiva durata del processo, che però rappresenta l'illecito – ebbene sembra difficile negare che il pregiudizio non discenda pressoché automaticamente dall'illecito.

Sono ormai isolate le ammissioni che alcuni pregiudizi alla persona non siano suscettibili di prova e siano dunque *in re ipsa*, come il danno subito dal minore che non abbia potuto frequentare il genitore per l'atteggiamento ostruzionistico dell'altro¹¹².

Una pronuncia di legittimità, trattando della prova del danno morale, nell'aprire in modo particolarmente ampio al ragionamento presuntivo e all'*id quod plerumque accidit*, nota con specifico riguardo alle massime di esperienza che «tale strumento di giudizio consente di evitare che la parte si veda costretta, *nell'impossibilità di provare il pregiudizio dell'essere*, ovvero della condizione di afflizione fisica e psicologica in cui si è

¹¹⁰ Cfr. Cass. ord. 12 marzo 2020, n. 7034, per la quale «in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della l. n. 89 del 2001, anche per le persone giuridiche il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico, è conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri; ne consegue che una volta accertata e determinata l'entità della stessa, *il giudice deve ritenere tale danno esistente*, sempre che non risulti la sussistenza, nel caso concreto, di circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente» (nostra l'enfasi).

¹¹¹ Cass. ord. 12 marzo 2020, n. 7034.

¹¹² Cfr. App. Firenze decreto 29 agosto 2007, in *Danno resp.*, 2008, 799 ss., con commento di A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.* Il decreto configura espressamente il pregiudizio in esame come *in re ipsa*, ammettendo che «deve ... ravvisarsi un danno non patrimoniale risarcibile *nella circostanza che il padre si è visto interdetta la possibilità di frequentare il figlio*, di cui pure un provvedimento giurisdizionale aveva garantito la frequentazione. Il danno di cui si tratta è liquidato equitativamente in euro 350,00» (nostra l'enfasi). Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. L. 3 luglio 2001, n. 9009.

venuta a trovare in seguito alla lesione subita, ad articolare estenuanti capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito» (nostra l'enfasi)¹¹³. Ma se il danno non può essere provato (è la stessa sentenza a parlare di impossibilità) o può esserlo solo per presunzioni, fatti notori o massime di esperienza, altro non è se non un danno *in re ipsa*.

Parte dell'onere probatorio che graverebbe sull'offeso, ma dal quale lo stesso è esonerato, finisce così per essere traslato sul danneggiante tramite il meccanismo della prova contraria e la minaccia delle conseguenze della mancata contestazione: un trasferimento di questo tipo si giustifica indubitabilmente in un'ottica che cerca una più efficace deterrenza. Allontanandoci per un momento dai danni alla persona, è infatti significativo che il danno subito dalla Pubblica Amministrazione (riconosciuto dalla Seconda Sezione) per mancata riconsegna di un'area demaniale oggetto di concessione non rinnovata alla scadenza ovvero revocata, sia considerato «pacificamente» *in re ipsa*: con evidente *favor* per l'amministrazione, quest'ultima non ha che da allegare il fatto illecito della mancata riconsegna dell'area per ottenere il risarcimento del danno¹¹⁴.

Si dirà che col ricorso a presunzioni, massime di esperienze etc. si può pur sempre assolvere all'onere probatorio, per quanto inteso in senso lato, e si evita dunque l'automatismo di fare coincidere il danno con la lesione del diritto. Pur ribadendo i dubbi espressi nelle righe precedenti, specie in quanto la Corte di Cassazione affermi che certi pregiudizi immateriali 'devono considerarsi discendere da una certa lesio-

¹¹³ Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, con commento di G. PONZANELLI, *Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 91 ss.; M. GRONDONA, *A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e categorie concettuali*, in *Danno resp.*, 2021, 40 ss.; R. PARDOLESI, *Sofferenza morale e contorsioni tabellari*, *ivi*, 13 ss., cui si rinvia specialmente per la lucida analisi dell'ambigua giurisprudenza di legittimità in punto di prova del danno morale; M. FRANZONI, *La legge, le sentenze e le Tabelle milanesi*, *cit.*, 21 ss.

¹¹⁴ Cfr. Cass. 3 dicembre 2021, n. 38355: «è altresì pacifico che, in materia di mancata riconsegna di un'area demaniale, oggetto di concessione non rinnovata alla scadenza ovvero revocata, il danno è da ritenersi sussistente “*in re ipsa*” e va commisurato al presumibile valore locativo dell'immobile illegittimamente occupato, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità anche solo potenzialmente ricavabile dal bene stesso».

ne¹¹⁵, occorre rilevare che in alcuni illeciti il danno non sembra potersi ritenere altrimenti che *in re ipsa*.

Si pensi alla tutela apprestata per l'indebito utilizzo di dati personali dall'art. 82 del Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, cd. *General Data Protection Regulation* (d'ora in avanti anche solo GDPR)¹¹⁶. In questo caso, il danno patito della vittima è *in re ipsa* in quanto trae origine e fondamento dall'illecito utilizzo dei dati personali, ossia dalla violazione delle norme del GDPR. D'altra parte, non si vede che cosa l'offeso potrebbe allegare a parte il mancato rispetto delle norme del Regolamento di chi ha evidenza tramite, per esempio, la ricezione di comunicazioni indesiderate dopo avere comunicato a taluno l'indirizzo di posta elettronica, ma non in che termini ciò sia avvenuto, a chi siano stati ceduti i propri dati, e a chi eventualmente riceduti etc., né che impatto possa avere avuto sulla propria vita l'essere destinatario di qualche comunicazione email non richiesta¹¹⁷. In altri termini, l'infrazione delle regole sul trattamento

¹¹⁵ Cfr. la già richiamata Cass. ord. 12 marzo 2020, n. 7034, per la lettura qui sostenuta.

¹¹⁶ V. l'art. 82, co. 1, GDPR: «chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento».

¹¹⁷ Sull'art. 82 GDPR e danni *in re ipsa* si veda il lavoro monografico di E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, 247 ss., considerazioni riprodotte anche, più sinteticamente, in ID., *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1115 ss., e ID., *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE in Danno resp.*, 2020, 435: «si ritiene al contrario ulteriore elemento di specialità rispetto alla normativa comune proprio l'applicazione dell'ingiustizia del danno *in re ipsa* in ragione della semplice violazione delle regole di condotta conformativa previste dal GDPR». Nella vigenza della normativa previgente – ossia dapprima l.n. 675/1996, e poi d.lgs. 196/2003, cd. Codice Privacy – lo avevano già rilevato V. ROPPO, *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno resp.*, 1997, 663 ss. ed E. LUCCHINI GUASTALLA, *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 632 ss. Ma v. anche, nella dottrina tedesca, relativamente al caso di un avvocato che aveva ricevuto ha ricevuto un'e-mail pubblicitaria indesiderata al suo indirizzo professionale, S. KORCH, *Verfassungsrechtliche Notbremsung einer Fehlentwicklung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, 979: «er wird nämlich regelmäßig nicht wissen, ob und wie die Daten missbräuchlich verwendet wurden. Deshalb werden in der Literatur Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr vorgeschlagen». Più in generale sul tema della violazione dei dati personali, da ultimo cfr. D. AMRAM - G. COMANDÈ, *Tort Damages for Non-Economic Losses: Methodological Approaches for Comparative Analysis Served by New Tech-*

dei dati personali individuate dal GDPR rappresenta un illecito che, ledendo interessi tutelati dal legislatore comunitario, costituisce di per sé titolo per chiedere il risarcimento del danno.

Dal punto di vista probatorio, è doveroso separare il cd. danno biologico dalle altre voci di danno non patrimoniale sull'evidente presupposto che solo il primo può essere direttamente dimostrato con un grado apprezzabile di oggettività attraverso la perizia medico-legale¹¹⁸.

Tale considerazione spiega il metodo adottato dalle tabelle meneghine, che fanno dipendere dal pregiudizio di carattere biologico anche quello morale, traducendo in termini numerici il dato di comune esperienza che vuole che a maggiori traumi dell'integrità fisica segua una sofferenza più intensa.

Senza dilungarci sulle tabelle milanesi, si rileva la censura recentemente mossa dalla Corte di Cassazione alla tradizionale impostazione meneghina, che riuniva in un unico valore sia la componente fisica sia quella morale e financo esistenziale del danno non patrimoniale¹¹⁹. D'altra parte, è agevole capire perché l'Osservatorio lombar-

nologies, in *Comparative Tort Law*², edited by M. Bussani and A.J. Sebok, Cheltenham-Northampton, 2021, 351 ss.

¹¹⁸ Una simile distinzione appariva chiara già all'indomani delle Sezioni Unite del 2008, cfr. F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, cit., 97 ss., specie 108 ss., che distingue in realtà il danno biologico, il cui risarcimento 'tabellare' convive con l'equità del giudice in una logica compensativa; il danno da lesione di altri diritti inviolabili della persona, calcolato in via puramente equitativa e legata a doppio filo alla gravità dell'offesa; il danno da reato, al quale l'autore attribuisce funzione punitiva.

¹¹⁹ Il riferimento è a Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, che aveva giudicato erronea la riunione in un unico valore monetario del cd. danno biologico e morale: per un commento critico alla sentenza, v. M. GRONDONA, *A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e categorie concettuali*, in *Danno resp.*, 2021, 40 ss. Precisa R. PARDOLESI, *Sofferenza morale e contorsioni Tabellari*, cit., 15, l' 'autonomia ristretta' del danno morale «quale sofferenza interiore non a base medico-legale, totalmente staccata dal profilo dinamico-relazionale, che oggi fotografa il danno biologico. Per tale sofferenza, si fa strada al ragionamento probatorio presuntivo sulla base delle massime di esperienza. Ma se così è, vien fatto di chiedersi perché, nell'aprire a questa sottocategoria del ragionamento probatorio presuntivo, si debba far ricorso solo a quella secondo cui vi è corrispondenza, in termini di proporzionalità diretta, tra gravità della lesione della salute e insorgenza della sofferenza soggettiva. L'affermazione collide con la tesi secondo cui il danno morale è solo sofferenza interiore non a base medico-legale, posto che finisce per suggerire al giudice, al fine di evitare che l'attore si perda in estenuanti attività istruttorie per suffragare il mutamento dello stato d'animo, di trarre proprio

do avesse adottato una simile impostazione: far rientrare nell'accertabile danno biologico lo spinoso problema del *quantum* della sofferenza interiore¹²⁰, insuscettibile di prova al punto che una dottrina ne ha affermato chiaramente in carattere *in re ipsa*¹²¹, rassicura il mercato assicurativo. Recependo l'indicazione della giurisprudenza di legittimità, a ogni modo, le tabelle del 2021 dividono le voci di danno¹²², ma ciò non ha impedito a una recentissima sentenza della Corte di Cassazione di dichiararle inapplicabili al danno da perdita del rapporto parentale, in relazione al quale, per la verità, la pronuncia autorizza il giudice in casi eccezionali a liquidarlo a prescindere da meccanismi tabellari di sorta¹²³.

Tornando al rifiuto di risarcibilità del danno alla persona cd. *in re ipsa*, un secondo profilo critico nell'impostazione del Supremo Collegio emerge dall'incongrua correlazione tra danno *in re ipsa* e 'danno punitivo' o 'pena privata'.

dall'indicazione del medico legale un rapporto di proporzionalità diretta tra gravità della lesione e correlato sofferenza morale».

¹²⁰ Recentemente sul tema, v. P.G. MONATERI, *Il "quantum" del danno morale*, cit., 621 ss.

¹²¹ Da ultimo, M. GRONDONA, *A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale*, cit., «il danno morale ... è componente ineliminabile del danno alla salute, ma il danno morale, dal punto di vista empirico, contrariamente a quanto accade in riferimento al danno esistenziale, ha una perfetta aderenza al danno alla salute, e ciò spiega il riferimento all'aumento percentuale e progressivo del danno biologico, in ragione della gravità di quest'ultimo, e dunque, in parallelo, della gravità (in questo senso *in re ipsa*) del danno morale. Del resto, nella prospettiva fenomenologica, il danno morale non può non essere danno *in re ipsa*, posto che è la conseguenza necessitata di una patologia medicalmente accertata (essa sì, ovviamente, da provarsi in giudizio)».

¹²² Cfr. l'edizione 2021 delle cd. tabelle milanesi https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bc6002954-8227-41b3-a914-cf8568f764bc%7D_tabelle-milanesi-danno-non-patrimoniale-2021.pdf. Per quella precedente, del 2018, v. <https://www.tribunale.milano.it/files/news/TABELLE%20MILANO%20EDIZIONE%202018.pdf>

¹²³ Cass. 10 novembre 2021 n. 33005: «il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella».

Il richiamo al cd. danno punitivo non è del tutto condivisibile. Il danno *in re ipsa* esprime l'insuscettibilità fisiologica di alcuni pregiudizi a essere provati e vuole evitare il rigetto della domanda del danneggiato per mancato assolvimento dell'onere probatorio per una lesione che non è possibile dimostrare – in tutto o in parte – per prova diretta. Al contrario, i *punitive damages*, pur nel polimorfismo del termine, sono perlopiù irrogati per sanzionare comportamenti socialmente dannosi commessi con *malice* o *gross negligence* mediante una voluta sproporzione tra il risarcimento compensativo, talvolta irrisorio o addirittura assente, e la componente punitiva¹²⁴.

Il danno *in re ipsa* può assolvere a un fine punitivo anche nel diritto nazionale, ma la prima funzione rimane la descrizione di una caratteristica propria di alcuni danni non patrimoniali senza farsi necessariamente portavoce di un intento sanzionatorio: risarcire qualcosa che non può essere dimostrato per prova diretta, come la sofferenza interiore, non ha, di per sé, funzione afflittiva del responsabile¹²⁵, quanto descrittiva delle difficoltà probatorie che graverebbero sul danneggiato se non fosse in qualche modo dispensato dallo standard di prova usuale.

Tra l'altro, il danno non patrimoniale come pregiudizio *in re ipsa* si ritrova anche a livello sovranazionale nel *Draft Common Frame of Reference* – che, come noto, non accoglie forme di cd. danni punitivi – sotto la locuzione '*injury as such*': nel indicare con tale qualifica ad alcune ipotesi di danno alla persona come le lesioni della dignità, dell'integrità fisica, della libertà, della reputazione e della privacy¹²⁶, significativamente

¹²⁴ Emblematicamente, per S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., «ricorre la figura dei *punitive damages* quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale».

¹²⁵ Al contrario, per P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 127, «lo sganciamento della responsabilità civile dalla prova di un danno effettivo, valga per lo meno in parte a richiamare in vita la primigenia funzione sanzionatoria/deterrente della responsabilità civile».

¹²⁶ Cfr. VI. – 2:201: Personal injury and consequential loss

(1) Loss caused to a natural person as a result of injury to his or her body or health and the injury as such are legally relevant damage.

(2) In this Book:

(a) such loss includes the costs of health care including expenses reasonably incurred for the care of the injured person by those close to him or her; and

(b) personal injury includes injury to mental health only if it amounts to a medical condition.

VI. – 2:203: Infringement of dignity, liberty and privacy

insuscettibili di prova diretta, l'art. VI. – 6:204, rubricato *Compensation for injury as such*, afferma che «injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss».

Del tutto erroneo il richiamo alla pena privata: nel riservarci di approfondire la questione nel prosieguo, non si ravvisa nessun atto di autonomia dei singoli che giustifichi il riferimento alla pena privata, specie considerando che la liquidazione dei danni non patrimoniali viene fatta da un giudice in una sede processuale per ipotesi che deve ritenere, anche se previste legislativamente, sufficientemente gravi per la liquidazione di voci non patrimoniali, e dunque non si comprende quale sia la parte 'privata' di questa (eventuale) pena¹²⁷.

In conclusione, la locuzione di danno *in re ipsa* altro non individua se non un tratto distintivo di diversi pregiudizi alla persona, ossia l'insuscettibilità di essere dimostrati per prova diretta, il che peraltro non vale a esimerli da qualsiasi allegazione probatoria quanto a dispensarli dallo standard usuale¹²⁸.

Fuor di dubbio che, per quanto possibile, l'attore debba allegare circostanze utili da cui potersi dedurre il pregiudizio immateriale subito e la sua maggiore o minore gravità; allo stesso tempo, nonostante gli sforzi degli interpreti, sono le caratteristiche della lesione patita a rendere impossibile una prova diretta di quello che in un numero non irrilevante di casi è precisamente un danno *in re ipsa*.

(1) Loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage.

(2) Loss caused to a person as a result of injury to that person's reputation and the injury as such are also legally relevant damage if national law so provides.

¹²⁷ V. per tutti S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., 895. Sulla definizione di pena privata, anche qui per tutti, ID., voce *Pena privata*, cit., 349 ss. Più ampiamente sul tema, cap. VII, § 3.

¹²⁸ Cfr. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 120 s., per il quale «non risulta propriamente "sganciato" dalla prova di un danno effettivo: la prova dimora invero nella sottostante operazione logico-deduttiva svolta dal giudice *ex art.* 115, comma 2, c.p.c., della quale non può non restare traccia in motivazione (attraverso il mero rinvio a un precedente conforme o lo sviluppo di argomentazioni *ex novo*)». V. inoltre, V. ULFBECK - M.-L. HOLLE, *Tort Law and Burden of Proof - Comparative Aspects. A Special Case for Enterprise Liability?*, in *European Tort Law*, edited by H. Koziol and B.C. Steininger, Wien, 2008, 29 per i quali «in all of the examined legal systems, it is the general starting point that the plaintiff must prove his case ... Sometimes the plaintiff is helped in satisfying the burden of proof by presumptions or *prima facie* evidences».

7. *Tipizzazione pretoria e significato attuale della risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge.*

L'istanza di intermediazione legislativa di cui si facevano originariamente portavoce gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. è oggi affiancata, in esito al processo di lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., dalla risarcibilità del danno non patrimoniale a fronte di ogni lesione grave di diritti tutelati dalla Costituzione.

Proprio questa operatività dell'art. 2059 c.c. richiede all'interprete una riflessione sul significato attuale della risarcibilità del danno 'nei soli casi previsti dalla legge' e sulla tipicità di pregiudizi di questo tipo.

Preliminarmente, con tipicità in diritto privato si è soliti indicare l'attribuzione di un contenuto riconoscibile a una fattispecie determinata: i diritti reali, le obbligazioni *propter rem*, le sanzioni di diritto civile, per fare solo alcuni esempi¹²⁹. Invece, col ter-

¹²⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. 17 dicembre 2020, n. 28972, che in tema di diritti reali distingue il *numerus clausus*, che rimanda all'esigenza di tassatività, dalla tipicità, che attiene invece al «contenuto essenziale» del diritto; v. anche Cass. 19 novembre 2019, n. 30079, sul possesso *ad usucapionem*, nel quale «l'introduzione di un giudizio di riduzione per lesione di legittima ha efficacia di atto interruttivo dell'usucapione solo se contiene una chiara manifestazione della volontà di riacquistare all'asse ereditario il bene sul quale il possesso viene esercitato, atteso che dal combinato disposto degli artt. 1165 e 2943 c.c. risultano tassativamente elencati gli atti interruttivi del possesso e tale tipicità non ammette equipollenti»; inoltre Cass. 15 ottobre 2018, n. 25673, in tema di obbligazioni *propter rem*, che «hanno titolo nella legge, come i diritti reali, dei quali sono estrinsecazione e, come questi, non sono una categoria di rapporti innominati, ma sono caratterizzate dal requisito della tipicità con la conseguenza che possono sorgere per contratto solo nei casi e col contenuto espressamente previsti dalla legge»; ancora Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, che parla con riferimento alle fattispecie sanzionatorie di diritto privato discorre di «precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità)». In dottrina, riguardo all'ultima sentenza citata, v. in particolare V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *juscivile.it*, 2017, 701, sulla tipicità come «“precisa perimetrazione delle fattispecie” di danni punitivi accordabili»; la prevedibilità coincide invece con la «“puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne”»; e, infine, ravvisa la proporzionalità «nel senso di una equilibrata correlazione del risarcimento punitivo sia con la misura del “risarcimento riparatorio-compensativo” sia con “la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione”» (i corsivi sono dell'autore).

mine tipizzazione si intende l'operazione – sia legislativa sia pretoria – di individuazione di ipotesi tipiche¹³⁰.

La tipicità del danno non patrimoniale indica, tuttavia, il risultato di due diverse tipizzazioni, ossia da un lato quella dei fatti meritevoli di tutela *ex art.* 2059 c.c. (es. il danno da morte immediata, da diffamazione, da perdita del congiunto etc.) e, dall'altro, quella del tipo di conseguenza risarcitoria che producono (danno biologico, danno morale, danno esistenziale, voci risarcitorie alle quali oramai si attribuisce un significato preciso¹³¹). Nel primo ordine di ipotesi, il contenuto riconoscibile è riferito al fatto che sta a monte del risarcimento e lo legittima (per esempio, la perdita di una persona cara a seguito di un illecito, oppure una grave violazione dell'onore), nel secondo alla voce liquidatoria che compone il risarcimento stesso, tanto che una dottrina condivisibile distingue la tipicità del cd. fatto lesivo da quella delle conseguenze risarcibili¹³².

In tempi recenti, numerose difficoltà interpretative ha creato la tipicità del danno non patrimoniale *sub specie* dei fatti che costituiscono titolo per chiedere il risarcimento di cui si discorre.

Per quanto concerne i danni da reato e le ipotesi legislativamente previste, per l'appunto in quanto dipendenti da una base normativa, nessun problema si pone né sotto il profilo della tipicità dei casi di risarcimento, né sotto quello di una perdita di significato dei 'casi stabiliti dalla legge'.

Più complessa la questione che ruota intorno ai danni gravi ai diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Con qualche esercizio di sintesi, si possono distinguere studiosi che più radicalmente sostengono che il processo di interpretazione costituzionalmente orientato

¹³⁰ Così anche F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, cit., 107: «parlare di un principio di tipicità dei danni non patrimoniali significa, dunque, evocare – e valorizzare – un processo di “tipizzazione” ad opera del “diritto vivente” prima ancora che del “diritto vigente”».

¹³¹ V. recentemente Cass. 31 maggio 2018, n. 13770, nella quale il danno biologico veniva chiaramente identificato come lesione della salute; il danno morale nel senso della sofferenza interiore; e infine quello dinamico-relazionale, già 'esistenziale', che significa un peggioramento della vita quotidiana della vittima.

¹³² Distingue invero la tipicità del cd. fatto lesivo da quella delle conseguenze dannose di cui si chiede il risarcimento M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 795 ss.

dell'art. 2059 c.c. abbia reso del tutto inattuale il richiamo ai casi previsti dalla legge¹³³; altri che lo leggono nel senso del rimando a una «previsione normativa tipica (sia espressamente indicata dalla legge, sia enucleata dalla giurisprudenza) perché possa farsi luogo alla tutela risarcitoria, pur in assenza di una perdita patrimoniale»¹³⁴; infine, talaltri per i quali una simile evoluzione «non contraddice l'art. 2059 c.c. né lo supera, perché si tratta pur sempre di casi previsti dalla legge costituzionale, anche se nella forma concisa che si addice alle enunciazioni di principio»¹³⁵.

Se corrisponde a verità che negli ultimi anni i diritti inviolabili della persona abbiano subito un'espansione considerevole, tanto che ormai è divenuto d'uso comune riferirsi agli stessi come a un catalogo aperto¹³⁶, è altresì indubitabile che questi diritti, per quanto numerosi e di contenuto indubbiamente ampio, non possano considerarsi illimitati né del tutto indefiniti. In altre parole, nonostante il significato esteso che li caratterizza e l'indubbia centralità della tutela della persona negli ordinamenti moderni¹³⁷, in un dato momento storico vi sono pretese giuridicamente tutelabili e altre che non lo sono.

L'aspetto più problematico non coincide tanto con l'enucleazione dei diritti propri della persona, che ormai trovano positivo riscontro nella Carta costituzionale e in

¹³³ C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., 32; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 790 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, 2017, 741.

¹³⁴ V. C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., specie 72, nota che nel danno non patrimoniale «da parola danno finisce – a differenza che per il danno patrimoniale – per essere sinonimo di anti-giuridicità; è però necessaria una previsione normativa tipica (sia espressamente indicata dalla legge, sia enucleata dalla giurisprudenza) perché possa farsi luogo alla tutela risarcitoria, pur in assenza di una perdita patrimoniale».

¹³⁵ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 549.

¹³⁶ Sull'utilizzo di tale espressione, e sulla contrarietà della Corte Costituzionale, per tutti, cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 546 s.

¹³⁷ Un'autorevole dottrina che, anche in tempi non sospetti, ha dedicato numerosi studi al tema è P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972. Si precisa che in corpo di testo si parla di 'ordinamenti' al plurale in quanto, nonostante qui si analizzi la risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano, non sembra possibile omettere – sia pure 'sullo sfondo' del ragionamento – l'influsso dell'ordinamento comunitario in tema di diritti fondamentali.

numerose Convenzioni europee e internazionali¹³⁸. Qualche criticità in più potrebbe porsi per i diritti di cd. quarta generazione, come quello alla privacy, o per gli scenari aperti dalla bioetica su diritti già acquisiti, come quello alla salute, ma, dato che ormai sono anche di derivazione europea o sovranazionale, il processo che porta al loro riconoscimento è, per molti versi, condiviso tra diverse realtà giuridiche in un cammino di lungo corso che, una volta compiutosi, non consente di dubitare ulteriormente dell'esistenza di un diritto alla privacy.

Più difficile l'individuazione delle istanze concretamente sussumibili nei diritti fondamentali che rappresentano titolo, se lese, per il risarcimento del danno non patrimoniale.

Tale attività viene per un verso svolta dal legislatore a mezzo dell'introduzione di previsioni particolari che ammettono esplicitamente la risarcibilità del danno non patrimoniale, e, per altro verso, dalla giurisprudenza.

Basti pensare al cd. danno da vacanza rovinata, riconosciuto dapprima in via pretoria e, successivamente, oggetto di tutela legislativa¹³⁹. Nonostante il danno morale del viaggiatore fosse stato previsto dall'art. 5, co. 2, direttiva 90/314/CEE ed eventuali dubbi a riguardo fossero stati fugati dalla Corte di Giustizia nei primi anni Duemila¹⁴⁰, è stato solo successivamente alle Sezioni Unite del 2008 che si sono poste le basi per riconoscere una violazione dei diritti della persona in tale inadempimento da parte della giurisprudenza di merito¹⁴¹ prima, e di Cassazione poi¹⁴².

Ancora più significative le ipotesi di risarcimento che non poggiano in alcun modo su una previsione normativa, come il cd. danno da ricevimento di matrimonio rovinato¹⁴³.

¹³⁸ Operazione, comunque, non priva di difficoltà ermeneutiche: cfr. G. ALPA, *Il diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 209 ss., sul fatto che il bene della vita viene espressamente riconosciuto dal BGB, ma non dal Codice Civile che, all'art. 5, si preoccupa piuttosto di tutelare l'integrità fisica (212).

¹³⁹ Sul cd. danno da vacanza rovinata, v. recentemente L. CANNATA - A. CONTE - E. TOCCAFONDO, *Il risarcimento del danno da vacanza rovinata*, in *Danno resp.*, 2019, 212 ss.

¹⁴⁰ Corte di Giustizia 12 marzo 2002, causa C-168-00, reperibile su *Eur-Lex.it*.

¹⁴¹ Trib. Bari 4 aprile 2011, reperibile su <https://www.lider-lab.sssup.it/database/odp>.

¹⁴² Tra le prime, Cass. 11 maggio 2012, n. 7256. Da ultimo, cfr. Cass. 6 luglio 2018, n. 17724.

¹⁴³ V. da ultimo Tribunale di Paola 15 febbraio 2018, Est. Caroleo, in *ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 19415, pubblicato il 29.3.2018.

La tipizzazione giurisprudenziale dei danni risarcibili *ex art.* 2059 c.c. ha, tuttavia, attirato le critiche di parte della dottrina sull'inattualità del risarcimento ai casi stabiliti dalla legge richiamata dall'articolo in esame, sulle quali ora ci si soffermerà.

8. *Tipizzazione giurisprudenziale dei danni non patrimoniali e tipicità dell'art. 2059 c.c.*

La tipizzazione giurisprudenziale delle ipotesi produttive di danni alla persona contribuisce a chiarire i termini di risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale, pur tra le critiche di parte della dottrina sull'inattualità del richiamo dell'art. 2059 c.c. ai soli casi previsti dalla legge.

A tale proposito, si è parlato di «tipicità apparente» della norma¹⁴⁴, di «una sorta di abrogazione dell'art. 2059 cod. civ., per via giurisprudenziale»¹⁴⁵, fino ad affermare che «la tipicità legislativa di cui all'art. 2059 è sostituita, all'occorrenza, dalla volontà del giudice, mascherata con la foglia di fico della realtà sociale costituzionalizzata»¹⁴⁶. A ciò si aggiunge il rilievo per il quale il riferimento alla Carta fondamentale non potrebbe individuare in modo specifico i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, attesa la capacità dell'art. 2 Cost. di generare infiniti diritti¹⁴⁷.

A letture di questo tipo può obiettarsi che se, da un lato, colgono i profili di atipicità della previsione in esame – come si chiarirà nel prosieguo, un'esautiva tipizzazione dei casi di risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale non sembra possibile –, dall'altra li enfatizzano oltre misura.

¹⁴⁴ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 790 ss.

¹⁴⁵ C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., 32.

¹⁴⁶ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, cit., 741, il quale giunge peraltro a un discutibile paragone nella misura in cui afferma che «la tipicità legislativa di cui all'art. 2059 è sostituita, all'occorrenza, dalla volontà del giudice, mascherata con la foglia di fico della realtà sociale costituzionalizzata, che ricorda da vicino il *Volksempfinden* di infausta memoria». L'affermazione, invero, se ben coglie un profilo di atipicità fattuale della risarcibilità del danno non patrimoniale, non può tuttavia condividersi ove affianchi il *Volksempfinden* al catalogo aperto di diritti di derivazione costituzionale che la giurisprudenza fa discendere dall'art. 2059 c.c., volto semmai a garantire una più effettiva tutela della persona in un'ottica diametralmente opposta a quella che aveva ispirato l'«infausta memoria» storica ricordata dall'autore.

¹⁴⁷ Così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 810.

Accedendo a un'interpretazione prevalentemente o radicalmente atipica dell'art. 2059 c.c., a ogni giudice risulterebbe attribuita una libertà ampissima, pari alla somma di quella interpretativa propria della magistratura e impositiva di nuove ipotesi di danni non patrimoniali del legislatore.

Non si crede che una lettura di questo genere rispecchi l'operatività del danno non patrimoniale: non è condivisibile accentuare eccessivamente il portato atipico dell'art. 2059 c.c. tanto a fronte delle numerose ipotesi in cui legislativamente è prevista la liquidazione del danno non patrimoniale, quanto della considerevole opera di specificazione svolta dalla giurisprudenza, anche attraverso le cd. tabelle meneghine. A livello giurisprudenziale, peraltro, si ravvisa un apprezzabile allineamento sulle ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile: a tale proposito, si può citare il rifiuto costantemente addotto dalle corti di merito e di legittimità di liquidare il danno da perdita dell'animale d'affezione, il quale costituisce riprova che, in un dato momento storico, l'ordinamento considera degne di tutela risarcitoria alcune pretese e altre no¹⁴⁸.

Le medesime considerazioni spingono a non condividere interamente neppure la dottrina che sostiene la conclusione opposta ai sospetti di radicale atipicità della norma, ossia che il processo di interpretazione costituzionalmente orientato «non contraddice l'art. 2059 c.c. né lo supera, perché si tratta pur sempre di casi previsti dalla legge costituzionale, anche se nella forma concisa che si addice alle enunciazioni di principio»¹⁴⁹.

Detto processo, pur non confutando, lo si riconosce, la *ratio* della norma e difatti muovendo sempre nel senso della delimitazione della risarcibilità del danno non patrimoniale, ha, tuttavia, profondamente cambiato il meccanismo di individuazione dei pregiudizi risarcibili, e non pare condivisibile far rientrare nei 'casi previsti dalla legge' la legge fondamentale¹⁵⁰.

Di certo la Carta costituzionale rappresenta il fondamento, ideale e normativo, di ogni *vulnus* alla persona, ma altra cosa è l'intermediazione legislativa di cui si faceva

¹⁴⁸ V. da ultimo Trib. Rieti 4 maggio 2019, in *Danno resp.*, 2020, 664 ss. con nota di P. MERLI, *Si dice che, quando abbaia, non è un affetto risarcibile*. La sentenza citata si pone in linea di continuità con quanto avevano sostenuto già le Sezioni Unite del 2008, che avevano escluso la rilevanza *ex art.* 2059 c.c. della perdita dell'animale d'affezione.

¹⁴⁹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 549.

¹⁵⁰ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 549: «si tratta pur sempre di casi previsti dalla legge costituzionale, anche se nella forma concisa che si addice alle enunciazioni di principio».

portavoce l'art. 2059 c.c. che, per l'appunto, rimandava a specifici casi di risarcibilità, non a diritti fondamentali dai quali doversi dedurre in via interpretativa una serie considerevole di ipotesi, peraltro in continua definizione, produttive di danni non patrimoniali. Le condizioni del risarcimento non patrimoniale affermate dalle Sezioni Unite del 2008 integrano e superano il solo richiamo testuale ai casi previsti dalla legge.

In altre parole, la risarcibilità del danno non patrimoniale è ora subordinata non già a una previsione legale come vorrebbe la lettera dell'art. 2059 c.c., dal momento che il risarcimento dipende sempre dal positivo superamento del filtro della gravità della lesione alla quale segua un danno non bagatellare¹⁵¹; gravità che rappresenta inoltre il perno attorno a cui costruire nuovi casi di danni non patrimoniali non ancora dedotti dall'apparato costituzionale.

D'altra parte, nel momento di scrittura dell'art. 2059 c.c. la Carta costituzionale non esisteva e la sua entrata in vigore ha rappresentato un evento talmente rilevante che non poteva non ripercuotersi sulla prospettiva adottata dall'articolo in esame, redatto quando, per l'appunto, la considerazione della persona era del tutto differente.

Sembra, in altre parole, superata (e, anzi, capovolta) la prospettiva con cui l'art. 2059 c.c. individuava inizialmente la risarcibilità delle lesioni non produttive di un danno materiale: se dal rimando originario *ex art. 185 c.p.* poteva ricostruirsi il diritto della persona violato dal reato, qui è l'opposto, in quanto si muove dal diritto costituzionalmente previsto all'ipotesi di danno risarcibile.

9. *Segue. La dottrina della necessaria «previsione normativa tipica» del danno non patrimoniale.*

Una letteratura attenta a questi temi ha recentemente ribadito che se condizione necessaria e sufficiente per invocare il risarcimento del danno patrimoniale coincide con la mera sussistenza di un pregiudizio materiale, l'art. 2059 c.c. richiede invece un presupposto ulteriore, ossia il riscontro di una «previsione normativa tipica (sia

¹⁵¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, n. 3727, sull'«irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, espressione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. di tolleranza della lesione minima» anche se provocato da un reato, dunque dell'ipotesi legislativamente prevista per eccellenza.

espressamente indicata dalla legge, sia enucleata dalla giurisprudenza) perché possa farsi luogo alla tutela risarcitoria, pur in assenza di una perdita patrimoniale»¹⁵². Difettando una simile previsione non si potrebbe invocare l'art. 2059 c.c.

All'opinione sopra riportata può obiettarsi che l'elenco dei casi in cui tali danni siano risarcibili, a prescindere dagli sforzi degli interpreti, non pare suscettibile di definizione legislativa né pretoria.

Non si possono esaustivamente individuare *ex ante* i danni immateriali risarcibili e lo stesso dicasi, sebbene con un minor grado d'incertezza, a monte per i diritti la cui lesione può rappresentare titolo per il risarcimento di danni di questo tipo¹⁵³. La società muta a una velocità troppo elevata perché vi sia tempo sufficiente per l'introduzione di una previsione legislativa *ad hoc* o per consentire la formazione di un orientamento giurisprudenziale che tipizzi in via pretoria la risarcibilità di una nuova ipotesi di danno non patrimoniale¹⁵⁴.

Appare, pertanto, ragionevole che nel risarcimento dei pregiudizi immateriali residui e anzi debba residuare un margine di atipicità per consentire l'aggiornamento dell'ordinamento *sub specie* di ipotesi di danni risarcibili, e così l'effettività della tutela giurisdizionale.

Inoltre, aprire a una «previsione...enucleata dalla giurisprudenza»¹⁵⁵ significa inevitabilmente accettare una sentenza che, prima tra tutte, individui un nuovo caso le-

¹⁵² V. C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., specie 72.

¹⁵³ Se alcuni diritti sono ormai pacificamente deducibili dal testo costituzionale – si pensi al diritto del lavoratore al riposo settimanale fondato sull'art. 36 Cost. – per altri, ossia i cd. diritti di quarta generazione, la configurazione sembra più dibattuta specie a causa dei temi particolarmente complessi che toccano, come la bioetica.

¹⁵⁴ Notava ormai diversi anni fa G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 4, il mutamento, prodottosi nell'ultimo trentennio, dei contorni della responsabilità civile: «oltre ai danni cruenti, che comportano lesioni fisiche, si registra la lesione di interessi nuovi, ai quali, nella mutante scala di valori accreditata dalla coscienza sociale, oggi si vuole dare rilevanza: danni da computer, danni da prospetti informati, danni da nascite indesiderate, danni da shock nervosi...». I tratti salienti del mutamento in parola sono individuati dallo studioso nella moltiplicazione delle occasioni di danno e all'espansione degli obblighi di protezione; fenomeni che, in uno con l'avanzamento tecnologico, palesano l'inadeguatezza dell'impalcatura giuridica precedente, avente come riferimento una società agricola o, al più, paleoindustriale, tanto da rendersi necessaria un'opera di rivalutazione degli schemi tradizionali della responsabilità civile.

¹⁵⁵ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 72.

gittimante la liquidazione *ex art.* 2059 c.c. in assenza di una base legale o di un orientamento pretorio che lo già prevedeva¹⁵⁶.

Per tali motivi non si può ritenere, come affermato dalla dottrina riportata poc'anzi, che in difetto di una previsione pretoria o legislativa legittimante il risarcimento del danno non patrimoniale non possa invocarsi la tutela offerta dall'art. 2059 c.c.¹⁵⁷; a meno, chiaramente, di non ritenere sufficiente una base legale del tutto generica come le norme costituzionali.

In conclusione, se per tipicità si deve intendere che a una certa figura corrisponda un contenuto sufficientemente determinato, nell'assetto attuale del danno non patrimoniale, accanto a ipotesi risarcitorie di creazione legislativa e giurisprudenziale che soddisfano tale requisito, sembra inevitabile dover riconoscere all'art. 2059 c.c. uno spazio residuale di atipicità che permetta il riconoscimento di casi ulteriori di danno non patrimoniale risarcibile, volti a valorizzare nuovi contenuti dei diritti della persona e a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. In altre parole, la norma in esame sembra una disposizione 'più tipica che non'.

10. Criticità della rimessione dell'*an* dei danni non patrimoniali risarcibili al giudice ordinario.

Tra le numerose critiche mosse al sistema dell'*an* del risarcimento del danno non patrimoniale individuato nel 2008, si annovera anche quella per la quale il giudice civile non sarebbe competente ad applicare la Costituzione¹⁵⁸ e che la determinazione

¹⁵⁶ Cfr. *Restatement of the Law of Torts*, I, St. Paul, 1934, 4: «the entire history of development of tort law shows a continuous tendency to recognize as worthy of legal protection interest which previously were not protected».

¹⁵⁷ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 72.

¹⁵⁸ F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, specie 1305 ss., per il quale il giudice civile non sarebbe competente ad applicare la Carta costituzionale. Conformemente anche A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, in *Il danno contrattuale*, diretto da M. Costanza, Bologna, 2014, 294: «che ... la Costituzione possa essere usata dall'interprete direttamente per colmare lacune individuate nella legislazione civile ... è operazione che si presta a più di una obiezione. La prima e più importante attiene alla praticabilità di quest'operazione da parte di giudici che non siano la Corte costituzionale. Perché se tocca a

del contenuto essenziale del diritto fondamentale da parte del giudice ordinario comporterebbe un'opaca divisione di ruoli tra potere giudiziario e legislativo¹⁵⁹.

Tali rilievi non sembrano interamente condivisibili.

Anche tacendo il fatto che un ricorso pedissequo alla Consulta per ogni 'nuovo' caso – in quanto non previsto legislativamente e non tipizzato in via pretoria – di pregiudizio non patrimoniale non sarebbe sostenibile, si può obiettare che il singolo giudice civile non definisca il contenuto del diritto essenziale né interpreti una disposizione della Carta fondamentale in maniera generale, valevole per tutti i magistrati che si trovino ad applicare una certa disposizione com'è invece compito della Corte Costituzionale. Pertanto, quand'anche la sua opera individuatrice di, per così dire, 'nuovi' danni non patrimoniali dovesse essere eccessivamente libera o svincolata dai principi fondamentali dell'ordinamento e del diritto privato, nei successivi gradi di giudizio ben si potrebbe porre rimedio al riconoscimento di danni non condivisibili.

Non si crede invece che si possa, e neppure si debba, sottrarre al giudice ordinario, ossia all'autorità più vicina alle esigenze della popolazione, la possibilità di affermare per la prima volta la risarcibilità di una nuova ipotesi di danno non patrimoniale, pur non riconosciuta dal legislatore e nemmeno tipizzata da un orientamento giurisprudenziale. A titolo esemplificativo si può ricordare il cd. danno da vacanza rovinata, riconosciuto da alcune pronunce isolate che avevano dato voce alle mutate esigenze della società italiana e poi tutelato in via legislativa¹⁶⁰.

Un'elencazione esaustiva delle ipotesi in cui le violazioni dei diritti fondamentali rilevano *ex art. 2059 c.c.* non pare possibile e, anzi, in ambiti in continua evoluzione come i diritti della personalità l'adozione di uno schema di tutela propriamente tipico finirebbe per scontare limiti significativi. Pertanto, consentire che un giudice ricono-

quest'ultima identificare le interpretazioni conformi a Costituzione che salvano la legittimità di una disposizione, il giudice di legittimità dovrebbe limitarsi a sollevare questione di costituzionalità».

¹⁵⁹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 787, per il quale è «costituzionalmente problematico» il fatto che il contenuto essenziale del diritto fondamentale venga posto nelle mani del giudice ordinario e tanto in quanto contraddirebbe il monopolio della Corte costituzionale sull'interpretazione della Carta sia la discrezionalità del legislatore ordinario sulla sua attuazione.

¹⁶⁰ Particolarmente significativo il cd. danno da vacanza rovinata, prima riconosciuto in via giurisprudenziale e solo in un secondo momento versato in una previsione specifica. Tra le prime, Trib. Salerno 13 gennaio 2009 interpretava in senso costituzionalmente orientato l'art. 2059 c.c. all'indomani delle Sezioni Unite del 2008.

sca con una sentenza innovativa che il viaggiatore insoddisfatto possa richiamarsi al combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 2059 c.c. rimane l'unica scelta percorribile.

L'obiezione più naturale alle considerazioni esposte in questo paragrafo è che le stesse si sviluppino con pregiudizio della certezza del diritto.

Allo stesso tempo, valga riportare una condivisibile dottrina per la quale «la flessibilità non è necessariamente in contrasto con la certezza del diritto, ma al contrario essa può essere utile per garantire un tasso di certezza non astratto e irrealistico»¹⁶¹.

Nell'età dei principi, delle clausole generali e delle norme elastiche e generali¹⁶², l'appiattimento della certezza del diritto su un elenco di ipotesi necessariamente tipico sembra ormai una pretesa antistorica e, come si chiarirà nel prosieguo, particolarmente problematica nel campo specifico dei diritti della personalità.

11. *Riforma del Codice civile e problemi di operatività (europea) dei diritti inviolabili: una nuova Drittwirkung?*

La risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge è, oggi, superata dall'evoluzione cui è andato incontro l'art. 2059 c.c. sotto il particolare profilo della tutela dei diritti fondamentali. Salvare la lettera dell'articolo in esame, come anticipato, non si può neanche interpretando il riferimento ai 'casi previsti dalla legge' nel senso della legge costituzionale¹⁶³: la Carta fondamentale non detta casi di risarcimento, ma pone diritti fondamentali che, se lesi e ricorrendo le condizioni ulteriori individuate dalla giurisprudenza, possono essere risarciti. In altre parole, *ex post* qualsiasi danno alla persona può trovare fondamento autorevole nella Carta costituzionale; meno scontata è la deducibilità *ex ante* di un pregiudizio specifico.

¹⁶¹ Cfr. G. ZACCARIA, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 753. Il rapporto con questi temi, e in particolare quello della certezza del diritto, non può essere trattato compiutamente nella presente ricerca, ma cfr. cap. VII § 14.

¹⁶² Su cui molto condivisibilmente v. S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss., e ID., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, 241 ss., V. anche G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Torino, 2018, 359 ss.,

¹⁶³ Così P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 549.

La proposta di riforma del Codice oggi in discussione propone una modifica dell'art. 2059 c.c. che sembra volere risolvere le criticità sopra riportate, affermando che «il danno non patrimoniale è risarcibile qualora il fatto illecito sia lesivo di diritti inviolabili della persona o nei casi previsti dalla legge».

La riscrittura della norma recepisce l'approdo della giurisprudenza di legittimità del 2008 e pare avvicinarsi al modello del § 253 BGB nella misura in cui fa espresso riferimento, oltre alle ipotesi legislativamente predeterminate, ai diritti inviolabili della persona, tuttavia innovando rispetto al diritto tedesco in quanto non si limita a individuare alcuni. Nell'ordinamento tedesco, i giuristi avevano infatti dovuto superare in via interpretativa la difficoltà posta dalla risarcibilità di lesioni immateriali conseguenti a diritti non espressamente richiamati dalla norma, come quello alla riservatezza¹⁶⁴.

Occorre tuttavia rilevare che alla codificazione della risarcibilità delle lesioni dei diritti inviolabili della persona seguirebbe inevitabilmente il problema dell'operatività dei suddetti diritti nel diritto privato.

Il processo di interpretazione costituzionalmente orientato dell'art. 2059 c.c. aveva già richiesto agli studiosi di confrontarsi con le modalità in cui operino i diritti fondamentali nella responsabilità civile¹⁶⁵. Tale esigenza, emersa ancora negli anni

¹⁶⁴ Cfr. il percorso interpretativo che ha portato il § 253 BGB a tutelare la riservatezza, pur non contemplata dalla norma, su cui già BGH 14 febbraio 1958, n. I ZR 151/56, reperibile su *beck.de*: «nachdem durch Art. 1, 2 GG das Recht zur freien Selbstbestimmung der Persönlichkeit als ein Grundwert der Rechtsordnung anerkannt ist, ist es gerechtfertigt, in analoger Anwendung des § 847 BGB auch dem durch die unbefugte Veröffentlichung seines Bildes Verletzten wegen eines hierdurch hervorgerufenen, nicht vermögensrechtlichen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren».

¹⁶⁵ Sui principali orientamenti della dottrina italiana in materia di *Drittwirkung*, anche con confronto con le varie correnti interpretative in Germania, cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 19 ss. Tra gli interpreti italiani, per citare solo i classici in materia di raccordo tra diritto privato e Costituzione, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006 (la prima edizione risale al 1984); L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 2 ss. Più di recente, oltre a E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., *passim*, v. anche *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, a cura di E. Navarretta con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017, con speciale riguardo ai contributi di C. CAMARDI (*Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, 3 ss.), A. IANNARELLI (*La Drittwirkung dei*

Settanta relativamente all'art. 32 Cost. per riconoscere il danno biologico anche a prescindere dalla capacità reddituale del soggetto¹⁶⁶, era andata complicandosi notevolmente, stante l'emersione di istanze di tutela non sempre legate in modo diretto a una norma della Carta fondamentale quanto lo erano il danno biologico e l'art. 32 Cost.¹⁶⁷, quali, per esempio, il danno subito a seguito della perdita di un familiare o quello alla vita di relazione.

Sul piano dogmatico, è particolarmente rilevante il contributo prestato della dottrina tedesca con la *Drittwirkung*, ossia – con molta sintesi e qualche arbitrio imposto dalla brevità dello spazio a disposizione – la teorica che ha consentito l'operare delle norme fondamentali anche sul piano dei rapporti tra privati, oltre che tra il cittadino e lo stato¹⁶⁸.

I tentativi degli interpreti di far coesistere Costituzione e diritto privato sono stati ricondotti a due modelli principali, l'uno rispondente alla 'costituzionalizzazione' dei danni (o di alcuni danni) non patrimoniali, l'altro teso alla tutela risarcitoria dei diritti costituzionali¹⁶⁹.

diritti fondamentali e la crisi della socialità: avvertenze per l'uso, 31 ss.), G. D'AMICO (*Appunti per una dogmatica dei principi*, 71 ss.), e G. RESTA (*Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, 169 ss.).

¹⁶⁶ Cfr. Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, 9 ss. con nota di G. ALPA, *Danno 'biologico' e diritto alla salute davanti la Corte Costituzionale*, che dovendosi pronunciare su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 rapportato all'art. 32 Cost., ha affermato il portato precettivo dell'art. 32 Cost. in quanto diretto a tutelare il diritto fondamentale alla salute, che dunque rientra tra le situazioni suscettibile di lesione ex art. 2043 c.c. e trova così applicazione nei rapporti tra privati.

¹⁶⁷ Erano invece legati direttamente il danno biologico e l'art. 32 Cost.

¹⁶⁸ Sul significato originario del termine, elaborato dalla dottrina tedesca per ottenere che i diritti fondamentali producessero conseguenze anche tra i privati, e non soltanto tra il cittadino e lo stato, v. H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, 121 ss. e C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, 201 ss.

¹⁶⁹ Cfr. per tutti E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 9 ss. sui modelli della "costituzionalizzazione" dei danni, da un lato, o tutela risarcitoria dei diritti fondamentali, dall'altro; quest'ultimo avallato dall'autrice per la quale «ciò che rileva, ai fini dell'ammissione al risarcimento ... è l'ingiusta lesione di "interessi di rango costituzionale inerenti alla persona"; "di un diritto inviolabile della persona non avente natura economica", dal quale conseguono pregiudizi di carattere patrimoniale», richiamandosi a Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, e a Cass. 31 maggio 2003, n. 8828 (12).

Una dottrina autorevole e condivisibile ha già rilevato i paradossi che deriverebbero dalla costituzionalizzazione dei danni non patrimoniali: «il fatto che nella Costituzione degli Stati Uniti d’America sia iscritto il “diritto” degli uomini alla (ricerca della) felicità non autorizza neppure il più fervente adepto nostrano dell’*American tort law* a pensare che qualunque lesione di quel “diritto” generi pretese immediatamente azionabili in giudizio; che se uno è infelice possa automaticamente pretendere – *ex art. 2043 c.c.* – che qualcuno lo risarcisca della sua infelicità!»¹⁷⁰. Problemi analoghi a quelli qui descritti si incontrerebbero col danno morale ed esistenziale¹⁷¹. Un’impostazione di questo tipo ha trovato conferma anche in una recente pronuncia di legittimità, che ha condivisibilmente escluso la risarcibilità *per se* del ‘diritto alla vita’ di cui all’art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (d’ora in avanti, anche solo CEDU) nonostante il rango costituzionale della norma che lo esprime¹⁷². In altre parole, l’astratta previsione di un diritto fondamentale deve essere distinta dalla questione della tutela risarcitoria, che si gioca sul piano delle condizioni di risarcimento precisate nelle pagine precedenti.

Senza tornare su un dibattito i cui contorni sembrano essersi definiti e concentrando sul profilo dell’*an* del risarcimento del danno non patrimoniale, preme notare che la questione dell’operatività dei diritti fondamentali debba oggi confrontarsi con l’influsso crescente del diritto comunitario nel diritto privato e nella tutela della persona.

La presente ricerca non ambisce a misurarsi in principalità con la rilevanza attuale della *Drittwirkung*, che presuppone riflessioni – in tema di cd. costituzionalizzazione del diritto privato; di operatività diretta (*unmittelbare Drittwirkung*) o mediata (*mittelbare Drittwirkung*) delle norme fondamentali; di rapporto tra le fonti del diritto; di valenza delle clausole generali – che finirebbero per travalicare gli obiettivi che qui ci si propone, ossia di indagare la quantificazione del danno non patrimoniale alla persona e, più precisamente, le variabili che attengono a una possibile declinazione sanzionatoria della liquidazione.

¹⁷⁰ Cfr. per tutti V. ROPPO, *La responsabilità civile, e l’anima*, in *Danno resp.*, 2002, 101.

¹⁷¹ V. E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 13.

¹⁷² Cfr. Cass. ord. 6 ottobre 2020, n. 21508, la quale specifica peraltro come la norma della CEDU, ancorché di carattere generale e diretta a tutelare ogni possibile componente del bene vita, non detti specifiche prescrizioni sull’ambito ed i modi in cui tale tutela debba esplicarsi.

Tuttavia, il doveroso collegamento tra *Drittwirkung* e operatività dei diritti fondamentali¹⁷³ spinge quantomeno ad accennare alla rilevanza dell'ordinamento comunitario nel diritto privato, verosimilmente destinata ad aumentare nel prossimo futuro¹⁷⁴.

Definita la questione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo nel senso della prevalenza di quest'ultimo, garantita anche dall'art. 117 Cost. per come modificato dalla riforma del Titolo V, e dopo avere affermato che il rango di cd. norme interposte tra la legge ordinaria e la Carta Costituzionale dei diritti contenuti nella CEDU¹⁷⁵, si pone il problema dell'influsso del diritto europeo nella responsabilità civile.

Per tracciare sinteticamente le linee essenziali della questione, va innanzitutto considerato che l'Unione Europa impatta sull'*an* del risarcimento non patrimoniale in quanto talvolta individua in modo espresso casi di risarcibilità di pregiudizi immateriali che il singolo stato deve recepire: si possono ricordare, tra gli ambiti che riguardano più da vicino la tutela della persona, la normativa sul licenziamento discriminatorio¹⁷⁶ e sul trattamento dei dati personali¹⁷⁷.

¹⁷³ V. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 20: «sullo sfondo trapela il condiviso esempio del collegamento fra il par. 847 BGB sui danni non patrimoniali e la diretta proiezione del dovere di protezione del generale *Persönlichkeitsrechts*».

¹⁷⁴ Che molti temi di diritto privato si stiano ormai 'spostando' a livello europeo non sembra potersi tralasciare: cfr. J. BASEDOW, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, 2021. Più precisamente con riferimento al piano del diritto contrattuale, tra gli ultimi contributi cfr. S. GRUNDMANN - P. SIRENA, *European Contract Law in the Banking and Financial Union*, 2021; R. SCHULZE - F. ZOLL, *European Contract Law*, Oxford, 2021, *passim*; S. GRUNDMANN - M. GROCHOWSKI, *European Contract Law and the Creation of Norms*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021; A. COLOMBI CIACCHI - C. MAK - Z. MANSOOR, *Immoral Contracts in Europe*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020; P. SIRENA, *Introduction to Private Law*, Bologna, 2019, specie 207 ss. Tra gli ultimi contributi sulla responsabilità europea (cd. *European Tort Law*), v. *Essays in honour of Helmut Koziol*, edited by E. Karner, U. Magnus, J. Spier, P. Widmer, Wien, 2020; *European Tort Law*, edited by E. Karner, K. Oliphant, B. Steiniger, Wien, 2018, specie 393 ss.; *Research handbook on EU Tort Law*, edited by P. Giliker, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), 2017.

¹⁷⁵ Cfr. Corte Cost. 12 ottobre 2012, n. 230. Cfr. inoltre il par. 3 del Trattato di Lisbona: «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali».

¹⁷⁶ Più precisamente sul testo della direttiva 76/207/CEE, cfr. art. 6, modificato dalla direttiva 2002/73/CE: «gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure ne-

Sembra, tuttavia, che l'influenza dell'ordinamento europeo non sia limitata soltanto alla previsione di ipotesi specifiche di danno non patrimoniale, ma anche alla descrizione di, per così dire, linee di tendenza in materia di diritti fondamentali le cui ricadute si riflettono sugli ordinamenti nazionali. È particolarmente rilevante l'attenzione a soggetti deboli, come il consumatore, l'utente, la vittima di discriminazione etc. Le Corti comunitarie, nel farsi interpreti del diritto dell'Unione, di fatto determinano anche il contenuto delle situazioni giuridiche sottoposte alla loro cognizione, con ciò delimitando la discrezionalità dell'interprete nazionale in relazione alle materie di cui si occupano¹⁷⁸.

Ancora più significativamente, l'Unione impone ai legislatori degli stati membri veri e propri obiettivi di politica del diritto che devono essere soddisfatti nel recepimento della normativa comunitaria. In materia di licenziamento discriminatorio (l'importanza dei diritti fondamentali di cui si occupa tale ipotesi consenta un secondo richiamo), il legislatore dell'art. 6 dir. 76/207/CEE, modificato dalla dir. 2002/73/CE, afferma che «gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva che essi stessi stabiliscono per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione contraria all'articolo 3, in modo tale da risultare dissuasiva e proporzionata al danno subito» precisa chiaramente che i rimedi previsti nei singoli stati debbano concretizzare un effetto «dissuasivo». La Corte di Giustizia

cessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva che essi stessi stabiliscono per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione contraria all'articolo 3, in modo tale da risultare *dissuasiva* e proporzionata al danno subito» (nostra l'enfasi).

¹⁷⁷ Cfr. art. 82 GDPR.

¹⁷⁸ Particolarmente significativa Cass. ord. 12 marzo 2020, n. 7034, per la quale «in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge 24.3.2001, n. 89, anche per le persone giuridiche il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico, è - tenuto conto dell'orientamento in proposito maturato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo - conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri» (nostra l'enfasi).

spinge, in altre parole, gli stati membri ad apprestare rimedi in grado di impedire efficacemente comportamenti discriminatori¹⁷⁹.

A mente di quanto sinora esposto, si concorda con un'autorevole dottrina che rileva come la libertà di azione dell'interprete nazionale debba convivere con la normativa comunitaria in materia di diritti fondamentali, così arginando la capacità di generare infiniti diritti – da cui farsi discendere altrettanti casi di risarcibilità del danno non patrimoniale – dell'art. 2 Cost.¹⁸⁰.

Peraltro, l'effettività dell'azione comunitaria viene rafforzata dalla previsione della responsabilità dello stato che non si adegui al diritto dell'Unione¹⁸¹, in relazione alla quale si ravvisa la derivazione di un 'effetto orizzontale indiretto' della norma europea qualora la controversia che ha richiesto l'intervento della Corte di Strasburgo sia insorta tra due soggetti privati¹⁸². Quest'ultimo passaggio è particolarmente rilevante

¹⁷⁹ Cfr. la pronuncia resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 17 dicembre 2015, causa C-407/14, in materia di risarcimento del danno da licenziamento discriminatorio di cui alla direttiva 76/207/CEE. L'intervento era stato motivato dal rinvio pregiudiziale di un giudice spagnolo, Juzgado de lo Social n. 1 de Córdoba, che, nell'applicazione della direttiva 76/207/CEE, la quale sosteneva che la quantificazione economica del danno da licenziamento discriminatorio dovesse essere di importo tale da avere carattere "dissuasivo", si chiese come dovesse essere interpretata tale qualifica. Se, in altre parole, si dovesse procedere alla liquidazione di un 'danno punitivo' – fattispecie sconosciuta al diritto spagnolo – oppure no. La Corte di Giustizia non rispose nel senso dell'applicazione dei *punitive damages*, fattispecie estranea ai sistemi di responsabilità civile degli stati membri, ma si espresse in senso contrario a un risarcimento strettamente compensativo, basandosi sulla gravità della fattispecie. Nella sentenza la Corte aveva infatti affermato che lo stato membro dovesse garantire «una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace» tale da produrre un effetto «dissuasivo reale» sul datore di lavoro: «i provvedimenti atti a ristabilire l'effettiva parità di possibilità devono assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace ed avere nei confronti del datore di lavoro un *effetto dissuasivo reale* (v. sentenze von Colson e Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, punti 23 e 24; Draehmpaehl, C-180/95, EU:C:1997:208, punto 25, nonché Paquay, C-460/06, EU:C:2007:601, punto 45)» (nostra l'enfasi).

¹⁸⁰ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 550: «se i diritti inviolabili della persona riconducibili all'art. 2 Cost. sono specificati in base a un'interpretazione che ragionevolmente può ricollegarsi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, le potenzialità espansive della formula possono essere correttamente contenute». Aveva rilevato la capacità generativa potenzialmente illimitata dell'art. 2 Cost. in particolare M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 810.

¹⁸¹ Sulla responsabilità dello stato per la violazione del diritto comunitario, cfr. recentemente A.M. MANCALEONI, *Diritto europeo e tort(s) law*, Torino, 2018, 121 ss.

¹⁸² A. IANNARELLI, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali*, cit., 41.

in quanto rende sanzionabile l'inadempimento dello stato membro e, pertanto, coercibile il recepimento del diritto dell'Unione, così garantendone l'uniforme applicazione tra gli ordinamenti europei.

In conclusione, i diritti fondamentali sono divenuti una materia anche europea, sottratta al monopolio esclusivo dell'interprete nazionale sia in punto di individuazione degli stessi sia, giocoforza, per quanto concerne la relativa interpretazione svolta dai giudici comunitari, che ne determina il contenuto.

Il meccanismo di operatività degli stessi, la *Drittwirkung*, reca traccia di questo mutamento.

Invero, accanto al paradigma ormai classico della vigenza diretta dei diritti dell'individuo sul piano dei rapporti tra i privati, sembra aggiungersi un modello di derivazione comunitaria, che si distingue dal primo non solo per l'origine europea di specifiche pretese, ma anche perché accanto ai privati compare, quasi come in un rapporto trilatero, lo stato membro, la cui responsabilità può essere azionata nel caso in cui non abbia adempiuto agli obblighi discendenti dall'appartenenza all'ordinamento europeo, ottenendo così il risarcimento del danno nelle ipotesi previste dal legislatore comunitario.

12. *Limiti sistematici della tipicità dei danni non patrimoniali risarcibili e tutela dei diritti della personalità.*

Lo spazio residuale di atipicità che, secondo la lettura qui sostenuta, si riconosce all'art. 2059 c.c. per l'ampliamento del novero dei casi di risarcimento dei danni non patrimoniali è particolarmente rilevante nel campo dei diritti della personalità¹⁸³, nel

¹⁸³ Sull'articolata struttura dei diritti della personalità, v. G. ALPA, *La persona fisica*, in G. ALPA-G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milanofiori Assago, 2006, 75 ss., e, ivi, G. RESTA, *I diritti della personalità*, 361 ss. Tra i primi a occuparsi del tema in modo organico, cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1982, specie 37 ss., il quale si schiera a favore della necessaria concezione pluralistica degli stessi (38 ss.). Al contrario, sostenitori di una lettura monistica risultano P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 311; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983,

quale – forse più che in ogni altro – una rigida tipizzazione delle pretese tutelabili non sembra possibile. Proprio con riferimento a tali diritti, un ulteriore elemento di complicazione deriva dal fatto che la teoria compensativa tradizionale mostra limiti significativi¹⁸⁴.

Si potrebbe riprendere l'ancora attuale suggestione di Franco Bricola, il quale notava, già negli anni Ottanta, che «sul terreno dei diritti della personalità la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze “punitive” emergenti, potrebbe intervenire con un ruolo naturalmente complementare rispetto alla tutela penale, ma addirittura esclusivo laddove la tecnica di necessaria tipizzazione e, quindi, di necessaria frammentarietà del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione»¹⁸⁵.

La velocità di evoluzione della società palesa l'inadeguatezza del modello della previsione tipica degli illeciti extracontrattuali: il continuo mutamento dei rapporti interindividuali, accelerato e complicato dallo sviluppo tecnologico che apre scenari

363 ss.; P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 2 ss. Più di recente, nota condivisibilmente F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali*, cit., 94, che «nella consapevolezza della loro irriducibilità a un *numerus clausus*, i diritti fondamentali si pongono al di sopra di tutto e tutti – del legislatore, del potere esecutivo, di quello giudiziario – e permeano i rapporti fra privati, guidando in ultima istanza l'interprete nell'applicazione, necessariamente differenziata, dei rimedi».

¹⁸⁴ Sulle problematiche inerenti alla quantificazione del danno risarcibile, con particolare attenzione alle criticità delle teorie tradizionali, cfr. F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 278 ss. Critici anche E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 348 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art.2043-2059*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2004, 1247.

¹⁸⁵ Il riferimento è a F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, V, 8. Il maestro penalista individua un convincente argomento sistematico conseguente all'ampliamento della sanzione di diritto civile: «la prospettiva di un incremento delle alternative (civili-stiche) di tutela consente di dare corpo alla tendenza ad attribuire al diritto penale un ruolo di *extrema ratio* (concezione sussidiaria del diritto penale)». In tema, più ampiamente, anche ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3 ss. V. Inoltre G. DEL VECCHIO, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, *Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, 341 che, lungi dall'invocare un inasprimento delle norme penali, ritiene che «l'idea di una possibile graduale eliminazione delle sanzioni specificatamente penali, qualora le sanzioni civili acquistassero correlativamente una sufficiente efficacia».

prima impensabili¹⁸⁶, impone all'interprete di confrontarsi con problematiche giuridiche in perenne divenire senza che questo lasci il tempo necessario all'approvazione di un testo parlamentare o alla formazione di un orientamento giurisprudenziale che espressamente individui ogni caso di risarcibilità di un danno non patrimoniale.

Peraltro, la tutela dei diritti fondamentali della persona secondo uno schema tipico ha già fallito – ed è lo stesso Bricola a rilevarlo¹⁸⁷ – nel diritto penale, sicché non sembra condivisibile adottarlo anche nel diritto civile, le cui maglie elastiche permettono invece di non essere ancorati esclusivamente a sistemi tipici e di concretizzare una tutela effettiva senza necessariamente una previa intermediazione legislativa o pretoria.

Un'operazione di tipizzazione può, inoltre, dirsi tale solo in quanto sia condotta con un grado di precisione apprezzabile; ma si dubita che i diritti costituzionalmente rilevanti, pur non del tutto indefiniti, siano suscettibili di essere precisati in questi termini¹⁸⁸. A titolo esemplificativo, basti pensare agli scenari aperti dalla bioetica e al loro impatto sul diritto alla salute.

Questo il punto centrale del discorso: i danni alla persona non possono essere compiutamente tipizzati – in senso legislativo o pretorio – perché, a monte, il diritto leso non risulta pienamente descrivibile. Tanto basta a escludere in radice la spettanza della tutela dei diritti della personalità al diritto penale che, per l'operatività dell'art. 25 Cost., richiede un'intermediazione legislativa rigorosa, ma anche del diritto amministrativo, inapplicabile qualora non sia coinvolta una pubblica amministrazione.

Date queste premesse, il risarcimento del danno di cui agli artt. 2043-2059 c.c. rappresenta il mezzo più efficace per tutelare i diritti della personalità nella misura in cui tale sistema rimanga (almeno parzialmente) atipico. In caso contrario, si riscontre-

¹⁸⁶ Basti pensare alle ricadute sul diritto di famiglia e delle persone che si sta producendo sotto la spinta delle nuove tecniche di procreazione assistita; oppure al cd. fine-vita; o ancora al danno alla reputazione della persona offesa che veda divulgato un proprio filmato intimo su una piattaforma online dove, in pochi istanti, venga scaricato da migliaia, addirittura milioni, di persone; tutte tematiche che non si ponevano fino a pochi decenni fa o che non si ponevano nei termini odierni.

¹⁸⁷ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private"*, cit., 8.

¹⁸⁸ Cfr. A. MANNA, *Tutela penale della responsabilità*, Bologna, 1993, 158, per il quale «da maggiore causa dello scarso successo della tutela penalistica dei diritti della personalità nella sostanziale «inafferabilità caratterizzante tale tipo di beni giuridici», oltre che per una certa «insofferenza mostrata dal giudice penale nei confronti delle offese arrecate ai beni della personalità».

rebbero le difficoltà di tutela esposte da Bricola per il diritto penale, aggravate dal consolidamento di un vuoto di tutela in corrispondenza dei diritti della personalità.

