

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

89

SARA LANDINI

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ



IL PROBLEMA

Sommario: 1. L'oggetto dell'indagine. — 2. Il rinnovarsi di un vecchio problema. — 3. Metodo e problema. — 4. Responsabilità civile e penale a confronto. — 5. Il richiamo ad un'idea unitaria di torto.

1. L'oggetto dell'indagine.

Gli Autori, che nel tempo si sono dedicati allo studio del possibile relazionarsi del contratto di assicurazione col sistema della responsabilità, hanno sempre specificato, sin dal titolo delle loro opere, che il campo dell'indagine era limitato alla sola responsabilità civile.

Così è stato per quella che possiamo indicare come la prima monografia italiana dedicata al tema, appunto intitolata « *L'assicurazione della responsabilità civile* » (1), scritta da Camillo Vitarbo.

(1) C. Vitarbo, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936.

Camillo Vitarbo (1900-1948) è un giurista che ci piace ricordare proprio perché, a nostro parere, a torto, sin troppo dimenticato. La sua poca notorietà, infatti, non è da attribuirsi ad uno scarso valore scientifico delle sue opere, ma ad un destino infelice. Come ci ricorda Mario Rotoroli nel necrologio di *Camillo Vitarbo*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 461, questi è stato sostanzialmente un autodidatta che, solo dopo alcuni anni dalla laurea, ha trovato due guide spirituali in Angelo Staffa prima e in Tullio Ascarelli poi. Dopo l'assistente e la libera docenza nella Regia Università di Milano, nel 1937 è straordinario di diritto commerciale nell'Università di Cagliari. Nel 1938 è dispensato dal servizio in applicazione delle leggi razziali promulgate dal governo italiano. Emigrerà in America latina dove troverà l'accoglienza del professor Waldemar Ferreira al quale era stato presentato da Cesare Vivante in una lettera con cui l'anziano professore afferma la propria stima per l'operato scientifico di Vitarbo con una frase tanto lapidaria quanto efficace « *conozco sus trabajos y lo aprecio mucho* ».

In America latina insegnerà nelle Università di San Paolo in Brasile e di Cordoba in Argentina collaborando a varie riviste e in particolare alla *Revista de Derecho Procesual* di Buenos Aires. Dopo la fine del regime fascista torna in Italia. Nel 1947 è chiamato come ordinario di diritto commerciale nell'Università di Modena. Nel 1948 muore.

terbo negli anni '30 del secolo passato con una versatilità e una particolare capacità di muoversi tra il diritto commerciale e il diritto civile al di sopra dei luoghi comuni della dottrina del suo tempo, doti indubbiamente necessarie per affrontare l'arduo compito di dare lettura di un fenomeno che aveva da poco ottenuto pieno riconoscimento da parte del nostro legislatore in alcune leggi speciali e che sino alla fine dell'800 aveva trovato l'opposizione di dottrina e giurisprudenza, in particolare della scienza giuridica d'oltralpe (2).

Così è stato anche per una delle ultime opere monografiche dedicate al tema intitolata « *Responsabilità civile e assicurazione* » (3), in cui è evidenziato il legame quasi simbiotico che nel tempo si è venuto a creare tra assicurazione e responsabilità civile.

La scelta di adottare un titolo: « *Assicurazione e responsabilità* », che, pur riecheggiando quelli di passate monografie sul-

Nella sua breve e travagliata vita terrena ha comunque avuto modo di lasciare preziosi contributi preferendo, come oggetti del proprio studio, quei « campi... dove non è stato ancora approfondito l'aratro, e spesso non sono quelli sui quali passano meno frequenti le vie della pratica », come lui stesso afferma nella prefazione de *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit. p. 7. Con questo spirito affronta il tema dell'assicurazione della responsabilità civile dando vita a un'opera il cui valore scientifico troverà riconoscimento nelle recensioni di F. CANNICUCCI, in *Rev. dir. proc.*, 1936, p. 326 e di V. SALANDEA, in *Assic.*, 1937, p. 218 ss.

Viterbo non è comunque il primo ad occuparsi del tema. Già C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, Milano, 1885, p. 261 ss., dopo aver riconosciuto l'assicurabilità della responsabilità civile nei limiti del dolo e della colpa grave, dedica parte del volume sulle assicurazioni terrestri proprio ai contratti di assicurazione della responsabilità civile. Si tratta, però, di una trattazione non monografica in cui manca, anche per la novità del fenomeno, quella più completa analisi sistematica che sarà realizzata cinquant'anni dopo da Camillo Viterbo.

Ancora in Germania si può ricordare il fondamentale contributo sul tema di J. GARBE, *Die Haftpflichtversicherung und ihre Zukunfts*, in *Jährings Jahrb.*, 60 (1910), p. 1 ss.

(2) F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil der heutigen römischen Rechts*, vol. II, 1853, Berlin, pp. 295-296.

(3) A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993. Prima ancora si può ricordare la monografia di A. DURANTE *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964, con prefazione di Guido Gentile.

l'argomento, si distinguesse da questi per la mancanza di un aggettivo: « civile » (4), è dettata dal tentativo di sottolineare, appunto sin dal titolo, la particolarità dell'oggetto del presente studio che non è costituito, o almeno non solo, dall'assicurazione della responsabilità civile, fenomeno giuridico su cui esiste già un'ampia e sapiente elaborazione da parte della dottrina italiana, ma più in generale dall'assicurabilità delle perdite che rappresentano la sanzione contro il responsabile di un torto.

2. Il rinnovarsi di un vecchio problema.

Il problema del possibile relazionarsi in positivo o in negativo di assicurazione e responsabilità sembrava in realtà definitivamente risolto nella partizione tra responsabilità penale e responsabilità civile a sua volta ordinata sulla base della dicotomia pena e risarcimento (5).

La responsabilità civile sarebbe assicurabile, nei limiti dell'atto colposo, in quanto si tratterebbe di un sistema di tutela contro gli illeciti finalizzato alla compensazione del pregiudizio patito dalla vittima; in tale logica il contratto di assicurazione

(4) Dobbiamo segnalare l'esistenza di un volume intitolato *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 1977. Il sottotitolo dell'opera: *Esercizio di attività pericolose — rischi nucleari — inquinamento*, mette, però, subito in luce la distanza di questa opera dal nostro lavoro. Si tratta infatti di un volume che raccoglie gli atti di una tavola rotonda tenutasi l'11 novembre 1976 avente ad oggetto appunto « L'assicurazione rischi nucleari ».

Riteniamo opportuna la menzione di questo libro anche per una ragione diversa dal titolo. L'obiettivo della suddetta tavola rotonda era quello di analizzare il problema della responsabilità da attività pericolose ed in particolare da rischi nucleari, nella sua globalità, tenuto conto non solo degli aspetti civilistici del problema. Le relazioni ivi raccolte, infatti, non sono solo di privatisti, ma anche di penalisti come Ugo Minnacci il quale sottolinea come meccanismi di socializzazione del rischio, attraverso l'individuazione di taluni soggetti sui quali grava una presunzione di colpa e un obbligo di assicurazione, non devono portare a « distruggere il fondamento morale della responsabilità » (p. 132), della responsabilità in generale senza alcuna distinzione ulteriore sulla natura civile o penale della stessa.

(5) La distinzione tra assicurabilità della responsabilità civile e inassicurabilità della responsabilità penale era già presente in C. VITERO, *op. cit.*, pp. 88-89.

della responsabilità civile, non solo sarebbe lecito, ma si porrebbe addirittura come necessario complemento della funzione propria della tutela risarcitoria in quanto strumento di garanzia del ristoro del pregiudizio patito dal terzo.

La responsabilità penale, invece, risulterebbe in generale inassicurabile in quanto ordinata non a compensare la perdita subita dalla vittima ma a colpire l'azione antigiuridica del reo attraverso l'irrogazione di una pena.

L'assicurazione della responsabilità penale risulterebbe, allora, contraria a quei principi di ordine pubblico propri del sistema sanzionatorio punitivo come la effettività e la personalità della pena, nei quali trova espressione la stessa potestà sanzionatoria dello Stato. Il contratto di assicurazione, in tal caso, infatti, non solo opererebbe una spersonalizzazione della pena attraverso il trasferimento del rischio di una sua irrogazione su un terzo, l'assicuratore, ma importerebbe altresì uno svilimento dell'efficacia della sanzione punitiva visto che l'impresa assicuratrice assumerebbe il relativo rischio a costo parziale attraverso una sua redistribuzione all'interno della comunione degli assicurati.

Una simile soluzione risulta ferma ed inattuabile se si mantengono immutate le categorie concettuali su cui la stessa si fonda ovvero l'idea di pena e l'idea di risarcimento.

Attualmente sembra, invece, osservabile, nelle nuove tendenze del legislatore e degli interpreti, una vera e propria crisi di tali concetti.

Dal lato della responsabilità civile abbiamo un ampliamento della tutela risarcitoria rispetto a illeciti i quali hanno ad oggetto lesioni di interessi che difficilmente troveranno materializzazione in perdite compensabili per utilità equivalenti e quindi risarcibili in senso stretto.

La responsabilità civile viene disancorata da quella logica proprietaria che faceva della stessa lo strumento di tutela del patrimonio del soggetto e si presenta sempre più come strumento di tutela del soggetto stesso; questo importa una rivisitazione del

concetto di danno risarcibile: non più pregiudizio economico consistente in un depauperamento, ma detrimimento che si produce nella sfera del singolo privato intesa in senso ampio ovvero non limitata al solo avere ma anche al suo essere persona per il diritto (6).

Si procede così nel segno di una depatrimonializzazione della responsabilità civile che rimette in discussione l'eccezionalità della riparazione del danno morale ed accresce il potere equitativo del giudice nello stabilire l'entità del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria.

Questi, infatti, nella determinazione del danno non troverà un parametro di valutazione nell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale per il quale è immediata l'individuazione dell'utilità equivalente che possa compensarlo, ma dovrà quantificare danni non patrimoniali o addirittura danni che mancano di una consistenza sul piano materiale e che sono considerati esistenti *in re ipsa* in virtù della sola lesione della situazione giuridicamente rilevante.

In tale dimensione il paradigma risarcitorio incontra nell'equità del giudice la propria unità di misura e il danno, concetto a partire dal quale la dottrina segna i confini tra tutela riparatrice e tutela punitiva (7), diviene sempre più un elemento evanescente nel sistema di responsabilità civile.

(6) Si è trattato di un'evoluzione lenta, i cui esiti sono divenuti più compiutamente tangibili nell'ultimo decennio, sebbene il segno del cambiamento fosse già stato colto negli anni '60 da G. GENITTE, *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 635 il quale affermava che la vita « è il supremo dei beni perché è il presupposto degli altri ». Si sono così progressivamente superate le resistenze a risarcire il danno alla salute come valore in sé e non come evento da cui possono derivare ulteriori conseguenze patrimoniali. In quest'ultimo senso, infatti, l'integrità fisica risultava risarcibile anche in precedenza. Si pensi al famoso esempio del calcolato di M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, Lugano, 1840, p. 167, il quale osservava come « un calcolato eseguisse due scarpe ed un quarto al giorno: voi avete indebolito la sua mano in modo che non riesce più a fare due scarpe; voi gli dovette il valore della fattura di una scarpa e un quarto moltiplicata pel numero di giorni che gli restano di vita meno i giorni festivi ».

(7) V. *infra* parte I, cap. 1, § 4.3.

Si assiste ad un progressivo ampliamento dell'entità delle obbligazioni risarcitorie che finisce per mettere in discussione la loro natura compensatoria dal momento che l'entità del risarcimento viene ad essere commisurata non tanto in relazione al pregiudizio patito dal lesso, bensì in relazione alla gravità dell'offesa.

Da qui le perplessità sollevate da alcuni nell'osservare come la tutela civile contro gli illeciti non si muova più soltanto in una logica compensatoria, ma in una logica più propriamente punitiva (8).

La progressiva dilatazione della sfera del danno risarcibile anche a condizioni pregiudizievoli, che non sembrano poter trovare compensazione per utilità equivalenti, finisce così per evocare l'idea di pena privata.

Simili riflessioni si inseriscono peraltro nella più ampia problematica della natura della riparazione del danno morale considerata da sempre una sorta di appendice della sanzione punitiva, uno strumento teso a rafforzare l'efficacia repressiva di questa.

Osservazioni speculari possono essere compiute con riferimento alla responsabilità penale ove è dato rilevare una crisi della pena in quella ricerca di tecniche di tutela alternative che è sintomo della presa di coscienza della necessità di ridurre la responsabilità penale entro i confini della eccezionalità secondo un'idea di frammentarietà della stessa quale sistema di tutela contro gli illeciti operante solo in quegli ambiti in cui l'azione punitiva dell'ordinamento risulti indispensabile ed efficace.

Intendiamo riferirci al processo di depenalizzazione in atto il quale, dopo aver impiegato le sanzioni amministrative come alternativa alla sanzione penale, adesso sta volgendo la propria attenzione proprio al risarcimento del danno civile.

Come da taluni osservato, infatti, si tratterebbe di un istituto

(8) In tal senso ci pare leggibile il monito di G. PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 841 ss.

ben più duttile della pena perché non legato ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo quali il principio di legalità, quello di personalità e quello di effettività (9).

Si rileva, inoltre, come l'auipicità che governa il sistema degli illeciti civili permetterebbe di coprire in maniera più lata e completa la multifonmità dell'agire antigiuridico.

Peraltro le tecniche di tutela civile contro gli illeciti, in quanto inserite nel sistema di diritto privato, lascerebbero un più ampio margine di azione all'autonomia dei privati. Si potrebbero così soddisfare istanze di conciliazione tra vittima e reo, nonché finalità più latamente retributive anziché repressive aprendo ad una valorizzazione della posizione della vittima del reato.

La tutela civile contro gli illeciti si presenterebbe, pertanto, come perfetta alternativa alla pena con particolare riguardo a quei reati che finiscono per colpire principalmente il microcosmo degli interessi degli individui ovvero quei reati in cui le istanze di conciliazione tra vittima e reo nonché l'interesse per il ristoro del pregiudizio patito dalla prima risultano prevalenti rispetto alle finalità repressivo-punitive.

In questo senso sembra del resto orientata la scelta compiuta dal legislatore nella normativa in punto di reati di competenza del giudice di pace penale ove il risarcimento o la riparazione delle conseguenze dell'illecito sono causa di estinzione del reato.

Sempre nel segno di una rivalutazione delle istanze retributive nel sistema della responsabilità pare inoltre possibile leggere anche quella che può, forse, definirsi una riscoperta dell'anima compensatoria delle sanzioni amministrative da tempo impiegate dal legislatore come strumento attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione.

Volendo riassumere il quadro d'insieme sinora tracciato si può concludere che, se nella crisi del risarcimento i civilisti

(9) Cfr. BRACORA F., *La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 71 ss. ora in *Le pene private*, a cura di F. D. BUSNELLI-G. SCALFÌ, Milano, 1985, p. 27 ss.

vedono nella pena la categoria concettuale attraverso cui qualificare a fini sistematici i fenomeni nuovi della responsabilità civile, che non paiono più rispondere ad una logica strettamente compensatoria, nella crisi della pena i penalisti vedono nel risarcimento del danno uno dei possibili canali attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione in una logica di frammentarietà ed eccezionalità della pena.

Questo vuol dire, però, mettere in discussione la partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale ordinata secondo le tecniche di tutela contro gli illeciti nei due differenti sistemi: misure compensatorie per gli illeciti civili e misure punitive per gli illeciti penali (10).

Si tratta di uno stravolgimento di un ordine sistematico, ormai consolidatosi, che non riguarda solo il piano teorico ma che ha anche immediate ripercussioni su quello più strettamente pratico-applicativo sotto il profilo del possibile relazionarsi di responsabilità e assicurazione.

Calare l'idea di pena all'interno della responsabilità civile vuol dire richiamare nel sistema di diritto privato quell'insieme di principi e di regole di matrice pubblicistica propri del sistema sanzionatorio punitivo, a meno di non voler adottare il termine pena come mero simulacro nominale.

Parlare di pena privata come risposta contro gli illeciti civili significa, quindi, mettere in discussione l'operatività di quegli istituti privatistici propri della responsabilità civile, primo tra tutti il contratto di assicurazione, che risultano in contrasto con le suddette regole e principi.

Pare allora possibile ripetere, con riferimento alle pene private, le argomentazioni degli interpreti sull'inassicurabilità delle pene pubbliche: il contratto che garantisca il privato dal rischio di irrogazione di sanzioni punitive risulterebbe illecito e quindi nullo in quanto contrario ai principi di personalità ed effettività

della pena propri del sistema sanzionatorio punitivo riconducibili alla clausola generale di ordine pubblico.

Del resto a tali conclusioni giungeva uno degli Autori, che per primi si sono occupati del tema delle pene private, il quale, in ordine alla loro conciliabilità con il meccanismo assicurativo, osservava come il contratto di assicurazione che preveda l'estensione della copertura assicurativa anche a sanzioni punitive civili è illecito in quanto contrario allo « *Strafzweck* » cui sono ordinate anche le « *Privatstrafen* » (11).

Come la crisi dell'idea di risarcimento e l'emersione dell'idea di pena nella responsabilità civile finiscono per rendere problematica la generale assicurabilità della stessa, analogamente la crisi del concetto di pena e la rivalutazione di istanze compensatorie nel sistema di tutela contro i reati finisce per riaprire il problema dell'assicurabilità della responsabilità penale.

Se, infatti, si ammette che tecniche di tutela propriamente compensatorie vadano acquistando una piena rilevanza nel sistema penale di tutela contro gli illeciti, forse i tempi sono maturi per ripensare alla possibile operatività del meccanismo assicurativo in tale ambito.

La necessità di compiere una nuova indagine su un vecchio problema trova pertanto giustificazione nei termini in cui questo viene a riproporsi all'attenzione dei giuristi mettendo in discussione le passate soluzioni.

Si tratta allora di guardare ai nuovi fenomeni liberandosi dei luoghi comuni ai quali per inerzia si può esser tentati di far ricorso perdendo così di vista gli evidenti segni di discontinuità tra presente e passato (12).

(11) Così B. GROSSEFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Berlin, 1961, pp. 114-115.

(12) La nostra frase volutamente richiama un passo dell'articolo di SALV. ROMANO, *Il trasporto di cortesia*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 495 ora in *Scritti minori*, t. II, Milano, 1980, p. 898: « Si tratta di agitare le acque stagnanti al cui fondo sedimentano per forza di peso, i più riponanti e inerti luoghi comuni di cui seguiva ad alimentarsi la dottrina dell'atto illecito ».

(10) Cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 19 ss.

3. *Metodo e problema.*

Non intendiamo in questa sede anticipare le conclusioni che svilupperemo nel prosieguo del discorso, ma solo chiarire alcune scelte compiute con riferimento alla struttura dell'opera indicando quali sono stati il metodo e la prospettiva seguiti nell'indagine.

Il doversi confrontare con un problema del passato, che aveva da tempo trovato una soluzione condivisa dagli interpreti, la quale attualmente risulta suscettibile di essere rimessa in discussione, ci ha portato ad articolare il momento dell'analisi in due fasi: l'una guarda al problema per come lo stesso si è posto ed ha trovato nel tempo una soluzione che ad oggi può dirsi consolidata e consacrata nei testi di legge; l'altra, invece, guarda al problema nel suo divenire, nel suo riproporsi tenendo conto che alcuni dei dati, dai quali pare emergere la necessità di rimediare alla passata soluzione, appartengono ad una realtà ancora in evoluzione.

Sotto il primo profilo, i termini della questione sono stati colti in una prospettiva sistematica e descritti attraverso l'impiego delle categorie dogmatiche civilistiche nel tentativo di comprendere il fenomeno del contratto di assicurazione nella sua dimensione più propriamente giuridica consapevoli del duplice rischio che insidia l'interprete del diritto: da un lato il pericolo di rarefarsi in un cieco purismo e, dall'altro, quello di dare rilevanza ad aspetti che non emergono a livello del giuridicamente rilevante.

Una simile indagine ricostruttiva non risultava, però, ancora sufficiente, nella nostra ottica, a cogliere le ragioni sulle quali si fonda la risposta all'interrogativo sulla ammissibilità di una copertura assicurativa per il rischio di sanzione.

Ponendosi, infatti, nella prospettiva di dover individuare una nuova soluzione, tenuto conto dei termini in cui il problema viene a riproporsi, è necessario ripercorrere la strada seguita per giungere alle passate conclusioni sul punto al fine di compren-

dere quali sono i veri elementi di novità che impongono di ripensare ad una questione che pareva ormai risolta.

Abbiamo pertanto cercato di cogliere l'evoluzione delle linee interpretative che hanno determinato il dissolversi delle ragioni su cui era fondata la regola dell'inascurabilità della responsabilità civile e il consolidarsi del dogma dell'inascurabilità della responsabilità penale, secondo una progressione storica che segue la stessa linea opera sistematica che ha portato ad una compiuta partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale.

Sotto il secondo profilo, nell'analisi dei dati dai quali emerge una crisi dei concetti su cui si imperniava la soluzione che contapponeva ad una generale assicurabilità della responsabilità civile un'assoluta inascurabilità di quella penale, abbiamo osservato, da un lato, la necessità di rimediare in chiave critica su tali conclusioni, da un altro, la difficoltà di proporre una risposta alternativa rispetto ad un fenomeno che non ha trovato ancora un punto di stabilità nella sua evoluzione.

L'idea di riproporre il concetto di pena nel sistema della responsabilità civile, così come la individuazione nello strumento risarcitorio di un'autentica alternativa alla pena, rappresentano in realtà — così parrebbe — solo tentativi sperimentali di un nuovo possibile assetto dei confini tra pena e risarcimento. I dati da cui emerge un simile mutamento sono, infatti, rappresentati da norme e da pronunce giurisprudenziali che, nella loro peculiarità, potranno apparire alternativamente: o come casi da marginalizzare all'interno del panorama giuridico o come condizioni che precludono ad un radicale cambiamento dei termini su cui è fondata la partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale. La soluzione del problema relativo all'assicurabilità di una riparazione-pena, ove essa sia concepibile, e di un risarcimento alternativo alla sanzione penale viene pertanto articolata in due momenti: uno che tiene conto della situazione presente e l'altro che verifica i pericoli e i risultati auspicabili di una simile evoluzione tendenziale.

4. *Responsabilità civile e penale a confronto.*

Si è così giunti ad un confronto tra responsabilità civile e responsabilità penale attraverso un'indagine sugli attuali confini tra pena e risarcimento che muove da un problema particolare quello dell'assicurabilità delle perdite che siano conseguenza della condanna ad una sanzione a carico dell'assicurato (13).

La questione rappresenta un peculiare angolo prospettico da cui osservare la più generale problematica della partizione tra tecniche di tutela compensatorie e tecniche di tutela punitive. Il contratto di assicurazione, infatti, risulta essere un utile complemento rispetto alle prime e un meccanismo elusivo dei principi cui sono improntate le seconde.

Rispondere all'interrogativo sull'assicurabilità delle sanzioni nell'attuale sistema di tutela contro i torti, vuol, quindi, dire ripensare ai principi cui ciascun rimedio è ispirato al fine di compiere una valutazione sulla liceità della relativa copertura assicurativa.

Si noterà che le considerazioni sin qui svolte muovono sullo sfondo di un bipolarismo: responsabilità civile e responsabilità penale e di un possibile, e forse anche necessario, dialogo tra civilisti e penalisti. In realtà vi è un terzo sistema di responsabilità, quella amministrativa, e del resto una parte del nostro studio è dedicata proprio all'assicurabilità delle sanzioni amministrative. Il fatto che nell'ambito della struttura della presente monografia questo tema sia inglobato nella generale problematica della crisi del concetto di pena e che tendenzialmente si finisca per obli-
terare la natura triadica della responsabilità, trova una giustificazione nel modo in cui si è evoluto il sistema delle sanzioni ammi-

(13) Di recente vi è stato chi ha visto nel tema relativo ai rapporti tra responsabilità penale e civile un nuovo ambito del diritto comparato. Vedi E. GRANDE, *At congni della responsabilità (Prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 857 ss. Si potrebbe in vero discutere sulla possibilità di considerare tali sistemi come oggetto di un'indagine comparatistica in senso stretto e non piuttosto di una visione unitaria che li concepisca come complementi di un unico sistema, quello della tutela contro i torti.

nistrative in dipendenza del processo di depenalizzazione, iniziato con la legge del 1981, che ha finito per ridurre le distanze tra sanzione penale e sanzione amministrativa in senso stretto (14). Al riguardo peraltro si può osservare come queste ultime, dopo la riforma del 1981, siano state prevalentemente oggetto di studio da parte dei penalisti piuttosto che degli amministrativisti, quasi che il tema non fosse più da considerarsi (ma è poi vero?) parte del diritto amministrativo.

5. *Il richiamo ad un'idea unitaria di torto.*

Dal sincronismo che sembra guidare l'emersione di nuovi fenomeni nel sistema di responsabilità civile e nel sistema di responsabilità penale, risulta la necessità di guardare ai problemi, che si presentano in punto di assicurazione della responsabilità, in una chiave di lettura unitaria (15), che valga a svelare i rischi e i pregiudizi che gli stessi pongono all'interprete del diritto.

Non possiamo nascondere che una simile impostazione metodologica importi un certo imbarazzo per il civilista il quale si trova a doversi confrontare con il diritto penale.

(14) V. *amplicius infra* parte III, capitolo III, § 1.

(15) Si viene così, in un certo senso, a superare la stessa partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale recuperando l'idea generale di torto sapientemente elaborata dalla ingegneria di Giacomo Venezian nel suo *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884-1886), in *Opere*, vol. I, Roma, 1919, in particolare p. 59 ove l'A. osserva come « la distinzione di responsabilità civile e di responsabilità penale (sia) un'espressione mesata, di cui non si può sempre fare a meno, nell'improprietà del linguaggio giuridico tradizionale. La responsabilità è unica ».

La versatilità con cui Venezian si addentra nello studio dei rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale è ben comprensibile se si tiene conto della sua « giovanile familiarità in Bologna con Enrico Ferri » (l'espressioni tra virgolette sono di P. Grossi, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 37. Quest'ultimo in una sua precedente opera: *La scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1970*, Milano, 2000, p. 48, riconosce in Venezian addirittura un « allievo spirituale di Enrico Ferri »).

La collaborazione e lo scambio di idee tra il civilista Venezian e il penalista Ferri è peraltro documentata da quest'ultimo il quale nei suoi *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 580 ricorda che il primo congresso internazionale di antropologia criminale tenutosi in Roma nel 1885 votò l'ordine del giorno appunto firmato da Ferri-Fiorotti-Venezian.

È l'annosa questione che si pone innanzi a chiunque affronti un tema di confine: da un lato l'infatuazione per un argomento di studio che lo conduce a compiere ricerche al di fuori della materia di sua specifica competenza, dall'altro la consapevolezza di muoversi in territorio straniero, condizione questa che affliggeva del resto anche un grande Maestro come Francesco Carnelutti il quale nella prefazione al suo « *Il danno e il reato* » faceva affidamento sulla « ospitale indulgenza dei... padroni di casa, i quali vorranno perdonare al forestiero le inevitabili manchevolezze nella conoscenza del loro paese; e forse, da persone savie, troveranno non senza interesse il suo punto di vista. Non posso invece sperare che a loro accada come talvolta ai cittadini di questa mia divina città, quando si sentono mostrare da un visitatore appassionato qualche sua intima bellezza, che quelli, per averla sottomano, non s'erano curati di ammirare » (16).

In ragione di tali considerazioni abbiamo tentato, allora, di liminare, per quanto era possibile, la nostra intromissione nel campo del diritto penale senza con ciò rinunciare all'occasione di diffonderci sul tema dell'operatività del meccanismo assicurativo nel sistema della responsabilità penale.

Così nella parte del nostro lavoro dedicata alla individuazione dei confini del rischio assicurabile nel processo di depenalizzazione non abbiamo cercato, noi civilisti, di trovare soluzioni ai problemi, tipicamente penalistici, di qualificazione dei nuovi fenomeni emergenti nel diritto penale, ma abbiamo verificato quali questioni pongano nel diritto civile le nuove istanze compensatorie del diritto penale e come le soluzioni, che il civilista può avanzare, importino a loro volta nuovi interrogativi per i penalisti.

Speriamo così di aver, almeno, aperto una finestra di dialogo, che è poi forse l'unica via percorribile per affrontare un tema di confine.

PARTE I

RISCHIO ASSICURABILE E RESPONSABILITÀ

(16) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 7-8.

L'IDEA DI RISCHIO ASSICURABILE

CAPITOLO I

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Il rischio nel contratto di assicurazione. — 2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche. — 2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione. — 3. Rischio assicurato e rischio assicurabile. — 4. Il rischio assicurabile in senso giuridico. — 4.1. Il giudizio di liceità. — 4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità.

1. Considerazioni introduttive.

L'aver colto il tema del possibile relazionarsi di assicurazione e responsabilità sotto il peculiare profilo della assicurabilità traducendolo in una questione di individuazione dei limiti entro cui può dirsi conforme al nostro ordinamento la copertura del rischio delle conseguenze sanzionatorie degli atti illeciti, trova, nell'ottica del civilista, la propria premessa nella riconduzione dei termini del problema entro le categorie concettuali proprie della teoria generale del negozio giuridico.

La specialità della disciplina del contratto di assicurazione, infatti, non deve far dimenticare la natura contrattuale del fenomeno e la necessità di articolare sulla base delle categorie dogmatiche civilistiche la soluzione agli interrogativi giuridici che su esso si pongono.

Se è, infatti, vero che il contratto di assicurazione opera nel mercato attraverso un meccanismo di assunzione di rischi a costo parziale attuato secondo un processo di ripartizione degli stessi all'interno di una comunione di assicurati secondo tecniche gestionali proprie dell'impresa assicuratrice, pare difficile indivi-

duare un nesso di necessaria interdipendenza tra i dati economici della gestione del rischio e i profili giuridici del contratto (1).

Il nostro discorso non può, quindi, che muovere da problemi di inquadramento dell'idea di rischio all'interno dei concetti di oggetto o di causa e dalla determinazione delle norme concrete di applicazione sulle quali si fonda il giudizio di liceità volto a segnare i limiti entro i quali le perdite, che siano costituite dalle sanzioni di atti illeciti, possano essere oggetto di una garanzia assicurativa.

2. Il rischio nel contratto di assicurazione.

I fenomeni giuridici vivono una realtà bidimensionale costituita da un essere e da un dover essere.

L'essere inteso come emersione del dato reale nel mondo del diritto è legato alla rispondenza del dato stesso ai valori cui è improntata la realtà giuridica, è legato al suo dover essere secondo il diritto.

La mancata coincidenza tra essere e dover essere determina, infatti, un rifiuto dell'ordinamento per quel fenomeno che sarà rilevante ma in senso negativo, emergerà nel campo del giuridico ma solo in quanto privo di valore e di effetti.

In senso analogo il dover essere di un dato fenomeno trova la sua naturale premessa nella rilevanza giuridica dello stesso in quanto quelle date condizioni di validità ed efficacia sono relative in via esclusiva al particolare modo di porsi di questo nel diritto.

Così nel definire i fenomeni giuridici non ci si può fermare all'individuazione della rilevanza giuridica degli stessi ma occorre anche indagare in ordine alle condizioni che il diritto pone per la loro validità e efficacia e viceversa.

Analoghe considerazioni valgono per il rischio come ele-

mento essenziale del contratto di assicurazione per cui ogni considerazione sul rischio assicurabile risulterà vuota di contenuti se non sarà preceduta dalla soluzione della problematica relativa all'individuazione della sostanza concettuale che trova espressione appunto in tale termine.

Al riguardo il legislatore, dopo aver rinunciato a provvedere ad una definizione legislativa del rischio nel contratto di assicurazione, non ha mancato di sottolineare la centralità dello stesso nell'operazione assicurativa: l'art. 1895 sancisce la nullità del contratto di assicurazione per assenza del rischio e negli articoli successivi sono puntualmente disciplinate le conseguenze della cessazione, diminuzione o aggravamento del rischio.

È del resto la considerazione di tali dati normativi che ha indotto un autorevole dottrina a considerare il rischio « il presupposto fondamentale del contratto » di assicurazione (2).

Volendo così individuare una definizione di rischio, pare ancora dominante, nonostante qualche recente perplessità (3), la

(2) G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, vol. XXXVI, t. 1, Milano, 1973, p. 65; Id., *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, in *Astic*, 1944, I, p. 50 ss.

(3) Recentemente la dottrina si è andata interrogando sulla definizione di rischio come possibilità oggettiva dell'evento assicurato, dal momento che con essa non sembra esservi spazio né per l'assicurazione del rischio putativo né per l'assicurazione retroattiva. Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 65 ss.

Il rischio putativo sarebbe determinato dalla natura meramente soggettiva dell'incertezza dell'evento assicurato ed in ciò si distinguerebbe dalla assicurazione retroattiva che sarebbe rappresentata da un meccanismo volto a far retroagire gli effetti del contratto ad un momento anteriore alla conclusione dello stesso.

In entrambi i casi l'evento assicurato non è connotato, nel suo realizzarsi, da una possibilità in senso oggettivo dal momento che, nell'ipotesi del rischio putativo, l'incertezza dell'accadimento è solo soggettiva, mentre nell'assicurazione retroattiva l'incertezza viene meno in modo assoluto.