I limiti correlati alla tipizzazione dei casi di risarcimento del danno alla persona sono condivisi anche a livello comparato. Pur in sintesi, si cita il caso dell'ordinamento tedesco, notoriamente imperniato sul principio di tipicità degli illeciti. La risarcibilità del danno immateriale è disciplinata al § 253 BGB, che ne legittima il riconoscimento nei casi previsti dalla legge o di violazione di alcuni diritti fondamentali della persona¹⁸⁹. Uno dei casi previsti normativamente è rappresentato dal § 823, comma 1, BGB, contenente diversi diritti della persona umana la cui lesione dà titolo al danneggiato di pretendere il risarcimento («*das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum*»), concludendo tuttavia con una parziale apertura («*oder ein sonstiges Recht*»), molto discussa in dottrina¹⁹⁰.

¹⁸⁹ § 253 BGB Immaterieller Schaden: (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

¹⁹⁰ § 823 Schadensersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. Senza entrare nel dettaglio della questione, contrari al fatto che il § 823, comma 1, BGB possa essere interpretato nei termini di una parziale atipicità sono G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1981, 248; H. BRONX, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1987, 314; B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts: a Comparative Treatise*, Oxford, 1990, 21. Invece, F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, 1992, 174 ss., è favorevole a una lettura nei termini di una parziale atipicità del § 823 BGB, basandosi principalmente su un argomento di tipo grammaticale: il legislatore tedesco utilizza invero l'espressione «sonstige Rechte», senza ulteriori precisazioni, il che non legittimerebbe una lettura restrittiva o tipica della norma. A sostegno della propria lettura, l'autore cita F. v. LISTZ, *Deliktobligationem*, Berlin, 1898, 26: «Ich beziehe also § 823 auf alle irgendwie rechtlich geschützten Interessen». Più di recente, sulle difficoltà interpretative sorte intorno al § 823 BGB, v. M. WAGNER, *BGB § 823*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2020, Rn. 301-305, il quale nota che «nach einer verbreiteten, von Heck begründeten Auffassung hat der Gesetzgeber mit der Anerkennung sonstiger Rechte in § 823 Abs. 1 zwar ein „Blankettgesetz“ geschaffen und einen „Schritt ins Ungewisse getan“». Ivi (Rn. 306-353) l'autore compie un notevole sforzo di elencazione di quali potrebbero essere i *sonstige Rechte*.

A tale proposito, è stato notato che «i sistemi fondati sulla tipicità spesso definiscono qualche figura tipica in termini sufficientemente indeterminati da lasciare spazio per le valutazioni giurisprudenziali o da consentire alla giurisprudenza una certa possibilità di manovra allo scopo di sviluppare il sistema per adeguarlo a nuove esigenze»¹⁹¹: per l'ordinamento tedesco, l'apertura sembra essere lasciata ai *sonstige Rechte* del § 823 BGB.

13. *Intermediazione legislativa ex art. 2059 c.c. e funzione sanzionatoria del diritto privato.*

Nell'accordare la delibazione di una sentenza statunitense per *punitive damages*, le Sezioni Unite del 2017 affermano il doveroso fondamento legale delle ipotesi afflittive di diritto privato¹⁹² e tanto non solo per il controverso istituto nordamericano, ma anche per il diritto domestico¹⁹³.

Alcuni interpreti in aperto dissenso con il requisito della base legale delle figure afflittive affermato nel 2017 rilevano che se la finalità sanzionatoria deve considerarsi

¹⁹¹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 27 e nt. 2. L'autore individua, inoltre, un'altra regola generale dell'ordinamento tedesco in materia di responsabilità civile, ossia quella di cui al § 826 BGB, volta a colpire la lesione dolosa di interessi altrui in modo contrario ai principi di onestà. Cfr. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung: (1) Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

¹⁹² Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, fa, invero, espresso riferimento alla necessità dell'intervento del legislatore: «ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario». Inoltre, «il principio di legalità postula che una condanna straniera a “risarcimenti punitivi” provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice *a quo* abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia “secondo principi e soluzioni” di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)». Sulle Sezioni Unite del 2017, cfr. cap. VI, § 3-4.

¹⁹³ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «così come (cfr § 5.2) si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera», difatti richiamando gli artt. 23-25 Cost.

immanente alla responsabilità civile e, dunque, alle disposizioni codicistiche, *in primis* agli artt. 2043 e 2059 c.c., non sembra giustificato il bisogno di un'altra previsione che renda tale funzione di volta in volta concretamente operativa¹⁹⁴. Viene pertanto giudicato sovrabbondante il richiamo delle Sezioni Unite alla base legale delle ipotesi sanzionatorie domestiche affermando che «la norma c'è, ed è l'art. 2059 c.c.»¹⁹⁵. Anche prima dell'intervento giurisprudenziale, una dottrina penalista aveva letto l'intermediazione legislativa dell'art. 2059 c.c. come tecnica di delimitazione di una sanzione – quella del danno non patrimoniale – che, specie per l'interprete del diritto penale, necessita di una norma che la preveda¹⁹⁶.

Ci si deve ora interrogare se, oltre alla primaria funzione di individuazione dei casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, l'intermediazione legislativa dell'art. 2059 c.c. possa fungere anche come base legale delle ipotesi afflittive di diritto privato.

Alla opinione riferita può innanzitutto obiettarsi che il richiamo alle Sezioni Unite del 2017 non sembra del tutto pertinente. La sentenza ha, invero, escluso che al risarcimento del danno possa ascriversi connotazione punitiva e – sia che si concordi con la tesi delle Sezioni Unite, sia che la si discuta – da ciò deriva la non riferibilità delle regole di esercizio della funzione sanzionatoria individuate nel 2017 al risarcimento del danno extracontrattuale. Non può, insomma, rimproverarsi al Supremo Collegio di non aver rilevato che l'art. 2059 codifichi la previa base legale delle ipotesi

¹⁹⁴ In particolare, cfr. A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325 e A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 237. V. inoltre, più in generale, le riflessioni di M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016, 19-20, che critica la previa intermediazione legislativa in quanto argomento affetto da un «normativismo patologico che opera sul piano di un riduzionismo tecnico e che sempre si mostra incapace di comprendere quelle mutazioni giuridiche che sono tali proprio perché si fondano su esigenze che invece tecniche non sono».

¹⁹⁵ A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., 237, «al quale si affiancano, semmai, figure speciali disciplinate variamente e puntigliosamente elencate dalle Sezioni Unite».

¹⁹⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 687, riconosce la duplice natura – compensativa e afflittiva – del danno non patrimoniale, risultando tuttavia prevalente quella punitiva «se si guarda la sua principale componente teleologica. Altrimenti, non si spiegherebbe perché mai il risarcimento del danno non patrimoniale sia previsto come sanzione solo per i fatti costituenti il reato».

sanzionatorie di diritto privato, dato che a monte ha negato il carattere polifunzionale del risarcimento del danno aquiliano.

A ogni modo, dal rifiuto di una lettura punitiva del danno extracontrattuale opposto dalla giurisprudenza di legittimità non può che discendere la non riferibilità all'art. 2059 c.c. delle condizioni di esercizio della potestà sanzionatoria individuate nella pronuncia.

Assumendo invece, senza richiamarsi alla sentenza del 2017, che l'art. 2059 c.c. si faccia portavoce di un'istanza di previa base legale delle ipotesi afflittive, occorre rilevare che il significato parzialmente atipico assunto dall'art. 2059 c.c. all'esito dell'interpretazione costituzionalmente orientata – ossia all'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale dalle ipotesi di reato e dalle altre individuate dalla legge ai danni gravi ai diritti della persona tutelati dalla Carta Costituzionale¹⁹⁷ - impedisce che in detta norma possa effettivamente riconoscersi la previa base legale delle sanzioni di diritto civile per diversi ordini di ragioni.

L'art. 2059 c.c. si fa indubbiamente portavoce di un'esigenza di intermediazione legislativa, ma è inidoneo a rappresentare *per se* la base testuale delle sanzioni civili sia in quanto è controverso che tale norma abbia – o abbia in ogni caso – una finalità punitiva¹⁹⁸, sia perché si limita a rinviare ad altre previsioni legislative che, queste sì, introducono casi di risarcibilità dei pregiudizi immateriali¹⁹⁹.

Peraltro, a seguito della già richiamata interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., sembra ancora più difficile rinvenire in tale norma non solo la base legale delle sanzioni civili, ma anche, a monte, l'originaria riserva di legge per la

¹⁹⁷ Sulla storia recente del danno non patrimoniale, v. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 1 ss.,

¹⁹⁸ Contrari a una lettura sanzionatoria dell'art. 2059 c.c. sono *inter alius* R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 604 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 194; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 30; ID., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 372 s.; P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 252 ss.

¹⁹⁹ Cfr. M. SESTA, *Risarcimento ultrariparatorio*, cit., 1832: «detta norma, infatti, non fa altro che ribadire la necessità di un'intermediazione legislativa, senza tuttavia enunciare essa stessa i contorni in termini di tassatività».

risarcibilità del danno non patrimoniale²⁰⁰. La giurisprudenza ha ammesso il risarcimento dei pregiudizi immateriali molto al di là dei casi normativamente previsti, tanto che più di un autore ha dubitato che l'art. 2059 c.c. possa ancora leggersi in termini (non legali, ma) tipici, parlando di «tipicità apparente» della disposizione²⁰¹, o anche di «una sorta di abrogazione dell'art. 2059 cod. civ., per via giurisprudenziale»²⁰².

Inoltre, non può tralasciarsi il rilievo di tipo storico che vede l'articolo in esame originariamente limitato alle ipotesi di reato in parte per la lettura (allora univoca) del risarcimento della lesione morale come *pecunia doloris*, in parte in quanto rappresenta una soluzione di compromesso tra l'assoluto rigetto della risarcibilità del danno non patrimoniale sostenuta da parte degli interpreti e la tesi opposta.

L'indicazione – legislativa *ex art. 2059 c.c.*, ma anche pretoria – dei casi in cui liquidare il danno non patrimoniale è, di per sé, neutrale e prende il luogo della lesione oggettivamente apprezzabile che legittima il risarcimento del danno patrimoniale, e dunque svolge innanzitutto la funzione di individuare una prima serie di casi in cui possono liquidarsi le lesioni immateriali, ma non individua in modo preciso le ipotesi in cui, tra queste, si può ravvisare l'esercizio di una funzione afflittiva, a meno chiaramente di non affermare che ogni pregiudizio immateriale rappresenti in sé una sanzione; lettura che non sembra condivisibile.

La declinazione polifunzionale dell'art. 2059 c.c. deriva non dall'istanza di intermediazione legislativa, ma dai parametri utilizzati per il calcolo della condanna qualora si discostino dalla lesione (es. il tipo o il grado della colpa del responsabile, il fine di profitto, il contesto dell'azione etc.)²⁰³.

Anche a prescindere da tutto quanto ritenuto sin qui, se si volesse ricondurre il fondamento legale delle ipotesi sanzionatorie all'art. 2059 c.c., questo non potrebbe che risolversi in un requisito meramente formalistico. Innegabile che la norma talvolta rimandi a ipotesi normativamente previste, ma è altresì inevitabile che nella maggioranza dei casi l'importo della sanzione venga determinata secondo l'equo apprez-

²⁰⁰ Per tutti, cfr. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., 193, che (in nt. 419) si richiama agli studi di V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 151.

²⁰¹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 790 ss.

²⁰² C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., 32.

²⁰³ Cfr. cap. VI per l'approfondimento puntuale di tali parametri.

zamento dal giudice²⁰⁴. In definitiva, un'intermediazione di questo tipo risulterebbe manchevole proprio nella parte che più interesserebbe al responsabile, giacché, quand'anche individuasse l'ipotesi in cui la condanna afflittiva potrebbe essere irrogata, non riuscirebbe sempre a garantire la predeterminazione *ex ante* della misura del trattamento afflittivo²⁰⁵.

Ad ogni modo, non sembra ragionevole cercare di trovare, nel Codice Civile, norme che si occupino di chiarire il fondamento legale della sanzione di diritto privato: se la responsabilità civile per tutto il secolo scorso si è retta sull'integrale risarcimento del danno, e se non era dunque ammissibile che il diritto civile potesse sanzionare, a maggior ragione non ha ragion d'essere la ricerca nel Codice di una norma richiedente una base normativa per le figure afflittive civilistiche.

14. *La controversa risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.*

Gli interpreti che si sono confrontati con la questione del danno non patrimoniale da inadempimento prima delle Sezioni Unite del 2008 si sono rivelati particolarmente cauti nel dedurre questa voce di danno dall'inesecuzione di un'obbligazione²⁰⁶.

²⁰⁴ Nota C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 331, che «una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti punitivi contrasterebbe con il principio di legalità che presiede alla pena, da almeno due punti divista: il primo e più importante, costituito dall'assenza di una previsione legislativa che tale potere preveda; il secondo, costituito dall'incertezza essenziale circa l'entità della pena stessa: ambedue questi profili contrasterebbero con l'art. 25 co. 2 cost. Dal punto di vista più propriamente civilistico, vi è poi l'art. 23 cost., che prevede la riserva di legge per ogni 'prestazione personale o patrimoniale'».

²⁰⁵ Basti pensare alla condanna equitativa per lite temeraria di cui all'art. 96, co. 3, c.p.c., o all'art. 614 *bis* c.p.c. – c.d. *astreintes* – che legittima il giudice a determinare l'ammontare della coercizione indiretta tenendo conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e, assai significativamente, di ogni altra circostanza utile.

²⁰⁶ Il problema veniva già posto – e negativamente risolto – da G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 566 ss. Più di recente, tra i contributi monografici pubblicati prima delle Sezioni Unite del 2008, v. A. RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., 221 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 127 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 227 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali ed inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extraccontrattuale*, a cura di G. Visintini,

Milano, 1984, 116 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 165 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 98 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 467 ss.; M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, *passim*; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*³, Padova, 2006, 87 ss.; A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, cit., specie 77 ss.; E. NAVARRETTA - D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004, 59 ss.; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, *passim*; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004, specie 151 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli-Roma, 2008. Tra i contributi in rivista che per primi si sono confrontati col tema, v. in particolare A DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, I, 53 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 316; V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, 77 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1 ss.; F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 1159 ss.; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 340 ss.; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno "da tempo sacrificato"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss. Successivamente alle Sezioni Unite, tra i contributi monografici, v. M. SACCHI, *I danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Responsabilità civile*, II, *Responsabilità contrattuale. Responsabilità in ambito familiare, medico e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione* diretto da P. Cendon, Milanofiori Assago, 2017, 1488 ss.; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009; C. BONA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Dialoghi sul danno alla persona* a cura di U. Izzo, Trento, 2006, 322 ss. M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Milanofiori Assago, 2010, 659 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 821 ss.; M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo A. Di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 457 ss.; M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014, *passim*; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 206 ss. Tra i contributi in rivista, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1450 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contratti*, 2010; L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 437 ss.; D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 333 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 293 ss.; F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 761 ss. V. inoltre C. AMATO, voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. VI*, Torino, 2011, 302 ss.

La rilevanza della patrimonialità nella *lex contractus*, dalle prestazioni di cui all'art 1174 c.c., sino all'esecuzione forzata²⁰⁷, aveva spinto la maggior parte della dottrina a escludere che si sarebbe potuto giuridicamente dare il caso della lesione di beni personali mediante un inadempimento²⁰⁸. Prima delle Sezioni Unite del 2008, qualora l'inesatta esecuzione della prestazione avesse cagionato un pregiudizio alla persona, questo sarebbe stato risarcibile soltanto se e nella misura in cui avesse integrato autonomamente un'ipotesi di reato o un caso di risarcibilità previsto legislativamente²⁰⁹.

La giurisprudenza maggioritaria apprestava la soluzione del cumulo delle tutele contrattuali ed extracontrattuali per liquidare ove possibile (per l'appunto, principal-

²⁰⁷ Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 51, la patrimonialità della prestazione trova la sua ragion d'essere «in vista dell'esecuzione forzata».

²⁰⁸ Per tutti, per particolare chiarezza, v. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 17: «il principio del carattere economico della prestazione (art. 1174) impedisce, nel silenzio della legge, di considerare come elemento risarcibile la frustrazione dell'interesse non patrimoniale che il creditore potesse avere nell'esecuzione della prestazione». Sulla non risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, v. inoltre G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, cit., 566 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 313 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 467 ss.; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, cit., 15. In punto di patrimonialità, la letteratura, con un esercizio di sintesi, si può dividere tra coloro che interpretano il termine in maniera 'obiettiva' (v. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 186; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 48 s.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1999, 13; ID., *L'inadempimento*, cit., 17) e 'soggettiva' (*ex multis*, v. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 197; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 78). Nella letteratura più risalente, v. le riflessioni di G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, cit., 566 s., per il quale il danno da inadempimento non può ricomprendere anche il pregiudizio morale «consistendo tutto nella diminuzione del patrimonio cagionata dall'inadempimento dell'obbligazione, esige la possibilità dell'estimazione pecuniaria che mal s'adatta a beni costituenti quel che figuratamente è chiamato patrimonio morale della persona».

²⁰⁹ Per R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 316, quando l'inadempimento contrattuale coincide con una lesione della persona (per es. nel caso che un trasportato subisca dei danni durante il trasporto) viene integrata un'autonoma fattispecie di reato (nell'esempio, quello di lesioni) che giustifica di per sé il risarcimento del pregiudizio non patrimoniale, senza bisogno di ricorrere all'inesecuzione della prestazione contrattuale.

mente nel caso di reato) danni non patrimoniali da inadempimento²¹⁰. L'*escamotage* non risolveva il problema, dal momento che, in difetto di uno dei casi previsti dall'art. 2059 c.c., nessuna tutela sarebbe stata accordata al contraente²¹¹. Un altro sistema attraverso il quale si sarebbe potuto ottenere il risarcimento di un pregiudizio non patrimoniale da contratto consisteva nella stipula, da parte dei contraenti, di una clausola penale²¹²; tuttavia, nel silenzio delle parti, l'interesse creditorio sarebbe rimasto parimenti insoddisfatto.

²¹⁰ Cfr. Cass. 15 giugno 1954, n. 2016, relativamente a un contratto d'opera stipulato con un medico; Cass. 21 dicembre 1968, n. 4043, su un contratto d'albergo; Cass. 6 agosto 1974, n. 2252, avente a oggetto un caso di appropriazione indebita effettuata da un cassiere di banca sul denaro di un cliente. Più in dettaglio sui vari orientamenti della giurisprudenza, maggioritaria e minoritaria, v. G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 97 ss. Sul cumulo delle tutele, si veda R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 156, il quale nota che il cumulo delle tutele non era stato riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità al di fuori di quattro ipotesi: inadempimento doloso; contratto di trasporto; responsabilità professionale del medico; inadempimento integrante al contempo un'ipotesi di reato. Cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Digesto it.*, XV, Torino, 1968, 679, sul concorso di azioni; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 161 ss.; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 69 ss.; D.M. FREANDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana: soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, Padova, 2012, *passim*; V. IANNI, *Gli artt. 1218 e 1229 c.c.*, in *Responsabilità civile*, II, *Responsabilità contrattuale. Responsabilità in ambito familiare, medico e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione* diretto da P. Cendon, Milanofiori Assago, 2017, 1394 ss. In prospettiva comparata, v. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989, *passim*.

²¹¹ Evenienza che si verificava specialmente qualora il contratto fosse stato concluso per l'appagamento di esigenze personali quali quella ludica o culturale, come precisa C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 472. Per G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 708: «di fatto questa impostazione è stata di intralcio a una più piana soluzione del problema, contribuendo a “versare” nel campo contrattuale tutti i disagi ermeneutici originati dalla limitatezza dell'originario disegno legislativo predisposto dai riformatori del codice civile con specifico riguardo al danno da fatto illecito».

²¹² Così F. GAZZONI, *Dall'economica del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 841. Significativamente, V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, cit., 87 s., esclude che la lesione immateriale contrattuale sia risarcibile, a meno che non sia stata stipulata una clausola penale. V. la considerazione critica di P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 185, sul fatto che la stipula di una clausola penale per presidiare l'adempimento di un'obbligazione rispondente a un interesse non patrimoniale del creditore non valga a trasformare tale interesse in uno di carattere patrimo-

Se il rilievo pregnante della patrimonialità nella *lex contractus* ha fatto in modo che in ambito contrattuale perdurasse per lungo tempo una visione tradizionale delle strutture di responsabilità, ove il danno risarcibile coincideva con la diminuzione patrimoniale prodottasi a seguito dell'insecuzione dell'obbligazione, una dottrina rilevava la contraddizione tra il riconoscimento del danno non patrimoniale in ambito extracontrattuale, dove le parti non mai inteso entrare in contatto, e la non risarcibilità degli stessi pregiudizi nel caso della violazione di un'obbligazione pianificata per il raggiungimento di determinati interessi²¹³.

Il dibattito tra gli interpreti veniva di certo influenzato dalla progressiva emancipazione dell'art. 2059 c.c. dal danno da reato e, più in generale, dalla previa intermediazione legislativa come presupposto per la liquidazione del danno non patrimoniale. L'interpretazione costituzionalmente orientata della norma ha, poi, aperto scenari prima inimmaginabili, spingendo gli studiosi a chiedersi se i diritti fondamentali della persona non potessero essere violati anche mediante un inadempimento e, questione a questa connessa, sulla correttezza di una perdurante differenza di trattamento tra responsabilità contrattuale e aquiliana. Tale distonia diventava particolarmente evidente qualora il contratto fosse stato stipulato per la soddisfazione di bisogni di natura personale come la cultura, lo svago o il divertimento²¹⁴. A tale proposito, occorre inoltre rilevare l'evoluzione subita *medio tempore* della *lex contractus*, che da strumento di regolazione di interessi prettamente patrimoniali ha trovato applicazione ai più svariati ambiti della vita umana e ai più disparati interessi, molti dei quali non patrimoniali e non sempre di rilievo costituzionale²¹⁵.

niale; rende, ben più riduttivamente, coercibile un impegno che di per sé non lo sarebbe stato. Sempre sul rapporto tra clausola penale e danno non patrimoniale contrattuale, cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, 241 s.

²¹³ Per i termini del problema, con particolare chiarezza C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 470, si chiedeva «se è vero che la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, tanto più se di fonte contrattuale, si situa a valle di una situazione di contatto sociale assai più intenso (e, soprattutto, programmato) rispetto a quella caratteristica della responsabilità extracontrattuale – appare contraddittorio, a fronte di perdite di utilità personali verificatesi nel contesto di un rapporto obbligatorio, non apprestare una tutela almeno altrettanto penetrante di quella che la regola di responsabilità aquiliana è in grado di offrire».

²¹⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 472.

²¹⁵ G. CONTE, *Considerazioni critiche*, cit., 712.

Nulla quaestio se l'inesecuzione del vincolo obbligatorio avesse integrato anche un'ipotesi di reato, data l'applicabilità dell'art. 2059 c.c., o se le parti avessero pattuito contrattualmente la risarcibilità del danno non patrimoniale, come nel caso di una clausola penale²¹⁶.

Il vero nodo della questione permaneva qualora, nel silenzio delle parti, l'inadempimento non avesse prodotto una violazione penalmente rilevante né avesse integrato uno dei casi normativi costituenti titolo per la liquidazione del pregiudizio non patrimoniale, giacché non si sarebbe potuto ricorrere all'escamotage del cumulo delle tutele apprestato dall'allora giurisprudenza maggioritaria.

Per risolvere il problema, bisognava innanzitutto sciogliere l'assenza, nell'ambito della responsabilità contrattuale, di una norma che, come l'art. 2059 c.c., trattasse in modo espresso del danno non patrimoniale da inadempimento²¹⁷.

Ripercorrendo brevemente i termini del dibattito²¹⁸, parte della dottrina ha ritenuto che una simile mancanza fosse superabile in via interpretativa attingendo al rilievo dell'interesse non patrimoniale del creditore menzionato dall'art. 1174 c.c.²¹⁹. Altri hanno adottato una lettura onnicomprensiva del danno di cui all'art. 1218 c.c.,

²¹⁶ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 185, nota criticamente che la stipula di una clausola penale per presidiare l'adempimento di un'obbligazione rispondente a un interesse non patrimoniale del creditore non vale a trasformare tale interesse in uno di carattere patrimoniale; rende, ben più riduttivamente, coercibile un impegno che di per sé non lo sarebbe stato. Tali rilievi, tuttavia, non hanno impedito la liquidazione del danno, anche non patrimoniale, assistito da penale: in tal senso, v. F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, cit., 841.

²¹⁷ Cfr. V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 61 ss.

²¹⁸ Recentemente, per una puntuale ricostruzione delle varie tappe dell'evoluzione risarcitoria del danno non patrimoniale, cfr. M. SACCHI, *I danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 1488 ss.

²¹⁹ Cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 197 ss., con particolare enfasi sul fatto che l'inadempimento non consista sempre in un danno economico; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., 127 s.; più di recente, F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., 100. Per A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali*, cit., 285, è la «migliore riprova del fatto che anche valori di carattere non economico possono risultare vulnerati dall'inadempimento in cui sia incorso il debitore». Ma v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 150 ss., per il quale la non patrimonialità dell'interesse creditorio non è sufficiente a dimostrare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento.

esteso sino a ricomprendere anche voci non patrimoniali²²⁰. Altri ancora hanno messo in luce che nessun particolare ostacolo di carattere testuale ostava alla declinazione della perdita subita e del mancato guadagno dell'art. 1223 c.c. fino a includervi i pregiudizi immateriali²²¹. Infine, era stato rilevato che l'art. 1225 c.c. operava già una selezione dei danni risarcibili (anche non patrimoniali) in base alla loro prevedibilità²²².

Sempre senza invocare l'art. 2059 c.c., un'autorevole dottrina ha sostenuto che l'interesse di carattere non patrimoniale del creditore, specie quando consistente nella protezione di un diritto fondamentale, doveva essere tutelato anche nella sua componente non patrimoniale²²³.

Altri interpreti hanno invece ritenuto l'art. 2059 c.c. direttamente applicabile alla responsabilità contrattuale²²⁴, qualcuno sottolineando l'implausibilità dell'opposta conclusione, ossia che il legislatore avesse inteso risolvere un problema rilevante come il ristoro del pregiudizio non patrimoniale per i soli danni aquiliani²²⁵. In quest'ottica, il 2059 c.c. risulterebbe norma di portata generale e consentirebbe la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento (allora) negli stessi casi di

²²⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 807 e ID., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite*, cit., 625, quando «il valore personalistico faccia corpo con l'interesse primario del creditore» entrando così a pieno titolo nel regolamento contrattuale. V. pure V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 325 ss.

²²¹ Per G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 232, il termine 'perdita' dell'art. 1223 si presta a essere interpretato tanto «pecuniariamente in via oggettiva quanto di un bene che sfugge invece a tale caratteristica, in quanto non del mondo economico». V. anche F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale*, cit., 119. *Contra*, C. SALVI, *La responsabilità civile*³, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2019, 51 ss., per il quale nel sistema del Codice la 'perdita' si deve intendere come economica, mentre all'art. 2059 c.c. è affidato (in via eccezionale) il risarcimento del danno non patrimoniale.

²²² F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale*, cit., 100.

²²³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 170 s.

²²⁴ Cfr. E. NAVARRETTA - D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, cit., 65, per le quali «siffatta disposizione, nella sua nuova apertura, può senza dubbio trovare applicazione anche in ambito contrattuale», pur rilevando che la collocazione sistematica della norma è stata utilizzata sia dalle tesi favorevoli all'estensione al campo della responsabilità contrattuale che a quelle che propendevano per il rigetto di una simile conclusione (64).

²²⁵ Per A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 134 «risulta inconcepibile che il legislatore, nel momento in cui adottava una determinata soluzione di un problema così grave ed annoso, come quello del danno non patrimoniale, intendesse circoscrivere la medesima soluzione alla sfera extracontrattuale».

risarcibilità del pregiudizio immateriale, e dunque qualora fosse ravvisabile un'ipotesi di reato o un'indicazione legislativa espressa²²⁶.

Contro l'estendibilità all'ambito contrattuale dell'art. 2059 c.c. si adduceva la rispondenza della norma a una logica peculiare non automaticamente estendibile alla responsabilità da inadempimento²²⁷; la collocazione sistematica²²⁸; il riferimento dei criteri di risarcimento del danno patrimoniale al campo aquiliano dell'art. 2056 c.c., ma non viceversa²²⁹.

Un'altra argomentazione portata a sostegno della tesi negativa coincideva con la natura necessariamente patrimoniale del danno da inadempimento per come emergente dall'art. 1174 c.c., con la conseguenza che l'inadempimento contrattuale non avrebbe mai potuto ledere beni propri della persona (ma solo patrimoniali); da qui, l'inoperatività dell'allora danno morale nel campo della responsabilità contrattuale²³⁰.

Guardando agli altri ordinamenti europei, pur brevemente va rilevato il contributo al dibattito fornito dalla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 che, con l'aggiunta di un secondo *Absatz* al § 253 BGB²³¹, introduceva una regola generale di risarcibilità del danno non patrimoniale a prescindere dalla fonte di responsabilità, contrattuale o aquiliana. Il nuovo § 253 Abs. 2, nel caso della lesione di beni particolarmente rilevanti (la salute, l'integrità psico-fisica, la libertà personale, l'autodeterminazione ses-

²²⁶ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 134, nt. 125. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 627 ss.

²²⁷ Così G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 91: «perché non trarre ... l'indicazione che il legislatore ha voluto, dettando l'art. 2059 c.c. regolare nel modo previsto in quella norma solo i danni aquiliani, rimettendo la disciplina del danno non patrimoniale da inadempimento alle norme in materia di responsabilità contrattuale?». V. anche A. RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., 224 s., che esclude l'automatica riferibilità dell'art. 2059 c.c. all'ambito contrattuale e, più in generale, che un mero inadempimento possa integrare un reato, che richiederebbe atti fraudolenti. Contrario anche V. ZENCOVICH, *Interesse del creditore*, cit., 87, sul presupposto che nella responsabilità contrattuale il risarcimento del danno è concesso in modo più restrittivo che in quella aquiliana.

²²⁸ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 230. Più di recente, V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 70 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., 41.

²²⁹ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 230; M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, cit., 596.

²³⁰ V. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 316; C.A. CANNATA, *L'inadempimento*, cit., 17.

²³¹ Per la cronologia delle modifiche del § 253 BGB, cfr. <https://lexetius.com/BGB/253.2>. Cfr. anche, per il dettaglio dei lavori parlamentari, <https://dejure.org/BGBI/2002/BGBl. I S. 2674>.

suale), legittimava il risarcimento dei danni non patrimoniali anche nella cornice di una responsabilità per inadempimento o oggettiva²³².

Il richiamo al BGB risulta ancora più significativo in quanto si consideri che la versione originaria del § 253 affermava la risarcibilità dei danni non patrimoniali nei soli casi stabiliti dalla legge, uno dei quali era rappresentato dal § 847 BGB. Il riferimento operato dal BGB ai ‘casi previsti dalla legge’ rimanda immediatamente l’interprete italiano all’art. 2059 c.c., ma occorre precisare che la previsione tedesca è sistematicamente collocata nella parte sul rapporto obbligatorio in generale, e non, come nell’ordinamento nazionale, tra le disposizioni dedicate alla responsabilità per fatto illecito²³³. A ogni modo, prima della riforma, proprio per ovviare alla mancanza di una disposizione legittimante in modo espresso la liquidazione di pregiudizi di questo tipo in campo contrattuale, una dottrina aveva proposto una lettura estensiva del § 847 in modo tale da potersi riferire alla responsabilità da inadempimento e a quella oggettiva²³⁴.

La risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si ritrova nelle tendenze continentali espresse nei vari gruppi di lavoro sul diritto privato europeo. Nel 2007 l’art. 3:701, n. 3), del *Draft Common Frame of Reference* (d’ora in avanti anche solo DCFR) affermava che «“loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life». Similmente si esprimevano i Principi Unidroit, all’art.

²³² Cfr. G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell’atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 125 ss. Più di recente, v. F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale*, cit., 766 s., cui si rimanda anche per un’elencazione aggiornata dei casi di risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nel diritto tedesco.

²³³ V. G. CIAN, *La riforma del BGB*, cit., 126, che precisa la differenza fondamentale tra il diritto italiano, dove la collocazione sistematica della risarcibilità del danno non patrimoniale è contenuta nelle disposizioni in tema di responsabilità aquiliana, e quello tedesco, nel quale una simile affermazione è lasciata più opportunamente alla parte sulle obbligazioni in generale.

²³⁴ Cfr. C. VON BAHR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, 572 ss. Più in generale sul tema, B.S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford, 1996, 921.

7.4.2²³⁵, nel 2010, e i *Principles of European Contract Law* (d'ora in avanti anche solo 'PECL'), all'art. 9:501²³⁶, nel 2002²³⁷.

15. *L'an del danno non patrimoniale da inadempimento tra causa concreta del contratto e ruolo integrativo del privato.*

Il divario tra l'ordinamento italiano e il resto del continente in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento veniva colmato dalle Sezioni Unite di S. Martino del 2008²³⁸. Invero, se alcune pronunce avevano riconosciuto al danneggiato il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del regolamento contrattuale, specialmente in ambiti dove le contraddizioni sopra esposte erano emerse

²³⁵ Article 7.4.2 (Full compensation) (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

²³⁶ Article 9:501: Right to Damages (1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.

(2) The loss for which damages are recoverable includes:

(a) non-pecuniary loss ; and

(b) future loss which is reasonably likely to occur.

²³⁷ Sul tema, cfr. A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquisi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 593 ss.

²³⁸ Tra i numerosi commentatori di Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, v. F.D. BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, cit., 97 ss.; PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, *Foro it.*, 2009, I, 123 ss.; R. PARDOLESI - SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 128 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 134 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, I, 139 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un de profundis per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 32 ss. Tra i contributi monografici, cfr. A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali*, cit., 287 ss.; P. CENDON, *L'urlo e la furia: commento a Cass., Sez. U., 26972/2008*, in *Risarcimento del danno non patrimoniale*, I, *Parte generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Milanofiori Assago, 2009, 413 ss.

con maggiore evidenza²³⁹, sono le Sezioni Unite del 2008 ad affermarne la generale risarcibilità.

Focalizzandoci sulle parti della pronuncia che riguardano il danno da inadempimento, preliminarmente occorre rilevare la considerazione men che marginale riservata dalle Sezioni Unite agli obblighi di protezione, la cui rilevanza in un'ottica di tutela della persona in ambito contrattuale era già stata esplicitata da una dottrina tedesca²⁴⁰ e avrebbe potuto rappresentare il fondamento dogmatico per una costruzione del danno non patrimoniale da inadempimento in senso proprio²⁴¹. Come si vedrà nel prosieguo, le specificità delle lesioni immateriali negoziali non trovano forse adeguata valorizzazione nell'impianto delle Sezioni Unite, che infatti si limitano a estendere all'ambito contrattuale l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.²⁴².

Gli obblighi di protezione vengono menzionati di sfuggita tra le esemplificazioni dei casi in cui gli interessi non patrimoniali entrano nella causa concreta del negozio, tra i quali per l'appunto figurano i contratti di protezione in ambito medico e scolastico (§ 4.3 e 4.4.) in un'elencazione piuttosto confusa dove tali obblighi vengono accostati a fattispecie nelle quali il legislatore prende specifica posizione sulla rilevanza di interessi non patrimoniali, come nel caso degli artt. 2087 e 1681 c.c. rispettivamente

²³⁹ Un cantiere particolarmente rilevante è stato quello della lesione dei diritti del lavoratore per il tramite di un inadempimento contrattuale: *ex multis*, Cass. Sez. Un. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, I, 2006, 2334 ss. con commento di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, e in *Corr. mer.*, 2006, 1165 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Le nuove categorie del danno non patrimoniale*, e Cass. 4 giugno 2003, n. 8904, in materia di demansionamento; ma cfr. anche Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in tema di mancato godimento del riposo settimanale, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1177 ss., con commento di P. ZIVIZ, *I "nuovi danni" secondo la Cassazione*.

²⁴⁰ Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 136, 1932, 257 ss.; ID., *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 27 ss.

²⁴¹ Ribadisce F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 211, che «il fondamento più solido cui ancorare il danno non patrimoniale da inadempimento è rappresentato indiscutibilmente dalla loro naturale preordinazione a conferire rilevanza alla persona in sé e al patrimonio in sé e non tanto in quanto in qualche misura implicati nella prestazione». Anche L. Nivarra. Mazzamuto su pericoli obblighi protezione in danno non patrimoniale contrattuale.

²⁴² Con un'immagine evocativa, particolarmente critico sulla «transustanziazione dell'extracontrattuale in contrattuale» per un'«abborracciata *Drittwirkung*» è L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*, cit., 482.

te in tema di lavoro subordinato e contratto di trasporto. Tuttavia, il riconoscimento legale di una voce risarcitoria peculiare in un'ipotesi precisa rappresenta evidentemente una prospettiva del tutto differente rispetto a quella interpretativa degli obblighi di protezione.

Sull'accostamento di fattispecie tanto eterogenee tra loro, una dottrina, parafrasando Hegel, ha rilevato che «tutte le vacche tendono irresistibilmente a farsi bigie nella notte della indistinta e irresistibile dominanza della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.»²⁴³.

Questo è precisamente il punto della questione.

L'argomentazione del Supremo Collegio si regge tutta sull'estensione in via generale – non distinta, quindi, a seconda della fonte di responsabilità – dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. a ogni ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile. Da qui le Sezioni Unite fanno discendere che, quando la *lex contractus* si occupi dei diritti fondamentali della persona, la loro lesione a mezzo di un inadempimento costituisce titolo per il risarcimento del danno non patrimoniale²⁴⁴. L'impostazione è, inoltre, seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità più recente²⁴⁵.

Da un punto di vista processuale, tanto produce una conseguenza favorevole per il danneggiato (relativamente al danno da inadempimento, probabilmente l'aspetto più condivisibile della pronuncia), che può invocare il risarcimento della lesione immateriale mediante l'azione di responsabilità contrattuale senza ricorrere al macchinoso espediente del cumulo di rimedi.

Tuttavia, l'estensione *de plano* di una lettura elaborata in ambito aquiliano al contratto non può che destare perplessità e spingere l'interprete quantomeno a censurare un appiattimento del danno non patrimoniale da inadempimento sull'art. 2059 c.c., senza particolare considerazione per le peculiarità che lo contraddistinguono.

²⁴³ L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*, cit., 478.

²⁴⁴ Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972: «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale».

²⁴⁵ Di recente, Cass. 29 maggio 2018, n. 13370.

Una delle conseguenze più evidenti della discutibile commistione di logiche contrattuali ed extracontrattuali operata dalle Sezioni Unite risiede nell'inopportunità del richiamo all'art. 1174 c.c. come riconoscimento legislativo della rilevanza degli interessi non patrimoniali del creditore per affermarne la risarcibilità in ambito contrattuale²⁴⁶. Va qui integralmente condivisa la critica, fondata sulla migliore dottrina²⁴⁷, alla motivazione adottata dal Supremo Collegio per la quale l'art. 1174 c.c. non definisce i danni risarcibili, ma delinea l'area del giuridicamente rilevante quando entrino in gioco interessi di carattere non patrimoniale²⁴⁸, il che non equivale a elevare «necessariamente la lesione di questi interessi a posta di danno risarcibile»²⁴⁹.

Come si vedrà nel prosieguo, questo produce un'inopportuna confusione di piani tra l'individuazione degli interessi non patrimoniali che formano il tessuto contrattuale e la risarcibilità delle lesioni non produttive di danni materiali.

²⁴⁶ Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972: «che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

²⁴⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento*, cit., 17: «l'interesse non patrimoniale è ... menzionato dall'art. 1174, ma unicamente come elemento minimo atto a fornire al creditore l'interesse ad agire in caso di inadempimento» e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 79 ss.

²⁴⁸ Recentemente, v. F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 211, che considera addirittura fuorviante il richiamo all'art. 1174 c.c. «da cui funzione è tutt'altra, ossia quella di consacrare l'attitudine dell'obbligazione al soddisfacimento anche in via primaria di interessi non patrimoniali, in quanto assunti come termini finali della prestazione principale». Cfr. anche A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali*, cit., 288 s.

²⁴⁹ A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali*, cit., 288. Per tutti, rilevava una non perfetta corrispondenza tra interesse non patrimoniale del contraente e risarcibilità del danno non patrimoniale già V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, cit., 80. Di puntuale 'risposta' alle Sezioni Unite del 2008 il contributo di C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 1008, n. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, 125.

16. *La causa concreta del contratto come strumento di selezione dell'an dei danni non patrimoniali risarcibili: criticità.*

Una delle prove più evidenti dell'opacità dell'impianto argomentativo delle Sezioni Unite in punto di danno non patrimoniale da inadempimento è probabilmente rappresentata dall'ambiguo richiamo alla causa concreta del contratto²⁵⁰, la cui difficile definizione dogmatica aveva spinto parte degli interpreti ad adottare un approccio nichilista, decretandone la «morte» e (talvolta) la successiva «resurrezione»²⁵¹, in ogni caso dubitando di potervi ricavare regole operative univoche a causa dell'«equivoca poliedricità» che la contraddistingue²⁵².

A complicare ulteriormente il già rischioso rimando alla causa concreta si aggiunge che detto riferimento sembra *per se* scivoloso in quanto la sua concretizzazione viene di fatto rimessa alla sensibilità del giudicante tramite il processo di interpretazione²⁵³, specialmente nei contratti atipici.

²⁵⁰ Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972: l'individuazione degli interessi delle parti deve essere «condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale». In dottrina, per tutti, sulla causa concreta del contratto v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 425 ss., per il quale «ricercare l'effettiva funzione pratica del contratto vuol dire, precisamente, ricercare l'interesse concretamente perseguito. Non basta, cioè, verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che – sia pure tacitamente – sono entrate nel contratto». V. inoltre la bibliografia citata, tra cui G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, 249, sulla valutazione della natura dell'interesse che le parti perseguono col regolamento contrattuale. Un riferimento alla causa concreta del contratto si trova già prima del 2008 in Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, su cui ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un 'idolum tribus'?*.

²⁵¹ U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 252; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Rimedi*, II, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 85 ss.; non propende per la 'resurrezione' della causa A.M. BENEDETTI, *Valori non patrimoniali*, cit., 289, per il quale «viene qui riesumata – ma, come dire, ancora cadavere – attraverso un'impossibile elevazione a parametro sul quale costruire la rilevanza della persona in ambito contrattuale».

²⁵² Cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa*, cit., 252.

²⁵³ V. R. PARDOLESI, *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno resp.*, 2020, 98: «quest'ultimo argomento sarebbe decisivo se non fosse per il fatto che lo si vuol fare passare attraverso l'interpretazione e, se del caso, col

Senza intendere qui confrontarci con le molte e spinose questioni che ruotano attorno alla *causa contractus*, sembra che l'intersezione tra la stessa e i danni non patrimoniali da inadempimento risarcibili vada individuato nell'utilizzo giurisprudenziale della causa concreta come lente per valutare la risarcibilità delle lesioni immateriali, nella misura in cui il regolamento contrattuale poi violato rispondesse alla tutela dei diritti fondamentali.

A tale proposito, una dottrina condivisibile declina il problema in esame distinguendo l'obbligazione di fonte contrattuale da quelle di fonte diversa: per il vincolo giuridico che trae origine dall'autonomia privata, «all'interno dell'atto di autonomia le parti possono considerare, oltre al resto, ogni profilo non patrimoniale alla cui soddisfazione il contratto e l'obbligazione siano diretti»²⁵⁴.

Se invero le parti, in sede di redazione del regolamento contrattuale, hanno esplicitato la rilevanza e – vero punto dirimente – previsto la coercibilità di impegni rispondenti a interessi anche di carattere non patrimoniale, per esempio attraverso una clausola penale, può concludersi che sia il privato a individuare le ipotesi in cui la lesione dell'interesse non patrimoniale comporti il risarcimento del danno.

La questione si pone in termini differenti qualora i contraenti non abbiano previsto alcunché.

In tale circostanza, l'interpretazione del regolamento contrattuale deve confrontarsi con un tema di difficile soluzione, volto a distinguere i casi in cui gli interessi non patrimoniali che potrebbero avere mosso uno o entrambe le parti si proiettino al di fuori della sfera intima del contraente e dunque rientrino nella causa del contratto da quelli che, invece, rimangono semplici motivi individuali, pertanto irrilevanti. Spetta dunque al giudice il compito di individuare gli interessi non patrimoniali sottesi al negozio e, punto centrale della questione, a esprimersi sulla risarcibilità del danno non patrimoniale discendente dalla loro violazione.

I piani devono essere distinti.

ricorso alla causa concreta della pattuizione: traiettoria ineccepibile, ma scivolosa, in quanto affidata alla sensibilità del decisore».

²⁵⁴ M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 665. Conformemente, G. CONTE, *Considerazioni critiche*, cit., 713., e C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, cit., 307 s.

Invero, quand'anche il giudicante individuasse tali interessi come rientranti nella causa del contratto – si pensi a una coppia di sposi che stipuli un contratto d'opera con un fotografo perché immortali il giorno delle nozze – non sarebbe garantita la risarcibilità del danno non patrimoniale a meno che detti interessi non possano ritenersi espressione di un diritto costituzionalmente rilevante. Nel caso citato, il fotografo si rendeva inadempiente non consegnando il servizio fotografico del matrimonio ai coniugi, ma la Corte di Cassazione non riconduceva la pretesa degli attori al ricordo dell'evento a un diritto fondamentale della persona, così rifiutando il risarcimento del danno non patrimoniale²⁵⁵.

Si avverte in queste righe l'ambiguità del richiamo della giurisprudenza di legittimità alla causa concreta dell'accordo. Non può seriamente mettersi in dubbio che l'esigenza di ricordare il matrimonio determinasse il «significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che – sia pure tacitamente – sono entrate nel contratto»²⁵⁶ al punto da precisare l'*an* e il *quomodo* del regolamento negoziale, eppure nessuna tutela viene apprestata per la soddisfazione di quell'interesse non patrimoniale.

²⁵⁵ Cfr. Cass. 29 maggio 2018, n. 13370, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1388 ss., con commento di F. RUGGIERO, *Foto del matrimonio smarrite, no al danno esistenziale della sposa*. La sentenza afferma che «l'interesse a conservare memoria di un evento di particolare importanza della propria vita, come il giorno delle nozze, non è oggetto di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito, cosicché dall'inadempimento all'obbligo di consegna del servizio fotografico, commissionato in occasione del matrimonio, non deriva l'obbligazione di risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c.», anzi definendo il diritto al ricordo del matrimonio come un «diritto “immaginario”, non idoneo, in base alla regola enunciata dalle Sezioni Unite, ad essere fonte di un obbligo risarcitorio in relazione al danno non patrimoniale». Similmente Cass. ord. 27 agosto 2020, n. 17894, negava la risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso dell'inadempimento di un gestore telefonico sul presupposto che il diritto a comunicare con un solo telefono non corrisponda a un diritto fondamentale della persona. Al contrario, Cass. ord. 15 luglio 2019, n. 18884, riconduceva l'interesse del lavoratore al riposo all'art. 36 Cost., così risarcendo anche il danno non patrimoniale discendente dalla violazione della violazione della *lex contractus* di cui si rendeva responsabile il datore di lavoro: «la mancata fruizione del riposo giornaliero e settimanale ... è fonte di danno non patrimoniale che deve essere presunto, perché l'interesse del lavoratore leso dall'inadempimento del datore ha una diretta copertura costituzionale nell'art. 36 Cost., sicché la lesione del predetto interesse espone direttamente il datore medesimo al risarcimento del danno».

²⁵⁶ Per tutti, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 425.

Il riferimento alla causa concreta sembra risolversi in un esercizio di stile o in un'affermazione di principio se poi non è accompagnata – e non lo è – da un'estensione dell'area del danno non patrimoniale (da inadempimento) risarcibile. D'altra parte, non potrebbe pervenirsi a esiti differenti muovendo del riferimento all'ambito contrattuale dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. operata dalle Sezioni Unite del 2008, per la quale ogni lesione immateriale può essere liquidata solamente qualora violi diritti di rilievo costituzionale (oltre che nei casi previsti dalla legge), la cui realizzazione, com'è indubitabile, non ispira sempre il regolamento contrattuale.

In altre parole, sussiste un disallineamento tra il piano della causa del contratto richiamato dalle Sezioni Unite e quello della risarcibilità del danno non patrimoniale nella misura in cui la sussunzione di uno specifico interesse nel significato pratico dell'operazione negoziale non comporti la tutela della lesione del medesimo interesse²⁵⁷.

Occorre da ultimo rilevare un ulteriore profilo di ambiguità nel richiamo delle Sezioni Unite alla causa concreta, ossia al fatto che questa sembra risolversi nel mezzo attraverso il quale il giudice indaga il contenuto del contratto non già (*rectius*, non soltanto) per ricostruire l'effettiva volontà delle parti, quanto per verificare la corrispondenza di tale volontà alle condizioni di risarcibilità del danno non patrimoniale individuate dalla giurisprudenza di legittimità. In ultima analisi, il giudice integra il regolamento contrattuale – dove le parti avevano magari inteso dare rilevanza a determinati interessi non patrimoniali, come nel caso del servizio fotografico citato poc'anzi per immortalare il matrimonio – con il filtro di risarcibilità previsto per l'art. 2059 c.c. che prevale sul regolamento predisposto dai contraenti. Anche questa sembra una discutibile conseguenza dell'appiattimento del danno non patrimoniale da inadempimento su regole predisposte per la responsabilità aquiliana, dove non c'è nessuna volontà negoziale di cui tenere conto.

Alla luce di quanto sinora emerso, sono doverose alcune precisazioni.

²⁵⁷ Così anche F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale*, cit., 769: «il riscontro che il contratto mira a soddisfare anche interessi non patrimoniali, insomma, non risolve, di per sé, il problema della tutela risarcitoria degli stessi, né mette in luce se sussistano i presupposti, legali o convenzionali, della medesima».

La prima inerisce alla necessaria separazione, poc'anzi ricordata, tra individuazione dell'interesse non patrimoniale che ha determinato il sorgere dell'obbligazione e risarcibilità della lesione immateriale, disciplinata dalle condizioni individuate dalle Sezioni Unite del 2008.

Un secondo distinguo, anche questo già rilevato, ma che va ripreso alla luce di quanto detto sinora, sottolinea la differenza tra inadempimento di obbligazioni contrattuali e di fonte diversa per il differente rilievo, nelle prime, della volontà delle parti nella stesura e nell'orientamento del regolamento negoziale. In questo senso, è stato persino notato come il contratto non avrebbe bisogno di appoggiarsi alla Costituzione, potendo da sola la libertà delle parti precisarne il contenuto per ottenere la piena risarcibilità del danno morale²⁵⁸. Come si vedrà, dopo le Sezioni Unite del 2008 questo rilievo sembra condivisibile nella misura in cui le parti abbiano stipulato una clausola penale.

Infine, in ambito negoziale, una differenziazione ulteriore riguarda il caso in cui l'inesecuzione dell'obbligazione leda interessi non patrimoniali oppure diritti fondamentali del contraente. A tale proposito, ci si richiama a una condivisibile dottrina per la quale «il danno non patrimoniale da inadempimento deve ... inquadrarsi secondo due diverse prospettive: da un lato, il danno non patrimoniale concernente la violazione di diritti inviolabili, dall'altro lato, il danno relativo a ulteriori interessi non patrimoniali per i quali la giurisprudenza non riconosce il diritto al risarcimento del danno, ad eccezione dei casi espressamente previsti dalla legge»²⁵⁹.

In conclusione, nel silenzio delle parti la lesione dell'interesse non patrimoniale contrattuale colpito da inadempimento non sembra *per se* risarcibile, a meno di non rientrare in un caso di reato, in una normativa specifica o nella violazione di un diritto fondamentale²⁶⁰.

²⁵⁸ Cfr. C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle sezioni unite 11 novembre 2008*, n. 26972/3/4/5, Milano, 2009, 24.

²⁵⁹ La condivisibile analisi è di F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 48.

²⁶⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 205, che definisce «giuridicamente irrilevante» l'inadempimento lesivo di interessi non patrimoniali, sempreché che questi non coincidano con diritti costituzionalmente tutelati o con ipotesi di reato e «salvo che la sua risarcibilità non sia prevista dal contratto o da disposizioni normative». Valga tuttavia notare che in alcuni casi di previsione legislativa

Una ‘fuga’ dall’irrisarcibilità del danno non patrimoniale propriamente contrattuale sembra ciononostante possibile, ed è rappresentata dalla previsione di una clausola penale.

17. *Clausola penale e danno non patrimoniale da inadempimento: una fuga dal sistema di risarcibilità delle Sezioni Unite.*

Si è detto poc’anzi che non tutti gli interessi non patrimoniali che hanno determinato il regolamento contrattuale sono, se lesi, risarcibili, dovendosi superare in ogni caso il filtro di risarcibilità individuato nel 2008.

L’applicazione di tali condizioni finisce per depotenziare il danno non patrimoniale propriamente da inadempimento, trattato come ogni altra ipotesi di lesione immateriale, e per non riconoscere rilevanza agli interessi non patrimoniali che non raggiungono dignità di diritti fondamentali, la cui tutela è, evidentemente, autoesplicativa.

Il problema riguarda pertanto gli interessi di natura personale e/o affettiva oppure i cd. interessi idiosincratici²⁶¹ che, pur determinando l’*an*, le prestazioni o le modalità di esecuzione del regolamento contrattuale, nell’impossibilità di essere elevati a rango costituzionale non ricevono tutela, a meno che le parti non abbiano reso coercibile la loro lesione stipulando una clausola penale.

Il punto è scivoloso. Da un lato, aprendo in maniera più decisa al rilievo di interessi non patrimoniali propriamente contrattuali si correrebbe il rischio di liquidare anche pretese il cui (modesto) rilievo non giustificerebbe forse il riferimento all’art. 2059 c.c. Dall’altro, come già precisato, l’argomentazione adottata nel 2008 dalle Sezioni Unite non tiene conto delle peculiarità del danno non patrimoniale da inadempimento e, in punto di interessi di interessi non patrimoniali non attinenti a diritti

del danno non patrimoniale da inadempimento questa si giustifichi sul presupposto della tutela dei diritti fondamentali della parte contrattuale – come nel caso del contratto di lavoro di cui all’art. 2087 c.c. e del contratto di trasporto, *ex art.* 1681 c.c. – sicché si registra una sovrapposizione parziale tra i casi previsti dalla legge e quelli dipendenti dalla violazione dei diritti fondamentali della persona.

²⁶¹ Cfr. M.R. MARELLA, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 1999, 633 ss.; P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 1994, 84 ss.

fondamentali, è stato condivisibilmente notato come non abbiano inteso confrontarsi con il problema dei limiti dell'autonomia privata sul punto²⁶².

Muovendo proprio dal silenzio del Supremo Collegio, lo stesso può spiegarsi constatando che con la clausola penale l'irrisarcibilità dell'interesse non riconducibile a un diritto fondamentale potrebbe essere aggirata.

Non sembrano rinvenirsi, nel Codice, indicazioni in senso contrario al fatto che la clausola penale possa occuparsi di tali situazioni²⁶³; ironia della sorte, per l'appunto non trattando di diritti fondamentali, l'autonomia negoziale è qui sottoposta a ben pochi limiti. Nessun ostacolo potrebbe opporsi, per esempio, alla formulazione di una clausola penale che colpisca, in ipotesi, l'inadempimento di un complesso di musicisti nel caso di mancata esecuzione della canzone preferita degli sposi durante il ricevimento nuziale, oppure a presidio dell'impegno della prima ballerina della Scala di indossare un costume di scena bianco, e non di altri colori, per tutta la durata della performance.

Il sindacato del giudice sul punto si estende sull'ammontare – eventualmente eccessivo – della prestazione pecuniaria, ma non sul segmento contrattuale presidiato dalla pattuizione specifica, salvi naturalmente i limiti generali all'autonomia delle parti in materia contrattuale²⁶⁴. Nel caso poc'anzi ipotizzato, non potrebbe pertanto censurarsi alle parti di avere tutelato a mezzo di clausola penale l'interesse non patrimoniale (e di certo non costituzionalmente tutelato) al suonare una canzone precisa in un evento particolare, ma solo il *quantum* della somma.

Vero è che il giudicante potrebbe diminuire tale ammontare sino a renderlo addirittura irrisorio²⁶⁵; allo stesso tempo, non ogni clausola penale viene portata innanzi

²⁶² F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 50.

²⁶³ F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 49 ss. Più diffusamente sul tema, 307 ss.

²⁶⁴ Un limite all'autonomia privata ricordato espressamente dalle Sezioni Unite del 2008 coincide con la nullità delle pattuizioni di esonero da responsabilità *ex art.* 1229, co. 2, c.c. in caso di violazione dei diritti fondamentali: sul punto, cfr. F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 49, e letteratura ivi citata.

²⁶⁵ Con particolare chiarezza, v. R. PARDOLESI, *Inadempimento contrattuale*, cit., 99: «l'espedito di una liquidazione forfetaria anticipata, capace di dare consistenza a ciò che fa male anche se non si tocca, rischia di essere neutralizzato dal potere giudiziale di ridurne, anche d'ufficio, l'ammontare perché ritenuto eccessivo rispetto alla reale entità del pregiudizio; e se quest'ultimo sparisce dal monitor in

alla cognizione di un tribunale e, anche qualora il giudice riducesse di molto l'importo, si darebbe comunque il caso di un pagamento atto a risarcire la lesione di un interesse che, agli occhi dell'ordinamento, sarebbe stata irrilevante.

Torna l'attualità della precisazione di Rescigno sul fatto che la stipula di una clausola penale per presidiare l'adempimento di un'obbligazione rispondente a un interesse non patrimoniale del creditore non trasformi tale interesse in uno di carattere patrimoniale, ma rende, 'ben più riduttivamente', coercibile un impegno che di per sé non lo sarebbe stato²⁶⁶.

Il punto cruciale sta proprio nell'ultima parte della considerazione dell'autore, ossia l'irrilevanza giuridica di una lesione di un interesse non protetto dall'ordinamento che, con un atto di autonomia privata, diventa un danno risarcibile.

Il privato, tutt'altro che riduttivamente, col regolamento contrattuale non solo individua un nuovo caso di danno non patrimoniale risarcibile, ma, più significativamente, aggira il filtro di risarcibilità imposto dalle Sezioni Unite nel 2008 finendo per ottenere il ristoro della lesione di un interesse non patrimoniale che, di per sé, sarebbe stata irrilevante.

quanto ritenuto non sufficientemente serio - non si dia spazio al mero disagio! -, allora nemmeno la penale servirà all'uopo».

²⁶⁶ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 185.

IL *QUANTUM* DELLA PENA NELLA LIQUIDAZIONE DEL DANNO
NON PATRIMONIALE: PRINCIPALI CRITERI AFFLITTIVI

SOMMARIO. 1. I termini del problema della componente sanzionatoria della quantificazione del danno alla persona. 2. Giuristi continentali e riconoscimento di sentenze di condanna irroganti *punitive damages*: l'idea di sanzione come crittotipo europeo. 3. *Punitive damages* e ordinamento italiano: le condizioni di esercizio della responsabilità civile sanzionatoria. 4. Segue. Profili di criticità delle Sezioni Unite del 2017. 5. Gravità dell'illecito, quantificazione della condanna e polifunzionalità. 6. La rilevanza del contesto sociale a fini liquidativi tra general-deterrenza e l'interpretazione delle regole di responsabilità in modo sfavorevole al responsabile di condotte particolarmente riprovevoli. 7. Danno alla persona e arricchimento del responsabile. 8. Il diverso rilievo dell'azione dolosa o colposa nel *quantum* della condanna. 9. Segue. Responsabilità oggettiva e polifunzionalità. 10. La reiterazione dell'illecito. 11. Quantificazione dei danni da reato e mancata prevedibilità della decisione. 12. Segue. L'estinzione del reato tramite il risarcimento del danno nel nuovo art. 162 *ter* c.p. 13. Il limite della compensazione nel caso dell'illecito grave con danno futile: cenni all'illecito trattamento dei dati personali. 14. Condanna alla pubblicazione della sentenza nell'era di internet e 'riparazione' del danno. 15. Le funzioni della liquidazione del danno non patrimoniale alla persona partendo da alcune variabili problematiche.

1. *I termini del problema della componente sanzionatoria della quantificazione del danno alla persona.*

Si sostiene autorevolmente che dall'insuscettibilità di valutazione pecuniaria del dolore discende la natura punitiva, non risarcitoria, degli importi equitativamente determinati corrisposti alla vittima a titolo di riparazione della sofferenza patita¹.

Una lettura di questo tipo non è condivisibile in quanto fa coincidere la natura afflittiva di un rimedio giuridico con la liquidazione secondo equità, la quale, tuttavia,

¹ Da ultimo, A. PROTO PISANI, *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 568, il quale, riferendosi alla «mera sofferenza intima, interiore, non relazionale» non suscettibile di essere valutata in termini pecuniari «ipotesi, quest'ultima, mi sembra, in cui la corresponsione di somme di denaro alla persona che ha subito l'illecito, non ha funzione risarcitoria ma di pena pecuniaria *sui generis*, benché corrisposta non allo Stato o ad altro soggetto pubblico (o assimilabile), bensì al privato». V. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente nella responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 289.

non si fa sempre portavoce di un scopo sanzionatorio. Intimare al danneggiante di riparare al dolore provocato dall'illecito non concretizza, di per sé, un fine punitivo, ma risponde all'esigenza di ristorare integralmente il danno occorso; che la condanna al pagamento della *pecunia doloris* sia equitativa, non può essere altrimenti. A tale proposito, è stato correttamente affermato che la mera difficoltà di quantificazione del danno non patrimoniale non legittima di per sé l'abbandono della concezione indennitaria².

Tutte le variabili equitative consentono al giudicante una certa libertà nella determinazione del *quantum* del pregiudizio, ma la pena non sta nell'imprevedibilità della liquidazione equitativa quanto, propriamente, nella sua eccedenza rispetto al risarcimento³.

Una condanna sanzionatoria si ha, dunque, nei casi in cui l'importo irrogato venga calcolato tenendo conto di fattori che, esulando dal danno, parimenti si pongono fuori da una logica compensativa, oppure quando la somma irrogata sia palesemente sproporzionata rispetto al pregiudizio occorso.

La presente ricerca si concentra sulla liquidazione punitiva del danno non patrimoniale e, in particolare, su quali variabili aliene al pregiudizio – il dolo del trasgressore, la ripetizione dell'illecito, il contesto sociale nel quale si inserisce l'azione antiggiuridica etc. – concorrono a determinare liquidazioni di questo tipo.

Ci si potrebbe domandare il perché di una simile indagine, dato che le Sezioni Unite del 2017 hanno escluso che la ritenuta polifunzionalità «consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale,

² H. STOLL, *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *'Ius Privatum Gentium'. Festschrift für Max Rbeinstein*, II, herausgegeben von E. von Caemmerer, S. Mentschikoff und K. Zweigert, Tübingen, 1969, 571: «In der Tat ist eine pönale Reaktion des Zivilrechts nicht schon dann gerechtfertigt, wenn eine unerlaubte Handlung ihrem Unrechtskerne nach gewöhnlich nur solche Nachteile entstehen läßt, die nicht in Geld gemessen werden können. Schwierigkeiten bei der Erfassung des Schades berechtigen nicht zur Auswechslung des Wiedergutmachungsprinzips und zur Abkehr vom Entschädigungsgedanken. Eine wegen der Art des Schadens unvollkommene, aber doch an der Schwere des Schades orientierte Ausgleichs- oder Genugtuungsleistung ist somit eine angemessenere Unrechtsreaktion».

³ Per tutti, cfr. S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, 2013, Torino, 252: «la pena si scorge appunto nella eccedenza».

di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»⁴.

La ricerca si giustifica proprio perché i giudici di merito e di legittimità, al di là del *dictum* delle Sezioni Unite, fanno rientrare nel *quantum* dei danni non patrimoniali fattori estranei al pregiudizio occorso.

Dal momento che vacilla, in altre parole, «il principio ... dell'integralità del risarcimento del danno non patrimoniale nella sua paradossale ostinazione a trincerarsi attorno al precetto '*rien que le dommage*'»⁵, all'interprete è chiesto di non fermarsi alla generica allegazione per la quale l'imponderabilità della *pecunia doloris* è in sé afflittiva, ma di indagare le ragioni per le quali la giurisprudenza integri il paradigma risarcitorio nei casi di specie; come lo integri, ossia ricorrendo a quali variabili; analizzare i motivi specifici che sorreggono le singole variabili scelte, pur tra le molte che potrebbero esulare dal danno; infine, gli obiettivi di politica del diritto che le stesse sembrano perseguire e, più in generale, le funzioni del danno non patrimoniale.

Indici del fatto che il nodo del problema funzionale dell'art. 2059 c.c. risieda non nella difficoltà di quantificazione del pregiudizio immateriale, quanto nella liquidazione secondo fattori estranei al danno, possono evincersi dal diritto comparato, specie dai *punitive damages*, esempio paradigmatico di come la responsabilità civile possa servire un fine punitivo, dove l'attenzione si concentra sul trasgressore più che sul danno⁶. Anche la giurisprudenza domestica fornisce utili spunti di riflessione: nel negare che la responsabilità possa assolvere a «una funzione di *general-deterrence*, con ricadute pratico-applicative in punto di quantificazione della somma riparatoria», si individua una riprova del piegamento del risarcimento del danno verso fini afflittivi qualora quest'ultimo sia calcolato su indici al di «fuori dalla

⁴ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

⁵ F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 469.

⁶ Cfr. con particolare chiarezza R.C. MEURKENS, *Punitive Damages. The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer, 2014, 45 «punitive damages are more about the behaviour of the defendant than the damage of the plaintiff. The remedy is based on the idea of public policy rather than individual compensation».

lesione»⁷.

Per converso, non ogni condanna basata su variabili esulanti dal pregiudizio esprime automaticamente una logica punitiva⁸.

Si può, per esempio, dubitare del carattere afflittivo della condanna alla restituzione dei profitti realizzati per il tramite dell'illecito, specie a mente del generale divieto di arricchimento ingiustificato, principio fondamentale dell'ordinamento⁹. Una condanna sanzionatoria si contraddistingue, pertanto, per essere diretta al conseguimento di un fine preciso, raggiunto attraverso l'impiego di variabili di quantificazione che, oltre a esulare dal danno, imprimono altresì una direzione specifica alla liquidazione¹⁰, non restitutoria.

Certo desta stupore – forse persino qualche preoccupazione – il fatto che sia la giurisprudenza a correggere il paradigma risarcitorio con riferimento ai danni non patrimoniali. Tuttavia, ormai da diverso tempo il legislatore ha abdicato al governo di una materia problematica, ma profondamente politica come il pregiudizio immateriale che, a differenza del danno patrimoniale, richiede una specifica «valutazione sociale»¹¹ sia in punto di fattispecie risarcibili sia relativamente al modo

⁷ Trib. Milano 10 luglio 2015, n. 8537, in *Foro it.*, 2015, I, 2916.

⁸ Cfr. la condivisibile riflessione di H. BENTERT, *Das pönale Element - ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht? Zugleich ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Anerkennung US-amerikanischer „punitive-damages“ – Urteile*, Berlin, 1996, 4 s., il quale, rifiutando che «jede Zufügung eines (vermögensrechtlichen) Übels als „Strafe“ zu betrachten», afferma come «es muß also als erste Eingrenzung zumindest ein subjektives Moment hinzutreten: Un zum „Strafcharakter“ des von einem Privaten gegen einen anderen gerichteten Anspruchs zu kommen, muß die rechtliche Begründung dieses Anspruchs auf Zweckerwägungen beruhen, die gerade auf eine Schädigung des Schuldners zielen, wobei zur Prüfung analog die aus dem Strafrecht stammenden Erwägungen zum Zweck der Strafe herangezogen werden können ... Nach den relativen Theorien dient die Strafe vor allem der *Verhinderung* von Strafen („*punitur, ne peccetur*“), wobei ihre Funktion teilweise in der Generalprävention (Androhung und Vollzug gegenüber dem *Individuum* zur abschreckenden Einwirkung auf das Bewußtsein der *Allemeinbeit*), teilweise in der Spezialprävention (Einwirkung auf den individuellen Straftäter etwa durch besondere Gestaltung der Strafe oder der Strafvollzuge ...) gesehen wird».