In particolare il problema è stato avvertito con riferimento ad altri ordinamenti, che riconoscono tali forme di assicurazione e avuto riguardo ai c.d. nuovi danni. V. *amplicius infra* parte II capitolo 1 nota n. 147.

La sopracitata Autrice ha ritenuto ammissibile anche l'assicurazione retroattiva e l'assicurazione del rischio putativo partendo dall'idea che « la specifica funzione del

(1) Sui rapporti tra contratto di assicurazione e impresa assicuratrice e sulla possibile interazione tra rischio in senso giuridico e rischio in senso economico-statistico v. *amplicius infra* p. 19 nota 3 e § 4.

tesi che vede nello stesso la possibilità oggettiva del determinarsi dell'evento garantito (4).

rischio nel contratto di assicurazione (sia) quella di consentire la soddisfazione di bisogni a costo parziale».

Seguendo tale logica sia la copertura retroattiva che quella del rischio purativo non potrebbero ritenersi contrarie alla funzione del contratto di assicurazione in quanto l'assicurato realizzerebbe comunque il suo interesse all'indennizzo a costo parziale senza che ciò abbia alcuna influenza sull'economia dell'operazione assicurativa dal momento che l'assicuratore calcolerebbe il premio sulla base della sinistrosità media, sulla quale, appunto, non incide il momento di produzione dei sinistri ma la loro frequenza statistica nel periodo assicurativo considerato.

Tale ricostruzione è fondata sulla inevitabile premessa che il contratto di assicurazione non abbia natura aleatoria e che la prestazione dell'assicuratore non sia un mero obbligo di *dare* ma comporti un vero e proprio obbligo di *facere* consistente in un'opera di gestione e di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati. Se si parte dall'assunto che la prestazione dell'assicuratore consiste in una gestione del rischio tale da attribuire all'assicurato solo una parte del rischio e da eliminare le conseguenze economiche per l'assicuratore, allora non vi è dubbio che il contratto di assicurazione non possa essere un contratto aleatorio. Tale tesi trova il suo fondamento nell'idea che le singole operazioni « non vanno considerate isolatamente, ma in una serie continuata di simili affari. Ognuna di esse porta con sé l'alea del sinistro, ma l'alea si elide per reciproca influenza quando i rischi si considerano nel loro equilibrio... (si) pagano i danni concorrenti con i premi concorrenti »: così C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 31 e p. 43. Tale linea ricostruttiva ha trovato un seguito in R. CAPROTTI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, p. 16 ss.; G. VOLPE PURZOLL, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1968, p. 46; Id., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 62 ss.; A. ANTONUCCI, *Assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1994, pp. 1-54.

Contro tale tesi valgono per tutti le critiche del L. FRANCONI, *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, in *Il flangieri*, 1892, I, p. 456-462 e in particolare p. 460, ove si afferma che « la molteplicità dei contratti... è tutta opera e interesse particolare dell'assicuratore... e non entra affatto nella considerazione di ciascun assicurato né prima né dopo la conclusione del contratto ». In senso analogo C. VITERBO, *Il contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 45; T. ASCARELLI, *Perfezione ed efficacia del contratto di assicurazione*, in *Asisc.*, 1938, p. 152 ss.; Id., *Stadi in tema di contratto*, Milano, 1953, p. 343 ss.; A. DEBANTE, *L'alea ed il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 571 ss.; A. DONATI, *Il snallagma nel contratto di assicurazione*, in *Asisc.*, 1950, I, p. 403 ss.; Id., *La causa nel contratto di assicurazione*, in *Asisc.*, 1950, I, p. 228 ss.; Id., *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione*, i principi generali del contratto di assicurazione, vol. II, sez. II, Milano, 1954, p. 41; F. CARESSI, *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Asisc.*, 1960, I, pp. 125-126; A. PIVO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Asisc.*, 236 ss.; L. BUTTARO, *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana*, in *Asisc.*, 1962, I, p. 179 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 48-49.

Esiste allora una relazione circolare tra i due elementi: rischio ed evento. Il rischio varia in funzione dell'evento, dal momento che ogni evento avrà una diversa probabilità di verificarsi. D'altro canto l'evento per essere assicurabile deve essere connotato da un certo grado di incertezza circa la sua verificabilità onde possa sussistere il rischio, in mancanza del quale si avrà la nullità del relativo contratto di assicurazione ex art. 1895 (5).

Si potrebbe pertanto riassumere tale relazione nel senso che il rischio è individuato a seconda dell'evento e l'evento, a sua volta, è individuato in funzione dell'esistenza di un rischio.

L'evento sarà, nel caso dell'assicurazione contro i danni, una particolare quest'ultimo, pur non riconoscendo che la prestazione dell'assicuratore consista anche in una prestazione di garanzia e non nella mera corresponsione dell'indennizzo, continua a considerare il contratto di assicurazione aleatorio perché la prestazione dell'assicuratore è rappresentata anche dalla corresponsione dell'indennizzo, ovvero da un'obbligazione condizionata ad un evento futuro ed incerto. In tal senso v. anche A. GAMINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 397 ss.; G. MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979, p. 124 e p. 150 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 85 ss.; Particolare la prospettiva adottata da R. NICCOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1030, il quale, dopo aver collocato il contratto di assicurazione tra i contratti aleatori, precisa che in tale contratto « l'alea si pone come presupposto di fondo del contratto, il quale è invece diretto proprio ad eliminarla nelle sue conseguenze pratiche ».

Merita, infine, rilievo la tesi di G. DI GRANDIOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, pp. 183-188, il quale, osservando la presenza di disposizioni speciali per il contratto di assicurazione sostituite delle norme del nostro codice inapplicabili ai contratti aleatori, conchiude nel senso della funzione puramente speculativa di ogni dissenzione sulla natura aleatoria del contratto di assicurazione.

Si pensi all'art. 1898 disciplinante l'aggravamento e, quindi, nella sostanza volto a surrogare il meccanismo della risoluzione per eccessiva onerosità inapplicabile appunto ai contratti aleatori ex art. 1469.

(4) G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 68.

(5) Sul punto C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 181; G. FANELLI, *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, cit., p. 50 ss.; Id., *Le assicurazioni*, cit. p. 65 ss.; T. ASCARELLI, *Stadi in tema di contratto*, cit., p. 343 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione*, i principi generali del contratto di assicurazione, cit., p. 106 ss.; L. BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 448; S. SORGA, *Considerazioni sulla « descrizione del rischio » nel contratto di assicurazione*, in *Asisc.*, 1969, I, p. 92 ss.; E. SIEDL, *Il contratto di assicurazione*, 2^a ed., Milano, 1990, p. 43; G. SCALFI, *op. cit.*, p. 51; D. CHINDENI, *Note in tema di rischio assicurativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 311 ss.

circostanza lesiva degli interessi dell'assicurato e, come tale, produttiva di un sinistro, inteso come concreto pregiudizio dell'interesse.

Nell'assicurazione sulla vita l'evento sarà, invece, un accadimento attinente alla vita umana. Al riguardo la dottrina parla di « rischio demografico » (6), anche se nelle assicurazioni vita lo stesso viene a combinarsi in varia maniera con il rischio di investimento (7).

Quanto poi all'incertezza dell'evento, essa non si riduce necessariamente ad un'incertezza assoluta, ma potrà essere relativa a singoli aspetti dell'evento stesso. Così nell'assicurazione contro i danni si avrà un'incertezza sia in punto di *an* che di *quantum*,

(6) Il rischio demografico consisterebbe nella « presenza di un rischio attinente alla vita umana »: G. VOLPE PORZOU, *op. cit.*, p. 169.

(7) Occorre precisare che nelle assicurazioni vita « pure » (ovvero quelle in cui le parti pattuiscono la semplice corresponsione di un indennizzo al verificarsi di un dato evento della vita umana), oltre al rischio demografico l'assicuratore assume su di sé un rischio di investimento ovvero il rischio che i risultati finanziari degli investimenti, compiuti con il capitale risultante dai premi versati, siano inferiori agli impegni assunti dall'assicuratore verso i propri assicurati. Le polizze vita « pure » sono state però progressivamente sostituite da polizze indicizzate, in cui le prestazioni vengono rivalutate annualmente sulla base dell'indice ufficiale dell'aumento del costo della vita, e poi da polizze che ancorano la variabilità delle prestazioni di assicurazione e assicuratore non ad un tasso fisso, ma al reddito di una gestione di valori mobiliari non inferiore alla riserva matematica (c.d. polizze rivalutabili), oppure ad un fondo di investimento (c.d. polizze variabili).

In entrambi i casi il rischio di risparmio è parzialmente a carico dell'assicurato, il che non toglie che si tratti di un contratto di assicurazione sulla vita perché sull'assicuratore resta il rischio demografico. Sul punto M. MORLA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, p. 20 ss.; G. VOLPE PORZOU, *op. cit.*, p. 169; A. DONATI-G. VOLPE PORZOU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000, 6^a ed., p. 187 ss.

Maggiori problemi si pongono nel qualificare in termini di assicurazioni sulla vita i contratti di capitalizzazione mediante i quali l'assicuratore si impegna a versare al « contraente » il capitale che risulterà ad una data scadenza e che sarà costituito dal capitale stesso maggiorato degli interessi ad un certo tasso garantito. Sul punto G. VOLPE PORZOU, *Profilo del contratto di capitalizzazione*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 1990, pp. 158-179. Parte della dottrina, infatti, avanza dubbi sulla possibilità di qualificare tale negozio in termini di contratto di assicurazione in quanto verrebbe a mancare il rischio. In tal senso A.D. CANDIAN, *Contratti para-assicurativi*, in *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, pp. 141-145, *Id.*, *Capitalizzazione (contratto di)*, in *Contr. Impr.*, 1992, pp. 457-461.

nell'assicurazione per il caso di morte incerto sarà solo il *quantum*, nell'assicurazione per il caso di sopravvivenza incerto sarà solo l'*an*.

2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche.

Una volta individuato il concetto di rischio nel contratto di assicurazione, per cogliere la dimensione del rischio assicurabile, occorre considerare il suo modo di relazionarsi ai canoni di liceità del contratto in generale, oltre che ai limiti specialmente posti dal legislatore all'assicurabilità, operazione questa che trova la sua necessaria premessa nella collocazione del rischio, come elemento essenziale del contratto di assicurazione, all'interno del sistema di categorie concettuali proprie della teoria generale del negozio giuridico ed in particolare alle categorie della causa e dell'oggetto.

Le posizioni assunte dalla dottrina, al riguardo, possono essere riassunte distinguendo quattro diversi orientamenti. Alcuni Autori hanno ricondotto il rischio alla causa del contratto in quanto, come presupposto dello stesso, finisce per rappresentare il fondamento della funzione di sicurezza sociale assoluta dal contratto di assicurazione (8).

Altri Autori hanno, invece, ricondotto il rischio all'oggetto del contratto, in quanto componente del contenuto contrattuale (9).

(8) Così C. VIVANTI, *op. cit.*, pp. 338-340, il quale osserva come l'assenza di rischio comporterebbe uno snaturamento del contratto che non sarebbe più un contratto di assicurazione.

Considerano inoltre il rischio componente causale del contratto C. VITRANO, *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, V, cc. 146-147; A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *Diritto delle assicurazioni: il contratto di assicurazione*, vol. II, testo liveiduto, integrato ed annotato da A. LA TORRE, Milano, 1987, p. 77; L. BIGLIAZZI GERI-U. BREGCIA-F. D. BUSVELLA-U. NAROLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, vol. I, t. 2, Torino, 1988, p. 702; G.B. PERI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, pp. 208-209.

In giurisprudenza: C. App. Roma 25-11-1992, in *Dir. trasporti*, 1994, 217; Trib. Torino 29-03-1990, in *Assic.*, 1991, II, 2, 137.

(9) Così V. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assic.*, 1939, I, p. 1 ss.; *Id.*, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto a V. Scalofa-G. Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 1815 ss.

Prendono le distanze dalla alternativa causa-oggetto altri due orientamenti ovvero la teoria del rischio come elemento proprio del contratto di assicurazione non riconducibile integralmente ad alcuno dei requisiti essenziali del contratto (10) e la teoria del rischio come componente sia della causa che dell'oggetto del contratto (11).

Sin d'ora ci sia consentito di rilevare l'assenza di una distanza costruttiva tra le suddette teorie, dal momento che la necessità di qualificare il rischio come oggetto o come causa è legata alla possibilità di considerare lo stesso come strumento attraverso cui valutare in termini di liceità il contratto di assicurazione stipulato, fine per cui la qualificazione in termini di causa o di oggetto, come avremo modo di vedere, a poco rileva (12).

La nostra indagine sulla riconducibilità del rischio alla causa o all'oggetto del contratto è, quindi, mossa da ragioni di completezza della ricerca e dall'esigenza di ordinare in maniera compiuta e sistematica la materia da noi trattata.

Date tali premesse generali del discorso possiamo, da subito, prendere le distanze rispetto alla qualificazione del rischio in termini causali.

Infatti, abbandonata la definizione di causa come sommatoria degli effetti contrattuali (13), in quanto avente un valore puramente descrittivo, sia la teoria che definisce la causa come

In giurisprudenza recentemente v. Cass. 4.2.2002 n. 1430, in *Giur. civ. mass.* 2002; Cass. 27.7.2001, n. 10290, in *Giur. civ. mass.*, 2001; Cass. 10.3.1998, n. 2636, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1999, 657; Cass. 15.1.1997, n. 3737, in *Arstia*, 1997, II, 2, 28; Cass. 30.12.1991, n. 14011, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1992, 680.

(10) In tal senso L. BURRACO, voce *Assicurazione (contratto)*, vol. III, Milano, 1998, p. 470; G. SALDI, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. I, Torino, 1984, p. 345; Id., *I contratti di assicurazione*, cit., p. 51.

(11) Così G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 65.

(12) V. *infra* § 4.1.

(13) Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 381. Tale orientamento, sebbene incontestabile dal punto di vista della verità dell'affermazione cui giunge, risulta essere inconcludente dal punto di vista dei risultati pratici che lo stesso può avere.

Se, infatti, la definizione del concetto di causa si riducesse alla rappresentazione della stessa in termini di sinnesi degli effetti contrattuali, essa verrebbe a coincidere sostanzialmente col contenuto del contratto e allora non si spiegherebbe la sua indicazione tra i requisiti essenziali dello stesso.

La suddetta teoria ha un valore puramente descrittivo, e nella sostanza non realizza altro che una pura illusione di aver attribuito un significato al concetto di causa. (14) In tal senso E. BERTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1960, p. 172 ss.; V. PANUCCO, *Per una teoria generale della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. III, Padova, 1965, pp. 1314-1315; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, rist. 9ª ed., pp. 127-128; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, vol. III, t.1, 1988, p. 85; Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. 1, *Obbligazioni in generale, contratti in generale*, 3ª ed., Padova, 1999, p. 188; G. SICCHERO, *Appunti sulla causa del contratto*, in *Giur. it.*, 1995, c. 733; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 201 ss.

In giurisprudenza v. recentemente: Cass. 15.7.1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, c. 734 con nota G. Sicchiero; Cass. 17.10.1992, n. 11401, in *Foro it.*, 1993, I, 1911.

(15) V. in particolare F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, pp. 150-152; G.B. PERU, *op. cit.*, pp. 208-209.

La rilevanza degli interessi delle parti contraenti sotto il profilo causale è riconosciuta da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 225 ss. Si è parlato altresì di causa come « interesse obiettivo nel regolamento contrattuale » così: D. CARUSI, *La disciplina della causa, in I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. 1, Torino, 1999, p. 532 e ancora la causa è stata identificata « con l'assetto astratto di interessi cui la norma subordina l'assunzione di rilevanza giuridica dell'affare privato »: così U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 25.

Sul punto, solo per motivi di completezza, ricordiamo le osservazioni di E. BERTI, *op. loc. cit.* sulle teorie soggettiviste di S. PUGLIARTE, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Nuova rev. dir. comm.*, 1947, pp. 13-21. Berti rilevava in particolare l'errore di una visione unilaterale soggettiva dal momento che una ragione variabile e contingente non potrebbe costituire motivo di interesse e tutela degli atti di autonomia privata da parte dell'ordinamento.

L'approccio funzionale al problema della causa pone dei dubbi dal punto di vista del significato pratico di tale soluzione, dal momento che una funzione, sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo, sarà immanente in ogni atto posto in essere dai privati e non nei soli contratti. Sul punto v. R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, t. 1, Torino, 1992, p. 635 ss.; M. BASSONE-V. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Causa e constitution*, a cura di G. Alpa-M. Bessone, Padova, 1984, p. 3 ss. e in particolare p. 13.

ad una concettualizzazione del termine causa (16) finiscono per vedere nello stesso un particolare angolo prospettico attraverso il quale è possibile descrivere il contratto come strumento preordinato al raggiungimento di determinati fini.

Secondo la prima ricostruzione, infatti, la causa rappresenterebbe il necessario collegamento tra lo scopo che muove le parti a contrarre, sia esso inteso in senso astratto sia esso inteso in senso soggettivo, e la forma giuridica in cui lo stesso trova attuazione.

Parimenti, se si svuota il termine « causa » della propria sostanza concettuale, questo finisce per essere nient'altro che un'espressione semantica attraverso cui descrivere lo scopo del contratto.

Da qui sorge la difficoltà di identificare il rischio con la causa del contratto in quanto quest'ultimo rappresenta non lo scopo ma il presupposto dell'operazione contrattuale ovvero l'interesse che muove le parti a contrarre.

È l'esistenza di una concreta probabilità di accadimento dell'evento dannoso che pone un soggetto di fronte alla necessità di trovare idonea garanzia attraverso la stipulazione di un contratto di assicurazione.

Pertanto il tentativo di qualificare il rischio nel contratto di assicurazione in termini causali non sembra rispondente al ruolo che lo stesso riveste all'interno del procedimento di formazione del contratto.

2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione.

Abbiamo visto come parte della dottrina riconduca il rischio

(16) Cf. G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, vol. II, Roma 1918, ora in *Causa e consideration*, cit., p. 27 ss. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, pp. 265-266; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, tomo I, cit., p. 513.

all'oggetto del contratto di assicurazione identificando lo stesso col contenuto dell'atto (17).

Anche in giurisprudenza non sono mancate ricostruzioni del fenomeno in tal senso (18), sebbene la soluzione giurisprudenziale in questi casi non risulti fondata su una ricostruzione plausibilmente motivata su un piano teorico, ma piuttosto sulla necessità di distinguere le clausole delimitative del rischio dalle clausole delimitative della responsabilità, escludendo così per le prime, in quanto delimitative dell'oggetto, l'ammissibilità di un controllo giudiziale *ex art.* 1341 e 1469-bis ss.

A tale soluzione si oppongono quanti, partendo dalla ricostruzione dell'oggetto come prestazione dedotta in contratto, identificano appunto l'oggetto del contratto di assicurazione esclusivamente nella corresponsione del premio da parte dell'assicurato e nell'eventuale pagamento dell'indennizzo da parte dell'assicuratore (19).

La problematica trova, quindi, la sua naturale premessa nella ricostruzione del concetto di oggetto del contratto secondo gli sviluppi teorici della dottrina pronunciatisi sul tema.

Un primo tentativo di inquadrare la questione deve essere ravvisato nella teoria dell'oggetto come bene dedotto in contratto (20).

Questa dottrina è criticabile sotto il profilo logico in quanto tale definizione risulterebbe in contrasto col sistema dei rapporti contrattuali. Essa, infatti, non spiega come si possa individuare l'oggetto nei negozi costitutivi di diritti o di obblighi (21).

(17) V. *supra* nota 8.

(18) In tal senso v. da ultimo Cass. 4.2.2002, n. 1430, cit.

(19) Così G. SCALFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 345; Id., *I contratti di assicurazione*, cit., p. 51; L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 740.

(20) In tal senso v. tra gli altri L. CAROTA FERARIS, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1957, pp. 687 e 693; F. MESSERBO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 3^a ed., p. 98 ss.; Id., voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 836; Id., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicc. e Messineo*, vol. XXI, t.1, Milano, 1968, p. 138.

(21) Sul punto v. G. FOKUCHI, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 135.

La suddetta definizione di oggetto sembrerebbe inoltre poco rispondente al dato normativo di cui all'art. 1346, dal momento che la nozione di oggetto come bene non sembra corrispondere alla disciplina della liceità dello stesso (22).

Un altro tentativo è rinvenibile nella teoria dell'oggetto come prestazione dedotta in contratto. In tal senso il bene dedotto in prestazione potrebbe costituire l'oggetto indiretto del contratto, mentre l'oggetto diretto sarebbe rappresentato dalla prestazione stessa (23).

Anche questa tesi non ha mancato di sollevare le critiche di quanti osservano che una simile definizione di oggetto, non distinguendo lo stesso dal contenuto del contratto, finisce per privare di utilità la concettualizzazione del termine (24).

Entrambe le succitate posizioni dottrinali hanno in comune una premessa che è forse il motivo che le rende vulnerabili.

Simili indagini ricostruttive del fenomeno, infatti, partono dal convincimento che, essendo l'oggetto elemento essenziale dell'atto, lo stesso vada ricercato all'interno della c.d. fattispecie contrattuale.

In tal modo si rischia alternativamente di cadere o in una definizione troppo restrittiva, e quindi inidonea a spiegare tutti i fenomeni contrattuali, oppure in una definizione troppo ampia che finisce per confondere l'oggetto col contenuto del contratto risultando così, nella sostanza, inutile.

Le suddette teorie e le relative critiche possono dirsi, allora, superate dall'idea di oggetto come termine esterno al negozio sul quale si forma l'atto di autonomia privata (25).

(22) Tale critica è mossa da G. GRILLI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 148; G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *Dir. inf.*, 1986, p. 806 ss.

(23) Così V. in particolare G. ORTU, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1979, pp. 503-504; P. PARUNGIARI, *Il negozio su beni futuri*, vol. I, *La compravendita di « cosa futura »*, Napoli, 1962, p. 67 ss.; G. DE NOVA, *op. cit.*, 803 ss.; F. GALGANÒ, *Il negozio giuridico*, cit., p. 104.

(24) In tal senso v. G. FURCURELLI, *op. cit.*, p. 142; G. GRILLI, *op. cit.*, p. 148.

(25) « Soggetti e oggetto non diventano peraltro, a rigore, elementi del negozio,

Si tratta di una tesi che ha inverso sofferto di un certo isolamento se si considera come le elaborazioni dottrinali contemporanee o immediatamente successive, che muovevano dall'identica premessa teorica, sono giunte a conclusioni dissonanti dal punto di vista logico con la premessa stessa e ridondanti dei vecchi tentativi di rinvenire l'oggetto all'interno dell'atto.

Tali dottrine, infatti, partendo appunto dall'assunto che l'oggetto sia un elemento esterno al contratto, hanno finito col perdersi nella ricerca di un termine che permettesse di nuovo un collegamento tra la fattispecie contrattuale e l'oggetto del contratto si da ricondurre quest'ultimo all'interno della prima.

Così alcuni hanno individuato l'oggetto nell'interesse che muove le parti a contrarre (26).

Per contro, come è stato osservato (27), l'interesse è ciò che muove la volontà delle parti verso l'oggetto e quindi non può coincidere con questo.

Altra parte della dottrina ha individuato il suddetto collegamento tra oggetto e fattispecie contrattuale nella rappresentazione che i soggetti compiono della *res* materiale attraverso le proprie dichiarazioni contrattuali (28).

L'impostazione strettamente materialista del problema presta, però, il fianco alle critiche delle posizioni idealiste che rifiutano ogni netta distinzione tra l'esistenza materiale dell'oggetto e la sua rappresentazione all'interno del contenuto del

e tanto meno, come sembra considerarli ancora la legge, requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per la esistenza del negozio, non sono dentro, ma fuori del negozio medesimo»: così F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 129-130. In tal senso v. anche F. CABELLUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 236 ss.; SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, Milano, 1960, p. 61 ss.

(26) In tal senso E. BERTINI, *op. cit.*, p. 79.

(27) « L'interesse non è l'oggetto, ma è all'oggetto»: così G. ORTU, *Note sull'istituzione di non conceptis: la disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 88. Sul punto anche G. FURCURELLI, *op. cit.*, p. 144.

(28) Così G. ORTU, *op. cit.*, p. 81.

negozio, dal momento che in tal modo l'oggetto rimane identificato nella *res* (29).

Vi è ancora chi ha individuato la relazione esistente tra fattispecie contrattuale e oggetto nella « rappresentazione programmatica » attraverso la quale l'interprete attribuisce significato alla comune intenzione delle parti (30).

Tale tesi è stata criticata fondamentalmente per l'approccio metodologico di stampo normativistico su cui si fonda (31).

La suddetta teoria, infatti, parte dalla premessa che il problema dell'oggetto non vada impostato sulla volontà dei contraenti dal momento che « la posizione giuridica del termine esterno non dipende dalla volontà delle parti, ma dalla norma » (32). Tanto che l'Autore citato, con riferimento alle determinazioni delle parti nel contratto, parla di un « falso volere » (33).

La soluzione è diversa se si vede nell'autonomia negoziale un vero e proprio potere normativo nell'esercizio del quale i privati regolamentano il proprio *agere* ed i suoi effetti.

Le critiche alle teorie, che si sono sviluppate dalla individuazione dell'oggetto come elemento esterno al contratto, hanno trovato una risposta in quanti hanno ritenuto di risolvere il problema dell'oggetto identificando lo stesso col contenuto contrattuale, finendo così per privare di ogni valore la stessa definizione di oggetto (34).

(29) Sul punto v. G. FORGUELA, *op. cit.*, pp. 136-137.

(30) Così N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965, pp. 799-806; Id., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 141.

(31) Cf. G. FORGUELA, *op. cit.*, pp. 144-145.

(32) Così N. IRTI, *op. cit.*, p. 136.

(33) In tal senso N. IRTI, *op. cit.*, p. 142.

(34) L'equivalenza tra oggetto e contenuto del contratto è prospettata da F. CARESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, vol. XXI, Milano 1987, pp. 211-213; G. ARA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, Roma, 1990, par. 3; R. SACCO, *op. cit.*, p. 25 ss.; G. ARA-R. MARTINI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 38; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, rist. 2^a ed., pp. 320-321.

Altri, invece, hanno preso spunto dalla problematica per concludere negando la stessa esistenza di un'idea unitaria di oggetto. Questo non sarebbe altro che un'espressione semantica volta ad unificare una serie di ipotesi normative tra loro diverse sul piano della *ratio* (35).

Le perplessità sollevate intorno alle teorie, diverse da quella sanctoriana anche se analogamente fondate sull'idea dell'oggetto come elemento esterno al negozio, possono essere riassunte nel fatto che tutte approdano ad una riconduzione dello stesso alla fattispecie contrattuale.

Se, infatti, si parte da un concetto di contratto come fattispecie staticamente determinata nei suoi elementi essenziali cui la legge collega, ove completa, gli effetti da essa prestabiliti, non vi è dubbio che la teoria dell'oggetto come elemento esterno al contratto è difficilmente conciliabile con il dato normativo che individua nell'oggetto uno degli elementi essenziali del contratto.

Tali dubbi possono allora trovare una risposta in un mutamento delle premesse teoriche fondando l'idea di contratto, non più sulla visione statica della fattispecie contrattuale, ma su quella dinamica del procedimento contrattuale (36).

Al fine di ripensare l'idea di oggetto occorre ripensare la stessa idea di contratto: non più fattispecie contrattuale, ma « progressione contrattuale » (37) mossa dall'interesse per l'oggetto, interesse inteso come « rappresentazione soggettiva di un vantaggio desumibile da una *res* o da un comportamento al-

(35) Così G. GONZA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jur.*, 1973, p. 289 ss.

(36) Sulla teoria del procedimento giuridico nel diritto privato v. in particolare SAV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 100 (ristampa autonoma dell'articolo pubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 501 ss.); Id., « *Agere* » (*contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*), in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, 1962, vol. V, p. 513 ss ora in *Scritti minori*, tomo II, Milano, 1980, p. 945 ss.; G. FORGUELA, *Il contratto con effetti reali tra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento di proprietà*, Padova, 1995, p. 101 ss.

(37) L'espressione è di G. FORGUELA, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, *cit.*, p. 143.

trui » (38), che nel determinare l'azione si fa intento di dar vita a vere e proprie norme e agli effetti ad esse conseguenti.

In tale procedimento l'oggetto opera come il presupposto dell'*agere* talché esso finisce per essere allo stesso tempo elemento esterno e necessario dell'*actus* inteso come « principio passato del verbo *agere* » (39).

L'oggetto, però, finirà necessariamente per essere versato nel contenuto del contratto mediante il processo rappresentativo operato dalle parti nella sua descrizione.

Questo non vuol dire tornare ad un'idea di coincidenza tra oggetto e contenuto contrattuale. Occorre comunque tenere distinti i due profili: l'oggetto inteso come presupposto del contratto, il quale non appartiene alla struttura di questo, ma è ciò da cui origina il contratto e l'oggetto per come lo stesso è descritto dalle parti. Attraverso la descrizione operata dai contraenti, infatti, esso diventa parte integrante e fondamentale del contenuto del contratto.

A tale ricostruzione sono stati mossi due ordini di critiche.

In un primo senso sono state compiute osservazioni di stampo metodologico, attraverso il recupero delle teorie nominalistiche in base alle quali la posizione giuridica del termine esterno dipende dalla norma e non dall'attività giuridica delle parti mosse dall'interesse all'oggetto (40). Tale tesi risulta, invero, estremamente riduttiva del ruolo proprio dell'autonomia dei privati, che non sarebbero più i veri artefici degli effetti delle proprie azioni giuridiche (41).

(38) Così G. FURCURELLE, *op. cit.*, p. 147.

(39) Così sempre G. FURCURELLE, *op. cit.*, p. 162.

(40) Una critica in tal senso è mossa da E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, tomo I, cit., p. 648 nota 65; Id., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 2001, p. 24 nota 66; G. GATTI, *op. cit.*, pp. 158-159.

(41) L'approccio metodologico nominalistico è figlio della teoria della fattispecie anch'essa criticata da G. FURCURELLE, *op. cit.*, p. 147 ss., il quale riprende, nella propria ricostruzione dell'oggetto del contratto, le teorie di Salv. Romano sul procedimento giuridico v. *supra* nota 36.

In un secondo senso, riprendendo l'idea di Gorla circa l'insistenza di un concetto unitario di oggetto (42), altra parte della dottrina, da noi già richiamata (43), ha proposto di sostituire la unitaria definizione reale di oggetto con una serie di definizioni stipulative. L'oggetto sarebbe così identificato nel diritto alla prestazione, nei contratti ad effetti obbligatori oppure nel diritto sulla cosa, nei contratti ad effetti reali.

Al riguardo occorrerebbe interrogarsi, in primo luogo, circa la stessa validità del ricorso a definizioni meramente nominali, quali sono le definizioni stipulative, volte esclusivamente ad attribuire un significato ad un vocabolo o ad un sintagma secondo l'uso che dello stesso fa il legislatore senza alcuna ricognizione in punto di fatto idonea ad individuare la sostanza del fenomeno che sta dietro quell'espressione letterale (44).

Le definizioni di tipo nominalistico non sempre si prestano a descrivere i fenomeni giuridici, con particolare riferimento a quelli propri del diritto civile, dal momento che questo è il frutto « in massima parte di creazioni consuetudinarie che una legislazione scritta "riunisce" » (45).

I fenomeni giuridici, in genere, non trovano la propria fonte nell'inveniva del legislatore, ma preesistono all'opera di quest'ultimo il quale non fa altro che prendere atto della realtà fattuale

(42) V. *supra* nota 35.

(43) In tal senso G. GATTI, *op. cit.*, p. 150 ss.

(44) Nella teoria delle fonti non indicate come definizioni stipulative gli enunciati volti ad attribuire ad un determinato vocabolo o sintagma un certo significato secondo quello che è il loro uso corrente.

Le definizioni stipulative sarebbero così riconducibili alle definizioni nominali mediante le quali si attribuisce significato alle parole, a differenza di quanto avviene con le definizioni reali mediante le quali si descrive il fenomeno contrassegnato dalla parola stessa.

Sul concetto di definizioni stipulative v. A. BERVENESE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 64 ss.; Id., voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. V, Torino, 1989, p. 149 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CECILIO-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. I, t. 1, Milano, 1998, pp. 4-6.

(45) L'espressione è di Salv. Romano, *op. cit.*, p. 966.

che lo circonda. Se così è, pare insufficiente definire i fenomeni giuridici secondo quello che è l'uso dei termini ad essi riferiti da parte del legislatore. Per contro essi troveranno, generalmente, una più completa definizione attraverso un'indagine sulla reale essenza degli stessi continuamente rinnovata dall'incessante opera degli interpreti.

Inoltre, a ben vedere, le definizioni stipulative di oggetto proposte dalla suddetta dottrina trovano un proprio comune denominatore negli effetti del contratto. Occorrerebbe allora chiedersi se in tal modo non si pervenga comunque ad una definizione unitaria di oggetto rappresentata dagli effetti del contratto (46).

Ancora, contro la tesi dell'oggetto come elemento esterno al contratto, è stato osservato che l'oggetto sarebbe l'elemento su cui cade il consenso e non il suo presupposto (47).

Si tratta di una critica che evidentemente muove da una prospettiva dissonante rispetto all'idea di procedimento contrattuale. L'oggetto, considerato nella dinamica del procedimento contrattuale, sta necessariamente a monte del consenso, in quanto la *res* o il comportamento sono la forza centripeta verso cui si muove l'interesse dei soggetti (48).