⁹ Più nel dettaglio, v. cap. VI, § 7.

¹⁰ V. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 370, per la quale una funzione sanzionatoria potrebbe concretizzarsi nel diritto civile mediante la liquidazione equitativa del danno motivata da una «*ratio punitiva*».

¹¹ Per G. COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. impr.*, 1994, 870, danni patrimoniali e non patrimoniali si differenziano «non tanto e non solo sotto il profilo

in cui debbano essere risarcite e a che cosa debba essere considerato a fini liquidativi. È stato invero notato che nel danno non patrimoniale il diritto vivente talvolta arrivi prima del diritto vigente¹²: stante la duttilità del parametro equitativo e la brevità testuale dell'art. 2059 c.c., l'analisi del diritto vivente assume qui particolare rilevanza.

Non può poi tralasciarsi il mancato rilievo costituzionale del principio dell'integrale risarcimento del danno¹³ e, viceversa, l'importanza apicale della persona umana e della sua tutela nell'ordinamento¹⁴.

Si apre così, nel pieno rispetto della Carta costituzionale, uno spazio interpretativo per la correzione del paradigma risarcitorio quando quest'ultimo non tuteli in modo pieno ed effettivo la persona umana e richieda, pertanto, che la liquidazione tenga in conto di variabili diverse dal danno per un più efficace contrasto dei danni di cui si discute. Si pensi, per esempio, al licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza da parte del datore di lavoro che reputi più conveniente pagare i danni connessi al suo licenziamento piuttosto che tenere la dipendente e andare in contro a tutte le spese che, negli anni, si renderebbero necessarie nel caso di specie.

Siamo, però, al di fuori del risarcimento.

Il punto è delicato, ma in una materia a tratti sfuggente come la responsabilità civile è particolarmente importante tracciare linee concettuali quanto più possibili definite.

Le Sezioni Unite del 2017 non errano nel negare la natura afflittiva del risarcimento del danno non patrimoniale: appunto perché il risarcimento non ha altra

della valutazione economica ma anche sotto il profilo della valutazione sociale» in quanto la modalità di reazione «deve rispondere a una richiesta in tal senso proveniente dalla società che, in quanto l'accetta, legittima il giudizio di valore espresso in questo modo dall'ordinamento sul piano normativo».

¹² È di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 107 che nel danno non patrimoniale il 'diritto vivente' talvolta arrivi prima del 'diritto vigente'.

¹³ Cfr. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio dell'integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale* a cura di M. Bussani, Napoli, 2006, 67 ss.

¹⁴ Sia sufficiente il richiamo ai contributi di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 12 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 77 ss., 347 ss.; L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, IV, 1117 ss.; C. CASTRONOVO, *«Danno biologico» senza miti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 3 ss.

funzione se non quella di riparare il pregiudizio, tutto quanto da questo eccede è, propriamente, una pena. Va, infatti, rilevata l'erroneità dogmatica di espressioni come danno punitivo o risarcimento punitivo: «sebbene l'espressione risarcimento punitivo sia ormai entrata nel lessico giuridico, è dubbio che possa appropriatamente parlarsi di risarcimento in presenza di una sanzione afflittiva»¹⁵.

Nella cornice di un più generale ripensamento delle funzioni della responsabilità civile¹⁶, la partita non si gioca su fattispecie afflittive particolari, pure molto riprese in

¹⁵ C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustizia.civile.com*, 31 gennaio 2018.

¹⁶ Sulla polifunzionalità della responsabilità civile, senza pretesa di esaustività, v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 48 ss.; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 40 ss.; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 90 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 511 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 528 ss. sulla sanzione civile prevista dall'art. 2320 c.c.; P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1989, 886 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 115 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 9 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Le fonti delle obbligazioni*, 3, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 19 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 1998, 29; G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 131 ss.; ID., *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003, 289 ss.; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, in specie 862 ss.; ID., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro quarto del codice civile nel momento storico attuale. Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 534 ss.; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 502 ss.; *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, con particolare attenzione ai contributi di A. DI MAJO (*La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, 3 ss.), S. PATTI (*La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, 209 ss.), C. SCOGNAMIGLIO (*Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, 279 ss.), G. D'AMICO (*L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, 365 ss.); P.G. MONATERI - D. GIANTI - L. SILQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, specie 21; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 3 ss.; F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 221 ss.; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «danni punitivi»*, Napoli, 2017; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017; C.

questo filone di studi, come la lite temeraria, l'ingiuria depenalizzata, l'art.125 cod. propr. ind., delle quali le Sezioni Unite del 2017 hanno già riconosciuto il portato sanzionatorio, e pertanto non sembra particolarmente utile soffermarsi ulteriormente. Il fulcro della questione non cade neppure sulle funzioni della clausola penale, concordando integralmente con una dottrina che ha già precisato come non sia questo il campo di prova delle pene private¹⁷. Peraltro, figure di questo tipo sono inidonee, per la settorialità che le informa, a fondare un'argomentazione di carattere sistematico.

La ricerca si confronta infatti con l'istituto cardine del sistema della responsabilità civile, ossia con il risarcimento del danno, o, per meglio dire, con la liquidazione del danno non patrimoniale.

2. *Giuristi continentali e riconoscimento di sentenze di condanna irroganti punitive damages: l'idea di sanzione come crittotipo europeo.*

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile, all'attenzione degli interpreti da decenni, ha tratto nuova linfa dalle numerose e difficili questioni poste dal riconoscimento di sentenze irroganti *punitive damages* negli ordinamenti continentali¹⁸.

DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019. Fermamente contrari ad attribuire alla responsabilità civile qualsivoglia funzione ulteriore a quella strettamente compensativa, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 340 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, 556 s., per il quale: «occorre ribadire che la funzione punitiva è estranea al diritto privato».

¹⁷ Cfr. per tutti F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 55, per il quale «non appare corretto attribuire eccessiva rilevanza al ruolo della clausola penale nel recente processo (o tentativo) di “riscoperta delle pene private”». Per citare solo una dottrina autorevole che esclude che la clausola penale possa configurarsi come pena privata, v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 33 s.

¹⁸ Sul profilo internazional-privatistico del riconoscimento di sentenze comminanti *punitive damages*, cfr. C. VANLEENHOVE, *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, Cambridge, 2016; M. GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016; L. MEURKENS - E. NORDIN (Edts.), *The Power of Punitive Damages: is Europe Missing Out?*, Cambridge, 2012; *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, edited by H. Koziol

La delibazione di pronunce di tal genere, lungi dal produrre conseguenze sul solo piano del diritto internazionale privato, presuppone una riflessione sullo stato della responsabilità civile del paese delibante e sulla contrarietà o meno all'ordine pubblico di misure sanzionatorie privatistiche¹⁹; un'ammissione certamente difficile per un

and V. Wilcox, Wien, 2009; M. LOPEZ DE GONZALO, 'Punitive damages' e ordine pubblico, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 77 ss.; L.L. SCHLUETER, *Punitive Damages*, New York, 2005; J.Y. GOTANDA, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, 2004, 391 ss.; Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a 'punitive damages'*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 977 ss.; A. SARAVALLE, I "punitive damages" nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 867 ss.

¹⁹ Cfr. C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss.; G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, 1195 ss.; M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 92 ss.; A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 1856 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1120 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a "punitive damages"*, in *judicium.it*, 11 luglio 2016; G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i 'punitive damages'*, in *juscivile*, 2017, 388 ss.; A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1407 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 3 ss.; A. CIATTI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. impr.*, 2017, 1 ss.; M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 289 ss.; M. DELLACASA, *'Punitive damages', risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.; M. GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *giustiziacivile.com*, 2017, 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *giustiziacivile.com*, 1° agosto 2017; M. TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a punitive damages*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2017, 535 ss.; P. PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1187 ss.; R. CARLEO, *'Punitive damages': dal 'common law' all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 259 ss.; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2594 ss.; ID., *Le definizioni della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504 ss.; M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 305 ss.; L.E. PERRIELLO, *Poli-funzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2018, 232 ss.; A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 317 ss.; E. GABRIELLI - A. FEDERICO, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 2274 ss.; G. PONZANELLI, *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, 2275 ss.; O. CLARIZIA, *Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 2018, 2277 ss.; F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 2292 ss.; S. CARABETTA, *I 'punitive damages'*

giurista continentale, il cui sistema di responsabilità civile si basa – almeno nominalmente – sul rifiuto della punizione, di esclusiva competenza del diritto penale²⁰.

Da queste premesse, ci si sarebbe attesi una condanna senza appello dell'istituto statunitense da parte degli ordinamenti di *civil law*. Invece, la radicale contrarietà all'ordine pubblico dei *punitive damages* veniva affermata solo dall'ordinamento italiano nel 2007²¹ con un orientamento prima confermato²², quindi, di fatto, smentito pochi

tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile, in *Giur. it.*, 2018, 2303 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276 ss.; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai 'punitive damages' ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289 ss.; A.M. BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in *I danni punitivi. Tavola rotonda 9 maggio 2018*, a cura di C. Cicero con introduzione di V. Cuffaro, Napoli, 2019, 16 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6 ss.; A. FITTANTE, *I danni punitivi tipici nella più recente giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 2019, 106 ss.; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, 89 ss.

²⁰ Cfr. in particolare la letteratura tedesca, tra cui, anche per la motivazione storica di un simile riparto di competenze, cfr. G. WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, in *ZeuP*, 2000, 203: «noch deutlicher als die *actio iniuriarum* ist das deutschrechtliche Schmerzensgeld (*pecunia doloris*) mit dem Strafrecht verquickt, denn als dessen Ursprung». Anche J. NEUNER, *Das Schmerzensgeld*, in *JuS*, 2013, specie 585, che si scaglia molto criticamente sulla strumentalizzazione del risarcimento del danno immateriale «als problematisch erweist sich jedoch auch hier wiederum die Instrumentalisierung des Schmerzensgelds als Strafersatz. Eine solche Zweckbestimmung des § 253 II gerät nicht nur in Widerspruch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 II GG, sondern entspricht vor allem auch nicht der Intention des Gesetzgebers. Hinzu kommt, dass der Schädiger entgegen Art. 103 III GG doppelt abgeschreckt und bestraft würde, einmal durch das Straf- und einmal durch das Zivilgericht, sofern man mit dem BGH richtigerweise eine Gesamtbetrachtung ablehnt».

²¹ V. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro It.*, 2007, I, 1460 ss., con commento di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, e in *Giur. it.*, 2008, I, 395 ss. con nota di A. GIUSSANI, *Resistenza al riconoscimento delle condanne al risarcimento dei 'punitive damages': antichi dogmi e nuove realtà*, in *Danno resp.*, 2007, 1125 ss., con commento di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1129 ss., con nota di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*.

²² Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno resp.*, 2012, 609 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, e in *Corr. giur.*, 2012, 1068 ss., con nota di R. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*. V. anche in tema di danno tanatologico, Cass. Sez. Un. 22 luglio 2015, n. 15350: «la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della fun-

anni dopo dal riconoscimento delle *astreintes* di diritto francese²³ e infine superato dalle Sezioni Unite del 2017, per le quali «non è ... ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi»²⁴.

Per quanto concerne le argomentazioni sostenute dagli altri giudici continentali, limitandoci a qualche osservazione su un tema di grande complessità che non può qui essere approfondito, i *punitive damages* non sono stati ritenuti *per se* incompatibili coi principali sistemi di responsabilità civile europei, che hanno individuato correttivi alla punizione, come il principio di proporzionalità, per razionalizzarne il portato afflittivo.

Partendo dal sistema giuridico francese, la *Cour de Cassation* nel caso *Fontaine Pajot*, deciso il 1° dicembre 2010, afferma che la delibazione di una sentenza estera irrogante *punitive damages* può essere accordata a condizione che l'ammontare liquidato non sia sproporzionato rispetto al pregiudizio prodottosi e alla gravità del comportamento del responsabile. L'istituto di diritto nordamericano non è, dunque, in sé stesso contrario all'ordine pubblico dell'ordinamento d'oltralpe, purché rispetti il principio di proporzionalità²⁵.

zione sanzionatoria e di deterrenza (v., tra le tante, Cass. n. 1704 del 1997, n. 3592 del 1997, n. 491 del 1999, n. 12253 del 2007, n. 6754/2011) e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria)». Per una riflessione sulla sentenza, cfr. M. GORGONI, *L'altalena qualificatoria del danno da morte: da Cass. n. 3475/1925 alle Sezioni Unite n. 15350/2015*, in *Danno resp.*, 2016, 224 ss.

²³ Il riferimento è a Cass. 15 aprile 2015, n.7613, in *Giur. it.*, 2016, I, 562 ss. con nota di A. MENDOLA, *'Astreinte' e danni punitivi* e in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899 ss. con nota di A. VECCHIARUTTI, *Le 'astreintes' sono compatibili con l'ordine pubblico italiano. E i 'punitive damages'?*.

²⁴ Più in dettaglio su Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, cfr. cap. VI, § 3-4.

²⁵ Più ampiamente sul caso *Fontaine Pajot*, cfr. O. BOSKOVIC, *Recognition and enforcement of punitive damages in France*, in *Punitive Damages and Private International Law*, cit., 158 ss. che precisa che per la *Cour de Cassation* nel caso *Fontaine Pajot* i *punitive damages* non sono *per se* contrari all'ordinamento francese «but they may be considered as such if the amount awarded is disproportionate to the damage actually sustained and to the seriousness of the breach of contractual obligations». Inoltre, v. H. GAUDEMET-TALLON, *De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 93 ss., per la quale «au vu de ces évolutions du droit interne, des prises de position du droit

In quest'ottica, il punto centrale della questione non riguarda la previsione legislativa più o meno dettagliata di un elenco di figure ultra-compensative né la più ampia tipicità delle ipotesi sanzionatorie, ma la proporzionalità della misura alla condotta reprimenda e il suo rapporto con la quantificazione del risarcimento compensativo. Tra l'altro, la vicenda portata all'attenzione della *Cour de Cassation* riguarda un'ipotesi di responsabilità contrattuale, dunque dell'ambito nel quale la funziona sanzionatoria è, tra tutti, meno in sintonia con la sensibilità dell'interprete continentale.

La decisione della Corte francese sembra riecheggiare, con le dovute accortezze, la precedente decisione del *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)* di Madrid che, con sentenza datata 13 novembre 2001, ammette per la prima volta nel continente la delibazione di una condanna nordamericana per *punitive damages* a condizione che la liquidazione irrogata rispetti il principio di proporzionalità²⁶. La posizione del *Tribunal Supremo*, pur in linea di continuità con quelle sostenute dai colleghi europei, si spinge sino ad ammettere la delibazione di sentenze marcatamente punitive purché giustificate a fronte di condotte intenzionali di speciale gravità²⁷.

communautaire, et enfin des travaux de la Conférence de La Haye, il devient impossible au juge national de dire que les punitive damages sont, par principe, contraire à l'ordre public du for (v. A. BUCHER, *La dimension sociale du Droit international privé. Cours général*, in *Rec. cours La Haye*, t. 341 (2009), n° 180). En revanche, ils ne doivent pas être excessifs, et c'est ce qu'énonce la Cour de cassation dans l'arrêt ci-dessus commenté en indiquant que les dommages-intérêts doivent être 'proportionnés'. V. anche F.-X. LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 423 ss.

²⁶ Dal testo della sentenza, reperibile <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e704a4276c163c6d/20060112>, si legge testualmente: «en cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista ... especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado as decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares».

²⁷ Sempre dalla pronuncia: «das anteriores consideraciones llevan a considerar que el pronunciamiento de la sentencia por reconocer relativo a la violación del derecho de propiedad intelectual de la cedente de la actora no resulta contrario al orden público, no obstante el marcado carácter sancionador y preventivo que presenta la condena indemnizatoria, surgida "ex lege" de la vulneración de aquellos derechos, y, por tanto, sin una finalidad estrictamente restitutoria y reparadora, para cuya fijación, en cambio, *se tuvo en cuenta la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad*» (nostra l'enfasi). La sentenza del massimo giudice spagnolo è, tra l'altro, particolarmente de-

Per quanto concerne il rifiuto del riconoscimento dei *punitive damages* opposto dal *Bundesgerichtshof* nel 1992²⁸, un'autorevole dottrina ha notato che la mancata delibazione di una sentenza irrogante *punitive damages* si reggesse sull'ammontare eccessivo della liquidazione, ma che l'autorità tedesca non avrebbe dato «una risposta negativa in linea di principio»²⁹.

Il *Bundesgerichtshof* censura il mancato rispetto della regola dell'equivalenza tra danno e risarcimento, strada percorsa anche dalla Corte di Cassazione italiana nel 2007³⁰, facendo tuttavia salvo il riconoscimento della sentenza estera per l'eventuale

gna di nota quanto più si richiami alla mente che l'istituto dei *punitive damages* nordamericani era stato considerato addirittura incompatibile con la Costituzione: sul punto, cfr. S. CARABETTA, *I 'punitive damages'*, cit., 2308.

²⁸ V. BGH 4 giugno 1992, in *NJW*, 1992, 3096 ss. Sulla pronuncia, cfr. A. SARAVALLE, *I "punitive damages" nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1993, 867 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Problemi di riconoscimento in Germania delle pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages*, in *Annuario di diritto tedesco (2005-2006)* a cura di S. Patti, Milano, 2008, 271 ss.; M. TESCARO, *I 'punitive damages' nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *St. iuris*, 2017, 317 ss.; ID., *I 'punitive damages' nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 27 novembre 2017. V. anche A. SARAVALLE, *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)* in *Giur. it.*, 2018, 2284; A. JANNSEN, *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contr. impr./Europa*, 2018, 43 ss.; F. FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronunzia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 276 ss., cui si rinvia per ampie indicazioni di letteratura. Inoltre, H. BUNGERT, *Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *The International Lawyer*, 1993, 27, 1075 ss.; P. MÜLLER, *Punitive Damages and deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, 2000, 15 ss.; U. MAGNUS, *Punitive Damages and German Law*, in *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?* edited by L. Meurkens and E. Nordin, Cambridge, 2012, 245 ss.

²⁹ Cfr. per tutti S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 213 s. Così anche F. FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi*, cit., 276 ss., e S. CARABETTA, *I 'punitive damages' tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, 2307. V. inoltre G. WEGEN - J. SHERER, *Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages*, in *International Legal Materials*, 1993, 32, 1322 «an essential principle of German law is the principle of commensurability/reasonableness, which when applied to a claim for damages, entitles the plaintiff to compensation for material and non-material damage suffered as the consequence of a tort».

³⁰ Cfr. ancora S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale*, cit., 214.

parte di liquidazione volta al risarcimento dei danni compensativi (sempre, naturalmente, che la pronuncia delibanda operi una distinzione di tal genere)³¹.

Peraltro, v'è stato chi ha motivato il rifiuto alla delibazione opposto dal *Bundesgerichtshof* anche con l'argomentazione per la quale la condanna per *punitive damages* avrebbe rappresentato una doppia punizione – con contestuale infrazione del principio del *ne bis in idem* – in quanto veniva irrogata per un caso di abusi sessuali su minore per il quale il responsabile aveva già scontato una pena detentiva, anche qui sostenendo che il giudice tedesco non avesse rifiutato *per se* la delibazione *dei punitive damages*³².

Sempre in punto di riconoscimento di pronunce straniere, la dottrina tedesca più recente non scompone in varie voci risarcitorie la condanna delibanda, valutando se l'importo complessivamente irrogato rispetti o meno il principio di proporzionalità³³.

In altre parole, il problema riguarderebbe le sentenze di condanna a un ammontare eccessivo e sproporzionato, non pronunce sanzionatorie *per se*, e tanto è provato dalla delibazione di una sentenza di condanna resa nell'ordinamento italiano *ex art. 96, co. 3, c.p.c.*³⁴, riconosciuta nel territorio tedesco sul presupposto che il

³¹ V. BGH 29 aprile 1999, in *IPRax*, 2001, 230 ss., pronuncia in cui l'attore, a fronte di una sentenza statunitense che condannava il soccombente al pagamento di \$ 2.000.000 (di cui la metà per *punitive damages*), ha chiesto la delibazione della sola porzione irrogante *compensatory damages*.

³² Cfr. J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht. Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer 'punitive damages'*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1937 s.

³³ P. GOTTWALD, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, in H. NAGEL-P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. 2020, Köln, nn. 12.192: «Entgegen dem BGH sollte nicht (allein) auf eine Aufgliederung der Schadensposten abgestellt, sondern die Gesamtsumme einer gewissen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen werden».

³⁴ Sul carattere sanzionatorio della norma, cfr. Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25177; Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 29 settembre 2016, n. 19298; Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 498 ss.; Cass. 19 aprile 2016, n. 7726; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3376; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22812, che l'ha espressamente definita come «una vera e propria sanzione processuale dell'abuso del processo perpetrato da una delle due parti». Cfr. F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 2292; M. D'ONOFRIO, *Danni punitivi e abuso del processo ex art. 96, co. 3, c.p.c.*, in *Dir. civ. cont.*, 2017; F.D. BUSNELLI - E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno resp.*, 2012, 585 ss.; G. ANDREA, *Il litigante temerario paga "in ogni caso". Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c. tra "abuso del processo" e "danni punitivi"*, in *Giur. it.*, 2012, 2114 ss.; A. CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzio-*

quantum irrogato, a differenza dei *punitive damages* nordamericani, non fosse sproporzionato³⁵. La Corte Suprema Tedesca avvicina la previsione del codice di procedura italiano ad alcune norme del proprio diritto nazionale, come il § 34, Abs. 2, BverfGG, che permette alla Corte Costituzionale Tedesca di condannare, in alcuni casi di ricorsi infondati, al pagamento di una sanzione pecuniaria di importo massimo pari a 2.600,00 euro. Tra le due normative sussiste, però, una differenza fondamentale, consistente nella liquidazione equitativa – e quindi non del tutto prevedibile né legislativamente predeterminabile³⁶ – della figura italiana, mentre per quella tedesca la legge impone un ammontare massimo.

La delibazione di una condanna per una fattispecie sanzionatoria fondata su una previsione legale, ma dal *quantum* indeterminato, è particolarmente rilevante a fronte di tali ultime considerazioni. Invero, fa coincidere il nodo fondamentale della responsabilità civile sanzionatoria non già con la previa base legale della misura

ne: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c., in *Fam. dir.*, 2011, 814 ss.; E. MORANO CINQUE, *L'abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2581 ss.; T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 55 ss. *Contra*, G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in www.judicium.it, 1 giugno 2010. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Verona ord. 21 marzo 2011, in T. DALLA MASSARA - M. VACCARI (a cura di), *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo "Valore Prassi" sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, Napoli, 2012, 70 ss., opera che cita il "Protocollo 'Valore Prassi' sugli artt. 91, 96 e 614 bis c.p.c." del Tribunale di Verona che si proponeva di fissare criteri per tale quantificazione.

³⁵ BGH 9. Zivilsenat, Beschluss vom 22. Juni 2017 in *juris.de*: «ebensowenig sei die Zahlungsverpflichtung gemäß Art 96 Abs. 3 CPC mit punitive damages nach US-amerikanischem Recht vergleichbar. Es gehe bei Art. 96 Abs. 3 CPC um konkrete Nachteile des Prozessgegners. Die Höhe des ausgerichteten Betrags sei nicht unverhältnismäßig». La Corte Suprema tedesca confermava pertanto la delibazione già accordata dal Landgerichts Hamburg vom 23.11.2015, Geschäfts-Nr. 327 O 381/15, di una condanna pari a 7.000,00 euro per lite temeraria a fronte di una controversia di valore complessivo pari a 30.000,00 euro.

³⁶ Proprio il carattere indeterminato della sanzione ha dato origine a diversi ricorsi alla Corte Costituzionale per asserita incompatibilità del terzo comma dell'art. 96 con gli artt. 25 Cost., correlato dagli artt. 23 e 24 Cost., sinora tutti respinti. V. da ultimo Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139, che ha avallato esplicitamente la specificazione giurisprudenziale del *quantum* della previsione sanzionatoria: «il legislatore, esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella conformazione degli istituti processuali ..., ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente ... può specificare ... il precetto legale».

richiesta dalle Sezioni Unite del 2017 secondo uno schema para-penalistico nel quale a ciascuna figura si attribuisce una sanzione perfettamente prevedibile *ex ante*, ma con il rispetto fondamentale del principio di proporzionalità.

La posizione di non aprioristica chiusura al riconoscimento dei cd. danni punitivi, ma più in generale, delle misure sanzionatorie di diritto civile tenuta della giurisprudenza tedesca è, a livello continentale, probabilmente la più significativa a mente della rigorosa distinzione dogmatica tra diritto civile e penale in uso nell'ordinamento estero, con ascrizione solo a quest'ultimo della potestà punitiva³⁷. A una giurisprudenza condivisibile fa da contraltare un vivace dibattito accademico, nel quale si individuano interpreti che ripensano criticamente il rifiuto di istanze sanzionatorie di diritto privato partendo soprattutto dalla lesione ai diritti fondamentali della persona³⁸.

³⁷ Lo precisava chiaramente il *Bundesgerichtshof* BGH 4 giugno 1992 trattando della delibazione di una condanna per *punitive damages* nordamericani «hingegen fallen Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung - also dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen - dienen, nach deutscher Auffassung grundsätzlich unter das Strafmonopol des Staates». D'altra parte, H. MCGREGOR, *Personal Injury and Death* in *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, in *brill.com.*, 1972, significativamente sull'origine del controverso istituto nordamericano: «originating probably out of a failure to distinguish clearly between crime and tort».

³⁸ Fondamentali sono ancora le riflessioni di B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main - Berlin, 1961 e v. H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachten für den 45. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1964, I, specie 149 ss., contributo nel quale lo studioso distingue tre funzioni nella liquidazione del danno non patrimoniale: accanto alla compensazione, l'autore dedica particolare attenzione alla soddisfazione della vittima (*die Genugtuung*, 149 ss.) e alla punizione (*die Strafe*, 156 ss.). Più di recente, H. BENTERT, *Das pönale Element*, cit.; J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, cit., 1935 ss.; H. LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - Bruxelles - New York - Oxford - Wien, 2000; nello stesso anno, P. MÜLLER, *Punitive Damages and deutsches Schadensersatzrecht*, cit.; I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Vor der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, 2004; V. BEHR, *Strafschadensersatz im deutschen Recht - Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2010, 292 ss. Relativamente alla tutela della persona nell'ordinamento tedesco, occorre richiamare il *leading-case* Caroline von Monaco I, 15 novembre 1994, BGHZ 128, 1, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 861, nel quale il *Bundesgerichtshof* ha distinto i pregiudizi immateriali dalla protezione costituzionale accordata ai diritti della personalità dagli artt. 1 e 2 (1) della Legge fondamentale (*Grundgesetz*): è solo nella lesione di questi ultimi che la liquidazione può farsi carico di una finalità preventiva e satisfattiva (*Genugtuung*). V. anche J. KÖNDGEN, *Immateriellschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als*

In altre parole, i paesi europei che si confrontano con la liquidazione di ipotesi sanzionatorie ritengono imprescindibile il rispetto del principio di proporzionalità, ben più che, come invece hanno ritenuto le Sezioni Unite del 2017, il riscontro di un catalogo positivo di figure punitive che, quand'anche sussistente, non sarebbe comunque risolutivo dal momento che l'ammontare liquidato dovrebbe in ogni caso superare il vaglio del principio di proporzionalità sia in rapporto alla quantificazione dei danni compensativi sia con riferimento alla gravità della condotta ascritta al responsabile.

L'ambigua – ma proprio per questo interessante – posizione dei giudici europei che formalmente attribuisce al diritto penale l'esercizio della punizione, ma non esclude in radice la compatibilità con i rispettivi ordinamenti di sentenze irroganti *punitive damages* spinge l'interprete a chiedersi se l'idea di sanzione che permea la responsabilità civile non possa leggersi come uno dei crittotipi del diritto privato, anche europeo³⁹, qualcosa di 'sotterraneo' che permea le regole di responsabilità, ma non trova spesso un'esplicita affermazione, piuttosto annidandosi nell'indeterminatezza della finalità 'satisfattiva' perseguita a mezzo del risarcimento del danno grave alla persona.

3. Punitive damages e ordinamento italiano: le condizioni di esercizio della responsabilità civile sanzionatoria.

Era il 1983 quando una dottrina attenta al tema della polifunzionalità affermava che i compiti della responsabilità civile dovevano ritenersi estesi a «punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il calcolo dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, collocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive e i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana»⁴⁰. Compiti davvero numerosi e, forse, parzialmente

Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, in *RabelsZ*, 1992, 696 ss., con specifico riferimento all'ambito contrattuale.

³⁹ La nota espressione è di R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, 39, per il quale: «quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e anche volendo non saprebbe formulare)».

⁴⁰ Cfr. C. SALVI, *Il paradosso*, cit., 128.

confliggenti tra loro, tanto che lo stesso autore, poche righe dopo, scriveva che questi «sono ... troppo numerosi e contraddittori, non solo per il titolo IX del libro IV, ma per qualunque sistema positivo. L'idea della riparazione della vittima del danno rimane così sommersa da una sovrabbondanza schizofrenica di fini e di obiettivi, che impedisce di collegare l'esplosione della responsabilità civile ad una motivazione unitaria, e dunque ad unitari principi operativi»⁴¹.

Per lungo tempo, l'unica funzione attribuita alla responsabilità civile nell'ordinamento italiano è stata quella compensativa, tanto da generare un contrasto con l'ordine pubblico interno la delibazione di sentenze nordamericane comminanti danni punitivi, secondo quanto stabiliva la Corte di Cassazione nel 2007⁴². Il primo riconoscimento del carattere polifunzionale della responsabilità civile proveniva, dieci anni dopo, dalle Sezioni Unite nel 2017⁴³.

⁴¹ Cfr. C. SALVI, *Il paradosso*, cit., 128.

⁴² Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183. Particolarmente critico sulla tenuta del parametro dell'ordine pubblico interno, già prima di Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, è E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1474 ss. In punto di ordine pubblico e giudizio di delibazione, cfr. anche M. DELLACASA, *'Punitive damages'*, cit., 1167 ss., e A. LAMORGESE, *Luci e ombre*, cit., 317 ss.

⁴³ Su Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cfr. A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1792 ss.; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018; C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti compensativi o comunque sopra-compensativi, se in regola con il nostro principio di tipicità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss.; G. PONZANELLI, *Polifunzionalità della responsabilità civile tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Foro it.*, 2017, I, 435 ss.; ID., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1413 ss.; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 437 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1109 ss.; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1392 ss.; M. TESCARO, *Il revirement "moderato" sui 'punitive damages'*, in *Contr. impr./Eur.*, 2017, 53 ss.; M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno resp.*, 2017, 421 ss.; C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile.it*, 2017, 608 ss.; F. FERRARI, *Sul riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1362 ss.; *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, a cura di D. Cerini, R. Caminiti, P. Mariotti e A. Pisani, Santangelo di Romagna, 2018; *I danni punitivi. Tavola rotonda Cagliari 9 maggio 2018*, a cura di C. Cicero, introduzione di V. Cuffaro, Napoli, 2019. I primissimi commenti

Il caso portato all'attenzione del Supremo Collegio nel 2017 trae origine dall'istanza di delibazione di una sentenza nordamericana rivolta alla Corte d'Appello di Venezia che, ritenendo sulla base di svariati fattori – tra i quali l'importo milionario liquidato al danneggiato – di trovarsi di fronte a un'ipotesi di *punitive damages*, a mente del *decisum* del 2007 adisce il Supremo Collegio.

La Prima sezione della Corte di Cassazione, ritenendo di particolare rilevanza il nodo, sotteso al riconoscimento della pronuncia estera, delle funzioni della responsabilità civile, ne rimette la decisione alle Sezioni Unite con un'ordinanza che, per la prima volta, mette esplicitamente in discussione l'estraneità di logiche sanzionatorie all'ordinamento italiano⁴⁴.

Investite della questione, le Sezioni Unite del 2017 affermano che devono ritenersi interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile per rispondere a «un'esigenza di effettività ... della tutela che in molti casi ... resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale». Pertanto, i *punitive damages* non sono ontologicamente incompatibili con l'ordinamento domestico, purché rispettino le medesime condizioni che sono tenute a soddisfare le ipotesi sanzionatorie accolte dalla legislazione nazionale, ossia il principio di legalità e di proporzionalità.

Le Sezioni Unite sostengono, invero, che «ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'articolo

erano stati quelli di A. ZOPPINI, *Una tappa che ridefinisce i confini del danno*, in *ilsole24ore.com*, 6 luglio 2017; G. NEGRI, *Dalla Cassazione via libera ai risarcimenti dei “danni punitivi”, come negli Usa*, in *ilsole24ore.com*, 6 luglio 2017; G. ALPA, *Occorre valutare bene anche le conseguenze economiche*, in *ilsole24ore.com*, 7 luglio 2017; G. PONZANELLI, *Dalle Sezioni Unite solo uno spiraglio per i danni punitivi*, in *ilsole24ore.com*, 14 luglio 2017.

⁴⁴ Su Cass. ord. 16 maggio 2016, n. 9978, e il dibattito da questa rinfocolato si segnalano, tra le molte, le riflessioni di A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017; L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017; C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *giustiziacivile.com*, 7 marzo 2017; ID., *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2016, 909 ss.; P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 827 ss.; G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno resp.*, 2016, 838 ss.; M. GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.

23 Cost., (correlato agli articoli 24 e 25)⁴⁵, che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario»⁴⁶. In altre parole, la base legale dell'ipotesi sanzionatoria deve garantire sia la prevedibilità del trattamento retributivo sia il contenuto sostanziale della fattispecie⁴⁷.

Oltre che sugli artt. 23-25 Cost., il Supremo Collegio fonda le anzidette esigenze garantiste a livello sovranazionale sugli artt. 7 della Convenzione Europea sulla salva-

⁴⁵ L'individuazione tipica delle fattispecie sanzionatorie trova fondamento costituzionale «in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario». Anche per Cass. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100, in tema di responsabilità degli amministratori, si richiamava all'art. 25 Cost., comma 2, e all'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali». Sulla necessaria tipicità dell'illecito civile sanzionatorio, cfr. A. FITTANTE, *I danni punitivi tipici*, cit., 106: «l'illecito aquiliano è atipico, ma non quando assolve una funzione sanzionatoria». Particolarmente critico sulla ritenuta necessità dell'individuazione tipica delle fattispecie sanzionatorie è A. LAMORGESE, *Luci e ombre*, cit., 325, secondo il quale, una volta riconosciuta la polifunzionalità della responsabilità civile italiana, «non è chiaro perché occorra un'altra disposizione di legge per rendere operativa in concreto la funzione sanzionatoria-punitiva. Se tale funzione è interna al sistema della responsabilità civile, dovrebbero bastare le relative disposizioni del codice civile, altrimenti significa che quella funzione è estranea al sistema: *tertium non datur*». Critico sulla necessità di un'intermediazione legislativa, stante la previsione di cui all'art. 2059 c.c., anche A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando*, cit., 237. Invece, E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, cit., 772, nota che qualora si consentisse a chiunque il potere di prevedere ed infliggere sanzioni di natura patrimoniale in reazione al torto patito, «si cadrebbe nell'arbitrio più assoluto, in aperta violazione del principio, garantito da noi anche a livello costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.), della legalità delle pene». Sul richiamo all'art. 23 Cost., riflette A. DI MAJO, *Principio di legalità*, cit., 1793, che l'esigenza di tipicità «trova la sua base non tanto nel principio recato dalla norma costituzionale (art. 23) ... bensì nel principio, sia pure inespresso ma consustanziale al sistema e ai valori dell'ordinamento, secondo cui ogni misura o rimedio a carattere *lato sensu* afflittivo ha bisogno di appoggiarsi ad una fonte convenzionale o legale». Più precisamente (nt. 5), l'autore nota che il legislatore costituente ha avvertito il bisogno di riaffermare il principio di tipicità della sanzione con riguardo al diritto penale, mutuando l'inserimento della garanzia di cui all'art. 25, comma 2, Cost., dall'art. 1 c.p., ma si chiede se una simile previsione valga anche nel campo del diritto privato, pur riconoscendo «l'esigenza che la sanzione abbia un autonomo fondamento normativo rispetto al precetto violato». Cfr. anche, ID., *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 66 ss.

⁴⁶ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, sulla quale cfr. cap. VI, § 3-4.

⁴⁷ Dal testo della sentenza: «il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi».

guardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti anche solo CEDU) e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Le «regole operazionali»⁴⁸ individuate dalle Sezioni Unite per disciplinare la potestà sanzionatoria nel diritto civile, più che aprire ai *punitive damages* riconoscendone la compatibilità con l'ordinamento italiano, in realtà pongono limitazioni al loro ingresso antitetico, prima ancora che all'attitudine punitiva di cui tale figura ha dato svariate manifestazioni, alla struttura dell'istituto.

Ex multis, un nodo problematico probabilmente insormontabile può individuarsi nel meccanismo del *trial by jury*⁴⁹, sul quale peraltro la stessa dottrina nordamericana nutre qualche perplessità⁵⁰, che rende difficilmente prevedibile la condanna. Senza approfondire la questione, si può rilevare come l'istituto statunitense sfugga ancora, anche dopo i diversi tentativi di contenimento operati dalla Corte Suprema America-

⁴⁸ L'espressione è di A. DI MAJO, *Principio di legalità*, cit., 1793. Nota A. SARAVALLE, *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)*, cit., 2286, che la pronuncia resa a Sezioni Unite nel 2017 «si inserisce ... in un ampio movimento, a livello continentale, che ormai prevalentemente considera ammissibile a certe condizioni il riconoscimento delle sentenze di condanna ai *punitive damages*» (il corsivo è dell'autore). Risponde, insomma, a una tendenza europea quella di muovere verso forme di responsabilità sanzionatoria in cui l'afflato ultra-compensativo venga variamente irregimentato, sicché non si può più sostenere che l'istituto dei *punitive damages* sia *tout court* incompatibile con gli ordinamenti europei, non più unicamente compensativi.

⁴⁹ Criticità già rilevate, *inter alius*, da A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., 1408 s., che nota l'incompatibilità del *trial by jury* con tale apparato di garanzie; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla 'law of torts' all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 108 ss., cui si rimanda per ampie indicazioni bibliografiche; EAD., *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, 1131, ancora sul problema rappresentato dalle giurie popolari; V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *juscivile.it*, 2017, 700, per il quale «questa sentenza piuttosto "chiude" ai danni punitivi nel nostro sistema»; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'*, cit., 1397, riflettendo sulle condizioni poste dalla Suprema Corte all'ingresso dei *punitive damages* nell'ordinamento italiano, parla di «incertezza tecnica circa l'operatività dell'istituto straniero»; A.M. BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in *I danni punitivi. Tavola rotonda 9 maggio 2018*, a cura di C. Cicero con introduzione di V. Cuffaro, Napoli, 2019, 17 s.

⁵⁰ V. P. MOGIN, *Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages*, in *The University of Chicago Law Review*, 1998, 65, 179 ss.

na specie tra gli anni Novanta e Duemila⁵¹, a una prevedibile limitazione *ex ante* dell'importo della liquidazione nel senso indicato dalle Sezioni Unite del 2017⁵².

Inoltre, quella in esame rimane una figura in molti casi prettamente giurisprudenziale, per la quale anche il requisito della base legale della fattispecie sanzionatoria potrebbe rivelarsi difficile da rispettare. Non a caso, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite non reca menzione del problema della necessaria previsione normativa dei *punitive damages* ai fini della loro delibazione.

⁵¹ È imprescindibile il richiamo, per quanto sintetico, ai casi giurisprudenziali *BMW of North America v. Gore*, datato 1996, nel quale la Corte Suprema riteneva *grossly excessive* una condanna per *punitive damages* pari a \$ 2.000.000,00, a fronte di un danno compensativo di \$ 4.000; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell*, deciso nel 2003, in cui in punto di relazione tra danni punitivi e compensativi, era stato stabilito limite del decuplo per i primi, pena la violazione della clausola del *due process of law.*; *Philip Morris USA v. Williams*, del 2007, in cui era stato ritenuto contrario alla Costituzione statunitense un risarcimento con un rapporto di circa 100 a 1 tra *punitive damages* e danno compensativo; *Exxon Shipping Co. v. Baker*, del 2008, in cui era stato individuato il rapporto di 1 a 1, anche se parte della dottrina ritiene che tale pronuncia si riferisca alla *maritime tort law*, dunque a un ambito circoscritto. I *leading cases* citati e la loro particolare attenzione al metodo di calcolo dei *punitive damages* ivi contenuta hanno scatenato il dibattito tra gli interpreti americani. A tale proposito, si rimanda ai significativi contributi di S. SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *85 Colum. L. Rev.*, 1985, 1232 ss.; D.D. HADDOCK - F.S. MCCHESENEY - M. SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in *78 Calif. L. Rev.*, 1990, 1 ss.; A. M. POLINSKY - S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, 870 ss.; C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *113 Yale L. J.*, 2003, 347 ss. Per quanto riguarda la dottrina italiana che si è occupata più nel dettaglio del polimorfismo dei *punitive damages*, specie nordamericani, si rimanda all'analisi compiuta sul punto da F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., 2008, 28 ss. Cfr. anche C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss. e al contributo, capofila di numerosi studi che si sarebbero succeduti in materia, di G. PONZANELLI, *I 'punitive damages' nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss., con particolare attenzione all'origine, alla funzione e alla disciplina dei *punitive damages* nordamericani. V. anche ID., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss.

⁵² A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., 1409, riflette sugli interventi di razionalizzazione della Corte Suprema Americana, notando come la stessa possa intervenire solo quando ravvisi profili di contrasto con la Costituzione federale e, dunque, rimangano in una posizione di assoluta preminenza le Corti statali e le giurie. Lo stesso anno del caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell*, in *Mathias v. Accor Economy Lodging* – che aveva visto due fratelli alloggiare in un motel e lì essere morsi ripetutamente da cimici – venne liquidato un risarcimento punitivo il cui rapporto con i danni compensativi era pari a 37,2, scelta giustificata dalla Corte territoriale con l'esigenza di deterrenza di un comportamento grave e coscientemente teso all'ottenimento di un profitto.

L'intermediazione legislativa rappresenta un aspetto centrale nell'argomentazione delle Sezioni Unite, per le quali «il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve ... corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi», presentando così tipicità e prevedibilità come corollari del principio di legalità⁵³.

Per 'base normativa', la Suprema Corte precisava di intendere «una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia»⁵⁴, ma, in modo piuttosto opaco, non chiarisce se ciò equivalga a escludere le regole di creazione pretoria e, soprattutto, il precedente giurisprudenziale, che nei paesi di *common law* può avere valore di legge. Alla scarsa chiarezza del punto contribuisce il riferimento all'art. 7 CEDU: il principio di legalità europea, contrariamente all'art. 25 co. 2 Cost., comprende anche le *regulae juris* giurisprudenziali⁵⁵.

Il cerchio è chiuso dal richiamo al rispetto del principio di proporzionalità «tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata»⁵⁶. Il riferimento è, però, talmente breviloquente da venire dimen-

⁵³ V. ROPPO, *La responsabilità civile*, cit., 701, individua la tipicità come «“precisa perimetrazione delle fattispecie” di danni punitivi accordabili»; la prevedibilità coincide invece con la «“puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne”»; e, infine, ravvisa la proporzionalità «nel senso di una equilibrata correlazione del risarcimento punitivo sia con la misura del “risarcimento riparatorio-compensativo” sia con “la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione”» (i corsivi sono dell'autore). Anche C. CICERO, *Il perimetro*, cit., 58, ritiene che i requisiti cui debbono sottostare tutti i risarcimenti sanzionatori nell'ordinamento italiano si possano enucleare nei principi di legalità, proporzionalità e prevedibilità. Per l'autore, la prevedibilità della sanzione si risolve nell'esigenza che l'autore dell'illecito sia in grado di conoscere, *ex ante* rispetto all'infrazione, i limiti quantitativi della sanzione che gli verrà irrogata.

⁵⁴ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

⁵⁵ Ampiamente sul punto, v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss.

⁵⁶ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «la proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è ... uno dei cardini della materia della responsabilità civile». Sia V. ROPPO, *La responsabilità civile*, cit., 701 sia C. CICERO, *Il perimetro*, cit., 58, rapportano la proporzionalità della somma liquidata alla riprovevolezza del comportamento tenuto e alla componente compensativa del risarcimento. Critico su come le Sezioni Unite si richiamano al principio di proporzionalità è A. DI MAJO, *Principio di legalità*, cit., 1794: «lo stesso principio di “proporzionalità” così richiamato dalle Sezioni Unite, se adeguato per

ticato dalla giurisprudenza successiva, la quale si limita a valutare se un'ipotesi sanzionatoria sia o meno provvista di copertura normativa⁵⁷

Venendo al diritto interno, occorre precisare preliminarmente che le Sezioni Unite del 2017 si occupano di diritto internazionale privato, dunque di un ambito nel quale gli istituti considerati non sempre trovano perfetta corrispondenza nel diritto del paese che si rapporta con la fattispecie estera, e, pertanto, si deve prestare particolare cautela a riferire all'ordinamento italiano quanto stabilito nella pronuncia. A tale proposito, è stato condivisibilmente precisato che delibare una condanna per *punitive damages* non equivale ad affermare la sussistenza di un'identica figura nel paese delibante⁵⁸.

L'inclusione della sentenza del 2017 in una trattazione che non intende occuparsi di diritto internazionale privato si giustifica in quanto il fondamento legale delle ipotesi sanzionatorie viene espressamente riferito al diritto nazionale dal Supremo Collegio nel precisare che nessuna sanzione può essere irrogata dal giudice italiano in difetto di una specifica previsione normativa⁵⁹.

il *quantum* del risarcimento, rischia di esserlo meno, ove non si stabilisca a quale aspetto del fatto illecito esso debba fare riferimento, se al comportamento o al danno provocato».

⁵⁷ Così Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 796 ss., precisa che «delibare una sentenza di 'danni punitivi' non significa affermare che essi debbano ritenersi inclusi oramai nel modello risarcitorio del nostro ordinamento». V. tuttavia A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità*, cit., 1793, il quale, nel riflettere sulle 'regole operazionali' individuate dalle Sezioni Unite del 2017 in tema di risarcimenti punitivi specie in punto di principio di legalità e di proporzionalità, nota che «se il messaggio è, come si è detto, rivolto al diritto straniero, esso logicamente non potrà non essere ricevuto anche dal nostro diritto interno».

⁵⁹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «così come (cfr § 5.2) si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera. Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi». L'esigenza di intermediazione normativa viene riferita all'ordinamento italiano dalla stessa sentenza anche in un altro passaggio: «ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost.

L'effettiva riprova delle ricadute sul diritto interno della pronuncia più volte richiamata proviene dall'accoglimento di tali considerazioni da parte della più recente giurisprudenza di legittimità, che, tuttavia, abbandona il riferimento agli artt. 24 e 25 Cost. per conservare il solo art. 23 Cost.⁶⁰, talvolta richiamandosi in modo espresso alle Sezioni Unite del 2017 in punto di intermediazione legislativa delle ipotesi sanzionatorie di diritto domestico⁶¹, talaltra prescindendo dal richiamo giurisprudenziale, ma ribadendone i contenuti e in particolare l'esigenza che l'esercizio della potestà sanzionatoria debba poggiare su un fondamento normativo⁶².

4. *Segue. Profili di criticità delle Sezioni Unite del 2017.*

Dall'affermazione che il diritto privato possa sanzionare discende il problema di capire in che termini ciò possa accadere, in che occasioni e con quali conseguenze⁶³.

(correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

⁶⁰ Cfr. Cass. 24 aprile 2019, n. 11203, in materia di danni da occupazione illegittima di un immobile, che richiama espressamente le Sezioni Unite del 2017 e l'art. 23 Cost.: «nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente “*in re ipsa*”, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.». V. anche, più di recente, ma nello stesso senso, Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434.

⁶¹ Si richiamano alle Sezioni Unite del 2017 Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434.

⁶² Cass. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100; Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434.

⁶³ Per tutti, E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 772, nota che qualora si consentisse a chiunque il potere di prevedere ed infliggere sanzioni di natura patrimoniale in reazione al torto patito, «si cadrebbe nell'arbitrio più assoluto, in aperta violazione del principio, garantito da noi anche a livello costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.), della legalità delle pene».

A tale proposito, le Sezioni Unite del 2017 hanno affermato che al giudice italiano non è consentito esercitare una potestà punitiva in difetto di una base legale che garantisca la tipicità sostanziale della figura e la prevedibilità della sanzione, oltre al principio di proporzionalità⁶⁴.

La tesi sopra esposta mostra diversi profili di criticità.

Occorre preliminarmente rilevare quello che sembra essere un errore metodologico che vizia l'intera argomentazione. Al giudice della delibazione l'art. 64 l.n. 218/1995 rimette il compito di valutare che gli effetti dell'atto estero non siano incompatibili con l'ordine pubblico del paese delibante⁶⁵, ma altra cosa è l'imposizione di condizioni ulteriori, come quelle poste dalle Sezioni Unite, di dubbio rilievo quanto al parametro dell'ordine pubblico per il semplice motivo che dette condizioni non sono rispettate neppure dalle previsioni nazionali.

Per esempio, sembra opinabile che la prevedibilità dell'ammontare di una sanzione civile richiesta nel 2017 risponda effettivamente ai principi fondamentali dell'ordinamento a fronte di condanne afflittive rese secondo equità, come quella di cui all'art. 96 co. 3 c.p.c.; dipendenti da ogni altra circostanza utile, secondo lettera dell'art. 614 *bis* c.p.c.; e pene pecuniarie equitative, *ex* art. 8 ult. co. l.n. 24/2017 (cd. Gelli-Bianco).

A complicare ulteriormente il quadro interviene la Consulta che, affermando ancora una volta la legittimità costituzionale della liquidazione equitativa dell'art. 96, co. 3, c.p.c., avalla l'attività di specificazione giurisprudenziale del *quantum* della condanna sanzionatoria, che la norma di legge determina equitativamente⁶⁶. In altre parole, è

⁶⁴ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «così come (cfr § 5.2) si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera. Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi».

⁶⁵ Per tutti sul procedimento di riconoscimento di sentenze estere, cfr. T. BALLARINO – E. BALLARINO – I. PRETELLI, *Diritto internazionale privato italiano*⁸, Milano Fiori Assago, 2016, 113 ss. Sull'ordine pubblico, 109 ss.

⁶⁶ Cfr. Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139: «il legislatore, esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella conformazione degli istituti processuali ..., ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente ... può specificare ... il precetto legale».

costituzionalmente legittimo che la previsione normativa non individui un ammontare prevedibile: nel caso della lite temeraria, la giurisprudenza ormai da diverso tempo effettivamente parametrà l'importo della sanzione alle tariffe forensi, ma per altre ipotesi di condanne equitative – per esempio, quella di cui all'art. 8 ult. co. l.n. 24/2017 – l'argomentazione della Corte Costituzionale è più insidiosa, in quanto si muove nel terreno dell'equità pura, dove non ci sono tariffe forensi a cui richiamarsi.

Le Sezioni Unite del 2017, come si diceva poc'anzi, non chiariscono se con «una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia» si intendono anche i precedenti giurisprudenziali, che nei paesi di *common law* possono avere valore di legge.

Delle due, l'una: o i concetti di prevedibilità, tipicità e base legale vengono estesi sino a ricomprendere le regole di formazione giurisprudenziale che, per esempio, tendenzialmente circoscrivono la liquidazione della lite temeraria entro il doppio delle spese processuali, con ciò aprendo maggiormente anche ai *punitive damages*, oppure va rilevato che nemmeno le previsioni sanzionatorie domestiche rispettano le condizioni individuate dalle Sezioni Unite⁶⁷. In quest'ultimo caso, la Corte di Cassazione porrebbe condizioni per il riconoscimento di sentenze estere irroganti *punitive damages* non rispettate neppure dalle previsioni di diritto italiano; operazione tanto meno condivisibile quanto si consideri che segue a un'affermazione di principio in apparenza liberale che, forse, non consentirà la delibazione di cd. danni punitivi più che nella vigenza del sistema precedente.

Un discorso a parte merita il principio di proporzionalità, questo indubbiamente principio cardine del sistema giuridico, che infatti è l'unico preso in considerazione dalle Corti Supreme tedesca, francese e spagnola nel valutare la contrarietà all'ordine pubblico degli effetti di sentenze comminanti *punitive damages*⁶⁸.

Proprio una riflessione intorno al principio da ultimo menzionato rivela che l'argomentazione adottata dalla Corte di Cassazione si allontana dal resto dei giudici continentali⁶⁹ complicando la questione con condizioni di delibazione quantomeno

⁶⁷ Tanto che A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., 1408, suggerisce che «per evitare contraddizioni troppo palesi ... si deve intendere il concetto di base legale come esteso anche alle regole create dalla giurisprudenza».

⁶⁸ Cfr. cap. VI, § 2.

⁶⁹ M. TESCARO, *Il revirement "moderato"*, cit., 64, nota che la Corte di Cassazione, più che il modello europeo, segue quello francese, ma mantenendo un atteggiamento ancora più prudente in quanto, ai fini della delibazione della sentenza straniera, non si limita a richiedere il rispetto della proporzionalità

sovraabbondanti, quando addirittura non illegittime in quanto non rivolte alla tutela dell'ordine pubblico. È appena il caso di notare che, quand'anche una previsione legislativa nordamericana legittimasse l'irrogazione di *punitive damages* per un comportamento specifico e tuttavia individuasse l'ammontare della sanzione in, per esempio, cento volte il danno cagionato, non verrà deliberata nell'ordinamento italiano per l'evidente infrazione del principio di proporzionalità, che viene così a rappresentare l'ago della bilancia della questione.

Passando a esaminare le considerazioni delle Sezioni Unite concernenti il diritto interno, per quanto nel 2017 si sia per la prima volta affermata la polifunzionalità della responsabilità civile, cui precedentemente era stato negato a più riprese diritto di cittadinanza nell'ordinamento italiano, all'atto pratico rappresenta una presa di posizione meramente ricognitiva⁷⁰.

Invero, è la stessa Suprema Corte a ripetere in più punti della pronuncia che le funzioni sanzionatoria e deterrente devono considerarsi interne all'ordinamento giuridico italiano, e tanto basta a escludere che la tesi sostenuta nel 2017 possa considerarsi realmente innovativa. Sempre in un'ottica descrittiva di un percorso in parte svolto e per altro verso in corso di svolgimento, la sentenza cita svariate fattispecie da tempo lette in chiave sanzionatoria da diversi autori, come il comma terzo dell'art. 96

– su cui si incentra la posizione della *Cour de Cassation* –, ma anche requisiti aggiuntivi inerenti alla tipicità e alla prevedibilità della sanzione estera. Insomma, «l'idea di fondo sembra essere che le fondamentali garanzie sostanziali (ma non anche quelle procedurali) del diritto penale debbono valere pure per le sanzioni civili para-penali».

⁷⁰ Sul fatto che la posizione delle Sezioni Unite in commento non possa dirsi innovativa, cfr. A.M. BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione*, cit., 18. G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 436: «nulla ... dovrebbe (il condizionale è d'obbligo nel diritto) cambiare nel sistema del risarcimento del danno». Sottolinea l'atteggiamento prudente della Corte di Cassazione, tanto con riguardo ai *punitive damages* quanto alla polifunzionalità della responsabilità civile, M. TESCARO, *Il revirement "moderato"*, cit., 66, sottolinea il valore simbolico della decisione, pur basata sulla ricostruzione di un'evoluzione dell'ordinamento già in atto, P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 439, per il quale la pronuncia in esame «poggia in pieno su una ricostruzione del vigente ordinamento interno italiano e segna una pietra miliare nelle analisi di tutte le molteplici funzioni assolte dall'istituto di cui all'art. 2043 ss. c.c.». La stessa Corte di Cassazione, inoltre, ricorda il proprio precedente Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072, sulla possibilità per il legislatore nazionale di «configurare "danni punitivi" come misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario», dunque mettendo in luce l'appoggio europeo.

c.p.c.⁷¹, e prosegue con l'individuazione di pronunce rese dalla Corte Costituzionale a sostegno della ritenuta polifunzionalità⁷².

Sul punto più controverso e difficile, ossia sulla possibile attitudine sanzionatoria della liquidazione del danno non patrimoniale, specie morale, già adombrata da alcuni studiosi⁷³, il Supremo Collegio nega che la riconosciuta polifunzionalità consenta di dubitare che il pregiudizio aquiliano abbia mutato le sue caratteristiche (compensati-

⁷¹ Tra le figure citate dalla Suprema Corte, si possono ricordare l'*astreinte*; gli artt. 124, comma 2, e art. 131, comma 2, d. lgs. 30/2005 in materia di violazioni della proprietà intellettuale; l'art. 140, comma 7, del Codice del consumo; l'art. 614 *bis* c.p.c. e il suo omonimo nel processo amministrativo, ossia l'art. 114, d. lgs. 104/2010; l'art. 18, comma 14, dello Statuto dei lavoratori; l'art. 31, comma 2, l. n. 392/1978 in materia di locazione; l'art. 709 *ter*, n. 4, c.p.c., per le violazioni sull'affidamento della prole. Richiamandosi, inoltre, all'ordinanza di rimessione, la Corte di Cassazione menziona l'art. 125 d. lgs. 30/2005, figura della quale precisa prudentemente la «venatura non punitiva ma solo sanzionatoria»; l'art. 187 *undecies*, comma 2, d. lgs. 58/1998 in tema di intermediazione finanziaria; gli artt. 3-5 del d. lgs. 7/2016; l'art. 12 l. n. 47/1948, per la diffamazione a mezzo stampa; l'art. 96, comma 3, c.p.c. e il suo contraltare nel processo amministrativo, l'art. 26, comma 2, d. lgs. 104/2010; l'art. 28 d. lgs. n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione; e ancora numerose altre prestazioni sanzionatorie in materia condominiale, lavoristica, di subfornitura, del pagamento in ritardo nelle transazioni commerciali, etc. Anche dall'elenco di ipotesi ultra-compensative individuate dalla sentenza traspare la cautela che ha informato l'operato delle Sezioni Unite: invero, opportune precisazioni sul portato sanzionatorio di particolari disposizioni si possono rinvenire in relazione all'art. 709 *ter*, nn. 2 - 3, c.p.c., in punto di inadempienze agli obblighi di affidamento della prole, dove si sottolinea che tale figura è da annoverarsi «secondo alcuni» nel risarcimento afflittivo (il corsivo è della Corte di Cassazione).

⁷² Corte Cost. 9 novembre 2011, n. 303 in materia laburistica; Corte Cost. 6 ottobre 2014, n. 238, che le Sezioni Unite ritengono particolarmente significativa per il «riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività»; Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, sul terzo comma dell'art. 96 c.p.c. Per un commento a Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, particolarmente attento all'aspetto costituzionale, cfr. L. D'ANDREA, *Principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, 2288 ss.

⁷³ Cfr. *inter alia* S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 261; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 85; A DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 202. Da questi interpreti sembra condivisibile distinguere la dottrina propensa a ravvisare nel danno non patrimoniale un'ipotesi di pena privata: cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 297; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 96; ID., *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043-2059 del Codice civile*, Torino, 2000, 173; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 2011, 289.

ve) fondanti e i giudici siano legittimati a «imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

Tuttavia, il vero campo di prova della polifunzionalità sembra rappresentato proprio dall'art. 2059 c.c., nel quale talvolta si assiste a liquidazioni punitive nonostante il *dictum* delle Sezioni Unite del 2017.

5. *Gravità dell'illecito, quantificazione della condanna e polifunzionalità.*

Tra i molti profili che hanno destato l'attenzione degli interpreti per cercare di districare la questione delle funzioni dell'art. 2059 c.c. – l'originario rimando al reato; le istanze di repressione e prevenzione emergente dalla Relazione al Codice; l'oggettiva incalcolabilità del pregiudizio etc. – il nodo del problema funzionale e quantitativo della liquidazione del danno non patrimoniale sembra più precisamente coincidere con la gravità dell'illecito.

La serietà della lesione individua, innanzitutto, nei termini precisati nel capitolo precedente, la soglia di rilevanza della lesione immateriale⁷⁴: quasi superfluo notare come, al fine di non estendere la tutela dell'art. 2059 c.c. a qualunque patema d'animo e di escludere quelli di carattere voluttuario o transeunte, la gravità del fatto debba innanzitutto operare come filtro di risarcibilità.

Una seconda finalità, strettamente connessa alla prima, sembra avere carattere più descrittivo dell'istituto in esame. Anche nelle ipotesi legislativamente previste e da reato, e a maggior ragione nelle violazioni dei diritti costituzionalmente tutelati della persona, il danno non patrimoniale individua un pregiudizio di gravità qualificata e questo sia per la natura della lesione, contraddistinta da serietà, sia per l'oggetto della stessa, coincidente con un diritto fondamentale dell'individuo, che per il danno, non futile. In questo senso, il richiamo alla gravità descrive caratteristiche peculiari del tipo di illeciti in esame.

Ancora, una terza funzione della gravità illumina il profilo funzionale, lo scopo

⁷⁴ La risarcibilità dei danni gravi ai diritti inviolabili della persona veniva affermata espressamente da Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972. Tuttavia, ben prima delle Sezioni Unite del 2008, nota-va R. SCOGNAMIGLIO, voce *Danno morale*, cit., 147, che «non potrebbero certo ascrivere alla figura dei danni morali le sofferenze spirituali che un qualsiasi danno può provocare».

verso cui tende la liquidazione del danno non patrimoniale, difatti costituendo il perno tanto di tesi tradizionali quanto di interpretazioni a sostegno della polifunzionalità della responsabilità civile.

Nell'un caso, si afferma che la gravità dell'illecito non smentisce una visione cui rimane estranea la sanzione del diritto privato poiché la «maggiore gravità del fatto rende più intensa la lesione morale del danneggiato», determinando così un risarcimento maggiore⁷⁵. La giurisprudenza assolutamente maggioritaria segue questa impostazione⁷⁶.

Nell'altro, si nota come la possibilità di valorizzare il carattere più o meno riprovevole dell'azione nel computo della condanna costituisca prova del carattere (anche) afflittivo della condanna *ex art. 2059 c.c.*⁷⁷; nella stessa ottica, militerebbe

⁷⁵ Per tutti, C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola*, cit., 7: «l'insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificatamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato (È appena il caso di avvertire che questa funzione compensativa non è smentita dalla rilevanza che assume la gravità del fatto poiché la gravità del fatto aggrava la lesione morale subita dal danneggiato)». Cfr. ID., *Diritto civile*, V, cit., 194: il danno non patrimoniale da reato non è prevista dal Codice penale in chiave punitiva, ma «esclusivamente in funzione di ristoro dei danni economici e non economici subiti dalla vittima. A maggior ragione deve escludersi che il risarcimento del danno morale abbia carattere punitivo quando non ricorre una fattispecie penale».

⁷⁶ Cfr. *ex multis aliis* Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, per la particolare rilevanza che ha assunto negli studi sulla responsabilità; affermano che «la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza» Cass. Sez. Un. 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno resp.*, 2015, con commenti di R. PARDOLESI, M. FRANZONI, G. PONZANELLI E V. CARBONE, e in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1530 con nota di M. BONA; Cass. 19 giugno 2015, n. 12717, che afferma esplicitamente che anche la speciale 'odiosità' del fatto non legittimi nessuna istanza punitiva.

⁷⁷ Cfr. F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 261: «l'idea di punire anche civilmente l'autore di determinati atti illeciti sembra recepita, almeno in parte, anche nell'ordinamento italiano mediante la disposizione che prevede la risarcibilità del danno morale per quegli atti che configurano un reato (art. 2059 c.c.; 185 c.p.)». Cfr. inoltre G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 85: «non si può non considerare l'art. 2043 c.c. norma centrale (relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o no, purché ingiusto) e limitare la funzione dell'art. 2059 c.c. a quella sanzionatoria e il suo ambito applicativo alle sole ipotesi di danno morale soggettivo». Per A DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 202, l'art. 2059 c.c. si configura come una «tecnica di reazione contro l'illecito che ha caratteri compositi, di parziale compensazione del soggetto colpito dalla lesione e di sanzione punitiva con-

inoltre il processo di estensione progressiva di tale tipo di tutela dal reato a illeciti civili qualificati⁷⁸. Nello novero delle letture ‘sanzionatorie’ dell’art. 2059 c.c. deve essere distinta la tesi che interpreta tale istituto come una pena privata⁷⁹.

Il nodo cruciale che consente di affermare, anche a seconda del caso concreto, la funzione riparativa o sanzionatoria dell’istituto coincide precisamente con il parametro della gravità dell’illecito. Quasi superfluo notare che l’unico meccanismo che consenta la liquidazione di gran parte dei pregiudizi non patrimoniali sia l’equo apprezzamento del giudice. Allo stesso tempo, «ovviamente ... chi dice giudizio di equità non ha detto tutto: e sembra utile tentare una elencazione dei dati, che di tale giudizio possono formare oggetto»⁸⁰.

Nel rimandare alle pagine che seguono una più attenta analisi di tali dati, occorre

tro il responsabile». V. P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 437, sulla differenza fondamentale tra funzione sanzionatoria e di deterrenza: la prima tiene conto della gravità della condotta del convenuto, dunque irroga un risarcimento che tenga in conto della gravità della condotta, dell’elemento soggettivo, etc. La seconda, invece, aggiunge alla liquidazione un’altra quota, «quella che serve a deterrenza per il futuro eventuali altri agenti dal commettere le stesse incurie del convenuto». Nella dottrina penalistica, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 687, «altrimenti, non si spiegherebbe perché mai il risarcimento del danno non patrimoniale sia previsto come sanzione solo per i fatti costituenti il reato».

⁷⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 261: «la tendenza ad ampliare l’ambito di applicazione della norma suddetta testimonia l’esigenza di ammettere la condanna al risarcimento del danno in misura superiore alla perdita economica determinata dall’illecito».

⁷⁹ Più ampiamente, cfr. cap. VII, § 4. V. già P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 109, per il quale se si parametrizza l’ammontare del danno non patrimoniale alla gravità dell’illecito, il rimedio «acquisterebbe il carattere di una vera e propria pena privata simile agli *exemplary damages* della *common law*». Cfr., G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 297; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 96; ID., *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043-2059 del Codice civile*, cit., 173; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 289. Così anche un’autorevole dottrina francese, segnatamente G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*¹³, Paris, 1953, 367 ss., che, affermando come il *dommage moral* non possa tecnicamente risarcirsi («Pour de telles actions l’idée de réparation, incluse dans l’article 1382, est difficilement admissible. La réparation peut ne pas être de même nature que le préjudice, mais elle doit être adéquate au préjudice», 367 s.), ma mira alla punizione del trasgressore («Dans tous ces cas, l’action de la victime est uniquement inspirée par le désir d’obtenir la punition de l’auteur. Les actions intentées sont *vindictam spirantes*», 367, con un interessante richiamo al diritto romano), «il y a peine privée, parce qu’il faut prononcer la peine sous couleur de réparation» (369).

⁸⁰ A. RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., 176.

qui rilevare che talvolta esulino dalla lesione prodottasi. Si consideri, per esempio, il diverso rilievo della colpa o del dolo del responsabile nel calcolo della condanna; la valorizzazione del contesto sociale nel quale l'illecito si produce; l'arricchimento che il danneggiante potrebbe avere tratto dall'azione, etc.