Seguendo, quindi, la teoria del procedimento, che configura l'oggetto come presupposto del contratto, non pare esservi dubbio che il rischio rappresenti l'oggetto del contratto di assicurazione, in quanto presupposto dell'intera operazione assicurativa. È la necessità di garantire se stessi e il proprio patrimonio da determinati eventi che muove i soggetti a concludere un contratto

(46) Lo stesso Autore afferma « l'oggetto varia al variare degli effetti contrattuali programmati dalla volontà delle parti »: così G. GRILLI, *op. cit.*, p. 161. In vero pare che nella ricostruzione dallo stesso proposta tra oggetto ed effetti vi sia piuttosto una relazione di identità. Una simile relazione è tra l'Autore prospettata da V. ROMEO, voce *Contratto*, in *Dir. disc. priv.*, sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, p. 110 ss.

(47) Cfr. E. GARRIBOLI, *Il contenuto e l'oggetto*, cit., p. 648 nota 65; Id., *L'oggetto del contratto*, cit., p. 24 nota 66.

(48) In tal senso G. FURCIBERLE, *op. cit.*, p. 150 ss.

di assicurazione e tale necessità non può che essere rinvenuta nella stessa possibilità di accadimento del suddetto evento.

3. *Rischio assicurato e rischio assicurabile.*

L'idea di rischio acquista concretezza nella individuazione dei confini del rischio assicurato ovvero dell'evento, cui si estende la garanzia assicurativa, per come rappresentato dalle parti nel testo del contratto entro i limiti posti alla loro autonomia (49).

La delimitazione del rischio, infatti, coincide con la rappresentazione dell'evento coperto in virtù della relazione circolare che si pone tra i due termini per cui, come abbiamo già avuto modo di dire, il rischio è individuato a seconda dell'evento e l'evento, a sua volta, è individuato in funzione dell'esistenza di un rischio.

Per delimitazioni del rischio si intendono, quindi, le clausole che individuano l'evento assicurato e che, in quanto tali, sono idonee ad incidere sulla possibilità di accadimento dello stesso, siano esse di segno positivo o di segno negativo (50), siano esse di fonte legale o convenzionale.

Le delimitazioni del rischio saranno così costituire sia dalle clausole che descrivono l'evento coperto, sia dalle clausole che determinano lo stesso individuandone i limiti di spazio e di tempo nonché la causa efficiente (51).

(49) Al riguardo occorre precisare che il contratto di assicurazione è una delle ipotesi in cui ricorre la stipulazione per adesione a condizioni generali di contratto. Si tratta, inverso, di una situazione determinata non solo da ragioni di maggior potere economico dell'assicuratore, ma anche dall'esigenza di standardizzare i rischi assicurati onde poterli collazionare in classi omogenee ai fini della loro gestione.

In dottrina si preferisce parlare, così, anziché di autonomia delle parti, di autonomia dell'assicuratore predisponente. Cfr. A. FIORENTINO, *La descrizione del rischio nell'assicurazione*, in *Asst.*, 1941, p. 41 ss.

(50) Il legislatore non si limita ad escludere contrattivamente la copertura di determinati rischi, ma, ad esempio, nell'art. 1900 III comma sancisce la copertura necessaria dei sinistri conseguenti ad atti ancorché dolosi o gravemente colposi compiuti « per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore ».

(51) Occorre comunque specificare sin da ora che la ripartizione in uso nella

Occorre, però, tener presente che non tutti gli eventi sono assicurabili e che particolari limiti sono posti dall'ordinamento alla autonomia delle parti nella individuazione dell'oggetto del

dottrina italiana in clausole spaziali, temporali e causali ha un valore puramente sistematico-descrittivo dal momento che tale classificazione non trova giustificazioni sul piano degli effetti giuridici.

Del resto in altri ordinamenti la dottrina ricorre a schemi classificatori diversi. Così la dottrina tedesca tende a distinguere tra « *primitive Risikogrenzungen* » e « *sekundäre Risikogrenzungen* » v. sul punto E. HOHMANN, *Prakt-versicherungsrecht*, München, 1998, p. 109. Si tratta di una distinzione fondata sull'importanza delle clausole ai fini della realizzazione dell'intento contrattuale la quale spiega i suoi effetti con particolare riferimento alla possibilità di mantenere in vita il contratto ove talune clausole delimitative del rischio vengano meno. Il tema ha assunto recentemente una particolare attenzione con riferimento alla inefficacia parziale delle clausole vessatorie in Germania. V. in particolare recentemente BGR 22.11.2000, in *VerR*, 2001, 184.

Nelle polizze sulla responsabilità civile due sono le delimitazioni del rischio che assumono rilievo ai fini della nostra trattazione: quelle temporali e quelle causali soggettive. Le prime individuano il rischio determinando lo spazio temporale entro cui il sinistro deve verificarsi perché la copertura sia operante.

È evidente che tali clausole sono strettamente collegate alle disposizioni sull'efficacia e sulla durata del contratto. Infatti, dal momento che l'effetto del contratto di assicurazione è rappresentato dalla sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore, ogni limitazione temporale del rischio coperto importa anche una delimitazione dell'efficacia del contratto.

Tra le clausole rientranti in tali categorie si ricordano in special modo le pattinzioni che prevedono la copertura di rischi concernenti eventi verificatisi prima della conclusione del contratto ma che abbiano spiegato i propri effetti nella sfera giuridica dell'assicurato solo successivamente.

È il caso delle clausole *claims made* con cui le parti del contratto riconoscono l'operatività della copertura assicurativa per richieste risarcitorie presentate dall'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto anche ove queste siano riferite ad eventi dannosi verificatisi precedentemente.

Sull'introducibilità di tali pattinzioni nel sistema italiano v. G. VOLPE PIZZOLI, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 63 ss. Il problema della conformità di tali clausole all'ordinamento italiano sarà, in particolare, affrontato con riferimento all'assicurazione sulla responsabilità civile per danni all'ambiente *amblyas tyfa* parte II capitolo I, § 4.

Per clausole casualmente delimitative del rischio si intendono quelle disposizioni mediante le quali si individua la causa dello stesso.

Così sempre con riferimento all'assicurazione della responsabilità civile sono delimitazioni causali in senso soggettivo quelle contenute nell'art. 1917 che escludono la copertura dei fatti dolosi. V. *amblyas tyfa* capitolo II, § 5.

Sono, invece, delimitazioni causali in senso oggettivo quelle che escludono la copertura per fatto di terzo anche se legato da vincoli di subordinazione o dipendenza rispetto all'assicurato.

contratto di assicurazione in ordine a particolari tipologie di evento o ad alcune delimitazioni (spaziali, temporali o causali) dello stesso.

Tali limiti di assicurabilità rilevano ai fini della determinazione della copertura assicurativa non solo sotto il profilo della validità di talune clausole delimitative del rischio illecite, ma anche sotto il profilo della estensione dell'obbligazione posta a carico dell'impresa assicuratrice ove, in assenza di una specifica esclusione, questa si presti ad essere estesa oltre i confini della liceità.

Infatti, nel caso in cui, per la genericità delle espressioni contenute nel contratto, possano risultare oggetto della garanzia assicurativa anche eventi inassicurabili, sebbene la copertura di questi non sia espressamente prevista nel testo contrattuale, l'assicuratore non è obbligato al relativo indennizzo.

4. Il rischio assicurabile in senso giuridico.

La specificazione, « in senso giuridico », contenuta nel titolo del presente paragrafo vuole essere indicativa della scelta di escludere dal campo della nostra indagine l'assicurabilità in senso tecnico (52), ove essa sia ancora oggi astrattamente concepibile (53). Si parla di rischio inassicurabile in senso tecnico nei casi in cui la frequenza statistica dell'evento assicurato non possa essere controllata attraverso i calcoli probabilistici dell'impresa assicuratrice.

(52) Sulla distinzione tra assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico v. A. DONATI *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione — I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., pp. 130-131.

(53) L'evolversi della tecnica assicurativa, infatti, ha ampliato i confini dell'assicurabilità in senso tecnico, per cui può dirsi che non esistono più rischi tecnicamente inassicurabili, ma, casomai, eventi per i quali il premio non è esattamente calcolabile o finisce per essere determinato in misura eccessivamente elevata.

Dedicheremo brevi cenni al problema dell'assicurabilità in senso tecnico con riferimento al danno morale. V. *tyfa* parte II, cap. II, § 5.

Si tratta, quindi, di una valutazione del rischio assicurato compiuta secondo parametri diversi dal giudizio di assicurabilità in senso giuridico intesa come conformità della copertura assicurativa all'ordinamento.

Una possibile confusione tra assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico potrebbe, forse, nascere dall'adesione alla teoria che vede nell'impresa assicuratrice un elemento strutturale del contratto di assicurazione, ovvero uno strumento necessario per la realizzazione dell'operazione economica contrattuale (54).

Per tal via si potrebbe arrivare a concludere che l'assicurabilità in senso tecnico, in quanto condizione necessaria per la gestione del rischio da parte dell'impresa assicuratrice, sia anche il presupposto per l'attuazione della funzione propria del contratto di assicurazione riconosciuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

A diverse conclusioni si giunge ragionando, sulla base delle

(54) Così C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione, Assicurazioni sulla vita*, vol. III, Milano, 1887, p. 2 ss.; In senso analogo più recentemente A. DURANTE, *op. cit.*, p. 571 ss.; S. SORGA, *Contratto di assicurazione con premio in base ad elementi di rischio fattuanti*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. II, Bologna, 1952, pp. 639-640; Id., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assic.*, 1959, I, p. 365 ss.; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione nel libro delle obbligazioni del codice civile*, ivi, 1953, I, p. 149 ss.; G. FERRELLI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, p. 111 ss.

Anche la Corte Costituzionale ha dato rilievo alle esigenze tecniche proprie dell'impresa di assicurazione rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1901. Secondo la Corte infatti tale articolo « è del tutto razionale ed è conforme alla particolare natura e alla struttura del contratto di assicurazione, nel quale la sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore è condizionata all'adempimento della prestazione consistente nel pagamento del premio... Caratteristica del contratto è la cosiddetta comunione dei rischi alla quale partecipa il « contratto » col pagamento del premio tecnicamente calcolato quale valore della frazione della comunione dei rischi posti a carico del singolo assicurato ». Per contro si può osservare come sia difficile trarre dal contenuto dell'art. 1901 la vera essenza del contratto di assicurazione, dal momento che si tratta di una norma derogabile anche se solo in senso più favorevole per l'assicurato ex art. 1932 c.c. Sulla questione si è pronunciato, con nota adesiva alla tesi del pretore milanese che aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 1901, G. PANTISOTTI, *Disciplina del pagamento del premio nell'assicurazione contro i danni e principio costituzionale d'uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1974, II, p. 485 ss.

categorie concettuali della teoria generale del negozio giuridico. Se ci poniamo in tale prospettiva, infatti, l'impresa non trova spazio nel vincolo contrattuale se non come parte contraente.

Così del resto concludereva autorevole dottrina che (55), pur riconoscendo l'importanza degli aspetti gestionali ai fini della realizzazione dell'operazione assicurativa, riteneva necessario distinguere il « tipo sociale » di contratto di assicurazione, il quale non può sfuggire al necessario processo osmotico tra contratto e impresa, e il « tipo formale » che il giurista non può dimenticare e che, del resto, la storia ha conosciuto prima della stessa impresa di assicurazione e delle odierne tecniche di gestione e ripartizione del rischio (56).

Pertanto, se ci si muove sul piano del « tipo formale » di contratto di assicurazione, l'assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico risultano distinte ed incommunicabili tra loro.

L'assicurabilità in senso giuridico è fondata su un giudizio in ordine alla conformità del rischio assicurato all'ordinamento.

L'assicurabilità in senso tecnico, invece, fa seguito ad un giudizio di conformità alle tecniche attuariati di gestione del rischio, aspetto questo che, come abbiamo già precisato, non viene preso in considerazione nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del contratto di assicurazione come « tipo formale » (57).

Pertanto un rischio inassicurabile sul piano tecnico potrà essere assicurabile sul piano giuridico e viceversa

Diversi saranno, allora, anche gli effetti di tali distinte ipotesi di inassicurabilità. La mancanza di una frequenza statisticamente verificabile dell'evento coperto avrà conseguenze esclusivamente

(55) F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto nazionale delle assicurazioni*, cit., p. 214.

(56) Gli storici hanno individuato i primordi del contratto di assicurazione nelle c.d. « securata » di cui si ha notizia nei documenti commerciali dei primi decenni del 1300. V. *amplius infra* p. 55 ss.

(57) Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

sul piano economico. In tal caso, infatti, l'assicuratore potrebbe essere costretto a determinare premi eccessivamente elevati per garantire riserve sufficienti a far fronte alle possibili richieste di indennizzo che non potranno essere gestite secondo le ordinarie tecniche attuariali di ripartizione dei costi dei rischi all'interno della comunione degli assicurati.

L'inascurabilità del rischio in senso giuridico, invece, avrà dirette conseguenze sulla validità ed efficacia del contratto di assicurazione di cui questo costituisca il presupposto (58).

Né un'argomentazione contraria alla necessaria distinzione tra assicurabilità in senso tecnico e assicurabilità in senso giuridico può essere dedotta dalle norme di delimitazione del rischio

(58) Al riguardo vale la pena considerare sin da ora il diverso modo di operare della inascurabilità giuridica del rischio sull'irvalidità del contratto a seconda che la specifica individuazione o delimitazione invalida sia qualificabile come primaria, ovvero essenziale, oppure secondaria. Solo nel primo caso la nullità della singola clausola determina anche la nullità dell'intero contratto ex art. 1419.

La dottrina italiana che si è pronunciata sul concetto di essenzialità ai fini dell'applicazione della disciplina della nullità parziale ha proposto le seguenti interpretazioni sul significato del termine. Secondo una corrente, che potremmo definire soggettivista, la clausola è essenziale se la sua caducazione determina il venire meno del consenso. Così G. CASCUOLI, *Nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 63. Altri, per contro, propongono una visione in chiave più oggettivista, relazionando il concetto di essenzialità con quello di buona fede. Così V. ROPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Rev. dir. civ.*, 1971, I, p. 687 ss. In senso analogo G. GANDOURI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Rev. trim. dir. proc.*, 1991, p. 1049 ss.

Altri, infine, considerando il giudizio sull'essenzialità come un giudizio ipotetico, ritengono i due parametri, quello soggettivista e quello oggettivista, tra loro complementari. Così R. SACCO, voce *Nullità — annullabilità*, in *Dig. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, pp. 300-301.

La giurisprudenza sembra aver adottato il principio della « inascuribilità » della singola clausola dal resto del contenuto contrattuale. V. in tal senso in particolare Cass. 17.4.1980 n. 2546, in *Mass. Foro it.*, 1980. Tale inascuribilità sarebbe poi valutabile secondo alcune pronunce in base ad un criterio improntato alla ricerca della effettiva volontà delle parti contraenti per cui il contratto potrà essere dichiarato nullo anche se la clausola risulta rispondente alla volontà di uno solo dei contraenti. V. Cass. 4.9.1980 n. 5100, in *Giur. agr.*, 1981, 479. In altri casi la Suprema Corte ha considerato, invece, il perdurare dell'utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti. V. Cass. 19.4.1982 n. 2411, in *Mass. Foro it.*, 1982.

che escludono la copertura di eventi la cui frequenza non è statisticamente valutabile.

Pensiamo all'art. 1912 il quale esclude dalla copertura assicurativa, salvo patto contrario, i danni determinati da movimenti tellurici, da guerra, da insurrezioni o da tumulti popolari.

Se per un verso è indubitabile che la *ratio* di tale delimitazione legale risieda nella difficoltà di gestire i suddetti rischi, è anche rilevante che si tratti di un'esclusione derogabile ad opera delle parti per cui, anche in questo caso, l'inascurabilità in senso tecnico non si traduce in un'inascurabilità in senso giuridico.

4.1. Il giudizio di liceità.

Al fine di individuare i parametri su cui si fonda il giudizio di assicurabilità del rischio in senso giuridico è necessario riprendere le nostre conclusioni in punto di qualificazione dell'elemento del rischio all'interno dell'idea di oggetto del contratto.

Così, secondo quanto stabilito all'art. 1346 in relazione ai requisiti dell'oggetto, il rischio dovrà essere delimitato nel rispetto dei canoni della possibilità, determinatezza o determinabilità e liceità (59).

Per quanto concerne la materia di nostro interesse, l'aspetto dell'assicurabilità del rischio di maggior rilevanza è quello della liceità perché è con riferimento a tale parametro che si pongono problemi relativi al diverso modo di rapportarsi del contratto di assicurazione ai sistemi della responsabilità civile e della responsabilità penale.

(59) La possibilità applicata ad un elemento come il rischio, identificato nella possibilità obiettiva di accadimento di un dato evento, coincide con la stessa esistenza del rischio di cui all'art. 1895.

Anche il requisito della determinatezza o determinabilità assume un connotato peculiare se riferito all'elemento del rischio nel contratto di assicurazione, inteso come possibilità oggettiva dell'evento assicurato. La possibilità dell'evento, non è altro che una dimensione peculiare dello stesso peccato peraltro essa può dirsi determinata solo se questo è, a sua volta, tale.

A tal fine occorrerà, però, in primo luogo, considerare il contenuto del criterio di liceità onde determinare le ragioni che hanno portato ad un differente giudizio in ordine all'assicurabilità dell'una e all'inassicurabilità all'altra.

La distinzione tra lecito e illecito non è individuata da precisi confini e questo non solo perché i divieti legali sono oggetto dell'attività normativa degli interpreti, ma anche perché i limiti dell'autonomia negoziale sono segnati sia da puntuali comandi del legislatore, sia dalle clausole generali di ordine pubblico e buon costume, il cui contenuto verrà individuato di volta in volta dall'interprete al quale spetterà di determinare la norma concreta di applicazione attraverso un processo logico-deduttivo che muova da quei principi che possano dirsi espressione appunto dell'ordine pubblico e del buon costume, principi che, secondo un orientamento ormai pacifico, dovranno essere desunti dallo stesso sistema normativo (60).

(60) L'illegalità è frutto di una valutazione di contrarietà all'ordinamento giuridico compiuta in via immediata e diretta dalla stessa legge.

Il giudizio di contrarietà a norma imperativa si realizzerà pertanto secondo un processo comparativo tra la fattispecie legale in cui è espresso il divieto e il negozio concretamente realizzato dalle parti.

Per contro nel giudizio di conformità all'ordine pubblico e al buon costume, in senso stretto, il parametro di valutazione non è costituito da una norma giuridica configurante un imperativo categorico definito in una fattispecie astratta realizzata mediante la composizione di concetti universali e come tali idonei ad essere sussunti all'interno di un'argomentazione logico-formale.

Infatti i parametri su cui si fonda il giudizio di liceità, ovvero ordine pubblico e buon costume, non sembrano avere un contenuto normativo universalmente disposto, ma paiono più correttamente riconducibili alla categoria delle clausole generali, costituendo così piuttosto « norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale »: così L. MANCONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13. V. sul punto anche A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631 ss.

La distanza tra illegalità e illiceità risulta, però, ridotta se si tiene conto che la determinazione di tale « norma concreta di decisione », non potrà che essere fondata sui principi dedotti dall'interprete dalle stesse norme di legge in quanto queste rappresentano l'unico indice da cui l'interprete può dedurre il concetto di conformità all'ordinamento. In tal senso G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, pp. 187-188. Con riferimento al solo ordine pubblico A. GUARIGLIA, *L'ordine pubblico e il*

Si tende, infatti, ad escludere che il rinvio all'ordine pubblico e al buon costume rappresenti uno strumento di ricezione e giustificazione di principi morali metalegali (61) oppure un mezzo per applicare sanzioni in caso di violazione di principi morali altrimenti non tutelati dall'ordinamento (62).

L'impiego di clausole generali da parte del legislatore non rappresenterebbe allora altro che uno strumento per rimettere all'opera creativa degli interpreti la realizzazione di quel necessario processo di adeguamento della realtà formale, staticamente espressa nella fissità delle norme di legge, alla mutevolezza della realtà sostanziale, che il legislatore non può essere in grado di comprendere nei propri precetti i quali differiranno sempre, ad un tempo, per la loro generalità ed astrattezza, che rende il loro contenuto distante dalle peculiarità del caso concreto, e per la loro inclinabile storicità, che li rende lontani dal divenire delle situazioni di fatto cui dovrebbero applicarsi.

Resta con ciò ancora da chiarire se le clausole generali di ordine pubblico e buon costume siano tra loro distinguibili per la diversità delle direttive che l'interprete deve seguire nell'individuare la norma applicabile in concreto.

sistema delle fonti del diritto civile, Padova, 1974, p. 112. In perfetta antitesi si pone altra parte della dottrina che individua nell'ordine pubblico e nel buon costume un insieme di principi metalegali. V. in particolare A. TRABUCCO, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, pp. 702-703; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 904-920.

Del resto il riferimento a principi metalegali fondati sulla coscienza sociale di un dato momento storico non recepiți in norme dell'ordinamento rappresentativo di quel contesto socio-culturale potrebbero risultare in contrasto con le stesse norme dell'ordinamento.

Non pare invero ammissibile che la ricerca della « norma concreta di decisione » possa varcare i confini della legalità vietando ciò che l'ordinamento riconosce come lecito. Sul punto v. in particolare G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 271.

(61) In tal senso G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, pp. 8 e 34. Contra A. TRABUCCO, *op. cit.*, p. 700; G. PANZA, *op. cit.*, p. 9.

(62) Così in particolare G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione delle regole non giuridiche*, Milano, 1940, p. 55 ss. Contra L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 143 ss.; G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 79 ss.

Al riguardo, parte della dottrina, ritiene che il buon costume, a differenza dell'ordine pubblico, abbia un fondamento metalegale (63).

Secondo tale ricostruzione solo l'ordine pubblico sarebbe ispirato dai principi giuridici su cui si fonda l'ordinamento. Il buon costume, invece, riposerebbe in quei principi metagiuridici della morale dei *boni homines*.

A conclusioni diverse si giunge se si parte dalla premessa che le suddette clausole generali non possono che contenere un rinvio a principi ricavati in via interpretativa dalle norme dell'ordinamento non essendo ammissibile che la ricerca dei criteri guida del giudizio di illiceità esorbiti dall'ambito della legalità (64).

Anche gli Autori, che hanno visto nel rinvio al buon costume un richiamo alla « morale giuridica » e non uno strumento di ricezione di principi metalegali (65), non hanno, però, mancato di cercare degli elementi di discriminazione tra i due parametri su cui si fonda il giudizio di liceità.

Attraverso il richiamo al buon costume, secondo tale ricostruzione, si vorrebbe far riferimento a quei valori etici riconosciuti dall'ordinamento giuridico che non rientrano nell'ordine pubblico.

Così il buon costume troverebbe una delimitazione di tipo negativo negli stessi confini dell'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico disegnati in coincidenza con la « libertà della persona

(63) Cfr. A. TRABUCCO, *op. cit.*, pp. 702-703; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giar. it.*, 1970, I, p. 104 ss.

(64) « E tuttavia un criterio morale, per così dire, comune forse può anche individuarsi proprio nella morale giuridica che consiste nell'insieme di valori riguardanti l'individuo come uomo e come cittadino, che l'ordinamento giuridico esprime... L'unica morale « comune » cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque, quella giuridica non soltanto perché operante nei confronti di ognuno ed il cui rispetto è imposto a tutti coloro che si trovano ad agire nell'ambito del nostro sistema giuridico, ma « comune » anche perché forse, sentita da tutti coloro cui le norme si rivolgono... »; così G.B. Ferrari, *op. cit.*, p. 270.

(65) In tal senso v. in particolare G.B. Ferrari, *op. cit.*, p. 271.

umana, intesa, questa, come la posizione che alla persona umana viene fatta nell'ordine giuridico dello Stato » (66).

La dottrina arriva, quindi, a distinguere ordine pubblico e buon costume sotto il profilo contenutistico: il primo atterrebbe a quei principi che vengono elevati a « valori ordinanti » in quanto rappresentano lo stesso fondamento dell'ordinamento giuridico; il secondo sarebbe, invece, individuabile nel « fondamento etico residuale cui l'ordine giuridico si ispira » (67).

La suddetta ricostruzione dottrinale sembrerebbe peraltro trovare conforto nelle stesse disposizioni di legge che distinguono ordine pubblico e buon costume in punto di disciplina (68).

Così, in particolare, l'art. 2035 detterebbe un'eccezione alla ripetizione dell'indebito, e quindi, anche dell'indebito conseguente alla dichiarata nullità del contratto illecito eseguito, ove l'esecuzione sia avvenuta « per uno scopo che... costituisca offesa al buon costume ».

Niente dice la norma, invece, con riferimento alla esecuzione di un contratto per uno scopo che sia contrario a norma imperativa o ad ordine pubblico. Ne seguirebbe che, in tal caso, troverebbe applicazione la regola generale della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 (69).

A questa conclusione si oppongono coloro i quali attribui-

(66) Così G.B. Ferrari, *op. cit.*, p. 210.

(67) Cfr. G.B. Ferrari, voce *Buon costume* (II), in *Enc. giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1988, p. 4.

(68) Individua nell'art. 2035 una disciplina peculiare dell'illiceità per contrarietà al buon costume G.B. Ferrari, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 97; *Id.*, voce *Buon costume*, cit., pp. 5-6.

(69) Vi è concordanza in dottrina ed in giurisprudenza nell'escludere l'applicazione della disciplina della *solati reventio* nelle ipotesi in cui il contratto risulti contrario a norma imperativa o ad ordine pubblico ma non a buon costume. V. in particolare P. Rescigno, « *In pari causa impetralitatis* », in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 26 ed in giurisprudenza v. per tutte Cass. 18.11.1995, n. 11973, in *Giar. cit. mass.*, 1995.

Sulla natura eccezionale dell'art. 2035 rispetto alla regola generale contenuta nell'art. 2033 v. recentemente S. DELE MONACHE, *Il negozio immobiliare fra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 5 ss.

scono al sintagma « buon costume », di cui all'art. 2035, un significato diverso rispetto a quello che il termine ha nell'art. 1343 (70).

Nel primo caso, infatti, il legislatore avrebbe inteso individuare il criterio di riferimento della valutazione della prestazione eseguita onde applicare la disciplina della *soluti retentio*. Nella seconda ipotesi, invece, il legislatore avrebbe indicato al giudice un parametro di valutazione del contratto difficilmente distinguibile, in punto di contenuto, dall'ordine pubblico.

La clausola generale di buon costume, contenuta nell'art. 2035, sfuma per tal via nel principio di buona fede, che dominerebbe l'esecuzione dei rapporti contrattuali anche ove nulli per illiceità della causa (71) e finisce per rappresentare uno strumento attraverso cui valutare l'esecuzione del rapporto al fine di cominciare la sanzione della *soluti retentio* ove si riscontri la presenza di un « abuso della pretesa restitutoria » (72).

La suddetta norma non sarebbe pertanto significativa ai fini della necessaria distinzione tra ordine pubblico e buon costume di cui all'art. 1343, in quanto la *soluti retentio* non sarebbe conseguenza del fatto che il contratto eseguito è stato dichiarato nullo per contrarietà al buon costume, ma dependerebbe da una valutazione di non conformità a tale canone della sola esecuzione.

Non vi sarebbe, quindi, alcuna diversità sul piano disciplinare tra illiceità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume. Una simile lettura della norma contenuta nell'art. 2035 si

(70) In tal senso G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità e immoraltà del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1186 ss.; Id., *Buon costume e buona fede*, cit., p. 204; D. CARISI, *Contratto illecito e soluti retentio*, *L'art. 2035 cod. civ., tra vecchie e nuove « immoraltà »*, Napoli, 1995, in particolare p. 37 ss.; Id., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 515.

(71) « Il buon costume starebbe, in altri termini ad esprimere nella costituzione dei rapporti illeciti quella misura di cooperazione dovuta nei rapporti leciti e nasconde nella c.d. normativa di correttezza o buona fede » così G. PANZA, *op. cit.*, p. 205.

(72) L'espressione è di D. CARISI, *Contratto illecito e soluti retentio*, *L'art. 2035 cod. civ., tra vecchie e nuove « immoraltà »*, cit., p. 43.

presta, a nostro avviso, a sollevare alcuni interrogativi in considerazione di quelle che sono le risultanze sul piano effettuale della violazione del canone della correttezza.

La malefede nell'esecuzione del contratto spiega, infatti, i suoi effetti nel campo della responsabilità civile del contraente scorretto imponendo a questi un'obbligazione risarcitoria.

Il buon costume di cui all'art. 2035, invece, ha come conseguenza la *soluti retentio* difficilmente inseribile nel sistema della responsabilità civile in quanto non si tratta di uno strumento volto alla compensazione del danno conseguenza del torto, ma di una misura mediante la quale si interviene a disincentivare l'esecuzione di contratti contrari al buon costume attraverso l'arricchimento di una parte ai danni dell'altra.

Pare allora preferibile l'interpretazione che legge in tale norma un meccanismo per gradare l'inefficacia del contratto illecito al fine di sanzionare chi, confidando nella complicità della controparte, cerca di dare esecuzione al contratto invalido ove, stante la causa della nullità, tale intento si mostri particolarmente riprovevole (73).

Il legislatore nel differenziare gli effetti della illiceità non avrebbe adottato il rigido strumento di una disciplina legale casistica e puntuale, ma avrebbe impiegato la clausola generale del buon costume onde rimettere al giudice la valutazione della gravità della violazione.

Il buon costume rappresenterebbe così non un canone autonomo del giudizio di liceità del contratto, ma uno strumento per diversificare gli effetti della dichiarazione di nullità (74).

(73) Sulla natura sanzionatoria dell'art. 2035 v. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Torino, 1996, p. 183. Contra G. VULLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Un'analisi economica*, in *Quadrimestri*, 1992, p. 22. Quest'ultimo in particolare rileva come talvolta chi riceve è più scortico di chi ha pagato.

(74) In senso analogo si è espressa anche la Cassazione affermando che « la contrarietà al buon costume è un *quid pluri* che si può aggiungere alla contrarietà alla legge (ed alla conseguente nullità) e non è affatto con essa incompatibile, ma incide

L'art. 2035 non deve essere, quindi, distinto dall'art. 1343 in quanto ne rappresenta un corollario, dal momento che solo la lettura congiunta dei due articoli dà piena spiegazione del ruolo del buon costume nella valutazione della liceità del contratto.

Date tali premesse, si può allora ulteriormente osservare che le valutazioni di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume possono sovrapporsi (75).

sugli effetti che dalla nullità conseguono, neutralizzando la facoltà di ripetizione»: così Cass. SS.UU. 7.7.1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2418.

La S.C. motiva, però, l'irripetibilità della prestazione in ipotesi di contratto contratto al buon costume rilevando che diversamente si avrebbe un diritto alla restituzione fondato su un titolo non valido ovvero sulla immoralità. Vero è che, se l'irripetibilità fosse fondata sulla mancanza di un valido titolo per la restituzione, allora non si comprenderebbe come mai diversamente dovrebbe essere ammessa ripetizione se quanto è prestato risulta contratto alla legge o all'ordine pubblico e non al buon costume.

(75) La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono possibile che la contrarietà a norma imperativa risulti retta da ragioni di buon costume. In tal senso v. in particolare: F. FERRARÀ Sr., *Il pagamento ob temporis causaem*, in *Studi Senesi*, 1912, p. 219; A. TRABUCCI, *op. cit.*, p. 701; P. GALLO, *op. cit.*, p. 186.

In giurisprudenza tale orientamento ha trovato conferma in particolare nella sentenza Cass. SS.UU., 7 luglio 1981, n. 4414, cit.

La giurisprudenza ha inoltre cercato di stabilire dei criteri per individuare il carattere immorale del negozio vietato dalla legge. Uno di questi sarebbe appunto quello dell'esistenza di una sanzione penale. Si veda al riguardo in particolare Cass. 23.3.1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, p. 1276. Nel caso di specie, infatti, si esclude l'applicazione della *soluti retentio* con riferimento ad un contratto diretto a violare norme imperative, non sanzionate penalmente al momento della conclusione del contratto.

Sul punto, però, occorre ricordare la presenza di sentenze della Cassazione penale che pronunciate sul punto, hanno accolto la richiesta di restituzione dell'indebito conseguente all'esecuzione di un contratto illecito per contrarietà a norma penale. V. Cass. 18.6.1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, 181. In tale sentenza la Suprema Corte, comunque, non ha escluso la complementarietà tra giudizio di contrarietà a norme imperative, rilevante ai fini della dichiarazione di nullità, e il giudizio di contrarietà a buon costume, rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 2035. La Corte, infatti, si sarebbe semplicemente limitata ad escludere che la norma penale violata, nel caso particolare, fosse retta da ragioni di buon costume.

Sulla possibile convergenza tra norma incriminatrice e art. 2035 si è pronunciata L. LEONARDI, *I rapporti tra contratto, reati-contraffatti, reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1053. L'A. precisa, però, che il concetto di buon costume civilistico deve essere tenuto distinto da quello penalistico talché si avrà *soluti retentio* anche al di fuori dell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume.

Anche una norma imperativa, infatti, può essere retta da ragioni di buon costume ricavate in via interpretativa dal giudice e, quindi, l'esecuzione di un tale contratto darà luogo all'applicazione della disciplina della *soluti retentio*.

Allo stesso modo l'accertata contrarietà ad un principio di ordine pubblico, ai fini della dichiarazione di illiceità del negozio, non impedisce che lo stesso possa risultare in contrasto con valori etici che escludono, ove questo trovi esecuzione, la ripetizione di quanto prestato.

Perdono così rilevanza tutti i tentativi volti ad individuare criteri discriminatori dei canoni della contrarietà a norma imperativa, ad ordine pubblico e a buon costume.

L'illiceità è una categoria unitaria, rappresentata da una valutazione di non conformità delle pattuizioni contenute nel contratto alle leggi o ai principi dalle stesse dedotti in via interpretativa, e la distinzione tra ordine pubblico e buon costume assume rilevanza ai soli fini di una differenziazione degli effetti sanzionatori per l'esecuzione di contratti illeciti.

4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità.

Se si vede nel controllo di conformità del contratto all'ordine pubblico uno strumento con cui l'ordinamento preserva quei principi, che riconosce come fondamentali, dalle violazioni operate dai privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale, allora è forse nell'assicurazione della responsabilità che si devono

Contro la sovrapponibilità del giudizio di contrarietà a norma imperativa e di contrarietà a buon costume si è osservato come una tale conclusione finisce per svuotare di significato la categoria della illegalità: così F. CARASSI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1949, p. 29 ss.

Tale conclusione non pare accettabile se si considera la diversa funzione svolta dai suddetti criteri di giudizio. La contrarietà a norma imperativa, infatti, determinerebbe la nullità, laddove la contrarietà al buon costume rappresenterebbe un parametro di valutazione autonomo rilevante ai fini della irripetibilità di quanto prestato in esecuzione del contratto contratto a norma imperativa. In tal senso A. TRABUCCI, *op. cit.*, p. 701.

leggere i principali limiti di licità all'individuazione del rischio assicurato (76).

Per assicurazione della responsabilità si intende il contratto con cui l'assicuratore si obbliga, verso il pagamento di un premio, a garantire l'assicurato dal rischio di perdite che siano diretta ed immediata conseguenza giuridica dell'accertamento di una responsabilità a carico dello stesso, per dire che possono essere individuate nel risarcimento del danno o nella pena irrogata.

Per quanto riguarda la responsabilità penale vi è concordia di visioni sia nella giurisprudenza che nella dottrina nel considerare la relazione che lega il reo alla pena come retta da ragioni di ordine pubblico e per tal motivo in generale non negoziabile e (77), come avremo modo di vedere più diffusamente, in particolare non assicurabile.

(76) In passato erano stati individuati dei limiti di licità all'assicurabilità della vita umana. Si osservava così che « la morte di un uomo libero non ha prezzo che possa formar oggetto di contratto... »; l'assicurazione sulla vita non era, quindi, permessa « perché ella è sicuramente di tristo augurio e può sollecitare i cartri a commettere del delitti, onde si reputa contraria ai buoni costumi ed alla onestà pubblica »: così A. BADDASSERONTI, *Delle assicurazioni marittime*, Firenze, 1786, p. 301.

(77) « Il diritto applicato ci offre innanzitutto tracce di un ordine pubblico che riflette l'intangibilità del rapporto di fedeltà che lega il privato allo Stato, e del rapporto di pena che affligge chi ha commesso un reato »: così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, vol. II, cit. p. 104.

Il tema delle possibili relazioni tra contratto e diritto penale ci induce ad alcune considerazioni in punto di nullità virtuale e c.d. « reati contratto ». Si avrebbe nullità virtuale ogni qualvolta, pur in assenza di una valutazione espressa del legislatore in tal senso, il contratto risulti essere comunque in contrasto con una norma qualificabile come imperativa. Dovrebbe, allora, ritenersi nulli tutti i contratti che rappresentino elementi costitutivi di una fattispecie penale.

A riguardo dobbiamo ricordare l'esistenza di due scuole di pensiero. Alcuni Autori considerano l'ipotesi come unitaria e rappresentano il contratto in ogni caso come oggetto del divieto e come tale nullo ex art. 1418 c.c.: così R. DOICE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *Scuola positivista*, 1959, p. 235; G. FOSCARINI, *Debito e contratto*, in *Arch. per.*, 1953, p. 72 ss.

Per contro altri Autori hanno preferito distinguere all'interno di tale ipotesi due casi: i « reati contratto », ovvero quelle fattispecie penali in cui la condotta tipica è rappresentata dalla conclusione di un contratto, e i « reati in contratto », ovvero le fattispecie in cui la condotta rilevante è rappresentata semplicemente dal comportamento tenuto da una delle parti contraenti prima della conclusione del contratto. Solo

Una negoziazione sulla pena, infatti, determinerebbe una indebita intrusione nella relazione tra Stato e individuo (78).

Parimenti il contratto mediante il quale una parte assume il rischio altrui di incorrere in una sanzione punitiva verso il corrispettivo di un premio rappresenta uno svilimento della potestà sanzionatoria che lo Stato esercita sugli individui nonché una violazione dei principi di ordine pubblico propri del sistema punitivo, primo tra tutti il principio di effettività della pena. Non può, infatti, dirsi effettiva una pena che un soggetto può trasferire su terzi mediante un negozio.

Più difficile sembra poter ricondurre a ragion di ordine pubblico la costituzione di un'obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante.

Non arriva a tali conclusioni la dottrina che tende ad oggettivizzare la responsabilità civile considerandola uno strumento attraverso cui si opera una traslazione del danno da un soggetto ad un altro (79), rendendola « un meccanismo sociale per la traslazione dei costi » (80).

La responsabilità civile sarebbe così guidata solo da ragioni di tipo socio economico relative alla migliore allocazione dei costi sociali conseguenti ad eventi dannosi.

Se il risarcimento del danno si riducesse a questo, allora dovremmo concludere nel senso che i sistemi di assicurazione sociale rappresentano una valida alternativa alla tutela risarcitoria.

nel primo caso si avrebbe necessariamente la nullità del contratto. Nell'ipotesi dei « reati in contratto », invece, le parti contrattuali possono anche risultare lecite perché in tal caso la norma non sanziona la condotta corrispondente alla conclusione del contratto. Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953, p. 34 ss.; F. MANTOVANI, *Contratto e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 37 ss. e p. 382 ss.; L. LEONCINI, *op. cit.*, p. 997 ss.

(78) V. *amplius infra* capitolo III § 4.2.
(79) In tal senso S. RODORA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim* in particolare p. 89 ss. ove l'Autore individua nella solidarietà uno degli indici attribuiti dell'obbligazione risarcitoria.

(80) L'espressione è di P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 19.

ria (81), negando, di conseguenza, giuridica rilevanza alla stessa responsabilità civile.

In senso in parte diverso muove altra parte della dottrina la quale rileva come, tra i criteri di imputazione dell'obbligazione risarcitoria, accanto al danno figure l'*iniuria* (82).

(81) Sul punto A. PROCCA, MIMARELLI D. LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 776 ss.; A. GALIANO, *Tramonto dell'assicurazione della responsabilità civile automobilistica?*, *ibid.*, 1973, p. 349; G.B. FERRI, *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 348 ora in *Saggi di diritto civile*, Kluwer, 1983, p. 474; D. POLETTI, *Il danno alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 751 la quale richiama le considerazioni di P. S. ARTAVI, *Accident compensation and the law*, London, 1980, 3^a ed.; D.S. GAREN, *No fault Compensation for Personal Injuries arising from Road Accidents: development in the United States*, in *Anglo Americ. L. Rev.*, 1992, p. 223 ss. Un altro giurista americano sostenitore dell'efficacia del sistema di *first party insurance* è G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 7 ss.

Ancora rileva uno strato di crisi del modello classico dell'assicurazione della responsabilità G. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in *Yale L. J.*, 96 (1987), p. 1521 ss.

Per una comparazione col sistema *first party* svedese v. F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con «Vadematia svedese»*, in *Jur.*, 1986, p. 220.

Il problema della surrogabilità della responsabilità civile con un'assicurazione *first party* assume una dimensione particolare se ci si pone nella prospettiva della alternatività tra responsabilità civile e responsabilità penale. Sostituendo la prima con un meccanismo assicurativo e, quindi, non sanzionatorio, si finisce, infatti, per eliminare uno dei possibili canali attraverso cui è possibile attuare la frammentarietà del diritto penale. V. *infra* parte III, capitolo I.

(82) La questione riguarda più in generale il problema della oggettivizzazione della responsabilità civile compiuta dalla dottrina che ha portato ad escludere la colpevolezza del danneggiante dagli elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria. Sul punto: F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, pp. 1-44; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1957, p. 632 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., p. 25 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 33 ss. il quale richiama le teorie di G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile*, Trad. A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti, Milano, 1975, p. 183 ss.

Contrario ad una oggettivizzazione della responsabilità civile: BUSNELLI F.D., voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Tecc.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 3 ss. Considera inoltre la colpa un predicato della *trinitaria* e quindi un elemento costruttivo della fattispecie della responsabilità civile secondo una ricostruzione storica dell'istituto C.A. CANNATA, *Sul testo dell'alex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, pp. 39-41.

La responsabilità civile sarebbe allora sostanzialmente un meccanismo di traslazione del danno dal danneggiato al soggetto al quale sia imputabile la violazione che rappresenti la causa del danno stesso e non al soggetto che sia in grado di sopportare il costo in maniera più efficiente (83).

Una simile ricostruzione finisce per evidenziare come la responsabilità civile sia guidata anche da una funzione propriamente sanzionatoria (84) che fa della stessa un meccanismo di prevenzione degli illeciti attuato attraverso un deterioramento nella sfera del danneggiante corrispondente al danno da questi causato.

Anche la responsabilità civile allora, sebbene operante nel campo della tutela di interessi privati, troverebbe, nella sua riconosciuta polifunzionalità (85), scopi suscettibili di essere proiettati nel vasto orizzonte dell'ordine pubblico.

Si potrebbero pertanto ripetere per il risarcimento del danno, quale sanzione degli illeciti civili, le stesse conclusioni formulate in punto di assicurabilità della pena.

(83) Secondo tale interpretazione la colpa rimane pur sempre il denominatore comune di tutte le situazioni in cui si ha responsabilità civile e il diverso atteggiarsi della stessa nelle varie ipotesi dipende solo dal fatto che, mentre in via generale occorre dar prova della sua esistenza, per taluni casi eccezionali il legislatore introduce delle presunzioni di colpa relative (è il caso degli artt. 2047, 2048, 2050, 2054) o assolute (è il caso degli artt. 2049, 2053, 2051, 2052). Sul punto v. Cass. 17.11.1976, n. 4270, in *Foro it.*, 1976, I, 2798. In dottrina F.D. BUSNELLI, *op. loc. cit.*; M. COMFORTI, *Fatti illeciti, la responsabilità presunte*, Artt. 2044-2048, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2002, p. 140 ss.

Si è peraltro osservato in dottrina che l'impiego della colpa come criterio di imputazione della responsabilità fa del sistema degli illeciti civili un *tertium genus* tra il sistema liberale fondato sul contratto e quello collettivistico che adotta la sanzione penale. Cf. G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 665 ss.

(84) Sulla funzione sanzionatoria della responsabilità civile v. in particolare F.C. SAVIGNY, *op. loc. cit.*; G. BONURTI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 272; *Id.*, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 159 ss.; C. SALVI, *Il danno extraccontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 126 ss.; P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella r.c.*, in *La responsabilità extraccontrattuale*, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, p. 71.

(85) Sul punto v. in particolare S. RODORÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 600 ss.

Per contro, nonostante sia possibile individuare in entrambi i sistemi di responsabilità analoghe prospettive di relazionabilità di questi rispetto all'ordine pubblico, le diversità degli stessi in punto di principi e di struttura hanno portato gli interpreti a formulare, nel tempo, una soluzione fondata su un netto bipolarismo: da un lato, una generale assicurabilità della responsabilità civile, con la sola esclusione degli illeciti dolosi, e, dall'altro, una assoluta inassicurabilità della responsabilità penale (86).

Ripensare al problema dell'assicurazione della responsabilità, sotto il profilo della liceità della copertura assicurativa avente ad oggetto il rischio di sanzioni, in considerazione di quelle che sono le attuali dinamiche del sistema delle tecniche di tutela contro i torti, importa allora un'attenta rilettura delle teorizzazioni su cui risulta fondata la suddetta soluzione al fine di individuare gli elementi di novità da cui muovere nella ricerca di risposte adeguate ai termini in cui la questione attualmente si presenta.

(86) Recentemente sui rapporti tra assicurazione e responsabilità, in una prospettiva analoga a quella da noi seguita, si è pronunciato P. CANE, *Responsability in Law and Morality*, Oxford-Portland Oregon, 2002, p. 250 il quale in particolare osserva conclusivamente come « so far as liability insurance is concerned, my relational and functional analysis concluded that it is not inconsistent with responsibility under the civil law paradigm — whether the responsibility is based on mens rea or negligence, or can arise without fault — because it furthers the primary reparative goal of civil law. By contrast, I concluded that liability insurance is inconsistent with the primary retributive, expressive and deterrent functions of sanctions under the criminal law paradigm, but not with sanctions that are effectively activity taxes ».

ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti. — 2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile. — 3. Il superamento del dogma dell'inassicurabilità della colpa. — 4. Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il lento venir meno dei timori per una copertura della colpa grave. — 5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile *ex art.* 1917. L'inassicurabilità civile assicuranda. — 6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda. — 6.1. I limiti dell'autonomia del predisponente nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria. — 6.2. Crisi della regola dell'inassicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria?

1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti.

Per comprendere le difficoltà che i giuristi incontrarono nello sviluppare una soluzione al problema dell'assicurazione della responsabilità idonea a risolvere i possibili contrasti tra le esigenze economiche, le quali muovevano tendenzialmente a favore di una piena assicurabilità di tale rischio, e i principi nonché le regole in cui trovava espressione il divieto a prestare garanzia assicurativa per le conseguenze di un atto illecito, occorre aver presenti le stesse perplessità avanzate in ordine alla validità del contratto di assicurazione sin dal XIV secolo ovvero sin da quando il fenomeno si impose all'attenzione dei giuristi (1).

L'assicurazione, infatti, non trova antecedenti in senso proprio nel diritto romano nonostante i tentativi, operati in dottrina,

(1) V. *infra* nota 3.

di individuare le origini romanistiche dell'istituto (2), tentativi che hanno incontrato l'opposizione di coloro i quali hanno

(2) In particolare si veda P. HUYGHE, *Études d'histoire du droit commercial romain (ouvrage publié après la mort de l'auteur par H. Lévy Brühl)*, Paris, 1929, pp. 95-114.

L'A. ha rinvenuto un'ipotesi di contratto di assicurazione nel diritto romano nel c.d. *pericula pretium*. Si fa in particolare riferimento ad un frammento di SEVEROLA 5D. 22.2: « *Pericula pretium est ei [si condicione quonvis poenali non existente recepturus vis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aene speciem non cadat velati ea, ex quibus condicione nasci solent, ut « si non manumittas » « si non illud facias », « si non conuenero » et cetera, nec dubitabis.] si piscatori erogatum in apparatum plarium pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et abhietae, unde se exhiberet exeretque, ut, si vicisset, redderet. I. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.* »

Vero è che l'operazione ivi descritta non rappresenta un trasferimento del rischio ad un terzo, ma il mero trasferimento di una somma di denaro che dovrà essere restituita ove un dato evento si verifichi. In tal senso v. G. VALERI, *Il « pericula pretium » e i precedenti romani dell'assicurazione*, in *Asisc*, 1936, I, p. 122 ss.

Un'altra possibile ipotesi di contratto di assicurazione nel diritto romano è individuata, ma solo per escluderne l'identità con l'assicurazione a premio, nel *foenus nauticus* il quale ha la struttura del prestito condizionato e non costituisce pertanto trasferimento del rischio. In tal senso v. G. VALERI, *op. cit.*, p. 126.

Considerazioni analoghe si possono compiere per la *susceptio periculi*. Si pensi a patruzioni in cui il venditore, in deroga al principio generale per cui *res perit domino*, si assume il rischio che il vino venduto vada in aceto. Anche in tal caso si può notare come non vi sia un vero trasferimento del rischio attraverso un'operazione contrattuale autonoma, ma solo una diversa ripartizione dello stesso tra le parti contraenti. Così A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Milano, 2000, 2^a ed., p. 53.

Sulla rinvenibilità di precedenti dei contratti di assicurazione nelle fonti romane prende posizione anche A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 12 ss.

L'A. individua notizie sul fenomeno in Svetonio (lib. 25 cap. 18) che narra come Claudio Cesare introdusse l'uso delle assicurazioni. Baldasseroni precisa però come a suo avviso « pare che quelle assicurazioni fossero di un indole del tutto diversa da quella di cui è il contratto presente. Giacché l'imperatore non esigeva il premio del pericolo che assumeva, ed era una donazione gratuita al pubblico vanaggio »: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 12.

Ancora quest'ultimo ricorda come notizie dell'assicurazione si abbiano in Tito Livio (lib. 33, cap. 49) il quale narra come ai tempi della guerra punica i commissari incaricati di trasportare in Spagna le munizioni stipularono che la Repubblica sarebbe stata garante delle perdite « *ab hostium tempestive* ». Anche Cicerone (Cic. Lib. 2 epist. 17), tornando con un ricco carico dalla vittoria riportata in Cilicia, scriveva a Camilo Sallustio di trovargli persone in grado di prestare garanzie per il denaro pubblico che avrebbe spedito in Roma.

Baldasseroni però conclude che non vi è « vera notizia » di tale contratto negli antichi legislatori e che esso era certamente ignoto alla giurisprudenza romana « almeno

ridotto tali presunti primordi del contratto di assicurazione a meri « germi dell'assicurazione a premio » (3).

Questa premessa spiegherebbe i timori dei giuristi medioevali che, trovatisi di fronte ad un fenomeno in tutto nuovo, cercavano di mascherarne l'identità attraverso le false vesti della compravendita o del mutuo finendo così per ingenerare non pochi dubbi sulla validità di tale contratto (4).

Siffatte perplessità riguardavano in particolare il ricorso alla figura del mutuo. L'operazione di « camuffamento » veniva, infatti, realizzata fingendo che l'assicurato avesse prestato una somma *gratis et amore* all'assicuratore il quale si obbligava alla restituzione della medesima in caso di buon esito di un dato affare (5).

La configurazione di un prestito *gratis et amore* faceva di per

in quella estensione in cui nel moderno commercio è stato propagato »: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 15.

(3) L'espressione è di G. VALERI, *op. cit.*, p. 127. In senso analogo C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, cit., p. 4 ss.

Le origini del contratto di assicurazione andrebbero allora collocate nei primi decenni del XIV sec. Tale tesi viene fondata nel rinvenimento, all'interno dei libri contabili di alcuni mercanti fiorentini dell'epoca, di annotazioni di spese « per rischio » per il trasporto della merce oltre a quelle per il noleggimento dell'imbarcazione. Così E. BENSÀ, *Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Genova, 1884, p. 46 ss. Assume rilevanza, a favore di detta tesi, anche il rinvenimento dell'« atto grosseriano di quietanza » del 1329 in cui si rinviene l'espressione « *pro securitate et risico super ditam mercem* ». Di esso si è occupato in particolare G. VALERI, *I primordi dell'assicurazione attraverso il documento del 1329*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 41 ss.

In senso in parte contrario v. A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., p. 113 ss.; C.L. DAVERGIA, *Forme contrattuali dell'assicurazione marittima medioevale*, in *Asisc*, 1984, I, p. 360 ss. L. PIATTOLI, *Ricerche intorno all'assicurazione nel medioevo*, III, *ibid.*, 1939, I, p. 164 ss.

Quest'ultimi ritengono che in tali ipotesi non si abbia un vero e proprio trasferimento del rischio in quanto questo è assunto da una delle parti del contratto di noleggimento dell'imbarcazione per il trasporto della merce. Secondo tali Autori, pertanto occorrerebbe posticipare la nascita del contratto di assicurazione ai contratti genovesi del 1347.

In vero, anche se il rischio è assunto da una delle parti del contratto rispetto al quale la garanzia assicurativa si presenta come accessoria, ciò non toglie che vi sia il trasferimento di un rischio e non una mera ripartizione dei rischi contrattuali tra i contraenti come era nell'ipotesi sopra ricordata della *susceptio periculi* v. *supra* nota 2.

(4) Questa tesi circa i motivi della stipulazione di contratti di assicurazione in forma dissimulata è sostenuta in particolare da E. BENSÀ, *op. cit.*, p. 59.

(5) Sul punto E. BENSÀ, *op. loc. cit.*

sé sorgere il dubbio che dietro tale operazione si celasse un contratto aleatorio e come tale usurario, quindi illecito (6).

Inoltre un simile contratto si prestava ad essere confuso con il prestito marittimo colpito dal veto di usura con la Decretale « Naviganti » promulgata nel 1235 da Papa Gregorio IX (7).

Sospetti sulla conformità del contratto di assicurazione ai precetti della morale sono stati avanzati anche per la difficoltà di identificare la controprestazione della materiale corresponsione del premio nella ideale prestazione di *securum facere* che l'assicuratore si assume. Tale difficoltà ingenerava il dubbio che si trattasse di una pura scommessa su un evento futuro ed incerto e come tale illecita in quanto « *contractus qui imitatur fortunae, proprie non est industriae ideò est usura* » (8).

Nonostante le resistenze nel riconoscere la rilevanza giuridica positiva del nuovo fenomeno, già nel XVI secolo compaiono i primi « *Tractatus* » di diritto delle assicurazioni nei quali la scienza giuridica del tempo dimostra di aver raggiunto un'elaborazione compiuta in ordine alla natura del contratto di assicurazione

(6) V. in particolare sul punto P. G. PESCE, *La dottrina degli antichi moralisti circa la liceità del contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1966, I, p. 36 ss.

Era forse per tali ragioni che la dissimulazione del contratto di assicurazione sotto la veste della compravendita veniva preferita

L'operazione dissimulativa era realizzata attraverso l'acquisto da parte dell'assicuratore delle cose assicurate sotto la condizione risolutiva del loro arrivo a destinazione. Anche tale relazione negoziale non era esente da critiche in quanto il pagamento del premio risultava incompatibile con lo schema della compravendita. Secondo alcuni studiosi fu questo il motivo che spinse all'introduzione del meccanismo del pagamento anticipato del premio. Così G. BONOLIS, *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, Firenze, 1901, p. 52.

(7) Cf. P. G. PESCE, *op. cit.*, p. 47.

(8) Così P. TARABUZZO, *Lucchissima Commentaria sive reportata in IV librum sententiarum Dani Scoti*, Venezia, 1583, p. 286.

A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., p. 153 ricorda peraltro la critica mossa contro la moralità del contratto di assicurazione in quanto atto mediante il quale l'uomo si arrogerebbe un potere divino. Al riguardo l'A. richiama un passo di F. SACCHETTI, *I sermoni evangelici* (1380), Firenze, 1857, p. 11, ove si afferma che « E l'uno mercante assicura il navillo dell'altro per denari. E questo è poco sentimento però che altro che Dio non può assicurare niuna cosa in questa vita ».

zione come prestazione di sicurezza verso il corrispettivo di un premio ed, in quanto tale, distinto dagli istituti sotto le cui vesti era stata occultata la sua vera sostanza (9).

Una simile ricostruzione privava di fondamento i dubbi sulla validità del contratto di assicurazione permettendo di concludere a favore della sua liceità peraltro già sancita da alcuni atti normativi del XIV sec. che ne vietavano l'impugnazione (10).

I giuristi dell'epoca non mancarono comunque di individuare limiti all'assicurabilità del rischio, in parte, presenti nelle stesse leggi che affermavano la piena validità del contratto di assicurazione (11) e, in parte, deducibili dai principi ispiratori dell'ordine giuridico, come è stato per il divieto di assicurare le conseguenze di un atto illecito. La prestazione di *securum facere* gravante sull'assicuratore non poteva, infatti, rappresentare uno strumento mediante il quale, anche solo indirettamente, si veniva ad addivare e, quindi, ad incentivare la commissione di un atto illecito in generale (12), senza alcuna distinzione tra illecito penale e illecito civile (13).

Solo tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, l'esigenza, da un lato, di sollevare i privati dal rischio di incorrere in gravi

(9) V. in particolare B. STRACCA, *Tractatus de assicurationibus*, Venezia, 1569, p. 56; A. D. P. SANTENNA, *Tractatus perutilis et quotidianus. De assicurationibus et sponsonibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*, Torino, 1615, p. 447 ss.; B. M. ÉMÉRIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, vol. I, Marsaille, 1783, pp. 3-4.

(10) Ci riferiamo in particolare al Decreto emesso il 22.10.1369 dal duca di Genova Gabriele Adorno pubblicato da E. BENSÀ, *op. cit.*, pp. 149-151, e alla legge fiorentina del 9.5.1393 anch'essa pubblicata da E. BENSÀ, *op. cit.*, p. 159 ss.

(11) Così la legge fiorentina del 9 maggio 1369, pur riconoscendo la liceità di tale contratto, vietava l'assicurazione sopra merci straniere dichiarandone la nullità e sanzionando tale pratica con pene pecuniarie. Sulle ragioni di tale divieto v. in particolare L. PIATTOLO, *Le leggi fiorentine sull'assicurazione nel medioevo*, Firenze, 1933, pp. 3 e 54.

(12) « *Quod prohibetur, actum nullum (est) irritum reddit* »: così B. STRACCA, *op. cit.*, p. 48. Ancora gli Autori di fine '800 individuano un legame tra validità del contratto di assicurazione e liceità dell'attività assicurata. Tra gli altri A. SACCHETTI, *Il contratto di assicurazione*, Padova, 1874-1878, p. 124, nell'individuare i limiti di liceità dell'assicurazione, inizia col senzionare che « è valida l'assicurazione su tutte le cose di cui per le leggi dello Stato è lecito il commercio ».

(13) V. *infra* capitolo III, nota 35.

obblighi risarcitori, ove il danno fosse stato recato in conseguenza di un'attività puramente colposa, e, da un altro, di garantire la sicurezza di un adeguato ristoro alle vittime del torto, impose di ripensare al problema dell'assicurabilità degli atti illeciti e di rinvenire una soluzione che permettesse di riconoscere la validità dell'assicurazione della responsabilità civile.

2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile ha trovato degli ostacoli nella sua emersione nel mondo del diritto rappresentati, in parte, dalle difficoltà incontrate dai giuristi nell'inquadrarlo all'interno delle categorie dogmatiche conosciute, in parte, dai dubbi in ordine alla sua stessa liceità.

Con riferimento al primo aspetto, gli interpreti che si trovarono per primi ad affrontare il problema, mostrarono in particolare un certo imbarazzo nel qualificare la posizione del terzo danneggiato rispetto al contratto di assicurazione.

Infatti questi, pur non essendo parte del contratto, acquista in virtù dello stesso una sorta di garanzia del pagamento del debito che il danneggiante ha nei suoi confronti in conseguenza del danno arrecatogli.

Una simile considerazione ha portato la scienza giuridica a discutere in ordine alla possibilità di riconoscere la costituzione di un diritto del terzo in virtù del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile (14).

(14) Sul punto C. VITRANO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 14 ss. L'idea di ricondurre il contratto di assicurazione della responsabilità allo schema concettuale del contratto a favore di terzo è stata riproposta in dottrina con riferimento all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica in relazione alla disciplina dell'azione diretta del terzo danneggiato verso l'assicuratore del danneggiante espressamente prevista dall'art. 18 della l. 24.12.1969 n. 990. Cfr. F. FERRARA JR., *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 756; G. GENITILE, *La legge sull'assicurazione obbligatoria r.c. dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Resp. civ. prev.*, 1970, pp. 19-23.

Contro tale ricostruzione del fenomeno si osserva come l'assicuratore, a differenza

Tale aspetto non ha rappresentato una pura speculazione della dottrina tanto che negli anni '30 il Supremo Collegio si trovò a ribadire categoricamente che « L'assicurazione contro la responsabilità civile non è un contratto a favore di terzi » (15).

I dubbi al riguardo avevano del resto fondamento nello stesso linguaggio delle polizze del tempo.

In alcuni dei primi contratti di assicurazione della responsabilità civile, infatti, ricorreva, nell'individuazione dell'obbligazione dell'assicuratore, l'espressione « pagamento diretto » al terzo (16). Tale formula linguistica faceva sorgere il dubbio che la polizza,

di quanto previsto dall'art. 1411 per il promittente, non possa opporre eccezioni al terzo. Cfr. G. FANELLI, *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, Padova, 1977, p. 14 ss.

Più recentemente si è osservato come la riconduzione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica al contratto a favore di terzi importerebbe che il diritto all'indennizzo del danneggiato troverebbe la propria fonte non nella legge ma nel contratto e sarebbe pertanto condizionato alla validità ed efficacia di questo. Nulla sarebbe, pertanto, dovuto alle vittime di incidenti stradali in caso di dolo dell'assicurato e di nullità del contratto. « In sostanza, il fine della tutela delle vittime colpite da sinistri stradali incontrerebbe il limite del contratto, con l'ulteriore conseguenza di avvantaggiare inispegnabilmente le imprese di assicurazioni, sollevate dall'obbligo di corrispondere l'indennità »: così M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, p. 27.

(15) Così Cass. Regno 3.8.1934, n. 2975, in *Foro it.*, 1934, I, 1565 e in *Assic.*, 1934, II, p. 346 ss. con nota di T. ASCARELLI, *Ancora sul diritto del terzo danneggiato nell'assicurazione responsabilità civile*.

Parte della dottrina diversamente ammetteva un diritto in capo al terzo riconducendo l'assicurazione della responsabilità civile allo schema concettuale dell'accollo. Al riguardo si osservava come « il credito per l'indennità entra nel patrimonio dell'assicurato soltanto per reintegrando di un risarcimento effettuato o per rendergli possibile di effettuare: quindi quel credito ha necessariamente come destinatari immediati o immediati gli eventuali terzi danneggiati. Mi sembra perciò legittima la conclusione che in sostanza l'assicuratore si accolla preventivamente, fino alla concorrenza della somma associata, i debiti di risarcimento che incorreranno all'assicurato »: così V. ANGELOTTI, *I diritti del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 191.

Da notare come, negli anni '60, la dottrina sentisse ancora l'esigenza di distinguere sul piano concettuale l'assicurazione della responsabilità civile dal contratto a favore di terzo. Cfr. F. BENVENUTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 655.

(16) Si tratta di un'espressione che era contenuta nelle delle polizze della società « Italian Excess Insurance ».

come osservava la dottrina (17), riconoscesse un diritto proprio del terzo azionabile nei confronti dell'assicuratore secondo lo schema logico del contratto a favore di terzo. Per contro, come rilevato dai giuristi dell'epoca (18), l'espressione serviva soltanto ad indicare la possibilità per l'assicuratore di estinguere il suo debito verso l'assicurato attraverso il pagamento diretto al terzo della somma da questi dovuta a titolo di responsabilità civile.

Un'altra ipotesi, in cui le espressioni utilizzate nella polizza per descrivere l'obbligazione dell'assicuratore hanno generato dubbi sulla natura della stessa, si è avuta con riferimento alle polizze della società « Il Duomo », nelle quali si parlava di « rimborso » dell'assicuratore da parte dell'assicurato della somma corrisposta al terzo quale esecuzione dell'obbligazione risarcitoria. Una simile terminologia faceva, infatti, sorgere nuovamente dubbi in ordine all'esistenza di una relazione obbligatoria diretta tra assicuratore e terzo (19).

La giurisprudenza, però, osservava come tale espressione doveva essere letta nel senso che il debito dell'assicuratore trovava un limite al proprio ammontare nell'entità dell'obbligazione risarcitoria gravante sull'assicurato (20).

Per indicazioni sulle espressioni utilizzate dagli assicuratori nell'individuare la prestazione dell'assicuratore v. G. GENITILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, pp. 93-94.

(17) Così T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 346.

(18) Cfr. T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*

(19) Sul punto Cass. Regno 3.8.1934, n. 2975, cit.

(20) « Il terzo danneggiato non ha alcun diritto proprio né alcuna azione diretta contro l'assicuratore della responsabilità civile »: così Cass. Regno, 3.8.1934, n. 2975, cit. Per osservazioni T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*; C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 15.

Da notare al riguardo come in tempi recenti il coordinamento tra l'obbligazione risarcitoria del danneggiato e l'obbligazione dell'assicuratore ha posto problemi in punto di applicazione a quest'ultima del principio nominalistico. Sul punto la giurisprudenza è ormai concorde nell'affermare che « occorre distinguere l'obbligazione risarcitoria *ex delicto* gravante sul danneggiante, che dà luogo a debito di valore rivalutabile anche di ufficio, dalla obbligazione dell'assicuratore di pagare direttamente l'indennizzo al danneggiato »: così Cass. 03.10.1997, n. 9678, in *Mass. Foro it.*, 1997, in senso analogo, più recentemente, Cass. 26.4.1999, n. 4155, in *Mass. Foro it.*, 1999.

Così la dottrina del tempo, in ossequio a tale orientamento giurisprudenziale, rilevava, contro la possibilità di ricondurre il contratto di assicurazione della responsabilità civile all'interno dello schema concettuale del contratto a favore di terzi, che nel primo « assicurato è il medesimo stipulante dell'assicurazione non il terzo danneggiato (il quale) ... non acquista alcun nuovo diritto che egli già non abbia in conseguenza del fatto dannoso, indipendentemente dal contratto; ... per contro il suo diritto costituisce precisamente quel danno contro cui è diretta la garanzia » (21).