Sembra di potere osservare che, accanto alla prevalente quantificazione compensatorio-satisfattiva del pregiudizio immateriale, se la valutazione del danno dipende da fattori che si discostano dalla lesione sembra difficile continuare ad affermare la monofunzionalità dell'art. 2059 c.c., a maggior ragione trattandosi di un paradigma liquidatorio dai contorni mobili com'è quello satisfattivo che anzi richiederebbe – qualora si intendesse rimanere in un'ottica meramente riparativa – un controllo ancor più rigoroso delle voci di danno considerate, con particolare attenzione a che queste non esulino dal pregiudizio prodottosi.

In definitiva, il parametro della gravità della condotta, di per sé, mira in senso neutro a riparare integralmente il pregiudizio occorso, normalmente considerando indici che, pur riferiti a una lesione immateriale, cercano di compensare la perdita.

Occorre tuttavia rilevare come questo schema operativo non venga sempre rispettato nella quantificazione del danno non patrimoniale e che, invece, apra a una prospettiva sanzionatoria quando contenga variabili liquidatorie che, discostandosi dalla lesione prodottasi, orientino in senso afflittivo l'altrimenti neutro parametro della gravità della condotta.

6. La rilevanza del contesto sociale a fini liquidativi tra general-deterrenza e l'interpretazione delle regole di responsabilità in modo sfavorevole al responsabile di condotte particolarmente riprovevoli.

La prima variabile del tutto eterodossa in un paradigma riparatorio che si vuole analizzare consiste nella valorizzazione nel *quantum* del risarcimento del contesto sociale nel quale si inquadra l'azione antiggiuridica, e in particolare la diffusione di un comportamento particolarmente riprovevole tra i consociati.

Nel 2018, la Corte di Cassazione affronta la quantificazione dei danni patiti da un'insegnante a seguito di ripetute condotte diffamatorie poste in essere nei suoi confronti dal padre di un alunno, alle quali era seguita anche la sottoposizione

dell'educatrice a processo penale e al trasferimento in un'altra sede⁸¹.

La vicenda giunge in Cassazione, la quale significativamente afferma che «il giudice civile, nella valutazione e liquidazione del *quantum debeatur*, non può e non deve ignorare – quasi che la dimensione della giurisdizione si collochi entro un asettico territorio di pensiero tanto avulso dal reale, quanto insensibile ai mutamenti sociali e culturali in cui essa viene esercitata ... – il preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il compito educativo delle giovani e giovanissime generazioni».

La finalità sanzionatoria della liquidazione del danno seguente a una condotta gravemente lesiva dei diritti fondamentali della vittima emerge dall'indubbia estraneità alla lesione del «preoccupante clima di intolleranza e di violenza» in cui operano insegnanti ed educatori. Si è detto poc'anzi che la riprova del fine afflittivo verso il quale può essere piegato il risarcimento del danno è rappresentata dall'alienità al pregiudizio dell'indice utilizzato nel calcolo del risarcimento, circostanza che qui non può mettersi in discussione.

La punizione verso cui tende la pronuncia emerge dal fatto che la Corte di Cassazione non si limita genericamente a censurare la diffusione di un comportamento riprovevole, ma chiede specificatamente al giudice del rinvio di tenerne conto a fini liquidativi⁸².

L'ordinanza in esame, disattendendo in modo evidente l'affermazione dell'integrale riparazione come unica finalità del pregiudizio aquiliano sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità prevalente⁸³, propone una lettura esemplare della

⁸¹ Cass. ord. 12 aprile 2018, n. 9059 in *Danno resp.*, 2019, 88 ss., con commento di F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*. Giova precisare sin d'ora la gravità delle azioni di cui tratta l'ordinanza citata. L'educatrice, oltre al gravissimo nocimento all'onore e alla reputazione, a seguito delle segnalazioni diffamatorie da parte del convenuto era stata sottoposta a processo penale ai sensi degli artt. 572 e 582 c.p., accuse dalle quali sarebbe stata assolta per insussistenza del fatto; era stata temporaneamente sospesa dall'attività lavorativa; sottoposta a valutazione psichiatrica medico-legale e, infine, complice l'ampio eco dato dalla stampa alle affermazioni del diffamante, trasferita d'ufficio in un'altra sede.

⁸² La pronuncia si chiude con il compito, lasciato al giudice del rinvio, di calcolare il pregiudizio immateriale «sul piano equitativo, valutando tutte le circostanze emerse nel corso del giudizio». Sul punto, v. F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali*, cit., 91, parla di «inedito invito a liquidare il *quantum debeatur* con finalità esemplari, di là dall'obiettivo minimo del risarcimento».

⁸³ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

liquidazione del danno non patrimoniale. A fronte di un comportamento particolarmente grave e socialmente dannoso, la condanna è chiamata a fungere (anche) da monito per scoraggiarne quanto più possibile la futura commissione da parte dei consociati, attesa la ‘preoccupante’ frequenza dello stesso⁸⁴.

La prospettiva è, in altre parole, general-deterrente e, a tratti, persino moralizzatrice⁸⁵, anche se la deterrenza cui mira la pronuncia si distingue nettamente dalla teoria classica della *general-deterrence* nordamericana, di stampo prettamente economico⁸⁶. Fuor di dubbio che il danno rappresenti, per certi versi, un ‘costo’ dell’illecito; allo stesso tempo, la Suprema Corte vuole reprimere un comportamento che, non tra i più costosi per la società e né tra i più rilevanti in una visione marcatamente economica (si consideri per esempio il diverso impatto dei danni

⁸⁴ Cfr. F. MALZANI, *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1050 ss., che individua istituti suscettibili di essere interpretati in chiave punitiva della responsabilità civile, come l’art. 709 *ter* c.p.c.; l’art. 187 *undecies*, d. lgs. 58/1998; l’art. 4 l. n. 259/2006; l’art. 3, co. 3, d. lgs. n. 231/2002.

⁸⁵ Sembra quasi riecheggiare una dottrina tedesca che rifletteva su una funzione educatrice o preventiva del diritto, nel senso di monito che dovrebbe indurre il consociato a rispettare la legge per evitare conseguenze risarcitorie: v. R. MOTSCH, *Schadenersatz als Erziehungsmittel*, in *Juristen Zeitung*, 1984, 211 ss.

⁸⁶ Il rimando bibliografico ormai classico e imprescindibile è a G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, specie 68 ss., che significativamente usa l’espressione ‘*market deterrence*’ come sinonimo di ‘*general deterrence*’ (69): «general deterrence implies that accident costs would be treated as one of the many costs we face whenever we do anything ... General deterrence attempts to force individuals to consider accident cost in choosing among activities. The problem is getting the best combination of choices available. The general deterrence approach would let the free market or price system tally the choices» (69). Per un altro classico sul ‘costo’ degli illeciti civili, cfr. S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Massachusetts), 1987, e W.B. LANDES – R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts), 1987. Più recentemente, *Research Handbook on the Economics of Torts*, edited by J.H. Arlen, Cheltenham, 2013, e L. VISSCHER, *The Law and Economics of Punitive Damages*, in *The Power of Punitive Damages*, cit., 471 ss. Nella letteratura italiana, F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 225 s. distinguono la *deterrence* statunitense come obiettivo di politica economica e sociale da quella italiana, la quale «essendo tradizionalmente connessa con il presupposto della colpa, esprime un’esigenza morale affidandone la realizzazione a una funzione preventiva ... *Deterrence* nordamericana e c.d. deterrenza nostrana hanno in comune una valorizzazione della funzione di prevenzione della responsabilità civile e mirano entrambe a ridimensionare l’invadenza degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa». La deterrenza non sarebbe, tuttavia, una funzione della responsabilità civile.

all'ambiente o di taluni illeciti d'impresa), è, però, particolarmente riprovevole.

Nell'aprire a un'interpretazione di questo tipo, l'ordinanza lascia in sospenso diversi interrogativi, primo tra tutti quale sia l'incidenza del «preoccupante clima di intolleranza e di violenza» nel *quantum* complessivo della liquidazione. Proprio tale incertezza induce a riflettere sul fatto che il paradigma equitativo utilizzato per calcolare il danno non patrimoniale, di per sé ambivalente⁸⁷, diviene ancora più imprevedibile.

La Corte di Cassazione utilizza il contesto sociale per orientare l'interpretazione delle regole di responsabilità anche in un altro caso di bullismo, nel quale un minore subiva ripetute vessazioni da parte dei compagni, ribellandosi dopo un lungo arco di tempo e colpendo uno degli aggressori con un pugno al volto⁸⁸. Pur esasperato dalle continue umiliazioni, il ragazzo non reagiva a un preciso atto di bullismo e, anzi, il suo gesto si collocava a considerevole distanza temporale dalle offese a lui rivolte, sicché si poneva il problema dell'eventuale concorso del fatto del creditore di cui all'art. 1227 c.c.

Il primo grado riduce il risarcimento spettante alla persona colpita dal pugno perché ritiene sussistente il concorso di colpa della vittima, essendo il pugno riconducibile causalmente al clima di vessazioni subite dal danneggiante. La Corte d'appello, al contrario, concede al danneggiato il risarcimento pieno a motivo della lunga distanza temporale tra gli atti di bullismo e la reazione violenta.

Il Supremo Collegio conferma la sussistenza del nesso causale tra il colpo inferto e il clima di abusi nel quale si inquadra, con una pronuncia tanto più significativa in quanto si consideri che solo pochi anni prima aveva invece escluso che una reazione posta in essere dopo un lasso di tempo considerevole potesse beneficiare dell'art. 1227 c.c., ritenendo imprescindibile le consequenzialità spazio-temporale della

⁸⁷ Sulle difficoltà sottese alla liquidazione del danno non patrimoniale, per tutti cfr. M. MAGGIOLO, *Microviolazioni*, cit., 115: «si può cioè pensare che, poiché la funzione della responsabilità civile per i danni non patrimoniali è eminentemente non compensativa, bensì satisfattoria se non sanzionatoria, allora grazie anche alla inevitabile liquidazione in via equitativa del danno non patrimoniale sia aperta la strada a un rimedio di sostanza quasi punitiva».

⁸⁸ Cass. 10 settembre 2019, n. 22541, in *Danno resp.*, 2019, 759 ss. con commento di G. PONZANELLI, *Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo*.

risposta⁸⁹. In quest'ultimo caso, tuttavia, la risposta si giustificava alla luce di un litigio in discoteca, dunque non di un atto riprovevole come il bullismo.

Nonostante una dottrina rilevi come l'argomentazione seguita dalla giurisprudenza di legittimità nel caso di specie, pur allontanandosi da una concezione monofunzionale, non concretizzi una finalità sanzionatoria⁹⁰, sembra vero l'esatto contrario.

Non può infatti tralasciarsi che il lungo lasso di tempo tra l'atto violento e l'abuso a cui idealmente risponde renderebbe astrattamente percorribili sia la lettura nel senso della rilevanza dell'art. 1227 c.c. sia, all'opposto, quella della sua irrilevanza.

La Corte di Cassazione compie, pertanto, una precisa scelta di campo interpretando le regole di responsabilità in modo sfavorevole alla vittima-responsabile degli atti di bullismo, correlativamente negandogli una parte del pieno risarcimento precedentemente concesso, e decidendo di non adottare la stessa interpretazione per altri atti, come la lita in discoteca richiamata poc'anzi.

Anche qui, come nella pronuncia avente a oggetto il danno patito dall'insegnante, il contesto nel quale si inserisce un atto antiggiuridico non rileva a fini descrittivi, ma incide direttamente sul *quantum* della liquidazione.

Si assiste, pertanto, a un'interpretazione 'politica'⁹¹ delle regole di responsabilità da parte del Supremo Collegio alla quale non pare estranea la finalità di scoraggiare gravi lesioni della dignità personale quali sono gli atti di bullismo.

⁸⁹ Cass. 23 marzo 2016, n. 5679 aveva escluso l'applicabilità dell'art. 1227 c.c. in un caso che vedeva un soggetto tenere un comportamento violento nei confronti di alcuni "buttafuori" di una discoteca, i quali, solo successivamente all'esaurimento di detto comportamento, reagivano causando lesioni personali alla vittima. La giurisprudenza di merito condannava i responsabili al pieno risarcimento del danno senza applicare l'art. 1227 c.c. richiesto dalla società presso cui erano impiegati i danneggiati, la quale sosteneva che la reazione dei dipendenti, pure posta in essere una volta esauritasi la condotta violenta della vittima, era stata da questa provocata. La Corte di cassazione conferma l'esclusione dell'art. 1227 c.c., condannando quindi i "buttafuori" all'integrale ristoro del pregiudizio.

⁹⁰ Cfr. G. PONZANELLI, *Educazione e responsabilità civile*, cit., 763: «con la lettura operata nella sentenza del nesso di causalità ci si allontana, così, decisamente dalla monofunzionalità della responsabilità civile, votata solo ed esclusivamente alla riparazione del danno con l'ausilio dello strumento monetario. Ci si allontana anche, però, dalla funzione sanzionatoria -punitiva accolta dalle Sezioni unite della Cassazione nel luglio 2017».

⁹¹ Cfr. L. MENGONI, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *Scritti*, I, Milano, 2011, 61.

La rilevanza del contesto sociale, e non meramente interprivatistico, nel quale ha luogo l'illecito sembra quasi riecheggiare, con le dovute cautele, alcune caratteristiche dei *punitive damages*⁹² e in particolare l'importanza delle ricadute sopraindividuali di alcuni comportamenti per i quali vengono irrogati i *punitive damages*, interpretati non a caso da una dottrina come *societal damages*⁹³. L'analogia con la figura nordamericana è rafforzata dall'origine giurisprudenziale delle imposizioni punitive qui descritte, che non poggino su indici legislativi che legittimino il giudice, di fronte a gravi casi di bullismo, ad allontanarsi dal paradigma compensativo.

Al di là del rilievo di diritto comparato, sembra evidente che la Corte di Cassazione abbia qui spostato il fulcro dell'attenzione dal danno al contesto sociale nel quale si inserisce, inevitabilmente allontanandosi da una prospettiva meramente compensativa.

Un orientamento di questo tipo risponde all'intento di colpire in modo più diretto comportamenti particolarmente odiosi il cui disvalore sociale non trova piena valorizzazione in un paradigma risarcitorio.

Notava già un'autorevole dottrina il rischio di deresponsabilizzazione del consociato che corre un sistema di responsabilità civile incentrato in misura preminente sul danno e sul correlativo obbligo di riparazione: «un sistema che consideri semplicemente la causazione del danno, con l'inevitabile conseguenza del ricorso quasi necessario a forme varie di assicurazione, può anche risolversi, nel

⁹² Cfr. recentemente S.D. SUGARMAN, *Tort Damages For Non-Economic Losses: Personal Injury*, in *Comparative Tort Law*², edited by M. Bussani and A.J. Sebok, Cheltenham-Northampton, 2021, 309 ss. sulla distinzione tra 'non-economic loss recovery' e 'punitive damages', peraltro individuando una motivazione per l'imposizione di questi ultimi nell'intento di punire «when the victim's injury is intentionally inflicted, or perhaps when the injurer's behavior seems highly morally offensive», circostanze che si ravvisano nel caso preso in esame. Più in generale sul rapporto tra *punitive damages* e *deterrence*, cfr. A.M. POLINSKY - S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, cit., 870 ss., e R. CRASWELL, *Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives*, in *Michigan Law Review*, 1999, 97, 2185 ss. Cfr. anche *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, edited by H. Koziol and V. Wilcox, Wien, 2009, con speciale attenzione ai contributi di A.J. SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, 155 ss. e L.T. VISSCHER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 219 ss. Più risalente, ma significativo R. COOTER, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, in *Alabama Law Rev.*, 1989, 40, 1143.

⁹³ Cfr. C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *113 Yale Law Journal*, 2003, 347 ss.

formarsi del costume, in una diminuita sorveglianza della propria condotta»⁹⁴.

Nei casi sopra riportati, il Supremo Collegio fa propria questa chiave di lettura, andando nella direzione precisa di una condanna con finalità esemplare. Se il risarcimento del danno di per sé produce un effetto deterrente⁹⁵, in alcune ipotesi deve essere quantitativamente rafforzato per scoraggiare efficacemente taluni comportamenti.

Un'interpretazione di questo tipo si inserisce, peraltro, in una tendenza del diritto europeo particolarmente attenta al portato dissuasivo delle regole di responsabilità, evitando in modo particolare i danni alla persona. A titolo esemplificativo, basti pensare alla normativa comunitaria sulla protezione dei dati personali e, in particolare, all'art. 82 del *General Data Protection Regulation* (d'ora in avanti anche solo GDPR), il cui carattere marcatamente preventivo è già stato rilevato in dottrina come

⁹⁴ G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, VI s.: «un sistema il quale si fonda sul presupposto della colpevolezza, e guardi all'obbligo del risarcimento non soltanto come ad un mezzo di riparazione, ma anche come ad un male minacciato al trasgressore, costituisce, con il suo trattamento differenziato dei soggetti colpevoli e non colpevoli, un valido strumento di giustizia per indurre i singoli a quella condotta accorta e prudente che può esimerli da responsabilità e rappresenta perciò sempre un forte mezzo di tutela preventiva degli interessi protetti». Anche P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*. Atti Siena, 19-21 settembre 2007, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 275, richiama l'esigenza di responsabilizzazione del trasgressore, in qualche misura 'riabilitando' i sostenitori della colpa come presupposto di responsabilità. Più di recente, M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., 51, rileva la necessità di scongiurare il rischio che il rimedio risarcitorio «diventi in sostanza un modo per sottrarsi ai doveri etici derivanti dall'appartenenza, e dunque dalla responsabilità sociale – doveri connessi all'esistenza della comunità». La capacità della responsabilità di orientare i comportamenti umani è valorizzata in molte esperienze giuridiche: nella letteratura francese, cfr. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995, 1; v. A. TUNC, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, in *Mélanges M. Auzan*, Paris, 1975, 407 ss. sull'efficacia di dissuadere l'agente dall'attuare un comportamento antisociale; nella letteratura anglosassone, cfr. G. CALABRESI, *The Cost of Accidents*, cit., specie 244 ss.; *Tort Law and the Public Interest*, edited by P.H. Schuck, New York-London, 1991, specie 105 ss.

⁹⁵ *Ex multis* C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 365, nt. 41. Sul versante opposto, per U. MATTEI, *Tutela risarcitoria e tutela inibitoria*, Milano, 1987, 255, l'equivalenza tra danno occorso e quantificazione del risarcimento pone l'aspirante trasgressore in una condizione di indifferenza rispetto alla commissione del fatto lesivo.

non pienamente usuale in un sistema di responsabilità civile compensativo⁹⁶.

Sempre come esempio di quella che ormai sembra una delle linee evolutive del diritto europeo in materia di responsabilità civile, può ricordarsi la decisione resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Stowarzyszenie* in cui ha giudicato compatibile con l'art. 13, Dir. 2004/48/CE, in materia di proprietà intellettuale, la condanna resa nell'ordinamento di uno stato membro al doppio dell'importo che si sarebbe dovuto versare per l'uso dell'opera interessata. La decisione vuole garantire una reale effettività del diritto comunitario in materia industriale, perseguita tramite la previsione in capo agli stati membri dell'obbligo di adottare misure, procedure e mezzi di ricorso «effettivi, proporzionati e dissuasivi», secondo quanto stabilisce l'art. 3, par. 2, Dir. 2004/48/CE⁹⁷. Una condanna *in duplum* va, quindi, in questa direzione.

La sentenza citata non solo ammette una liquidazione superiore al danno per ragioni di effettività del diritto comunitario, ma, ancor più significativamente, una condanna di questo tipo non rappresenta – giacché la pronuncia lo esclude – un caso di *punitive damages*.

7. *Danno alla persona e arricchimento del responsabile.*

L'ingiustificato arricchimento è tornato al centro delle riflessioni degli studiosi della responsabilità civile con l'introduzione dell'art. 125, co. 3, cod. propr. ind., che

⁹⁶ È il caso dell'ordinamento tedesco, su cui con particolare chiarezza v. S. KORCH, *Verfassungsrechtliche Notbremung einer Fehlentwicklung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, 979: «aus Erwägungsgrund 146 S. 3 ergibt sich, dass der Begriff des Schadens weit zu verstehen ist. Zudem findet sich dort ein Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH und die Ziele der Verordnung. Dieser Verweis wird allgemein so verstanden, dass der Schadensersatzanspruch nicht allein der Kompensation, sondern gerade auch der Prävention dienen soll. Damit fügt sich der datenschutzrechtliche Schadensersatzanspruch in eine allgemeine europäische Entwicklung ein, wonach Schadensersatzansprüchen explizit und viel deutlicher als im deutschen Diskurs eine Präventionsfunktion zukommt. Bei jeder Entscheidung ist deshalb zu berücksichtigen, ob sie einen ausreichenden Anreiz setzt, künftige Datenschutzverstöße und daraus resultierende Schäden zu vermeiden. In Kurz gefasst: Dem Schadensersatzanspruch muss eine „abschreckende Wirkung“ zukommen» (nostra l'enfasi). Nel panorama italiano, cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale: oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milanofiori Assago, 2019.

⁹⁷ Caso *Stowarzyszenie*, Corte Giust. 25 gennaio 2017, causa C-367/15.

legittima il titolare del diritto leso a 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. Proprio l'inciso che ammette che il profitto superi l'ammontare del risarcimento compensativo ha sollecitato riflessioni tanto in un'ottica sanzionatoria quanto riparativa-restitutiva⁹⁸.

Non si può qui trattare adeguatamente il tema dell'ingiustificato arricchimento, la cui complessità ha meritato più di un'attenzione monografica⁹⁹.

Limitandoci a esporre qualche considerazione sull'intersezione tra l'istituto citato e i danni gravi alla persona, occorre notare che anche quello che si suole definire 'arricchimento' in realtà rappresenta un concetto sfaccettato, tanto che gli interpreti anglosassoni, che a lungo hanno studiato temi di questo tipo, distinguono tra *factual* e *legal enrichment*¹⁰⁰.

⁹⁸ Sull'art. 125, co. 3, cod. propr. ind., cfr. recentemente G. REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutiva: nessun ristoro, nessuna pena*, in *Dir. ind.*, 2019, 410 ss., che riconduce il rimedio in esame alle 'sanzioni restitutorie', con ciò determinandone l'affrancamento da logiche afflittive o riparatorie e avvicinandolo alla figura anglosassone del cd. *disgorgement of profits*. V. invece R. CARLEO, *False endorsement' e 'disgorgement'*, in *Contratti*, 2013, 493 ss., propenso a leggere il rimedio in esame in chiave punitiva e deterrente. Così anche F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 2292 ss. Parlano di 'misure sanzionatorie' con riferimento all'art. 125 P. AUTERI - G. FLORIDIA - V. MANGINI - G. OLIVIERI - M. RICOLFI - P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*^A, Torino, 2016, 684 s. *Contra*, Cfr. M. SCUFFI - M. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano, II, Diritto procedimentale e processuale*, Padova, 2014, 1382, i quali ritengono che l'art. 125, co. 3, cod. *propr. ind.* non possa interpretarsi in senso sanzionatorio, dal momento che individua una misura correttiva/alternativa al risarcimento del danno, ma non cumulativa. Sullo stesso tema, v. anche A. PALMIERI, *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 2299 ss.; G. CESARE, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 109 ss.; M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili fra rischio di 'overcompensation' ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213 ss.; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss.

⁹⁹ I riferimenti minimi sono a R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, e P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962 (più di recente, v. ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 643 ss.). Fuor di dubbio che l'arricchimento senza causa non coincida con quello ingiustificato (sui motivi che giustificano tale distinguo, v. R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., 3); tuttavia, come sarà chiarito nel prosieguo, le due monografie sembrano dialogare tra loro, trattando di temi affini. Più di recente, P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

¹⁰⁰ V. l'autorevole dottrina rappresentata da R. CHAMBERS, *Two kinds of Enrichment*, in *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, edited by E. Chambers, C. Mitchell and J. Penner, Oxford,

Nel presente paragrafo, ci si pone il problema del conseguimento di un utile economico per il tramite della commissione di un illecito in violazione dei diritti fondamentali della vittima in misura superiore al risarcimento del danno.

Preliminarmente, va richiamata la dottrina che, da un punto di vista sistematico, ha fondato l'arricchimento ingiustificato e la restituzione di quanto indebitamente percepito sulla gestione d'affari altrui¹⁰¹. Sin dalla fine degli anni Cinquanta si sono succedute proposte ricostruttive sia in punto di arricchimento senza causa che di quello da fatto illecito¹⁰², ma quella qui richiamata rappresenta una lettura autorevole e recente, nonché di respiro europeo¹⁰³, con la quale ci si confronta nel corso della trattazione.

Per quanto concerne più da vicino i diritti della personalità, in un recente caso giurisprudenziale l'onore e la reputazione di un avvocato venivano lesi da ripetuti articoli del quotidiano 'La Nazione' che collegavano il professionista a organizzazioni terroristiche di stampo eversivo, addirittura attribuendogli, in maniera del tutto infondata, una partecipazione nella strage di Bologna¹⁰⁴. La società editrice viene condannata al risarcimento dei danni da diffamazione prima a favore del diretto interessato, e, dopo la sua morte, degli eredi. Nel terzo dei giudizi intentati dal diffamato, il quotidiano viene condannato anche alla pubblicazione a proprie spese della sentenza di condanna su diversi giornali nazionali.

2009, 277, e A.M.V. LODDER, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Oxford, 2012, 1 ss.: «enrichment is not a unitary element satisfied by a single test; rather, the same benefit may be understood in two different ways: (i) by the value of the benefit received ('factual enrichment'); or (ii) by the change in the legal relations of the defendant effected by the acquisition of a right or the release of an obligation ('legal enrichment')». Più di recente, v. E. BALL, *Enrichment at the Claimant's Expenses. Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Portland, 2016, 53 ss.

¹⁰¹ Cfr. P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., 825, che interpreta l'istituto sopra citato in chiave restitutoria, ravvisando nella gestione di affari altrui il fondamento della restituzione del profitto ingiustificato. Va precisato che l'autore si è a lungo occupato di tale istituto, cfr. ID., *La gestione di affari altrui*, Torino, 1996.

¹⁰² Ci si riferisce alle ricostruzioni di R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., e P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., sulle quali si tornerà nel prosieguo della trattazione.

¹⁰³ Nella dottrina tedesca, si richiama alla *negotiorum gestio* G. SCHIEMANN, § 249 BGB, in *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2005, rn. 201.

¹⁰⁴ Cass. ord. 23 aprile 2020, n. 8137, in *Foro it.*, 2020, 2326 ss. con nota di P. PARDOLESI, *Sull'impossibilità di commisurare il danno da diffamazione attraverso l'arricchimento da fatto illecito: un po' di bizzezarrie*.

Non avendo ottemperato a quest'ordine, gli eredi agiscono in giudizio di fronte al Tribunale di Firenze, che quantifica il pregiudizio dagli stessi patito nella misura corrispondente all'arricchimento del danneggiante, ossia a quanto risparmiato omettendo la pubblicazione della pronuncia, pari a 136.000,00 euro. Tale quantificazione non viene condivisa dalla Corte d'Appello, che riduce ai sensi dell'art. 1227 c.c. il *quantum debeatur* in ragione dell'inerzia dei danneggiati che, pur potendo provvedere da sé alla pubblicazione della pronuncia *ex art. 120 c.p.c.*, non lo hanno fatto, concorrendo così alla causazione del pregiudizio. La Corte di Cassazione annulla con rinvio la sentenza della Corte d'Appello negando l'applicabilità dell'art. 1227 c.c.

Nel giudizio di rinvio, avente pertanto a oggetto la stima del danno subito dagli eredi del diffamato per la mancata pubblicazione della sentenza di condanna, la Corte d'Appello esclude che il pregiudizio possa calcolarsi – come, invece, aveva ritenuto il Tribunale – sull'arricchimento del danneggiato, dunque sul costo risparmiato per l'omessa pubblicazione della pronuncia. La mancata pubblicazione della sentenza integra un illecito aquiliano privo di qualsivoglia parametro oggettivo cui potersi ancorare e viene, pertanto, liquidato equitativamente in 100.000,00 euro a fronte dei 136.000,00 inizialmente irrogati dal Tribunale di Firenze.

Gli eredi ricorrono in Cassazione chiedendo il risarcimento nei limiti dell'arricchimento conseguito dal danneggiante, basando la propria richiesta su di un principio – quello del divieto di arricchimento mediante fatto ingiusto¹⁰⁵ – che, pur non codificato espressamente nel Codice Civile, i ricorrenti hanno allegato potersi desumere in via interpretativa dagli artt. 1148 c.c., 2032 c.c. e 125, co. 3, cod. propr. ind.

Nel confrontarsi con la tesi sopra citata, la Corte di Cassazione, afferma che la stessa deve ritenersi inapplicabile nel caso specifico e, più in generale, inadeguata allo stesso pregiudizio aquiliano, non ritenendo che il divieto di arricchimento mediante fatto ingiusto operi con l'ampiezza sostenuta dai ricorrenti, ossia in tutti i casi in cui l'illecito sia fonte di profitto per il responsabile, chiaramente in misura superiore al danno.

¹⁰⁵ Il principio che impedisce l'arricchimento della vittima per il tramite dell'azionamento di un rimedio civilistico è espresso con chiarezza da S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Danno e responsabilità civile*, cit., 19.

Più limitatamente, «il profitto dell'autore dell'illecito rileva, nella determinazione del rimedio, quando è realizzato sfruttando indebitamente un diritto altrui, di natura proprietaria o che consente al titolare il godimento e lo sfruttamento del bene, indebitamente sottratto (lo sfruttamento) dal terzo per suo personale profitto. In sostanza, l'arricchimento conta ai fini risarcitori se è frutto di una particolare condotta: quella di sfruttamento indebito di beni o risorse altrui»¹⁰⁶. Solo in questo caso, continua la sentenza, possono applicarsi analogicamente gli artt. 1148 c.c. e 125, co. 3, cod. propr. ind. Per quanto invece concerne l'art. 2032 c.c., la Suprema Corte precisa che la norma trovi applicazione, diretta o analogica, quando l'illecito sia stato ratificato dal danneggiato, che dunque fa proprio l'utile netto. «In ogni altra ipotesi, se si ammettesse rilievo all'arricchimento, il danneggiato lucrerebbe una somma superiore al danno subito»¹⁰⁷. Nel caso in esame, non ricorrendo l'indebito sfruttamento del diritto o dei beni altrui, ma un caso di inottemperanza, la Corte di Cassazione non ritiene sussistenti i presupposti per invocarsi una condanna che ricomprenda anche il costo della pubblicazione della sentenza, confermando così la quantificazione equitativa della Corte d'Appello.

Ragionando più generalmente intorno all'arricchimento del danneggiante a seguito di fatto illecito, occorre precisare che la responsabilità civile meramente compensativa lascia evidentemente scoperto il profitto conseguito dall'autore della violazione: tanto costituisce una conseguenza inaccettabile per l'ordinamento¹⁰⁸, che altrimenti si troverebbe a corrispondere un premio in denaro per l'inosservanza della legge, e apre inevitabilmente a una prospettiva di deterrenza rafforzata.

Particolarmente rilevante la precisazione, da parte della Corte di Cassazione, sulla non sufficienza della produzione di un utile in capo al trasgressore a seguito di un illecito aquiliano per invocarsi l'ingiustificato arricchimento, essendo piuttosto necessario che questa venga conseguita tramite una modalità particolare, ossia «quella di sfruttamento indebito di beni o risorse altrui». La coerenza interna della tesi

¹⁰⁶ Cass. ord. 23 aprile 2020, n. 8137.

¹⁰⁷ Cass. ord. 23 aprile 2020, n. 8137.

¹⁰⁸ È, d'altra parte, la stessa Suprema Corte che sembra ammetterlo: «la regola propria dell'illecito civile, secondo cui il risarcimento va commisurato al danno subito dal danneggiato, e non deve essere superiore a questo, potrebbe in ipotesi subire eccezioni quando l'illecito sia connotato dai presupposti propri dell'arricchimento senza causa, che sono, per l'appunto, quelli di una condotta di interferenza nei beni altrui, e di sfruttamento illecito delle loro potenzialità» (nostra l'enfasi).

sembra rafforzata dalla pertinenza delle norme citate – l’art. 1148 c.c. e l’art. 125, co. 3, cod. propr. ind. – allo sfruttamento di un diritto altrui.

Allo stesso tempo, se il divieto di ingiustificato arricchimento è condivisibilmente configurato nei termini di principio generale dell’ordinamento¹⁰⁹, non convince fino in fondo la delimitazione delle modalità della condotta, la quale potrebbe anzi favorire un aggiramento del principio medesimo per il tramite dell’adozione di comportamenti alternativi a quelli di sfruttamento attivo¹¹⁰.

Considerazioni di questo tipo mettono in luce l’inefficienza della responsabilità civile compensativa e richiedono all’ordinamento di apprestare soluzioni che non consentano il lucro del trasgressore per il tramite dell’infrazione delle regole giuridiche¹¹¹. È stato condivisibilmente notato che nel caso in cui l’illecito porti al trasgressore un guadagno in misura superiore al danno una condanna meramente risarcitoria non può svolgere alcuna funzione preventiva efficace: «se si vuole scoraggiare l’illecito occorre renderlo inutile affermando l’obbligo di restituire l’intero arricchimento ottenuto, eventualmente oltre la misura del danno cagionato»¹¹².

La tesi riportata compie una precisa - e, anzi, doverosa – scelta di campo. Invero, ben ci si potrebbe limitare a calcolare il pregiudizio non patrimoniale patito dalla vittima senza tenere in conto eventuali benefici percepiti dal trasgressore, ritenendo tale questione estranea al danno occorso e, pertanto, alle preoccupazioni dell’interprete del diritto civile. Tuttavia, un simile esito appare contrario all’equità sostanziale e all’effettività della tutela che dovrebbero muovere l’interprete.

Un caso giurisprudenziale particolarmente noto in questo filone di studi ha

¹⁰⁹ S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Danno e responsabilità civile*, cit., 19.

¹¹⁰ Si pensi, per esempio, al gestore di una piattaforma on-line che tolleri la pubblicazione, da parte degli utenti, di notizie false su personaggi famosi perché sa che questo si tradurrà in maggiori accessi al sito, a richieste di collaborazioni, pubblicità etc.

¹¹¹ Cfr. P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law* a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 167, sul caso in cui il danneggiante abbia conseguito un ritorno economico maggiore del danno, «che il convenuto ambirebbe, dopo averlo percepito, a trattenere per sé, ... che l’ordinamento potrebbe/dovrebbe ... pensare di togliere da quelle tasche (a meno di non voler incoraggiare il delitto – destinato a divenire a questo punto redditizio; nonché, quando la forbice sia prevedibile in anticipo, invogliante)».

¹¹² P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, cit., 109.

coinvolto Caroline di Monaco contro il quotidiano tedesco *Bunte* per la pubblicazione di un'intervista mai rilasciata dall'interessata al fine evidente di incrementare le vendite del giornale scandalistico¹¹³. Nei primi due gradi di giudizio, la lesione viene quantificata in 30.000,00 marchi tedeschi¹¹⁴. La controversia giunge innanzi al *Bundesgerichtshof* che, pur riconoscendo la grave violazione dei diritti della personalità tutelati dalla Carta fondamentale tedesca, peraltro motivata da un deplorabile fine di profitto¹¹⁵, e non una generica lesione immateriale, legge la vicenda esclusivamente all'interno del risarcimento del danno non patrimoniale, ritenendo che l'eventuale guadagno dovesse rappresentare un fattore da considerare nella decisione («*Bernessungsfaktor in die Entscheidung*»)¹¹⁶, ma escludendo l'operatività di istituti quali la restituzione degli utili o la diretta parametrizzazione della condanna al profitto conseguito¹¹⁷.

¹¹³ Caroline von Monaco I, 15 novembre 1994, BGHZ 128, 1, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 861, su cui per tutti v. G. WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, cit., 200 ss. Più in generale sulla tutela dei diritti della personalità nella stampa, C.-W. CANARIS, *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, 85 ss.; T.K. GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit comparé. Une introduction à la méthode comparative*, Limal, 2019, 546 ss.

¹¹⁴ J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, cit., 1936.

¹¹⁵ La Corte Suprema distingue tra il mero risarcimento del danno non patrimoniale e la più grave violazione dei diritti fondamentali della persona: «anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund».

¹¹⁶ Dal testo della sentenza: «eine Verurteilung zur Geldentschädigung ist aber nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, daß hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt zwar nicht, daß in solchen Fällen rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen ist, wohl aber, daß die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bernessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist».

¹¹⁷ Cfr. la riflessione di U. MAGNUS, *Punitive Damages and German Law*, cit., 253: «the amount of damages need not to fully correspond to the gain but should be felt by the infringer. Furthermore the amount is insofar limited as its extent must not unproportionally impair the freedom of the press, for instance by endangering the economic existence of the publishing wrongdoer». Peraltro, secondo l'autore, la violazione dei diritti della personalità è l'unico campo in cui la giurisprudenza tedesca apre più chiaramente a una prospettiva deterrente. Critico sulla sentenza è H. KOZIOL, *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, Wien, 2017, 62 s. che nota come nel caso di specie la Su-

La sentenza intende, però, riconoscere al risarcimento del danno un reale effetto inibitorio della commercializzazione dei diritti della personalità («*ein echter Hemmungseffekt auch für solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen*»), ammettendo che l'importo liquidato in precedenza fosse eccessivamente modesto. Proprio quest'apertura ha spinto una dottrina tedesca a riflettere sull'importanza della prevenzione nel sistema della responsabilità civile e sulla sua trascendenza da un paradigma meramente compensativo¹¹⁸.

Senza intendere risolvere in questa sede le numerose e complesse questioni legate all'ingiustificato arricchimento, ci si vuole soffermare su alcuni spunti che ruotano intorno allo sfruttamento a fini di profitto dei diritti della personalità.

Preliminarmente, dall'idoneità di parte dei diritti della personalità a essere utilizzati lecitamente a fini economici, come potrebbe darsi nel caso dell'immagine di un personaggio noto per interviste o pubblicità, deriva che dalla sua lesione possono derivare sia danni non patrimoniali (l'offesa all'onore, alla reputazione, alla privacy etc.) sia patrimoniali (in ipotesi, il mancato percepimento del corrispettivo pattuito per il rilascio di un'intervista, la negata percentuale sui prodotti pubblicizzati e venduti etc.)¹¹⁹. Si denota, pertanto, un'intricata commistione di conseguenze patrimoniali e non patrimoniali discendenti dal medesimo illecito che l'interprete deve cercare, per quanto possibile, di districare tra loro onde scongiurare il rischio – sempre presente in una materia fluida come quella in esame – di duplicazioni risarcitorie.

Un ulteriore profilo d'interesse inerisce gli specifici problemi di inquadramento dell'arricchimento ingiustificato nel campo dei diritti della personalità. Una teoria condivisa sia da interpreti italiani che tedeschi individua nella *negotiorum gestio* l'istituto dal quale dedursi un generale divieto di arricchimento¹²⁰, che, però, non sembra qui

prema Corte avrebbe dovuto applicare la figura dell'ingiustificato arricchimento, rilevando il «lack of preventive effect if advantages are greater than damage».

¹¹⁸ J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, cit., 1936 s.; ma v. anche I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, cit., 6 per la quale la prevenzione «als Hauptfunktion des Privatrechts etabliert».

¹¹⁹ Su questi temi, per tutti, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e "giusto rimedio" civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss.

¹²⁰ P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., 825. Nella dottrina tedesca, si richiama alla *negotiorum gestio* G. SCHIEMANN, § 249 BGB, cit., nt. 201.

del tutto pertinente, attesa la non ricorrenza di un ‘affare’ altrui da gestire, né l’*absentia domini*, cioè della vittima, dai diritti inerenti la sua propria persona¹²¹.

Ancora, neppure sembra del tutto condivisibile far rientrare nel danno i profitti ricavati per mezzo dell’illecito¹²². Nel caso riportato, il danno patito dalla principessa monegasca – ma lo stesso valga, evidentemente, per casi simili – consisteva nell’ingiustificata intrusione nei suoi diritti fondamentali, nella lesione della sua immagine, della privacy etc. Non può revocarsi in dubbio la rilevanza *per se* di una simile violazione, quand’anche il giornale scandalistico non avesse venduto una copia

¹²¹ Censurava l’operazione che portava a ricavare il principio generale dell’arricchimento ingiustificato dalla *negotiorum gestio*, criticandone precisamente l’estensione «(in senso improprio) a casi nei quali mancano taluni presupposti della gestione d’affari (in specie l’alienità soggettiva)» già L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1964, 418. Cfr. C.-W. CANARIS, *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, cit., 86: «zwar scheidet der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns wegen angemessener Fremdgeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB hier aus, weil in der Publikation eines erfundenen Interviews nicht die Führung eines Geschäfts des angeblich (!) Interviewten liegt, doch konnte ein Bereicherungsanspruch, insbesondere in Form der verschärften Haftung nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 i.V.m. § 281, u.U. durchaus einen zureichenden Schutz bieten».

¹²² Avverte di questa possibilità A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law* a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 17: «si tratta di togliere cioè spazio alla valenza compensativa, aumentando l’effetto di deterrenza. È in tale direzione che si è mossa la disciplina (della violazione) della proprietà industriale, ove appunto, con riguardo al risarcimento del danno, vengono conteggiati anche “i benefici realizzati dall’autore della violazione” (art. 125 cod. propr. ind.), con ciò confermando che viene ricompreso nel danno risarcibile anche il *quid pluris* ottenuto dal danneggiante ... Dal punto di vista più generale e sistematico, ove si ravvisi inconciliabile che il guadagno o l’arricchimento dal danneggiante possano essere considerati parte del danno subito dal danneggiato, non resta che concludere che tale ipotesi si colloca fuori (della fattispecie) della obbligazione risarcitoria, per qualificarsi, più propriamente, quale rimedio in funzione deterrente della stessa responsabilità civile». Nel diritto industriale, v. F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2015, 867, per la quale l’art. 125 cod. propr. ind. può qualificarsi come danno che supera uno schema compensativo e P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Riv. ind.*, 2005, 37 ss., che avvicina la retroversione al *disgorgement* anglosassone (38) e ne individua una ‘doppia anima’, ossia sanzionatorio-punitiva da un lato e preventiva dall’altro (43): l’autore si dimostra inoltre particolarmente attento all’inadempimento efficiente, ossia alla scelta di non adempiere un contratto in quanto economicamente preferibile a risarcire il danno alla controparte. Sulla cd. *efficient breach* nel diritto statunitense, per tutti cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1992, 117 ss.

e dunque non avesse tratto profitto dalla violazione. Un distinguo tra le due conseguenze anti-giuridiche è avvalorato dalle diverse modalità di calcolo: la lesione dei diritti fondamentali non può che determinarsi in via equitativa, mentre i profitti conseguiti da un illecito sono quantificati diversamente (es. qui potrebbe valorizzarsi il numero di copie vendute contenenti l'intervista mai rilasciata, il risparmio del compenso che il giornale avrebbe dovuto corrispondere a Caroline di Monaco per la suddetta intervista, etc.).

Il punto della questione è proprio questo: che, talvolta, l'utile è superiore al pregiudizio occorso e che questo determina il problema del trattamento giuridico da adottare.

Non è accettabile che il predetto utile possa rimanere al danneggiante, a meno di non voler incoraggiare simili comportamenti. Pare doversi evitare che il trasgressore ricavi un profitto ingiusto da una grave lesione della persona altrui con un'attenzione almeno pari a quella riservata al fatto che la vittima non si arricchisca in misura superiore al danno¹²³.

Ben limitata utilità svolge l'art. 2043 c.c., che non permette di recuperare il 'profitto' conseguente a un illecito e anzi consente la pianificazione del guadagno illecito¹²⁴. Il Codice civile si occupa nello specifico dell'arricchimento ingiustificato all'art. 2041 c.c., norma secondo la quale chiunque si sia arricchito a danno di un'altra persona senza una giusta causa è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.

L'art. 2041 non sembra, però, risolutivo nei casi d'interesse.

Un'autorevole dottrina precisa come l'articolo citato tratti dell'arricchimento senza causa, ma che da questo deve essere separato quello derivante da fatto ingiusto¹²⁵ non solo per la differente offesa ai valori dell'ordinamento, ben più grave nel caso in cui la nuova ricchezza derivi dall'illecito, ma anche in quanto l'art. 2041 c.c. presuppone il depauperamento della vittima, diversamente dall'arricchimento

¹²³ S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Danno e responsabilità civile*, cit., 19, ravvisa l'esistenza di un «principio» che impedisce l'arricchimento della vittima a seguito dell'applicazione di un rimedio civilistico.

¹²⁴ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 643.

¹²⁵ Per tutti, R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., 3.

mediante fatto ingiusto, *per se* rilevante¹²⁶. Ancora emblematico il caso di Caroline di Monaco: non può dubitarsi che la vittima non fosse stata interessata da alcuna diminuzione patrimoniale.

Anche ammettendo il ricorso all'art. 2041 c.c., tale norma non fornirebbe in ogni caso una risposta univoca sulla persona a cui spetterebbe il cd. plusvalore¹²⁷, ossia l'eccedenza «rispetto al valore del bene o alla prestazione altrui indebitamente conseguita»¹²⁸, peraltro occupandosi solo di tale minor valore e non del 'profitto' in generale¹²⁹.

Non condivisibile neppure la retroversione degli utili prevista all'art. 125 cod., co. 3, propr. ind., che tratta di una materia peculiare e non sembra idonea, di per sé, a fondare un discorso di carattere generale.

Problematico anche il richiamo alla principio della restituzione degli utili deducibile in via generale dal Codice: veniva proposta già alla fine degli anni Cinquanta la teoria per la quale chiunque abbia tratto profitto dalla lesione di un diritto altrui debba 'riversare' il proprio arricchimento, in via ulteriore rispetto al danno arrecato, a prescindere dal proprio stato di buona o malafede¹³⁰, alla quale si contrapponeva pochi anni dopo una seconda lettura che circoscriveva l'obbligo

¹²⁶ Ancora R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., 3.

¹²⁷ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 51 s. nota significativamente come la norma citata sia suscettibile di essere interpretata tanto a favore dell'assegnazione dell'utile all'usurpatore che alla conclusione opposta. Più recentemente, G. D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of Euro-pean Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, specie 372 s., ntt. 21-23.

¹²⁸ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 22.

¹²⁹ Una simile delimitazione apre a un ulteriore vuoto di tutela: G. D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 372, nt. 22: «pur considerando che il concetto di "diminuzione patrimoniale" di cui all'art. 2041 c.c. possa essere inteso in senso più ampio rispetto al danno (risarcibile) *ex lege Aquilia*, resta pur sempre in vita la possibilità che l'arricchimento sia (in ipotesi) superiore alla "diminuzione patrimoniale", e in tal caso anche l'azione *ex art.* 2041 c.c. lascerebbe questa porzione di arricchimento in capo all'usurpatore».

¹³⁰ R. SACCO, *L'arricchimento*, cit., specie 28 ss. deduce il principio in esame da numerosi obblighi restitutori presenti nell'ordinamento, tra cui quelli in materia di restituzione dei frutti al proprietario da parte del possessore (artt. 1148-50 c.c.), gestione degli affari altrui (art. 2032 c.c.), alienazione di un bene ereditario altrui (art. 535, 2 comma, c.c.) e di una cosa indebitamente ricevuta (art. 2038 c.c.).

restitutorio al responsabile in mala fede¹³¹. Non mancano, peraltro, impostazioni che, viceversa, negano l'operatività del principio della restituzione del profitto illecitamente conseguito¹³². Tra coloro che ammettono invece il rimedio, si distingue tra chi lo interpreta in chiave risarcitoria oppure restitutoria¹³³.

Nell'ordinamento italiano la condanna del responsabile alla restituzione degli utili, nel campo specifico dei diritti della personalità, andrebbe a concorrere (almeno in parte) col risarcimento del danno non patrimoniale più alto d'Europa aumentandolo ulteriormente con ricadute sull'innalzamento dei premi assicurativi¹³⁴; scelta comunque preferibile al lasciare tale ammontare al trasgressore.

Utili spunti di riflessione *de iure condendo* potrebbero provenire dal diritto comparato. Nel diritto statunitense, non tutti – o non interamente – i *punitive damages* vengono corrisposti al *plaintiff*, potendo invece essere percepiti dallo stato oppure da organizzazioni superindividuali di natura pubblica che si occupano di tutelare le vittime di illeciti analoghi¹³⁵. Soluzioni di questo tipo consentono di trovare un punto d'equilibrio tra la corresponsione alla vittima di una somma che esula dal danno subito, così arricchendola in modo ingiustificato, e il lasciare il profitto al trasgressore. Anche l'art. 1371 del *Projet Català* di riforma della responsabilità civile francese aveva ipotizzato che parte dei danni sovracompensativi potessero essere riversati alla

¹³¹ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 1149 ss. sulle motivazioni per cui si deve contenere il rilievo dell'arricchimento alle ipotesi di mala fede del responsabile.

¹³² P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, cit., 81.

¹³³ Per una panoramica della dottrina sul punto, cfr. G. D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 379 ss.

¹³⁴ V., per tutti, G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 1415: «il livello del risarcimento oggi esistente in Italia è il più alto in Europa, e non sembra opportuno aumentarlo in modo indiscriminato, anche perché l'aumento del risarcimento sarebbe finanziato da un ulteriore aumento dei premi assicurativi che anch'essi, e non a caso, sono i più alti in Europa».

¹³⁵ È il caso dei cd. *sharing* o *split-recovery of punitive damages awards*, conosciuti da molti stati nordamericani tra cui Colorado, Florida, Alaska, Indiana, Illinois e New York, talvolta in misura particolarmente consistente, fino al 60% dell'ammontare liquidato, come nel caso *Gordon v. State* (1986): sul punto, cfr. R.C. MEURKENS, *Punitive Damages*, cit., 76 ss. I casi in cui il giudice può assegnare una parte dell'importo a una persona diversa dal *plaintiff* sono, tra l'altro, tendenzialmente oggetto di precisa disposizione legale.

tesoreria dello stato¹³⁶. Chiaramente *de iure condendo*, occorre notare che qualora si ammettesse una simile prospettiva si dovrebbe individuare la percentuale lasciata alla vittima in misura tale da non disincentivarne l'azione giudiziale.

L'esperienza estera rimarca altresì la doverosità di trovare un rimedio alternativo al mero risarcimento che prevenga più efficacemente la convenienza economica derivante dalla commissione di un illecito. Nel *leading case* *Rookes v. Barnard*, che di fatto argina l'irrogazione degli *extraordinary damages* nel Regno Unito, significativamente venivano ancora consentiti per sanzionare la commissione di un illecito con il fine preordinato di trarvi profitto¹³⁷.

Tralasciando queste prospettive, quello che sembra difficile mettere in dubbio è l'interpretazione non compensativa dell'ingiustificato profitto del danneggiante che, per l'appunto, sfrutta una debolezza nel sistema della responsabilità civile riparativa per ricavare un utile economico da un'azione antiggiuridica.

Più incerta la natura della restituzione o riversione degli utili. Senza intendere qui concludere in modo definitivo sul punto, può dubitarsi della correttezza di una lettura schiettamente sanzionatoria¹³⁸. Togliere al responsabile un profitto illecito risponde, più che a un fine propriamente punitivo, all'esigenza di riportare in equilibrio un'inaccettabile asimmetria. Riprendendo qui un rilievo avanzato qualche pagina addietro, non ogni variabile che esuli dal danno deve automaticamente interpretarsi come indice di sanzione, ma solo in quanto concretizzi una precisa direzione afflittiva della condanna, che qui non si crede di ravvisare incontrovertibilmente e che sembra

¹³⁶ V. sul punto, C.B.P. MAHÉ, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, in *The Power of Punitive Damages*, cit., 275 s., la quale però riporta che la *Cour de Cassation* aveva rigettato la destinazione allo stato della condanna eccedente il danno, dichiarandosi invece a favore del loro trasferimento a *fonds d'indemnisation*.

¹³⁷ V. *Rookes v. Barnard* [1964] UKHL 1, relativo a condotte intimidatorie miranti a provocare il licenziamento di un lavoratore nell'ambito di relazioni sindacali particolarmente tese, col quale la *House of Lords* ricondusse le situazioni legittimanti nel Regno Unito l'irrogazione di risarcimenti sanzionatori a tre categorie: la prima contempla le condotte di abuso, arbitrarie o incostituzionali poste in essere da funzionari statali; la seconda punisce chi ha commesso un illecito con il deliberato fine di trarvi profitto; infine, la terza rimanda a ogni altro caso stabilito dalla legge.

¹³⁸ Sostenuta nel diritto industriale da P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili*, cit., 43, negata nella medesima materia da P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 644, nt. 3, il quale nota come il rimedio prescindendo dalla colpa grave o dal dolo del danneggiante.

invece rispondere a un intento restitutorio¹³⁹.

8. *Il diverso rilievo dell'azione dolosa o colposa nel quantum della condanna.*

Colpire più severamente il responsabile che dolosamente trasgredisca il precetto giuridico è un'argomentazione classica delle teorie che attribuiscono alla responsabilità civile una funzione sanzionatoria, nonché una costante di molti ordinamenti attuali e del passato: dai *delicta* del diritto romano¹⁴⁰ al raddoppio della condanna nell'antichità ellenica¹⁴¹, dai primi casi di *extraordinary damages* inglesi¹⁴² alla *malice* o *gross negligence* cui sono subordinati molti casi di *punitive damages* nordamericani¹⁴³.

¹³⁹ P. GALLO, *Pene private*, cit., 124, secondo la quale un «mero problema di determinazione del *quantum* non è ... indice del fatto che ci si muove in un contesto di pene private ... Può infatti iniziare a parlarsi di pene private solo quando ai fini della quantificazione vengono presi in considerazione fattori non strettamente attinenti all'entità del danno effettivamente inferito». A ciò va tuttavia aggiunto la finalità specifica di sanzionare il responsabile.

¹⁴⁰ Con la rilevante eccezione rappresentata dalla *lex Aquilia*, la quale trovava applicazione anche nel caso di *culpa levissima*. Sul delitto d'*iniuria*, qui d'interesse in quanto trattasi di danni gravi alla persona, cfr. cap. III.

¹⁴¹ U.E. PAOLI, voce *Danno. Diritto attico*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1957, 142 s.: «la misura del risarcimento è diversa a seconda che il danno recato è volontario o involontario; nel primo caso, il convenuto è condannato solo al pagamento della somma nella quale l'attore ha concretato il danno; nel secondo caso, avendo l'azione carattere penale, è tenuto a pagare il doppio»

¹⁴² Sul diritto inglese e la disciplina dei *torts*, cfr. J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, London-New York, 1996, in specie 77 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., 1 ss.; E. DELL'AQUILA, *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*, Milano, 1989; S. DEAKIN - A. JOHNSTON - B. MARKESINIS, *Tort Law*⁷, Oxford, 2012, 3 ss.; U. MATTEI - E. ARIANO, *Il modello di 'common law'*⁵, Torino, 2018, 291 ss. Il primo caso di *extraordinary damage* è comunemente ritenuto *Wilkes v. Wood*, datato 1763, nel quale alcuni funzionari imperiali sottoponevano l'attore a una perquisizione e un arresto illegali per avere pubblicato un articolo ritenuto diffamatorio nei confronti di Giorgio III, su cui E. DELL'AQUILA, *I principi*, cit., 47.

¹⁴³ Nel diritto contrattuale statunitense, i *punitive damages* vengono solitamente irrogati per sanzionare comportamenti commessi con *fraud*, mentre nella *Tort Law* in maggior parte nel caso di *intentional torts*: v. le statistiche riportate da R.C. MEURKENS, *Punitive Damages*, cit., 59 ss. Da una prospettiva più economica, sulle ragioni della sanzione degli *intentional torts* cfr. L. VISSCHER, *The Law and Economics of Punitive Damages, in The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, edited by L. Meurkens and E.

Nel contesto europeo, occorre segnalare l'interpretazione del danno non patrimoniale da uccisione dolosa di un congiunto nei termini di pena privata proposta da un'autorevole dottrina francese¹⁴⁴ e, più in generale, le riflessioni sulla funzione punitiva¹⁴⁵ che accompagnano la riforma della responsabilità civile d'oltralpe¹⁴⁶. In tal senso è, inoltre, particolarmente significativa una letteratura tedesca attenta al rapporto tra il grado della colpa del danneggiante e il maggior risarcimento nella violazione dei diritti della personalità¹⁴⁷. Anche parte degli interpreti italiani individua nella rilevanza del dolo del trasgressore un indice sanzionatorio¹⁴⁸, con il risultato che quando il danneggiante risponde in modo

Nordin, Cambridge, 2012, 483. In alcuni casi, la necessità del dolo del responsabile è affermata con particolare convinzione: cfr. per esempio *Nat'l By-Products, Inc. v. Searcy House Moving Co.* (1987), deciso dalla Corte Suprema dell'Arkansas, nella quale si afferma che i *punitive damages* sono giustificati solo quando se si prova che il convenuto abbia causato intenzionalmente il danno o con una tale consapevole indifferenza alle conseguenze da giustificare la misura.

¹⁴⁴ P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *Recueil D. Chronique*, 1954, 114, con specifico riferimento all'omicidio doloso: «qu'ils le fassent à titre de peine privée, quand l'auteur de la mort est gravement répréhensible, c'est-à-dire surtout au cas d'homicide volontaire, j'y consens». Non ha dubbi sull'afflato punitivo del danno morale G. RIPERT, *La règle morale*, cit., 367 ss.

¹⁴⁵ Ormai un classico nella letteratura francese è il contributo di S. CARVAL, *La responsabilité civile*, cit., 1995.

¹⁴⁶ Rigettata la proposta del *dommage punitif* – percepito come troppo simile al controverso istituto statunitense – gli interpreti francesi stanno vagliando l'introduzione dell'*amende civile*, figura che bilancia l'afflato sanzionatorio con la prevedibilità dell'importo. V. L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1860 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. impr.*, 2018, 1 ss.; D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. stud. leg.*, 2017, 1 ss.

¹⁴⁷ I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, cit., 446 ss., la cui attenta analisi della giurisprudenza tedesca parte dagli anni Sessanta. Ma v. anche W. GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, cit., 368 s. per il quale, richiamandosi in ciò agli studi di H. LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, § 7, IV, 2, il grado della colpa in una prospettiva indennitaria non provoca la minima differenza nel livello del risarcimento e il fatto che, invece, determini il livello del danno morale, rende quest'ultimo «abbastanza vicino ad un tipo di pena».

¹⁴⁸ V. tra gli altri E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2010, 93, a parere della quale la logica punitiva «implicherebbe il presupposto del reato o almeno della colpa

oggettivo risentirebbe in misura minore dell'effetto deterrente¹⁴⁹.

Quanto alle motivazioni che illuminano il più severo trattamento riservato al responsabile che volontariamente disattenda il comando giuridico, è innegabile la maggiore pericolosità dell'individuo che coscientemente cerchi l'infrazione del precetto giuridico, rispetto a chi colposamente lo trasgredisca.

Altrettanto evidente che l'azione dolosa determini maggiori aggravati per il sistema giuridico: la volizione dell'evento antiggiuridico non consente di confidare che un evento fortuito eviti il danno, come può accadere per atti di scassa diligenza o di disattenzione. Dalla pressoché certa produzione della lesione deriva un problema che richiede costi processuali e/o transattivi per essere definito, un incremento del carico per il sistema giudiziario in termini di nuovi procedimenti, oltre alle ricadute sul mercato assicurativo degli incidenti occorsi etc.¹⁵⁰.

Qui non sarà d'interesse il dolo come presupposto della fattispecie che legittima la liquidazione del danno non patrimoniale, ma come criterio che orienta la condanna in senso sanzionatorio, che emerge da più indizi.

Basti pensare alle ultime tabelle milanesi, che distinguono il reato colposo da quello doloso con ricadute su numerosi pregiudizi non patrimoniali collegati

nella regola che governa nell'*an* il risarcimento del danno non patrimoniale». Inoltre G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*³, Padova, 2005, 652 s. distingue tra danno cagionato con dolo dal responsabile (per esempio, nel caso di lesione alla reputazione), in cui può effettivamente instaurarsi «una correlazione tra la sanzione con funzione punitiva e l'intenzionalità di arrecare l'offesa da parte del danneggiato» e illeciti colposi, dove il fine del risarcimento è soddisfacente. V. già G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, 351 s.: «la pena è proporzionata all'elemento subiettivo, cioè al grado di colpevolezza dell'agente, mentre nello stabilire la quantità del risarcimento da prestarsi si tiene conto del solo ... danno effettivamente prodotto».

¹⁴⁹ Cfr. G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003, 294, specifica che «prevenzione del danno ed effetto deterrente della responsabilità civile, infatti, sono intimamente connessi a forme di responsabilità soggettiva, e, in ultima analisi, al presupposto delle 'colpa', così che l'agente risente in misura minore dell'effetto deterrente nei casi di responsabilità oggettiva, quando l'obbligo di risarcire il danno sorge indipendentemente da una colpa e da ogni valutazione in ordine alla diligenza del comportamento».

¹⁵⁰ Sulle maggiori ripercussioni "sociali" degli illeciti dolosi, tali da giustificare una più severa risposta a livello di ordinamento, cfr. P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *La funzione deterrente*, a cura di P. Sirena, cit., 159 ss. Sullo stesso tema, ampiamente, v. G.M.D. ARNONE - N. CALCAGNO - P.G. MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014.

all'illecito, come quello da diffamazione a mezzo stampa¹⁵¹ o da cd. perdita del rapporto parentale¹⁵².

Significativamente, nel caso di reato doloso il sistema tabellare prevede un'importante deroga alle garanzie di prevedibilità del risarcimento, equità e parità di trattamento di situazioni simili sul territorio nazionale di cui si fanno portavoce le tabelle milanesi in quanto si legittima il giudice a liquidare anche oltre gli indici tabellari¹⁵³ sulla base della «(di regola) maggiore intensità delle sofferenze patite in tali casi dal danneggiato»¹⁵⁴. In altre parole, sussisterebbe un rapporto diretto tra maggiore sofferenza morale della vittima e dolo del responsabile che legittimerebbe, in un'ottica riparativa, un più alto risarcimento.

Le considerazioni sopra esposte riproducono un'autorevole letteratura che da tempo rifiuta di interpretare la valorizzazione del dolo del responsabile nel *quantum* del risarcimento in termini sanzionatori, dipendendo unicamente dalla maggiore sofferenza della vittima¹⁵⁵.

¹⁵¹ Le tabelle milanesi riconoscono espressamente la rilevanza dell'«intensità dell'elemento psicologico in capo all'autore della diffamazione (se vi sia *animus diffamandi*, se il dolo sia eventuale)» (83), così l'edizione del 2021 delle Tabelle, reperibile online https://www.ordineavvocatomilano.it/media/allegati/uffici_giudiziari/TABELLE_DANNO_NON_PATRIMONIALE_2021/OssGiustiziaCivileMI%20-%20Tabelle%20milanesi_Danno%20non%20patrimoniale_ed-%202021.pdf.

¹⁵² Cfr. nota successiva.

¹⁵³ Così le tabelle milanesi: «laddove ... ricorrano tutti i presupposti per ravvisare la sussistenza di un reato doloso ovvero altri elementi eccezionali, il giudice *deve* aumentare o ridurre l'entità degli importi previsti in Tabella» (6), nostra l'enfasi.

¹⁵⁴ «Anche per il danno da perdita del rapporto parentale, vanno distinte le ipotesi integranti reati colposi o dolosi; la tabella si applica solamente alle prime. Nelle fattispecie in cui l'illecito sia stato cagionato con dolo, spetta al giudice valutare tutte le peculiarità del caso concreto e pervenire eventualmente ad una liquidazione che superi l'importo massimo previsto in tabella, in considerazione della (di regola) maggiore intensità delle sofferenze patite in tali casi dal danneggiato» (9), così ancora le tabelle meneghine, edizione 2021.

¹⁵⁵ C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento*, cit.: «in quanto l'interesse leso non ha natura economica, si è detto, la corresponsione di una somma di denaro non può reintegrare l'interesse leso dovrebbe pertanto dedursi che non si tratta di risarcimento del danno ma di una forma punitiva rapportata alla gravità del fatto. La deduzione non è giustificata ... La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato (È appena il caso di avvertire che questa funzione compensativa non è smentita dalla rile-

A una lettura di questo tipo possono muoversi diverse obiezioni, a cominciare da quella per la quale, a rigore, l'elemento soggettivo dell'agente non pertiene al danno cagionato, ma alla persona del responsabile.

L'estraneità del dolo al pregiudizio occorso si presta a un'interpretazione in chiave sanzionatoria: «mentre, in genere, il grado di colpa non influisce sulla quantità del risarcimento dovuto (sotto l'aspetto d'indennizzo la casa incendiata per colpa leggera costa lo stesso come se l'incendio fosse stato cagionato dolosamente), nel campo del danno morale le cose stanno diverse. Qui il grado della colpa è un fattore determinante per misurare le quantità del risarcimento dovuto, il che significa che il risarcimento qui non viene inteso come mera reintegrazione dei diritti violati ma anche come una sanzione con un certo carattere soddisfattivo, il che è abbastanza vicino ad un tipo di pena»¹⁵⁶.

Una conclusione di questo tipo viene invero rafforzata dall'esito di irrogare, per la medesima violazione, un risarcimento maggiore all'agente in dolo rispetto al responsabile colposo.

D'altra parte, il dolo pertiene alla persona del danneggiante, non al danno occorso: significativamente, nell'affermare la radicale incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico dell'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione nel 2007 respingeva ogni tentativo di equiparazione dell'istituto nordamericano al danno non patrimoniale domestico in quanto in quest'ultimo «l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante»¹⁵⁷. Al contrario, che il colpevole sia o meno in dolo è una variabile pertinente alla sua persona.

Inoltre, va rilevata la fallacia dell'automatismo che porta a considerare il dolo del trasgressore rientrante nel danno *sub specie* del maggior dolore della vittima. Un'equivalenza di questo tipo si basa su un assunto fondato logicamente, ma, quanto all'applicazione pratica, produttivo di esiti poco condivisibili. Non si crede risponda alla realtà dei fatti che la sofferenza di un genitore per la perdita di un figlio (per ipotesi anche che minore e convivente) in un incidente stradale colposo sia in ogni

vanza che assume la gravità del fatto poiché la gravità del fatto aggrava la lesione morale subita dal danneggiato)».

¹⁵⁶ W. GRUNSKY, *Il concetto della pena privata*, cit., in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, cit., 368.

¹⁵⁷ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183.

caso automaticamente inferiore a quella, per esempio, del coniuge il cui partner morisse in un illecito doloso, magari considerando che i due si erano da tempo allontanati e conducevano vite separate¹⁵⁸.

Confutato l'automatismo tra dolo del responsabile e maggior sofferenza (quindi maggior risarcimento) della vittima, vanno indagate le reali ragioni sottese alla differenziazione in base al grado della colpa del trasgressore, che in una prospettiva meramente compensativa appare eterodossa.

A riprova della finalità punitiva della più severa condanna irrogata al responsabile in dolo si rileva la privazione della garanzia rappresentata dalle tabelle meneghine, che significativamente legittimano il giudice a superare gli indici tabellari nel caso di reato doloso¹⁵⁹.

Il complessivo lavoro degli indici menzionati porta alla conclusione, difficilmente giustificabile in un'ottica strettamente compensativa, del più severo trattamento riservato al responsabile di illeciti particolarmente gravi, dunque dell'operare di un fine sanzionatorio¹⁶⁰.

Va, infine, precisato come l'art. 1917, co. 1, c.c. precluda al responsabile in dolo di richiedere l'intervento dell'assicurazione per le conseguenze del suo agire¹⁶¹.

¹⁵⁸ Un esempio che smentisce l'automatismo del maggior dolore nel caso di un illecito doloso può essere rappresentato dal caso Thyssenkrupp, nel quale hanno perso la vita sei operai per le operazioni di disinvestimento sulla sicurezza dello stabilimento torinese. Il ruolo dei dirigenti del gruppo tedesco è stato qualificato dalla Corte d'Assise d'Appello di Torino e dalla Corte di Cassazione nei termini di un delitto colposo che, allo stesso tempo, ha originato un risarcimento di quasi tredici milioni di euro. Per un commento a Cass. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343, cfr. R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.

¹⁵⁹ Così di recente Cass. ord. 13 dicembre 2019, n. 32787: «... la Corte di merito non ha considerato se il fatto illecito violento, di natura dolosa, da cui è derivata la lesione alla persona, meriti una particolare e separata valutazione in termini di danno morale, e la fattispecie dunque integri le ipotesi particolari che giustificano, in ipotesi, anche uno sconfinamento dai parametri ordinari».

¹⁶⁰ Così anche C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485 ss., per il quale, «in caso di fatto illecito doloso, e che sia produttivo di un danno morale, la condanna del responsabile» ha «in concreto anche una funzione sanzionatoria», in quanto produce «un effetto deterrente avverso la reiterazione di comportamenti analoghi».

¹⁶¹ V. tuttavia recentemente, Cass. 20 agosto 2018, n. 20786, che ha escluso che l'assicurazione possa avvalersi del primo comma dell'art. 1917 c.c. nel caso di incidente stradale doloso, pur affrettandosi a precisare che la circolazione stradale costituisce un settore peculiare nel sistema della responsabilità civile dove prevale la solidarietà verso il danneggiato.

Rilevava già un'autorevole dottrina tedesca che una sanzione coperta dall'assicurazione non può definirsi tale in quanto non viene pagata dal colpevole¹⁶²: *a contrario*, nel caso di specie questa costituisce ulteriore riprova del fine affittivo che informa il risarcimento del danno nel caso del dolo del responsabile.

9. *Segue. Responsabilità oggettiva e polifunzionalità.*

Data l'intima connessione tra il dolo dell'agente e l'irrogazione della sanzione poc'anzi esposta, non desta particolare stupore la negazione della polifunzionalità nelle ipotesi di cd. responsabilità oggettiva¹⁶³.

Le molte e difficili questioni sottese ai motivi per i quali l'ordinamento allochi un danno su un soggetto determinato senza possibilità per quest'ultimo di andare esente da responsabilità esulano in gran parte dagli scopi di una ricerca, com'è quella che qui si conduce, sulla quantificazione sanzionatoria della condanna civile. Nella quasi totalità dei casi, allocazioni di questo tipo traggono origine da una vicinanza qualificata tra il responsabile effettivo e l'individuo che risponde dell'illecito (si pensi al genitore che paghi per il danno del figlio minore) e, più in generale, rispondo a ragioni di tipo economico richiedenti che in ogni caso qualcuno paghi per l'illecito prodottosi, anche in società stratificate e complesse come quelle postindustriali nelle quali l'accertamento della responsabilità individuale può essere notevolmente complicato.

L'apparente incompatibilità tra polifunzionalità e responsabilità oggettiva può invece essere ripensata a partire da alcune considerazioni.

Innanzitutto, alla responsabilità oggettiva è ascrivibile una valenza preventivo-deterrente molto più marcata di quella che connota il paradigma risarcitorio. Anche quest'ultimo mira indubbiamente a scoraggiare il consociato dal commettere azioni

¹⁶² G. WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, cit., 207: «Eine ‚Strafe‘, die nicht vom Schuldigen getragen wird, ist keine Strafe mehr».

¹⁶³ Per tutti, per particolare chiarezza, V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2014, 586, afferma che la funzione sanzionatoria - che ha l'obiettivo di punire il responsabile per un suo comportamento riprovevole - «ha senso nei soli casi in cui la responsabilità deriva da un illecito, consistente nella violazione di una norma», sicché, nei casi di responsabilità oggettiva, «non ha molto senso parlare di funzione sanzionatoria della responsabilità civile».

antigiuridiche con la minaccia del risarcimento, ma nel caso della responsabilità oggettiva l'agente è consapevole che non gli sarà possibile – o lo sarà solo molto difficilmente, in quanto gravato di una *probatio diabolica* – andare esente da responsabilità, e pertanto impiegherà un'attenzione certamente maggiore nell'evitare conseguenze dannose.

In secondo luogo, per alcune previsioni di responsabilità oggettiva sembra emergere la volontà statuale di colpire comportamenti particolarmente riprovevoli. Non ci si riferisce, chiaramente, al caso del proprietario di animale chiamato a risarcire il danno da questo prodotto, ma a condotte gravemente pregiudizievoli per la società.

Un esempio potrebbe essere offerto dalla responsabilità del titolare o del responsabile del trattamento dei dati discendente *per se* dalla mera violazione delle norme del GDPR – significativamente, il legislatore europeo non precisa se detta violazione debba o meno essere colpevole – e dal fatto che su quest'ultimo incomba l'onere di dimostrare che la trasgressione non gli è «in alcun modo» imputabile¹⁶⁴.

La scelta del diritto comunitario si spiega con l'intento di colpire biasimevoli condotte di cd. profilazione degli utenti¹⁶⁵ senza il consenso di questi ultimi¹⁶⁶ al fine di adattare l'offerta commerciale alle esigenze o alle preferenze del destinatario

¹⁶⁴ Art. 82 GDPR: «2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile».

¹⁶⁵ V. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 106 ss. Anche E.C. PALLONE, *La profilazione degli individui connessi a Internet: privacy online e valore economico dei dati personali*, in *Cybersp. e dir.*, 2015, 295 ss.

¹⁶⁶ Metteva in luce già S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 461 che «il problema pratico più rilevante ... riguarda le ipotesi in cui alla prestazione del consenso venga subordinata dalla controparte la conclusione del contratto o la prosecuzione del rapporto. Da un lato, infatti, sarebbe agevole affermare che non può considerarsi libero il consenso prestato da chi non poteva fare a meno del bene o del servizio offerto dalla controparte. Dall'altro, non sembra ipotizzabile un obbligo a contrarre in capo a chi ritiene indispensabile per lo svolgimento della propria attività il trattamento dei dati dei partner contrattuali».

dell'offerta¹⁶⁷. Considerando che i dati personali sono legati a doppio filo a numerosi diritti della personalità – l'identità personale, la riservatezza, il nome etc. – è evidente che una loro cessione a terzi per motivi di lucro concretizzi una riprovevole forma di commercializzazione della persona a cui tali dati sono riferibili.

In altre parole, il sistema di responsabilità individuato dal GDPR non mira soltanto a colpire il singolo titolare del trattamento dei dati che non tuteli la privacy degli utenti, ma soprattutto una condotta diffusa tra una determinata categoria di persone con finalità general-preventive e general-deterrenti.

La scelta del legislatore europeo non è neutra, ma sembra diretta a sanzionare un comportamento illecito adottando un regime probatorio particolarmente severo per l'asserito responsabile.

L'intento afflittivo dell'ordinamento è, insomma, realizzato attraverso la sostituzione delle usuali regole di responsabilità con la predisposizione di un regime speciale di responsabilità particolarmente sfavorevole all'agente in punto di onere probatorio. Correlativamente, una disciplina di questo tipo incentiva l'azione da parte dell'utente perché, per l'appunto, il rischio di causa di non riuscire a dimostrare che la violazione delle norme del GDPR non gli è in alcun modo imputabile grava sul titolare del trattamento. Trattandosi di posizioni omogenee, inoltre, giacché appare quantomeno improbabile che un *internet service provider* ceda illecitamente i dati di un singolo utente, sembra possibile ipotizzare un ricorso alla cd. *class action*.

10. *La reiterazione dell'illecito.*

La reiterazione dell'illecito denota una forma più intensa di dolo¹⁶⁸.

La volontaria e ripetuta causazione del medesimo illecito pone il tema della

¹⁶⁷ Il Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento risalente al 2014 ha vietato l'utilizzo di cd. cookies di profilazione da parte dei gestori di siti internet, senza previa informazione agli utenti (provvedimento 8 maggio 2014, *Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie*, reperibile sul sito internet www.garanteprivacy.it, doc. n. 3118884). Più in generale sul tema, A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in *Dir. inf.*, 2012, 781 ss.

¹⁶⁸ Fuor di dubbio che non rilevi qui il caso del responsabile disattento che, colposamente, infranga a più riprese il medesimo comando giuridico.

particolare pericolosità dell'agente, che potrebbe essere motivata da varie ragioni, quale la rispondenza a un disegno preordinato dove la serie di illeciti ha un significato preciso – in ipotesi, il datore di lavoro che per prassi licenzi la lavoratrice incinta ritenendolo economicamente preferibile a sostenere le spese legate alla maternità, come anche la ripetuta pubblicazione su un giornale scandalistico di notizie false riguardanti un personaggio famoso particolarmente 'in voga' – oppure manifesta una maggiore insofferenza al rispetto delle regole giuridiche.

La ripetizione del medesimo illecito trova espressa considerazione in alcune ipotesi peculiari, tra cui quella di confine rappresentata dall'ingiuria depenalizzata¹⁶⁹, e in fattispecie più classiche come il danno da diffamazione¹⁷⁰, il danno all'autodeterminazione¹⁷¹, la condotta del genitore che ostacoli ripetutamente l'affidamento del minore, colpito dalle previsioni (in ordine di gravità crescente) dell'art. 709 *ter* c.p.c., e il risarcimento del danno da reati cd. abituali, ossia che presuppongono ripetute violazioni per essere rilevanti, come nel caso dei maltrattamenti familiari.

Una riflessione preliminare concerne la doverosità o meno per l'interprete del diritto civile di farsi carico di simili questioni: nulla potrebbe obiettarsi a una visione che consideri ogni illecito come a sé stante e si limiti a risarcirne il relativo pregiudizio. Allo stesso tempo, occorre rilevare il formalismo di una chiave di lettura di questo tipo, oltre alla verosimile inadeguatezza a prevenire comportamenti nei

¹⁶⁹ L'art. 5, d. lgs., 7/2016, sui criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria civile irrogata in caso di dolo del responsabile dell'aggiunta in aggiunta al risarcimento del danno, prende in espressa considerazione la reiterazione dell'illecito e individua all'art. 6 precisi indici temporali che permettono di affermarne il carattere reiterato. Occorre precisare la destinazione alla Cassa delle ammende della sanzione pecuniaria civile, il che sembra declinare la misura citata più in chiave amministrativa che non civilistica.

¹⁷⁰ L'edizione del 2021 delle cd. tabelle milanesi individua il carattere ripetuto della diffamazione come elemento di discriminazione tra una diffamazione di modesta e di media o elevata gravità. La distinzione produce immediati riflessi dal punto di vista della quantificazione del danno, in quanto diffamazioni medie e gravi possono essere liquidate rispettivamente da 21.000,00 a 30.000,00 euro, e da 31.000,00 in su.

¹⁷¹ Sempre le tabelle milanesi del 2021 considerano come danno all'autodeterminazione di eccezionale entità, pertanto legittimante una liquidazione superiore a 20.000,00 euro, quello in cui si verifici una gravissima violazione dell'obbligo informativo «ad es.: nessuna informazione fornita per plurimi trattamenti sanitari eseguiti» (76).

confronti dei quali, evidentemente, il mero risarcimento del danno non riesce a spiegare un vero effetto deterrente.

Nel caso della reiterazione si assiste a una maggiore intensità del dolo del responsabile, pertanto si richiamano qui tutti i motivi per i quali, nel paragrafo precedente, si è interpretata la gradazione del risarcimento in base alla colpevolezza dell'agente in chiave sanzionatoria. Fuor di dubbio che una lesione plurima aggravi il danno della vittima legittimando così un maggiore risarcimento. Tuttavia, non sembra possibile scindere una più severa condanna del responsabile da un afflato sanzionatorio a causa della più intensa volizione del risultato antiggiuridico da parte del danneggiante.

L'utilizzo polifunzionale della reiterazione di una condotta riprovevole è particolarmente evidente nell'art. 709 *ter* c.p. per quanto concerne il danno spettante al minore, qualificato in termini espressamente punitivi da una giurisprudenza di merito: «deve aggiungersi che il meccanismo sanzionatorio disegnato dall'articolo 709 *ter* c.p.c., anche con specifico riferimento alle misure risarcitorie, va letto, da un lato, in ragione della sua funzione di dissuasione indiretta, sotto tale profilo volta a scoraggiare il protrarsi della situazione di inadempimento, e, dall'altro, in chiave punitiva (cd. danni punitivi)»¹⁷².

Preme sottolineare non solo che al risarcimento del danno la giurisprudenza richiamata attribuisce espressamente una finalità punitiva del responsabile – considerazione, questa, non del tutto condivisibile da un punto di vista dogmatico per l'ottica qui adottata, nella quale al risarcimento è assegnato il compito di riparare al danno –, ma anche che il meccanismo dell'art. 709 *ter* c.p.c. serve ad evitare la reiterazione di condotte gravemente pregiudizievoli poste in essere dal genitore nei confronti dei figli: se si trattasse di una condotta episodica, a nulla varrebbe il richiamo al fine di dissuasione.

¹⁷² Cfr. Tribunale di Roma, Sez. I civ., 4 giugno 2019, n. 11776 e Tribunale di Roma, Sez. I civ., 26 settembre 2019, n. 18202, entrambe in *Danno resp.*, 2020, 523 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitiva/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.* Le sentenze, tra l'altro,

11. *Quantificazione dei danni da reato e mancata prevedibilità della decisione.*

Un afflato più marcatamente afflittivo del responsabile si ravvisa nella liquidazione dei danni da reato che, come rilevato nel capitolo precedente, hanno rappresentato il primo caso di risarcibilità della lesione immateriale¹⁷³.

Una dottrina ha precisato come una funzione più precisamente punitiva presuppone nell'*an* il riscontro di un illecito penalmente rilevante, o almeno della colpa¹⁷⁴. A ciò occorre aggiungere che in talune di queste ipotesi – ossia quando la vittima del reato ricorra esclusivamente in sede penale, chiedendo al giudice anche il risarcimento del danno – la gravità del fatto, e dunque la misura della condanna pecuniaria, viene accertata tenendo conto dei criteri dell'art. 133 c.p., la cui natura punitiva non può revocarsi in dubbio.

Valga precisare che nel diritto civile, il cd. danno da reato può essere liquidato a prescindere dal riscontro di una fattispecie penale punibile in concreto – ossia perseguibile dal punto di vista criminale qualora il reato risulti completo di tutti gli elementi necessari –, potendo pertanto essere irrogato anche qualora, per esempio, si sia ravvisata la mancanza di una condizione di procedibilità, come la querela¹⁷⁵. In tal

¹⁷³ Nel rimandare al cap. V per più approfondite riflessioni sul punto, si richiama qui la riflessione di F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1938, 57, il quale ancora nella vigenza del Codice precedente (ma una prima affermazione del risarcimento del danno da reato si ritrova già nel Codice penale, all'art. 185 c.p.) rilevava un «cumulo di sanzioni contro l'atto illecito» penalmente rilevante per l'operare congiunto degli strumenti del diritto penale e civile. Valga precisare che La Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942, Roma, 1943, 182, n. 803, in *consiglienzaforense.it*, notava, sulla portata dell'art. 2059 c.c., che la coscienza giuridica riteneva «soltanto nel caso di reato ... più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo». Sul danno da reato, v. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*², Padova, 2006, 239 ss.; M. MANISCALCO, *L'azione civile nel processo penale*, in *La prova e il "quantum" nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, I, Milanofiori Assago, 2008, 239 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*³, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2019, 72 ss.

¹⁷⁴ Per E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale*, cit., 93, la logica punitiva «implicherebbe il presupposto del reato o almeno della colpa nella regola che governa nell'*an* il risarcimento del danno non patrimoniale».

¹⁷⁵ Precisa G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 242, che l'art. 185 c.p. è norma eventuale in quanto non basta l'esistenza di un reato a determinare l'obbligo di risarcimento, ma è necessario che

caso, il giudice civile valuta la gravità del fatto con gli strumenti che gli sono propri, ai quali tuttavia non possono dirsi del tutto estranei parametri sanzionatori per i motivi esposti nelle pagine precedenti. Invece, nel caso in cui un reato sussista e venga accertato in sede penale, il giudizio di gravità segue i criteri individuati dall'art. 133 c.p. riflettendosi anche sul calcolo del risarcimento, per l'appunto dipendente dalla gravità della fattispecie¹⁷⁶.

La giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente nega tuttavia l'attitudine sanzionatoria del danno non patrimoniale da reato, come di recente precisato nell'ambito di un decesso verificatosi a seguito di infortunio sul lavoro; fattispecie integrante al contempo un'ipotesi penalmente rilevante¹⁷⁷. Il giudice di prime cure, nel quantificare il risarcimento spettante alla moglie e alla figlia dell'uomo, si discosta dalle tabelle milanesi condannando l'assicurazione e il datore di lavoro della vittima al pagamento di una somma maggiore rispetto a quella da queste ultime individuata, riconoscendo inoltre esplicitamente, in un inciso motivazionale, l'esistenza di una componente punitiva nella liquidazione del danno non patrimoniale.

La Corte d'Appello, invece, defalca dal *quantum* individuato dal giudice di primo grado la «componente punitiva non prevista dal nostro ordinamento giuridico», diminuendo in misura considerevole – anzi, per la verità dimezzando – l'ammontare spettante ai parenti del *de cuius*.

da questo derivi un danno. Per contro, qualsiasi tipo di reato, anche contro il patrimonio, è suscettibile di produrre un pregiudizio non patrimoniale e lo stesso si dica per le contravvenzioni (251 ss.). Per accedere a tale risarcimento non è, poi, neppure necessario, secondo l'opinione maggioritaria, che l'illecito penale sia in concreto punibile, essendo sufficiente l'astratta prevedibilità del fatto come reato. È, quindi, rimasta minoritaria l'opinione di chi, come G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 318 ss., ritiene che il reato debba intendersi in senso tecnico, ossia punibile, in quanto completo di tutti i suoi elementi.

¹⁷⁶ Espressamente App. Lecce, Sez. pen., 13 novembre 2015, n. 1736, per la quale in caso di azione civile esercitata nel processo penale è consentito al giudice «stabilire in relazione al caso concreto se debba valorizzarsi la funzione sanzionatoria della pronuncia risarcitoria, meno astretta alla concreta entità del danno ... ovvero la funzione compensativa e riparatoria, più strettamente legata alla prova del *quantum* del danno...».

¹⁷⁷ Cfr. Cass. 29 ottobre 2019, n. 27590. Per un commento alla sentenza, sia consentito il rinvio a S. ROMANÒ, *Danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento. Note a margine di Cass., 29 ottobre 2019, n. 27590*, in *Giur. it.*, 2021, 63 ss.

Chiamata a prendere posizione sul punto, la Corte di Cassazione sostiene una lettura compensativa dell'art. 2059 c.c. Nel richiamare i principi che governano il risarcimento del danno non patrimoniale, la pronuncia ribadisce che «la liquidazione deve rispondere ai principi dell'integralità del ristoro» e che eventuali personalizzazioni devono effettuarsi al fine di realizzare la «maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento».

Occorre rilevare che la cd. personalizzazione del pregiudizio, che poteva prestarsi a fuga dalle tabelle milanesi, è stata recentemente circoscritta a casi del tutto eccezionali, evidentemente per contenere l'importo dei risarcimenti e rafforzando un'interpretazione riparativa del danno biologico, ma, va da sé, di gran parte del sistema del danno non patrimoniale, atteso che molti pregiudizi immateriali sono direttamente riconducibili a una lesione della salute¹⁷⁸.

Rimane però confermato dalle ultime tabelle meneghine, edizione 2021, l'esonero del rispetto dei valori tabellari nel caso di un reato doloso, nel quale può essere valorizzato qualsiasi elemento e anche superare gli importi indicati per i cd. danni da reato.

Il fatto che anche la giurisprudenza romana segua la medesima posizione di quella meneghina¹⁷⁹ fa emergere dall'ordinamento nel suo complesso una maggiore intolleranza per la dolosa causazione di un illecito penale, di fatto precludendo al responsabile la garanzia della prevedibilità della decisione con il duttile argomento della gravità dell'azione anti-giuridica.

¹⁷⁸ Icasticamente Cass. civ. 11 novembre 2019, n. 28988: «le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'*id quod plerumque accidit* (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento» e ribadisce che la personalizzazione richiede «circostanze “specifiche ed eccezionali”, tempestivamente allegate dal danneggiato». Sulla personalizzazione, v. R. PARDOLESI, *Sofferenza morale e contorsioni tabellari*, in *Danno resp.*, 2021, 13 ss. Anche A. GARIBOTTI, *Le principali variabili incostanti della quantificazione del danno non patrimoniale alla persona: funzione sanzionatoria e personalizzazione*, in *Danno resp.*, 2016, 527 ss.

¹⁷⁹ Anche Trib. Roma 7 febbraio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 920 ss.: «risulta essere stata elaborata una tabella valida solo nel caso di decesso a causa di reato colposo non essendo valida la stessa tabella per i reati dolosi per i quali il giudice sarà libero di aiutare tutte le peculiarità del caso concreto e, potrà pervenire ad una liquidazione che superi la percentuale (*rectius* l'importo) massimo tabellare».

12. *Segue. L'estinzione del reato tramite il risarcimento del danno nel nuovo art. 162 ter c.p.*

La lettura punitiva che informa almeno in parte il danno da reato trova ulteriore conferma a mente della possibilità per l'imputato di estinguere il reato tramite il risarcimento del danno prevista dall'art. 162 *ter* c.p.¹⁸⁰, introdotto con l. n. 103/2017.

L'art. 162 *ter* c.p. stabilisce che nei reati perseguibili a querela¹⁸¹ il giudice dichiara l'estinzione del reato quando l'imputato abbia riparato interamente il danno con le restituzioni o il risarcimento del danno e abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. La normativa afferma, inoltre, che il risarcimento del danno possa essere riconosciuto anche in seguito a offerta reale *ex* artt. 1208 ss. c.c., formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

In una ricerca sulla funzione sanzionatoria nel diritto civile, si stima di particolare interesse l'affermazione legislativa del risarcimento del danno all'offeso come condotta riparatoria attraverso la quale potersi ottenere l'estinzione del reato. Invero, per un verso avvalorata la costruzione del risarcimento del danno come rispondente a un giudizio di gravità condotto secondo i criteri dell'art. 133 c.p., ampiamente estranei a una logica riparativa; per l'altro, riscrive parte dei rapporti sistematici tra diritto civile e penale, muovendo nella direzione di un dialogo interdisciplinare e parallelamente allontanandosi dalla netta separazione di funzioni ancor oggi sostenuta da molti giuristi continentali.

¹⁸⁰ Su cui v., tra i primi commenti, D.N. CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. Pen.*, 2017, 13 luglio 2017; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10, 1274 ss.; R.G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia*, 20 giugno 2017; G. AMARELLI, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p. Profili politicocriminali, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative*, in *Studium Juris*, 2017, 4 ss.; R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1 ss.

¹⁸¹ Valga precisare che tale causa di estinzione del reato è esclusa quando la querela non sia soggetta a remissione (come nel caso dei reati di violenza sessuale) ed è parimenti inapplicabile all'art. 612 *bis* c.p. (atti persecutori, cd. *stalking*) per effetto dell'art.1, co. 2, l. n. 172/2017.

Specie dopo la depenalizzazione del 2016¹⁸², quella in esame sembra una riforma rispondente allo scopo di attribuire al diritto penale il ruolo di *extrema ratio*¹⁸³ e al potenziamento di strumenti rimediali alternativi al processo criminale, al contempo mirando un effetto deflattivo.

Se per il d.lgs. 7/2016 si può dubitare di essere all'interno di uno schema di responsabilità propriamente civilistico, specie a mente della destinazione alla Cassa delle ammende di parte della condanna pecuniaria, qui, dato il richiamo espresso del legislatore a un istituto centrale nel diritto privato com'è il risarcimento del danno, non pare potersi avanzare un simile dubbio.

Si impone invece all'interprete di confrontarsi con una direzione specifica che viene impressa alla responsabilità civile da mutamenti che si verificano in altri settori dell'ordinamento.

Tanto la rilevanza di condotte riparatorie successive al reato, come per l'appunto il risarcimento del danno, quanto la depenalizzazione di figure il cui portato offensivo è ormai mutato dall'introduzione del Codice penale a oggi vanno considerati fenomeni giuridici tutt'altro che passeggeri, anzi destinati a riproporsi nel prossimo futuro. Nella misura in cui ci si riferisca, come nel caso dell'art. 162 *ter* c.p., al risarcimento del danno e dunque al diritto privato, alla responsabilità civile viene in parte attribuito dal legislatore il compito di un'adeguata reazione a simili condotte.

L'aspetto da ultimo toccato merita una precisazione.

Non si intende sostenere che il diritto civile debba farsi carico dei compiti del diritto penale, né che l'interprete debba limitarsi alla ratifica delle linee evolutive dell'ordinamento, come la depenalizzazione dal diritto penale al diritto civile e non più amministrativo. Tuttavia, né i cambiamenti in altri settori dell'ordinamento possono considerarsi privi di effetto in una materia per molti versi di confine come la responsabilità civile¹⁸⁴, né può tralasciarsi il fatto che il diritto penale non possa farsi

¹⁸² Più in generale sull'opera di depenalizzazione nella quale si collocano i d. lgs. 7 e 8/2016, v. A. POMPEI - M. GUERRA, *Depenalizzazione e particolare tenuità del fatto: i reati abrogati, i nuovi illeciti amministrativi e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 2016.

¹⁸³ Sull'*extrema ratio* cfr. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

¹⁸⁴ Sul fatto che le tendenze evolutive del diritto penale non siano prive di significato sul piano del diritto privato v., per l'ordinamento tedesco, le chiare riflessioni di I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, cit., 6 sul cambiamento che l'autrice ravvisa nella responsabilità civile: «befördert

efficientemente carico della tutela dei diritti della personalità. L'indeterminatezza e il carattere mutevole di simili situazioni giuridiche non consentono l'operatività dei principi costituzionali cui deve sottostare il diritto penale, in particolare quelli di legalità e tassatività.

Vanno integralmente condiviso il pensiero di Bricola, per il quale il diritto privato è l'unica branca del sistema giuridico cui può essere demandata la protezione di una materia mutevole come quella dei diritti della personalità¹⁸⁵, rilievo significativamente condiviso anche da una dottrina tedesca¹⁸⁶. A ciò si aggiunga che, qualora si irrigidisse anche la responsabilità civile in schemi para-penalistici si consoliderebbe un vuoto di tutela definitivo in corrispondenza di simili diritti.

Da un punto di vista sistematico, il ricorso al diritto penale deve rimanere l'*extrema ratio* e questo non solo (o non tanto) per ragioni deflative del processo criminale, ma soprattutto per un'esigenza di effettività dell'ordinamento¹⁸⁷: è noto che nei reati puniti con una pena detentiva non superiore a tre anni il trasgressore non sconterà mai la detenzione, sicché, al posto della 'minaccia' della reclusione, protrattasi per un numero imprecisato di udienze e infine puntualmente disattesa, colpire più direttamente il responsabile con il pagamento di un ammontare soddisfacente per la vittima e sanzionatorio di una condotta riprovevole può ritenersi una scelta di politica del diritto più efficace e condivisibile, anche dal punto di vista

wird dieser Meinungsumschwung im Privatrecht durch neuere Entwicklungen im Bereich des Strafrechts: Dort erstarkt das Lager derjenigen, die zwar anders als auf dem Höhepunkt der abolitionistischen Tendenzen der Siebziger Jahre nicht mehr für eine Abschaffung des Strafrechts plädieren, wohl aber im Zuge der Ruckbesinnung auf die ultima-ratio-Funktion der Kriminalstrafe für eine Teilverlagerung der derzeit dem Strafrecht zugewiesenen Aufgaben ins Privatrecht eintreten».

¹⁸⁵ Più ampiamente, anche cap. VII, § 12.

¹⁸⁶ J. NEUNER, *Das Schmerzensgeld*, cit., 585: «die Situation verkompliziert sich allerdings bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, weil und sofern diese nicht strafbar sind und das Strafrecht demzufolge keine abschreckende Wirkung zu entfalten vermag».

¹⁸⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 90 s., sulla distinzione tra efficacia, attributo della norma, ed effettività, che si riferisce al potere: «potere effettivo è il potere che riesce ad ottenere il risultato proposto; norma efficace è la norma osservata od eseguita». L'esigenza di effettività citata in corpo di testo è tributaria di quest'accezione, in quanto si riferisce all'operare sinergico dei poteri dello stato per l'ottenimento di (per la lettura qui sostenuta) auspicabili obiettivi di politica del diritto, ossia la collocazione sistematica del diritto penale come *extrema ratio* e il potenziamento di strumenti civilistici rimediali più efficaci.

dell'economia processuale.

Notava, infatti, un'autorevole interprete del diritto penale che «se la pena è un male, pure un male è il risarcimento, il quale in alcuni casi affligge l'autore dell'illecito anche più dolorosamente della stessa pena»¹⁸⁸. Ebbene, l'art. 162 ter c.p. sembra muoversi precisamente in questa direzione.

13. Il limite della compensazione nel caso dell'illecito grave con danno futile: cenni all'illecito trattamento dei dati personali.

La teoria compensativa tradizionale mostra limiti significativi nel caso di danni di entità modesta, per non dire futili, che seguano però a illeciti gravemente riprovevoli.

Pregiudizi di questo tipo sarebbero, infatti, risarciti poco o nulla se il paradigma compensativo non venisse corretto per prevenire efficacemente il comportamento da cui ha origine.

Può richiamarsi a titolo esemplificativo l'indebito utilizzo di dati personali dall'art. 82 del Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, cd. *General Data Protection Regulation* (d'ora in avanti anche solo GDPR)¹⁸⁹. Il danno richiamato dalla norma sembra potersi qualificare come pregiudizio *in re ipsa* in quanto trae origine e fondamento dalla condotta di illecito utilizzo dei dati personali alla quale segua l'ingiusta lesione di un interesse meritevole di tutela dell'individuo dei cui dati personali si tratta¹⁹⁰; tesi sostenuta anche nella vigenza della normativa precedente al

¹⁸⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*³, Milano, 1955, 572.

¹⁸⁹ V. l'art. 82, co. 1, GDPR: «chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento».

¹⁹⁰ Su art. 82 GDPR e danni *in re ipsa* si veda il lavoro monografico di E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, 247 ss.; considerazioni riprodotte anche, più sinteticamente, in ID., *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1115 ss., e ID., *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE in Danno resp.*, 2020, 435: «si ritiene al contrario ulteriore elemento di specialità rispetto alla normativa comune proprio l'applicazione dell'ingiustizia del danno *in re ipsa* in ragione della semplice violazione delle regole di condotta conformativa previste dal GDPR».

regolamento europeo¹⁹¹. Ma è evidente che l'uso illecito dei dati personali altrui formi tutt'uno con il serio *vulnus* arrecato ai diritti fondamentali dell'interessato, primo tra tutti la riservatezza, altrimenti non potrebbe neppure dirsi posta in violazione delle norme del GDPR.

La risarcibilità del danno derivante dall'illecito trattamento dei dati personali sconta innanzitutto un problema probatorio: l'offeso può solo allegare la parte della condotta di cui ha diretta manifestazione, ossia, per esempio, la ricezione di comunicazioni e-mail indesiderate dopo avere comunicato a un *internet service provider* il proprio indirizzo di posta elettronica, ma non in che termini ciò sia avvenuto, a chi siano stati ceduti i propri dati, e a chi eventualmente riceduti etc.¹⁹². Non potendo ricostruire l'articolazione della condotta, il danneggiato, nel momento in cui agisce in giudizio, neppure può provare l'effettivo danno patito, eppure il danno viene liquidato tenendo prevalentemente conto della gravità dell'infrazione, più che dell'entità del pregiudizio.

Il nodo probatorio viene dunque sciolto dal legislatore europeo alleggerendo l'onere gravante sulla vittima, per la quale sarà sufficiente allegare il segmento di illecito di cui ha avuto diretta manifestazione, traslando la parte più gravosa sull'*internet service provider* convenuto. Su quest'ultimo, una volta evocato in giudizio, incombe l'onere di dimostrare di avere agito conformemente al Regolamento se vuole andare esente da responsabilità e che la violazione «non gli è in alcun modo imputabile» (art. 82 n. 3 GDPR)¹⁹³, a meno di non subire gli effetti della mancata o

¹⁹¹ Nella vigenza della normativa previgente – ossia dapprima l.n. 675/1996, e poi d.lgs. 196/2003, cd. Codice Privacy – lo avevano già rilevato V. ROPPO, *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno resp.*, 1997, 663 ss. ed E. LUCCHINI GUASTALLA, *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 632 ss.

¹⁹² Il fatto che la tutela del GDPR sia invocabile anche per una sola mail non richiesta non è un'iperbole di chi scrive, ma un caso realmente accaduto: un avvocato riceveva un'e-mail pubblicitaria indesiderata al suo indirizzo professionale e agiva in giudizio per il risarcimento del danno. V. S. KORCH, *Verfassungsrechtliche Notbremsung einer Fehlentwicklung*, cit., 979: «er wird nämlich regelmäßig nicht wissen, ob und wie die Daten missbräuchlich verwendet wurden. Deshalb werden in der Literatur Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr vorgeschlagen».

¹⁹³ La traslazione dell'onere probatorio è rafforzata dal disposto dell'art. 82, n. 3, GDPR, per il quale «il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile»: è dunque il convenuto che deve dimostrare di aver agito conformemente alle regole del Regolamento.

insufficiente contestazione. Significativa è, a tal fine, anche la previsione della responsabilità solidale per l'intero ammontare di ciascun titolare o responsabile del trattamento dei dati personali, in caso siano più d'uno (art. 82 n. 4 GDPR)¹⁹⁴.

C'è, poi, un secondo e rilevante problema, almeno per quanto concerne il diritto italiano, ossia la soglia di rilevanza dell'art. 2059 c.c. che, come noto, richiede un pregiudizio non bagatellare conseguente a una grave violazione dei diritti fondamentali della persona. Sempre prendendo il caso dell'utente-destinatario di comunicazioni di posta elettronica non richieste, si può dubitare che alla ricezione di alcune e-mail indesiderate possa attribuirsi gravità tale da invocare l'art. 2059 c.c. e, più in generale, che possa configurarsi come danno risarcibile.

È però certamente grave la violazione che lo origina, l'illecito consumatosi 'a monte', specie considerando che l'illecito trattamento di dati personali è suscettibile di produrre gravi violazioni di diversi diritti della personalità, come la riservatezza, l'identità personale, l'immagine, il nome etc.¹⁹⁵.

La scelta del legislatore europeo si spiega non solo alla luce dell'intima connessione dei dati personali con la tutela della persona umana, ma anche del fatto che le cessioni di dati altrui sono spesso motivate da fine di lucro, inquadrandosi nelle pratiche commerciali di cd. profilazione degli utenti volte ad adattare l'offerta alle preferenze del singolo e incrementare così le vendite.

Il fine di lucro, di per sé indice di dolo, assume quindi qui particolare rilevanza

¹⁹⁴ Art. 82, n. 4, GDPR: «qualora più titolari del trattamento o responsabili del trattamento oppure entrambi il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento siano coinvolti nello stesso trattamento e siano, ai sensi dei paragrafi 2 e 3, responsabili dell'eventuale danno causato dal trattamento, ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento è responsabile in solido per l'intero ammontare del danno, al fine di garantire il risarcimento effettivo dell'interessato».

¹⁹⁵ Senza pretesa di esaustività, v. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 582 ss.; G. ALPA, *Privacy*, in *I precedenti, la formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, 2000, 259 ss.; G. ALPA - G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2006; *La protezione dei dati personali* a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 2007; V. ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, I, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 495 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.; D. AMRAM - G. COMANDÈ, *Tort Damages for Non-Economic Losses: Methodological Approaches for Comparative Analysis Served by New Technologies*, in *Comparative Tort Law*², edited by M. Bussani and A.J. Sebok, Cheltenham-Northampton, 2021, 351 ss.

per la biasimevole ‘commercializzazione’ della persona – *rectius*, di parte della persona – che mira a realizzare.

Tutti questi elementi spiegano l’abbandono degli schemi risarcitori classici sia per quanto riguarda l’onerare probatorio, sia per quanto concerne la condanna del danneggiante, che discende immediatamente dalla violazione delle regole del GDPR.

14. *Condanna alla pubblicazione della sentenza nell’era di internet e ‘riparazione’ del danno.*

Sosteneva Emilio Betti relativamente all’*actio iniuriarum* – il rimedio processuale con cui il diritto privato romano sanzionava con una condanna economicamente afflittiva le offese alla persona – che il vero residuo della primitiva *vindicta* non stava tanto nella *poena* pecuniaria che l’*actio* voleva conseguire, ma nel carattere infamante dell’azione. L’*infamia* era una sanzione di diritto pubblico solitamente comminata a seguito di un processo criminale e in pochi casi di illeciti privati particolarmente gravi, che limitava la capacità di agire del condannato, lo escludeva da alcune cariche politiche, come quella senatoria, e da uffici privati, quali quello tutelare, oltre a comportare altre limitazioni su cui ci si è già soffermati¹⁹⁶.

Lo spunto di riflessione offerto dell’autore va colto. Il marchio infamante derivante dall’aver commesso una violazione privatistica di speciale serietà rende pubblica una vicenda tra privati con importanti conseguenze sulla considerazione che del responsabile hanno i consociati.

Nell’ordinamento italiano, una vicenda processuale tra due parti viene condivisa all’esterno tramite la condanna alla pubblicazione della sentenza di condanna prevista, in via generale, dall’art. 120 c.p.c., per il quale la pubblicazione della pronuncia può essere richiesta a istanza di parte e disposta «nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno» mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione in una o più testate giornalistiche, radiofoniche e

¹⁹⁶ E. BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. Anno Accademico 1918-1919*, Camerino, 1919, 229 s. Sull’*infamia*, v. cap. III, § 10.

in siti internet indicati dal giudice anche con riferimento alle spese – nonché alla condanna per lite temeraria – di cui all'art. 96 c.p.c.¹⁹⁷.

Colpisce l'affermazione che la condanna a un *facere* irrogata in aggiunta a quella pecuniaria ripari il danno, unitamente alla considerazione per la quale una condanna di questo tipo è particolarmente importante nelle offese alla persona, che può così vedere pubblicamente ristabilita la sua immagine: non a caso, Caroline di Monaco nel caso giurisprudenziale richiamato poc'anzi chiedeva la pubblicazione della sentenza sulla rivista che aveva diffuso l'intervista inventata.

Questo è, forse, un aspetto che la condanna pecuniaria non può ottenere perché si esaurisce in uno scambio tra due parti private che, peraltro, ha un peso differente a seconda delle capacità patrimoniali del soggetto tenuto al versamento.

Diversamente, qualora si pubblichi la vicenda su un quotidiano a tiratura nazionale l'affermazione della colpevolezza del trasgressore ha, per la vittima, un particolare significato di rivalsa.

Il principio dell'integrale riparazione si basa sull'assunto che qualsiasi lesione, anche quelle che non hanno un valore di mercato, sono traducibili in denaro e che il pagamento dell'importo così individuato la risarcisca. La circostanza che in alcuni casi sia importante rendere pubblico l'esito della vicenda processuale è, però, indice dell'opposta conclusione per la quale una condanna pecuniaria non è sempre sufficiente a rimediare al pregiudizio.

Significativamente, il successivo art. 140, co. 1, lett. c), cod. cons. abbandona il riferimento alla 'riparazione' per sostenere che la pubblicazione della sentenza possa contribuire a «correggere o eliminare» gli effetti delle violazioni accertate. La previsione in esame rileva non solo in quanto si allontana da un'ottica riparativa, ma anche perché sarebbe, a rigore, superflua. Il disposto dell'art. 120 c.p.c. non contiene delimitazioni particolari quanto alle pronunce delle quali può essere chiesta la pubblicazione e, pertanto, non sarebbero sussistite ragioni per escludere le sentenze rese a favore di un gruppo di consumatori.

¹⁹⁷ Art. 120 c.p.c.: «nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, compreso quello derivante per effetto di quanto previsto all'articolo 96, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione, nelle forme specificamente indicate, in una o più testate giornalistiche, radiofoniche e in siti internet da lui designati».

Il Codice del consumo, istituito con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, fa proprio uno strumento già esistente che, per vicende di interesse superindividuale e nell'era di internet, ottiene l'effetto peculiare di dare particolare rilevanza comportamenti in danno dei consumatori e di intaccare così la reputazione commerciale dell'impresa responsabile.

L'anno successivo all'introduzione del cd. Codice del consumo il legislatore italiano disciplina la materia dell'antitrust *inter alia* disponendo in materia di pubblicità ingannevole la pubblicazione del provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi anche 'AGCM'), nonché, eventualmente, di una speciale dichiarazione rettificativa «per impedire che la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito continuino a produrre effetti» (art. 8, co. 8 d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145). In punto di pratiche commerciali ritenute scorrette, «l'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti» (art. 27, co. 8, d.l. 2 agosto 2007, n. 146).

La disciplina in materia di antitrust conferma che lo strumento della pubblicazione sia particolarmente temuto dalle imprese e, difatti, non stupisce che venga utilizzato dall'AGCM nella cornice di una disciplina schiettamente sanzionatoria – basti considerare le numerose e pesanti sanzioni amministrative che può comminare l'Autorità – per impedire la prosecuzione di comportamenti dannosi in un'ottica superindividuale. Detta pubblicazione serve, chiaramente, anche da monito per imprese che intendano realizzare condotte analoghe a quelle vietate, le quali sono avvertite che non ne sarà tollerata l'esecuzione.

Tornando alla pubblicazione della sentenza nel processo civile, si osservano due profili principali di rilevanza del rimedio in esame.

Il primo consiste nel fatto che l'intimazione alla pubblicazione del provvedimento sembra configurarsi come una condanna tecnicamente ultra-compensativa: la parte pecuniaria della sentenza risarcisce il danno patito dalla vittima, ma il trasgressore viene obbligato a fare qualcos'altro – a sue spese, quindi con ulteriore detrimento patrimoniale – oltre la compensazione del danneggiato.

In secondo luogo, come si diceva, il fatto che la parte chieda al giudice di condannare il responsabile alla pubblicazione della pronuncia è indice del fatto che il denaro non produce sempre un effetto pienamente soddisfacente della pretesa di giustizia della vittima, specie in quanto sia stata lesa pubblicamente la sua dignità.

Rispetto al 1940, però, è cambiato radicalmente il mondo dell'informazione. La pubblicazione odierna è cosa del tutto differente dalla pubblicazione cui pensava il legislatore nel momento in cui fu introdotto l'art. 120 c.p.c.: lo strumento di internet, cui tutti hanno accesso, rende le conseguenze della diffusione di un comportamento illecito diffuse anche molto oltre i confini nazionali e percepibili da un numero pressoché illimitato di persone. Peraltro, al contrario del giornale cartaceo l'articolo internet può essere reperito in pochi minuti anche a distanza di molti anni dal fatto, tanto da porsi il tema del cd. diritto all'oblio.

A fronte di queste riflessioni ben si comprende perché la pubblicazione sia particolarmente temuta dalle imprese e specie da soggetti di capacità economica illimitata (es. Facebook, Amazon, Google, Apple etc.) per i quali nessuna condanna pecuniaria, per quanto d'ammontare rilevante, potrebbe costituire una conseguenza preoccupante quanto la perdita della reputazione commerciale.

15. *Le funzioni della liquidazione del danno non patrimoniale alla persona partendo da alcune variabili problematiche.*

Tra le numerose questioni che ruotano attorno al danno non patrimoniale, particolarmente dibattuta è la possibile declinazione polifunzionale dell'istituto, con cui ora ci si confronta dopo avere analizzato i principali problemi di risarcibilità e i parametri di liquidazione più controversi dell'art. 2059 c.c. nella pratica giudiziale.

In letteratura sono state proposte le ricostruzioni più disparate, dalla lettura esclusivamente risarcitoria sino a quella che legge l'istituto in esame come una pena privata¹⁹⁸. La varietà delle letture degli interpreti è favorita dal silenzio del legislatore che, senza precisare in che cosa consista il danno non patrimoniale, si limita ad affermarne la risarcibilità nei casi previsti dalla legge, oggi peraltro profondamente

¹⁹⁸ Si affronteranno le principali teorie avanzate per descrivere le funzioni dell'art. 2059 c.c. al cap. VII, §§ 2-4.

mutati dalla stesura della norma.

La giurisprudenza maggioritaria nega che il risarcimento del danno possa interpretarsi in senso sanzionatorio¹⁹⁹ e, per quanto concerne più precisamente il danno non patrimoniale, afferma che a quest'ultimo debba essere ascritta una «natura non sanzionatoria, ma solo riparatoria o consolatoria»²⁰⁰.

Tuttavia, fu per prima la Corte Costituzionale con sentenza dell'Andro ad aprire alla possibilità che l'art. 2059 c.c. assolvesse (anche) a una funzione sanzionatorio-deterrente²⁰¹.

Una lettura di questo tipo trova, oggi, numerose conferme in variabili di calcolo del danno grave alla persona eterodosse in un paradigma meramente compensativo in quanto esulanti dal danno, nonché in alcuni casi di risarcimenti d'ammontare talmente elevato che arduamente non potrebbero definirsi esemplari²⁰².

¹⁹⁹ Cass. 5 luglio 2017, n. 16601: la natura polifunzionale della responsabilità civile, pur affermata nella sentenza, «non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

²⁰⁰ Cass. Sez. Un. 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno resp.*, con nota di M. FRANZONI, *Danno tanatologico... meglio di no*. La concezione che esprime si trova in linea di continuità con quanto sostenuto da Cass. 5 luglio 2017, n. 16601. Più di recente, Cass., 29 ottobre 2019, n. 27590, con nota di S. ROMANÒ, *Danni non patrimoniali da reato*, cit., 63 ss. al quale sia consentito il rinvio per qualche riflessione in più sul danno non patrimoniale da reato.

²⁰¹ Dal testo della sentenza: «dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al Codice Civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito». Sempre la stessa pronuncia ha messo bene in luce il dilemma liquidativo che si trova ad affrontare il giudice nel momento della quantificazione del pregiudizio immateriale, in quanto da un lato deve rilevarsi la necessità di uniformità pecuniaria di base che assicuri che lo stesso tipo di lesione non sia valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto; dall'altro, tuttavia, non possono dimenticarsi elasticità e flessibilità per adeguare la liquidazione all'effettiva incidenza della menomazione sulle attività della vita quotidiana.

²⁰² Cfr. R. CARLEO, *Punitive damages*, cit., 267, che, tra diversi casi rilevanti, ricorda la sentenza Trib. Bologna, 10 ottobre 2014, in *Danno resp.*, 2015, 713 ss., con commento di M. FRANZONI, *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*, con cui, trentaquattro anni dopo la strage del 2 agosto 1980, nella quale persero la vita ottantacinque persone, Mambro e Fioravanti sono stati condannati al pagamento di un risarcimento per danno non patrimoniale «arrecato all'identità e all'immagine dello Stato italiano» di ben 2 miliardi, 134 milioni e 273 mila euro (cioè una somma mille volte superiore a quella

Dallo studio delle funzioni dell'art. 2059 c.c. partendo dai fattori di calcolo della condanna che si discostano dal pregiudizio occorso emerge che nella liquidazione del danno grave alla persona convivono risarcimento, nella parte che si fa carico propriamente di riparare il pregiudizio occorso, e sanzione, nell'eccedenza rispetto al danno.

Non sembra sostenibile una lettura meramente compensativa e neppure solo soddisfattiva della norma basata sull'equivalenza tra risarcimento e gravità del fatto, a meno di non far assumere al principio dell'integrale riparazione un significato del tutto differente dall'originale facendovi rientrare qualsivoglia parametro, anche i più lontani alla lesione occorsa, per continuare ad affermare formalisticamente il principio dell'integrale riparazione del danno. Non esiste torsione monofunzionale della gravità della lesione che consenta di interpretare in un'ottica compensativa la valutazione del contesto sociale nel *quantum* del risarcimento, e lo stesso dicasi per gli altri parametri di calcolo esposti nelle pagine precedenti.

Nonostante non si possa dubitare che il risarcimento del danno si faccia portavoce di una funzione deterrente in quanto la minaccia del dover ripagare il pregiudizio cagionato disincentiverebbe la commissione dell'illecito²⁰³, il principio *'tout le dommage, rien que le dommage'* può andare incontro a limiti significativi, come hanno dimostrato gli studi sul cd. inadempimento efficiente²⁰⁴ e, più in generale, la possibilità di ricavare un utile da un comportamento antiggiuridico.

Vuoti di tutela di questo tipo non possono considerarsi ammissibili quando si tratti dei diritti fondamentali dell'individuo in ragione della posizione apicale della tutela persona negli ordinamenti contemporanei.

Il fenomeno della condanna sanzionatoria va letto nella cornice di altri fenomeni sistematici, come la crescente depenalizzazione – e per di più dal diritto penale al

conseguibile, con conseguenze di “impossibilità” di azione, anche a causa della misura gigantesca dell'imposta di registro)».

²⁰³ Cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 391: «anche ammesso che pena e risarcimento differiscano essenzialmente tra loro ... nessuno possa negare che anche il risarcimento rappresenta un male per il soggetto al quale è addossato, in quanto costituisce per lui una perdita di beni economici».

²⁰⁴ Con inadempimento efficiente si intende qui riferirsi alla decisione di infrangere una norma giuridica in quanto la sopportazione delle conseguenze dannose è economicamente preferibile al rispettare la legge. Sul punto, per tutti, R.A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, cit., 117 ss.

diritto civile, come avvenuto nel 2016 – e l'art. 162 *ter* c.p., che indica un chiaro e condivisibile obiettivo di politica legislativa, ossia quello di lasciare la pena come *extrema ratio*²⁰⁵. Il restringimento dell'area del penalmente rilevante e, per converso, l'estinzione di alcuni reati tramite la liquidazione dell'art. 2059 c.c., oltre all'apertura polifunzionale delle Sezioni Unite del 2017, non sono privi di conseguenze sul piano del diritto privato²⁰⁶.

Anzi, richiedono all'interprete una riflessione sull'esercizio della potestà sanzionatoria nel diritto civile e sulle condizioni a cui ciò avvenga, oltre che sulle garanzie a tutela del consociato, tra cui quella fornita dal principio di proporzionalità²⁰⁷.

Una sola via non sembra percorribile, ed è quella che rifiuti qualsiasi istanza afflittiva come estranea al diritto privato per il mantenimento indiscriminato del paradigma meramente compensativo come unico schema risarcitorio.

Un rifiuto di questo tipo non è condivisibile sia perché, per quanto qui d'interesse, pretende di non accorgersi dell'utilizzo di variabili liquidatorie che, proprio in quanto esulano dal danno, esprimono un chiaro intento sanzionatorio sia per le numerose inefficienze di cui ha dato prova l'integrale compensazione, messe in luce nelle pagine precedenti.

²⁰⁵ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, V, 8. Il maestro penalista individua un convincente argomento sistematico conseguente all'ampliamento della sanzione di diritto civile: «la prospettiva di un incremento delle alternative (civilistiche) di tutela consente di dare corpo alla tendenza ad attribuire al diritto penale un ruolo di *extrema ratio* (concezione sussidiaria del diritto penale)».

²⁰⁶ Sul fatto che i cambiamenti cui va incontro il diritto penale non siano privi di significato sul piano del diritto privato v., per l'ordinamento tedesco, le riflessioni di I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, cit., 6: «befördert wird dieser Meinungsumschwung im Privatrecht durch neuere Entwicklungen im Bereich des Strafrechts: Dort erstarkt das Lager derjenigen, die zwar anders als auf dem Höhepunkt der abolitionistischen Tendenzen der Siebziger Jahre nicht mehr für eine Abschaffung dem Strafrechts plädieren, wohl aber im Zuge der Ruckbesinnung auf die *ultima-ratio*-Funktion der Kriminalstrafe für eine Teilverlagerung der derzeit dem Strafrecht zugewiesenen Aufgaben ins Privatrecht eintreten».

²⁰⁷ *Amplius*, cfr. cap. VII, § 15.

VII

DALLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE DELLA CONDANNA SANZIONATORIA PER I DANNI ALLA PERSONA: MOTIVAZIONI SISTEMATICHE

SOMMARIO: 1. Dalla struttura alla funzione della liquidazione sanzionatoria del danno alla persona. 2. L'art. 2059 c.c. come risarcimento, riparazione o indennizzo. 3. L'art. 2059 c.c. come pena privata. 4. L'interpretazione polifunzionale dell'art. 2059 c.c. 5. La liquidazione del danno non patrimoniale come complicazione di pena e risarcimento. 6. Principali criticità derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave sanzionatoria: la collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c. e il problema delle garanzie. 7. Il problema della collocazione sistematica del danno non patrimoniale nel Codice civile. 8. Problematiche ulteriori derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave afflittiva: il mancato rispetto del principio di legalità. 9. Legittimità costituzionale della mancata predeterminazione legislativa del *quantum* della sanzione civile. 10. Deterrenza nel diritto civile e paradosso della punizione non deterrente nel diritto penale: considerazioni sistematiche e riflessi sul danno non patrimoniale. 11. Ulteriori considerazioni sistematiche: (im)prevedibilità della sanzione civile e deterrenza. 12. Considerazioni sistematiche sull'effettività civilistica della tutela della persona. 13. Tutela della persona e significato non solo economico della deterrenza. 14. Imprevedibilità della liquidazione sanzionatoria del danno non patrimoniale, certezza e incertezza del diritto. 15. Una sanzione senza garanzie? Il ruolo dirimente del principio di proporzionalità.

1. *Dalla struttura alla funzione della liquidazione sanzionatoria del danno alla persona.*

Nei capitoli precedenti, le problematiche inerenti all'*an* e al *quantum* della liquidazione del danno non patrimoniale, dunque alla struttura della condanna prevista all'art. 2059 c.c., si sono intrecciate alla questione della finalità dell'istituto, che ora si affronta in maniera organica.

Già dall'analisi delle ipotesi meritevoli della tutela dell'art. 2059 c.c. e, in particolare, dall'originario rimando, tramite l'art. 185 c.p., alla branca del diritto cui è demandata la punizione del responsabile, la riflessione dell'interprete verte inevitabilmente sul perché della liquidazione.

La presente ricerca, come si è visto, si è concentrata in misura particolare sul rinvenimento di criteri di calcolo della condanna che, esulando dal danno occorso, parimenti si allontanano da un'ottica risarcitoria: lo studio delle variabili di quantificazione aliene al pregiudizio non è fine a sé stesso, ma serve per approcciarsi al pro-

blema funzionale dell'art. 2059 c.c. dopo averne ricostruito l'operatività nel diritto vivente.

In altre parole: è il criterio di calcolo della condanna che concretizza la funzione del rimedio.

In letteratura si distinguono tre ricostruzioni principali volte a spiegare le funzioni del danno non patrimoniale.

A una teoria tradizionale che interpreta l'art. 2059 c.c. entro un'ottica compensativa¹ si contrappone una lettura polifunzionale della norma² e, infine, una terza corrente che attribuisce all'istituto in esame natura di pena privata³.

Il discrimine principale tra le diverse impostazioni corre lungo la negazione o, viceversa, l'affermazione del portato afflittivo della condanna per il danno non patrimoniale: tra quanti ne sostengono una finalità punitiva, va distinta la voce che si riferisce precisamente alla pena privata, in quanto allude a una peculiare modalità sanzionatoria.

Specie dopo le Sezioni Unite del 2008, un punto fermo nella questione riguarda la finalità consolatorio-satisfattiva attribuita all'art. 2059 c.c., ormai generalmente riconosciuta dagli interpreti⁴.

La liquidazione del danno non patrimoniale è motivata da una lesione qualificata alla persona fisica o morale della vittima e, pertanto, proprio la soddisfazione della vittima distingue condanne di questo da tutte quelle irrogate per altri danni, specie patrimoniali⁵, che non toccano l'offeso su un piano così personale, come riconosciuto anche dalla dottrina tedesca⁶ e francese⁷.

¹ Cfr. cap. VII, § 2.

² V. cap. VII, § 3.

³ Cfr. cap. VII, § 4.

⁴ Su cui v. per tutti M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 726 ss.

⁵ V. M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 115. Inoltre, G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 4 ss., sul fatto che tra le funzioni del danno non patrimoniale deve essere «scartata quella intrinsecamente risarcitoria, poiché il danno non patrimoniale è una modificazione peggiorativa di un bene socialmente apprezzabile che non si può, per definizione, prestare ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro».

⁶ Cfr. H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachten für den 45. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1964, I, specie 149 ss. ove distingue tre funzioni nel risarcimento del danno non patrimoniale: accanto alla compensazione, l'autore dedica

Per quanto il fine satisfattivo permei la condanna *ex art.* 2059 c.c. e la distingue dal risarcimento propriamente inteso, va, però, rifiutata la lettura che lo identifica come un sinonimo di punizione⁸.

La soddisfazione dell'offeso concerne l'istanza di giustizia espressa dalla vittima per il carattere intimo e personale del danno subito. Al contrario, la punizione riguarda il responsabile⁹, e si concretizza propriamente quando quest'ultimo sia colpito con una condanna superiore al danno causato.

particolare attenzione alla soddisfazione (*die Genugtuung*, 149 ss.) e alla punizione (*die Strafe*, 156 ss.). Inoltre, ID., *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Ius Privatum Gentium*. *Festschrift für Max Rheinstein*, II, herausgegeben von E. von Caemmerer, S. Mentschikoff und K. Zweigert, Tübingen, 1969, 569 ss., specie 579 ss. V. anche G. WAGNER, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, in *ZeUP*, 2000, 203, per il quale la soddisfazione dell'offeso si collocherebbe in una zona grigia tra la compensazione e la sanzione: «kann festgehalten werden, daß der Geldersatz für immaterielle Schäden seit jeher in einer Grauzone zwischen Strafe und Schadensersatz angesiedelt ist, wobei unklar bleibt, welcher der verschiedenen Strafzwecke mit der Pönalfunktion angesprochen wird». Sul fine satisfattivo della condanna, v. già un'autorevole giurisprudenza tedesca, segnatamente BGH 06.07.1955, GSZ 1/55, su cui A. SLIZYK, *Handbuch Schmerzensgeld*⁷, München, 2021, 19: «durch die vom BGH damals in den Leitsätzen seines Beschlusses normierten Bestimmungen wurde die Rechtsnatur des alten, bis zum 31.7.2002 anzuwendenden § 847 BGB neu definiert. Der Anspruch sei – so der BGH – gerade kein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch ganz eigener Art mit *Doppelfunktion* und „solle dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten *Genugtuung* schuldet für das, was er ihm getan hat“» (nostra l'enfasi). L'autore avverte che il BGH, accanto all'ammontare del danno, affermava doversi considerare anche «die weiteren Kriterien wie Maß des Verschuldens, wirtschaftliche Verhältnisse der beiden Teile».

⁷ Cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Paris, 2004, 215 s.

⁸ Per tutti, A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi collegi*, Padova, 2004, 85, «il termine “riparazione”, o altri analoghi (“*satisfaction*”, “*consolation*”, “*solatium*”), non individuano *de jure condito*, un *tertium genus* rispetto al risarcimento ed alla pena, ma sono solo eufemismi giuridici diretti a nascondere il loro carattere meramente sanzionatorio».

⁹ H. STOLL, *Empfehlte sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, cit., 149 ss., particolarmente 152: «anders als bei der Strafe ist jedoch bei der Genugtuung die Sühne nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, nämlich zur Besänftigung des Verletzten. Die Genugtuung geschieht allein dem Verletzten zuliebe. Erwägungen, welche die Interessen der Allgemeinheit betreffen, sind nicht ausschlaggebend. Vor allem ist der für die Strafe kennzeichnende Abschreckungszweck der Genugtuung fremd; bei ihr ist die Abschreckung nur eine erwünschte Nebenwirkung».

2. L'art. 2059 c.c. come risarcimento, riparazione o indennizzo.

La teoria più tradizionale, molto autorevolmente sostenuta in letteratura e assolutamente maggioritaria in giurisprudenza, può riassumersi come segue¹⁰: al risarcimento del danno è attribuito l'unico compito di riparare la lesione occorsa; nel danno non patrimoniale, la determinazione equitativa avvicina per quanto possibile il risarcimento all'offesa cagionata; nessun margine viene concesso a istanze sanzionatorie; una gravità qualificata del fatto giustifica un maggior risarcimento non già in un'ottica afflittiva, ma riparatoria, in quanto produce nella vittima una più intensa sofferenza morale¹¹.

Gli interpreti, talvolta, propendono per la maggior correttezza del termine riparazione rispetto a risarcimento perché, trattandosi di una perdita non oggettivamente valutabile in termini pecuniari, non potrebbe tecnicamente parlarsi di

¹⁰ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 330 ss., ID., voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Nuovo Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, 171 e ID., *Il danno morale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, 604 s., specie sulla distinzione tra risarcimento e pena; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018; 7: «l'insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificatamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato»; anche ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, 194, sulla precisazione che il danno non patrimoniale da reato non è previsto dal Codice penale in chiave punitiva, ma «esclusivamente in funzione di ristoro dei danni economici e non economici subiti dalla vittima. A maggior ragione deve escludersi che il risarcimento del danno morale abbia carattere punitivo quando non ricorre una fattispecie penale». Inoltre, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 30, ma v. anche ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, 372: «l'innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile significa l'ascrizione alla logica risarcitoria anche di tale danno»; P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 252 ss. Prima del Codice civile, v. B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 450 ss.

¹¹ Per tutti, C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento*, cit., 7: «è appena il caso di avvertire che questa funzione compensativa non è smentita dalla rilevanza che assume la gravità del fatto poiché la gravità del fatto aggrava la lesione morale subita dal danneggiato».

risarcimento¹². Altri, invece, paragonano la condanna per il danno non patrimoniale all'indennizzo¹³.

Censure sulla correttezza dei termini risarcimento, riparazione o indennizzo non spostano l'asse della questione funzionale: in ogni caso, data una perdita, l'ordinamento non punisce il responsabile, ma lo condanna al pagamento di una somma di denaro che ripaghi, per quanto possibile, la perdita dalla vittima, e sia il risarcimento sia la riparazione che l'indennizzo concretizzano questa finalità.

Peraltro, anche chi si richiama al risarcimento non lo intende in senso proprio «come un'inammissibile e impossibile compensazione, bensì come una misura che ... valga in qualche modo a lenire la sofferenza, o a dare "soddisfazione"»¹⁴.

Le motivazioni addotte a sostegno di un'interpretazione di questo tipo sono numerose e autorevoli, spaziando da argomenti di carattere storico, con particolare attenzione al diritto romano e al giusnaturalismo¹⁵, sino a considerazioni di ordine sistematico concernenti il riparto di competenze tra diritto civile e penale, con attribuzione soltanto a quest'ultimo della punizione del responsabile¹⁶.

La tesi compensativa trarrebbe forza anche a livello comparato dal confronto dell'art. 2043 c.c. con l'art. 1328 del *Code Napoleon* e con il § 823 BGB, da cui emerge che «l'indubbia ascrizione del danno non patrimoniale alla responsabilità civile non potrà non significare risarcimento, con esclusione di tutto ciò che a tale effetto giuridico non sia riconducibile: in primo luogo, di ogni profilo di pena»¹⁷.

La lettura della liquidazione del danno alla persona entro dogmatiche riparatorie – va detto sin d'ora – spiega la maggior parte delle lesioni immateriali. Scopo

¹² Specialmente C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno resp.*, 2004, 247, che ritiene «improprio ... parlare di risarcimento, tant'è che nei codici più frequentemente si parla di riparazione o di indennizzo».

¹³ A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 165 s., che ravvisa nella condanna ex art. 2059 c.c. una funzione analoga all'indennità che percepisce il danneggiato in stato di necessità ai sensi dell'art. 2045 c.c.

¹⁴ Per tutti, v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 548.

¹⁵ Particolarmente P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile?*, cit., 252.

¹⁶ In specie C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 373.

¹⁷ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 373.

principale della responsabilità civile è, anche dopo l'affermazione della polifunzionalità delle Sezioni Unite del 2017, la riparazione dei danni.

Allo stesso tempo, questa interpretazione non va esente da profili di criticità che spingono a non condividerne interamente i contenuti né gli esiti.

In primo luogo, con riguardo all'argomentazione storica occorre precisare l'origine nel diritto romano della condanna sanzionatoria per i danni gravi alla persona, cui si è dedicato uno specifico spazio di riflessione nella presente ricerca¹⁸. Si è rilevato come l'*iniuria, delictum* ricomprendente non solo la moderna ingiuria, ma ogni lesione fisica o morale diretta contro un uomo libero, legittimava una condanna punitiva di *ius civile*, non criminale, perseguita nelle forme del processo privato sia attraverso una *condemnatio* economicamente afflittiva sia mediante l'irrogazione dell'*infamia*, ossia di una sanzione di diritto pubblico che avrebbe comportato una limitazione della capacità di agire del responsabile.

Nell'ambito dei danni che interessano, ossia quelli alla persona, l'*iniuria* è l'unico delitto pertinente: sono, dunque, inconferenti i richiami all'*actio legis Aquiliae* svolti da parte della dottrina per sostenere che persino il diritto romano avrebbe abbandonato un modello punitivo in favore di un rimedio compensativo¹⁹. La *lex Aquilia* si occupava di danni alla proprietà, dunque di una materia del tutto differente dai danni alla persona, che seguono, come già rilevato, il destino opposto, improntato a una criminalizzazione crescente²⁰.

Una dottrina mette in luce la concessione, nell'*Usus modernus pandectarum*, di un'*actio legis Aquiliae utilis* per perseguire le lesioni immateriali ravvisando in questo rimedio «la rottura rispetto alla pena privata e il pieno inserimento nella logica

¹⁸ Capp. II – III.

¹⁹ Cfr. P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile?*, cit., 252: «con la marginalizzazione della originaria natura criminale dell'*actio legis Aquiliae*, ampiamente condivisa da tutti gli ordinamenti di *civil law*, sia pure implementando vari modelli di responsabilità aquiliana di cui taluni fondati su una clausola generale (Francia ed Italia), talaltri su una previsione tipizzante combinata con disposizioni di portata più generale (Germania), si sono superate anche le tecniche liquidative basate su multipli del danno cagionato, sancendosi l'affermazione del principio strettamente compensativo». L'inconferenza del richiamo alla *lex Aquilia* è rafforzata dal fatto che la pronuncia commentata dall'autore si riferisce a un caso di diffamazione aggravata, dunque di un illecito che offende la persona, non la proprietà.

²⁰ Cap. III.

risarcitoria della modernità»²¹, ma, forse, trascura il peso di altri autori della Pandettistica, come August Thon, che nello stesso torno di tempo interpretavano le funzioni del diritto civile in maniera tutt'altro che monofunzionale²².

Gli elementi di carattere storico qui brevemente richiamati, ma approfonditi in altre parti della trattazione, restituiscono, nel complesso, un portato maggiormente problematico della questione della polifunzionalità nel diritto privato rispetto alla radicale negazione di istanze sanzionatorie dalla storia giuridica europea.

Fuor di dubbio che non si possano ricavare argomenti di prova decisivi per sostenere o meno, oggi, una lettura sanzionatoria della *pecunia doloris* dallo stato della questione nel diritto romano o nella Pandettistica tedesca.

Va, però, ridiscussa l'asserita estraneità della sanzione di diritto privato dalla tradizione giuridica dei paesi continentali tramite il recupero senza pregiudizi dell'eredità che definisce gli ordinamenti di *civil law*, tanto più in materie – come la responsabilità civile – composte da poche e brevi norme, ma da concetti con un'elaborazione particolarmente lunga e complessa.

Oltre a rilievi di carattere storico, altri e più pregnanti argomenti spingono a non condividere interamente le conclusioni cui giunge una lettura meramente compensativa del danno non patrimoniale.

Innanzitutto deve dubitarsi che il parametro della gravità della condotta risponda a un fine soltanto riparativo nel momento in cui prende in considerazione elementi che esulano dal danno prodottosi, come il dolo dell'agente, la reiterazione dell'illecito, il contesto sociale nel quale si colloca l'azione antiggiuridica, il fine di profitto etc., ossia delle variabili liquidatorie analizzate nel capitolo precedente come espressione di una logica sanzionatoria in quanto, essendo per l'appunto estranee al pregiudizio occorso, neppure lo compensano²³.