Non sono state, però, solo questioni di ordine linguistico a rendere difficile l'opera della scienza giuridica di fronte all'assicurazione della responsabilità civile, ma è stata la stessa emergenza del fenomeno in maniera frammentaria a far risultare complessa una sua comprensione in chiave unitaria.

Del resto anche nel « *Contratto di assicurazione* » di Vivante manca una visione generale del tema la cui trattazione è ripartita nelle tipologie di assicurazione della responsabilità civile presenti nel mercato assicurativo dell'epoca: l'assicurazione del rischio locativo, quella per il ricorso dei vicini e quella contro i danni dei trasporti (22).

Le difficoltà incontrate dalla dottrina nell'inquadrare il contratto di assicurazione contro la responsabilità civile all'interno delle categorie dogmatiche civilistiche risulta chiara anche in considerazione degli sforzi dalla stessa compiuti nel ricercare quello che, nei primordi del contratto di assicurazione, può aver rappresentato l'archetipo dell'assicurazione della responsabilità civile.

La dottrina tedesca ha individuato un primo esempio di contratto contro la responsabilità civile nell'assicurazione delle spese di salvataggio, intesa come contratto accessorio all'assicurazione contro i danni, mediante il quale l'assicuratore si impegna

(21) G. GENITILE, *op. cit.*, p. 85.

(22) Cfr. C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, cit., p. 261 ss.

meno, erano fondati su due principi: quello che vede nella colpevolezza del danneggiante un elemento essenziale della responsabilità civile e quello dell'inassicurabilità della colpa.

Il primo deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro, ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante (31).

Per tal via la colpa diviene un predicato dell'*iniuria* che rileverà non come mera violazione di una situazione giuridica soggettiva ma come lesione perpetrata in una condizione subiettiva di colpevolezza (32).

Secondo tale ricostruzione la responsabilità civile non sarebbe allora un mero strumento di allocazione del danno in quanto risulterebbe ispirata anche al principio di autoreponsabilità in virtù del quale ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni.

nota 33), ma è con il progresso tecnologico che aumentano le relazioni tra gli individui e le occasioni di danno. Occorre così aspettare la fine del XIX secolo perché si avverta l'esigenza di stipulare polizze contro la responsabilità civile. Per tali osservazioni v. C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 27 ss.

Del resto fino al XVII secolo il mercato assicurativo è dominato dall'assicurazione marittima, all'interno della quale sono rari i casi di copertura di responsabilità civile (v. abbordaggio). E, infatti, solo nel 1684 che viene costituita in Londra la prima società per l'assicurazione terrestre degli incendi. Si tratta della società « *Firenly society fire office* » come ricorda S. JANNUZZI, *Trattato sulle assicurazioni terrestri a premio*, Napoli, 1869, p. 30.

(31) Per una ricostruzione dei rapporti tra *iniuria* e *culpa* cfr. C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 25 ss.

(32) Si discute al riguardo se l'ingiustizia debba essere riferita al danno o all'atto. In passato si era ritenuto che ingiusto fosse l'atto e che la locuzione « danno ingiusto » fosse da attribuirsi ad un errore terminologico del legislatore: così G. PACCIOTTI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in *Scritti in onore di G. Ferrini*, vol. II, Milano, 1947, p. 174 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Alterum non ledere*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 98 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1964, p. 432.

Per contro attualmente si tende a ricondurre l'ingiustizia al danno: così G. VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 182; F.D. BOSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, ivi, 1988, p. 654; S. RODORA, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 107 ss.

La questione pare di poca utilità e le soluzioni prospettate non disarmano le une dalle altre: l'atto è ingiusto perché ha violato una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, quindi il danno è ingiusto e viceversa.

Il secondo principio risulta, invece, fondato, in primo luogo, su ragioni di ordine pubblico: non si può tenere indenne il responsabile di un illecito dalle conseguenze negative della sua azione perché in questo modo si incentiverebbero le condotte anti-giuridiche (33).

Tale soluzione sembra, però, ispirata anche da motivi legati alla struttura del contratto di assicurazione, una condizione essenziale per la stipulazione del quale è l'esistenza di un interesse dell'assicurato a che l'evento garantito non si verifichi (34).

Semberebbe, infatti, difficile rinvenire un simile interesse in un contratto che garantisca eventi il cui accadimento trova origine in un atto compiuto dallo stesso assicurato.

Queste paiono essere le principali ragioni che hanno condotto alla formazione della regola dell'inassicurabilità della colpa la quale ha trovato peraltro espressione nel contenuto di testi normativi.

(33) Sintetica ma eloquente sul punto l'affermazione di A.D.P. SANTERNA, *Tractatus illustratus*, Venezia, 1633, vol. VI, p. 354: « *culpa securati non tenentur promissor* » e ancora sul punto Id., *Tractatus perutilis et quotidianus de assicuratoribus et sponsoribus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussoribus*, Torino, 1615, p. 545 nn. 10-11.

Successivamente la regola trova consacrazione in J.L.M. DE CASABERG, *op. cit.*, p. 9 n. 73.

In epoca più recente riconduce l'inassicurabilità della colpa a ragioni di ordine pubblico S. JANNUZZI, *op. cit.*, pp. 59-60.

(34) Si tratta di un principio che in Italia ha trovato espressione nell'art. 423 cod. comm. del 1882 e attualmente nell'art. 1904 c.c.

L'interesse viene definito in dottrina come il « rapporto economico della persona con la cosa »: così tra gli altri in particolare S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, in *Magis in scienze assicurative pubblicati dalla R. Università di Pisa sotto la direzione dei professori L. Tonelli e L. Moisa*, Pisa, 1935, p. 97.

Sulla rilevanza dell'interesse nel contratto di assicurazione: C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 114 ss. e A. DONATI, *op. cit.*, p. 231 ss. il quale considera l'interesse elemento costruttivo della causa del contratto di assicurazione con la conseguenza che la mancanza di interesse *ab initio* comporterà la nullità del contratto, per contro la sopravvenuta cessazione dell'interesse comporta la risoluzione del contratto. Riconduce invece l'interesse all'oggetto S. FERRARINI, *op. cit.*, p. 103 ss.

L'interesse è stato altresì assunto dai fautori della teoria indennitaria dall'assicurazione come elemento attraverso cui operare la distinzione tra assicurazione e scommessa. In particolare in tal senso v. L. BURTAGO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, pp. 612-614.

Così l'art. 27 dell'*Ordonnance de la Marine* del 1681 prevedeva che « *Si toutefois le changement de route... arrive par l'ordre de l'assuré, sans le consentement des assureurs, ils feront déchargés de risques, ce qui aura pareillement lieu entoutes autres pertes et dommages qui arriveront, par le fait ou la faute des assurés, sans que les assureurs soient tenus de restituer la prime, s'ils ont commencé à courir les risques* » (35).

In Italia tale regola trovava espressione nell'art. 434 del cod. comm. del 1882 ove si disponeva al riguardo che « l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni... cagionati da fatto o colpa dell'assicurato ».

Occorrerà pertanto attendere l'erosione del principio della colpevolezza del soggetto civilmente responsabile e del dogma dell'assicurabilità della colpa per arrivare ad ammettere la piena liceità del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'idea della responsabilità per colpa, sebbene abbia trovato delle fratture nell'individuazione di eccezioni di fonte legale che ammettono ipotesi di responsabilità civile c.d. oggettiva, non può dirsi ad oggi superata se è vero che autorevole dottrina e parte della giurisprudenza continuano ad individuare nella colpevolezza uno degli elementi essenziali della responsabilità civile (36).

È così piuttosto il dogma dell'assicurabilità della colpa per ragioni di ordine pubblico che viene messo in crisi dalla dimostrazione dei vuoti pregiudizi su cui lo stesso era fondato.

Al riguardo sono stati, forse, gli studi della scienza giuridica relativi al diverso atteggiarsi dell'interesse dell'assicurato, nell'assicurazione danni in genere e nell'assicurazione della responsabilità civile, nonché alla distinguibilità degli stati soggettivi del dolo e della colpa, che hanno portato nuovi elementi mediante i

quali riconsiderare il suddetto assioma al fine di operare un superamento secondo l'attuale soluzione che individua l'unico limite all'assicurabilità della responsabilità civile nel divieto di assicurare illeciti dolosi.

Al fine di giustificare simili asserzioni consideriamo i casi in cui si è posto il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile nella prassi e quali risposte sono state offerte sul punto da dottrina e giurisprudenza.

L'illiceità di tale contratto viene affermata per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale del Commercio di Parigi con sentenza del 21 agosto 1844 (37), il quale si pone sulla scia di una lunga tradizione dottrinale (38).

I giudici francesi reputavano, in particolare, contratto all'ordine pubblico il contratto di assicurazione stipulato dai proprietari di vetture a cavalli avente ad oggetto la responsabilità degli assicurati per i danni dagli stessi cagionati a terzi durante la circolazione.

Il Tribunale argomentava la sua conclusione in considerazione del fatto che il trasferimento della sanzione civilistica risarcitoria in capo all'assicuratore avrebbe incentivato condotte imprudenti da parte degli assicurati.

Sul caso fu chiamato a redigere parere uno dei più noti giuristi competenti in materia a quel tempo, il quale ebbe a sottolineare come il contratto di assicurazione garantisca più la vittima che l'assicurato autore del danno il quale non trova alcun interesse nel recare pregiudizi a terzi (39).

Per tal motivo un simile contratto non contrasterebbe con ragioni di ordine pubblico, ma anzi troverebbe in esse la propria

(35) Sul punto R. J. VANIN, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine de mois d'août 1681*, La Rochelle, 1776, p. 77 ss.

(36) Cfr. F.D. BURNELL, voce *Illecito civile*, cit., p. 3 ss. In giurisprudenza recentemente v. per tutte Cass. 18.2.2000, n. 1863, in *Mass. Foro it.*, 2000, V. *amplicius supra* capitolo 1 note 82 e 83.

(37) Come riportata da J.M. PARDessus, *Assurance contre les accidents des voitures*, Consultation, Paris, 1860, p. 68 ss.

(38) Cfr. G. R. PONSAR, *Traité du contrat de assurance*, in *Opere di G.R. PONSAR*, a cura di Dupin Seniore, Livorno, 1841, p. 46 ss.

(39) PARDessus, *op. cit.*, p. 16.

giustificazione in quanto rappresenterebbe nient'altro che una garanzia del ristoro della vittima.

Fu poi sulla base di identiche considerazioni che la Corte di Appello di Parigi respinse le conclusioni del Tribunale con sentenza del 1° luglio 1845, affermando la validità dell'assicurazione della responsabilità civile (40).

Una simile soluzione è fondata, però, solo su considerazioni di tipo politico-sociale volte a rilevare l'importanza della tutela della vittima in relazione alla scarsa spinta incentivante alla commissione di illeciti che può avere un'assicurazione della responsabilità civile.

Più convincenti ci paiono le conclusioni cui giunge la dottrina, con riferimento all'assicurabilità degli atti dell'assicurato, distinguendo tra assicurazione danni in genere e assicurazione della responsabilità civile e tra atti dolosi, gravemente colposi e colposi (41).

Riguardo alla prima bipartizione, si osserva come la regola dell'inassicurabilità della colpa sia nata con riferimento all'assicurazione marittima e all'assicurazione terrestre contro i danni.

In tali ipotesi l'interesse, che può muovere l'assicurato a lucrare l'indennizzo mediante il danneggiamento della *res*, costituisce un primo limite all'assicurabilità delle colpe.

Analoghe conclusioni non valgono per l'assicurazione della responsabilità civile, in cui il danneggiante non trarrebbe alcun vantaggio diretto dall'essere assicurato per la propria responsabilità. L'unico soggetto, infatti, che potrebbe avvantaggiarsi di tale situazione è il terzo che vedrebbe così garantite le proprie pretese risarcitorie (42).

Si osserva inoltre come colpa, colpa grave e dolo debbano avere un trattamento diverso (43).

(40) C. App. Parigi 1.7.1845, in *D.P.*, 1845, 2.126.

(41) Cf. C. VITTEBO, *op. ult. cit.*, p. 37 ss.

(42) Cf. C. VITTEBO, *op. ult. cit.*, p. 37.

(43) Sul punto C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 204 ss.

Solo l'assicurazione di atti intenzionali, come tali soggetti al controllo dell'assicurato, può importare un incentivo per quest'ultimo alla commissione di illeciti.

Per contro gli atti colposi sarebbero nella sostanza equiparabili al caso fortuito, in quanto dovuti ad una mera negligenza o imperizia dell'agente senza che questi abbia intenzione di darvi luogo.

Diverso è il discorso della colpa grave in cui il livello di negligenza è tale che il soggetto, anche se non ha agito con l'intenzione di dar luogo a quel determinato evento, poteva quanto meno prospettarsi l'accadimento dello stesso ed evitarlo (44).

Per tali ragioni Vivante conclude nel senso dell'assicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità civile, mantenendo però fermo il divieto di coprire con garanzia assicurativa illeciti dolosi o gravemente colposi in quanto « simile patto metterebbe in pericolo la sicurezza sociale » (45).

Rispetto alla norma contenuta nell'attuale art. 1917, residuerebbe allora un limite all'assicurabilità della responsabilità civile, quello della colpa grave.

La tendenza ad aprire anche all'assicurabilità degli illeciti gravemente colposi emerge, comunque, già nella relazione del deputato Lafarge alla legge francese del 13 luglio 1930 sul contratto di assicurazione ove si legge che « la colpa grave, che non implica da parte del suo autore alcuna intenzione fraudolenta... rimane un rischio... mancando l'intenzione di nuocere » (46).

La regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni

(44) Del resto Vivante definisce il concetto di colpa grave proprio partendo dall'effetto che la copertura assicurativa può avere sul soggetto nel senso di ridurre il livello di diligenza del medesimo. Si avrebbe allora colpa grave quando « l'assicurato omette quelle ordinarie cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto coll'assicurazione »: così C. VIVANTE, *op. loc. ult. cit.*

(45) In tal senso C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 204.

(46) Come riportata da J. BONNECASE, *Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese del 13 luglio 1930 relativa al contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1935, I, p. 332 ss.

della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non dovervi riconoscere violazioni del suddetto assioma (47).

Così, con riferimento all'assicurazione del rischio locativo, si richiama la norma contenuta nell'art. 1588 del cod. civ. del 1865 ove si sancisce che « il conduttore è obbligato nei deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sia avvenuto senza sua colpa » (48).

Da una siffatta presunzione di responsabilità si deduce la natura oggettiva di tale ipotesi e si ritiene pertanto salvo il principio dell'inassicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità del conduttore nei confronti del proprietario per i danni recati alla cosa locata durante la locazione.

In vero la suddetta norma introduce soltanto una presunzione relativa che incide sull'onere probatorio gravante sulle parti senza escludere in alcun modo la rilevanza della colpevolezza del conduttore per i danni provocati.

In base ad un analogo ragionamento si considera l'assicurazione per il ricorso dei vicini non contrastante con la norma contenuta nell'art. 434 del cod. comm. in punto di inassicurabilità della colpa (49).

Questa volta non vi è, però, alcuna norma che permetta di configurare l'ipotesi in esame in termini di responsabilità oggettiva. Del resto Vivante al riguardo affermava che si versava in un'ipotesi di responsabilità per colpa in quanto non si trovava alcuna legge che introducesse una disciplina eccezionale in punto di onere della prova in tal caso (50).

Si osserva, allora, come già nel Digesto fosse presente la seguente regola « *Incendia plerogue funt culpa inhabitantium* » (51), in base alla quale l'incendio, che ha inizio all'interno di una casa, è da presumere dovuto a colpa di chi vi abita.

Anche la responsabilità, in cui un soggetto può incorrere per danni arrecati a terzi in conseguenza della vicinanza tra le abitazioni, sarebbe pertanto fondata su una presunzione assoluta di colpevolezza e come tale assicurabile.

Si tratta, però, di una soluzione difficilmente sostenibile in quanto fondata su una regola non riferibile all'ordinamento in cui il problema si pone.

Ci è parso comunque importante richiamare tali argomentazioni, per quanto discutibili, proprio per sottolineare la necessità che ancora negli anni '30 la dottrina italiana avvertiva di far salvo comunque il principio dell'inassicurabilità della colpa alle soglie dell'emancipazione del codice civile del '42 che recherà una norma *ad hoc* sulla assicurazione della responsabilità civile ove sarà prevista solo l'esclusione legale imperativa della copertura del dolo.

4. *Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il lento venir meno dei timori per una copertura della colpa grave.*

L'assicurazione della responsabilità civile è riconosciuta da parte del legislatore già in due leggi anteriori rispetto al codice del 1942.

Sebbene l'istituto non trovi, in tale sede, una completa regolamentazione, il solo fatto che esso compaia in un testo legislativo legittima la dottrina dell'epoca a non dubitare più della sua piena liceità (52).

Intendiamo riferirci al r.d. del 30 dicembre 1923 n. 3281, ove si danno disposizioni in punto di tassazione sulle « assicurazioni per la responsabilità civile verso terzi », e all'art. 4 del r.d. 15

(47) Intendiamo riferirci a C. VITAREO, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

(48) Così C. VITAREO, *op. ult. cit.*, pp. 54-55.

(49) Il riferimento è ancora a C. VITAREO, *op. ult. cit.*, p. 55.

(50) Cfr. C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 297.

(51) Ci si riferisce al passo del Digesto L. i. 15-3 come riportato da C. VITAREO, *op. loc. ult. cit.*

(52) Sul punto G. GENTILE, *op. cit.*, p. 84.

marzo 1927 n. 436 in materia di « Disciplina dei contratti di compravendita degli autoveicoli », ove si prevede che « colui, a cui favore sia costituito privilegio legale o convenzionale, ha l'obbligo di assicurare il debitore per i casi di responsabilità civile verso terzi derivante da danni prodotti dal veicolo » oggetto di tale garanzia reale.

Occorrerà, però, aspettare il codice civile del 1942 per trovare una disciplina compiuta dell'istituto che riesca a sciogliere tutti i dubbi relativi alla stessa struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile, dubbi che ancora assillano i redattori dei vari progetti sulla disciplina del contratto di assicurazione.

Particolarmente complesso al riguardo è sicuramente il progetto Mossa (53). Risultano, in special modo, ben distanti dalla normativa attuale le norme, ivi contenute, mediante le quali si individua la prestazione dell'assicuratore.

Si legge, infatti, al punto LIV che « con l'assicurazione contro la responsabilità, l'assicuratore si obbliga alle prestazioni dovute dall'assicurato ad un terzo in seguito a fatto per il quale vi è responsabilità di legge ».

Secondo quanto risulta da tale disposizione l'assicuratore si verrebbe a sostituire all'assicurato nella sua posizione obbligatoria rispetto al terzo. Se fosse così, allora, quest'ultimo vanterebbe un diritto verso l'impresa assicuratrice direttamente esercitabile in virtù del contratto di assicurazione.

Del resto in tale direzione sembra muovere proprio il punto LVII del progetto Mossa ove è previsto che « L'assicuratore attribuisce direttamente al terzo danneggiato il diritto alla indennità ed il terzo è considerato quale beneficiario dell'assicurazione al momento del sinistro ».

Pare, pertanto, che l'Autore riconduca l'assicurazione della responsabilità civile allo schema concettuale dell'assicurazione a

(53) Il progetto Mossa nella parte relativa all'assicurazione della responsabilità civile è stato pubblicato in *Astic*, 1940, p. XVI.

favore di terzi, soluzione invero osteggiata da larga parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca come abbiamo avuto modo di considerare (54).

Tali dubbi vengono fugati in altri due progetti sul disciplina del contratto di assicurazione: il progetto della federazione delle imprese assicuratrici del 1935 e il progetto ministeriale del 1940 (55).

Nel primo al punto 46 si legge che « nell'assicurazione contro la responsabilità civile sono a carico dell'assicuratore, escluso il dolo, i danni derivanti a persone o cose da un evento di cui l'assicurato debba rispondere per legge ».

Nel secondo si precisa all'art. 555 che « l'assicuratore risponde dei danni cagionati a persone o a cose nell'esercizio dell'attività prevista nel contratto e dei quali l'assicurato è responsabile » (56).

In entrambi i suddetti progetti non pare comunque ancora raggiunta la chiara dizione dell'art. 1917 del codice del 1942 in cui si descrive l'obbligazione dell'assicuratore nell'assicurazione della responsabilità civile attraverso le parole « è obbligato a tenere indenne ».

In realtà il problema della qualificazione dell'obbligazione dell'assicuratore è legata alla difficoltà della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca di individuare con esattezza il sinistro indennizzabile (57), problema che trova anch'esso una risposta

(54) V. *supra* § 2.

(55) Il testo di tali progetti è anch'esso leggibile in *Astic*, 1940, p. XVI.

(56) Il riferimento alla « attività prevista nel contratto » è forse giustificato dal riferimento restrittivo della giurisprudenza del tempo che riteneva nullo per indeterminatezza dell'oggetto il contratto di assicurazione in cui non fosse stata specificata l'attività fonte della responsabilità civile assicurata. *Cost. C. App. Genova* 13.5.1927, in *Rep. Foro it.*, 1927, voce *Assicurazione*, n. 27. *Contro Cass. Regno* 24.3.1928, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Assicurazione*, n. 28 e in dottrina V. SARANDRA, *L'assicurazione della responsabilità civile secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 146.

(57) Il problema è stato in particolare affrontato da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla individuazione del momento iniziale della decorrenza del termine di prescrizione del diritto dell'assicurato.

Così alcuni individuavano il sinistro, da cui sorgeva il diritto dell'assicurato e, quindi, iniziava a decorrere il termine di prescrizione, nella domanda del terzo

solo nell'art. 2952 III° comma del codice del '42 ove si individua il momento da cui inizia a decorrere la prescrizione del diritto dell'assicurato, nell'assicurazione della responsabilità civile, nel giorno della richiesta, giudiziale o stragiudiziale, di risarcimento da parte del terzo. Questo importa che il sinistro, da cui sorge il diritto dell'assicurato, debba essere individuato nel fatto che il terzo abbia manifestato la sua intenzione di essere risarcito perché è in tale momento che il patrimonio dell'assicurato viene ad essere minacciato (58).

I progetti fin qui illustrati sull'assicurazione della responsabilità civile presentano interessanti spunti di riflessione anche per la specificazione « responsabilità di legge » di cui al punto LIV del progetto Mossa e « danni... di cui l'assicurato debba risponderne per legge » di cui al punto 46 del progetto del '35 della federazione delle imprese assicuratrici.

Il riferimento ad un criterio legale di imputazione della responsabilità assicurabile sembra chiaramente volto ad escludere la possibilità di estendere la copertura assicurativa alla responsabilità per colpa.

Saremmo così ancora lontani dalla generale assicurabilità della responsabilità civile nei limiti del dolo di cui all'art. 1917 dell'attuale codice civile.

Già nel progetto ministeriale del 1940, però, la limitazione alla copertura della sola responsabilità per legge scompare.

Nei lavori preparatori sulla disciplina del contratto di assicurazione figura inoltre ancora qualche incertezza sulla assicurabilità della colpa grave.

danneggiato (così Cass. Regno 26.1.1931, in *Foro it.*, 1931, I, p. 640); in altri casi si è fatto riferimento al momento dell'accertamento giudiziale della responsabilità (così C. App. Torino, in *Assic.*, 1934, II, p. 192 con nota di T. ASCARELLI, *Sul momento iniziale nella decorrenza della prescrizione nella assicurazione responsabilità civile*).

(58) Sul punto v. in particolare V. ANGERONI, voce *Assicurazione responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 563.

Così, in parziale ossequio alla tesi di Vivante, che, pur ammettendo l'assicurabilità della colpa, riteneva illecita la copertura della colpa grave (59), al punto LVI del progetto Mossa si prevede che « l'assicuratore risponde nei confronti del terzo anche se il fatto è dovuto a colpa grave dell'assicurato, ma ha diritto ad una quota di indennità contro l'assicurato per la colpa grave imputabile a lui od ai suoi proponenti o preposti, secondo l'apprezzamento del giudice ».

Per tal via, sebbene non si escluda l'assicurabilità della colpa grave, si riconosce una sorta di franchigia a carico dell'assicurato. L'intento del redattore era probabilmente quello di garantire un'adeguata tutela del terzo danneggiato senza incentivare la commissione di illeciti.

Si tratta, però, di una posizione che non tiene conto, come invece faranno i redattori dell'attuale art. 1917, che la colpa grave è pur sempre uno stato soggettivo non intenzionale ed in ciò è equiparabile agli eventi accidentali, di conseguenza, è pienamente assicurabile dal punto di vista astratto in una prospettiva di liceità.

Siamo, comunque, in presenza di una condizione subiettiva caratterizzata da una negligenza grave, dove la gravità viene di norma misurata in relazione alla sua evitabilità (60). Assicurarla potrebbe pertanto indurre l'assicurato ad assumere condotte imprudenti che possono aggravare il rischio coperto facendolo risultare sproporzionato rispetto all'entità del premio corrisposto dal « contraente » (61).

(59) V. *supra* nota 45.

(60) Del resto in tal senso si era già pronunciato lo stesso Vivante nel passo da noi riportato *supra* nota 45.

(61) L'uso del termine *contraente* tra virgolette vuole sottolineare la distinzione tra il significato che lo stesso assume nel linguaggio della teoria generale del contratto come parte del contratto e il senso che gli viene attribuito nel linguaggio del diritto delle assicurazioni come soggetto controparte dell'impresa assicuratrice, il quale può essere anche distinto dall'assicurato inteso come titolare dell'interesse garantito; si pensi al riguardo all'assicurazione per conto altrui.

Il problema dell'assicurabilità della colpa grave si sposta così dal piano giuridico della liceità al piano economico dell'equilibrio rischio-premio.

Quindi la colpa grave è assicurabile in astratto. Sarà poi l'assicuratore a decidere se, in considerazione dell'entità del premio e di eventuali franchigie, inserirla nei rischi assicurati.

Due ci paiono essere nella sostanza i dati emergenti dai lavori preparatori che hanno condotto alla redazione del contenuto normativo dell'art. 1917: da un lato si può osservare quanto fosse ancora poco chiara la stessa struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile proprio alle soglie del nuovo codice; da un altro lato si rilevano le incertezze in ordine alla possibilità di estendere l'assicurabilità del relativo rischio fino a coprire la stessa colpa grave, salvo ovviamente patto contrario, così come dispone il codice civile del '42 (62).

Le frontiere del rischio assicurabile, però, come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, vanno estendendosi, con il proliferare di ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, verso una piena tutela del danneggiato che prescinde dalle condizioni soggettive del danneggiante assicurato fino a mettere in discussione la stessa regola dell'inassicurabilità del dolo.

5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile ex art. 1917. L'inassicurabilità degli atti dolosi.

L'art. 1917, in senso analogo rispetto a quanto stabilito nei sopraccitati progetti del 1935 e del 1940, prevede imperativa-

(62) Anche dopo il codice del 1942, comunque, in giurisprudenza la Cassazione è stata chiamata proprio a pronunciarsi sulla estensibilità della copertura alla colpa grave in mancanza di un patto contrario in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile. La Suprema Corte ha statuito che « L'assicurazione della responsabilità civile copre ogni rischio derivante da responsabilità per fatti colposi, in mancanza di apposite clausole limitative del rischio, nessun tipo di colpa (anche se grave o gravissima) è escluso dalla copertura assicurativa »: così Cass. 17.10.1983, n. 6071, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1485.

mente l'esclusione della indennizzabilità di « danni derivanti da fatti dolosi ».

Si tratta di una norma che deve essere letta insieme all'art. 1900 in materia di assicurazione contro i danni, in quanto entrambe risultano essere espressione della regola dell'inassicurabilità di eventi che trovano la loro causa efficiente in atti dolosi dell'assicurato (63).

Diversa nei due articoli è la disciplina della copertura della colpa grave. Entrambe le suddette norme, infatti, ammettono l'assicurabilità della colpa grave; solo nell'assicurazione contro la responsabilità civile, però, questa si ritiene assicurata salvo patto contrario. Nell'assicurazione contro i danni, invece, tale garanzia richiede una pattuzione *ad hoc*.

(63) Esiste un'eccezione all'inassicurabilità degli atti dolosi dell'assicurato, la quale rappresenta, però, non un'apertura all'autonomia privata ma una delimitazione legale imperativa anche se di segno positivo.

L'art. 1900 III comma sancisce, infatti, che l'impresa assicuratrice « è obbligata altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del « contraente », dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore ».

Secondo l'interpretazione tradizionale le suddette condizioni rappresenterebbero « scriminanti », per cui l'atto di solidarietà o comunque l'atto volto ad evitare perdite maggiori per l'assicuratore, e quindi anche danni più gravi, sarebbe lecito ancorché dannoso e quindi assicurabile. Così A. La Torre, *I sinistri cagionati con colpa grave nell'assicurato*, in *Assic.*, 1966, I, p. 640 ora in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pp. 356-357.

Invero la condizione che rende assicurabile l'atto intenzionale non pare tanto la liceità dello stesso per la presenza di « scriminanti », quanto piuttosto la conformità dell'azione dell'assicurato a ragioni di ordine pubblico rappresentate dalla prevenzione degli atti dannosi.

Infatti, nell'ipotesi di cui all'art. 1900 III comma, l'atto intenzionale è assicurabile anche se dannoso in quanto volto ad impedire il prodursi di danni più gravi, non solo e non tanto da un punto di vista quantitativo, ma anche da un punto di qualitativo.

Pertanto la linea di discriminazione tra gli atti intenzionali assicurabili e gli atti intenzionali inassicurabili sarebbe individuabile non in base alla distinzione tra atti leciti e atti illeciti, ma secondo la rispondenza degli stessi al principio di prevenzione degli atti dannosi. La norma contenuta nell'art. 1900 III comma, quindi, insieme con quella di cui al I comma dello stesso articolo, sarebbe espressiva della regola generale che individua il necessario coordinamento tra assicurazione e prevenzione degli atti dannosi.

Una simile differenza si può spiegare solo in considerazione del fatto che nell'assicurazione contro la responsabilità civile il diritto dell'assicurato trova fondamento proprio nella colpa di quest'ultimo.

Escludere, quindi, dalla copertura assicurativa la responsabilità per colpa grave vuol dire ridurre in maniera significativa il rischio assicurato.

È del resto proprio questa ragione che, come avremo modo di vedere nel prosieguo del discorso, ha indotto la giurisprudenza ad orientamenti restrittivi in ordine alla validità di patruzioni volte ad escludere la copertura di atti dell'assicurato caratterizzati da una grave negligenza.

Tornando alla regola dell'inassicurabilità degli atti dolosi espressa negli artt. 1900 e 1917, la dottrina maggioritaria individua il fondamento di tali norme nel fatto che la intenzionale determinazione dell'evento assicurato rappresenterebbe una circostanza contrastante con lo stesso concetto di rischio (64).

L'esclusione del dolo dell'assicurato troverebbe, infatti, la propria ragione nel fatto che, ove fossero coperti anche eventi intenzionalmente determinati, verrebbe meno la stessa aleatorietà del contratto di assicurazione (65).

Per contro altri Autori ritengono che sia più esatto considerare come fondamento dell'esclusione legale del dolo la funzione

(64) In dottrina si prendono in considerazione anche altre ipotesi ricostruttive al solo fine, però, di escluderle.

Si potrebbe, infatti, vedere nell'evento determinato intenzionalmente dall'assicurato un'ipotesi di mancato avveramento della condizione in base ad un'interpretazione estensiva della norma contenuta nell'art. 1359. Vero è che tale ricostruzione presuppone che il sinistro sia considerato elemento condizionante l'efficacia del contratto.

Altra possibile ricostruzione è quella che vede nella liberazione dell'assicurato una conseguenza dell'inadempimento doloso dell'assicurato all'obbligo di non provocare volontariamente l'evento. Per contro si rileva come sia improprio parlare di obbligo dal momento che l'assicurato non è titolare, per parte sua, della relativa pretesa. Per tali considerazioni v. A. DONATI, *op. cit.*, pp. 134-136.

(65) Così M. PICARD-A. BASSON, *Les assurances terrestres en droit français*, vol. I, *Le contrat d'assurance*, Paris, 1970, p. 107; C. App. Milano 5.3.1996, in *Resp. civ. prev.* 1997, 483 in particolare in motivazione p. 485.

indennitaria del contratto di assicurazione, che consiste nel « *securum facere* » riferito ad un bene che l'assicurato intende tutelare da determinati eventi dannosi (66).

Infine vi è chi, pur non negando il collegamento tra inassicurabilità degli eventi dolosi e principio indennitario, vede nell'esclusione legale del dolo dell'assicurato non tanto una regola rispondente alla struttura e alla funzione del contratto di assicurazione, quanto piuttosto una norma dettata per ragioni di ordine pubblico, dal momento che assicurare un bene anche per le conseguenze della propria condotta dolosa vuol dire trasferire su altri le conseguenze dei propri atti intenzionali contravvenendo al principio di autoreponsabilità su cui si fonda il sistema di prevenzione degli atti illeciti (67).

Tali chiarimenti, in ordine al fondamento giuridico dell'art. 1900, non originano da un intento puramente speculativo, ma rappresentano la necessaria premessa per la soluzione di una serie

(66) In tal senso N. RUGGERI, *L'esonero dell'assicurato dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo ex art. 1900 c.c. dolo degli amministratori di s.p.a.*, in *Resp. civ.*, 1997, p. 488 ss.; G. VOLPE PIZZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 69; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 115.

(67) In tal senso v. A. BASSON, *Le contrat d'assurance et la morale*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, a cura di G. Ripert, tome II, Paris, 1950, p. 181 ss.; A. DONATI, *op. cit.*, p. 137; A. LA TORRE, *Responsabilità e autoreponsabilità nell'assicurazione* (art. 1900), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 442 ss. e in *Studi in memoria di A. Torre*, vol. I, Milano, 1968, p. 569 ss. ora in *Scritti di diritto assicurativo*, cit., p. 421 ss.

Al riguardo si può notare come l'inassicurabilità degli eventi dolosi trascenda l'ambito nazionale.

Così l'art. L. 113-1 del *Code des assurances* esclude la copertura del « *faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». In senso analogo il § 61 VVG sancisce l'esonero dell'assicuratore dalla corrispondenza dell'indennizzo ove l'assicurato abbia provocato il sinistro « *vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit* ». Sulla ratio della norma si è espressa anche recentemente la dottrina tedesca interpretandone lo scopo alla luce della *Präventionsbehorde*. E. LORENZ, *Der subjektive Risikoausschluss durch par. 61 VVG und die Sonderregelung in par. 152 VVG*, in *VersR*, 2000, pp. 4-6.

Anche nel sistema di common law è riconosciuto che « *an implied exception to coverage under any form of insurance is an intentional or expected injury damage or loss* »: così W. FRIEDMANN, *Richard's on Insurance*, New York, 1990, 6° ed., pp. 47-48.

di questioni che sono state poste con riferimento all'applicazione degli artt. 1900 e 1917 (68).

(68) Una prima questione concerne l'individuazione del soggetto cui deve essere riferito lo stato soggettivo del dolo in ipotesi di assicurazione per conto altrui.

In tal caso, infatti, i soggetti nella cui sfera si riflettono gli effetti del contratto sono tre: l'assicurato (il soggetto titolare dell'interesse che il contratto garantisce ovvero il terzo per conto del quale si stipula), il « contraente » (ovvero la controparte dell'impresa assicuratrice) e l'assicuratore.

L'art. 1900 fa riferimento al dolo « del contraente, dell'assicurato o del beneficiario ».

Occorre, pertanto, stabilire se il riferimento ai suddetti soggetti sia stato compiuto in via alternativa, ovvero se si debba, di volta in volta, avere riguardo solo al soggetto che trae un vantaggio diretto o indiretto dal contratto e, quindi, al « contraente » in caso di assicurazione per conto proprio, all'assicurato nell'assicurazione per conto altrui, al beneficiario nell'assicurazione a favore di terzi. Secondo parte della dottrina, in caso di assicurazione per conto altrui, l'assicuratore sarebbe esonerato dalla responsabilità dell'indennizzo anche in ipotesi di dolo del « contraente »: così A. DONATI, *op. loc. cit.*

Tale conclusione sarebbe motivata sulla base della impossibilità, per l'assicuratore, di agire in via di surrogo ex art. 1916 verso il « contraente » ove questi sia responsabile del sinistro cagionato, in quanto tale articolo sancisce che l'assicuratore è surrogato « nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili » laddove il « contraente » è parte del contratto.

Vero è che il « contraente » viene a rivestire due distinte posizioni: quella di parte contrattuale ma anche quella di terzo in quanto autore dell'atto illecito. Non sarebbe quindi spiegabile l'inapplicabilità dell'art. 1916 all'ipotesi in esame.

Inoltre, se il fondamento dell'art. 1900 deve essere rinvenuto nel principio indennitario, allora tale norma non è più applicabile in caso di dolo del « contraente ».

In tal senso G. VOLPE PUTZOLI, *op. cit.*, p. 126.

Ne segue che lo stato soggettivo di cui all'art. 1900, in ipotesi di contratto per conto altrui, deve essere valutato con riferimento all'assicurato e non anche al « contraente » il cui dolo rileverà solo nel caso in cui il soggetto abbia stipulato per conto proprio.

Ad analoghe conclusioni si arriva fondando la ratio dell'art. 1900 su motivi di ordine pubblico.

In caso di assicurazione per conto altrui preme salvaguardare l'autoresponsabilità del soggetto assicurato e non quella del « contraente » che non è né titolare dell'interesse coperto né del diritto all'indennizzo.

Un'altra questione relativa all'interpretazione dell'art. 1900 riguarda l'applicazione della norma in esso contenuta in ipotesi di dolo degli amministratori.

L'art. 1900 II comma, infatti, stabilisce che l'assicuratore risponde in caso di « dolo o colpa grave delle persone del fatto delle quali l'assicurato deve rispondere ».

La norma fa quindi riferimento alle ipotesi di responsabilità per conto altrui tra cui si deve annoverare anche la responsabilità per fatto dei dipendenti ex art. 2049.

Tale articolo non sembra però riferibile agli amministratori che agiscono per conto della società in virtù di un rapporto di rappresentanza organica e non di un

Inoltre lo studio dei fondamenti della regola dell'assicurabilità del dolo permette di comprendere l'attualità di tale limite in considerazione delle tendenze evolutive che sul punto sono rinvenibili in giurisprudenza.

6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda.

Una volta superati i dogmi dell'assicurabilità della colpa e della colpa grave, il contratto di assicurazione della responsabilità civile finisce per incontrare pieno riconoscimento da parte del fondamento non solo in termini di liceità ma addirittura di necessità in quanto strumento di tutela del danneggiato.

Sin dai suoi primordi tale tipologia di contratto era apparsa come un rapporto negoziale intercorrente tra due soggetti (assicurato e assicuratore) dei cui effetti finisce, però, nella sostanza, per avvantaggiarsi il terzo che si trova a rivestire il ruolo di danneggiato. Questo è del resto il motivo che ha indotto parte della dottrina a ricondurre tale relazione contrattuale all'interno della categoria concettuale del contratto a favore di terzo (69).

Si attua, così, con l'imposizione di obblighi legislativi di assicurare la propria responsabilità civile una precisa scelta poli-

vincolo di subordinazione. Così P. RASTRINO, *Il fatto degli amministratori e dei dipendenti di società e l'art. 1900 c.c.*, in *Astic*, 1949, I, p. 12 ss. In particolare p. 45. In tal senso si è espressa anche recentemente la giurisprudenza: v. C. App. Milano, 5/3/1996, cit.

In questo caso, quindi, il dolo o la colpa grave dei suddetti soggetti nel compimento di attività rientranti nelle loro funzioni acquisterà rilevanza con riferimento al diritto all'indennizzo assicurativo spettante alle società per conto delle quali hanno operato. Questa soluzione non deve reputarsi in contrasto con quanto abbiamo avuto modo di rilevare finora.

Per tal via, infatti, non si dà rilevanza agli stati soggettivi di soggetti diversi dal titolare dell'interesse assicurato, in quanto il dolo e la colpa grave degli organi sono direttamente riferibili alla società per conto della quale hanno operato in virtù del rapporto di rappresentanza organica. Sul punto v. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, rist. 2ª ed. con note di F. Ferrata jr., in *Tratt. dir. cit. di Vassalli*, vol. II, t. 2, Torino, 1958, p. 273.

(69) V. *supra*, § 2.

tica che porta alla soluzione del problema della imputazione dei costi sociali degli eventi dannosi (70).

Del resto, come abbiamo avuto modo di vedere nel percorso il lento cammino che ha portato alla codificazione della disciplina dell'assicurazione della responsabilità civile, l'istituto ha trovato riconoscimento, prima che nel codice, in leggi speciali che appunto prevedevano a carico di determinati soggetti l'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro la propria responsabilità civile (71).

Così, per lo svolgimento di determinate attività considerate pericolose, il nostro legislatore ha previsto, ai fini del rilascio delle necessarie concessioni ed autorizzazioni, la stipulazione di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile conseguente a tali attività (72).

Altre volte un siffatto obbligo non rappresenta un elemento di un procedimento autorizzatorio o concessorio, ma una mera imposizione legale il cui inadempimento determinerà a carico del soggetto passivo della stessa l'irrogazione di sanzioni.

Posta di fronte al nuovo fenomeno la dottrina si interroga allora su cosa sia cambiato nel sistema della responsabilità civile a seguito del cambio che, per volontà di legge, viene necessariamente a realizzarsi tra talune ipotesi di illeciti civili e il contratto di assicurazione.

(70) L'attenzione per l'assicurazione della responsabilità civile come strumento di tutela del terzo danneggiato è stata recentemente ribadita nella direttiva 2000/26/CE concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli. Tale direttiva, recepita dal nostro Parlamento con la l. 1.3.2002 n. 39, è appunto volta alla determinazione di meccanismi uniformi in Europa per la tempestiva liquidazione dei danni derivanti da incidenti stradali. In tal senso sembra da leggere l'introduzione di figure come « il mandatario per la liquidazione dei sinistri », i « centri di informazione » e « l'organismo di indennizzo ».

(71) Intendiamo riferirci all'ipotesi di cui all'art. 4 del r.d. 15 marzo 1927 n. 436

(72) Per una puntuale e completa disamina delle varie ipotesi di assicurazione obbligatoria si rinvia a A. DONATI-G. VOLPE PUTZOLI, *op. cit.*, p. 232.

Si è in particolare rilevato il mutato ruolo del danneggiante, da colpevole, e come tale imputabile, ad assicurato, mutamento che porterebbe a rivedere, secondo alcuni (73), lo stesso ruolo della colpevolezza come elemento indefetibile della fattispecie della responsabilità civile trasformando l'obbligazione risarcitoria, gravante sull'autore del fatto lesivo, nella prestazione indennitaria dell'assicuratore con cui quest'ultimo ha stipulato il contratto di assicurazione impostogli dalla legge.

Vi è stato anche chi ha visto nello strumento assicurativo una surroga del meccanismo di riparazione dei danni proprio della responsabilità civile, che finirebbe per mettere il discussione lo stesso ruolo del sistema degli illeciti civili all'interno dell'ordinamento (74).

La portata innovativa del fenomeno risulta, però, ridotta se si muove dalle considerazioni di un acuto osservatore, il quale ha avuto modo, al riguardo, di rilevare come « le assicurazioni... obbligatorie o no, non solo non obliterano la responsabilità civile ma addirittura la esigono atteggiandosi in funzione di essa » (75).

Non è, allora, tanto la responsabilità civile a rinnovarsi nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, ma sono piuttosto il contratto di assicurazione e, in particolare, gli stessi limiti di assicurabilità che hanno trovato la ragione di un loro mutamento

(73) Per tali osservazioni v. in particolare: B.S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1983, p. 301; N. DI PASCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Napola giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 197 ss.; M. COMPORI, *Considerazioni introduttive e generali, in Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Compori e G. Scalfi, Milano, 1988, p. 5 ss.; S. RODOTA', *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, *ivi*, p. 19 ss.

(74) Sul punto cfr. J. FLEMMING, *C'è un futuro per i torts?*, trad. C. Rossello e R. Paradisi, in *Rev. crit. dir. priv.*, 1984, p. 271 ss. in particolare p. 295

(75) Le parole sono di C. CASTRONOVO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Assicurazione obbligatoria e responsabilità civile (Atti del convegno tenutosi in Lucca nel 1989)* Milano, 1991, p. 39.

proprio nelle ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile (76).

L'interesse per la tutela del danneggiato, infatti, ha portato la giurisprudenza a dare una lettura dell'art. 1917 combinata rispetto alle singole fattispecie legali, ampliando i confini del rischio assicurabile sino a ricomprendere la stessa copertura degli illeciti dolosi (77).

6.1. I limiti dell'autonomia del predisponente nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria.

Come abbiamo avuto modo di considerare il nostro codice rimette la copertura della colpa grave nell'assicurazione della responsabilità civile all'autonomia delle parti per cui l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato anche per danni cagionati a terzi in conseguenza di una sua grave negligenza a meno che esista un'apposita esclusione contrattuale di tale copertura.

Resta però da chiarire se tale autonomia nella delimitazione subiettiva del rischio assicurato incontri dei limiti proprio in ipotesi di assicurazione obbligatoria.

In alcuni casi, infatti, il legislatore ha specificato che l'obbligo assicurativo può ritenersi adempiuto solo ove la copertura risulti essere « adeguata » (78), aprendo così un varco ad incisivi controlli sull'oggetto del contratto da parte del giudice.

(76) Uno dei lavori in cui è stato dato particolarmente rilievo all'incidenza del binomio assicurazione-responsabilità civile sull'idea di contratto di assicurazione è la monografia da noi già richiamata di A.D. CANDIAN *Responsabilità civile e assicurazione* cit., in particolare p. 3 ss. Ancora sul punto non possiamo mancare di menzionare C. ALBA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assic.*, 1999 I, p. 534 ss.

(77) V. *infra* § 6.2.

(78) Ci riferiamo all'ipotesi di assicurazione obbligatoria a carico delle amministrazioni ospedaliere per garantire l'ente e il personale dipendente ex art. 29 d.P.R. 27.3.1969, n. 130 ove era previsto che « le amministrazioni ospedaliere debbono garantire l'ente e il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione »

Non basterà, quindi, aver stipulato un contratto per la responsabilità civile al fine di ritenere assolto il suddetto obbligo, ma occorrerà verificare se tale copertura risulti « adeguata » in relazione all'attività assicuranda.

Una volta chiarita la portata di una simile norma sul contenuto dell'assicurazione obbligatoria, possiamo chiederci se, nelle altre ipotesi di assicurazione obbligatoria, dal silenzio del legislatore sul punto debba dedursi la piena libertà delle parti contraenti nella determinazione del rischio assicurato.

Pare inoltre plausibile interrogarsi sulla mera unilateralità di tale vincolo. Occorre, infatti, chiedersi se esista sempre un obbligo ad assicurare ove sia previsto un obbligo ad assicurarsi.

Con riferimento al primo quesito sembra che l'adempimento a tale obbligo, da parte dell'assicurando, possa dirsi esatto solo se la copertura del rischio *de quo* è completa.

Pertanto laddove il legislatore impone una copertura assicurativa per la responsabilità civile derivante da una determinata attività, tale obbligo può dirsi assolto solo ed esclusivamente se il rischio assicurato comprende ogni richiesta risarcitoria che al soggetto possa derivare per danni cagionati a terzi nello svolgimento di tale attività nei limiti, però, dell'assicurabilità del rischio in senso giuridico. Dovrebbe, quindi, ad esempio, essere comunque esclusi gli eventi dolosi che resterebbero inassicurabili anche in ipotesi di assicurazione obbligatoria (79).

Se non pare esservi dubbio che la previsione legislativa di ipotesi di assicurazione obbligatoria trovi il proprio completamento nell'obbligo di una copertura integrale del rischio oggetto dell'imposizione di legge, discutibile appare, per contro, l'unilateralità di tale vincolo.

L'attuale art. 28 II comma d.P.R. 20.12.1979 n. 761 prevede invece soltanto che « Le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile ».

(79) V. *infra* § 6.2.

Al riguardo, la giurisprudenza, in alcuni casi, ha individuato in una simile previsione normativa non solo un obbligo a contrarre per l'assicurando, ma anche una limitazione dell'autonomia contrattuale privata in ordine al contenuto del contratto in forza dell'alto interesse pubblico protetto da tale norma di legge (80), nella quale sarebbe rinvenibile l'esistenza di due obblighi tra loro complementari, da un lato, quello di stipulare un contratto assicurativo per un determinato rischio, dall'altro, quello di individuare il rischio assicurato in modo che questo coincida con l'evento oggetto dell'assicurazione obbligatoria.

Quest'ultima imposizione avrebbe come soggetto passivo non solo l'assicurato ma anche l'assicuratore il quale dovrebbe provvedere a predisporre il contenuto delle polizze in maniera conforme al precetto legislativo.

Così, in particolare, con riferimento al contratto di assicurazione stipulato in ottemperanza all'art. 1 l. 2.8.1967 n. 799, la Cassazione ha dichiarato la nullità della clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto in base alla quale « salvi i casi di buona fede, non sono risarcibili i danni verificatisi in violazione di leggi o di regolamenti sulla caccia » (81).

Come osserva la Suprema Corte, infatti, trattandosi di un'assicurazione obbligatoria essa deve coprire tutti i danni determi-

(80) In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza in materia di assicurazione obbligatoria per l'esercizio della caccia *ex art.* 1 l. 2.8.1967 n. 799: Cass. 17.11.1976, n. 4270 in *Foro it.*, 1976, I, 2798; Cass. 5.3.1979, n. 1360, in *Dir. e prat. assicuraz.*, 1979, II, 529; Cass. 13.11.1980, n. 5136, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2625; Cass. 4.7.1987, n. 5860 in *Assic.*, 1988, II, 28; Cass. 28.3.1990, n. 2544, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1197.

In materia di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica la l. 5.3.2001 n. 57 all'art. 4 ha rafforzato l'obbligo dell'assicuratore prevedendo a suo carico sanzioni in caso di « rifiuto o elusione da parte delle imprese assicuratrici dell'obbligo di accettare le proposte presentate dagli assicurandi ».

La previsione di sanzioni a carico dell'assicuratore sottolinea la bilateralità dell'obbligo ad assicurare talune forme di responsabilità come ha osservato A. GAMBINO, *Introduzione, in L'assicurazione della responsabilità civile da circolazione veicolare privata, concorrenza e obbligatorietà (atti del convegno tenutosi in Firenze il 30.6.2001)*.

a cura di G. Morbidelli, Torino, 2003, p. 6.
(81) *Cfr.* Cass. 17.11.1976 n. 4270, cit.

nati dall'assicurato a terzi nell'esercizio dell'attività oggetto dell'obbligo di legge, altrimenti la norma che impone la stipulazione di tale contratto verrebbe quasi completamente vanificata (82).

Da notare come la Cassazione, in dissociazione rispetto ai motivi di ricorso dell'assicurato, non fonda il proprio giudizio di nullità sull'art. 1344 considerando la suddetta delimitazione del rischio un'ipotesi di frode alla legge (83), ma assume l'esistenza di un autonomo contenuto precettivo imperativo nella stessa disposizione che prevede l'esistenza di un'ipotesi di assicurazione obbligatoria, la quale porrebbe altresì limiti all'autonomia delle parti nella delimitazione del rischio.

La clausola in esame sarebbe pertanto nulla per contrarietà a norma imperativa e sostituita *ex art.* 1419 dalla corrispondente

(82) Un altro punto affrontato dalla Suprema Corte, nella citata sentenza Cass. 17.11.1976 n. 4270, cit., riguarda la questione più generale in ordine all'ammissibilità di delimitazioni del rischio assicurato che escludano *sic et simpliciter* la responsabilità per colpa.

Una siffatta esclusione, infatti, determinerebbe la nullità del contratto per inesistenza del rischio *ex art.* 1895. Dal momento che la responsabilità è solo colposa o dolosa, essendo quest'ultima esclusa dalla copertura per legge, l'eventuale ulteriore esclusione della prima priverebbe di oggetto il contratto di assicurazione per la responsabilità civile.

La Cassazione nel pronunciarsi su tale questione affronta anche il problema della rilevanza della colpa nella responsabilità civile.

Sul punto v. *supra* capitolo I, nota 81.

(83) Parte della dottrina evidenzia la difficoltà di distinguere l'ipotesi della violazione della norma imperativa rispetto alla frode alla legge.

Si nota, infatti, come quest'ultima rappresenti uno strumento attraverso il quale si viene « ad ampliare la nozione della contrarietà alla legge, così da ricomprendere in essa anche i contratti che pervengono ad un risultato analogo a quello che la legge espressamente vieta »: così F. CARRAS, *Il contratto*, cit., p. 339.

In senso analogo altri Autori vedono nell'art. 1344 uno strumento interpretativo volto a colmare il divario tra lettera e spirito della legge: così G. RONDONI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1919, p. 1; A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Rev. dir. comm.*, 1990, I, p. 172.

Per contro altra parte della dottrina individua nella frode alla legge un concetto autonomo rispetto alla contrarietà a norma imperativa. Vedi in tal senso L. CARMARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 181 ss.; G. GIACOMINI, voce *Frode alla legge*, in *Dir. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1968, p. 73 ss.; U. MORETTO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 151; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 91.

delimitazione legale ricavabile dalla stessa norma che prevede l'assicurazione obbligatoria e che individua il rischio assicurato nella responsabilità civile conseguente allo svolgimento dell'attività venatoria.

La giurisprudenza non si limita a questa conclusione ma precisa che la nullità riguarda solo le delimitazioni del rischio che restringono la copertura assicurativa « oltre i limiti del ragionevole » (84).

La Suprema Corte, però, non individua i canoni cui è improntato tale giudizio di ragionevolezza.

Si potrebbe allora sostenere che il riferimento al criterio della ragionevolezza rappresenti un'apertura ad un giudizio di tipo equitativo improntato alla valutazione in ordine alla maggiore o minore rilevanza della delimitazione del rischio in relazione all'imposizione legislativa per cui sarebbero comunque valide le clausole che, pur restringendo la copertura assicurativa rispetto a quanto previsto dalla legge, non finiscono per vanificarne quasi completamente la portata come era, invece, nel caso in esame (85).

(84) Così Cass. 17.11.1976, n. 4270, cit.

(85) Al riguardo possiamo richiamare quella parte della dottrina e della giurisprudenza che fondano appunto la distinzione tra clausole delimitative del rischio, quindi delimitative dell'obbligo di assicurare, e clausole delimitative della responsabilità per le quali l'ordinamento mostra un atteggiamento restrittivo (v. artt. 1229 e 1341 Il comma).

Partendo dall'idea della sostanziale indistinguibilità tra obbligazione e responsabilità, parte della dottrina italiana ritiene perseguibili anche quelle clausole che limitando i diritti e gli obblighi derivanti da un contratto finiscono per « compromettere la realizzazione del suo scopo tipico » così F. BERNATI, voce *Clausole di esonerazione della responsabilità*, in *Dir. disc. priv. sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 403.

Seguendo tale indirizzo, infatti, si può arrivare a dire che anche le delimitazioni del rischio possono privare il contratto del suo « scopo tipico » in quanto alcune esclusioni del rischio possono finire per eludere la stessa funzione di *severum facere* propria del contratto di assicurazione.

In tal senso si segnalano anche alcune pronunce della Cassazione in cui si è qualificata come delimitativa della responsabilità *ex art.* 1341 Il comma una clausola delimitativa del rischio la quale, introducendo condizioni di assicurabilità eccessivamente onerose o di impossibile realizzazione, finiva per privare l'assicurato della copertura prevista nel contratto.

Così, nella sentenza Cass. 21.10.1994 n. 8643, in *Arch. giur. circol. str.*, 1995, 923 con nota P. Negri, si legge che « Il patto di polizza, il quale neghi per una determinata

Contro la suddetta soluzione giurisprudenziale si potrebbe osservare come dal testo di legge non risulti una simile limitazione all'autonomia delle parti nella determinazione del rischio assicurato dal momento che nulla vieta a questi di stipulare altri contratti di assicurazione al fine di coprire il rischio rimasto scoperto.

Questa conclusione varrebbe non solo ad escludere l'esistenza di un autonomo precetto imperativo che limiti l'autonomia delle parti nella delimitazione del rischio assicurato, ma anche a negare che eventuali restrizioni dell'evento coperto, rispetto a quello oggetto dell'assicurazione obbligatoria, siano riconducibili all'art. 1344 ed in quanto tali nulle.

Non vi è dubbio che la lettera della legge sul punto lascia ampio spazio all'interpretazione del giudice il quale è libero di determinare il significato del precetto normativo tenuto conto delle situazioni che si vengono a realizzare in concreto ed avuto altresì riguardo agli scopi che il legislatore può essersi prefisso nella redazione del testo normativo.

In particolare ai giudici, che si sono pronunciati a favore della nullità della suddetta esclusione contrattuale, non sarà sfuggito che l'interesse primario del legislatore, nell'ipotesi in esame, è legato a motivi di tutela del terzo danneggiato e che la mancanza di trasparenza dei contratti di assicurazione può aver indotto l'assicurato nel ragionevole errore di essere coperto per l'intero rischio oggetto dell'obbligo di legge.

situazione la copertura assicurativa, esula dalla mera delimitazione dell'oggetto della garanzia, e si traduce in esclusione della responsabilità dell'assicuratore, ai sensi ed agli effetti dell'art. 1341 cod. civ., ove identifi chi detta situazione non sulla base di evidenze fenomeniche, oppure dell'insorveglianza dell'assicurato a regole di comune diligenza o di specifica normativa disciplinante la sua attività, ma sulla base della mancanza di iniziative dell'assicurato medesimo d'impossibile o particolarmente difficile attuazione; in tale caso, infatti, la relativa previsione assume i connotati della deroga all'impegno assunto dall'assicuratore con il contratto, perché lo limita in dipendenza di circostanze che si verificheranno necessariamente, e che, quindi, sconfiggono della pura eventualità (adonea a differenziare i rischi garantiti da quelli "scoperti")».

Si è pertanto ampliato il contenuto della disposizione, ove è prevista l'assicurazione obbligatoria, fino a comprendere la complementare norma che vieta l'introduzione nel testo contrattuale di clausole che escludano dalla copertura assicurativa talune ipotesi di colpa qualificata.

Dalle perplessità sull'assicurabilità della colpa, ancora presenti agli inizi del secolo scorso, si arriva, così, a riconoscere l'esistenza di ipotesi in cui la colpa, anche grave, non solo può ma deve essere assicurata.

6.2. *Crisi della regola dell'assicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria?*

L'intervento giurisprudenziale più significativo in punto di delimitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria contro la responsabilità civile si è avuto con riferimento alla copertura degli illeciti dolosi.

Al riguardo abbiamo già avuto modo di considerare le ragioni di ordine pubblico che stanno alla base della regola dell'assicurabilità del dolo nonché il fondamento strutturale dello stesso in relazione alla aleatorietà del contratto di assicurazione.

In materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, però, la giurisprudenza, mossa dall'intenzione di offrire piena tutela al danneggiato vittima dell'azione dolosa altrui, supera tali ragioni intervenendo in via interpretativa proprio in ordine alle norme che prevedono l'assicurabilità del dolo dell'assicurato.

L'art. 1 l. 24.12.1969 n. 990, infatti, sancisce l'obbligatorietà dell'assicurazione per la responsabilità civile verso terzi prevista dall'art. 2054 c.c. » senza alcun richiamo, neppure nelle norme successive, all'esclusione della copertura degli atti intenzionali dell'assicurato.

Il silenzio del legislatore sul punto ha dato luogo a due diverse interpretazioni giurisprudenziali.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto la norma sull'assicurabilità degli illeciti dolosi, contenuta nell'art. 1917, inoperante perché non richiamata espressamente dalla legge speciale (86).

Pertanto, in mancanza di un'espressa esclusione convenzionale, il dolo dell'assicurato deve ritenersi coperto e, anche ove esso sia escluso per espressa pattuizione contenuta nella condizioni generali di contratto, tale esclusione non sarà opponibile al terzo danneggiato ex art. 18 nei limiti del massimale (87).

In quest'ultimo caso l'assicuratore, pur non essendo esentato dalla corresponsione dell'indennizzo al danneggiato, vanterebbe comunque un diritto di rivalsa verso l'assicurato.

Altra parte della giurisprudenza, più recentemente, ha interpretato il suddetto silenzio del legislatore come un divieto di escludere convenzionalmente il dolo dell'assicurato in caso di assicurazione sulla responsabilità civile automobilistica (88).

Pertanto, ove il contratto di assicurazione preveda l'esclusione della responsabilità derivante da atti intenzionali dell'assicurato, la singola pattuizione sarebbe nulla e sostituita dalla inclusione della relativa copertura ex art. 1419 c.c.

Entrambe le suddette soluzioni, però, meritano di essere riviste alla luce della ratio delle disposizioni contenute negli artt. 1900 e 1917.

(86) In tal senso Cass. 17.5.1982 n. 3038, in *Foro it.*, 1982, I, 2196; Trib. Milano 15.07.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1588; Trib. Roma 11.01.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1588.

(87) Sul punto v. *GERI, Osservazioni sulla inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Asstic.*, 1979, II, p. 269 ss.

(88) In tal senso Cass. 18 febbraio 1997 n. 1502, in *Resp. civ. e prev.* 1998, I, 1082, con note di G. COLALACOMO, *Il problema del dolo nell'assicurazione obbligatoria R.C.A. e l'eterogeneità normativa del contratto* e di E. RICCIARDI, *L'assicurazione del fatto doloso*.

Critico rispetto ad un simile orientamento G. GALLONE, *Nullità della clausola contrattuale limitativa del rischio e applicabilità dell'art. 1419 II comma c.c. La nuova soluzione della S.C. in materia di assicurazione obbligatoria per la r.c.d.*, in *Gior. it.*, 1998, I, p. 840 ss.

Diversa è la questione della non operatività dall'esclusione del dolo ore non specificatamente sottoscritta dall'assicurato ex art. 1341 II comma. Cf. Cass. 18.10.1990, n. 10470, in *Gior. civ.*, 1991, I, 932; Cass. 8.6.1988, n. 3890, in *Gior. civ. mass.*, 1988.

Tali norme rivestono un contenuto generale e troveranno, quindi, applicazione negli specifici contesti salvo che il legislatore non abbia dettato una disciplina speciale in contratto (89).

Inoltre, anche ove la norma di cui all'art. 1917 non fosse applicabile alla speciale ipotesi della assicurazione obbligatoria automobilistica, l'inassicurabilità del dolo dell'assicurato deriverebbe in via indiretta attraverso il ricorso alle clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume di cui la suddetta norma, come da noi precisato (90), può dirsi espressione.

Non bisogna peraltro dimenticare come l'esclusione del dolo dalla copertura assicurativa sia giustificata non solo da ragioni di ordine pubblico ma altresì dalla stessa struttura del contratto di assicurazione.

Assicurare un atto intenzionale, infatti, vuol dire escludere la stessa aleatorietà del contratto di assicurazione, vuol dire dar

(89) In tal senso si è espressa la Cassazione con sentenza 17.5.1999, n. 4798, in *Giur. civ.*, 2000, I, 2085 affermando che « Con riferimento alla specifica problematica in questione, se si considera l'ambito dei rapporti tra assicuratore ed assicurato, si deve ritenere che il legislatore, nel dettare la particolare disciplina in esame (l. 990 e segg.) non abbia affatto inteso derogare al principio che colui che compie intenzionalmente un atto dannoso deve pagare in prima persona le conseguenze di esso, con la conseguenza che non è consentito ad alcuno assicurarsi per le conseguenze di un proprio fatto intenzionale; e che pertanto deve ritenersi nulla anche nel campo dell'assicurazione obbligatoria (sempre limitatamente ai predetti rapporti) l'eventuale clausola che garantisca la copertura assicurativa anche per fatti dolosi dell'assicurato ».

Precedentemente in senso analogo si era espressa anche la C. Appello di Roma 3.5.1995, in *Aristo*, 1996, II, 2, 113: « Il principio generale contenuto nell'art. 1917 comma 1 c.c., per l'assicurazione della responsabilità civile, che esclude l'obbligo dell'assicuratore in caso di sinistro doloso dell'assicurato, non risulta derogato da nessuna disposizione della l. n. 990 del 1969 dove invece viene espressamente richiamato mediante il rinvio che l'art. 1 compie, per individuare la responsabilità civile coperta dall'assicurazione obbligatoria, all'art. 2054 c.c., norma che prevede solamente fattispecie di responsabilità per colpa ».

Con riferimento a quest'ultimo inciso occorre rilevare come la dottrina maggioritaria tenda a considerare l'ipotesi di cui all'art. 2054 una fattispecie di responsabilità oggettiva. V. in particolare recentemente M. PANZONI *Fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, pp. 667-670.

(90) V. *supra* nota 67. Contro l'indennizzabilità degli atti dolosi in ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica Trib. Roma, 29.4.5.5.2003, n. 14620, in *D & G - Diritto e Giustizia*, 2003, f. 42, p. 68.

luogo ad una relazione negoziale che manca di quel presupposto indefetibile del contratto di assicurazione che è il rischio (91).

Ne segue che il silenzio del legislatore in materia di assicurazione obbligatoria automobilistica, in punto di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato, non comporta né un'esclusione di tale delimitazione soggettiva, in mancanza di una diversa pattuizione, né tanto meno un divieto legale di eventuali esclusioni convenzionali in tal senso (92).

Non vi è, però, dubbio che una simile linea interpretativa, sebbene faccia salve le ragioni sulle quali si fonda l'inassicurabilità degli atti dolosi, finisce per tradire le finalità di tutela delle vittime della strada proprie della legge sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica.

In dottrina esiste un orientamento che tende ad ammettere l'indennizzabilità anche degli illeciti dolosi superando il problema della loro assicurabilità.

Intendiamo riferirci a quegli Autori che individuano la fonte del diritto del terzo danneggiato, in caso di illeciti derivanti dalla

(91) Sull'aleatorietà del contratto di assicurazione v. *supra* capitolo I nota 2.

(92) In tal senso v. G. GALLONE, *op. cit.*, p. 841.