Tra tutti, il grado della colpevolezza è forse il parametro più interessante²⁴.

²¹ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 373, nt. 58, che si richiama agli studi di J. SCHRÖDER, *Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftige Schadenszufügung im deutschen Usus Modernus*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, 1995, 144 ss.

²² Sulla Pandettistica tedesca, cfr. cap. I.

²³ Cap. VI.

²⁴ Più in dettaglio sul rilievo del grado della colpevolezza nel calcolo del risarcimento, cap. VI, § 8.

Da un lato, invero, può sostenersi che l'inflizione volontaria di un male aggravi la lesione morale della vittima e dunque legittimi un maggior risarcimento, ma, dall'altro, non può tralasciarsi né che le regole di responsabilità compensativa parifichino il dolo e la colpa dell'agente, come recita l'art. 2043 c.c., né che, a rigore, lo stato psicologico del responsabile inerisca alla sua persona, non al danno occorso.

Anche prescindendo da questo parametro, il calcolo dei danni alla persona secondo fattori (come il dolo del responsabile, il contesto sociale in cui si inserisce l'azione antigiuridica, la ripetitività dell'illecito etc.²⁵) non pertinenti alla lesione smentisce una considerazione prettamente monofunzionale dei predetti danni.

A ciò vanno aggiunte le numerose figure che esprimono l'esercizio di una potestà sanzionatoria nel diritto civile²⁶, le quali contribuiscono a ridiscutere la negazione radicale dell'afflizione del colpevole nel diritto privato, specie dopo le Sezioni Unite del 2017²⁷.

Ancora, pure accettando la direzione monofunzionale delle scelte di codificazione originariamente operate dai maggiori Codici europei espresse dagli artt.

²⁵ Cfr. cap. VI, §§ 5 ss.

²⁶ Un'elencazione recente e autorevole si ritrova in Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, che cita gli artt. 124, comma 2, e art. 131, comma 2, d. lgs. 30/2005 in materia di violazioni della proprietà intellettuale; l'art. 125 sempre del d. lgs. 30/2005, ravvisandone tuttavia una «venatura non punitiva ma solo sanzionatoria»; l'art. 140, comma 7, del Codice del consumo; in materia procedurale, l'art. 614 *bis* c.p.c. e l'art. 114, d. lgs. 104/2010, oltre all'art. 96, comma 3, c.p.c. e il suo contraltare nel processo amministrativo, l'art. 26, comma 2, d. lgs. 104/2010; l'art. 18, comma 14, dello Statuto dei lavoratori; l'art. 31, comma 2, l. n. 392/1978 in materia di locazione; l'art. 709 *ter*, n. 4, c.p.c., per le violazioni sull'affidamento della prole, e «secondo alcuni» l'art. 709 *ter*, nn. 2 - 3, c.p.c. (in corsivo nel testo della sentenza); l'art. 187 *undecies*, comma 2, d. lgs. 58/1998 in tema di intermediazione finanziaria; gli artt. 3-5 del d. lgs. 7/2016; l'art. 12 l. n. 47/1948, per la diffamazione a mezzo stampa; l'art. 28 d. lgs. n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione; e ancora altre normative sanzionatorie in materia condominiale, lavoristica, di subfornitura, pagamento in ritardo nelle transazioni commerciali, etc.

²⁷ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi».

2043 c.c., 1382 del Codice Napoleone e il § 823 BGB²⁸, va detto che la responsabilità civile, anche europea, sembra andare verso la polifunzionalità, o comunque considerare anche istanze non soltanto risarcitorie.

Questo sembra il senso della riforma della responsabilità civile francese, nella quale peraltro l'art. 1382 del *Code* è ormai del tutto stravolto²⁹. Anche nel panorama tedesco – che, come visto, non chiude del tutto alla delibazione di sentenze sanzionatorie straniere, giusta il riconoscimento della condanna *ex art.* 96 c.p.c. resa nell'ordinamento italiano³⁰ – si incontrano voci che mettono esplicitamente in dubbio la tenuta di un sistema fondato sulla mera riparazione, affermando che oggi la funzione principale del diritto privato sia quella preventiva degli illeciti, che il paradigma unicamente risarcitorio non è sempre in grado di assicurare³¹.

²⁸ Così C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 373.

²⁹ Senza pretesa di esaustività, v. G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. impr.*, 2018, 1 ss.; J. PROROK, *L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile*, in *RTD Civ.*, 2018, 327 ss.; L. KLESTA, *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1869 ss.; E. DREYER, *La sanction de la faute lucrative par l'amende civile*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 1163 ss.; D. CERINI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. e stud. leg.*, 2017, 18 ss.; S. CARVAL, *L'amende civile*, in *JCP G*, 2016, 42 ss. Tra i classici, v. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995; A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, 349 ss.; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

³⁰ V. cap. III, § 2.

³¹ I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Vor der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, 2004, 527, nt. 671. Studi di rilievo sulla polifunzionalità della responsabilità civile nel diritto tedesco sono quelli di H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, cit. 149 ss.; ID., *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, cit., 579 ss.; B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961; H. BENTERT, *Das pönale Element - ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht? Zugleich ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Anerkennung US-amerikanischer „punitive-damages“ – Urteile*, Berlin, 1996; J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht. Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer „punitive damages“?*, in *NJW*, 1996, 1935 ss.; H. LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, 2000; nello stesso anno, P. MÜLLER, *Punitive Damages and deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, 2000; V. BEHR, *Strafschadensersatz im deutschen Recht – Wiederaufstehung eines verdrängten Phänomens*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2010, 292 ss. V. anche J. KÖNDGEN,

Infatti, il risarcimento meramente compensativo talvolta rappresenta una risposta inadeguata da parte dell'ordinamento.

Basti pensare all'inadempimento efficiente, ossia alla pianificazione razionale dell'illecito per fini di profitto³², ma, più in generale, alla possibilità di trarre un guadagno economico dall'infrazione delle norme giuridiche che consente un sistema di responsabilità civile unicamente risarcitorio³³, per tacere dei rischi di deresponsabilizzazione del consociato che corrono sistemi di responsabilità meramente compensativi, nei quali è frequente che l'obbligo risarcitorio venga semplicemente traslato sul sistema assicurativo³⁴; tutti elementi che spingono l'interprete a cercare soluzioni improntate a una maggior effettività delle regole di responsabilità.

Va, invece, condivisa, specie nel susseguirsi di studi su 'danni punitivi' e 'risarcimenti sanzionatori', la costante e rigorosa precisazione che il danno costituisca l'esatta misura del risarcimento³⁵ e non possa, evidentemente, essere in sé stesso punitivo, al contrario della condanna pecuniaria: infatti, è tutto quanto eccede dal danno che è, propriamente, una pena, come le variabili di quantificazione della condanna estranee al pregiudizio che si sono messe in luce nel capitolo precedente³⁶.

Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, in *RabelsZ*, 1992, 696 ss., con riferimento all'ambito contrattuale.

³² Per tutti, cfr. R.A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, Boston, 1992, 117 ss.

³³ È questa la motivazione della difficoltà che ha incontrato la dottrina nel definire il problema della restituzione del profitto derivante dall'illecito, che per l'appunto rimane 'scoperto' applicando criteri puramente risarcitori, infra cap. VI, § 7.

³⁴ G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, VI s.: «un sistema che consideri semplicemente la causazione del danno, con l'inevitabile conseguenza del ricorso quasi necessario a forme varie di assicurazione, può anche risolversi, nel formarsi del costume, in una diminuita sorveglianza della propria condotta».

³⁵ Per tutti C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit.: «sebbene l'espressione risarcimento punitivo sia ormai entrata nel lessico giuridico, è dubbio che possa appropriatamente parlarsi di risarcimento in presenza di una sanzione afflittiva». Così anche S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1995, 349: «la pena si scorge ... nella eccedenza» rispetto al danno.

³⁶ Cfr. cap. VI, §§ 5 ss.

3. L'art. 2059 c.c. come pena privata.

Agli antipodi della lettura compensativa dell'art. 2059 c.c. si pone idealmente l'interpretazione del danno morale soggettivo nei termini di pena privata³⁷.

Va premesso che un ragionamento sui rapporti tra liquidazione del danno non patrimoniale e pena privata dipende dal significato che l'interprete attribuisce a quest'ultima tra i molti, sovrabbondanti e confliggenti tra loro, che le sono stati attribuiti in letteratura³⁸.

Non è, pertanto, possibile confrontarsi, com'è avvenuto con la teoria compensativa, *tout court* con l'orientamento che vede nell'art. 2059 c.c. una pena privata, dal momento che proprio la polisemia del termine e l'accezione di pena privata adottata inevitabilmente determinano l'angolo d'osservazione dell'interprete, sempre che non si dubiti addirittura dell'esistenza di una categoria unitaria cui riferire

³⁷ Tesi sostenuta da A. PROTO PISANI, *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 568; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 297; ID., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 307: «l'idea che la riparazione del danno non patrimoniale sia una genuina figura di pena privata la derivò ... in via positiva giacché quella riparazione ha evidenti i tratti della pena privata»; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 96; ID., *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043-2059 del Codice civile*, Torino, 2000, 173; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 289. Così anche un'autorevole dottrina francese, segnatamente G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*¹³, Paris, 1953, 367 ss., che, affermando come il *dommage moral* non possa tecnicamente risarcirsi («Pour de telles actions l'idée de réparation, incluse dans l'article 1382, est difficilement admissible. La réparation peut ne pas être de même nature que le préjudice, mais elle doit être adéquate au préjudice», 367 s.), ma mira alla punizione del trasgressore («Dans tous ces cas, l'action de la victime est uniquement inspirée par le désir d'obtenir la punition de l'auteur. Les actions intentées sont *vindictam spirantes*», 367), «il y a peine privée, parce qu'il faut prononcer la peine sous couleur de réparation» (369); P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *Recueil D. Chronique*, 1954, 114, con specifico riferimento all'omicidio doloso: «qu'ils le fassent à titre de peine privée, quand l'auteur de la mort est gravement répréhensible, c'est-à-dire surtout au cas d'homicide volontaire, j'y consens».

³⁸ Per un primo approccio alla nozione di pena privata, cfr. le voci enciclopediche redatte da C. CICERO, voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civ., agg. VIII, Torino, 2013, 480 ss.; S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 349 ss.; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 1 ss.; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; G. PIOLA, voce *Clausola Penale*, in *Dig. it.*, VII, Torino, 1929, 634 ss. In materia, è ancora fondamentale il volume su *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985.

il *nomen iuris* di pena privata, non mancando infatti chi conclude «più realisticamente ... che non esiste un concetto unitario di pena privata»³⁹.

Per concentrarci solo sui principali significati attribuiti all'istituto, la pena privata è stata letta come «privazione di un diritto privato o ... costituzione di un'obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma ... non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà perlopiù colui che dal delitto è stato lesa»⁴⁰; «sanzione punitiva prevista da un atto negoziale o inflitta da un privato in forza di una potestà punitiva»⁴¹; «pena – in genere pecuniaria – ... comminata dal giudice civile su iniziativa e a favore di un privato»⁴²; «sanzioni minacciate e applicate da un privato nei confronti di un altro»⁴³.

Va, poi, richiamata l'interpretazione di chi vi ravvisa non una o più figure di diritto sostanziale, ma «una forma di tutela – talora persino di autotutela – caratterizzata dall'interazione dei seguenti elementi strutturali e funzionali: i) l'istanza del danneggiato, quale presupposto indefettibile per la loro attuazione; ii) il beneficio dell'offeso, quale conseguenza necessaria della loro applicazione; iii) la funzione punitiva deterrente, quale elemento operante a priori *sub specie* di minaccia, a

³⁹ Per tutti, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 249. L'autore nota che «ci si è chiesti se una pena è "privata" per il solo fatto di esplicare i suoi effetti nella sfera del diritto privato ovvero perché è posta a tutela di un interesse privato. Ma si è anche rilevato che per la sua estrema genericità nessuno di questi criteri varrebbe, di per sé o combinato con l'altro, a giustificare l'elaborazione di una categoria concettuale autonoma, dal momento che in entrambi si riconoscono senza difficoltà tutte le ipotesi di pene legali, giudiziali e negoziali individuate dalla dottrina, ancorché lontane per presupposti, meccanismi, effetti» (247).

⁴⁰ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1939, 35. A questa interpretazione aderisce espressamente, in tempi recenti, G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 5.

⁴¹ C. CICERO, voce *Pena privata*, cit., 480.

⁴² S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 349, notazione ripresa in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 189. Occorre precisare che l'autore, nel prosieguo della trattazione, distingue i casi in cui la potestà sanzionatoria trae origine da un rapporto contrattuale sorto nell'ambito dell'autonomia privata, e quelli in cui consegue a un illecito aquiliano o ha fonte legale (350).

⁴³ E. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 532.

posteriori *sub specie* di sanzione»⁴⁴.

Infine, si segnalano ricostruzioni che subordinano la pena privata al riscontro di specifici presupposti soggettivi, ossia al dolo del responsabile, e oggettivi, intesi come precise situazioni legittimanti il richiamo alla figura⁴⁵.

Tra le molte accezioni del termine che si trovano in letteratura, va condiviso il rilievo critico sull'utilizzo della pena privata come sinonimo di sanzione, che aggiunge elementi di confusione a una definizione già controversa⁴⁶.

Accogliendo quest'indicazione, sembra preferibile adottare – ed è questo il senso cui qui ci si riferirà nel discorrere di pena privata e danno non patrimoniale – una nozione ristretta di pena privata, intesa come misura sanzionatoria irrogata da un privato nei confronti di un altro privato, oppure dall'autorità giudiziaria su istanza dell'offeso, a beneficio di quest'ultimo⁴⁷ e a tutela di interessi individuali⁴⁸.

⁴⁴ M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 213. A favore di una lettura della pena privata nel senso di un'«autonoma tecnica di tutela» è anche C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 65, ma v. anche 131, nel quale l'autore conclude come non sia possibile cimentarsi in una 'teoria generale' della pena privata che si spinga molto oltre la rilevazione di un tratto essenziale, coincidente con la centralità della «tutela dell'interesse».

⁴⁵ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 175 ss. Tra i presupposti oggettivi, l'autore richiama quattro situazioni legittimanti la pena privata, quali la cd. responsabilità civile senza danno; l'uso non autorizzato dei beni altrui; i danni non patrimoniali in senso stretto (ossia la *pecunia doloris*) qui d'interesse; le lesioni dei diritti della personalità. Da un punto di vista soggettivo, particolare attenzione viene tributata all'elemento doloso.

⁴⁶ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 278, il quale rileva l'utilizzo invalso in letteratura di un'interpretazione di pena privata «in un senso più ampio di quello tradizionale, riconducendovi “ogni sanzione punitiva di diritto privato sancita dalla legge o da autorità pubbliche”». Similmente anche S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 349: «all'espressione pena privata vengono attribuiti molteplici significati. Anche la definizione che sembra preferibile, secondo la quale ricorre una pena privata quando una pena – in genere pecuniaria – viene comminata dal giudice civile su iniziativa e a favore di un privato, non riesce pertanto ad abbracciare tutte le figure sanzionatorie che con la breve formula sono state indicate». L'autore rileva peraltro il «carattere “ibrido” della figura, che ... oltrepassa i confini del diritto civile, tradizionalmente inteso, per estendersi al diritto del lavoro, alla legislazione valutaria, al diritto agrario ed a quello urbanistico» (350).

⁴⁷ Cfr. S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 349.

⁴⁸ Sottolinea il carattere individuale dell'interesse protetto dalla pena privata F. EPISCOPO, *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2021, 2072.

La precisazione del carattere individuale dell'interesse tutelato dalla pena privata rappresenta un utile discrimine per distinguere l'istituto in esame da altre figure sanzionatorie e sembra, inoltre, echeggiare il condivisibile pensiero di August Thon, che ravvisò un tratto caratterizzante della pena privata proprio nel vantaggio procurato dal rimedio a un individuo singolo, non alla comunità in generale⁴⁹.

Per quanto concerne l'ammontare irrogabile, è indubbio che «la pena si scorge ... nella eccedenza» rispetto al danno⁵⁰.

Un discorso differente meritano le pene private che non si risolvono in una prestazione economica, ma in un fare, non fare o dare⁵¹, come l'indegnità a succedere o le sanzioni disciplinari comminate nelle associazioni⁵². Dette ipotesi non sono qui oggetto di approfondimento in quanto la pena privata è messa a confronto con la liquidazione del danno non patrimoniale, dunque con una condanna pecuniaria; l'indagine si concentra, pertanto, sulle pene che consistono in una somma di denaro.

Un tratto comune alle varie ricostruzioni proposte si può ravvisare nella finalità afflittiva del responsabile, cui si affianca un fine preventivo-dissuasivo determinato dalla minaccia della futura sottoposizione alla pena, ma la comunanza teleologica tra pena privata e art. 2059 c.c., quando interpretato in senso sanzionatorio, non fa venire meno il fatto che la liquidazione del danno non patrimoniale si differenzi

⁴⁹ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., 35. Parlando del 'vantaggio procurato a un individuo singolo' è naturale chiedersi se ci si possa riferire utilmente alle pene private qualora l'ammontare della sanzione sia destinato non già al privato, ma a un ente portatore di interessi generali. A tal proposito, v. F. EPISCOPO, *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, cit., 2071, che cita a titolo esemplificativo il Fondo adeguamento pensioni e la Cassa delle Ammende. La destinazione delle pene private è da tempo all'attenzione della dottrina: cfr. anche E. MOSCATI, *Pena privata*, cit., in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, cit., 247, per il quale «ritenere che la sanzione a favore del "danneggiato" sia una condizione necessaria, e non soltanto eventuale, affinché una pena possa essere qualificata come "privata", significa escludere dal novero delle pene private la stessa clausola penale tutte le volte in cui le parti avessero disposto la devoluzione della pena a soggetti diversi dal creditore», come a un gruppo o una categoria professionale.

⁵⁰ S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 350.

⁵¹ Da ultimo, F. AZZARRI, *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 160 s. Contributi irrinunciabili – e, anzi, ormai classici – sul tema sono quelli di G. DE NOVA, *Le clausole penali*, in *Il contratto*⁴, a cura di R. Sacco - G. De Nova, Torino, 2016, 1094; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 2011, 927; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 218 ss.

⁵² E. MOSCATI, *Pena privata*, cit., 247.

nettamente dalle pene private sotto molteplici aspetti.

Va, preliminarmente, confutato l'assunto per il quale, dato che il danno morale sarebbe insuscettibile di valutazione oggettiva, ma solo equitativa, qualsiasi ammontare individuato dal giudice configurerebbe una sorta di pena privata⁵³.

Che la liquidazione della sofferenza interiore sia equitativa non potrebbe essere altrimenti e, comunque, non ha rilievo decisivo a fronte delle norme codicistiche che si richiamano all'equità senza implicare la punizione del responsabile, come l'art. 1226 c.c. Compensare, per quanto possibile, il dolore di una madre che ha perso il figlio non ha, di per sé, finalità afflittiva del responsabile.

La pena si scorge, propriamente, nell'alienità al danno occorso dei parametri di calcolo della condanna.

Ciò posto, il rilievo probabilmente decisivo risiede nel fatto che la pena privata, per l'accezione qui adottata, è posta «non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato»⁵⁴. Al contrario, in un numero non irrilevante di casi la liquidazione del danno non patrimoniale si fa portavoce di istanze general-deterrenti.

Questo emerge in modo evidente nella tutela di interessi collettivi, come quelli ambientali, o in vicende significative per la collettività, come la strage di Bologna del 1980⁵⁵, ma nella stessa direzione va l'interpretazione general-deterrente delle regole di responsabilità messa in luce nel capitolo precedente⁵⁶, l'attenzione al contesto sociale nel quale si innesta l'azione antiggiuridica parimenti trattata altrove nella presente ricerca⁵⁷, e, talvolta, la pubblicazione della sentenza di condanna⁵⁸; tutti elementi che

⁵³ A. PROTO PISANI, *Brevi note sul danno morale*, cit., 568, il quale, riferendosi alla «mera sofferenza intima, interiore, non relazionale» non suscettibile di essere valutata in termini pecuniari, afferma che l'ipotesi, quest'ultima, mi sembra, in cui la corresponsione di somme di denaro alla persona che ha subito l'illecito, non ha funzione risarcitoria ma di pena pecuniaria *sui generis*, benché corrisposta non allo Stato o ad altro soggetto pubblico (o assimilabile), bensì al privato».

⁵⁴ Cfr. A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., 35.

⁵⁵ Era pari a 2 miliardi, 134 milioni e 273 mila euro la condanna che Trib. Bologna 10 ottobre 2014, cit., irrogava a Francesca Mambro e Valerio Fioravanti per la strage di Bologna del 2 agosto 1980 per il danno non patrimoniale cagionato allo stato italiano, su cui R. CARLEO, *'Punitive damages': dal 'common law' all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018.

267 s.

⁵⁶ V. cap. VI, § 6.

⁵⁷ Cfr. cap. VI, § 6.

fanno assumere alla condanna una funzione sanzionatoria, persino esemplare.

È, poi, la stessa tutela rafforzata – sin da subito costruita come cumulo dei rimedi di diritto penale e civile – della persona di cui si fa carico l'art. 2059 c.c. a trascendere il singolo rapporto privato, specie considerando il valore apicale dell'individuo nell'ordinamento, la centralità della sua tutela e la più intensa istanza di prevenzione di illeciti a danno dei diritti fondamentali.

È quanto emerge dallo studio delle variabili che rifuggono dalla mera compensazione e, invece, orientano in senso punitivo la liquidazione del danno non patrimoniale, le quali, esulando dal danno occorso, esprimono finalità deterrenti e afflittive di condotte socialmente riprovevoli: dette variabili si ravvisano nel dolo del responsabile, nella reiterazione dell'illecito, nel contesto nel quale si verifica l'azione antigiusdica etc., e fungono, oltre che come punizione del singolo, anche come monito ai consociati⁵⁹.

Non si vede, poi, quale ruolo possa giocare l'autonomia privata nella condanna per il danno non patrimoniale, determinata dal giudice con una sentenza che, per quanto riguarda l'*an*, si rifà necessariamente allo stato di avanzamento dell'ordinamento su quali pretese siano o meno sussumibili nei diritti tutelati dalla Carta costituzionale o alle ipotesi legislativamente previste, e per il *quantum* si rimette al sistema tabellare oppure all'equità di cui gode il giudicante nell'esercizio della sua funzione⁶⁰.

Al contrario, nelle pene private è l'individuo a determinare sia la misura della sanzione sia, spesso, anche il comportamento cui segue (chiaramente, non nelle cd. pene legali); si pensi, per esempio, allo statuto di un'associazione che disponga, nel caso del mancato pagamento della quota associativa annuale, il versamento di una somma a favore del fondo comune.

La liquidazione del danno non patrimoniale è, all'opposto, rimessa nell'*an* e nel *quantum* al giudice.

⁵⁸ Cfr. cap. VI, § 14.

⁵⁹ Sulle singole variabili, v. cap. VI, §§ 5 ss.

⁶⁰ Cfr. per tutti S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 895, riferendosi alla giurisprudenza che qualifica il danno morale cd. *in re ipsa* come un'ipotesi di pena privata, nota che «soprattutto, sembra criticabile il riferimento alla pena privata, poiché comunque la condanna non sarebbe collegata ad un atto di autonomia privata (come, ad es., avviene nel caso della clausola penale), cosicché non si vede in che cosa consisterebbe il carattere “privato” della sanzione».

Vero che l'iniziativa risarcitoria appartiene al privato, ma lo è altrettanto che il danno non patrimoniale non possa sottrarsi a una «valutazione sociale»⁶¹ condotta dal giudicante sull'*an* della condanna e che, per quanto riguarda il *quantum*, il ricorso inevitabile all'elasticità della valutazione equitativa lasci margini considerevoli all'interpretazione del singolo, per non parlare di strumenti (come le tabelle romane o meneghine) che, parimenti si pongono al di fuori della sfera d'azione del privato.

Proprio il filtro della valutazione sociale della meritevolezza della fattispecie da tutelare secondo lo schema dell'art. 2059 c.c., in uno allo scrutinio sulla gravità della lesione sempre sulla base di una valutazione sociale tipizzata, cui significativamente non si sottraggono neppure le ipotesi di creazione legislativa, rende la quantificazione del danno non patrimoniale insuscettibile di essere letta entro le strette maglie dell'autonomia privata.

Peraltro, come già condivisibilmente rilevato in dottrina, non ha carattere decisivo neppure la destinazione – all'offeso o a un altro ente – della somma liquidata⁶².

Il nodo fondamentale del problema sembra essere la diversa natura dell'interesse tutelato dai due istituti: esclusivamente individuale per la pena privata, anche collettivo – e in ogni caso tipizzato sulla base dei valori dell'ordinamento – per il danno non patrimoniale.

Oltre a quanto sin qui esposto, la lettura che identifica *tout court* il danno morale con la pena privata si espone anche a critiche ulteriori.

Da un punto di vista strutturale, la pena privata viene determinata dal privato *ex ante* rispetto al danno, talvolta prescindendo dalla causazione del pregiudizio. Al contrario, la liquidazione del danno non patrimoniale è, giocoforza, dipendente e successiva alla verifica del danno⁶³.

⁶¹ Cfr. G. COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. impr.*, 1994, 870, sul fatto che i danni patrimoniali e non patrimoniali si differenzino «non tanto e non solo sotto il profilo della valutazione economica ma anche sotto il profilo della valutazione sociale» in quanto la modalità di reazione «deve rispondere a una richiesta in tal senso proveniente dalla società che, in quanto l'accetta, legittima il giudizio di valore espresso in questo modo dall'ordinamento sul piano normativo».

⁶² V. E. MOSCATI, *Pena privata*, cit., 247.

⁶³ Già F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 50: «il risarcimento dovendo essere, per sua natura, adeguato al danno, non può venire determinato che *a posteriori*; solo la pena, appunto perché non ha

Ancora, far coincidere la condanna per i danni non patrimoniali con una pena privata trascura la contemporanea sussistenza, quando non addirittura la preminenza, del fine propriamente riparativo di molti casi di liquidazione *ex art. 2059 c.c.* su quello sanzionatorio. Se ragioni preventive e punitive assumono nelle pene private un ruolo indubbiamente centrale e, anzi, preponderante, nel danno non patrimoniale non si può separare la sanzione – quando sussistente, ossia qualora entrino nella liquidazione variabili che esulano dal pregiudizio occorso, ma è evidente che ciò non si verifichi sempre – da un aspetto più propriamente compensativo.

Infine, il risarcimento delle lesioni immateriali è contraddistinto da un fine peculiare, ossia quello satisfattivo (*die Genugtuung*, secondo la dottrina tedesca⁶⁴), che caratterizza i danni alla persona proprio per la particolare *vis* offensiva della lesione che giustifica la condanna, nonché per l'ingerenza nella vita e nella sfera più privata della vittima che reclama soddisfazione per il torto patito, non un semplice risarcimento.

La condanna *ex art. 2059 c.c.* fa proprie istanze satisfattive non estendibili *de plano* al ventaglio di situazioni – pure molto diverse tra loro – tutelate dalle pene private, perché poche toccano l'offeso su un piano così personale.

4. *L'interpretazione polifunzionale dell'art. 2059 c.c.*

È stata, infine, sostenuta anche un'interpretazione polifunzionale dell'art. 2059 c.c., anche qui con speciale riguardo al danno morale, secondo la quale la liquidazione di pregiudizi di questo tipo non si incaricherebbe solo di compensare la perdita della vittima, ma, in alcuni casi, giusta il richiamo all'art. 185 c.p., anche di sanzionare il responsabile⁶⁵.

carattere satisfattivo, è invece determinabile *a priori*. Questa distinzione si attenua nella pratica, da un lato con la *liquidazione anticipata del danno*, dall'altro con la *determinazione giudiziale della pena*; ma la sua verità non ne rimane offuscata».

⁶⁴ Per tutti H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, cit., 149 ss.

⁶⁵ Cfr. già A DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 202, per il quale l'art. 2059 c.c. si configura come una «tecnica di reazione contro l'illecito che ha caratteri compositi, di parziale compensazione del soggetto colpito dalla lesione e di sanzione punitiva contro il responsabile»; F.D. BU-

Agli studiosi che hanno sostenuto un'interpretazione di questo tipo va riconosciuto un merito rilevante.

La teorica in esame afferma chiaramente il portato sanzionatorio della liquidazione del danno alla persona, così rifiutando alcune inaccettabili torsioni concettuali della gravità della lesione per leggere in un'ottica integralmente riparativa elementi che non pertengono al danno, ma a fattori a questo estranei.

La considerazione priva di pregiudizi della gravità del fatto illecito come parametro non neutro-risarcitorio, ma suscettibile di essere piegato a servire anche finalità afflittive rappresenta un momento importante nell'individuazione e nella razionalizzazione delle molte e diverse funzioni verso cui può tendere, più che il danno non patrimoniale, la stessa responsabilità civile.

Tuttavia, anche questa lettura non è esente da criticità.

Infatti, nel riconoscere alla norma una finalità sanzionatoria, i sostenitori di considerazioni di questo tipo sono soliti cercare di circoscriverne la funzione punitiva entro ipotesi in cui l'esercizio di detta funzione sarebbe consentito, come i reati⁶⁶,

SNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 456, per il quale il danno morale potrebbe «riservare un sia pur limitato spazio di rilevanza giuridica anche in Italia (ma senza imitare le dimensioni nordamericane) a danni *lato sensu* punitivi o quanto meno a quegli *aggravated damages* connessi con la particolare gravità di una colpa “lucrativa” del danneggiante che ha inteso arricchirsi commettendo l'illecito»; con opportuna cautela, E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 225: «una funzione punitiva o individual-deterrente del risarcimento per il danno morale può configurarsi solo nella prospettiva della liquidazione di quest'ultimo e nel rispetto della logica riparatoria subordinata alla prova del pregiudizio»; mantiene toni pacati anche S. PATTI, *Pena privata*, cit., 261: «l'idea di punire anche civilmente l'autore di determinati atti illeciti sembra recepita, almeno in parte, anche nell'ordinamento italiano mediante la disposizione che prevede la risarcibilità del danno morale per quegli atti che configurano un reato (art. 2059 c.c.; 185 c.p.)»; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 85: «non si può non considerare l'art. 2043 c.c. norma centrale (relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o no, purché ingiusto) e limitare la funzione dell'art. 2059 c.c. a quella sanzionatoria e il suo ambito applicativo alle sole ipotesi di danno morale soggettivo». Nella dottrina penalistica, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 687, «altrimenti, non si spiegherebbe perché mai il risarcimento del danno non patrimoniale sia previsto come sanzione solo per i fatti costituenti il reato».

⁶⁶ Così S. PATTI, *Pena privata*, cit., 261; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 687. Ma v. anche A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv.*

oppure i casi di danno morale soggettivo⁶⁷.

La prospettiva deve essere capovolta.

Non è condivisibile ravvisare automaticamente una funzione sanzionatoria in fattispecie particolari, per quanto gravi: liquidare tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti dalla vittima di reato non ha, di per sé, intento punitivo del reo, ma di tutela del danneggiato e, peraltro, l'art. 2059 c.c. non rinvia solo all'art. 185 c.p., ma a tutti i casi previsti dalla legge, non soltanto penale. Inoltre, a seguito dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e della sua estensione a tutela delle violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo il legame originario tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 185 c.p., di per sé non decisivo, perde ancora più di centralità.

Lo stesso dicasi per la sofferenza interiore. Condannare il responsabile a riparare, per quanto possibile, al dolore di una madre per la perdita del figlio non ha, neanche qui, finalità *per se* afflittiva e che questa non possa essere determinata altrimenti se non in via equitativa non ha rilievo decisivo a fronte delle norme che si richiamano all'equità senza per ciò punire il responsabile, come l'art. 1226 c.c.

La pena sta, propriamente, nell'alienità al danno del parametro liquidativo utilizzato nel calcolo della condanna. Non è, quindi, una questione di figure sanzionatorie, ma di variabili di quantificazione della condanna.

In qualsiasi tipo di condanna civile e negli ambiti più disparati – danno ambientale, inadempimento contrattuale, diritto di famiglia, sanzioni processuali etc. – ci si potrebbe allontanare dal pregiudizio e, pertanto, abbandonare una prospettiva compensativa, qualora si facciano rientrare nel *quantum* della liquidazione elementi che esulino dal danno occorso.

È chiaro l'intento che spinge l'interprete a circoscrivere la finalità afflittiva entro figure particolari.

Risponde a un intento garantista per il quale ogni ipotesi punitiva deve essere

dir. civ., 2019, 227, il quale deduce la natura punitiva del danno non patrimoniale, in specie da reato, anche richiamandosi alla *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, 182, n. 803, in *consiglienzaforense.it*, che accordava la risarcibilità del danno non patrimoniale soltanto nel caso di reato perché «più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo».

⁶⁷ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., 85.

normativamente fondata o, comunque, circoscritta entro ipotesi specifiche: *nulla poena sine lege*, recentemente riaffermato dalle Sezioni Unite nel 2017.

Detto principio nella liquidazione dei danni alla persona mostra limiti significativi⁶⁸.

Infatti, i profili di atipicità dell'*an* dell'art. 2059 c.c. impediscono di individuare *ex ante* i casi in cui una liquidazione di questo tipo può avere corso, per non parlare dell'imprevedibilità del *quantum* della condanna, specie nei casi di danno morale soggettivo e in quelli nei quali l'operatività delle tabelle milanesi è esclusa, come nel danno da reato doloso.

In altri termini, nel danno non patrimoniale la sanzione non è razionalizzabile entro uno schema legalista che, a una fattispecie determinata, associ una certa conseguenza.

Nel lasciare al prosieguo della trattazione l'analisi dei problemi che derivano in punto di garanzie dalla qualificazione del danno non patrimoniale in termini (anche) sanzionatori⁶⁹, va ribadita l'idea portante del presente lavoro di ricerca, ossia che la pena sta, propriamente, nella parte di liquidazione che non tiene conto del danno, ma di variabili a questo estranee.

A *latere* dell'interpretazione dell'art. 2059 c.c. in chiave polifunzionale si segnala, da ultimo, la proposta ricostruzione di una fattispecie generale ultra-compensativa entro i confini dell'art. 2059 c.c.⁷⁰.

5. *La liquidazione del danno non patrimoniale come complicazione di pena e risarcimento.*

A una lettura anche sanzionatoria dell'art. 2059 c.c. si è giunti tramite la valorizzazione di variabili di calcolo della condanna che, in quanto estranee al pregiudizio occorso, parimenti si muovono al di fuori di un'ottica compensativa:

⁶⁸ Sul tema sia consentito il rinvio a S. ROMANÒ, *Sui limiti dell'operatività del 'nulla poena sine lege' nel diritto privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, in corso di pubblicazione.

⁶⁹ V. cap. VII §§ 6 ss.

⁷⁰ Cfr. A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022, 341 ss. Opera in corso di pubblicazione, pervenutami per la cortesia dell'autore. L'opera, inoltre, propone anche meccanismi di perimetrazione dell'*an* e del *quantum* della fattispecie, allo scopo di rendere il rimedio prevedibile.

appunto perché non si occupano del danno, neppure lo compensano⁷¹.

La liquidazione del danno non patrimoniale è, innanzitutto, una forma di riparazione: a fronte di una lesione immateriale, il primo obiettivo della responsabilità civile è far corrispondere – con l’ovvia approssimazione derivante dall’impossibile attribuzione di un valore di mercato al bene leso – una somma di denaro al pregiudizio occorso.

Fuor di dubbio che quello in parola vada comunque differenziato da altri tipi di risarcimento/riparazione, stante la finalità peculiare che lo contraddistingue, ossia solidaristico-satisfattiva o anche consolatorio-satisfattiva, in quanto s’incarica di soddisfare appieno l’istanza di giustizia di cui si fa portavoce il danneggiato per la lesione subita.

Dal fatto che oggetto della tutela *ex art. 2059 c.c.* sia la persona umana consegue che anche la parte *lato sensu* risarcitoria della liquidazione risponda a un fine diverso da quello che anima altri tipi di perdite, come quelle patrimoniali. Prova ne è che la liquidazione del danno non patrimoniale non soggiace alla regola della *compensatio lucri cum damno*⁷²: il responsabile è obbligato a riparare per intero al danno cagionato senza scomputare altri benefici o guadagni eventualmente percepiti dal danneggiato.

Come si è visto, talvolta a tale somma si aggiungono variabili che esulano dal danno prodottosi, come il dolo del responsabile, il contesto sociale nel quale si inserisce l’illecito etc., o vengono irrogati, oltre alla liquidazione, obblighi di *facere* con chiara finalità esemplare, come la pubblicazione della sentenza a spese del responsabile⁷³: è nella parte della condanna eccedente il danno che si ravvisa

⁷¹ Dette variabili sono trattate in maniera approfondita al cap. VI, §§ 5 ss.

⁷² V. da ultimo Cass. 20 ottobre 2021, n. 29028, che ha escluso che si potessero scomputare le somme attribuite dall’Inail al coniuge superstite e al figlio di una vittima sul lavoro dal risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita subita: «le somme erogate dall’Inail per il suddetto titolo non possono essere defalcate dal credito risarcitorio spettante ai congiunti del lavoratore deceduto a titolo di ristoro del danno non patrimoniale patito - sotto qualsiasi forma - in conseguenza dell’infortunio, e ciò perchè la c.d. “*compensatio lucri cum damno*” non opera quando il vantaggio conseguito dalla vittima dopo il fatto illecito sia destinato a ristorare pregiudizi ulteriori e diversi da quello di cui ha chiesto il risarcimento, così come stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (così, nuovamente, Cass. Sez. 6-3, ord. n. 26647 del 2019, cit., che richiama, correttamente, Cass. Sez. Un., sent. 22 maggio 2018, n. 12566, Rv. 648649-01)».

⁷³ Cfr. cap. VI, §§ 5 ss. Tra gli indici di calcolo che esulano dalla lesione, si considerano rilevanti quanti imprimono una specifica direzione afflittiva alla condanna, non restitutoria: Sul rilievo

propriamente una pena.

Si pone, così, un problema definitorio quando si parla di ‘risarcimento’ del danno non patrimoniale proprio a fronte degli indici di calcolo della condanna che esulano dal pregiudizio.

Se il danno è «il fenomeno, nei confronti del quale l’ordinamento appresta quel peculiare rimedio che è il diritto del danneggiato al risarcimento»⁷⁴ e se, pertanto, il danno indica l’esatta misura del risarcimento, allora tutto quanto da questo esula è, invece, propriamente una pena.

Espressioni come ‘risarcimento punitivo’ o ‘risarcimento sanzionatorio’ sembrano poco corrette da un punto di vista dogmatico, ammettendo che i due termini possano, semmai, concorrere a determinare il *quantum* della liquidazione (o il *quomodo*, per la pubblicazione della sentenza di condanna), ciascuno però mantenendo la propria individualità in quella che pare proprio essere, per riprendere le parole di un giurista tedesco, una complicazione di pena e risarcimento (*Complicationen von Strafe und Ersatz*)⁷⁵.

Lo spunto di riflessione proviene dalla Pandettistica e, in particolare, dall’opera di August Thon che, nel confrontarsi con le conseguenze dell’infrazione dei precetti giuridici, individua pena e risarcimento come due distinte conseguenze dell’illiceità, ammettendo tuttavia che, all’atto pratico, differenziare i due termini non sia sempre un’operazione agevole in quanto possono ‘complicarsi’ (*Complicationen von Strafe und Ersatz*)⁷⁶.

La pena e il risarcimento si possono ‘complicare’ se l’ordinamento, con lo stesso dell’arricchimento del danneggiante e sui motivi che spingono a non condividere un’interpretazione sanzionatoria, cfr. cap. VI, § 7.

⁷⁴ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., specie 72, per il quale «la nozione di danno non patrimoniale esprime solo, di per sé, un tipo di tutela, e non un fenomeno ulteriore rispetto all’evento lesivo». Cfr. autorevolmente (ma non rivolto in modo specifico al danno non patrimoniale) R. SCOGNAMILIO, *Appunti*, cit., 478, per il quale «il danno costituisce il possibile oggetto di una reazione, che sul piano del diritto privato può essere solo quella risarcitoria».

⁷⁵ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878, specie 63 s. Sul lavoro di Thon, cfr. più in dettaglio cap. I e sia, inoltre, consentito il richiamo a S. ROMANÒ, *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, in *Atti del Seminario Italo-Tedesco Verona - Bayreuth 11-12 Novembre 2021*, Napoli, 2022, in corso di pubblicazione.

⁷⁶ V. cap. I, § 8.

comando giuridico, intende sia punire il trasgressore sia risarcire la vittima, ma ciò non fa venire meno che il risarcimento ripari la lesione e che la pena sia qualcosa di diverso da questo in quanto affligge il responsabile.

Le linee fondamentali del pensiero dell'autore si trovano nella liquidazione del danno non patrimoniale, che talvolta, per l'appunto, funge sia da riparazione del danno non patrimoniale del danneggiato sia da punizione per il responsabile, qualora nel *quantum* della condanna rientrino variabili di calcolo che esulano dal danno.

Insomma, «a distanza di tanti anni l'indicazione di A. Thon ... sembra, tutto sommato, ancora la più valida»⁷⁷.

6. *Principali criticità derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave sanzionatoria: la collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c. e il problema delle garanzie.*

Da una lettura sanzionatoria del danno non patrimoniale discendono conseguenze problematiche, che qui si presenteranno sommariamente per poi essere oggetto di più approfondita trattazione nei paragrafi che seguono.

È, innanzitutto, d'obbligo chiedersi se, una volta individuata nell'art. 2059 c.c. una misura (anche) punitiva, sia corretta la collocazione sistematica nel Codice civile e non nel Codice penale; riflessione particolarmente rilevante in un paese continentale, dove la punizione appartiene tradizionalmente al diritto penale.

Ancora più spinosa la questione delle garanzie.

Per l'interprete occidentale, la sanzione non può irrogarsi in difetto di alcuni presupposti fondamentali, tra cui una base legale che ne circoscriva casi e limiti d'esercizio e che consenta la prevedibilità della misura: *nulla poena sine lege*, recentemente riaffermato dalle Sezioni Unite del 2017 che, nell'aprire alla polifunzionalità della responsabilità civile, ribadiscono la previa intermediazione legislativa di ogni ipotesi sanzionatoria sia sotto il profilo della descrizione della fattispecie illecita (tipicità) sia in punto di quantificazione della conseguenza dannosa (prevedibilità)⁷⁸.

Sembra difficile che l'art. 2059 c.c. possa rispettare dette condizioni e tanto dicasi

⁷⁷ G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 5.

⁷⁸ Sulle Sezioni Unite del 2017, v. cap. VI, § 3-4.

sia con riguardo alla tipicità delle ipotesi di danno non patrimoniale, la cui individuazione è in continuo aggiornamento, sia in punto di prevedibilità della condanna, specie nei casi di liquidazione equitativa o qualora il giudice sia legittimato a prescindere dallo strumento tabellare; cosa che avviene, per esempio, nel danno da reato doloso.

Configurare la condanna *ex art. 2059 c.c.* come talvolta servente a finalità sanzionatorie, pone, in altri termini, un rilevante problema di garanzia del consociato che si affronterà in dettaglio nella presente trattazione⁷⁹: dal momento che la legge, e lo stesso dicasi per la giurisprudenza, non riesce a individuare *ex ante* i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale né a garantire la prevedibilità della liquidazione, il principio di legalità sembra, qui, andare incontro a limiti significativi.

7. *Il problema della collocazione sistematica del danno non patrimoniale nel Codice civile.*

Qualora lo si interpreti in senso sanzionatorio, il danno non patrimoniale pone un problema di collocazione sistematica derivante dal fatto che nei paesi continentali la punizione appartiene tradizionalmente al diritto penale e, pertanto, qualora si qualifichi l'art. 2059 c.c. in senso afflittivo, ci si deve interrogare sulla correttezza della permanenza di detta norma nel Codice civile.

A tale proposito, una dottrina aveva già ipotizzato una ricollocazione dell'art. 2059 c.c. nell'alveo del diritto penale basandosi proprio sul riconoscimento della natura punitiva della previsione⁸⁰.

Del tutto all'opposto, occorre semmai ribadire la legittima permanenza della norma nel Codice civile.

Innanzitutto, l'art. 2059 c.c. si occupa in principalità di riparare a una lesione, a cui, talvolta, può aggiungersi una finalità punitiva. Dalla precisazione che l'indeterminabilità congenita della lesione immateriale non rappresenta *per se* indice di sanzione e che, nella maggior parte dei casi, l'intento della condanna è riparatorio, lo spostamento della normativa in esame nel Codice penale non sembra giustificato.

⁷⁹ Cfr. cap. VII, § 15.

⁸⁰ Così A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, cit., 115.

In secondo luogo, una diversa collocazione dell'articolo citato non si comprende nemmeno per le ipotesi cui effettivamente si concretizzi detta finalità.

La polifunzionalità appartiene alla responsabilità civile, come hanno recentemente chiarito anche le Sezioni Unite del 2017, le quali, sebbene non si riferiscano alla responsabilità per danni, non consentono più di dubitare che anche il diritto privato possa sanzionare il responsabile.

Inoltre, considerazioni inerenti alle lacune del paradigma risarcitorio quando permetta al responsabile di trarre profitto dall'illecito e, per converso, alla necessità di tutelare efficacemente la persona umana spingono ad abbandonare il modello risarcitorio qualora non rappresenti più una risposta soddisfacente agli illeciti che s'incarica di riparare.

8. *Problematiche ulteriori derivanti dall'interpretazione del danno non patrimoniale in chiave afflittiva: il mancato rispetto del principio di legalità.*

Nel momento in cui si attribuisce al giudice civile il potere di sanzionare sorge il correlativo problema di delimitarne i poteri afflittivi.

Storicamente nata nel diritto penale per tutelare il singolo contro l'arbitrio dello stato assoluto⁸¹, l'esigenza che la potestà punitiva non possa irrogarsi in difetto di una base testuale che ne preveda le condizioni e ne circoscriva i limiti di esercizio si è affermata nel diritto privato a seguito del riconoscimento della polifunzionalità della responsabilità civile.

È costante e risalente l'affermazione della necessaria previsione normativa delle sanzioni ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale⁸² e di legittimità⁸³: il *nulla poena*

⁸¹ G. MARINI, voce *Nullum crimen sine lege* (dir. pen.) in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950. Sul significato del principio di legalità nel diritto penale, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*¹⁰, Padova, 2017, 20 s.

⁸² Già Corte. Cost. 3 luglio 1967, n. 78. Cfr. poi Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104: «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Inoltre, Corte. Cost. 4 giugno 2010, n. 196; Corte. Cost. 16 dicembre 2016, n. 276; Corte. Cost. 11 maggio 2017, n. 109.

⁸³ Cfr. Cass. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100, in *Corr. giur.*, 2015, 1568 ss., con nota di P.P. FERRARO, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società*

sine lege, lungi dall'essere limitato al reato, opera per «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo»⁸⁴.

Il dibattito accademico, sorto a corollario della «riscoperta delle pene private»⁸⁵ e rinfocolato dalla delibazione dei *punitive damages*⁸⁶, ha, per un verso, più volte sostenuto la sottoposizione delle pene private al principio di legalità⁸⁷ e, per altro verso, autorevolmente definito (non le pene private, ma, più in generale) le sanzioni civili come misure afflittive patrimoniali irrogate dall'autorità giudiziaria su istanza di un privato, «comminate dalla legge»⁸⁸. Qualche studioso, al contrario, ha dubitato che il principio di legalità possa valere nel diritto civile in quanto la comunanza

fallite, Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

⁸⁴ Cfr. Corte. Cost. 18 aprile 2014, n. 104.

⁸⁵ L'espressione è di F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 3.

⁸⁶ Sull'intersezione tra principio di legalità e delibazione dei *punitive damages*, v. C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il di norma presente, 'due process of law')*, in *Corr. giur.*, 2017, 1055; M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 289; ID., *Risarcimento ultrariparatorio (legalità costituzionale)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1827 ss., specie 1829; ID., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 305 ss. Sui problemi tra l'irrogazione dei *punitive damages* e il *nulla poena sine lege*, v. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 269 ss.

⁸⁷ Cfr. sul riferimento dell'art. 23 Cost. alla materia civilistica F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, cit., 51 s.; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, a cura di G. Ponzanelli, Milano, 2008, 363; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 941; G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, 1204; C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di 'punitive damages': alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1674; EAD., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Milano, 2019, 191 s. Nella dottrina processualcivilistica, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, 12: «tutte le sanzioni, siano penali o civili, non si possono pensare se non in quanto comminate (e quindi prevedute) da norme giuridiche». Al contrario, per M. MAGGIOLO, *Micriviolenze e risarcimento ultracompensativo*, cit., 97, le sanzioni civili soggiacciono all'art. 25, co. 2, Cost.

⁸⁸ F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 532.

teleologica tra pena pubblica e pena privata «non impone una trasposizione meccanica alle seconde del principio di legalità»⁸⁹.

La lettura più recente e autorevole di cosa si debba intendere per intermediazione legislativa veniva fornita nel 2017 dalle Sezioni Unite⁹⁰: per il Supremo Collegio, ai sensi degli artt. 23-25 Cost.⁹¹, nonché dell'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti 'CEDU') e dell'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la norma che introduce una fattispecie punitiva deve sia indicare i contenuti sostanziali della figura sia rendere la prevedibile la sanzione.

Per base normativa, la Suprema Corte intende «una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia»⁹², ma, in modo piuttosto opaco, non chiarisce se ciò equivalga a escludere le regole di creazione pretoria e, soprattutto, il precedente giurisprudenziale, che nei paesi di *common law* può avere valore di legge. Alla scarsa chiarezza del punto contribuisce anche il riferimento all'art. 7 CEDU: il principio di legalità europea, contrariamente all'art. 25 co. 2 Cost., comprende anche le *regulae juris* giurisprudenziali⁹³.

Il cerchio è chiuso dal riferimento brevilocuente al principio di proporzionalità:

⁸⁹ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 283.

⁹⁰ Sulle Sezioni Unite del 2017 v. cap. VI § 3-4. Prima del 2017, Cass. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100 aveva fondato il *nulla poena sine lege* sugli artt. 25, co. 2, Cost. e 7 CEDU, istituendo il principio di stretta legalità delle pene del diritto penale.

⁹¹ Critico sul richiamo all'art. 23 Cost. è A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793: l'esigenza di tipicità di diritto civile troverebbe fondamento «non tanto nel principio recato dalla norma costituzionale (art. 23) ... bensì nel principio, sia pure inespresso ma consustanziale al sistema e ai valori dell'ordinamento, secondo cui ogni misura o rimedio a carattere *lato sensu* afflittivo ha bisogno di appoggiarsi ad una fonte convenzionale o legale». Inoltre (nt. 5), l'autore nota che il legislatore costituente ha avvertito il bisogno di riaffermare il principio di tipicità della sanzione con riguardo al diritto penale, mutuando l'inserimento della garanzia di cui all'art. 25, comma 2, Cost., dall'art. 1 c.p., ma si chiede se una simile previsione valga anche nel campo del diritto privato, pur riconoscendo «l'esigenza che la sanzione abbia un autonomo fondamento normativo rispetto al precetto violato». Cfr. anche, ID., *La tutela civile dei diritti*³, Milano, 2003, 66 ss.

⁹² Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

⁹³ Ampiamente sul punto, v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss.

talmente conciso che la giurisprudenza successiva al 2017 si limita a verificare se la singola ipotesi afflittiva poggia o meno su una base legale, omettendo qualsiasi considerazione inerente alla proporzionalità della misura⁹⁴.

L'estensione di garanzie tipiche del diritto penale – come il principio di legalità – ad altri settori dell'ordinamento è di molto precedente alle Sezioni Unite del 2017: all'illecito penale la giurisprudenza comunitaria ha da tempo accostato – con qualche cautela – la sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale⁹⁵. La Corte EDU ha, infatti, adottato un'accezione sostanziale di pena, considerando tale anche la misura che, pur formalmente qualificata in modo diverso dalla sanzione del diritto criminale, ciononostante presenta caratteri che consentono di equipararla a quest'ultima⁹⁶.

Il rispetto del principio di legalità nello specifico campo del danno non patrimoniale è problematico anche nell'accezione ampia del principio, la sola che può utilmente riferirsi al diritto civile: sebbene il *nulla poena sine lege* sia stato coniato per il diritto penale, è indubbio, ed è la stessa Corte Costituzionale ad averlo recentemente chiarito⁹⁷, che il principio di stretta legalità non si applichi al diritto privato. In questa sede, pertanto, il *nulla poena sine lege* viene inteso nella lata accezione di

⁹⁴ Cfr. Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

⁹⁵ A partire da Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Conformi Corte EDU 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, su cui v. C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; 9 febbraio 2005, *Welch c. Regno Unito*; 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; Corte EDU 8 dicembre 2015, *Luigi Monaco c. Italia*; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. In dottrina, F. PALAZZO, *Il limite della 'political question' fra Corte Costituzionale e Corti Europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in *Cass. pen.*, 2018, 461 ss.

⁹⁶ Sui caratteri rilevanti, v. F. EPISCOPO, *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, cit., 2069: «il novero dei destinatari cui la disposizione è rivolta, la natura del soggetto o dell'autorità titolare del potere di irrogare la sanzione, la finalità della norma, la conformazione del contenuto dell'elemento soggettivo, la qualificazione attribuita alla misura negli altri ordinamenti appartenenti al Consiglio d'Europa, la gravità della sanzione — anche in caso di sanzioni pecuniarie non suscettibili di tradursi in limitazione della libertà personale —, e la finalità punitiva attribuita dal legislatore».

⁹⁷ Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139, su cui ci si soffermerà più ampiamente nel cap. VII § 9.

intermediazione legislativa delle fattispecie sanzionatorie, escludendo sin d'ora la stretta legalità.

Qualora si interpreti l'art. 2059 c.c. in chiave polifunzionale è dubbio sia che rispetti la tipicità (anche intesa in senso giurisprudenziale) delle ipotesi afflittive sia la prevedibilità della sanzione; condizioni, queste, individuate come corollari dal principio di legalità dalle Sezioni Unite del 2017.

In primo luogo, è arduo affermare che il *quantum* della liquidazione del danno non patrimoniale, specie quando esuli dal danno cd. biologico e dunque sia quantificato secondo l'equità del giudice, sia prevedibile *ex ante*. A ciò si aggiungano i casi nei quali il giudicante può prescindere dallo strumento tabellare, come nei reati dolosi.

Inoltre, il danno non patrimoniale non può dirsi nemmeno propriamente tipico, atteso che, in esito alla cd. interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e alle Sezioni Unite di San Martino del 2008, è irrogabile per ogni ipotesi di grave violazione dei diritti costituzionalmente rilevanti della persona, la cui definizione è in continua evoluzione.

Abbandonata la tipicità legislativa dell'art. 2059 c.c. per il riconoscimento giurisprudenziale di nuove ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, si apre giocoforza all'eventualità che una sentenza, prima tra tutte, affermi che una situazione in precedenza ritenuta irrilevante ai sensi dell'art. 2059 c.c. invece ci rientra.

Peraltro, quand'anche si individuassero *ex ante* tutti i casi di liquidazione del danno non patrimoniale, ciò non risolverebbe il problema di capire quali tra questi potrebbero farsi portavoce di una finalità punitiva, a meno di non concludere che ogni ipotesi sussumibile nell'art. 2059 c.c. rappresenta invariabilmente una sanzione; esito che non sembra rispecchiare l'istituto e i casi in cui si incarica di riparare a un pregiudizio.

Per salvare il rispetto del principio di legalità, le teorie che attribuiscono al danno non patrimoniale una connotazione afflittiva la circoscrivono a ipotesi predeterminate, come quelle di reato, o fanno rientrare il danno morale soggettivo nel concetto di pena privata⁹⁸.

Detta operazione non sembra condivisibile, atteso che condannare il reo a

⁹⁸ V. cap. VII, §§ 3-4.

ripagare a tutti i danni derivanti dal reato non ha, di per sé, un intento punitivo del responsabile, quanto di tutela della vittima.

L'idea lungo cui si muove il lavoro di ricerca è che il portato sanzionatorio dell'art. 2059 non stia in fattispecie particolari, ma nella parte della condanna che, calcolata tenendo conto di fattori che esulano dal danno occorso (il dolo del responsabile, il contesto sociale nel quale viene commesso l'illecito, la ripetitività del comportamento etc.), non si occupa di compensare un pregiudizio, ma di punire il responsabile.

Non si dubita della meritevolezza dell'esigenza di certezza del diritto e della sua importanza apicale tra i valori dell'ordinamento, ma si vogliono rilevare i limiti significativi nei quali incorre il principio di legalità nello specifico campo del danno non patrimoniale, che spingono, all'opposto di configurarlo come una sanzione senza garanzie, a cercare correttivi alla punizione più adatti a questa specifica categoria di illeciti.

La domanda dirimente può ancora considerarsi quella posta da Bricola, volta ad appurare «in qual misura l'oscillazione della responsabilità civile verso il polo sanzionatorio di tipo preventivo e afflittivo può coinvolgere necessariamente (o eventualmente) le tecniche di tutela (e i relativi principi) costituzionalmente previste? O meglio: i principi di legalità e di tassatività e di personalità della responsabilità (nel senso più ristretto o nel senso più ampio coincidente con il principio *nulla poena sine culpa*) divengono coesenziali (e in che limiti) ad una responsabilità civile così articolata?»⁹⁹.

All'opposto di un forzato adattamento dell'intermediazione legislativa al diritto privato, la risposta potrebbe passare per l'adozione di una garanzia più elastica e adatta al polimorfismo delle sanzioni civili: quella del principio di proporzionalità¹⁰⁰.

⁹⁹ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, cit., 47 s.

¹⁰⁰ Cfr. cap. VII, § 15.

9. *Legittimità costituzionale della mancata predeterminazione legislativa del quantum della sanzione civile.*

Un intervento recente della Consulta, nel salvare ancora una volta il disposto dell'art. 96 co. 3 c.p.c., afferma la legittimità costituzionale della mancata predeterminazione legislativa, nel senso di un ammontare numerico preciso, del *quantum* delle sanzioni di diritto civile¹⁰¹.

La Corte Costituzionale non limita le garanzie del diritto criminale alle sole pene, ma le estende alle figure punitive sostanzialmente intese¹⁰²: anche «per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse (sentenza n. 447 del 1988)»¹⁰³.

Per quanto riguarda il diritto civile, le argomentazioni più rilevanti sono quelle sul *quantum* dell'art. 96, co. 3, c.p.c.¹⁰⁴: la previsione legittima il giudice, anche d'ufficio,

¹⁰¹ Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 723 ss., con nota di C. DE MENECH, *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. comma, c.p.c. tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139)*; in *Giur. it.*, 2020, 578 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Corte costituzionale e «sanzioni» processuali*, che ha pressochè confermato l'orientamento di Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*; e in *Corr. giur.*, 2016, 1586 ss., con nota di C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*.

¹⁰² *Rectius*, alcune garanzie: per esempio, la necessaria retroattività della legge più favorevole non viene riconosciuta all'illecito amministrativo (v. Corte Cost. 20 luglio 2016, n. 193).

¹⁰³ V. C. Cost. 4 giugno 2010, n. 196. Oltre alle sentenze citate nel testo, v. C. Cost. 18 aprile 2014, n. 104; C. Cost. 16 dicembre 2016, n. 276; C. Cost. 11 maggio 2017, n. 109. Già C. Cost. 3 luglio 1967, n. 78.

¹⁰⁴ Sul carattere sanzionatorio della norma, cfr. Cass. sez. L. 15 febbraio 2021, n. 3830; Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25177; Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 29 settembre 2016, n. 19298; Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498 ss.; Cass. 19 aprile 2016, n. 7726; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3376; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22812. In dottrina, cfr. A. PISANI TEDESCO, *Lite temeraria, sanzioni civili e ruolo dell'interprete*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 111 ss.; F. EPISCOPO, *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2021, 2082 ss.; F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 2292 ss.; R. BREDI, *La Corte Costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*, in *Danno resp.*, 2017, 411 ss.; M. D'ONOFRIO, *Danni punitivi e abuso del processo ex art. 96, co. 3, c.p.c.*, in *dirittocivilecontemporaneo.it*, 2017; C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1588 ss.;

quando il soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave¹⁰⁵, a condannarlo al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata. Tale importo si aggiunge al risarcimento del danno da lite temeraria e ha, pertanto, (anche) natura sanzionatoria dell'abuso del processo¹⁰⁶.

Sebbene la figura risulti normativamente fondata, la determinazione equitativa della lite temeraria è stata ritenuta contrastare con i principi costituzionali che presidiano la legalità e la determinatezza della pena tanto che la disposizione è stata più volte portata dinanzi alla Consulta, l'ultima nel 2019¹⁰⁷.

Il Tribunale di Verona aveva rilevato un contrasto tra l'art. 96 c.p.c. e gli artt. 23 e 25, co. 2, Cost. nella parte in cui il terzo comma della figura richiamata non prevede l'entità minima e quella massima della condanna. Il giudice remittente, dalla natura sanzionatoria dell'art. 96, co. 3, c.p.c. faceva discendere il necessario rispetto di quanto stabilito dalle Sezioni Unite del luglio 2017, a tenore delle quali «ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza

F.D. BUSNELLI - E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?*, in *Danno resp.*, 2012, 585 ss.; A. GIORDANO, *Il litigante temerario paga “in ogni caso”*. *Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c. tra “abuso del processo” e “danni punitivi”*, in *Giur. it.*, 2012, 2114 ss.; A. CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2011, 814 ss.; E. MORANO CINQUE, *L'abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2581 ss.; T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perchè?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 55 ss. *Contra*, G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *www.judicium.it*, 1 giugno 2010.

¹⁰⁵ Sull'*animus* richiesto dalla lite temeraria, cfr. C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁷, I, Torino, 2019, 390 ss.

¹⁰⁶ Sul carattere sanzionatorio della norma, cfr. Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25177; Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 29 settembre 2016, n. 19298; Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 498 ss.; Cass. 19 aprile 2016, n. 7726; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3376; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22812, che l'ha espressamente definita come «una vera e propria sanzione processuale dell'abuso del processo perpetrato da una delle due parti». Nella giurisprudenza di merito, cfr. tra le prime già Trib. Varese 30 ottobre 2009, n. 1094, in *Giur. di merito*, 2010, 431 che parla esplicitamente di «condanna punitiva»; Trib. Verona ord. 21 marzo 2011, in *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo “Valore Prassi” sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, a cura di T. dalla Massara - M. Vaccari, Napoli, 2012, 70 ss., opera che cita il “Protocollo ‘Valore Prassi’ sugli artt. 91, 96 e 614 bis c.p.c.” del Tribunale di Verona che si proponeva di fissare criteri per tale quantificazione.

¹⁰⁷ Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli articoli 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario». Se le condotte che integrano la lite temeraria appaiono sufficientemente determinate, non può concludersi similmente in punto di quantificazione della condanna irrogabile, a detta del remittente.

La Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione con riferimento al principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., in si riferisce alle sanzioni di diritto penale o amministrativo di natura sostanzialmente punitiva, ma non all'art. 96, co. 3, c.p.c., che invece rientra nelle prestazioni personali e patrimoniali di cui all'art. 23 Cost.

Per quanto invece concerne l'asserita imprevedibilità della condanna per lite temeraria, la Corte ricorda che il previgente art. 385 c.p.c. imponeva al ricorrente o al resistente temerario in Cassazione il pagamento di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari.

La *ratio* dell'art. 385, co. 4, c.p.c., sottolinea la pronuncia, coincide con quella dell'art. 96, co. 3, c.p.c., ma, per quanto qui d'interesse, con un elemento differenziale rilevante dal momento che la disposizione attualmente vigente non riproduce il *duplum* delle tariffe professionali, accogliendo solo il criterio equitativo.

Lo stesso riferimento al doppio si rinviene in un'altra disposizione tesa a colpire l'abuso processuale, ossia, nell'ambito del processo amministrativo, l'art. 26 c.p.a., mentre, per quanto concerne il processo tributario, l'art. 15, co. 2 *bis*, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, richiama l'art. 96 c.p.c.

Infine, una condanna afflittiva equitativamente determinata è prevista anche nei procedimenti contabili *ex art.* 31 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

Le disposizioni citate presentano due elementi comuni: la finalità sanzionatoria di condotte di abuso processuale e il parametro equitativo.

Per quanto concerne quest'ultimo profilo, il rispetto dell'art. 23 Cost. impone che la fonte primaria da cui deriva la potestà sanzionatoria stabilisca criteri direttivi sufficientemente determinati e linee generali di disciplina nel calcolo della relativa sanzione, richiedendosi che la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dalla legge.

Il rinvio all'equità non contrasta con il quadro sopra descritto in quanto «il legislatore, esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella

conformazione degli istituti processuali ..., ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente ... può specificare ... il precetto legale»¹⁰⁸.

Dall'enfasi posta sull'attività di specificazione si inferisce che quello che non può essere delegato alla giurisprudenza è l'introduzione della figura ultra-compensativa: a monte, deve necessariamente preesistere un'attività legislativa istitutiva della fattispecie afflittiva.

A sua volta, la Corte di Cassazione, nella predetta specificazione del comando legale, rinvia in modo costante al parametro della proporzionalità rapportata alle tariffe forensi e, pertanto, la sanzione prevista dall'art. 96, co. 3, c.p.c. deve intendersi commisurata «alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa»¹⁰⁹; interpretazione che pone la norma in esame in ideale linea di continuità con l'art. 385 c.p.c. e, sistematicamente, in una posizione armonica con quella occupata dall'art. 26 c.p.a.

La liquidazione equitativa dall'art. 96, co. 3, c.p.c. dimostra che, ai fini della legittimità costituzionale di una previsione sanzionatoria, non è necessaria l'indicazione normativa di un valore specifico, potendosi desumere l'importo massimo liquidabile in via sistematica o anche dalle pronunce della giurisprudenza: una (parziale) imprevedibilità della sanzione è, dunque, costituzionalmente legittima.

La pronuncia della Corte Costituzionale, la prima sul tema dopo le Sezioni Unite del 2017, rischia di creare un precedente.

Se si ritiene che la prevedibilità normativa della condanna rappresenti un necessario corollario del principio di legalità – condizione necessaria non solo per la delibazione dei *punitive damages*, ma anche per la legittimità delle sanzioni domestiche secondo le Sezioni Unite del 2017¹¹⁰ – si deve dubitare che le regole giurisprudenziali rispettino detto principio. Viceversa, se si fa rientrare nella «legge, o simile fonte»¹¹¹

¹⁰⁸ Cfr. Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

¹⁰⁹ Cass. 11 ottobre 2018, n. 25177; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25176.

¹¹⁰ Sembra particolarmente significativo il passaggio che segue, sul collegamento tra principio di legalità e prevedibilità della sanzione. Segnatamente, Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, 23: «il principio di legalità postula che una condanna straniera a “risarcimenti punitivi” provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice *a quo* abbia pronunciato *sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità*» (nostra l'enfasi).

¹¹¹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

richiesta dalle Sezioni Unite anche l'interpretazione pretoria, si apre alla possibilità che nel diritto civile il principio di legalità non sia soltanto legato al dato testuale, ma che la previsione normativa possa essere integrata in via pretoria, così aprendo maggiormente anche alla delibazione dei *punitive damages* statunitensi.

È, però, una china pericolosa.

Il salvataggio del parametro equitativo nel caso dell'art. 96 co. 3 c.p.c. è, tutto sommato, privo di rischi perché la giurisprudenza è ormai costante nel rapportarsi alle tariffe forensi, ma la pronuncia della Consulta può rappresentare un precedente per affermare la legittimità costituzionale di altre ipotesi afflittive determinate in via equitativa per le quali, però, non è praticabile il ricorso alle tariffe professionali o a indicatori di altro tipo.