Una soluzione, che sia volta a contemperare le esigenze di tutela del danneggiato con le ragioni di ordine pubblico che stanno alla base del divieto di copertura degli atti intenzionali dell'assicurato, potrebbe essere quella di ritenere obbligato alla prestazione indennitaria, in caso di illeciti dolosi, il Fondo di garanzia la cui funzione è appunto quella di provvedere al risarcimento dei danni causati da veicoli o natanti non identificati o non assicurati oppure coperti da una polizza stipulata con un'impresa che si trovi, al momento del sinistro, in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente, come disposto dall'art. 19 della l. 24.12.1969 n. 990. In tal senso Cass. 17.5.1999, n. 4798, *cit.*

Si tratta in pratica di ricondurre, in via interpretativa, i danni derivanti dagli illeciti dolosi all'interno della categoria dei sinistri causati da veicoli non coperti da garanzia assicurativa.

Il principale limite di una simile interpretazione è costituito dalla lettera della legge che chiaramente si riferisce solo ai casi in cui il proprietario dell'autoveicolo non ha adempiuto all'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica.

Sulla funzione e i limiti dell'obbligo del Fondo di garanzia verso le vittime della strada v. in particolare G. CASPIGLIANO, voce *Assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. I, Torino, 1980, p. 470 ss.

circolazione di veicoli o natanti, non nel contratto di assicurazione ma in una fattispecie complessa (93).

Fondare il diritto del terzo danneggiato sul contratto vuol dire condizionare il primo alla validità ed efficacia del secondo, il che importa l'esistenza di un limite alla tutela delle vittime della strada nelle ipotesi di nullità e inefficacia della copertura assicurativa, come avviene in caso di illecito doloso.

Diversa è la conclusione se si ritiene che « il diritto del terzo danneggiato non dipende dal regolamento contrattuale, ma si fonda su una fattispecie che, del contratto, si limita a recepire il fatto umano rilevante in quanto tale fino alla somma coperta dal massimale » (94). In questo caso i limiti alla validità ed efficacia del contratto non inciderebbero sul diritto all'indennizzo del terzo verso l'assicuratore ex art. 18 l. 24.12.1969 n. 990.

Seguendo una simile linea interpretativa si potrebbe arrivare a concludere che in presenza di illeciti dolosi il diritto all'indennizzo del terzo danneggiato verso l'assicuratore sarebbe comunque esigibile per legge. L'impresa assicuratrice potrebbe, però, ripetere dall'assicurato la somma corrisposta al danneggiato in virtù del contratto di assicurazione la cui copertura non opera in ipotesi di atti intenzionali.

Due sono gli aspetti di tale soluzione, che impongono una riflessione.

(93) Cfr. M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., p. 43 ss.; Id. *L'inopponibilità delle eccezioni nell'assicurazione obbligatoria della Rca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 36 ss. Ad analoghe conclusioni giungono gli Autori che, pur non operando una distinzione tra fattispecie estrema (assicuratore-danneggiato) e fattispecie interna (assicuratore-assicurato), assumono la perfetta coincidenza tra il diritto del danneggiato al risarcimento del danno ex art. 2054 e il diritto all'indennizzo che lo stesso vanta verso l'assicurato ex art. 18 l. 24.12.1969 n. 990. In tal senso v. in particolare G. PARISSOTTI, *Le azioni dell'assicuratore che ha ripartito il danno*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, cit., p. 124 ss.; G.B. ESBA, *L'assicurazione dei veicoli a motore: presupposti e limiti di un'evoluzione legislativa*, in *Aspetti della trasformazione dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto*, Roma, 1982, p. 18 ss.

(94) Così M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., p. 46.

In primo luogo risulta difficilmente collocabile, secondo un approccio di tipo sistematico, questa sorta di sdoppiamento dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore la quale sarà di fonte contrattuale rispetto al danneggiante assicurato, mentre rispetto al terzo sorgerà da una fattispecie complessa all'interno della quale il ruolo del regolamento contrattuale è ridotto dall'invadenza del legislatore (95).

In secondo luogo, seguendo tale ricostruzione, risulta difficile continuare a ricondurre la relazione tra assicuratore e terzo all'interno del rapporto assicurativo (96).

(95) Al riguardo si parlò di una « dissoluzione logica del contratto ». Questa originale e efficace espressione di G. PARISSOTTI, *op. cit.*, p. 125 è ripresa da M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 41.

(96) Del resto un Autore che aveva sostenuto il fondamento extraccontrattuale dell'azione diretta del danneggiato concludeva nel senso che l'obbligazione dell'assicuratore avrebbe natura contrattuale quando il contratto è valido ed efficace, negli altri casi il diritto del terzo verso l'assicuratore troverebbe la sua fonte esclusivamente nella legge che finirebbe per investire l'assicuratore della posizione di una sorta di fidejussore legale, per cui quest'ultimo sarebbe tenuto ad indennizzare il danneggiato per legge ma avrebbe diritto di rivalsa verso il danneggiante assicurato. Cfr. E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, vol. III, *Assicurazione facoltativa e obbligatoria*, Milano, 1971, p. 894.

Né vale rilevare, al fine di assumere comunque la natura assicurativa del fenomeno, che si tratterebbe di una fidejussione assicurativa. In dottrina sono state espresse non poche perplessità sulla natura assicurativa della c.d. assicurazione fidejussoria. Con quest'ultima, infatti, non si garantisce un rischio ma un debito altrui. Sul punto A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 37; M. FRACALI, *voce Assicurazione del credito*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 528 ss.; G. VOLPE PIZZOLI, *Garanzie fidejussorie e attività assicurativa*, in *Assic.*, 1981, I, p. 502 ss.; M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fidejussoria*, in *Civiltà. Civ.*, 1986, II, p. 138 ss.; M. SERRA, *Polizze fidejussorie e cauzionali*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1995, vol. XI, p. 174 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fidejussorie*, Milano, 1997, p. 43 ss. Dubbi, al riguardo, sono stati espressi anche dalla giurisprudenza. V. in particolare Cass., 6.4.1998, in *Mass. Foro it.*, 1998, Cass. 4.4.1995, n. 3940, in *Civiltà. Civ.*, 1995, I, 2413 con nota di M. COSTANZA, *L'assicurazione fidejussoria non è una fidejussione*, Cass. 11.10.1994, n. 8295, in *Mass. Foro it.*, 1994, Cass. 3.11.1993, n. 10850, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1994, 291, con nota di B. Pagliara e F. Pagliara. Per la giurisprudenza di merito v. C. App. Milano, 3.9.1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 175, con nota di D. Chindemi; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 20. Esistono in vero opinioni di senso contrario. Si tratta però di una tesi risalente nel tempo e legata alla difficoltà che gli interpreti avevano incontrato nell'operare distinzioni tra assicurazione fidejussoria e assicurazione del credito con cui l'assicurato si garantisce dal rischio di insoddisfacenti procedure esecutive. Cfr. P. SACCOMOTTI, *Aspetti*

Ci pare, quindi, che, anche accogliendo tale teoria ricostruttiva del fenomeno, non si arrivi a superare la regola dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi, ma semplicemente a rinvenire uno strumento di tutela del terzo danneggiato alternativo rispetto al contratto di assicurazione.

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

CAPITOLO III

Senakuro: 1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione. — 2. Assicurazione marittima e contrabbando. — 3. Dall'inassicurabilità degli illeciti all'inassicurabilità delle pene. — 4. Risarcimento e pena. — 4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento. — 4.2. tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento; — 4.3. La dicoronia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno.

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione.

Abbiamo avuto già modo di considerare come i giuristi, che per primi affermarono la validità del fenomeno del contratto di assicurazione, provvidero altresì ad individuare i limiti del rischio assicurabile dichiarando, in generale, nullo il contratto mediante il quale si prestò garanzia per un'attività illecita (1), in quanto potrebbe rappresentare un incentivo a « delinquere » per il titolare dell'indennizzo (2).

Sulla base di tali motivazioni sono fondate le argomentazioni contro la liceità dell'assicurazione sulla vita in quanto suscettibile di rappresentare un *voluntatum captandae mortis* (3).

(1) V. *supra* capitolo II, § 1.

(2) I giuristi dell'epoca considerano per tal motivo illecito il contratto di assicurazione ove nella determinazione dell'evento coperto ricorrono le clausole « *si occideris* » o « *si occideretur* ». In tal senso A. D. P. SANTERVA, *Tractatus permissis et quotidianis*, cit. p. 545, n. 10.

(3) Sul punto A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 301.

I dubbi sull'assicurabilità della vita saranno però dissipati già nell'800. Nella seconda metà del XIX secolo si dirà che, sebbene la vita possa parere inassicurabile in quanto si tratta di un bene non avente un prezzo di mercato, non è dato rinvenire alcun

delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano, in *Assic.*, 1956, I, p. 27 ss.; M. STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni*, in *Assic.*, 1958, I, p. 61 ss.; P. SALERNA, *L'assicurazione del credito-polizze fidejussorie-cauzioni*, Milano, 1959, p. 6 ss.; R. IPPOLITO, *Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fidejussorie*, in *Assic.*, 1985, I, p. 92 ss. In giurisprudenza si contano alcune pronunce sia di legittimità che di merito a favore della assimilabilità del fenomeno al contratto di assicurazione. Cfr. Cass. 14.3.1978, n. 1292, in *Assic.*, 1978, II, 2, 73; Cass. 24.11.1979, n. 6152, *invi.*, 1980, II, 2, 32 (s.m.); Trib. Pavia 20.4.1984, in *Resp. Civ. prev.*, 1991, 516; Trib. Napoli 15.6.1991, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1993, II, 91; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 30

Per una critica alla ricostruzione dell'assicurazione obbligatoria come fidejussione legale v. M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 36.

Ci pare, quindi, che, anche accogliendo tale teoria ricostruttiva del fenomeno, non si arrivi a superare la regola dell'inasscurabilità degli illeciti dolosi, ma semplicemente a rinvenire uno strumento di tutela del terzo danneggiato alternativo rispetto al contratto di assicurazione.

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

CAPITOLO III

SOMMARIO: 1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione. — 2. Assicurazione marittima e contrabbando. — 3. Dall'inasscurabilità degli illeciti all'inasscurabilità delle pene. — 4. Risarcimento e pena. — 4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento. — 4.2. tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento; — 4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno.

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione.

Abbiamo avuto già modo di considerare come i giuristi, che per primi affermarono la validità del fenomeno del contratto di assicurazione, provvidero altresì ad individuare i limiti del rischio assicurabile dichiarando, in generale, nullo il contratto mediante il quale si presti garanzia per un'attività illecita (1), in quanto potrebbe rappresentare un incentivo a « delinquere » per il titolare dell'indennizzo (2).

Sulla base di tali motivazioni sono fondate le argomentazioni contro la liceità dell'assicurazione sulla vita in quanto suscettibile di rappresentare un *volunt captandae mortis* (3).

(1) V. *supra* capitolo II, § 1.

(2) I giuristi dell'epoca considerano per tal motivo illecito il contratto di assicurazione ove nella determinazione dell'evento coperto ricorrono le clausole « *si occideris* » o « *si occideris* ». In tal senso A.D.P. SANTENA, *Tractatus penititiae et quotidianis*, cit., p. 545, n. 10.

(3) Sul punto A. BALDASSARONI, *op. cit.*, p. 301.

I dubbi sull'assicurabilità della vita saranno però dissipati già nell'800. Nella seconda metà del XIX secolo si dirà che, sebbene la vita possa parere inasscurabile in quanto si tratta di un bene non avente un prezzo di mercato, non è dato rinvenire alcun

delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano, in *Assic.*, 1956, I, p. 27 ss.; M. STORATI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni*, in *Assic.*, 1958, I, p. 61 ss.; B. SALEMI, *L'assicurazione del credito-polizze fideiussorie-cauzioni*, Milano, 1959, p. 6 ss.; R. IPIOLITO, *Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fideiussorie*, in *Assic.*, 1985, I, p. 92 ss. In giurisprudenza si contano alcune pronunce sia di legittimità che di merito a favore della assimilabilità del fenomeno al contratto di assicurazione. Cfr. Cass. 14.3.1978, n. 1292, in *Assic.*, 1978, II, 2, 73; Cass. 24.11.1979, n. 6152, *ivi*, 1980, II, 2, 32 (s.m.); Trib. Pavia 20.4.1984, in *Resp. Civ. prev.*, 1991, 516; Trib. Napoli 15.6.1991, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, 91; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 20.

Per una critica alla ricostruzione dell'assicurazione obbligatoria come fideiussione legale v. M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 36.

Con riferimento al tema oggetto del presente capitolo, però, assumono uno speciale interesse le considerazioni di alcuni dei primi Autori di trattati di diritto delle assicurazioni in merito alla liceità della copertura assicurativa di attività *contra legem*, come ad esempio il contrabbando (4).

È su tale ipotesi che intendiamo soffermare la nostra attenzione in quanto descrive un limite alla validità del contratto di assicurazione rappresentato appunto da una possibile relazione di questo con le attività che risultano contrarie ad interessi generali e che trovano una risposta dell'ordinamento in sanzioni punitive.

2. Assicurazione marittima e contrabbando.

Con riferimento al problema dell'assicurabilità delle merci contrabbandate assumono una particolare rilevanza, sotto il profilo della relazione tra illecito e assicurazione, le costruzioni teoriche che sul punto si sono succedute nel senso di un progressivo ampliamento dei confini del rischio assicurabile: dal rifiuto assoluto per la assicurabilità di qualunque evento collegato, anche solo indirettamente, alla commissione di atti di contrabbando, in quanto si tratterebbe di un contratto volto ad agevolare condotte contrarie all'ordine pubblico (5), si passa ad individuare possibili spazi all'autonomia delle parti in dipendenza del diverso modo di relazionarsi dell'evento garantito con l'attività illecita.

In tal senso già alla fine del '700 vi sarà chi tenterà una distinzione (6), poi ripresa anche successivamente nell'800 (7), tra il contrabbando finanziario e il contrabbando di guerra.

Si considerano merci di contrabbando finanziario quelle di

divieto in merito. Così L. BORSARI, *Codice di commercio del regno d'Italia*, pt. 2, Torino-Napoli, 1869 p. 377.

(4) Tale esempio in particolare è tratto da B. M. EMERIGON, *op. cit.*, pp. 210-211.

(5) Cfr. B. M. EMERIGON, *op. loc. cit.*

(6) Intendiamo riferirci a A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 233 ss.

(7) Vedi A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 124 ss.

cui è proibita l'importazione e l'esportazione nonché quelle che hanno passato la frontiera senza pagare il dazio.

In quest'ultimo caso, poiché l'illecito si compie nel momento in cui la merce soggetta a dazio varca la frontiera senza la corresponsione della tassa prevista, sarà nulla l'assicurazione con cui si garantisce il rischio della confisca governativa per il fatto del contrabbando (8).

Solo in tale ipotesi, infatti, il contratto di assicurazione verrebbe a coadiuvare l'atto illecito.

L'assicurazione che copra i rischi del viaggio fino alla frontiera, invece, non avrebbe ad oggetto un'attività *contra legem* dal momento che l'illecito si compie solo in corrispondenza del mancato pagamento della tassa prevista per l'esportazione della merce all'estero.

Diversamente in caso di commercio di beni, per il quale è imposto solo un generico divieto di importazione o di esportazione, il contrabbando si consuma con lo stesso trasporto e messa in commercio del bene (9). In tal caso sarà allora illecita anche

(8) Cfr. A. SACERDOTI, *op. loc. cit.*

(9) Sul punto viene ad inserirsi una discussione in ordine alla possibile estensione di tale illecità. Ci si chiede, infatti, se sia nullo solo il contratto di assicurazione contrattante con le leggi dello Stato in cui è avvenuta la stipulazione oppure se si possa avere nullità anche per la violazione di leggi degli altri Stati in cui si svolge l'attività assicurata.

A favore della prima soluzione si esprime B. M. EMERIGON, *op. loc. cit.* Si tratta di una soluzione che ha trovato successivamente seguito in J. BÉDARRIDE, *Commentaire du code de commerce*, libro II, *Des commerces maritimes*, t. XIII, Paris, 1879, p. 208 ss., il quale osserva come sarebbe contraddittorio non sanare pene per l'introduzione di tali merci e poi considerare invalida l'assicurazione delle stesse. Ancora a sostegno di tale soluzione L. BORSARI, *op. cit.*, p. 382 ss. richiama il principio *locus regit actum*. Ad avviso di quest'ultimo però l'assicuratore sarà tenuto all'indennizzo solo ove l'assicurato abbia informato della legge proibitiva esistente nello Stato straniero. In tal senso v. anche A. SACERDOTI, *op. loc. cit.* Cfr. G. R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, cit., p. 114 ss., il quale, nel richiamare la sentenza dell'Ammiraglio di Marsiglia del 30.6.1758 che dichiarava la validità di un contratto di assicurazione trascorse sopra merci di contrabbando per la legge spagnola, osserva criticamente che «Coloro che commerciano in un paese sono dal diritto delle genti e dalla legge naturale obbligati a conformarsi per questo commercio alle leggi del paese i cui lo fanno...» in caso contrario «...tal commercio è a dunque illecito e contratto alla buona fede; e per

l'assicurazione per il viaggio mediante il quale si compie l'attività vietata (10).

Altre sono le considerazioni compiute dagli Autori citati con riferimento al contrabbando di guerra (11).

Al riguardo la dottrina distingue il contrabbando di guerra in senso lato da quello in senso stretto (12). Il primo è rappresentato dalla violazione del blocco dei traffici commerciali in genere tra due paesi nemici. Il secondo, invece, riguarda la violazione del divieto, imposto agli Stati neutrali di somministrare mezzi propri di guerra agli Stati belligeranti oppure la violazione del divieto di fornire armi allo Stato-nemico.

Tali distinzioni trovano impiego ai fini della soluzione della questione dell'assicurabilità.

Per quanto concerne il contrabbando in senso lato, come nel caso del contrabbando finanziario per mancato pagamento del dazio, la violazione si consuma nel momento in cui si ha il passaggio verso lo Stato in cui opera il blocco.

Quindi sarà nullo il contratto di assicurazione mediante il quale l'assicuratore si impegna a versare un indennizzo per il caso di confisca della merce contrabbandata (13).

Con riferimento al contrabbando di guerra in senso stretto, in

conseguenza il contratto di assicurazione fatto per favorire ed assicurare questo commercio assoggettando l'assicuratore al rischio di confisca, al quale è esposto, è particolarmente illecito e non può per conseguenza produrre alcuna obbligazione».

(10) Si precisa altresì che «la nullità poi qui si verifica anche se fosse eccetto il rischio di presa per la violazione della legge proibitiva, poiché se potesse l'assicurato, in caso di sinistro durante il viaggio, percepire il compenso sfuggirebbe egli in seguito al sinistro alla pena sancita per l'atto suo contrario all'ordine pubblico»: così A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 127.

(11) Cf. A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 235 e A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 134 ss.

(12) Cf. A. SACERDOTI, *op. cit.*, pp. 134-135.

(13) Altro è il problema dell'assicurabilità delle merci nemiche. Si potrebbe infatti vedere nell'assicurazione delle merci nemiche una violazione del principio di diritto pubblico della preda. Sul punto L. BOSSATI, *op. cit.*, p. 382.

Per contro A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 134 ss. osserva che tale principio sia ormai condannato dalla maggioranza dei giuripublucisti e inoltre che favorire un tale commercio non vuol dire agevolare il nemico come sarebbe nel caso del contrabbando di guerra in senso stretto.

considerazione del fine che deve guidare il commercio perché questo possa dirsi vietato, ovvero fornire mezzi di guerra allo Stato belligerante o allo Stato nemico, sarà nulla solo l'assicurazione che favorisca in genere un simile traffico commerciale (14).

Come per il caso del contrabbando di merci di cui è vietata l'importazione e l'esportazione in tal caso l'illecito si consumerebbe con lo stesso trasporto di mezzi di guerra verso la frontiera. Quindi sarebbe invalida in genere l'assicurazione di tale trasporto.

Il giudizio sulla liceità del rischio assicurato risulta così improntato esclusivamente al principio di prevenzione degli illeciti in applicazione del quale il contratto di assicurazione sarà nullo allorché la garanzia con esso prestata finisce per coadunare la commissione incentivandone il compimento.

3. *Dall'assicurabilità degli illeciti all'assicurabilità delle pene.*

Il binomio tra illiceità della condotta assicurata e illiceità del contratto di assicurazione è ancora presente in uno dei più importanti trattati del '900 in materia di diritto delle assicurazioni (15).

L'Autore di tale opera, però, compie una sottile distinzione tra il caso in cui l'evento assicurato sia direttamente connesso con un'attività illecita ed il caso in cui questa ne rappresenti una mera occasione (16).

Così, affinché si possa parlare di rischio inassicurabile,

(14) Al riguardo particolare rilievo assumevano le simulazioni del rischio assicurato. Sulla loro validità si osserva come «la simulazione per coprire i rischi dei sudditi di nazioni belligeranti non solo è permessa, ma è in uso presso tutte le Nazioni commercianti, giacché i diritti della guerra non devono impedire ai neutrali il loro libero commercio ed i giuripublucisti ammettono che per evitare i danni o cagionarne ai neutrali è permesso usare delle simulazioni»: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 237.

(15) Intendiamo riferirci all'opera di A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione*, cit., p. 141 ss.

(16) Così A. DONATI, *op. loc. cit.* Tale distinzione avrebbe trovato spazio anche nella giurisprudenza: v. Cass. 23.2.1963, n. 434, in *Arsc.*, 1964, II, 2, 4.

l'evento coperto dovrebbe essere non solo direttamente riferibile all'assicurato (17), ma anche in relazione di causa effetto con un'attività illecita.

In tal senso viene portato come esempio quello dell'assicurazione incendi di una casa di tolleranza. In questa ipotesi il fatto che l'edificio assicurato sia adibito ad un'attività *contra legem* non è causa dell'evento coperto rappresentato dall'incendio. Una simile copertura assicurativa è, pertanto, pienamente lecita.

Diverse saranno le conclusioni ove la copertura abbia ad oggetto, ad esempio, il debito contratto per organizzare l'attività di metreticio. In tal caso, infatti, l'attività illecita è causa immediata e diretta dell'evento dannoso.

Altra parte della dottrina notava, però, come questa distinzione presenti una forte discrasia col sistema delineato dal nostro codice civile il quale espressamente riconosce l'assicurazione della responsabilità civile, purché non derivante da dolo (18), sebbene l'evento assicurato, ovvero la perdita pecuniaria derivante dall'adempimento dell'obbligazione risarcitoria, trovi la propria causa immediata e diretta in un'attività illecita.

L'argomentazione, secondo cui è nullo il contratto di assicurazione mediante il quale si presta copertura assicurativa per eventi che si rapportano ad un'attività illecita secondo una relazione di causa-effetto, entra così in crisi per la sua eccessiva ampiezza nel momento in cui si riconosce l'assicurabilità degli illeciti civili.

Una soluzione che salvi il binomio illecità dell'attività assicurata e nullità del contratto potrebbe allora essere quella di operare una distinzione tra illecità penale o amministrativa e illecità civile (19).

(17) L'evento assicurato deve essere conseguenza di un'attività posta in essere da parte dell'interessato non rilevando l'attività di soggetti terzi quali il preposito. Sul punto A. DONATI *op. cit.*, p. 143.

(18) In tal senso A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *Diritto delle assicurazioni: il contratto di assicurazione*, vol. II, cit., p. 84 nota 9.

(19) Una particolare ipotesi di interferenza tra assicurazione e delitto è individuata dall'art. 2 della Legge 8/1991. Al I comma di tale disposizione è previsto che

Si potrebbe, infatti, distinguere, ai fini di una valutazione sulla liceità del rischio assicurato, l'illecito penale o amministrativo dall'illecito civile ritenendo inassicurabili solo le conseguenze dei primi in quanto ordinate a finalità pubblicistiche e, quindi, sottratte alla disponibilità dei privati.

Anche una simile soluzione, però, non appaga, in quanto le conseguenze sul piano sanzionatorio dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo non paiono rappresentare una categoria unitaria ma al loro interno possono individuarsi sia autentiche pene sia rimedi non ispirati ad i principi del sistema punitivo.

Tali considerazioni hanno portato la Suprema Corte a concludere nel senso che rientrano nella copertura del rischio di guerra come spese di salvataggio anche le somme richieste ed

« chiunque stipula contratti di assicurazione aventi ad oggetto la copertura del rischio, nel territorio dello Stato, di sequestro di persona a scopo di estorsione è punito con la reclusione... » e al II comma che « i contratti di assicurazione aventi ad oggetto, sotto qualsiasi forma, il rischio del sequestro di persona a scopo di estorsione sono nulli. »

E, quindi, inassicurabile il rischio di sequestro che potrebbe trovare copertura in una polizza che preveda l'indennizzo del danno rappresentato dalla spesa sostenuta per adempiere alle richieste dei rapitori.

La dottrina che si è interrogata sulla ratio di una simile disposizione è giunta alla conclusione che la ragione di tale divieto risiede nella considerazione che un siffatto contratto di assicurazione potrebbe incoraggiare i rapitori alla commissione dell'atto delittuoso e allo stesso tempo dissuadere la vittima dal ricorso a più energiche e costose misure autoprotettive. Sul punto A. LA TORRE, *Echi dell'antico divieto sul contratto di assicurazione*, in *Astis*, 1995, I, p. 340.

In vero una simile ragione ci pare non giustificare in maniera soddisfacente le conseguenze che la legge pone per il caso di inosservanza del divieto. Si tratta, infatti, di sanzioni non solo sul piano della validità-invalidità del contratto ma anche sul piano delle limitazioni della libertà personale del contraente.

La logicità del divieto di assicurazione del sequestro, corroborato dall'esistenza di una sanzione punitiva in caso di violazione, è per contro evidente se coordiniamo tale divieto col contenuto dell'art. 1 della legge in esame.

Infatti la stipulazione di una polizza per il sequestro è in contrasto con sistema che l'ordinamento italiano ha adottato per la prevenzione dei sequestri di persona ovvero il sequestro di beni appartenenti alla persona sequestrata, al coniuge e ai parenti e affini conviventi.

Pertanto la stipulazione di una polizza rappresenterebbe non solo uno strumento incentivante l'attuazione di sequestri, ma potrebbe comportare anche una violazione indiretta della norma penale in quanto costituirebbe un mezzo per aggirare il sistema del sequestro di beni disposto dalla legge in esame.

ottenute dalle autorità di uno Stato estero per il riscatto di navi sequestrate per pesca abusiva nel caso in cui tali somme non rappresentino una sanzione punitiva (20).

Non sarebbero, infatti, rinvenibili ragioni di ordine pubblico che ostracolino la copertura di perdite conseguenti all'illecito diverse dalla pena.

Occorre inoltre considerare come uno stesso fatto può risultare suscettibile di essere qualificato, ad un tempo, sia come illecito penale che come illecito civile fonte di un'obbligazione risarcitoria assicurabile.

Quindi, al fine di individuare i limiti all'assicurabilità degli illeciti, la qualificabilità o meno degli stessi in termini di reato non pare un criterio risolutivo della questione (21).

Sarebbe allora opportuno rivedere la distinzione sopra delineata tra causa e occasione illecita dell'evento assicurato onde individuare i confini dell'assicurabilità del rischio.

Sebbene non vi siano dubbi che, se l'attività illecita è una mera occasione dell'evento assicurato, tale circostanza non incide in alcun modo sulla validità delle delimitazioni contrattuali del rischio, non sembra che si possa arrivare ad una conclusione speculare per il caso in cui sia illecita la causa dell'evento coperto. Come abbiamo visto esistono, infatti, perdite derivanti in via diretta ed immediata dall'illecito, che sono assicurabili.

Occorre, quindi, fermare la nostra attenzione sull'attività illecita come causa dell'evento coperto e rimettere in discussione in primo luogo lo stesso binomio tra attività illecita e inasicurabilità.

(20) Così Cass. 25.10.1984, n. 5437, in *Assic.*, 1985, II, 2, 69, con nota confutante di E. VINCENZANI, *Sequestro di nave per pesca illegale in acque territoriali svizzere, polizza rischi guerra e copertura del rischio*.

(21) Sul punto F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 19 ss. il quale appunto osserva come bisogna considerare il diritto civile e il diritto penale come due ordinamenti idonei a tradurre in termini diversi, secondo i diversi criteri che li dominano, fatti identici. Uno stesso fatto può, così, avere rilanzenze giuridiche diverse a seconda dell'ordinamento civile o penale che ne compie la valutazione.

Quindi il fatto, che l'ordinamento qualifica in termini di torto (civile o penale), rimane lo stesso ma diversa è la sanzione.

bilità del rischio da cui erano partiti gli Autori che per primi si sono occupati del tema.

In realtà il rischio assicurato rappresenta la possibilità oggettiva di accadimento dell'evento dannoso coperto e non è delimitato, se non in via indiretta, dalla causa da cui quest'ultimo origina.

Al fine di verificare se una data delimitazione del rischio sia o meno conforme a ordine pubblico e buon costume, non basterà fermarsi a considerare la liceità dell'attività causa dell'evento assicurato, ma sarà necessario verificare quale sia la natura di tale evento e come lo stesso si relazioni con i principi dell'ordinamento.

Del resto questa soluzione ci viene suggerita proprio dalla decisione della Cassazione poc'anzi citata (22), la quale ammette la copertura delle spese del sequestro non tanto perché influenzata dalla più liberale prassi inglese, come suggeriscono alcuni Autori (23), ma perché si tratterebbe di somme « non collegate con l'irrogazione di una sanzione penale » e (24), in quanto tali, non legate in alcun modo con i principi di ordine pubblico su cui si regge il sistema delle sanzioni punitive.

La sentenza della Corte ci offre l'occasione per individuare una delle conseguenze dell'attività illecita considerata inasicurabile: il deterioramento che si determina nella sfera del soggetto assicurato a seguito della irrogazione di una sanzione punitiva conseguente a sua volta alla condotta illecita tenuta da quest'ultimo (25).

Le sanzioni punitive, infatti, rappresentano uno strumento

(22) V. *supra* nota 20.

(23) In tal senso A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *op. loc. cit.*

(24) La motivazione della S.C. risulta più chiara se confrontata col caso concreto. La somma non rappresenterebbe né una multa, visto che quanto pagato superava largamente la pena pecuniaria prevista dallo Stato del Gambia per pesca abusiva, né sarebbe dovuta a titolo di conciliazione amministrativa, dal momento che era stata devoluta a titolo di riscatto per il sequestro della nave e la detenzione dell'equipaggio avvenuti *contra legem* e che parte della somma era stata versata a personale beneficiario del capo della polizia.

(25) Sul punto vi è concordia di opinioni nel ritenere contraria all'ordine pubblico l'assicurazione di una sanzione punitiva. In dottrina in particolare in tal senso

per correggere la dissimmetria prodottasi nell'ordine giuridico a seguito di un intervento antigiuridico di un soggetto (26).

Pare evidente che, se il fine di tale strumento sanzionatorio è quello di ricostruire l'ordine violato, allora lo stesso, a differenza delle sanzioni positive e delle obbligazioni risarcitorie, trova fondamento nel principio di effettività della sanzione inteso come certezza della pena (27), principio che si presenta evidentemente in inconciliabile contrasto con l'operazione assicurativa, in quanto la presenza di un terzo, l'assicuratore, il quale si assume il rischio che a un dato soggetto venga irrogata una sanzione punitiva, finisce per rendere assolutamente certa l'impunità del responsabile.

In ciò consisterebbe l'insanabile contrasto che la dottrina tedesca individua tra lo « *Strafzweck* » proprio delle sanzioni punitive e il contratto di assicurazione (28).

Il discorso vale sia per il caso in cui l'assicuratore si obblighi

C. VITTIANO, *op. cit.*, pp. 88-89; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., p. 144.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere nulla per illiceità di causa i contratti con cui si costituisce l'obbligo in capo ad un soggetto di tenere indenne il colpevole da una pena a lui inflitta. Così Cass. 24.1.1953, n. 209, in *Giust. Civ.*, 1953, 309; Cass. 4.6.1954, n. 1825, in *Giust. Civ.*, 1954, 1301; C. App. Palermo, 10-8-1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 268; C. App. Venezia, 21-7-1955, in *Giust. Civ.*, 1955, 195.

In tal senso si è espressa anche l'Isvar nella circolare del 22 maggio 1995 n. 236 ove si afferma che, in considerazione del carattere personale e affettivo di tali sanzioni, « il contratto di assicurazione che sollevi l'assicurato dal pregiudizio economico costituito dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie sia da considerare quale avente una causa e, quindi, una funzione economico-sociale illiceità per continenza all'ordine pubblico ex art. 1343 c.c. Infatti risulterebbero violati i sopradichiamati principi di personalità e affinitività con innegabili conseguenze negative in relazione al potere deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie riguardo ai comportamenti futuri dei soggetti interessati ». Sulla specifica questione dell'assicurabilità delle sanzioni punitive v. *ambplus infra* parte I, capitolo 2, § 2.

(26) Sul punto F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI Milano, 1989, p. 309 ss.; Id., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, 5^a ed. p. 23.

(27) V. in particolare F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, cit., pp. 309-310.

(28) In tal senso v. B. GROSSFELD, *op. loc. cit.*

a pagare un'indennità corrispondente alla sanzione punitiva pecuniaria inflitta al responsabile, sia per il caso in cui l'assicuratore si obblighi a versare un determinato indennizzo per il danno patito dall'irrogazione di una sanzione personale o interdittiva; si pensi all'ipotesi in cui l'assicuratore si obblighi a versare una determinata somma per ogni giorno di reclusione (29).

Nel primo caso il contratto di assicurazione contrasterebbe con la certezza della pena sia in punto di *an* che di *quantum*.