È il caso della pena pecuniaria equitativa che il giudice obbliga la parte non comparsa al tentativo obbligatorio di conciliazione a versare alla parte ritualmente comparsa ai sensi dell'art. 8 ult. co. l.n. 24/2017 cd. Gelli-Bianco¹¹², e dell'*astreinte*, il cui ammontare può tenere conto di ogni circostanza utile¹¹³. In realtà, peraltro, neppure la lite temeraria dipende sempre dai compensi forensi: l'edizione del 2021 delle tabelle dell'Osservatorio milanese sulla giustizia civile calcola che nel 20% dei casi la sanzione dell'art. 96, co. 3, c.p.c. sia stata determinata soltanto in base alla cd. equità pura del giudicante¹¹⁴.

¹¹² Art. 8, co. 4, l.n. 24/2017: «la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, *oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione*» (nostra l'enfasi).

¹¹³ Art. 614 *bis*, co. 2, c.p.c.: «il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

¹¹⁴ Circa il 22% delle pronunce secondo le ultime cd. tabelle milanesi, reperibili online sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Milano.

In altri termini, il parametro equitativo è *per se* difficilmente controllabile e il suo salvataggio dopo le Sezioni Unite del 2017 che ribadiscono il principio di legalità delle sanzioni civili apre scenari problematici.

Fuor di dubbio che la Consulta non intenda avallare *tout court* il calcolo equitativo delle sanzioni civili e, anzi, cerchi di rendere prevedibile la condanna.

Allo stesso tempo, rinvenire al di fuori della legge parametri di calcolo della pena smentisce la riferibilità al diritto civile dell'intermediazione legislativa nei termini individuati dalla Corte di Cassazione nel 2017, che vede la legge sia descrivere una figura afflittiva dal punto di vista sostanziale (tipicità) sia individuare un ammontare massimo (prevedibilità).

In definitiva, non solo non tiene il principio di legalità inteso come predeterminazione normativa del *quantum* dell'importo irrogabile, ma, più radicalmente, è difficile sostenere che in una sanzione calcolata in via equitativa «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dalla legge», come richiesto dalla Consulta¹¹⁵. Anzi, una considerazione priva di pregiudizi del parametro equitativo non può che rilevarne il carattere imprevedibile.

10. *Deterrenza nel diritto civile e paradosso della punizione non deterrente nel diritto penale: considerazioni sistematiche e riflessi sul danno non patrimoniale.*

Si suole individuare nella separazione tra diritto civile e penale il risultato più puro della secolarizzazione del diritto privato.

L'offensività dell'azione antigiuridica per la collettività rappresenta il discrimine tra l'illecito penale e quello civile: nel reato, che può ledere tanto interessi pubblici quanto privati, la violazione posta in essere ha un portato talmente grave che offende sia la vittima sia la società, mettendo in pericolo l'ordine sociale¹¹⁶.

Da ciò deriva anche la diversità degli strumenti di tutela.

Trattandosi di una vicenda tra privati, la responsabilità civile mira alla compensazione, alla quale tendenzialmente segue un effetto deterrente determinato dalla mi-

¹¹⁵ Cfr. Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

¹¹⁶ Già A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 557, sottolineava l'interesse dello stato alla conservazione dell'ordine giuridico nel caso della commissione di un reato, sia che quest'ultimo offenda interessi pubblici sia privati.

naccia del risarcimento. Al contrario, nel diritto penale trovano espressione meccanismi schiettamente punitivi e general-deterrenti che giustificano l'irrogazione di pene anche detentive.

La nitidezza del riparto di competenze tra diritto civile e penale subisce, oggi, numerose eccezioni: basti pensare agli alcuni illeciti civilistici che offendono la collettività o gruppi di persone (detti anche *mass torts*), pertanto legittimanti forme di azione collettiva nel processo privato, oltre a figure civilistiche di natura sanzionatoria elencate dalle Sezioni Unite del 2017¹¹⁷ e, per l'opinione qui sostenuta, anche la liquidazione sanzionatoria del danno alla persona.

Per dire il vero, ben prima di azioni collettive e *mass torts*, Carnelutti aveva rivendicato una dimensione collettiva, nel senso di tutela dell'ordine sociale, del diritto privato, affermando che l'ordinamento non può considerarsi interessato soltanto a che i consociati non si uccidano l'un l'altro, ma anche, per esempio, a che i debitori adempiano alle obbligazioni assunte: ogni illecito turba l'ordine sociale, ma solo quelli che lo mettono in maggior pericolo, cioè i reati, meritano un rimedio più energico, ossia la pena¹¹⁸.

Proseguendo lungo questa direttrice concettuale, una dottrina si spinse a «conclusioni più radicali ... sino a far balenare l'idea di una possibile graduale eliminazione delle sanzioni specificatamente penali, qualora le sanzioni civili acquistassero correlativamente una sufficiente efficacia»¹¹⁹.

Di certo l'intuizione precorreva i tempi e risulta, oggi, in qualche misura confermata dalla recente direzione presa dai fenomeni di depenalizzazione, che trasformano i reati in illeciti civili e non più amministrativi: è particolarmente significativa la creazione di figure ibride tra diritto penale e privato, come l'ingiuria depenalizzata¹²⁰, avvenuta con il d.lgs. 7/2016.

¹¹⁷ Sulle Sezioni Unite del 2017, v. cap. VI, §§ 3-4.

¹¹⁸ Le significative considerazioni dell'autore venivano versate in un volume per l'appunto dedicato all'illecito penale, cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 52.

¹¹⁹ Così G. DEL VECCHIO, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, 341.

¹²⁰ Sul tema, cfr. G. GARUTI, *Poteri del giudice dell'impugnazione di decidere sulle statuizioni civili per i fatti di cui al d.lgs. n. 7 del 2016*, in *Diritto pen. proc.*, 2017, 16 ss.; M. RIVERDITI, *L'illecito civile punitivo ex d. legis. n. 7 del 2016: una prima ricostruzione*, in *St. iur.*, 2016, 667 ss.; V. BOVE-P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2016

Alla luce dei molti cambiamenti che si stanno producendo nell'ordinamento (affermazione della polifunzionalità della responsabilità civile da parte delle Sezioni Unite del 2017; *mass torts*; depenalizzazione e conseguente trasformazione di illeciti penali in civili; estinzione del reato tramite il pagamento del risarcimento *ex art. 162 ter c.p.* etc.) ci si deve chiedere se si debba continuare a distinguere diritto civile e penale come si è pressoché sempre fatto, ossia assegnando al primo il compito di risarcire i danni perché si occupa di vicende private e al secondo quello di punire il responsabile per l'offesa arrecata alla collettività.

Una funzione sanzionatoria va, invece, attribuita al diritto privato per la deterrenza che questa branca del diritto è in grado di realizzare.

Se con efficacia deterrente si intende l'idoneità della minaccia della conseguenza legale a scoraggiare un'azione antiggiuridica, non può seriamente revocarsi in dubbio che il risarcimento del danno rappresenti in sé una misura deterrente. Nella maggior parte dei casi, la consapevolezza della futura sottoposizione all'obbligazione risarcitoria frena l'aspirante trasgressore dal commettere l'illecito¹²¹.

La deterrenza non riguarda solo il futuro responsabile: allo stesso modo la vittima, per non incorrere nella perdita di parte del risarcimento per fatto colposo del

(www.penalecontemporaneo.it); G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016 (www.penalecontemporaneo.it); F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 285 ss.; A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *Leg. pen.*, 29 luglio 2016 (www.laegislazionepenale.eu). La depenalizzazione risulta rilevante nell'ottica dei rapporti tra diritto penale e civile, tema per il quale si rinvia a K. LÜDERSEN, *Politica criminale e strategie sanzionatorie: sul ruolo del diritto civile*, in *Il declino del diritto penale* a cura di L. Eusebi, Milano, 2005, 131 ss.

¹²¹ Sul fatto che il risarcimento del danno rappresenti in sé un «general incentive to avoid inflicting damage» e sulla correttezza di questa definizione in generale a livello continentale, v. H. KOZIOL, *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, Wien, 2017, 78 ss., il quale si premura di distinguere quest'accezione dalla *Deterrence* di *Common law*. Nella letteratura italiana, per tutti, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., 391, il quale rileva che il risarcimento del danno presenta anche un carattere di pena «nel senso di male inflitto al trasgressore del precetto», e P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile*, cit., 690: «la responsabilità civile certamente costituisce una sanzione la cui minaccia vale a disincentivare gli atti illeciti; ma nel sistema della responsabilità civile da illecito la funzione sanzionatoria e dissuasiva è indissolubilmente connessa con la funzione compensativa». V. inoltre P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 19, sulla funzione preventiva della responsabilità civile. Per la particolare attenzione al diritto comparato G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 691 ss.

creditore, ha tutto l'interesse a non aggravare le conseguenze della lesione e, similmente, eventuali corresponsabili, al fine di non soggiacere *pro quota* all'obbligazione risarcitoria solidale, sono incentivati a desistere e a far desistere dall'azione antiggiuridica.

Come rilevato ormai in diversi punti di questa trattazione, il modello risarcitorio incontra limiti significativi quanto alla capacità deterrente, per esempio nella misura in cui consenta al responsabile di ricavare un beneficio economico dalla trasgressione del precetto normativo¹²². Peraltro, una simile conseguenza è particolarmente riprovevole quando passi per la lesione di valori apicali dell'ordinamento, come i diritti fondamentali dell'individuo.

La deterrenza nel diritto privato italiano si differenzia nettamente dalla *deterrence* nordamericana: la seconda assume caratteri marcatamente economici¹²³, mentre quella domestica esprime prevalentemente una scelta valoriale dell'ordinamento volta alla maggior tutela della persona umana¹²⁴.

¹²² H. KOZIOL, *Harmonisation and Fundamental Questions*, cit., 62 sul «lack of preventive effect if advantages are greater than damage».

¹²³ Da ultimo, esplora il rapporto tra *Torts* e *Law and Economics*, anche con particolare attenzione ai vari approcci che si sono susseguiti in dottrina, D.B. KELLY, *Law and Economics*, in *The Oxford Handbook of The New Private Law*, Oxford, 2021, 95 ss. Sempre per una ricostruzione dei vari filoni della letteratura nordamericana sul punto, v. I. ENGLARD, *The Philosophy of Tort Law*, Cambridge, 1993, 29 ss. Tra i classici della materia, ci si limita a richiamare gli imprescindibili contributi di G. CALABRESI, *The Cost of Accident. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970; A. MITCHELL POLINSKY, *Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting*, in *American Economic Review*, 70, 1980, 363 ss.; S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, London-Cambridge (Massachussets), 1987; W.M. LANDES - R.A. POSNER, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, in *Georgia Law Review*, 15, 1981, 851 ss.; ID. - ID., *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *Journal of Legal Studies*, 12, 1983, 109 ss.; ID. - ID., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachussets), 1987. Più di recente, *Research Handbook on the Economics of Torts*, edited by J.H. Arlen, Cheltenham, 2013, specie C.M. SHARKEY, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine*, 486 ss.

¹²⁴ Per tutti, F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 225 s., rilevano che la deterrenza, «essendo tradizionalmente connessa con il presupposto della colpa, esprime un'esigenza morale affidandone la realizzazione a una funzione preventiva ... *Deterrence* nordamericana e c.d. deterrenza nostrana hanno in comune una valorizzazione della funzione di prevenzione della responsabilità civile e mirano entrambe a ridimensionare l'invasione degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa».

Riprendendo una considerazione svolta nel capitolo precedente, le ipotesi per le quali vengono apprestate condanne punitive non sono sempre le più costose per l'ordinamento né direttamente legate a parametri di efficienza economica. Basti pensare all'art. 2059 c.c. e, per esempio, alla punizione general-deterrente imposta dalla Corte di Cassazione al genitore responsabile di atti vessatori e persecutori posti in essere a danno dell'insegnante del figlio, chiara espressione di una scelta valoriale, e non economica, operata dalla giurisprudenza¹²⁵.

Analoghe considerazioni possono riferirsi alla lite temeraria, motivata dall'intento di ledere la controparte processuale per un abuso che non risponde necessariamente alla pianificazione di un futuro profitto e all'art. 709 *ter* c.p.c., che vuole tutelare individui vulnerabili, come il minore, ma estraneo ad analisi costi-benefici.

I rilievi sin qui svolti spiegano perché il modello risarcitorio venga integrato in via pretoria – talvolta in modo manifesto, talaltra surrettizio, sfruttando le larghe maglie del paradigma equitativo – con variabili che, esulando dal pregiudizio, mirano a sanzionare un certo comportamento e, contestualmente, a prevenirlo più efficacemente, avvisando il responsabile che la condanna non sarà calcolata soltanto sul pregiudizio.

Le minacce al consociato di una più severa punizione sembrano, paradossalmente, sortire un effetto maggiore nel diritto civile che criminale.

Numerose fattispecie di reato, come i crimini di sangue, non rispondono infatti a una decisione razionale dell'agente, il che depotenzia la capacità dissuasiva delle minacce dell'ordinamento¹²⁶. Questo dato trova conferma empirica nei dati sugli omicidi raccolti negli Stati Uniti, che dal 1990 a oggi dimostrano come il tasso di assassini ogni 100.000 abitanti risulti più alto negli stati che hanno mantenuto la pena di morte

¹²⁵ Cfr. Cass. ord. 12 aprile 2018, n. 9059 in *Danno resp.*, 2019, 88 ss., con commento di F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*.

¹²⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, per il quale il fatto che le pene del *ius terribile* svolgano un effetto di deterrenza è quasi un luogo comune, specie considerando che vi sono alcune categorie di illeciti – paradigmaticamente, i crimini di sangue – che sfuggono a una pianificazione razionale, venendo compiuti sotto l'influsso di fattori emotivi antitetici dall'autocontrollo, per non parlare del fatto che «tutte le volte in cui si è tentato di dimostrare scientificamente l'efficacia deterrente delle pene, effettuando apposite ricerche empiriche, i risultati conseguiti sono apparsi contraddittori e incerti. Nessuna prova scientifica certa, dunque, suffraga l'efficacia dissuasiva della legge penale; questa efficacia rimane, a tutt'oggi, un'ipotesi di semplice buon senso».

rispetto a quanti l'hanno abolita: la massima sanzione irrogabile dal diritto penale, in altri termini, non previene efficacemente i reati¹²⁷.

L'apparente paradosso trova spiegazione nella circostanza che il diritto penale in molti casi si occupa di un agente irrazionale nei confronti del quale gli avvertimenti dell'ordinamento, quand'anche di eccezionale severità, non sortiscono gli effetti sperati. Non così o, almeno, non interamente il diritto civile.

11. *Ulteriori considerazioni sistematiche: (im)prevedibilità della sanzione civile e deterrenza.*

Un secondo argomento spinge a ribadire l'appartenenza privatistica della deterrenza e può riassumersi come segue: il diritto penale è costituzionalmente tenuto alla rigida previsione legislativa della pena *ex ante* rispetto al fatto.

Nel diritto civile, il parametro equitativo consente margini maggiori di manovra nel calcolo della condanna e, in ultima istanza, nella misura in cui la risposta dell'ordinamento rimanga almeno parzialmente imprevedibile può scoraggiare la pianificazione di illeciti che rispondono all'intento di trarre dall'azione antiggiuridica addi-

¹²⁷ Era stato l'economista I. ERLICH, *The Deterrence Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death*, in *American Economic Review*, n. 65, 1975, 397 ss., ad affermare l'efficacia della pena di morte sia dal punto di vista special-preventivo (in quanto mette evidentemente il responsabile nella posizione di non rappresentare più un pericolo futuro per la collettività) sia general-preventivo (sull'assunto che nessuna minaccia sia per il reo più efficace della perdita della vita) e che inoltre produce per lo stato il risparmio delle spese legate alla detenzione. Peraltro, giunse ad affermare che nel lasso temporale dal 1933 al 1969, ogni esecuzione capitale aveva evitato dai sette agli otto omicidi negli Stati Uniti. Gli studi dell'economista, duramente criticati dalla dottrina successiva per numerosi errori metodologici – come il non aver tenuto diviso gli stati abolizionisti da quelli che avevano mantenuto la pena di morte, considerando unicamente l'intera popolazione nordamericana (cfr. L.M. RADELET - R.L. AKERS, *Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts*, in 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1, 1996, 3) –, sono oggi sconfessati dai dati raccolti dal Federal Bureau of Investigation (d'ora in avanti anche solo FBI, reperibili online <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/murder-rates/murder-rate-of-death-penalty-states-compared-to-non-death-penalty-states>), che dimostrano che dal 1990 il tasso di omicidi per 100.000 abitanti sia sempre stato maggiore negli stati che adottano la pena di morte. Da ultimo, cfr. l'analisi di T.J. MICELI, *The Paradox of Punishment. Reflections on the Economics of Criminal Justice*, Cham, 2019.

rittura un utile economico, come hanno dimostrato gli studi sul cd. inadempimento razionale.

In situazioni di questo tipo, un contraente soppesa quanto gli costerebbe tenere fede agli impegni presi e quanto, invece, sottrarsi, decidendo sulla base di un criterio puramente economico¹²⁸. Qualora infrangere la legge risulti economicamente preferibile a rispettarla, è agevole notare come specialmente alcuni attori – per esempio grandi imprese o società multinazionali – opteranno per la scelta che determini un incremento del profitto.

In questi casi, se con efficacia deterrente si intende l'ideoneità di una misura a evitare la commissione di un illecito, si deve concludere che non solo che il risarcimento compensativo non spiega un effetto deterrente¹²⁹, ma anche che le pianificazioni di cui si discute sono possibili in quanto le conseguenze dell'agire giuridico e antiggiuridico siano certe e, quindi, confrontabili.

Pertanto, una sanzione che conservi margini apprezzabili d'incertezza previene maggiormente l'infrazione rispetto a una misura completamente prevedibile¹³⁰.

L'incertezza delle conseguenze giuridiche derivanti dall'illecito e la ragionevole presunzione che siano più gravose dei profitti attesi impedisce un calcolo di questo

¹²⁸ Per tutti, v. R.A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, cit., 117 ss.

¹²⁹ *Contra*, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano 2008, 365, nt. 41, per il quale il risarcimento del danno è sufficiente a scoraggiare la commissione dell'illecito.

¹³⁰ Cfr. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra responsabilità individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, 156: «un tasso non irrilevante d'imprevedibilità del *quantum* assolve, o almeno può assolvere, proprio quella funzione deterrente, che unitamente alla funzione punitiva connota il nostro istituto». V. anche F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali*, cit., 99: «la necessità che la sanzione sia personalizzata nel *quantum* e, al contempo, produca un impatto deterrente mal si concilia con la predeterminazione di una rigida cornice quantitativa, la quale potrebbe sempre essere utilizzata dal potenziale offensore nell'ambito di un calcolo costi-benefici, che è proprio ciò che la sanzione civile dovrebbe mirare a scoraggiare in generale e, *a fortiori*, in relazione ai danni alla persona». V. anche H. KOZIOL, *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, cit., 62, che rileva il «lack of preventive effect if advantages are greater than damages». Richiamava l'attenzione sul fatto che l'entità dei risarcimenti deve essere ragionevolmente prevedibile, ma non calcolabile. C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1120 ss. Notava U. MATTEI, *Tutela risarcitoria e tutela inibitoria*, Milano, 1987, 255, che l'esatta commisurazione tra danno occorso e pregiudizio da corrispondere pone l'aspirante trasgressore in una condizione di indifferenza rispetto alla commissione del fatto lesivo, ma non produce un effetto dissuasivo.

tipo scoraggiandone (o contribuendo a scoraggiarne) in ultima istanza la commissione¹³¹.

La partita della deterrenza non si gioca sull'ammontare più o meno elevato della sanzione e, pertanto, non si crede che la condanna al pagamento di una somma pure molto considerevole, ma predeterminata, preverrebbe l'illecito in modo più efficace di una misura incerta.

In uno scenario nel quale agiscono soggetti privati di capacità economica pressoché illimitata (Amazon, Apple, Microsoft etc.), non esiste importo che non possa essere da questi sostenuto e utilizzato come voce di spesa – in quanto sia certo o sufficientemente prevedibile – per valutare le conseguenze di una determinata azione.

È, infatti, noto che tali attori «tendono ad inserire, almeno in una certa misura, tra i costi del processo produttivo l'ammontare dei risarcimenti, facendolo gravare sui consumatori e vanificando in tal modo diverse finalità della responsabilità civile»¹³².

Nella misura in cui la somma dei costi di produzione e dell'ammontare accantonato per cause risarcitorie sia inferiore al profitto atteso, non sussiste un serio deterrente alla commissione dell'illecito¹³³, con conseguente inefficacia di un paradigma meramente risarcitorio.

Da un punto di vista sistematico, è indubitabile che considerazioni di questo tipo non possono essere riferite al diritto penale, nel quale la certezza della pena è presidiata dal principio costituzionale di (stretta) legalità.

Diversamente nel caso dell'esercizio della funzione sanzionatoria nel diritto civile, e questo sia per l'obiettiva possibilità per il giudice di perseguire indirettamente una finalità punitiva celata tra le ampie maglie del parametro equitativo, sia perché la stessa Corte Costituzionale, in una sentenza recente e significativa già richiamata, di fatto esclude che la misura della sanzione di diritto privato debba essere legislativamente predeterminata al pari dei reati o delle misure amministrative di natura sostan-

¹³¹ Cfr. M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, 280. Secondo la studiosa, la funzione deterrente della responsabilità civile «tanto è concepibile in quanto l'ammontare del danno risarcibile sia *diverso* dal costo delle misure di prevenzione necessarie ad evitarlo», ove 'diverso' deve leggersi come «superiore».

¹³² Per tutti S. PATTI, voce *Pena privata*, cit., 351.

¹³³ V. H. KOZIOL, *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, cit., 62, che rileva il «lack of preventive effect if advantages are greater than damage».

zialmente penale, avallando ancora una volta la legittimità del calcolo equitativo e anche la deducibilità *aliunde*, ossia al di fuori della norma, della misura dell'afflizione¹³⁴.

La responsabilità civile, supplendo alle lacune del diritto penale, non ne deve riproporre le carenze.

Nella misura in cui la condanna punitiva conservi un margine non irrilevante d'incertezza, può prevenire la commissione di taluni illeciti. In caso contrario, ben poca utilità potrebbe svolgere la previsione sanzionatoria.

La condanna di diritto civile può, insomma, rappresentare una conseguenza più afflittiva della pena: «se la pena è un male, pure un male è il risarcimento, il quale in alcuni casi affligge l'autore dell'illecito anche più dolorosamente della stessa pena»¹³⁵.

12. Considerazioni sistematiche sull'effettività della tutela della persona nel diritto civile.

Nel campo specifico dei danni alla persona, da un punto di vista sistematico si individua nella condanna punitiva di diritto civile lo strumento giuridico più indicato per la tutela di situazioni che – come i diritti della personalità legittimanti la liquidazione *ex art. 2059 c.c.* – sono insuscettibili di una definizione tipizzata; circostanza che rende il diritto penale, ma un discorso analogo valga, evidentemente, per il diritto amministrativo e tributario, del tutto inidoneo alla loro protezione.

Si potrebbe riprendere l'ancora attuale suggestione di Franco Bricola, il quale notava, già negli anni Ottanta, che «sul terreno dei diritti della personalità la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze “punitive” emergenti, potrebbe intervenire con un ruolo naturalmente complementare rispetto alla tutela penale, ma addirittura esclusivo laddove la tecnica di necessaria tipicizzazione e, quindi, di necessaria frammentarietà del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione»¹³⁶.

¹³⁴ Il riferimento è a Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

¹³⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*³, Milano, 1955, 572.

¹³⁶ Il riferimento è a F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, V, 8: «da prospettiva di un incremento delle alternative (civilistiche) di tutela consente di dare corpo alla tendenza ad attribuire al diritto penale un ruolo di *extrema ratio* (concezione sussidiaria del diritto penale)». In tema, più ampiamente, anche ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3 ss. Si veda anche A. MANNA, *Tutela penale della*

La considerazione del maestro penalista diviene oggi ancora più rilevante di quanto non fosse in passato: l'avvento della società postmoderna¹³⁷, caratterizzata da una fluidità e da una velocità mai vista di evoluzione dei rapporti sociali, palesa l'inadeguatezza della base legale come *condicio sine qua non* per la tutela degli illeciti e, questo, sia per le obiettive difficoltà – quando non addirittura l'impossibilità – di puntuale descrizione di condotte particolarmente mutevoli ed evanescenti, sia per l'obsolescenza dei tempi tecnici dell'intermediazione legislativa rispetto all'avanzare delle nuove tecnologie e alle evoluzioni che comportano nelle tecniche dell'agire umano.

A riprova di quanto detto, si può richiamare, pur brevemente, il caso dell'ordinamento tedesco che, il più noto tra i sistemi giuridici imperniati sul principio di tipicità degli illeciti, riporta al § 823, comma 1, BGB un elenco di diritti assoluti della persona umana («das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum»), ma alla fine concludere lasciando una parziale apertura, molto discussa in dottrina («oder ein sonstiges Recht»)¹³⁸. Quasi gli stessi diritti si rinvencono al § 253

responsabilità, Bologna, 1993, 158, per il quale «la maggiore causa dello scarso successo della tutela penalistica dei diritti della personalità nella sostanziale «inafferrabilità caratterizzante tale tipo di beni giuridici», oltre che per una certa «insofferenza mostrata dal giudice penale nei confronti delle offese arretrate ai beni della personalità».

¹³⁷ Per la definizione del fenomeno si rimanda integralmente a Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Milano, 2002, *passim*, e ID., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, *passim*.

¹³⁸ § 823 Schadensersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. Senza entrare nel dettaglio della questione, contrari al fatto che il § 823, comma 1, BGB possa essere interpretato nei termini di una parziale atipicità sono G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1981, 248; H. BRONX, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1987, 314; B.S. MARKESINIS, *The German law of torts: a comparative treatise*, Oxford, 1990, 21. Invece, F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, 1992, 174 ss., è favorevole a una lettura nei termini di una parziale atipicità del § 823 BGB, basandosi principalmente su un argomento di tipo grammaticale: il legislatore tedesco utilizza invero l'espressione «sonstige Rechte», senza ulteriori precisazioni, il che non legittimerebbe una lettura restrittiva o tipica della norma. A sostegno della propria lettura, l'autore cita F. v. LISTZ, *Deliktsobligationem*, Berlin, 1898, 26: «ich beziehe also § 823 auf alle irgendwie rechtlich geschützten Interessen». Più di recente, sulle difficoltà interpretative sorte in-

BGB, norma che legittima la riparazione del danno non patrimoniale nei casi previsti dalla legge o di violazione di alcuni diritti fondamentali della persona («Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz»)¹³⁹.

Sicché il punto della questione è proprio questo: alcuni illeciti non sono suscettibili di precisa definizione da un punto di vista positivo (perché, a monte, il diritto che ledono non risulta compiutamente descrivibile da una disposizione di legge), il che ne esclude in radice la spettanza al diritto pubblico – sul quale gravano garanzie costituzionali rigorose –, ma, allo stesso tempo, sono potenzialmente in grado di offendere gravemente i diritti fondamentali dell'individuo, tanto che ragioni di giustizia sostanziale richiedono, qualora l'illecito sia particolarmente grave, che il rimedio consenta l'attivazione di logiche non meramente riparatorie.

Da un punto di vista rimediale, l'atipicità residuale dell'art. 2059 c.c., in uno alla condanna calcolata equitativamente – la cui legittimità è stata affermata dalla Corte Costituzionale anche per le sanzioni di diritto privato¹⁴⁰ –, rappresenta il mezzo di tutela più efficace a occuparsi dei danni alla persona.

Invero, sia riesce a seguire l'evoluzione del sistema giuridico senza attendere i tempi parlamentari, sia conserva il margine di imprevedibilità della condanna che segue alla liquidazione equitativa, così da scoraggiare o impedire le pianificazioni legittimanti l'inadempimento efficiente o razionale; questo, tuttavia, nella misura in cui l'art. 2059 c.c. rimanga (almeno parzialmente) atipico e imprevedibile.

In caso contrario, si riscontrerebbero le difficoltà esposte per il diritto penale, aggravate dal consolidamento di un vuoto di tutela in corrispondenza dei diritti della personalità.

torno al § 823 BGB, v. WAGNER, *BGB § 823*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2020, Rn. 301-305: «nach einer verbreiteten, von Heck begründeten Auffassung hat der Gesetzgeber mit der Anerkennung sonstiger Rechte in § 823 Abs. 1 zwar ein „Blankettgesetz“ geschaffen und einen „Schritt ins Ungewisse getan“».

¹³⁹ § 253 Immaterieller Schaden: (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

¹⁴⁰ V. Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139, cap. VII, § 9.

13. Tutela della persona e significato non solo economico della deterrenza.

Come accennato poc'anzi, la dottrina nordamericana classica attribuisce alla *deterrence* una connotazione economica particolarmente accentuata¹⁴¹ che, oggetto di critiche e ripensamento¹⁴², non sembra del tutto condivisibile per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, concentrando tutta l'attenzione sull'operare di strategie di mercato si rischia di non considerare adeguatamente il valore della persona in quanto tale che, come noto, sfugge alle logiche del profitto.

Per meglio dire, finisce per occuparsi di illeciti che offendono l'individuo nella misura in cui i danni alla persona possano figurare come voce di spesa in un paradigma costi-benefici, dunque parte di una pianificazione economica.

Per esempio, entro una lettura in termini prettamente economici della deterrenza rileverebbe il licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza, appunto in quanto frutto di una precisa valutazione volta a massimizzare il profitto del datore di lavoro – che, poniamo, preveda un ricavo dal licenziamento e dal risarcimento del danno alla lavoratrice maggiore rispetto alle somme che impiegherebbe per la maternità della dipendente – e non, pur sempre all'interno del licenziamento discriminatorio, l'allontanamento del lavoratore per motivi di orientamento sessuale, religioso o politico, in quanto tale atto non trova evidentemente spiegazione entro una logica economica.

Da qui si deducono almeno due conseguenze principali.

La prima concerne l'attenzione marginale a settori invece cruciali dell'ordinamento che, per definizione, sfuggono a logiche imprenditoriali, come il diritto di famiglia. La seconda è la concezione utilitarista della persona umana, che in un paradigma di questo tipo rileva in quanto possa rappresentare una voce in un'analisi di pianificazione costi-benefici, ma non *per se*.

¹⁴¹ F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità*, cit., 225 s.

¹⁴² Per una critica recente, v. E. KOZIOL, *Prevention under Tort Law from a Traditional Point of View*, in *Prevention in Law*, L. Tichý - J. Hrádek (eds.), Praha, 2013, 138 ss.

Tornando alle criticità che emergono da una lettura prettamente economica della *deterrence*, un secondo rilievo concerne la fallacia o, quantomeno, l'opinabilità dell'assunto su cui si basa detta lettura, ossia che gli agenti giuridici orientino i loro comportamenti alla massimizzazione del profitto, valutando *ex ante* le conseguenze pecuniarie derivanti dall'infrangere la legge oppure dal rispettarla¹⁴³.

Quello che fotografa la realtà di parte degli attori del diritto privato, come le imprese¹⁴⁴, non si occupa di molti altri, come, per esempio, le persone comuni che non pianificano in questo modo le conseguenze delle proprie azioni.

Inoltre, quand'anche taluno operasse una simile pianificazione, non è detto che propenda sempre per la soluzione più conveniente, come un agente perfettamente razionale.

Più in generale, il diritto privato sembra muoversi lungo linee di tendenza che sfuggono a logiche propriamente economiche.

Basti pensare all'espansione crescente dei diritti fondamentali, che in parte possono formare oggetto di valutazione economica¹⁴⁵, ma che per altro verso sfuggono a chiavi di lettura di questo tipo.

Non a caso, una dottrina condivisibile rileva una tendenza alla “depatrimonializzazione” del diritto privato, intesa come «progressiva e sempre più spiccata sensibilità del diritto privato contemporaneo, in tutte le sue componenti (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale), a dati non confinabili in schemi e logiche d'indole economica, anche – si noti – nei settori istituzionalmente riservati ai rapporti patrimoniali»¹⁴⁶.

¹⁴³ Così anche E. KOZIOL, *Prevention under Tort Law from a Traditional Point of View*, cit., 142: «neither is the starting point that every member of the society is exclusively oriented by economic aspects very close to reality».

¹⁴⁴ E, in realtà, forse neanche tutte le imprese, contando la cd. impresa sociale.

¹⁴⁵ Sulla rilevanza economica dell'immagine altrui, v. le diffuse considerazioni di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e “giusto rimedio” civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss. particolarmente attento alla «consapevolezza del crescente rilievo economico dei segni identificativi dell'individuo».

¹⁴⁶ La citazione è da C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 649. In tema, v. anche P. PERLINGIERI, *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 2: «con il termine non certo elegante, di “depatrimonializzazione” ... s'indica, in definitiva la consapevolezza che nell'ordinamento si è operata una scelta, che lentamente va attuandosi, tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori)».

Infine, un tema che sembra destinato a notevole fortuna nel prossimo futuro è quello della sostenibilità che, ai fini di un'effettiva protezione di beni apicali come la salute e l'ambiente, *inter alia* richiede alle imprese l'utilizzo di materiali e l'adozione di procedure di smaltimento dei rifiuti non incentrate sul massimizzare il profitto – anzi, spesso costosi in termini economici –, ma alla protezione di beni superindividuali¹⁴⁷.

In altre parole, il diritto privato si muove in misura crescente verso direzioni non pienamente decodificabili secondo logiche di mercato, che pertanto arricchiscono la deterrenza di significati non soltanto economici.

14. *Imprevedibilità della liquidazione sanzionatoria del danno non patrimoniale, certezza e incertezza del diritto.*

Giunti a questo punto della ricerca, sembrano aprirsi scenari problematici.

Una sanzione determinata equitativamente non è prevedibile. Una sanzione parzialmente o completamente imprevedibile impone all'interprete di confrontarsi col problema della certezza del diritto. La prevedibilità dell'ammontare dell'afflizione ridimensiona drasticamente – per non dire azzerata, quando la capacità economica del potenziale trasgressore possa sostenerne l'ammontare – la funzione deterrente del rimedio. Una sanzione che non esplica un effetto deterrente non svolge pressoché alcuna utilità. Le pene del diritto penale e amministrativo sono limitate da rigorose garanzie costituzionali e, pertanto, non possono essere imprevedibili. Il valore apicale della tutela della persona umana richiede all'ordinamento di apprestare soluzioni efficaci.

¹⁴⁷ In tema, cfr. S. DE MOERLOOSE, *Sustainability*, in *Encyclopedia of Law and Development*, edited by K. De Feyter, G.E. Türkelli and S. de Moerloose, Cheltenham-Northampton, 2021, 279 ss.; *Sustainability and Private Law* edited by B. Akkermans and G. van Dijck, The Hague, 2020; *Sustainable Consumption. The Right to a Healthy Environment* edited by A. do Amaral Junior, L. de Almeida and L. Klein Vieira, Cham, 2020 (specie C. LUJAN OVIEDO, *The Preventive Function and Sustainable Consumption: A Creative Challenge for Attorneys*, 119 ss.); *Sustainability and Law: General and Specific Aspects*, edited by V. Mauerhofer, D. Rupo and L. Tarquinio, Cham, 2020; F. EKARDT, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Cham, 2020; In Italia, v. A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, 523 ss.

Le considerazioni sopra esposte toccano tanti e difficili temi che non è possibile affrontarli compiutamente in questa sede, in parte per il livello di elevata complessità che li contraddistingue, in parte in quanto esulano dagli obiettivi della presente ricerca.

Una lettura del danno in chiave polifunzionale il cui *quantum* venga determinato equitativamente non può però sottrarsi al confronto col tema della certezza del diritto, che risulta inevitabilmente pregiudicato dall'adozione di una lettura di questo tipo.

Occorre preliminarmente rilevare l'attaccamento del giurista continentale a un modello di garanzie di stampo penalistico quando si tratti dell'esercizio di qualsivoglia funzione afflittiva. Deve sussistere una fonte normativa che individui sia una fattispecie di contenuto sufficientemente determinato sia la reazione dell'ordinamento. Considerazioni di questo tipo sono avallate dal costante richiamo della giurisprudenza di legittimità recente¹⁴⁸, oltre che dalla Consulta¹⁴⁹, al rispetto del principio di legalità.

Si impongono, a questo punto, alcune considerazioni.

Innanzitutto, il principio di legalità nel diritto civile deve confrontarsi con la legittimità della determinazione equitativa della lite temeraria operato dalla Corte Costituzionale¹⁵⁰; posizione che non si armonizza perfettamente con la ripetuta affermazione della previa intermediazione legislativa delle sanzioni di diritto civile sostenuta dalle Sezioni Unite del 2017 e dalla giurisprudenza di legittimità successiva¹⁵¹.

Il calcolo secondo equità della figura afflittiva civilistica allontana nettamente la punizione del diritto privato da quella del diritto penale e amministrativo, dove non

¹⁴⁸ *Inter alius*, cfr. Cass. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100, in *Corr. giur.*, 2015, 1568 ss., con nota di P.P. FERRARO, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società fallite*, Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

¹⁴⁹ Già Corte. Cost. 3 luglio 1967, n. 78. Cfr. poi Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104: «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Inoltre, Corte. Cost. 4 giugno 2010, n. 196; Corte. Cost. 16 dicembre 2016, n. 276; Corte. Cost. 11 maggio 2017, n. 109.

¹⁵⁰ Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

¹⁵¹ Il principio di legalità è spesso ribadito dalla giurisprudenza di legittimità recente: cfr. Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

può avere corso una quantificazione della pena di questo tipo, e spinge l'interprete a confrontarsi con il significato della certezza nel diritto civile¹⁵².

Il «mondo della sicurezza», secondo l'evocativa espressione di Stefan Zweig¹⁵³, non è sopravvissuto alla Grande guerra. Per l'ordinamento, dopo la parentesi totalitaria segnata da un positivismo esasperato e da un'altrettanta esasperata polarizzazione tra legge formale e contenuti sostanziali¹⁵⁴, si aprono scenari dominati dall'incertezza del diritto, più che dalla sua certezza¹⁵⁵.

Carnelutti, nel sostituire «alla superstizione del sempre più diritto la verità del sempre meno diritto», rileva la «caducità del diritto» e giunge ad affermare quasi profeticamente che «il diritto c'è sempre stato, perché l'umanità comincia dal basso; ma non sempre ci sarà, poiché procede verso l'alto»¹⁵⁶. La percezione di essere in crisi,

¹⁵² Per le linee della questione della certezza del diritto privato, v. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017. V. inoltre, sempre in termini generali, G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006. Molto noto è, in questo filone di studi, il contributo di N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146 ss.

¹⁵³ S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern*⁵, trad.it. di L. Mazzucchetti, Milano, 1954, 14.

¹⁵⁴ V. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, *Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, 19 s.: «fintanto che la volontà dello Stato rappresentava e faceva valere i principi, i fini e i valori dell'individuo e del mondo sociale, erano questi valori e questi fini il vero fondamento del diritto: la volontà dello stato era una specie di pseudonimo o di sigla di tutta questa profonda realtà umana. Ma quando lo Stato, rigettati da sé questi fini e questi valori, ha preso e posto effettivamente come principio quella formula, ha posto effettivamente la sua pura e nuda volontà, il suo assoluto arbitrio come diritto, come il diritto, l'ordine giuridico ha perso ogni fondamento ... Lo Stato sovrano ha perso la sua sovranità e il suo potere di creare il diritto al servizio di queste dottrine di morte ... L'ordine internazionale ha legittimato, accogliendole attraverso il postulato del suo positivismo, queste spietate posizioni». Sul rapporto tra regime fascista e certezza del diritto, cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1116.

¹⁵⁵ Cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, *passim*, considerazioni riprese anche in ID., *I principi generali*², in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2006, 336 ss.

¹⁵⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 71: «man mano che la regola etica va acquistando la sua forza, il diritto perde a poco a poco la sua ragione. Noi abbiamo, d'altra parte, dei mezzi per ottenere questo rafforzamento; e a questo soprattutto bisogna badare. L'estrema lentezza del risultato non deve scoraggiarci. Noi lavoriamo per i secoli venturi. Secoli lontani, ma secoli certi. La irreparabile imperfezione del diritto è la irrecuperabile prova della sua caducità. L'umanità, malgrado lo smarrirsi delle sue origini nel tempo, è ancora bambina e il diritto ha rispetto ad essa la precisa

secondo le riflessioni di Lopez De Oñate, significativamente date alle stampe nel 1942, deriva dal semplice «trovarsi nella storia»¹⁵⁷.

Successivamente alla caduta del regime fascista, il diritto privato viene svincolato da schemi rigidamente positivisti e trova, anzi, esplicita affermazione la sua «estrastatualità»¹⁵⁸.

Irrompono sulla scena norme senza fattispecie¹⁵⁹; lo stato centralizzato, massimo artefice del positivismo giuridico, perde la sua supremazia nell'«età della decodificazione»¹⁶⁰; le previsioni costituzionali ed europee, unitamente a una giurisprudenza particolarmente creativa e creatrice, ridimensionano il ruolo del Codice e del diritto privato nazionale, perlomeno così com'era conosciuto¹⁶¹.

Evoluzioni di questo tipo si ripercuotono sul significato da attribuire alla certezza del diritto che, in uno scenario del tutto mutato, non sembra potersi interpretare unicamente in chiave positivista-illuminista, ossia confidando – in sintesi e con qualche arbitrio derivante dallo spazio limitato a disposizione – che il diritto possa costituirsi di un complesso di soluzioni scritte, determinate, costanti e vevoli per una determinata collettività, positive e verificabili, ove il giudice operi come *bouche de la loi*¹⁶².

funzione di un apparato ortopedico. Dopo ciò, se in un libretto recente, ho osato sostituire alla superstizione del sempre più diritto la verità del sempre meno diritto, spero di non essere stato frainteso».

¹⁵⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti con appendice di M. Corsale, Milano, 1968, 25. Questa l'edizione in consultazione, ma è significativo precisare che l'opera di Lopez De Oñate veniva data alle stampe nel 1942, due anni prima della prematura scomparsa dell'autore. Si confronta con il lavoro del giurista, recentemente, C. CARIA, *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 163 ss.

¹⁵⁸ Per tutti, F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile in Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 755 ss. Nota N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 1116, nt. 6, che «parlare di una estrastatualità del diritto civile significava ritagliare un ampio spazio di giuridicità al di fuori di qualunque imposizione statualistica, così uscendo dalla stessa ideologia della codificazione».

¹⁵⁹ Per tutti, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 38 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; ID., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss. Inoltre, G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018.

¹⁶⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*³, Milano, 1989, *passim*.

¹⁶¹ C. CASTRONOVO, *L'eclisse del diritto civile*, Milano, 2015, specie 10 ss.

¹⁶² L'espressione, tradizionalmente attribuita a Montesquieu, in realtà ha una storia e un significato più articolato, su cui cfr. C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, 24.

Diviene incerto se la certezza «sia una tautologia, se un mito, se sia un valore, se sia un principio: per tutti però è un *problema*. Per il resto essa riesce a condensare il maggior numero di “opposti” che si possano concepire per una categoria del diritto»¹⁶³. Kelsen stesso intitolava il trentanovesimo capitolo della prima edizione della *Reinen Rechtslehre* come «die Illusion der Rechtssicherheit»¹⁶⁴.

L'unico punto fermo sembra coincidere con l'allontanamento da un'accezione, per così dire, illuminista di certezza del diritto, come dimostra il fatto che «il nostro tempo non rinnova la disputa sulla codificazione»¹⁶⁵, espressione dell'«utopia di un diritto segnato dalla ragione a tutti gli uomini ed a tutti i paesi»¹⁶⁶, e, invece, alterna fasi di disamore a fasi di ripresa dello strumento legislativo¹⁶⁷.

Alla fiducia incrollabile che la certezza sia «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»¹⁶⁸ si contrappongono interpretazioni

¹⁶³ G. ALPA, *La certezza del diritto*, cit., 10.

¹⁶⁴ H. KELSEN, *Reinen Rechtslehre*, herausgegeben von M. Jestaed, Tübingen, 2008, che ristampa la prima edizione del 1934.

¹⁶⁵ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 38. V. Inoltre S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 436: «dei codici civili festeggiamo gli anniversari con il rispetto che si deve a opere d'arte di altri tempi, mentre il comparatista avverte che la codificazione non deve essere vista come una forma di legislazione ma piuttosto come espressione di un'ideologia, e lo storico ricorda le ragioni della formazione dei codici europei e il ruolo che hanno svolto in epoche per molti aspetti definitivamente superate». Più in generale, per le riflessioni sulla decodificazione, v. 436 ss.

¹⁶⁶ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 38.

¹⁶⁷ Alternanza rilevata da S. PATTI, *Ricodificazione*, cit., 436 ss.

¹⁶⁸ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 1, 150.

più disincantate¹⁶⁹ o che, addirittura, non ne ritengono più auspicabile il perseguimento¹⁷⁰.

Nell'età del post-modernismo, della globalizzazione, della caduta di ideali universali in favore del pluralismo, si pone con rinnovata problematicità la questione del ruolo della certezza del diritto, che la dottrina più recente cerca in qualche modo di salvaguardare rigettando una lettura nei termini di mera chimera, ma venendo a patti con il «valore relativo» del termine, non più assoluto, che solo così riesce a essere «*in qualche misura realizzabile*»¹⁷¹.

Sempre per non cadere in esiti del tutto nichilisti, una letteratura molto ripresa in questo filone di studi ha distinto la certezza del diritto come valore dell'ordinamento dalla certezza del diritto come fatto¹⁷².

Con lo stesso intento, è stato condivisibilmente notato che «la flessibilità non è necessariamente in contrasto con la certezza del diritto, ma al contrario essa può essere utile per garantire un tasso di certezza non astratto e irrealistico»¹⁷³.

¹⁶⁹ Specie P. GROSSI, *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 1115 ss. In anticipo sui tempi era la bella riflessione di T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1953, 181: «il diritto non è solo certezza, e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo, non dispiaccia vederlo scritto da un empirico preoccupato assai di ciò che è stato detto “al di qua” del diritto, e cioè di economia, anche in cerca di giustizia che è in noi, una giustizia che un empirico scrive magari con la g maiuscola, che non crede appesa fuori dal mondo, ma in noi, in una storia che è “commedia umana”, ma pur sempre storia etica e dove veramente sacro è l'uomo».

¹⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 202 s.: «non solo è dubbio che la certezza come fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico. È dubbio che sia anche desiderabile».

¹⁷¹ V. G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2018, 518. Nel contributo citato, l'autore riflette in modo approfondito sul significato attuale della certezza del diritto, proponendone una lettura «come valore relativo» (530 ss.). È interessante notare come dottrine che cercano, in un contesto sempre più incerto, di riaffermare il ruolo della certezza del diritto vengano a patti con un aspetto 'relativo', non più assoluto, del termine.

¹⁷² L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 83. Così anche C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999, 252. Da ultimo, G. PINO, *La certezza del diritto*, cit., 518 s.

¹⁷³ Cfr. G. ZACCARIA, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 753.

Anche così ridimensionato, l'interrogativo sul significato della certezza del diritto permane: pochi dubbi possono ragionevolmente porsi sulla meritevolezza della ricerca di soluzioni giuridiche certe o quantomeno prevedibili a garanzia dei consociati; più incerto se in un mondo in continuo divenire aspirazioni di questo tipo possano concretizzarsi effettivamente al di fuori delle affermazioni di principio specie nel diritto privato, dove la Corte Costituzionale ha escluso che possa operare il principio di stretta legalità¹⁷⁴.

Se nel diritto penale e amministrativo il grado di ingerenza nella vita del singolo cui può giungere il potere pubblico ha richiesto l'adozione di particolari garanzie costituzionali, la questione non si pone negli stessi termini nel diritto civile, che si confronta più direttamente col tema dell'incertezza.

Basti pensare alla sottoposizione del debitore che non adempia dolosamente alle proprie obbligazioni sino alle conseguenze imprevedibili dell'inadempimento di cui all'art. 1225 c.c., oppure al chiamato all'eredità che, appropriatosi di un bene dell'asse ereditario, per quanto di valore modesto, diviene erede puro e semplice senza sapere di quali poste attive e passive si componga la sua eredità; considerazioni analoghe valgono per figure sanzionatorie calcolate in via equitativa, come l'art. 96, co. 3, c.p.c., l'art. 8 ult. co l. 24/2017, e l'art. 614 *bis* c.p.c.

Ancora più significativo il costante ricorso del diritto civile ai principi, alle clausole generali e alle norme elastiche e generali¹⁷⁵, ossia a costruzioni di difficile ricon-

¹⁷⁴ Corte Cost. 6 luglio 2019, n. 139.

¹⁷⁵ La presente ricerca non può confrontarsi con le spinose questioni che ruotano attorno ai principi, alle clausole generali e alle norme elastiche. Pertanto, per un inquadramento del significato di tali termini, si rimanda a L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss.; ID., *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; ID., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 264 ss.; ID., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, 241 ss. V. anche, tra i contributi in volume, F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, 435 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, Milano, 2016, 317 ss.; G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Torino, 2018, 359 ss. Tra i contributi monografici, v. G. DEL VECCHIO, *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, 207 ss.; G. ALPA, *I principi generali*², in *Trattato di diritto privato*

duzione entro le maglie rigoriste dello stretto principio di legalità¹⁷⁶. «Il tema dei principi toglie il sonno ai civilisti già dalla seconda metà del novecento e le certezze entrano in crisi»¹⁷⁷; in particolare, il principio di eguaglianza, centrale nel danno alla persona di cui qui ci si occupa, «non sospinge più verso l'uniformità, ma verso la differenziazione»¹⁷⁸.

Non è sostenibile una conclusione nichilista, di rigetto di qualsivoglia istanza di prevedibilità o certezza del diritto e di correlativa negazione dell'utilità attuale dello strumento codicista.

Basti richiamare le recenti riforme dei rispettivi Codici poste in essere dagli ordinamenti tedesco¹⁷⁹ e francese¹⁸⁰, ancora più recente, che si spiegano nella ricerca di una più effettiva rispondenza di testi legislativi ormai risalenti a un contesto sociale mutato. Proprio queste riaffermazioni dello strumento codicistico, che seguono a periodi di crisi o di scollamento tra la realtà codificata e quella effettiva¹⁸¹, riaffermando l'importanza dei Codici negli ordinamenti continentali e anche fuori dall'Europa: è

a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2006; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

¹⁷⁶ Così A. GENTILI, *Prefazione* a V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., XIII ss. Divide il principio di legalità dal legismo G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto*, cit., 25, affermando che l'interprete non debba rifiutare la legalità e, con essa, il positivismo giuridico, ma il legismo, sull'evidente impossibilità di fissare con regole precise ogni aspetto meritevole di tutela da parte del legislatore.

¹⁷⁷ G. VETTORI, *Regole e principi*, cit., 319: «gli studiosi già negli anni sessanta iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. Si mostra intolleranza verso l'apriorismo dei dogmi e verso l'assolutismo della legge. Si inizia a parlare di diritto vivente e di un principio di effettività ... Si nega che la lettera della legge sia espressione di un significato oggettivo». Sulla distinzione tra effettività come attributo del potere che riesce ad ottenere il risultato atteso ed efficacia come attributo della norma che viene osservata o eseguita, cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 90 s.

¹⁷⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 95, in corsivo nel testo originale.

¹⁷⁹ Sulla *Modernisierung* del 2002, che ha modificato il diritto delle obbligazioni tedesco, v. i saggi pubblicati in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 625 ss.

¹⁸⁰ V. cap. VI nt. 146.

¹⁸¹ Sul susseguirsi di periodi di crisi dello strumento codicistico a periodi di sua riaffermazione, cfr. S. PATTI, *Ricodificazione*, cit., 441; ma già ID., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 85 ss.

appena il caso di richiamare il Codice civile cinese, entrato in vigore il 1° gennaio 2021 dopo un iter particolarmente lungo e tormentato¹⁸², ma altrettanta attenzione meritano il *Código Civil* brasiliano del 2002 e il nuovo *Código Civil y Comercial de la Nación argentina*, del 2014¹⁸³.

Se, quindi, una prospettiva di rigetto di ogni istanza legata alla certezza del diritto non sembra percorribile, allo stesso tempo occorre rilevare che le codificazioni odierne non traggono più ragion d'essere da una fiducia illuminista in una piena prevedibilità, fissità e determinatezza delle soluzioni giuridiche, quanto da più pratici intenti di riordino del materiale esistente, ai quali si affiancano tanto una giurisprudenza schiettamente creatrice quanto normative di dettaglio in deroga ai Codici.

Il diritto civile, «nella sua efficienza verbale, non si esaurisce nei codici e nelle leggi che lo integrano, ma è il risultato composito di un continuo processo di creazione del quale gli uomini sono ineludibili protagonisti»¹⁸⁴.

La liquidazione del danno non patrimoniale, specie quando interpretata come sanzione, pone numerosi problemi di certezza del diritto, che nascono già dalla formulazione della norma.

Nella sede che rappresenta la massima espressione del positivismo, ossia il Codice civile, il legislatore ha scelto di non definire il danno non patrimoniale, indicando solo i casi di riconoscimento e, come si è visto, finendo per delegare interamente alla giurisprudenza il compito di individuare l'*an* e il *quantum* dei pregiudizi immateriali, così abdicando al governo di una materia complessa e profondamente politica com'è il danno alla persona.

L'art. 2059 c.c. è, infatti, più di altre norme soggetto al potere creativo esercitato dalla giurisprudenza, che contribuisce all'incertezza del diritto ben più che alla sua certezza¹⁸⁵.

¹⁸² Cfr., per le linee essenziali della questione, G. SANTONI, *Minfadian': il codice del socialismo di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 481 ss.; S. PORCELLI, *Il nuovo codice civile della repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica*, in *St. Iuris*, 2020, 810 ss.; ID., *La nuova "Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese". Struttura e contenuti*, in *Riv. dir. civ.* 2019, 670 ss.; Y. ZHAI - ID., *European Legal Models and Asia: Novelties from the General Part, towards a Civil Code for the People's Republic of China*, in *Contr. impr./Europa*, 2018, 115 ss.

¹⁸³ Su cui v. R.L. LORENZETTI, *Aspectos valorativos del nuevo Código Civil y Comercial argentino*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema latinoamericano* a cura di R. Cardilli e D.F. Esborraz, Milano, 2017, 25 ss.

¹⁸⁴ R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 905.

È possibile rispondere solo *ex post* all'istanza di certezza del consociato, attraverso l'analisi delle sentenze, e da lì costruire strumenti pretori, ossia le cd. tabelle, che individuino casi e parametri di liquidazione per garantire una qualche prevedibilità della condanna giudiziale¹⁸⁶, ma che possono essere oggetto della cd. personalizzazione e, talvolta, come nel caso del reato doloso, superate.

Ancora più complessa la questione liquidatoria quando ci si muova sul solo piano della sofferenza interiore: nel terreno dell'equità pura, il diritto sembra davvero incalcolabile¹⁸⁷.

Peraltro, il portato indeterminato dell'art. 2059 c.c. è accentuato dall'inevitabile dipendenza dalla concezione di persona fatta propria dall'ordinamento in un dato momento storico, da quali diritti possa vantare, dal contenuto degli stessi, etc.: è appena il caso di notare quanto gli scenari aperti dalla bioetica stiano impattando sul diritto alla salute, rendendo particolarmente difficile delimitarne il contenuto.

Stando così le cose, non ci si può esimere dal notare che il risarcimento del danno non patrimoniale sia governato dall'incertezza più che dalla certezza del diritto, e tanto sia in punto di tipizzazione dei casi di risarcibilità sia di quantificazione della reazione dell'ordinamento.

Tuttavia, spostando l'attenzione da una certezza del diritto di stampo illuminista al «controllo di ragionevolezza e di congruità della soluzione prescelta»¹⁸⁸, ci si orienta verso un modello nel quale la complessità dell'art. 2059 c.c. sembra potersi sussumere più agevolmente senza far venire meno il fatto che il diritto sia controllabile, risultato a cui mira la certezza del diritto.

¹⁸⁵ V. per tutti le condivisibili riflessioni di S. PATTI, *Ricodificazione*, cit., 441, che, negli ultimi decenni, individua due principali ragioni di incertezza: «un rilevante aumento degli atti normativi che hanno in parte reso marginale il codice civile e la “sicurezza” che da esso promanava, nonché, soprattutto, la sempre maggiore imprevedibilità delle sentenze, di frequente opera di giudici ben consapevoli e non timorosi di affermare il loro “potere creativo” di diritto».

¹⁸⁶ Sulla prevedibilità, v. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 50: «la prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di cose particolari e presenti, ma di cose future e generali».

¹⁸⁷ Particolarmente nota in questo filone di studio l'opera di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁸⁸ G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto*, cit., 31 (corsivo dell'autore).

Per la tesi qui sostenuta, più che il principio di legalità, sul controllo di ragionevolezza e di congruità della soluzione prescelta vigila propriamente il principio di proporzionalità.

15. *Una sanzione senza garanzie? Il ruolo dirimente del principio di proporzionalità.*

Richiamato dalle Sezioni Unite del 2017 accanto al principio di legalità in modo talmente superficiale e breviloquente da essere pressoché dimenticato dalla giurisprudenza successiva¹⁸⁹, la quale si limita a valutare se a una sanzione possa o meno attribuirsi una copertura normativa¹⁹⁰, il principio di proporzionalità avrebbe meritato riflessioni più circostanziate, volte innanzitutto a trovare il termine di paragone che chiarisca ‘a che cosa’ una misura sia proporzionale.

Le Sezioni Unite lo individuano – ma, anche qui, è poco più che un veloce inciso – da una parte nella componente compensativa del risarcimento, dall'altra nella condotta censurata¹⁹¹.

Il primo termine, oltre a rinvenirsi nelle citate pronunce europee di deliberazione di *punitive damages*, veniva affermato dalla giurisprudenza statunitense già nel *leading case* *BMW of North America v. Gore*, nel quale la Corte Suprema nordamericana stabiliva l'illegittimità costituzionale dei *punitive damages* di ammontare spropositato per contrasto con la clausola del *due process of law* e fissava tre criteri di cui le corti statali avrebbero dovuto tenere conto per non comminare liquidazioni *grossly excessive*, tra cui una ragionevole relazione tra *punitive* e *compensatory damages*¹⁹².

¹⁸⁹ La proporzionalità fa capolino anche in Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139, ma nel senso – limitato alla lite temeraria e non esportabile al di fuori di essa – del rapporto di proporzionalità con le tariffe forensi.

¹⁹⁰ Così Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass. 24 aprile 2019, n. 11203; Cass. ord. 18 luglio 2019, n. 19434; Cass. ord. 24 dicembre 2020, n. 29565; Cass. ord. 16 marzo 2021, n. 7280; Cass. 23 giugno 2021, n. 17992.

¹⁹¹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601: «la sua applicazione comporta ... che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione».

¹⁹² Gli altri parametri coincidevano con il grado di repressibilità della condotta del danneggiante e il raffronto con sanzioni previste in via legislativa per condotte simili nello stesso stato o in altri stati.

Quanto alla condotta censurata, una dottrina contesta alle Sezioni Unite del 2017 di non aver specificato «a quale aspetto del fatto illecito ... si debba fare riferimento, se al comportamento o al danno provocato»¹⁹³. Posto che la ‘condotta’ del Supremo Collegio sembra difficilmente assimilabile al danno, tra i due è più condivisibile parametrare la risposta dell’ordinamento al comportamento del responsabile per valorizzare appieno la gravità dell’azione antiggiuridica e tenere conto di circostanze quali lo stato soggettivo dell’agente, la natura dell’infrazione, l’eventuale ripetitività del fatto etc.

Spostando invece l’attenzione sul pregiudizio occorso potrebbero enfatizzarsi oltre misura disattenzioni minime alle quali conseguano danni assai estesi e, all’opposto, lasciare non adeguatamente tutelate infrazioni, magari intenzionali, di precetti giuridici rilevanti alle quali seguano danni persino futili. In tali casi, porre l’accento sul danno cagionato potrebbe produrre esiti difficilmente condivisibili sul piano della giustizia sostanziale.

Se, insomma, parametrare la proporzionalità al danno occorso non sembra pienamente percorribile, si può, senza dubbio, valorizzare la condotta dell’agente, ovvero, *rectius*, la gravità della stessa, con particolare enfasi sull’intento del danneggiante.

Una tutela così costruita garantisce al responsabile la ragionevolezza della reazione dell’ordinamento anche prescindendo dall’intermediazione legislativa: il rapporto di proporzionalità involve, da un lato, l’ammontare dei danni compensativi liquidati per il caso concreto e, dall’altro, la gravità della singola azione che richiede la risposta sanzionatoria.

Basandosi sul risarcimento del danno compensativo, inoltre, la condanna conserva un margine di prevedibilità forse maggiore della cd. equità pura, ma, non essendo del tutto predeterminabile *ex ante*, risulta più efficace di una misura prefissata, specie per gli attori economicamente forti di cui si discorreva poc’anzi¹⁹⁴.

Sul punto, cfr. C. VANLEENHOVE, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Cambridge - Antwerp - Portland, 2016, 34.

¹⁹³ A. DI MAJO, *Principio di legalità*, cit., 1794.

¹⁹⁴ M. GRONDONA, *La responsabilità civile*, cit., 156; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali*, cit., 99.

Peraltro, non diversamente dal principio di legalità anche la proporzionalità si fonda sulla Carta costituzionale, precisamente sull'art. 3 Cost.¹⁹⁵.

Financo a livello europeo la proporzionalità permea sempre di più il dibattito sull'ammissibilità delle sanzioni civili, rappresentando l'ago della bilancia molto più che la stesura di un catalogo più o meno esteso di ipotesi afflittive, che, quand'anche sussistente, non sarebbe comunque risolutivo, dal momento che la sanzione dovrebbe comunque rispettare il principio di proporzionalità.

Come rilevato¹⁹⁶, la via percorsa dai principali ordinamenti continentali nell'affrontare la delibazione delle condanne punitive d'oltreoceano non passa tanto per la richiesta di un elenco più o meno esteso di ipotesi sanzionatorie, quanto per la preminente valorizzazione della proporzionalità della reazione dell'ordinamento all'illecito. Concludevano così sia il *Tribunal Supremo* spagnolo sia la *Cour de Cassation* francese, oltre alla giurisprudenza tedesca.

Lo stesso vale per il diritto comunitario, dal quale provengono utili spunti di riflessione. Per esempio, nel caso *Stowarzyszenie*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea riteneva compatibile con la dir. 2004/48/UE in tema di proprietà intellettuale – e in specie con l'art. 3, par. 2, che prevede che le misure, le procedure e i mezzi di ricorso previsti dagli stati membri debbano essere effettivi, proporzionati e dissuasivi – la condanna del trasgressore al pagamento del doppio del canone ipotetico¹⁹⁷.

Inoltre, l'art. 6, dir. 76/207/CEE, modificato dalla dir. 2002/73/CE, afferma che «gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva che essi stessi stabiliscono per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione contraria all'articolo 3, in modo tale da risultare *dissuasiva e proporzionata* al

¹⁹⁵ V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*. Atti Siena, 19-21 settembre 2007, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 117.

¹⁹⁶ V. cap. VI, § 2.

¹⁹⁷ Cort. Giust. 25 gennaio 2017, causa C-367-15. Sulla giurisprudenza europea rilevante, cfr. M. RICOLFI, *Il danno da violazione di proprietà intellettuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2017, 680 ss. V. anche A. CHIABOTTO, *Risarcimento del danno da contraffazione*, in *Giur. it.*, 2017, 1872 ss.

danno subito»¹⁹⁸. Pure il diritto comunitario, in altre parole, sembra aprire alla proporzionalità per bilanciare figure non prettamente riparatorie.

Per tutti i motivi esposti sinora, la conclusione che si intende sostenere è nel senso dell'operare non pienamente soddisfacente del *nulla poena sine lege* nello specifico campo del danno non patrimoniale: è invece il principio di proporzionalità, colpevolmente trascurato dalla giurisprudenza più recente, a rappresentare una garanzia più efficace e risolutiva; l'unica che, mantenendo l'effettività della misura afflittiva, possa seguire da vicino la «curvatura deterrente/sanzionatoria»¹⁹⁹ cui è andata incontro, infrangendo le speranze di molti, la responsabilità civile.

¹⁹⁸ Nostra l'enfasi. Più in dettaglio, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 dicembre 2015, causa C-407/14.

¹⁹⁹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

CONCLUSIONI

Giunti al termine del percorso, dopo aver richiamato gli snodi essenziali del ragionamento svolto, si devono esporre i risultati principali cui è pervenuta la presente ricerca.

Il lavoro inizia con la riscoperta del pensiero di August Thon, pandettista tedesco professore a Rostock e Jena, che attribuisce al diritto civile compiti ulteriori e diversi dal semplice risarcimento.

La concezione contemporanea della responsabilità civile e delle sue funzioni ha indubbiamente risentito dello storico dibattito tra August Thon e Bernhard Windscheid, il più noto tra i pandettisti e tra i padri intellettuali del *Bürgerliches Gesetzbuch*, sul tema dell'illiceità e delle sue conseguenze, distinte da Thon in adempimento, risarcimento e pena (*Strafe*). Dove quest'ultimo affermava la legittima ricomprensione nel diritto civile di taluni precetti sanzionatori, come si vedrà, Windscheid invece riconduceva ogni manifestazione punitiva al diritto penale.

La lettura di Windscheid ha prevalso su quella di Thon, e questo ha segnato la storia giuridica non solo tedesca, ma europea, determinando l'adozione di una responsabilità civile monofunzionale.

In tempi più recenti, gli studiosi del continente hanno iniziato a ripensare all'esclusione di logiche sanzionatorie dalla responsabilità civile soprattutto a partire dalla delibazione di provvedimenti statunitensi irroganti *punitive damages*.

Le questioni sottese al riconoscimento di atti di questo tipo, lungi dal produrre effetti sul solo piano del diritto internazionale privato, presuppongono l'affermazione, da parte del paese delibante, che l'esercizio di una finalità sanzionatoria non produca effetti contrari all'ordine pubblico.

In Italia, dove pure diversi studiosi avevano promosso una «riscoperta delle pene private» già negli anni Ottanta²⁰⁰, ancora nel 2007 veniva negato che la responsabilità potesse assolvere a compiti diversi dal mero risarcimento²⁰¹. Soltanto in tempi recenti questo orientamento viene definitivamente superato, con la pronuncia resa a Sezioni

²⁰⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26 ss., ma si vedano i contributi in F.D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, *passim*.

²⁰¹ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro It.*, 2007, I, 1460 ss., con commento di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*.

Unite nel 2017, la quale afferma che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile»²⁰².

La riscoperta del pensiero di Thon acquisisce un significato peculiare nell'economia della presente ricerca.

Vuole, infatti, dimostrare come la tradizione giuridica europea, per riflettere sull'idea di sanzione nella responsabilità civile, non abbia bisogno dei *punitive damages*: la storia giuridica del continente è, da questo punto di vista, particolarmente ricca e restituisce una dimensione più sfaccettata della radicale negazione di istanze polifunzionali dal diritto privato dei paesi continentali; affermazione spesso sostenuta, come si è visto, anche con argomenti di carattere storico.

L'opera di Thon getta un ponte tra il diritto del suo tempo – che ha, peraltro, rappresentato un momento fondamentale nella storia giuridica europea – e il diritto romano, facendo proprio il modello delle *actiones poenales*.

Queste erano rimedi processuali di diritto privato con cui l'ordinamento legittimava l'offeso da illeciti particolarmente gravi – i *delicta*: furto, rapina, danneggiamento aquiliano e *iniuria* – a ottenere la condanna del responsabile al pagamento una somma economicamente afflittiva per quest'ultimo, e soddisfattiva per la vittima.

La vicenda si svolge interamente nell'ambito del diritto privato: nonostante per l'interprete moderno furto e rapina siano reati e vengano, dunque, repressi nelle forme del processo penale, nel diritto romano erano illeciti rilevanti da un punto di vista interprivatistico, tutelati nelle forme del processo privato tramite l'irrogazione di una condanna sanzionatoria, ossia la *poenae persecutio*: «il fine della *poenae persecutio* è un fine patrimoniale solo mediato: si vuol colpire il reo, e ci si serve, come mezzo di afflizione, di una aggressione al suo patrimonio»²⁰³.

Tra i quattro delitti, l'unico cui ci si confronta è l'*iniuria*, illecito nel quale il diritto romano ricomprendeva tutte le offese, sia fisiche sia morali, alla persona della vittima.

Gli altri, in quanto offendono il patrimonio, esulando dal perimetro di un lavoro focalizzato sulla possibile liquidazione sanzionatoria dei danni alla persona.

²⁰² Cfr. Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

²⁰³ P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 9.

La ricerca risale alle origini della punizione del responsabile tramite la condanna pecuniaria partendo dal passaggio dalla vendetta alla *poena*: il percorso che porta ad abbandonare l'autotutela consta di diverse fasi e culmina con il pagamento di una sanzione economica alla quale, però, non è estranea la finalità punitiva del responsabile: il passaggio dalla vendetta alla condanna sanzionatoria «non comportava ... che alla *poena* stessa venisse meno il carattere di prezzo del riscatto, di *poena/ποινή*»²⁰⁴.

L'alienità della *poena* a logiche risarcitorie è evidente specialmente si considera che nessuna traduzione di *poena/ποινή* fa riferimento al danno, ma al prezzo della colpa²⁰⁵, del sangue²⁰⁶, del riscatto²⁰⁷, della vendetta²⁰⁸.

A partire dall'età repubblicana, la condanna sanzionatoria viene irrogata a seguito dell'esperimento dell'*actio iniuriarum*, nella quale è la stessa vittima ad assegnare un valore monetario a ciò che è *per se* insuscettibile di valutazione economica, ossia l'offesa subita. La cifra indicata dall'attore fissa il limite della libertà del giudice, che non può condannare a un importo maggiore di quello chiesto dal danneggiato, ma soltanto minore.

Significativamente, nei casi più gravi di *iniuria*, ossia l'*iniuria atrox*, il *quantum* della *condemnatio* sarebbe stato pari alla richiesta dell'attore, senza che il giudice abbassasse l'importo, infliggendo, quindi, al responsabile la massima pena possibile.

La gravità del fatto determina, così, l'ammontare liquidazione, sostituendosi al corrispettivo per la rinuncia all'autotutela e rappresenta il perno su cui si tiene la torsione concettuale che porta il *quantum* della condanna per le offese personali a passare dal pagamento del riscatto a somma che prende il luogo della lesione prodottasi, pur nell'impossibilità di un'esatta commisurazione del pregiudizio.

Lo studio del modello di condanna sanzionatoria proposto dal diritto romano, analizzato attraverso la metodologia della comparazione diacronica²⁰⁹, unitamente al

²⁰⁴ M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno (Roma 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 82.

²⁰⁵ S. GALEOTTI, *Ricerche in tema di 'damnum'*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, 31 s.

²⁰⁶ B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8.

²⁰⁷ M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, cit., 82; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 243.

²⁰⁸ C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 43.

recupero del pensiero di August Thon non si spiegano alla luce dall'intento di trovare in epoche passate la soluzione ai problemi del presente, ma di affrontare detti problemi in modo critico, con un bagaglio culturale che tenga in conto delle loro radici profonde.

Riscoprire l'eredità giuridica dei paesi di *civil law* ha, insomma, una funzione «epistemica» piuttosto che «euristica»²¹⁰, tanto più significativa in una materia, come quella della responsabilità civile, che è, ancora e soprattutto, una storia di idee – idea di sanzione, di risarcimento, di danno, di ingiustizia, di equità – «invisibile ma non inutile, come sulla tela il primo disegno che poi rimane coperto dalla pittura»²¹¹.

Passando al diritto contemporaneo, la ricerca ha inteso confrontarsi con un problema di difficile – e, anzi, forse impossibile – definizione, ossia il *quantum* della liquidazione del danno non patrimoniale.

Delimitando con più precisione il tema, il lavoro si è concentrato con l'analisi della giurisprudenza, prevalentemente di legittimità, per ricostruire il diritto vivo dell'art. 2059 c.c.: dalle sentenze di liquidazione dei danni alla persona è emerso un fenomeno che mi è parso valesse la pena approfondire, ossia la quantificazione della condanna secondo variabili estranee al danno occorso.

Il punto è delicato: il parametro della gravità cui si rifà usualmente il giudice ordinario per giustificare la liquidazione del pregiudizio deve essere riempito di contenuti, affinché non si trasformi in una formula nella quale, utilizzando un'apparente equivalenza al danno, si facciano confluire anche criteri di quantificazione estranei al pregiudizio cagionato.

Se l'ammontare della condanna è determinato tenendo conto di variabili aliene al danno occorso, allora ci muoviamo al di fuori di un'ottica compensativa: in quanto dette variabili non si occupano del danno, neppure lo compensano.

Da questo punto di vista, la ricerca ha trovato diversi criteri che orientano la condanna in senso sanzionatorio, come il dolo del responsabile; la reiterazione dell'illecito; il contesto sociale nel quale si inserisce l'azione antiggiuridica;

²⁰⁹ Su cui v. *Introduzione*, § 2.

²¹⁰ T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, cit., 118; ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, cit., 109.

²¹¹ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, 530.

un'interpretazione delle regole di responsabilità sfavorevole al responsabile di condotte particolarmente riprovevoli; nella quantificazione del reato doloso prescindendo dalle tabelle meneghine.

Il *quantum* della condotta calcolato sulla base di variabili che non mirano a compensare il danno – perché, per l'appunto, di danno non si occupano – rappresenta una pena per il responsabile, non un risarcimento.

Lo studio dei criteri non è stato fine a sé stesso, ma è servito per passare dalla struttura alla funzione della liquidazione dell'art. 2059 c.c. Che la norma in questione sia interpretata in senso polifunzionale non è certamente una novità: meno scontato è l'approccio alla questione della finalità della norma passando per i criteri che orientano la liquidazione in senso propriamente punitivo.

L'idea portante della ricerca è che la gravità della condanna sia un parametro che debba necessariamente riempito di contenuti, per comprendere appieno cosa venga liquidato: nella misura in cui si esula dal danno, non si può più parlare di risarcimento.

La condanna sanzionatoria va, poi, letta nella cornice di fenomeni sistematici che inducono a ripensare il confine tra diritto civile e penale, tra i quali vanno ricordati l'art. 162 *ter* c.p. l.n. 172/2017, che consente al giudice di dichiarare l'estinzione di taluni reati se il responsabile ha interamente riparato al danno cagionato dall'illecito penale; la depenalizzazione che, come hanno dimostrato i d.lgs. nn. 7 e 8/2016, non va più verso il diritto amministrativo, ma civile; l'apertura polifunzionale delle Sezioni Unite del 2017 che, parallelamente, ha ritenuto non più incompatibile con l'ordine pubblico italiano la delibazione di condanne per *punitive damages*.

Relativamente a quest'ultimo profilo, ci si è confrontati criticamente con il predetto intervento reso a Sezioni Unite, il quale ha escluso che l'istituto del danno aquiliano possa essere interpretato in senso punitivo; lettura, questa, che si scontra con l'utilizzo della liquidazione *ex art.* 2059 c.c. calcolata anche tramite l'utilizzo di parametri estranei al danno occorso, qui oggetto di studio.

Questi cambiamenti, tra l'altro, si producono in un contesto del tutto mutato rispetto a quello che aveva visto l'introduzione dell'art. 2059 c.c., dove la realtà digitale palesa ancor più l'inadeguatezza – già rilevata da Bricola a metà degli anni Ottanta²¹² – del diritto pubblico, rigido e sottoposto alla previa intermediazione legislativa, alla

²¹² F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, V, 8 ss.

tutela dei diritti della personalità: problema che oggi si pone in modo particolare per i danni da illecito trattamento dei dati personali. L'innovazione tecnologica corre a una velocità troppo elevata per consentire il rispetto dei tempi parlamentari.

Il complessivo lavoro di quanto sin qui esposto induce non solo a interpretare il diritto civile in un'ottica polifunzionale, ma anche a riconsiderare il posto, anche sistematico, della condanna sanzionatoria di diritto privato, che potrebbe individuarsi in quella zona grigia nella quale i danni gravi alla persona sono di gravità tale che un paradigma solo compensativo non rappresenterebbe una risposta pienamente soddisfacente, ma che non hanno rilevanza penale oppure per i quali la tutela penale sarebbe inefficiente perché troppo rigida oppure priva di reale deterrenza, come nel caso dei pregiudizi cagionati da illeciti puniti nel massimo a tre anni di reclusione, dove la minaccia del carcere si trascina per un numero imprecisato di udienze per poi essere puntualmente disattesa o convertita in misure alternative alla detenzione.

La sanzione va a braccetto con la garanzia del responsabile, motivo per il quale la ricerca si è concentrata in modo particolare con il ruolo e l'operatività del principio di proporzionalità, con speciale attenzione 'a che cosa' la condanna sanzionatoria deve essere proporzionata: a tale proposito, per i motivi esposti poc'anzi, di particolare rilievo è la condotta dell'agente, ovvero, *rectius*, la gravità della stessa e l'intento del danneggiante.

Il rapporto di proporzionalità involve, da un lato, l'ammontare dei danni compensativi liquidati per il caso concreto e, dall'altro, la gravità della singola azione che richiede la risposta sanzionatoria, garantendo al responsabile la ragionevolezza della reazione dell'ordinamento.

Notava, assai significativamente, una dottrina penalistica che «se la pena è un male, pure un male è il risarcimento, il quale in alcuni casi affligge l'autore dell'illecito anche più dolorosamente della stessa pena»²¹³: questa ricerca si muove esattamente in questa direzione.

²¹³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*³, Milano, 1955, 572.

BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN G., *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Bari, 2008.
- ALBANESE B., *Appunti di Istituzioni di Diritto Romano raccolti alle lezioni del Prof. P. de Francisci. Anno accademico 1922-23*, Padova, 1923.
- ALBANESE B., *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in *Syntheleia V. Arancio-Ruiz*, I, Napoli, 1964.
- ALBANESE B., *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987.
- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
- ALBANESE B., *Una congettura sul significato di 'iniuria' in XII tab. 8.4*, in *IVRA*, XXXI, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici* a cura di M. Marrone, II, Palermo, 1991, 21 ss.
- ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50 ss.
- ALBERTARIO E., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 95 ss.
- ALBERTARIO E., *La cosiddetta 'obligatio honoraria'*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 19 ss.
- ALBERTARIO E., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 71 ss.
- ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936.
- ALPA G. – BESSONE M. – CARBONE V., *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1993.
- ALPA G. – BESSONE M., *I fatti illeciti*, Torino, 1990.
- ALPA G. - RESTA G., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2006.
- ALPA G., *Danno 'biologico' e diritto alla salute davanti la Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, I, 1980, 9 ss.
- ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003.
- ALPA G., *I principi generali*², in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2006, 336 ss.
- ALPA G., *Il diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.
- ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.
- ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.
- ALPA G., *Occorre valutare bene anche le conseguenze economiche*, in *ilsole24ore.com*, 7 luglio 2017.
- ALPA G., *Privacy*, in *I precedenti, la formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, 2000.
- ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. impr.*, 2018, 1 ss.

- ALPA G., *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999.
- ALPA G. - BESSONE M., *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1981.
- AMARELLI G., *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p. Profili politico-criminali, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative*, in *Studium Juris*, 2017, 1419 ss.
- AMATO C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004, 141 ss.
- AMATO C., *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle sezioni unite 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, 24 ss.
- AMATO C., voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. VI*, Torino, 2011, 302 ss.
- AMODIO C., *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012.
- AMPOLO C., *Aspetti dell'economia del Lazio e di Roma nel V sec. a.C.*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 1984)*, Napoli, 1988, 38 ss.
- AMRAM D. - COMANDÈ G., *Tort Damages for Non-Economic Losses: Methodological Approaches for Comparative Analysis Served by New Technologies*, in *Comparative Tort Law*², edited by M. Bussani and A.J. Sebok, Cheltenham-Northampton, 2021.
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*³, Milano, 1955.
- APPLETON C., *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, in *Mélanges G. Cornil*, I, Paris, 1926, 41 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1974.
- ARANGIO-RUIZ V., *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, Cagliari, 1912.
- ARCHI G.G., *Scritti di diritto romano, Studi di diritto penale, Studi di diritto postclassico e giustiziano*, III, Milano, 1981.
- ARLEN J.H. (edited by), *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham, 2013.
- ARNONE G.M.D. - CALCAGNO N. - MONATERI P.G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014.
- ASCARELLI T., *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1953, 181 ss.
- ASTONE M., *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall' "astreinte" al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276 ss.
- AUTERI P. - FLORIDIA G. - MANGINI V. - OLIVIERI G. - RICOLFI M. - SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, Torino, 2016.
- AZZARRI F., *Il sensibile diritto. Valori e interessi nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 16 ss.

- AZZARRI F., *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 761 ss.
- AZZARRI F., *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 160 ss.
- BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*⁴, London - Edinburgh, 2002.
- BALDUS C., *'Fluctuat nec mergitur': per un doppio ancoraggio del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1106 ss.
- BALESTRA L. - CUFFARO V. – SCOGNAMIGLIO C. – VILLA G., *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss.
- BALL E., *Enrichment at the Claimant's Expenses. Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Portland, 2016.
- BALLARINO T. – BALLARINO E. – PRETELLI I., *Diritto internazionale privato italiano*⁸, Milanofiori Assago, 2016.
- BALZARINI M., *De iniuria extra ordinem Statui*, Padova, 1983.
- BANFI A., *Acerrima indago, Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.*, Torino, 2013.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni, II, Le fonti*, Milano, 1964.
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008.
- BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.
- BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.
- BARTOLONI R., *Monete di Roma imperiale*, Milano, 1996.
- BASEDOW J., *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, 2021.
- BAUMAN R.A., *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1970.
- BEHR V., *Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2010.
- BELLINI F., *Responsabilità: tema con variazioni*, Parma, 2005.
- BELLONI G.G., *La moneta romana. Società, politica, cultura*, Roma, 1993.
- BENATTI F., *Correggere e punire. Dalla 'law of torts' all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI F., *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2015, 862 ss.
- BENATTI F., *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, 1129 ss.

BENEDETTI A.M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in *I danni punitivi. Tavola rotonda 9 maggio 2018*, a cura di C. Cicero con introduzione di V. Cuf-faro, Napoli, 2019, 16 ss.

BENEDETTI A.M., *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 222 ss.

BENEDETTI A.M., *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, in *Il danno contrattuale*, diretto da M. Costanza, Bologna, 2014, 294 ss.

BENTERT H., *Das pönale Element - ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht? Zugleich ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Anerkennung US-amerikanischer „punitive-damages“ – Urteile*, Berlin, 1996.

BERETTA P., *‘Condemnatio in bonum et aequum’*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948.

BETTI E., *L’antitesi storica tra ‘iudicare’ (‘pronuntiatio’) e ‘damnare’ (‘condemnatio’) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle actiones ex delicto)*, in *RISG*, LVI, 1915, 3 ss.

BETTI E., *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955.

BETTI E., *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. Anno Accademico 1918-1919*, Camerino, 1919.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, Milano, 1953.

BIANCA C.M. - BUSNELLI F.D. (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2007.

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987.

BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, L’obbligazione*, Milano, 1990.

BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*², Milano, 2012.

BIANCA C.M., *Qualche necessaria parola di commento all’ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018.

BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 1159 ss.

BIN R.-PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2017.

BIONDI B., *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, in *Annali dell’Università di Perugia*, Perugia, 1913.

BIRKS P.B.H., *‘Lucius Veratius’ and the ‘Lex Aebutia’*, in *Daube ‘Noster’. Essays in Legal History for David Daube*, edited by A. Watson, London, 1974, 441 ss.

BIRKS P.B.H., *The Early History of ‘Iniuria’*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1969, 163 ss.

BISCOTTI B., *Dal ‘pacere’ ai ‘pacta conventa’. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, 2002.

BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146 ss.

BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.

- BONA C., *Il danno da adulterio*, in *Foro it.*, 2019, 1587 ss.
- BONA C., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Dialoghi sul danno alla persona* a cura di U. Izzo, Trento, 2006, 317 ss.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1979.
- BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*⁸, Milano, 1925.
- BONILINI C., voce *Danno morale*, in *Dig. Disc. Priv.*⁴, V, Torino, 1989, 85 ss.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di G. Scalfi e F.D. Busnelli, Milano, 1985.
- BONVICINI E., *Il danno a persona. Il danno risarcibile e il suo accertamento*, Milano, 1958.
- BONVICINI E., *La responsabilità civile*, II, Milano, 1971.
- BOTTA F., *Profili essenziali di storia del diritto e del processo penale romano*, Cagliari, 2016.
- BRASIELLO T., *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1927.
- BRASIELLO U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.
- BRASIELLO U., voce *Delicta*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 379 ss.
- BRAVO BOSCH M.J., *La injuria verbal colectiva*, Madrid 2007.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991.
- BRECCIA U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss.
- BRETONE M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982.
- BRICOLA F., *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, V, 1 ss.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984.
- BROGGINI G., *'Iudex arbitere'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts*, Köln - Graz, 1957.
- BRONX H., *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1987.
- BRUGI B., *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 448 ss.
- BRUNETTI G., *Il delitto civile*, Firenze, 1906.
- BUCHER A., *La dimension sociale du Droit international privé. Cours général*, in *Rec. cours La Haye*, 2009.
- BUNGERT H., *Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *The International Lawyer*, 1993, 27 ss.
- BUSNELLI F.D. - D'ALESSANDRO E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno resp.*, 2012, 585 ss.

- BUSNELLI F.D. – PATTI S., *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013.
- BUSNELLI F.D. – SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- BUSNELLI F.D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss.
- BUSNELLI F.D., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1 ss.
- BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- BUSNELLI F.D., *La "dottrina delle corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 461 ss.
- BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 97 ss.
- BUSNELLI F.D., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, 2013, Torino, 41 ss.
- BUSNELLI F.D., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss.
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985.
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26 ss.
- CALABRESI G., *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970.
- CALAMANDREI P., *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019.
- CALAMANDREI P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 3-4, 1931, 171 ss.
- CAMARDI C., *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, a cura di E. Navarretta con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017.
- CAMARDI C., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.
- CANARIS C.-W., *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, 85 ss.
- CANARIS C.W., *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, 201 ss.
- CANNATA C.A., *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 27 ss.
- CANNATA C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008.

- CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1999.
- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982.
- CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.
- CANNATA L.-CONTE A. –TOCCAFONDO E., *Il risarcimento del danno da vacanza rovinata*, in *Danno resp.*, 2019, 212 ss.
- CANTARELLA E., *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994.
- CANTARELLA E., *Dispute Settlements in Homer. Once Again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges en l'honneur du Panayotis Dimakis. Droits antiques et société*, Athens, 2002, 147 ss.
- CANTARELLA E., *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, XVI, 1972, 247 ss.
- CANTARELLA E., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976.
- CAPOZZA M.T., *Alcune osservazioni sul concetto di 'hereditas' come 'ius successionis': a proposito di Gai. 2,14*, in *Revista General de Derecho Romano*, 33 (2019), 1 ss.
- CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, *Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, 19 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L. - CURSI M.F. (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008.
- CARABETTA S., *I 'punitive damages' tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, 2303 ss.
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Diritto all'immagine e "giusto rimedio" civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss.
- CARCATERRA A., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, Bari.
- CARDASCIA G., *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain*, in *La Responsabilité à travers les âges*, Paris, 1989, 1 ss.
- CARDILLI R., *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016.
- CARIA C., *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 163 ss.
- CARLE G., *Le origini del diritto romano. Ricostruzione storica dei concetti che stanno alla base del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino, 1888.
- CARLEO R., *'False endorsement' e 'disgorgement'*, in *Contratti*, 2013, 493 ss.
- CARLEO R., *'Punitive damages': dal 'common law' all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 259 ss.
- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.
- CARRATTA A., *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2011.
- CARTER A.T. *Outlines of English Legal History*, London, 1899.
- CARVAL S., *L'amende civile*, in *JCP G*, 2016.
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995.
- CASAVOLA F.P., *Cultura a e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ID., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980,1 ss.
- CASCINI D.N., *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. Pen.*, 2017, 13 luglio 2017.
- CASCIONE C., *Roman Delicts and Criminal Law: Theory and Practice*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present and Future*, edited by T.A.J. McGinn, Oxford, 2012, 269 ss.
- CASTRONOVO C., «Danno biologico» senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 26 ss.
- CASTRONOVO C., *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.
- CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 1008, n. 26972/3/4/5, Milano, 2009.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 765 ss.
- CASTRONOVO C., *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno resp.*, 2004, 237 ss.
- CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno resp.*, 2019, 15 ss.
- CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 293 ss.
- CASTRONOVO C., *L'eclisse del diritto civile*, Milano, 2015.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile³*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss.
- CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 69 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile⁴*, Milano, 2018.

- CENDERELLI A., *Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum' e D. 47.10.1.6-7*, in *IVRA*, XV, 1964 ora in ID. *Scritti romanistici* a cura di C. Buzzacchi, Milano, 2011, 1 ss.
- CENDON P., *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1989, 886 ss.
- CENDON P., *L'urlo e la furia: commento a Cass., Sez. U., 26972/2008*, in *Risarcimento del danno non patrimoniale*, I, Parte generale, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Milanofiori Assago, 2009.
- CENDON P., *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law* a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 159 ss.
- CENDON P., *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, I, 2006, 2334 ss.
- CENINI M., *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinare: dal danno esistenziale al danno "da tempo sacrificato"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss.
- CERINI D. - CAMINITI R. - MARIOTTI P. - PISANI A. (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, Santangelo di Romagna, 2018.
- CERINI D., *Il progetto di riforma della responsabilità civile francese: l'attenzione per danno alla persona e componente punitiva del risarcimento*, in *Ann. dir. comp. stud. leg.*, 2017, 685 ss.
- CESARE G., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 109 ss.
- CESAREO CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*², Torino, 1914, 222 ss.
- CHAMBERS R., *Two kinds of Enrichment*, in *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, edited by E. Chambers, C. Mitchell and J. Penner, Oxford, 2009, 277 ss.
- CHIABOTTO A., *Risarcimento del danno da contraffazione*, in *Giur. it.*, 2017, 1872 ss.
- CHIRONI G.P., *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906.
- CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.
- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.
- CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 197 ss.
- CIAN G., *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 125 ss.
- CIATTI A., *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di 'common law'*, in *Contr. impr.*, 2017, 1 ss.
- CICERO C. (a cura di), *I danni punitivi. Tavola rotonda Cagliari 9 maggio 2018*, introduzione di V. Cuffaro, Napoli, 2019.
- CICERO C., voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civ., agg. VIII, Torino, 2013, 480 ss.

- CLARIZIA O., *Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 2018, 2277 ss.
- COLOMBI CIACCHI A. - MAK C. – MANSOOR Z., *Immoral Contracts in Europe*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020.
- COMANDÈ G., *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. impr.*, 1994, 870 ss.
- CONSOLO C., *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti compensativi o comunque sovracompensativi, se in regola con il nostro principio di tipicità (che postula tipicità financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')*, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss.
- CONTE G., *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 708 ss.
- COOTER R., *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, in *Alabama Law Rev.*, 1989, 1143 ss.
- CORBINO A., *Il danno qualificato e la 'Lex Aquilia'*, Padova, 2008.
- CORNIL G., *Ancient droit romain*, Paris, 1930.
- COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.
- COVIELLO L., *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 317 ss.
- CRASWELL R., *Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives*, in *Michigan Law Review*, 1999, 97, 2185 ss.
- CRAWFORD M., *Coinage and Money Under the Roman Republic*, London, 1985.
- CRAWFORD M., *Roman Republican Coinage*, I, Cambridge, 1983.
- CRESPI REGHIZZI Z., *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a 'punitive damages'*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 977 ss.
- CRICENTI G., *Il danno non patrimoniale²*, Padova, 2006.
- CRICENTI G., *Persona e danno*, Padova, 2005.
- CRIFÒ G., *L'esclusione dalla città, Altri studi sull' 'exilium' romano*, Perugia, 1985.
- CRIFÒ G., *Le obbligazioni da atto illecito. Le caratteristiche delle azioni penali*, in *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994.
- CURSI M.F., *Iniuria cum damno*, Milano, 2002.
- CURSI M.F., *Gli illeciti privati*, in *'XII Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Corsi, II, Napoli, 2018.
- CURSI M.F., *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *Rev. Intern. des droits de l'ant.*, LVIII, 2011, 173 ss.

- CURSI M.F., *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 143 ss.
- CURSI M.F., *Roman Delicts and the Construction of Fault*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present, and Future*, edited by T. McGinn, 2012, 296 ss.
- CURSI M.F., *The Scope and the Function of Civil Wrongs in Roman Society*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* edited by P.J. Du Plessis, C. Ando and K. Tuori, Oxford, 2016, 599 ss.
- D'ADDA A., *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 593 ss.
- D'AGOSTINO F., voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, XLI, Milano, 1989.
- D'ALESSANDRO E., *Problemi di riconoscimento in Germania delle pronunce americane di condanna al pagamento di 'punitive damages'*, in *Annuario di diritto tedesco (2005-2006)* a cura di S. Patti, Milano, 2008, 271 ss.
- D'AMICO G., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Effettività e 'Drittwirkung': idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, a cura di E. Navarretta con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017, 71 ss.
- D'AMICO G., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 365 ss.
- D'AMICO G., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Torino, 2018, 359 ss.
- D'ANDREA L., *Principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, 2288 ss.
- D'ONOFRIO M., *Danni punitivi e abuso del processo ex art. 96, co. 3, c.p.c.*, in *Dir. civ. cont.*, 2017.
- DA NOBREGA V.L., *L'iniuria' dans le loi des XII Tables*, in *Romanitas*, VIII, 1967, 269 ss.
- DALLA MASSARA T. - VACCARI M. (a cura di), *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo "Valore Prassi" sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, Napoli, 2012.
- DALLA MASSARA T., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno - Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste, 2019, 91 ss.
- DALLA MASSARA T., *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. impr./Europa*, 2012, 839 ss.

DALLA MASSARA T., *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018, 116 ss.

DALLA MASSARA T., *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perchè?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 55 ss.

DALMARTELLO A., *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, I, 53 ss.

DAUBE D., *'Ne quid infamandi causa fiat'. The Roman Law of Defamation*, in *Atti del Congresso di Verona 1948*, III, Milano, 1951, ora in *Collected Studies in Roman Law*, herausgegeben vor D. Cohen und D. Simon, Frankfurt am Main, 1991.

DAVIS J.F., *'Lex Talionis' in Early Judaism and the Exhortation of Jesus in Matthew 5.38-42*, New York, 2005.

DE CASTRO-CAMERO R., *El crimen maiestatis a la luz de senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Siviglia, 2000.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I e II, Milano, 1979.

DE DOMINICIS M. A., *L'origine post classica del "§ 12 P. Sent. V, 4, de iniuriis" ed il divieto della rappresentanza tecnica nell'"accusatio iniuriarum"*, in *Annali della Università di Ferrara*, II, Ferrara, 1937.

DE FRANCESCO A., *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 415 ss.

DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1943.

DE MARTINI D., *Le sanzioni civili nei codici di diritto e di procedura penale del 1930*, Città di Castello, 1933.

DE MARTINO F., *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980.

DE MENECH C., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019.

DE MENECH C., *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile.it*, 2017.

DE NOVA G., *Le clausole penali*, in *Il contratto*⁴, a cura di R. Sacco - G. De Nova, Torino, 2016.

DE NOVA G., *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i 'punitive damages'*, in *juscivile*, 2017.

DE RUGGIERO R., *Teorie vecchie e nuove intorno alla "litis contestatio"*, Roma, 1905.

DE VISSCHER F., *Études de droit romain: l'origine de l'"obligatio ex delicto"*, Paris, 1931.

DEAKIN S. - JOHNSTON A - MARKESINIS B., *Tort Law*⁷, Oxford, 2012.

DEGNI F., *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 3 ss.

DEL VECCHIO G., *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Filosofia e teoria generale del diritto, Padova, 1950, 341 ss.

DEL VECCHIO G., *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958.

- DELL'AQUILA E., *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*, Milano, 1989.
- DELLACASA M., 'Punitive damages', risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.
- DELLE MONACHE S., *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contratti*, 2010.
- DEMURO G.P., 'Ultima ratio': alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.
- DESCHEEMAEKER E. - SCOTT H. (edited by), *'Iniuria' and the Common Law*, Oxford, 2013.
- DI CINTIO L., 'Pater patriae' e 'maiestas': un possibile nuovo modello normativo, in *Iura & Legal Systems*, VI, 2019, 10 ss.
- DI LUCIA P. - MANCINI L., *La giustizia vendicativa*, Milano, 2015.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982.
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 3 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003.
- DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793 ss.
- DI MAJO A., *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai cd. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2018, 1309 ss.
- DI MAJO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 1856 ss.
- DI MAJO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017.
- DI PAOLA S., *La genesi storica del delitto di 'iniuria'*, in *Annali Catania, Seminario giuridico*, I, Catania, 1947.
- DIAMONDS A.S., *Primitive Law*, Past and Present, London, 1971.
- DILIBERTO O., *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del 12° Colloquio di filosofia penale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993.
- DONADIO N., *'Vadimonium' e 'contendere in iure': tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano, 2011.
- DONATI A., *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi collegi*, Padova, 2004.
- DREYER E., *La sanction de la faute lucrative par l'amende civile*, in *Recueil Dalloz*, 2017.
- DU PLESSIS P.J., *Borkowski's Textbook on Roman Law*⁶, Oxford, 2020.

- DU PLESSIS, P.J. – ANDO, C. – TUORI, K., *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford, 2016.
- EBERT I., *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Vor der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, 2004.
- EDMONDSON J., *Augustus*, Edimburgo, 2009.
- EPISCOPO F., *Rapporto tra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in *Codice della responsabilità civile* a cura di E. Navarretta, Milano, 2021, 2069 ss.
- ESMEIN P., *La commercialisation du dommage moral*, in *Recueil D. Chronique*, 1954, 113 ss.
- FASANO A., *Il danno non patrimoniale*, Torino, 2004.
- FAVA P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 523 ss.
- FEDDA C., *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, *Parte storica - Diritto romano*, Torino, 1894.
- FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, 1992.
- FERRARI F., *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronunzia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 276 ss.
- FERRARI F., *Sul riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1362 ss.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996.
- FERRI G.B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 155 ss.
- FERRINI C., *Diritto penale romano*, Roma, 1986.
- FIGONE A., *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008.
- FIORI R., *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003.
- FITTANTE A., *I danni punitivi tipici nella più recente giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 2019, 106 ss.
- FLOWER H.I., *The Art of Forgetting: Disgrace and Oblivion in Roman Political Culture*, North Carolina, 2006.
- FOFFA R., *Il caso Vierì: quanto vale la lesione della privacy*, in *Danno resp.*, 2013, 51 ss.
- FOFFA R., *Il caso Vierì: secondo tempo*, in *Danno resp.*, 2015, 1047 ss.
- FOIGNET R., *Le droit romain des obligations*¹⁰, Paris, 1929.
- FOSSÀ C., *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del 'pet' da bene (di consumo) a 'tertium genus' tra 'res' e 'personae'?*, in *Contr. impr.*, 2020, 527 ss.
- FRANCHINI L., *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005.

- FRANCISETTI BROLIN M.M., *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014.
- FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.
- FRANZONI M., *Danno tanatologico... meglio di no* in *Danno resp.*, 2015.
- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti. Art.2043-2059*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 ss.
- FRANZONI M., *Il danno patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona* in *Corr. giur.*, 2003, 1017 ss.
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile²*, II, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010.
- FRANZONI M., *La legge, le sentenze e le Tabelle milanesi*, in *Danno resp.*, 2021, 21 ss.
- FRANZONI M., *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato* in *Danno resp.*, 2015, 713 ss.
- FRENDI D.M., *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana: soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, Padova, 2012.
- FUSCO S., *Edictum de adtemptata pudicitia*, in *Diritto@Storia*, 2010.
- FUSCO S., *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.
- FUSCO S., *Il ruolo dell'inibitoria positiva in presenza di immissioni eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2020.
- FUSCO S., *Studi sull'iniuria: l'edictum de convicio*, in *Diritto@Storia*, 2013.
- GABBA C.F., *Contro la dottrina della risarcibilità del danno morale*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1898.
- GABBA C.F., *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912.
- GABRIELLI E. - FEDERICO A., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 2274 ss.
- GALEOTTI S., *'Delictum' e 'crimen': la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto Penale Romano – Parte Generale (Seminari romanistici di Bressanone, 08–10 settembre 2017)*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, in corso di stampa.
- GALEOTTI S., *Ricerche in tema di 'damnum'*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015.
- GALGANI E., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 531 ss.
- GALGANI F., *Trattato di diritto civile²*, III, Padova, 2011.
- GALLO F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, 435 ss.

- GALLO P., *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043-2059 del Codice civile*, Torino, 2000.
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GALLO P., *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di G. Scalfi e F.D. Busnelli, Milano, 1985.
- GAMBARO A., *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1407 ss.
- GAMBARO A., *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile* a cura di L. Vacca, Napoli, 2011.
- GAMBINO F., *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2015.
- GARBARINO P., *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013.
- GARIBOTTI A., *Le principali variabili incostanti della quantificazione del danno non patrimoniale alla persona: funzione sanzionatoria e personalizzazione*, in *Danno resp.*, 2016, 527 ss.
- GAROFALO L. (a cura di), *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli, 2019.
- GAROFALO L., *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1992;
- GAUDEMET-TALLON H., *De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011.
- GAZZARA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.
- GAZZONI F., *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 831 ss.
- GAZZONI F., *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1305 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, 2017.
- GENTILE G., voce *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 634 ss.
- GENTILI A., *Prefazione* a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, I ss.
- GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 83 ss.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.
- GIGLIOTTI F., *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 2292 ss.
- GILIKER P. (edited by), *Research handbook on EU Tort Law*, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), 2017.
- GIOFFREDI C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955.

- GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970.
- GIOFFREDI C., *In tema di 'iniuria'*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980.
- GIOLLA P., *Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*, Milano, 1967.
- GIORDANO A., *Il litigante temerario paga "in ogni caso". Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c. tra "abuso del processo" e "danni punitivi"*, in *Giur. it.*, 2012, 2114 ss.
- GIRARD P.F., *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. di C. Longo, Milano, 1909.
- GIUSSANI A., *Resistenze al riconoscimento delle condanne al risarcimento dei 'punitive damages': anti-chi dogmi e nuove realtà* in *Giur. it.*, 2008, I, 1125 ss.
- GLOTZ G., *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904.
- GLUCKMAN M., *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford, 1982.
- GORGONI M., *L'altalena qualificatoria del danno da morte: da Cass. n. 3475/1925 alle Sezioni Unite n. 15350/2015*, in *Danno resp.*, 2016, 224 ss.
- GOTANDA J.Y., *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, 2004, 391 ss.
- GOTTWALD P., *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, in H. NAGEL-P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. 2020, Köln.
- GRANELLI C., *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss.
- GRAZIANO T.K., *La responsabilité délictuelle en droit comparé. Une introduction à la méthode comparative*, Limal, 2019.
- GRONDONA M., *A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e categorie concettuali*, in *Danno resp.*, 2021.
- GRONDONA M., *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *giustiziacivile.com*, 2017.
- GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.
- GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «danni punitivi»*, Napoli, 2017.
- GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1392 ss.
- GROSSFELD B., *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main - Berlin, 1961.
- GROSSI P., *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.
- GROSSO P., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965.
- GRUNDMANN S. – GROCHOWSKI M., *European Contract Law and the Creation of Norms*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021.

- GRUNDMANN S. - SIRENA P., *European Contract Law in the Banking and Financial Union*, 2021.
- GRUNSKY W., *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private*, a cura di G. Scalfi e F.D. Busnelli, Milano, 1985.
- GUARINO A., *La democrazia a Roma*, Napoli, 1979.
- GUARINO A., *Labeone e gli schiaffi*, in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994.
- GUERNELLI M., *La retroversione degli utili fra rischio di 'overcompensation' ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213 ss.
- GUERRERO LEBRÓN M., *La injuria indirecta en Derecho romano*, Madrid, 2005.
- HADDOCK D.D. - MCCHESENEY F.S. - SPIEGEL M., *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in *78 Calif. L. Rev.*, 1990, 1 ss.
- HAGEMANN M., *'Iniuria'. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien-Böhlau, 1998.
- HART H.I.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961.
- HARTLAND E.S., *Primitive Law*, London, 1924.
- HERSHOVITZ S., *Tort as a Substitute for Revenge*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, edited by J. Oberdiek, Oxford, 2014.
- HINDEBURG M., *La théorie des dommages-intérêt*, in *Giur. it.*, 1902, IV, 170 ss.
- HOEBEL E.A., *Il diritto nelle società primitive*, Bologna, 1973.
- HUBRECHT G., *Manuel de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1943.
- HUDSON J., *The Formation of the English Common Law*, London-New York, 1996.
- HUMBERT M., *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Roma, 2018.
- HUVELIN P., *Cours élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1929.
- HUVELIN P., *La notion de l'iniuria dans le tres ancien droit romain*, in *Mélanges Ch. Appleton*, Paris - Lyon, 1903, 3 ss.
- HUVELIN P., *La notion de l'iniuria dans le tres ancien droit romain*, Lyon, 1903.
- IANNARELLI A., *La 'Drittwirkung' dei diritti fondamentali e la crisi della socialità: avvertenze per l'uso*, in *Effettività e 'Drittwirkung': idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, a cura di E. Navarretta con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017, 31 ss.
- IANNI V., *Gli artt. 1218 e 1229 c.c.*, in *Responsabilità civile*, II, *Responsabilità contrattuale. Responsabilità in ambito familiare, medico e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione* diretto da P. Cendon, Milanofiori Assago, 2017.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*³, Milano, 1989.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 38 ss.
- IRTI N., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.

- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- JANNSEN A., *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contr. impr./Europa*, 2018, 43 ss.
- JENKS E., *A Short History of the English Law from the Earliest Times to the End of the Year 1919*³, London, 1924.
- JHERING R. V., *La lotta pel diritto*, trad. it. di R. Mariano, Roma, 1874.
- JOLOWICZ H.F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952.
- JONES A.H., *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972.
- JONES A.H.M., *L'economia romana. Studi di storia economica e amministrativa antica*, trad. it. di E. Lo Cascio, Torino, 1984.
- JONES A.H.M., *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972.
- KARNER E – Oliphant K. – Steiniger B. (edited by), *European Tort Law*, Wien, 2018.
- KARNER E. – MAGNUS U. – SPIER J. – WIDMER P. (edited by), *Essays in honour of Helmut Koziol*, Wien, 2020.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975.
- KASER M., *Zum Ediktsstil*, in *Festschr. Fritz Schulz*, II, 1951, 42 ss.
- KELLER F.L. V., *Il processo civile romano e le azioni. Esposizione sommaria ad uso di lezioni*, trad. it. di N. De Crescenzo, Napoli, 1872.
- KELSEN H., *Reinen Rechtslehre*, herausgegeben von M. Jestaed, Tübingen, 2008.
- KLESTA L., *Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1860 ss.
- KÖNDGEN J., *Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse*, in *RabelsZ*, 1992, 696 ss.
- KOOPS E., *Price Setting and Other Attempts to Control the Economy*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* edited by P.J. Du Plessis, C. Ando and K. Tuori, Oxford, 2016, 609 ss.
- KORCH S., *Verfassungsrechtliche Notbremsung einer Fehlentwicklung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, 979 ss.
- KOZIOL H. - WILCOX V. (edited by), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, 2009.
- KOZIOL H., *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, Wien, 2017.
- KUNKEL W., *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, trad. di J.M. Kelly, Oxford, 1966.
- LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”*, in *Danno resp.*, 2017. 421 ss.
- LABRUNA L., *«Iuri maxime...adversaria». La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti del convegno*

Internazionale di diritto romano, Copanello 4 – 7 giugno 1990 a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 253 ss.

LAMBERT E., *La question de l'authenticité des XII Tables et les 'Annales Maximi'*, Paris, 1902.

LAMBERT E., *Le problème de l'origine des XII Tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*, Paris, 1903.

LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel*, Paris, 2004.

LAMORGESE A., *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 317 ss.

LANDES W.B. – POSNER R.A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts), 1987.

LANGE H., *Schadensersatz*, Tübingen, 1979.

LAVAGGI G., *'Iniuria' e 'obligatio ex delicto'*, in *SDHI*, 13-14 (1947-48), 141 ss.

LENEL O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927.

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora*, II, Lipsia, 1889.

LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004.

LICARI F.-X., *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 423 ss.

LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1116 ss.

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

LODDER A.M.V., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Oxford, 2012.

LOMONACO G., *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Napoli, 1895.

LOPEZ DE GONZALO M., *'Punitive damages' e ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 77 ss.

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti con appendice di M. Corsale, Milano, 1968.

LORENZETTI R.L., *Aspectos valorativos del nuevo Código Civil y Comercial argentino*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema latinoamericano* a cura di R. Cardilli e D.F. Esborraz, Milano, 2017, 25 ss.

LÖWE H., *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensartzrecht*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000.

LÖWE H., *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, 2000.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 106 ss.

- LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1474 ss.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 632 ss.
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999.
- LUZZATO G.I., *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1950.
- LUZZATTO G.I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934.
- MAGGIOLO M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Milanofiori Assago, 2010, 659 ss.
- MAGGIOLO M., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 92 ss.
- MAGNUS U., *Punitive Damages and German Law*, in *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?* edited by L. Meurkens and E. Nordin, Cambridge, 2012, 245 ss.
- MAHÉ C.B.P., *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, in in *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?* edited by L. Meurkens and E. Nordin, Cambridge, 2012.
- MAINE H.S., *Ancient Law, Its Connection to the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861.
- MAIORCA C., *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990.
- MAITLAND F.W. – MONTAGUE F.C., *A Sketch of English Legal History*⁷, New York-London, 1927.
- MALOMO A., *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017.
- MALZANI F., *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1050 ss.
- MANCALEONI M., *Diritto europeo e tort(s) law*, Torino, 2018.
- MANDRIOLI D., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 359 ss.
- MANDRY G., *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ebelichen Güterrechtes*, Tübingen, 1871.
- MANFREDINI A., *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuria*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4 – 7 giugno 1990* a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992.
- MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977.
- MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano*, Milano, 1979.
- MANISCALCO M., *L'azione civile nel processo penale*, in *La prova e il 'quantum' nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, I, Milanofiori Assago, 2008.
- MANNA A., *Tutela penale della responsabilità*, Bologna, 1993.

- MANTELERO A., *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in *Dir. inf.*, 2012, 781 ss.
- MANTOVANI D., *Le formule nel processo privato romano*, Padova, 1999.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*¹⁰, Padova, 2017.
- MAQUERON J., *Histoire des obligations. Le droit romain*², Aix-en-Provence, 1975.
- MARCHI A., *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR*, XVI, 1904, 225 ss.
- MARELLA M.R., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediale nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo A. Di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 457 ss.
- MARELLA M.R., *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 1999.
- MARINI G., voce *Nullum crimen sine lege (dir. pen.)* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.
- MARKESINIS B.S., *The German Law of Obligations*, II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford, 1996, 921 ss.
- MARKESINIS B.S., *The German Law of Torts: a Comparative Treatise*, Oxford, 1990.
- MARRONE M., *Considerazioni in tema di 'iniuria'*, in *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 475 ss.
- MARTINI R., *Sul risarcimento del danno morale in diritto romano II (Ripensamenti)*, in *Riv. dir. rom.*, 2008, 1 ss.
- MARUOTTI R.G., *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflattive: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia*, 20 giugno 2017.
- MATTEI U. - ARIANO E., *Il modello di 'common law'*⁵, Torino, 2018.
- MATTEI U., *Tutela risarcitoria e tutela inibitoria*, Milano, 1987.
- MAZZAMUTO S., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 437 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss.
- MAZZAMUTO S., *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 807 ss.
- MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 627 ss.
- MEHESZ K.Z., *La injuria en Derecho Penal Romano*, Buenos Aires, 1970.
- MENDOLA A., *'Astreinte' e danni punitivi* in *Giur. it.*, 2016, I.
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 2 ss.

- MENGGONI L., *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *Scritti*, I, Milano, 2011.
- MENGGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, IV, 1117 ss.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.
- MERLI P., *Si dice che, quando abbaia, non è un affetto risarcibile*, in *Danno resp.*, 2020, 664 ss.
- MESSINETTI D., *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 333 ss.
- MEURKENS L. – NORDIN E., *The Power of Punitive Damages: is Europe Missing Out?*, Cambridge, 2012.
- MEURKENS R.C., *'Punitive Damages'. The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer, 2014.
- MICELI M., *L'“aktionenrechtliches Denken” dei giuristi romani e le forme dell'appartenenza*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In *Ricordo di Mario Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 97 ss.
- MIGLIETTA M., *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al 'certum dicere' nell'edictum generale de iniuriis*, Lecce, 2002.
- MIGLIORATI G., *Cassio Dione e l'Impero Romano da Nerva ad Antonino Pio alla luce dei nuovi documenti*, Milano, 2003.
- MILANI C., *Il lessico della vendetta e del perdono nel mondo classico*, in *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico* a cura di M. Sordi, Milano, 1997.
- MILAZZO A., *'Iniuria'. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma, 2011.
- MILLER W.I., *Eye for an eye*, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-São Paulo, 2006.
- MINOZZI A., *Studio sul danno non patrimoniale. Danno morale*³, Milano, 1917.
- MOGIN P., *Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages*, in *The University of Chicago Law Review*, 1998, 65, 179 ss.
- MOMMSEN T., *Römisches Staatsrecht*, I³, Leipzig, 1887.
- MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989.
- MONATERI P.G. – GIANTI D. - SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.
- MONATERI P.G., *Il “quantum” del danno morale e il futuro del danno non patrimoniale alla persona*, in *Giur.it.*, 2021, 621 ss.
- MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 827 ss.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Le fonti delle obbligazioni*, III, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998.

MONATERI P.G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 437 ss.

MORANGE G., *La réparation de la douleur morale par le Conseil d'État*, in *Recueil D. Chronique*, 1962, 16 ss.

MORANO CINQUE E., *L'abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2581 ss.

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985.

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 511 ss.

MOSCATI E., voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.

MOTSCH R., *Schadenersatz als Erziehungsmittel*, in *Juristen Zeitung*, 1984, 211 ss.

MOUSOURAKIS G., *A Legal History of Rome*, Abingdon, 2007.

MÜLLER P., *Punitive Damages and deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, 2000.

MUZZICA R., *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1 ss.

NAVARRETTA E. - POLETTI D., *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004.

NAVARRETTA E. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017.

NAVARRETTA E. (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.

NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss.

NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 502 ss.

NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 217 ss.

NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.

NAVARRETTA E., *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2010, 93 ss.

NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2010.

NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Milanofiori Assago, 2010, 1 ss.

NAVARRETTA E., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019.

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, I, 139 ss.

NEGRI G., *Dalla Cassazione via libera ai risarcimenti dei "danni punitivi", come negli Usa*, in *ilsole24ore.com*, 6 luglio 2017.

NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 905 ss.

NIPPERDEY H.C., *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, 121 ss.

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017.

NIVARRA L., *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.

ORESTANO R., *'Status libertatis, civitatis, familiae'*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1940, XVIII, 3 ss.

PAALZOW H., *Zur Lehre von den römischen Popularklagen*, Berlin, 1889.

PACCHIONI G., *Corso di diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940.

PACCHIONI G., *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 241 ss.

PACCHIONI G., *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, 345 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 1980.

PAIS E., *Storia di Roma*, I, Torino, 1898.

PALLONE E.C., *La profilazione degli individui connessi a Internet: privacy online e valore economico dei dati personali*, in *Cybersp. e dir.*, 2015, 295 ss.

PALMIERI A., *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 2299 ss.

PALMIERI A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, *Foro it.*, 2009, I, 123 ss.

PANVINI ROSATI F., *La moneta greca e romana*, Roma, 2001.

- PAOLI U.E., voce *Danno (diritto attico)*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1957, 142 ss.
- PARADISO M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981.
- PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?* in *Danno resp.*, 2007, 1129 ss.
- PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Riv. ind.*, 2005, 37 ss.
- PARDOLESI P., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.
- PARDOLESI P., *Sull'impossibilità di commisurare il danno da diffamazione attraverso l'arricchimento da fatto illecito: un po' di bizzarrie*, in *Foro it.*, 2020, 2326 ss.
- PARDOLESI R. – SIMONE R., *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 128 ss.
- PARDOLESI R., *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno resp.*, 2020, 98 ss.
- PARDOLESI R., *Sofferenza morale e contorsioni tabellari*, in *Danno resp.*, 2021, 13 ss.
- PARICIO J., *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"*, Milano, 1986.
- PASTORI F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano, 1993.
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016.
- PATTI S., *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss.
- PATTI S., *Danno patrimoniale*, in *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 1 ss.
- PATTI S., *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2015.
- PATTI S., *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 460 ss.
- PATTI S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 85 ss.
- PATTI S., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 264 ss.
- PATTI S., *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 209 ss.
- PATTI S., *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979.
- PATTI S., *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.
- PATTI S., *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 891 ss.
- PATTI S., *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 251 ss.
- PATTI S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, 241 ss.
- PATTI S., *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 435 ss.
- PATTI S., voce *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 349 ss.

PELLOSO C., *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, 101 ss.

PELLOSO C., *In margine a Tab. 8.16. Nuove considerazioni sul valore di 'damnum decidere' tra 'verba legis' e 'interpretatio' giurisprudenziale*, in *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2017, 227 ss.

PELLOSO C., *Sacri ai 'divi parentum'*, in *Romolo. La città, la legge, l'inclusione*, a cura di M. Bettini, Bologna, 2022.

PELLOSO C., *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008.

PERINI C., *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10.

PERLINGIERI G., *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018.

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

PERLINGIERI P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'. Atti Siena, 19-21 settembre 2007*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 269 ss.

PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 115 ss.

PERRIELLO L.E., *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2018, 232 ss.

PERRIN B., *Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XXVIII, 1951, 383 ss.

PETRELLI P., *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1187 ss.

PINO G., *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2018, 518 ss.

PISANI TEDESCO A., *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022.

PISANI TEDESCO A., *Lite temeraria, sanzioni civili e ruolo dell'interprete*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 111 ss.

PIOLA G., voce *Clausola Penale*, in *Dig. it.*, VII, Torino, 1929, 634 ss.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PLESCIA J., *The Development of 'Iniuria'*, in *Labeo*, XXIII, 1977, 277 ss.

- POLAY E., *'Iniuria' Types in Roman Law*, Budapest, 1986.
- POLINSKY A.M. – SHAVELL S., *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 *Harr. L. Rev.*, 1998, 870 ss.
- POLLOCK F. - MATTLAND F.W., *The History of the English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge, 1968.
- POMPEI A. - GUERRA M., *Depenalizzazione e particolare tenuità del fatto: i reati abrogati, i nuovi illeciti amministrativi e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 2016.
- PONZANELLI G., *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2020, 108 ss.
- PONZANELLI G., *Dalle Sezioni Unite solo uno spiraglio per i danni punitivi*, in *ilsole24ore.com*, 14 luglio 2017.
- PONZANELLI G., *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro It.*, 2007, I, 395 ss.
- PONZANELLI G., *Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo* in *Danno resp.*, 2019, 759 ss.
- PONZANELLI G., *I 'punitive damages' nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.
- PONZANELLI G., *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018.
- PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, in *Foro it.*, 1996, IV.
- PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno resp.*, 2012.
- PONZANELLI G., *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I.
- PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio dell'integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale* a cura di M. Bussani, Napoli, 2006.
- PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II.
- PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015.
- PONZANELLI G., *Polifunzionalità della responsabilità civile tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Foro it.*, 2017, I.
- PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017.
- PONZANELLI G., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno resp.*, 2016, 838 ss.
- PONZANELLI G., *Quanto vale la riservatezza di un giocatore di calcio?* in *Danno resp.*, 2015, 1047 ss.

- PONZANELLI G., *Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 91 ss.
- PONZANELLI G., *Sezioni Unite: il “nuovo statuto” del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 134 ss.
- PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.
- PORCELLI S., *Il nuovo codice civile della repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica*, in *St. Iuris*, 2020, 810 ss.
- PORCELLI S., *La nuova “Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese”. Struttura e contenuti*, in *Riv. dir. civ.* 2019, 670 ss.
- POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston, 1992.
- POTHIER J., *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R. G. Pothier, con le leggi del codice e le novelle che confermano, spiegano ed abrogano le disposizioni delle pandette*, Venezia, 1824.
- POTTER H., *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, London, 1932.
- PROCIDA MIRABELLI DI CELSO A., *L’art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, 834 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un de profundis per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009.
- PROROK J., *L’amende civile dans la réforme de la responsabilité civile*, in *RTD Civ.*, 2018, 327 ss.
- PROTO PISANI A., *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 568 ss.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano, II, Il processo formulare*, Milano, 1963.
- PUGLIESE G., *Studi sull’iniuria*, Milano, 1941.
- QUARTA F., *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, 88.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, Napoli, 2013.
- RABER F., *Grundlagen Klassischer Injurienansprüche*, Wien, 1969.
- RABITTI M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 340 ss.
- RAVAZZONI A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.
- REMOTTI G., *La retroversione degli utili quale sanzione restitutiva: nessun ristoro, nessuna pena*, in *Dir. ind.*, 2019, 410 ss.
- RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 186 ss.
- RESTA G., *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, in *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, a cura di E. Navarretta con introduzione di N. Lipari, Torino, 2017, 169 ss.
- Restatement of the Law of Torts*, I, St. Paul, 1934.

RICCIO A., *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?* in *Contr. impr.*, 2009, 277 ss.

RICOLFI M., *Il danno da violazione di proprietà intellettuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2017, 680 ss.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*¹³, Paris, 1953.

RIPERT G., *Le prix de la douleur*, in *Recueil D. Chronique*, 1948, 1 ss.

ROBERTI M., *Storia del diritto romano*, Milano, 1958.

RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.

RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.

RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.

RODOTÀ S., *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, 435 ss.

ROLFI F., *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un 'idolum tribus'?* in *Corr. giur.*, 2006, 1718 ss.

ROMANO A., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986.

ROMANÒ S., *Danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento. Note a margine di Cass.*, 29 ottobre 2019, n. 27590, in *Giur. it.*, 2021, 63 ss.

ROMANÒ S., *Riflessioni sul risarcimento del danno non patrimoniale a partire da August Thon*, in *Atti del Seminario Italo-Tedesco Verona-Bayreuth 11-12 novembre 2021*, Napoli, 2022, in corso di pubblicazione.

ROMANÒ S., *Sui limiti dell'operatività del 'nulla poena sine lege' nel diritto privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 659 ss.

ROPPO V., *Diritto privato*, Torino, 2014.

ROPPO V., *Il contratto*², in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011.

ROPPO V., *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *juscivile.it*, 2017.

ROPPO V., *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno resp.*, 1997, 663 ss.

ROSENGARTEN J., *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht. Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer 'punitive damages'?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1937 ss.

ROSS TAYLOR L., *The Divinity of the Roman Emperor*, Middletown, 1931.

ROSSETTI G., *"Poena" e "rei persecutio" nell'actio ex lege Aquilia*, Napoli, 2013.

- ROSSETTI G., *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in “*Actio in rem*” e “*actio in personam*”. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2011, 575 ss.
- ROSSETTI G., *Problemi e prospettive in tema di “struttura” e “funzione” delle azioni penali private*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XCVI - XCVII, 1993-1994, 343 ss.
- ROTHKAMM J., *Talio Esto': recherches sur les origines de la formule 'oeil pour oeil, dent pour dent' dans les droits du Proche-Orient ancien, et sur son devenir dans le monde Greco-romain*, Boston, 2011.
- ROVELLI R., *Il risarcimento del danno alla persona*, Torino, 1963.
- RUGGIERO F., *Foto del matrimonio smarrite, no al danno esistenziale della sposa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.
- RUOTOLO G., *Corpus nummorum Rubastinorum*, Bari, 2010.
- RUSSO RUGGERI C., *Lex Cornelia iudiciaria' e pentitismo*, in AUPA, 2015, LVIII.
- SACCHI M., *I danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Responsabilità civile*, II, *Responsabilità contrattuale. Responsabilità in ambito familiare, medico e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione* diretto da P. Cendon, Milanofiori Assago, 2017.
- SACCO R., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.
- SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 156 ss.
- SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.
- SACCO R., voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, 39 ss.
- SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 1998.
- SALVI C., *La responsabilità civile*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2005.
- SALVI C., *La responsabilità civile*³, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2019.
- SALVI C., *Le definizioni della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504 ss.
- SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2594 ss.
- SANTA CRUZTEIJEIRO J., *La 'iniuria' en derecho romano*, in *Studi Sanfilippo*, II, Milano 1982, 523 ss.
- SANTALUCIA B., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009.
- SANTALUCIA B., *Dalla vendetta alla pena*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009.
- SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.

- SANTALUCIA B., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013.
- SANTONI G., *Minfadian': il codice del socialismo di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 481 ss.
- SARAVALLE A., *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)* in *Giur. it.*, 2018, 2284 ss.
- SARAVALLE A., *I "punitive damages" nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1993, 867 ss.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civil en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, II, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, Paris, 1951.
- SAVIGNY F.C. V., *Le obbligazioni*, tr. it. di G. Pacchioni, II, Torino, 1912.
- SCADUTO G., *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *Annali del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo*, VIII, Palermo, 1921.
- SCALISI V., *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'. Atti Siena, 19-21 settembre 2007*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 117 ss.
- SCARANO L.A., *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1 ss.
- SCARANO USSANI V., *Gli 'scherzi' di Lucio Verazio*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, XC, 1992, 128 ss.
- SCARCHILLO G., *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai 'punitive damages' ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289 ss.
- SCARSELLI G., *Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in www.judicium.it, 1 giugno 2010.
- SCEVOLA R., *Utilitas publica*, II, Padova, 2012.
- SCHERILLO G., *Lezioni sul processo, Introduzione alla "cognitio extra ordinem"*, Milano, 1960.
- SCHIEMANN G., § 249 BGB, in *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2005.
- SCHLUETER L.L., *Punitive Damages*, New York, 2005.
- SCHRÖDER J., *Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftige Schadenszufügung im deutschen Usus Modernus*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, 1995.
- SCHUCK P.H. (edited by), *Tort Law and the Public Interest*, New York-London, 1991.
- SCHULZE R. – ZOLL F., *European Contract Law*, Oxford, 2021.
- SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 289 ss.

- SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007.
- SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2016.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 467 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *giustiziacivile.com*, 1 agosto 2017.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1109 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1120 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Rimedi*, II, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 85 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *giustiziacivile.com*, 7 marzo 2017.
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1450 ss.
- SCOGNAMIGLIO M. rec. a F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla 'cognitio senatus'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2011.
- SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 464 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extra contrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 287 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996.
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Digesto it.*, XV, Torino, 1968, 679 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Danno morale*, in *Novissimo Digesto*, V, Torino, 1960, 147 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 171 ss.
- SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss.
- SCUFFI M.- FRANZOSI M., *Diritto industriale italiano*, II, *Diritto procedimentale e processuale*, Padova, 2014.
- SEBOK A.J., *Punitive Damages in the United States*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, edited by H. Koziol and V. Wilcox, Wien, 2009.
- SELLA M., *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010.

- SERIANI E., *Il risarcimento del danno da perdita dell'animale d'affezione a 10 anni dalle SS.UU. 2008: il lungo cammino di un danno controverso*, in *Danno resp.*, 2019, 208 ss.
- SERRAO F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma, I, Prima parte*, Napoli, 1984.
- SERRAO F., *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della 'continuità')*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 170 ss.
- SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 289 ss.
- SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 305 ss.
- SHARKEY C.M., *Punitive Damages as Societal Damages*, in *113 Yale Law Journal*, 2003.
- SHAVELL S., *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *85 Colum. L. Rev.*, 1985, 347 ss.
- SHAVELL S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Massachusetts), 1987.
- SIRENA P., *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 862 ss.
- SIRENA P., *Il concetto di «danno» nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 552 ss.
- SIRENA P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro quarto del codice civile nel momento storico attuale. Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- SIRENA P., *Introduction to Private Law*, Bologna, 2019.
- SLIZYK A., *Handbuch Schmerzensgeld*⁷, München, 2021.
- SORDI M. (a cura di), *Responsabilità vendetta e perdono nel mondo antico*, Milano, 1998.
- SPOTO G., *I 'punitive damages' al vaglio della giurisprudenza italiana* in *Eur. dir. priv.*, 2007.
- STANLEY SPAETH V. B., *The Roman Goddess Ceres*, Austin, 1996.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.
- STOLL HANS, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachten für den 45. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1964, I.
- STOLL HANS, *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *'Ius Privatum Gentium'*. *Festschrift für Max Rheinstein*, II, herausgegeben von E. von Caemmerer, S. Mentschikoff und K. Zweigert, Tübingen, 1969, 571 ss.
- STOLL HEINRICH, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 136, 1932, 257.
- STOLL HEINRICH, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936.

SUGARMAN S.D., *Tort Damages For Non-Economic Losses: Personal Injury*, in *Comparative Tort Law*², edited by M. Bussani and A.J. Sebok, Cheltenham-Northampton, 2021.

SYDENHAM E.A., *The Coinage of the Roman Republic*, edited by L. Forrer and C.A. Hersh, London, 1952.

TALAMANCA M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in epoca decemvirale. Atti del convegno (Roma 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 82 ss.

TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano*², Milano, 2013.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TESCARO M., *I 'punitive damages' nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in www.lavorodirittieuropa.it, 27 novembre 2017.

TESCARO M., *I 'punitive damages' nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *St. iuris*, 2017, 317 ss.

TESCARO M., *Il revirement "moderato" sui 'punitive damages'*, in *Contr. impr./Eur.*, 2017, 53 ss.

TESCARO M., *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a 'punitive damages'*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2017, 535 ss.

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli-Roma, 2008.

THIBAUT A.F.G., *Sistema del diritto delle pandette*, trad. it. di G. Colucci, I, Napoli, 1857;

THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*², trad. it. di A. Levi, Padova, 1951.

THON A., *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878.

TOMARCHIO V., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.

TORELLI M., *Alle radici della nostalgia augustea*, in *Continuità e trasformazioni tra repubblica e principato. Istituzioni, politica, società* a cura di M. Pani, Bari, 1991.

TOSI E., *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1115 ss.

TOSI E., *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019.

TOSI E., *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE* in *Danno resp.*, 2020, 435 ss.

TRAVAGLINO G., *Le nuove categorie del danno non patrimoniale*, in *Corr. mer.*, 2006, 1165 ss.

TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967.

TRIMARCHI P., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994.

- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TRIMARCHI P., *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 690 ss.
- TUNC A., *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985.
- TUNC A., *Obligations en général et responsabilité civile*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1963, 94 ss.
- TUNC A., *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, in *Mélanges M. Ancel*, Paris, 1975, 407 ss.
- ULFBECK V. - HOLLE M.-L., *Tort Law and Burden of Proof - Comparative Aspects. A Special Case for Enterprise Liability?*, in *European Tort Law*, edited by H. Koziol and B.C. Steininger, Wien, 2008.
- VACCA L., *'Actiones poenales' e 'actiones quibus rem persequimur'*, in *Iura*, XL, 1989, 41 ss.
- VACCA L., *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019.
- VACCA L., *Azioni penali 'ex delicto': pena e reintegrazione patrimoniale*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 201 ss.
- VACCA L., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida, G. Rossetti, Napoli, 2015.
- VALDITARA G., *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013.
- VALDITARA G., *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008.
- VALDITARA G., *Riflessioni sulla pena in età repubblicana*, Torino, 2015.
- VANLEENHOVE C., *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016.
- VANLEENHOVE C., *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, Cambridge, 2016.
- VASSALLI F., *Estratuttualità del diritto civile* in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 755 ss.
- VECCHIARUTTI A., *Le 'astreintes' sono compatibili con l'ordine pubblico italiano. E i 'punitive damages'?* in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899 ss.
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.
- VENTURINI C., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996;
- VETTORI G., *Regole e principi. Un decalogo*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, Milano, 2016, 317 ss.

- VIARO S., *Hybris, 'iniuria' e 'contumelia'*, in YBPIS. *Atti del Convegno Internazionale (Verona, 5-6 giugno 2017)*, a cura di C. Pelloso e P. Cobetto Ghiggia, in *Rivista di diritto ellenico*, IX-2019, 189 ss.
- VINEY G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, Paris, 1982.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*⁵, Padova, 2005.
- VISSCHER L., *The Law and Economics of Punitive Damages*, in *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?* edited by L. Meurkens and E. Nordin, Cambridge, 2012.
- VISSCHER L.T., *Economic Analysis of Punitive Damages*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, edited by H. Koziol and V. Wilcox, Wien, 2009.
- VOCI P., *Azioni penali e azioni miste*, in ID., *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007.
- VÖLKL A., *Die Verfolgung der Körperverletzung in frühes römisches Recht*, Wien - Köln - Graz, 1984.
- VOLPATO A., *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non può ritenersi sussistente 'in re ipsa'*, in *Danno resp.*, 2019, 765 ss.
- VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977.
- VON BAHR C., *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996.
- VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Vermischte Schriften, Leipzig, 1879.
- VON LISTZ F., *Deliktsobligationem*, Berlin, 1898.
- VON SAVIGNY C., *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1893.
- VON SAVIGNY C., *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin, 1841.
- WAGNER G., *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, in *ZeUP*, 2000, 200 ss.
- WAGNER M., *BGB § 823*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2020.
- WATSON A., *Personal injuries in the XII Tables*, in *RDH*, XLIII, 1975, 213 ss.
- WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1962.
- WEGEN G.- SHERER J., *Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages*, in *International Legal Materials*, 1993, 32.
- WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. it. di Riccardo Orestano, Milano, 1939.
- WESTRUP C.W., *Introduction to Early Roman Law*, IV, *Sources and Methods*, Copenhagen, 1950. HUMBERT M., *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005.

- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, II, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1904.
- WITHMAN J.Q., *At the Origins of Law and the State: Supervision of Violence, Mutilation of Bodies, or Setting of Prices?*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 41, 1995-1996, 41 ss.
- WOLF J.G., *Lo stigma dell'ignominia*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri Pavia, 2010, 491 ss.
- YARON R., *Semitic Elements in Early Rome*, in *Daube 'Noster'. Essays in Legal History for David Daube* edited by A. Watson, London, 1974.
- ZACCARIA G., *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 744 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZENO ZENCOVICH V., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, I, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 40 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a "punitive damages"*, in *judicium.it*, 11 luglio 2016.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Danni non patrimoniali ed inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 116 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, 77 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989.
- ZHAI Y. - PORCELLI S., *European Legal Models and Asia: Novelties from the General Part, towards a Civil Code for the People's Republic of China*, in *Contr. impr./Europa*, 2018, 115 ss.
- ZILIOFFO P., *Funzione consolatoria e funzione afflittiva delle tutele contro il danno non patrimoniale: le origini di una polivalenza*, in *Diritto@Storia*, 2017.
- ZILIOFFO P., *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012.
- ZIMMERMANN R., *'Usus hodiernus Pandectarum'*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991.
- ZIMMERMANN R., *The law of obligations*, Oxford, 1996.
- ZIVIZ P., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 1994, 84 ss.
- ZIVIZ P., *I "nuovi danni" secondo la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1177 ss.
- ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale*, in *La responsabilità civile. Responsabilità extracontrattuale*, VIII, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 1998.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp civ. prev.*, 2009, 89 ss.

ZIVIZ P., *Osservazioni sulla proposta di riforma del danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto maceratese*, 21 gennaio 2017.

ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

ZOPPINI A., *Una tappa che ridefinisce i confini del danno*, in *Ilsole24ore.com*, 6 luglio 2017.

ZWEIG S., *Die Welt von Gestern*⁵, trad. it. di L. Mazzucchetti, Milano, 1954.