Nel secondo caso, sebbene la sanzione venga comunque irrogata a carico del responsabile, la corresponsione di un indennizzo inciderebbe sul detrimimento effettivamente patito dal reo e quindi sulla certezza della pena in relazione al *quantum*.

Altro è il discorso per le obbligazioni risarcitorie conseguenti ad un illecito civile mediante le quali l'ordinamento mira non a ripristinare l'ordine violato a seguito dell'illecito commesso, ma a riparare il danno concretamente subito dal danneggiato (30).

Il principio di effettività che domina le sanzioni punitive non appartiene al sistema delle obbligazioni risarcitorie in ordine alle quali l'ordinamento è preoccupato non tanto della certa afflizione del responsabile, ma piuttosto dell'effettivo ristoro del danneggiato.

Questo fa sì che l'obbligazione risarcitoria trovi nel contratto di assicurazione il proprio complemento perché tramite esso si

(29) Sulla effettività come certezza della pena v. recentemente F. GIUNTA, *L'Effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 416-425.

(30) La questione fa emergere il problema della distinguibilità tra illecito penale e illecito civile sotto il profilo della partizione tra sanzioni penali e obbligazioni risarcitorie civili. Sul punto rinviando alla lettura di M. ROMANO, *Risarcimento del danno in rebus, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 865 ss. in particolare p. 887, il quale propone una netta separazione tra conseguenze civili e conseguenze penali dell'illecito. Contra C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 ss., il quale propone l'inserzione di una sorta di *tertium genus* tra sanzione penale e obbligazione risarcitoria civile. In senso analogo A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, pp. 598-599.

assicura la riparazione del danno subito anche ove lo stesso sia di notevole entità (31).

Sotto un diverso profilo il problema dell'inassicurabilità delle pene si inserisce nella più ampia problematica della negoziabilità della pena ovvero della possibilità per i privati di dar vita a contratti che abbiano come oggetto appunto la sanzione punitiva irrogata dall'ordinamento (32).

Se si riconosce nella pena l'autentica espressione della *actio-ritas* statale, in quanto essa costituisce una delle modalità in cui si attua la relazione pubblicistica tra Stato e soggetti privati, allora ogni negozio che venga a frapponersi ad un simile rapporto dovrà ritenersi nullo perché contrario agli stessi principi di ordine pubblico cui tale relazione è ispirata (33).

Per contro le perdite pecuniarie conseguenti all'adempimento di un'obbligazione risarcitoria saranno indennizzabili da parte dell'assicuratore in quanto questa rappresenta uno strumento del diritto privato posto a tutela degli interessi particolari dei privati e rimesso alla disponibilità di questi ultimi (34).

(31) Sulla relazione di complementarietà tra assicurazione e responsabilità civile v. in particolare G. ARPA, *op. loc. cit.*

(32) Il tema delle possibili interrelazioni tra contratto e pena è stato oggetto di riflessioni con particolare riguardo alla querela e al patteggiamento. In realtà entrambi palano qualificabili come atti di natura processuale. Discutibile appare quindi la loro qualificabilità in termini di contratto. Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 74.

Per qualificarli come negozi giuridici occorrerebbe recuperare le dottrine sul negozio processuale (Cfr. V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1978, p. 138).

Tale categoria non sembra, però, confacente con l'autodeterminazione delle parti nella predisposizione del contenuto contrattuale. Per una simile idea non sembra infatti esservi spazio nell'ordinamento processuale in cui la forma, il contenuto e gli effetti degli atti trovano la propria regolamentazione esclusivamente nelle norme di legge.

(33) Sul punto in particolare F. FERARA, *Il negozio illecito*, Milano, 1902, p. 236.

(34) Così la distinzione tra pena inassicurabile e risarcimento del danno assicurabile finisce per inserirsi nel più ampio discorso della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico fondata sulla considerazione che quest'ultimo è rappresentato in parte dal c.d. « diritto dei privati », ovvero un diritto che nasce dalle singole relazioni che gli stessi regolamentano secondo gli spazi che la legge lascia alla loro autonomia, v. W.

E, quindi, nella bipartizione tra responsabilità penale e responsabilità civile e nella correlata distinzione tra pena e risarcimento che riposa uno dei principali limiti di ordine pubblico all'assicurabilità del rischio (35).

Si tratta, però, di un limite destinato a seguire le sorti di tali concetti, per cui l'evolversi della realtà giuridica, cui gli stessi si riferiscono, non potrà che rimettere in discussione le conclusioni sin qui tracciate.

4. Risarcimento e pena.

La problematica relativa alla distinguibilità sul piano teorico di pena e risarcimento ha interessato, per ragioni e sotto profili diversi, civilisti, penalisti e filosofi del diritto (36).

Siamo di fronte ad un tema di confine che, in quanto tale, non può dirsi materia di esclusivo interesse e competenza di un solo specifico ambito disciplinare del diritto e che porta a riflettere sulla stessa incommunicabilità tra diritto civile e diritto penale (37) e, con particolare riferimento al tema da noi trattato, sulla possibilità di compiere una netta distinzione tra sistema della responsabilità civile e sistema della responsabilità penale.

CESSANO SPOZZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, p. 60. Sulla extrastatalità come caratteristica del diritto privato cfr. F. VASSALI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cian*, Milano, 1951, vol. II, pp. 482-483.

(35) Sul percorso compiuto dalla scienza giuridica nell'operare la distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale v. in particolare G. RONDINI, *Dalla « lex Aquilia » all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 944 ss.; C. A. CANNATA, *op. loc. cit.*; B. KUNESCH, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 123 ss.

(36) Tra i primi Autori che si sono dedicati al compimento a livello dogmatico di tale partizione possiamo ricordare K. BINDING, *Die Normen und ihre Überleitung*, vol. I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1922, 4^a ed., p. 284 ss.

(37) Dirà uno dei grandi Maestri dedicatosi a tale tema: « la verità è, peraltro, che questi (ovvero i penalisti) e quelli (ovvero i civilisti) credono di essere ben chiusi a casa propria, e invece sono, quasi sempre nella grande casa comune »: così F. CARLUCCI, *op. cit.*, p. 90.

4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento.

Una prima distinzione tra pena e risarcimento, è stata compiuta sul piano strettamente descrittivo tenuto conto della diversità a livello disciplinare che tra essi intercorre dal punto di vista dei soggetti attivi e passivi dell'imposizione: mentre il risarcimento potrà essere adempito anche da una persona diversa dal responsabile ed eseguito a favore del privato danneggiato, la pena è caratterizzata dalla personalità del vincolo che lega il reo allo Stato (38).

Si tratta comunque di una partizione puramente formale, come tale inidonea a cogliere la vera essenza del fenomeno.

Preso atto dell'insufficienza dell'approccio puramente descrittivo, si potrebbe pensare di individuare una chiave di lettura della problematica nella differente funzione di pena e obbligatorietà risarcitoria. Per tal via, però, si giunge ad una distinzione che, pur mirando a cogliere la reale essenza dei fenomeni, finisce per offrire solo una rappresentazione degli stessi falsata in considerazione della loro reale polifunzionalità che li porta a condidere, almeno in parte, identici fini (39).

Occorrerebbe inoltre chiedersi se la funzione dei singoli fenomeni giuridici possa rappresentare una nota caratterizzante della loro reale essenza oppure appartenga, anch'essa, alla loro esteriorità espressa negli effetti che gli stessi realizzano o mirano a realizzare.

Da tali considerazioni muove la nostra scelta di ricondurre tale approccio ad un livello puramente descrittivo.

Volendo, comunque, individuare i contenuti di tale teorizza-

(38) « Die Strafe ist also ausnahmslos eine höchst persönliche Leistung des in Rechtsverletzung Schenkigen, der Schadenersatz keineswegs und zwar in doppelter Beziehung nicht »: così K. BINDING, *op. cit.*, p. 284.

(39) Sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulla possibile condivisione di identici fini tra responsabilità civile e penale cfr. S. ROBERT, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 600 ss.

zione, pur nella consapevolezza della sua insufficienza sul piano della ricerca ontologica, si può osservare che il risarcimento del danno è indirizzato a reintegrare la sfera del privato dal danno subito a causa della condotta antigiuridica altrui. Per contro la pena è volta, non a riparare un danno, ma a danneggiare a sua volta il reo al fine di reprimere la sua azione e prevenirne la reiterazione (40).

La pena, allora, a differenza del risarcimento, sarebbe uno strumento volto a guardare più il futuro che non il passato della condotta antigiuridica. Non sarebbe, infatti, irrogata per eliminare il detrimento subito dal danneggiato, ma piuttosto per evitare che una simile condotta antigiuridica si ripeta.

Tale partizione è già stata oggetto di critiche in considerazione del fatto che se è vero che il risarcimento del danno è volto a riparare un pregiudizio, non è meno vero che anch'esso finisce per cagionare a sua volta un corrispondente detrimento della sfera del danneggiante e per svolgere una funzione di repressione e prevenzione degli illeciti (41).

Per arrivare a conclusioni diverse occorre riconoscere che il responsabile non subisce alcun danno dall'imposizione dell'obbligatorietà risarcitoria in quanto questa viene ad eliminare il beneficio che egli ha ottenuto dall'azione antigiuridica altrui. Occorre, insomma, considerare la responsabilità civile in una logica di scambio propria della dimensione contrattuale per cui, attraverso il risarcimento, il danneggiante viene a corrispondere al danneggiato il prezzo della lesione del diritto (42).

Così, ad esempio, il risarcimento del danno per violazione del

(40) « Das Wesen des Schadenersatzes besteht in seiner Bestimmung zu reparieren, einen im Rechte nicht begründeten Zustand zu verhängen durch den Rechtsordnung, gesessen, derjenige aber, der Strafe leidet, soll und kann durch sein Leiden nicht einen unterliegenden Zustand aufheben; die Strafe ist bestimmungsgemäss etwas anderes als Reparation »: così K. BINDING, *op. cit.*, p. 288.

(41) Cfr. F. ANTONIETTI, *L'offesa e il danno*, Bergamo, 1970, p. 163.

(42) In tal senso v. recentemente P. GALLO, *Pena private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 48 ss.

diritto all'immagine altro non sarebbe che il costo per aver utilizzato l'immagine altrui senza il necessario consenso.

Si può per contro osservare come, oltre alla difficoltà di ricondurre la responsabilità civile all'interno di una logica di scambio (43), resta il fatto che non sempre la violazione di un diritto altrui si traduce in un beneficio per il danneggiante.

Dalla suddetta distinzione funzionale tra risarcimento del danno e pena è ricavabile un'ulteriore possibile differenza tra i due termini: dal momento che la pena è volta a colpire la condotta illecita, mentre il risarcimento è volto a riparare un danno, solo nella determinazione della prima avrebbe valore il grado di colpevolezza dell'autore dell'illecito (44).

Simile distinzione è stata oggetto di critiche in quanto nel nostro ordinamento non esiste alcuna disposizione da cui possa dedursi l'irilevanza della colpevolezza nella determinazione del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria; anzi, dato l'ampio margine lasciato all'equità del giudice agli artt. 1226 e 2056, parrebbe che tra i criteri per determinare l'ammontare del danno risarcibile vi possa essere anche tale dato (45).

Ancora dall'approccio funzionale muove un'altra possibile distinzione tra pena e risarcimento: essendo la prima volta a colpire una condotta illecita al fine di impedirne la reiterazione e il secondo volto a compensare un pregiudizio concretamente patito in conseguenza dell'illecito, solo quest'ultimo necessiterebbe una determinazione in concreto e non ammetterebbe

(43) In particolare si può osservare come l'obbligazione che sorge in conseguenza della responsabilità civile trova nei suoi presupposti elementi che esorbitano da una logica di mero scambio. Si pensi alla rilevanza della colpevolezza dell'agente. Cfr. sul punto *supra* capitolo I nota 82.

(44) Sulla base di tali considerazioni parte della dottrina motiva la riconducibilità del risarcimento del danno ambientale al concetto di pena. L'art. 18 della L. 349/1986 individua, infatti, nella colpevolezza del danneggiante uno dei criteri attraverso cui determinare l'ammontare del *quantum debetur*. Cfr. A. DE CURIS, *La ripartizione del danno all'ambiente: risarcimento o pena*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 401 ss.

(45) Così F. ANTONISEI, *op. cit.*, p. 159.

predeterminazioni in termini di minimi e massimi edittali di fonte legislativa (46).

Si tratta di un aspetto che ha assunto particolare rilevanza con il progressivo accrescimento dell'entità delle obbligazioni risarcitorie riconosciute in capo ai responsabili di illeciti civili da parte dei giudici.

Tale fenomeno, infatti, ha posto in concreto il problema relativo alla possibilità di intervenire in via legislativa onde contenere il potere equitativo dei giudici nella determinazione del *quantum debetur* entro precisi limiti. Del tema avremo comunque modo di occuparci più diffusamente in altra parte (47).

Di fronte alla riconosciuta insufficienza delle distinzioni sin qui esaminate in quanto inadeguate a cogliere l'essenza rispettivamente di pena e risarcimento, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di compiere, al riguardo, una vera partizione ontologica.

Abbandonata così tale prospettiva alcuni Autori hanno proposto di operare una distinzione formale tra pena e risarcimento separando sul piano concettuale l'idea di « *punishment* » da quella di « *criminal punishment* » (48).

Il primo sarebbe un « *concept* » e l'altro un « *legal fact* » caratterizzato dall'infissione di una pena appunto attraverso un procedimento penale.

Così anche il risarcimento è un « *punishment* » ma non un « *criminal punishment* » in quanto la condanna all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria avviene all'interno di un procedimento civile.

Si tratta di una distinzione, come preannunziato, puramente

(46) Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 878 il quale in base a tale assunto solleva dubbi sulla costituzionalità di un ipotetico sistema che impieghi il risarcimento a fini punitivi in quanto contrario al principio *nalla poena sine lege*.

(47) V. *infra* parte II, capitolo 2, § 5.

(48) Tale distinzione è di H.L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford-London, 1969, p. 35 ss.

formale e, in quanto tale, non verificabile né falsificabile, sulla cui rilevanza si possono avanzare non poche perplessità perché tale partizione ci dice quale deve essere il *vestimentum* di pena e risarcimento senza dirci cosa essi siano.

4.2. I tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento.

Una dimensione ontologica della distinzione tra pena e risarcimento è raggiunta da coloro che fondano l'essenza della prima nella stessa potestà sanzionatoria dello Stato.

Secondo gli Autori che muovono da tale assunto, quello che caratterizza la pena è il suo essere frutto di un'azione pubblica connotata dai caratteri della assolutezza, doverosità ed irrinunciabilità (49).

In questa prospettiva la sanzione punitiva non ha riguardo solo alla relazione vittima-reo, ma piuttosto a quella tra Stato ed individui (50).

Questa partizione tra pena e risarcimento parrebbe peraltro trovare una rispondenza sul piano disciplinare: la prima, diversamente dal secondo, avendo carattere pubblico, prescinderebbe dalla volontà dei soggetti lesi e si tradurrebbe in una relazione personale tra Stato e reo. Pertanto nessun altro potrebbe accol-

(49) Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Milano, 1916, p. 34 ss.

(50) Al riguardo osserva G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, p. 8 ss. che nella determinazione dell'entità della sanzione penale, a differenza che nella quantificazione della somma da corrispondere a titolo di obbligazione risarcitoria, si deve far riferimento alla gravità dell'offesa arrecata in astratto alla società.

Una simile visione risulta invero incompleta in quanto accentrata la potestà sanzionatoria in capo allo Stato senza tener conto della possibilità di riconoscere natura di pena anche alle sanzioni punitive irrogate da enti diversi dallo Stato all'interno di ordinamenti paralleli a quello statale. Si pensi, al riguardo, al potere disciplinare punitivo delle associazioni sportive. Sul punto W. CESSARINI SORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, *Nota a Cass. SS. LL. 27.7.1953*, in *Foro it.*, 1953, cc. 1395-1396.

larsi la sanzione punitiva in luogo del responsabile e solo lo Stato sarebbe il beneficiario della sanzione.

Una simile distinzione, sebbene risulti particolarmente solida su un piano epistemologico, in quanto idonea a fornire una chiara visione dei fenomeni, risulta contestabile avuto riguardo alle finalità dirette e indirette cui sono ordinate le sanzioni contro gli illeciti.

Sotto tale profilo si potrebbe rilevare come anche il risarcimento del danno, in quanto strumento di composizione del conflitto vittima-reo, potrebbe essere indirettamente uno strumento di ricostruzione dell'ordine pubblico (51).

Se si intende superare simili considerazioni occorre allora operare una chiarificazione limitando il campo di indagine agli interessi immediati cui sono finalizzati pena e risarcimento.

La pena, quale strumento volto a colpire l'illiceità della condotta del responsabile in sé e per sé considerata, è indirizzata a tutelare in via diretta e immediata interessi pubblici. Per contro il risarcimento del danno in quanto ordinato alla compensazione del danno patito dalla vittima lesa dall'azione antigiusdica altrui è indirizzato in via immediata e diretta solo alla tutela degli interessi del danneggiato.

Prendendo le mosse da una simile argomentazione altra parte della dottrina ha proposto di individuare la reale essenza di pena e risarcimento, muovendo non tanto dalla natura privata o pubblica degli interessi lesi, ma dalla risarcibilità o meno dei conseguenti pregiudizi (52).

Il risarcimento, in quanto strumento di ricostruzione della sfera del privato lesso, opererebbe mediante compensazione per

(51) L'idea del risarcimento del danno come mezzo di difesa sociale di interesse pubblico risale alla scuola positiva. Sul punto si possono in particolare ricordare i contributi di E. FERRI, *op. cit.*, p. 733, R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, p. 42 ss.

(52) Sul punto F. CARBARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1870, p. 221 ss. e più recentemente M.C. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino, 1990, p. 20.

equivalente del pregiudizio ed avrebbe ad oggetto danni economici in quanto immediatamente surrogabili mediante denaro.

La pena, invece, rappresenterebbe un'alternativa al risarcimento in caso di lesione di beni non risarcibili come mezzo di tutela delle entità astratte in cui riposano i valori su cui si fonda l'ordinamento giuridico (53).

Secondo tale logica le riparazioni di perdite non pecuniarie, in quanto non suscettibili di essere compensate per equivalente e quindi non risarcibili, dovrebbero essere annoverate all'interno della categoria della pena (54).

Si tratta di una ricostruzione teorica che ha avuto, in particolare, seguito nella dottrina italiana la quale si è trovata a dare sistemazione allo strumento della riparazione che il codice Zanardelli, all'art. 38 (55), prevedeva come rimedio autonomo rispetto al risarcimento.

Tale questione non mancò di sollevare, all'epoca, un largo dibattito che permise un dialogo tra penalisti e civilisti (56), i quali orientarono i loro studi prima che sulla distinzione tra risarcimento e pena, sulla possibile partizione esistente tra le fonti di tali sanzioni: l'obbligazione risarcitoria troverebbe origine in

(53) Cfr. K. BINDING, *op. cit.*, p. 284 ss.

(54) Cfr. G. PAOLI, *Il reato, il risarcimento la riparazione*, Bologna, 1925, p. 179 ss. *Contra* sin da ora si segnala la posizione di SALV. ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, I, *Premesse e parte generale*, Perugia, 1929, p. 94 ss. Quest'ultimo pur riconoscendo nel risarcimento del danno uno strumento volto a compensare un detrimento subito mediante utilità equivalenti, inserisce le riparazioni di perdite non pecuniarie all'interno del sistema della responsabilità civile in quanto ritiene che elemento costitutivo dell'illecito civile sia il danno inteso come generica lesione di interesse e non il solo danno risarcibile. Le riparazioni di perdite non pecuniarie, allora, sarebbero altro sia rispetto al risarcimento sia rispetto alla pena, ma in ogni modo risulterebbero comunque riconducibili all'interno del sistema di diritto privato in quanto volte non tanto ad affliggere il responsabile quanto a risarcire il danneggiato del detrimento subito.

(55) V. *amplius infra* § 4.3.

(56) Al riguardo si può ricordare come la già citata monografia di Francesco Carnelutti « *Il danno e il reato* » sia nata come risposta al sopra menzionato libro di Giulio Paoli « *Il reato, il risarcimento, la riparazione* ».

un danno; diversamente la pena verrebbe irrogata in ragione di un'offesa.

È sulle costruzioni concettuali, su cui si sono fondati i differenti orientamenti sul punto, che intendiamo soffermare la nostra attenzione, in quanto il problema della qualificazione delle riparazioni di danni *stricto sensu* non risarcibili assume particolare attualità ed interesse in un sistema della responsabilità civile che va progressivamente ampliando l'oggetto della sua tutela a interessi il cui detrimento non sembra compensabile mediante utilità equivalenti ed in particolare mediante il denaro.

4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno.

L'art. 38 del codice Zanardelli recitava « oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione » (57). Mentre diceva il legislatore in merito al contenuto di tale rimedio.

Peraltro la questione trovava un'ulteriore complicazione nel dettato dell'articolo 37 ove si individuava la titolarità del diritto alla riparazione, di cui all'art. 38, appunto in capo allo « offeso o danneggiato ». Non si comprende pertanto se si tratti di una conseguenza dell'offesa penale o del danno civile.

Sia nella relazione ministeriale al progetto del codice penale

(57) Tale norma sembra trovare un'erede nell'art. 12 della l. 8.2.1948 n. 47 ove si sancisce che « Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa la persona offesa può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato ». Si tratta di una norma che, sebbene abbia avuto una scarsa applicazione, ha sollecitato gli sforzi teorici della dottrina. Cfr. V. ZENOVICIA, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 57, il quale prende atto che tale riparazione trova fondamento non nel danno subito dal soggetto passivo, ma nella stessa condotta antigiuridica.

che in dottrina sembra prevalere la tesi che allontana l'idea di riparazione da quella di risarcimento in quanto l'uno sarebbe volto a riparare un danno e l'altra sarebbe volta a rafforzare l'efficacia repressiva della pena verso l'offesa (58).

In particolare, nel distinguere tra riparazione e risarcimento la dottrina dell'epoca, muove dalla distinzione tra danno e offesa

(58) Indicazioni in tal senso sono rinvenibili nella *Relazione ministeriale al progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati XVI Legislatura*, n. 28, Roma, 1887, p. 146 ss. ove si afferma che « codesta riparazione dell'offesa non deve confondersi col risarcimento del danno, anche se estesa a quello che suol dirsi danno morale. Non occorrono parole per mostrare come si distingua dal risarcimento del danno materiale. Ma essa va altresì nettamente distinta dal risarcimento del danno morale, ad esempio, dalla diminuzione o dalla perdita di credito e della riputazione sociale prodotta da un reato il quale offende l'onore o il pudore di una persona oppure dalla mancanza di appoggio e di direzione che patisce una famiglia per l'omicidio di chi ne è sostegno. Questa non è l'offesa alla cui riparazione si provvede con detta disposizione speciale. Il fine della riparazione non è il risarcimento di un danno diretto: è la soddisfazione dell'oltraggio patito, del risentimento, del rammarico prodotto dall'offesa sull'animo di chi ne è stato vittima, o di chi è intimamente legato con la vittima, senza alcun riguardo al danno propriamente detto che l'offesa stessa gli abbia o no recato. La riparazione dell'offesa non può avere per scopo di risarcire un danno cui provvede l'azione civile, ma intende a rafforzare l'efficacia della repressione in quei reati che non imporrebbero una grave sanzione repressiva, sproporzionata al caso e che invece può ottenersi mercè appunto questo complemento penale. »

In senso analogo si pone anche parte della dottrina dell'epoca v. in particolare G. PAOLI, *op. cit.*, p. 182 ss. il quale afferma che « la riparazione pecuniaria non può confondersi col risarcimento di un pregiudizio economico, sia pure meramente opinato e sia pure di prova oltremodo disagiata... il danno deve essere danno. Al di là di esso rimane ancora la possibilità della corresponsione di una somma di denaro a chi fu offeso, ma questa possibilità non è risarcitiva ma riparativa » (p. 182). Continua, però, quest'ultimo Autore distinguendo anche la riparazione dalla pena in quanto la prima è volta a compensare un detrimento subito dal privato in ragione di un danno irrisarcibile e non può rappresentare un'alternativa alla pena ma un « complemento di pena ed è garantita da un'azione che è azione penale complementare privata o azione quasi penale » (p. 200).

Diversa è la posizione di quanti identificano nel termine riparazione il risarcimento dei danni morali. L'art. 1151 del codice civile del 1865 non conteneva la partizione tra danno patrimoniale e non. Così parte della dottrina dell'epoca deduceva, dal silenzio della legislazione civile sulla risarcibilità dei danni morali, la eccezionalità di questa limitata appunto ai casi di cui all'art. 38 del cod. penale. Cfr. P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 173. In giurisprudenza sulla irrisarcibilità del danno morale Cass. SS. UU. 30.11.1927, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 621 con nota di B. BARTUCCI, *Danno morale*.

cui è correlata la infungibilità tra pena e risarcimento del danno in quanto rimedi volti a coprire spazi diversi: l'una mira a sanzionare il nocimento, attuale o potenziale, del bene protetto (offesa), l'altra a riequilibrare la sfera del soggetto danneggiato del detrimento subito (danno).

Sulla distinzione tra danno e offesa tre sono sostanzialmente gli orientamenti.

Carnelutti prende le mosse, nella propria argomentazione, dalla premessa che il fatto qualificato dall'ordinamento come torto civile o penale è lo stesso. L'unica differenza tra i due sistemi sarebbe così unicamente rappresentata dalla sanzione pena o risarcimento (59).

Per giungere a tali conclusioni l'Autore adotta una nozione di danno particolarmente ampia, che recentemente un'Aurice non ha mancato di definire carnaleontica (60): il danno rappresenterebbe la lesione di un interesse riconosciuto e tutelato dall'ordinamento (61).

Per tal via il concetto di danno finisce per essere confuso con quello di offesa (62). Di qui l'affermazione di una coincidenza della sostanza di fatto che sta alla base del torto penale o civile. Non c'è reato senza danno, in quanto anche nei reati di pericolo è presente una lesione di interesse e, quindi, un danno nella nozione allargata dello stesso adottata dall'Autore.

L'identità tra danno e offesa sembra, però, entrare in crisi nel momento in cui l'Autore comincia a distinguere: risarcimento, riparazione e pena.

(59) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 19 ss.

(60) Inquadriamo riferirci a D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 113.

(61) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 25.

(62) Tale elaborazione viene ricondotta dalla dottrina all'interno della « concezione meramente sanzionatoria » del diritto penale e riferita ad una certa « atmosfera paracivile » di quegli anni caratterizzata da vari reattivi di rileggere il diritto penale alla luce dei principi e della sistematica propria del diritto civile. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale generale*, Padova, 2001, 4^a ed., p. 923.

A tal fine, infatti, Carnelutti è costretto ad individuare una nozione più ristretta di danno: il danno risarcibile.

Non tutte le lesioni di interesse determinano un pregiudizio concreto oggetto dell'obbligazione risarcitoria. Si avrà così un danno risarcibile ed uno non risarcibile.

Questo vuol dire, però, operare una distinzione tra la fattispecie dell'illecito civile, costituita da un danno, inteso come lesione di un diritto o di un interesse meritevole di tutela, e la conseguente obbligazione risarcitoria che trova il proprio fondamento in un danno inteso come detrimento concretamente prodotto nella sfera del soggetto leso (63).

Si viene così a creare una frattura tra causa ed effetti, tra fattispecie e conseguenze giuridiche della stessa.

Tale distinzione è poi alla base della partizione tra risarcimento del danno e pena. Quest'ultima, infatti, è utilizzata non solo in quelle ipotesi in cui l'illecito presenta un forte impatto sociale, ma altresì nei casi in cui il risarcimento non può sortire alcun effetto (64), ovvero in particolare nei casi in cui siamo di fronte ad una lesione di interesse che non ha cagionato alcun danno in senso stretto o ne ha cagionato uno di lieve entità rispetto alla gravità dell'offesa.

È allora il danno in senso stretto quello che determina, da un lato, una incommunicabilità tra responsabilità penale e responsabilità civile e, da un altro, una sostanziale infungibilità tra pena e risarcimento.

Quello che a noi interessa della costruzione carneluttiana sul punto è che l'Autore si trova di fronte alla necessità, al fine di mantenere ferma la pretesa identità tra danno e offesa, di distin-

(63) Tale costruzione ci riporta alla distinzione tra *Rechtsverletzung* e *Schaden* di H. DEGENKOLA, *Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes*, in *AcP*, 76 (1890), p. 188.

In Italia più recentemente tale distinzione trova seguito in A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 26; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 390.

(64) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 50 ss.

guere la fattispecie costitutiva dalla responsabilità civile dalla fonte dell'obbligazione risarcitoria per espellere dalla prima un elemento che la distinguerebbe dalla fattispecie della responsabilità penale: il danno inteso come detrimento concreto patito dal leso.

Quest'ultimo, imprescindibile presupposto dell'obbligazione risarcitoria, finisce, infatti, per essere in generale un *quid pluris* rispetto alla fattispecie della responsabilità penale, fatta eccezione appunto per i reati di danno.

Opposta alla posizione di Carnelutti è la teoria di Antolisei il quale distingue l'offesa dallo « svantaggio particolare » ovvero dalle conseguenze negative della condotta antigiuridica che si sostanziano in un detrimento nella sfera del soggetto leso (65). Solo l'offesa è elemento costitutivo della fattispecie penale, per contro il danno è un elemento esterno alla stessa.

Inoltre l'offesa è irreparabile; è solo possibile attenuarne l'entità ove l'obbligo violato possa essere ancora adempiuto (66). Il danno, invece, è sempre riparabile perché il detrimento subito dal leso può essere quantificato e compensato con il corrispondente equivalente sul piano economico.

Per tal via danno e offesa sono distinti e parimenti distinti devono essere risarcimento e pena: l'una è irrogata al fine di sanzionare la condotta antigiuridica in sé considerata e l'altro è volto a compensare il danno causato.

Da tali considerazioni emerge nuovamente come il risarcimento trova un *quid pluris* nei suoi elementi costitutivi rispetto alla pena: il danno inteso come concreto pregiudizio subito dal soggetto passivo in conseguenza della condotta antigiuridica che si mira a sanzionare (67).

Anche dopo l'emanazione del codice Rocco, ove non è

(65) F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 16.

(66) F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 43-44.

(67) « Il danneggiato è sempre offeso, ma non ogni offeso è danneggiato »: così F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 220.

riproposta una norma come l'art. 38 del codice Zanardelli, il problema della distinzione tra danno e offesa rimane.

Sotto il nuovo codice si occuperà della questione un Autore che renderà a prendere una posizione intermedia rispetto a quella di Carnelutti e Antolisei.

Intendiamo riferirci appunto a Frosali il quale parte dalla premessa che il danno sia la privazione o l'ostacolo alla soddisfazione di un interesse (68).

In ciò parrebbe adottare una nozione ampia di danno sì da giungere alle medesime conclusioni di Carnelutti.

L'Autore, però, opera una partizione che lo porterà a conclusioni diverse sia da quelle di quest'ultimo che da quelle di Antolisei.

Frosali individua un danno penale distinto da quello civile e solo eventualmente coincidenti: il primo è essenzialmente pubblico ed è sempre presente in caso di reato mentre il secondo può essere sia pubblico che privato e consegue solo in via eventuale al reato (69).

L'offesa risulta pertanto distinta dal danno risarcibile, il quale, in alcuni reati, sarà elemento della fattispecie, in altri sarà elemento immanente ma esterno, in altri ancora potrà addirittura mancare.

Nuovamente l'idea di risarcimento è legata ad un elemento che vale a distinguere i confini della risarcibilità e della punibilità: il danno ovvero quel pregiudizio che si determina nella sfera della vittima del torto e che la prestazione risarcitoria mira a compensare.

PARTE II

RISCHIO ASSICURABILE E NUOVE FRONTIERE DEL DANNO « RISARCIBILE »

(68) Cf. R. A. Frosali, *Reato danno sanzioni*, Padova, 1932, p. 29.

(69) In tal senso R. A. Frosali, *op. cit.*, p. 65 ss.

CAPITOLO I

VERSO UN RECUPERO DELL'IDEA DI PENA NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE?

SOMMARIO: 1. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale. — 1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale. — 1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile. — 1.3. Il risarcimento del danno morale nella partizione responsabilità penale-responsabilità civile. — 2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali. — 2.1. I danni presunti. — 2.2. Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio? — a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana. — b) La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei. — c) Alcuni orientamenti critici. — 3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive. — 4. L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico. — 5. Rilevi conclusivi.

1. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale.

Il risarcimento del danno è definito, in dottrina, come uno strumento di tutela per la violazione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante attraverso il quale si opera la ricostruzione della sfera del soggetto leso mediante la prestazione di un'utilità equivalente al detrimento da questi patito (1).

L'obbligazione risarcitoria trova, quindi, nella presenza di un

(1) Si tratta di una definizione ricorrente. Cfr. C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989, p. 1089 ss; Id., *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 243, il quale individua la funzione dell'obbligazione risarcitoria nella « traslazione di una perdita che si sia effettivamente verificata dal soggetto che l'ha di fatto subita a un altro soggetto »; si tratterebbe pertanto di una « funzione ... essenzialmente economica ». Ancora parla di un « sistema agiuliano dominato dalla concezione economica e più puntualmente pecuniaria del danno » P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 21 ss.

detrimento della sfera giuridica del danneggiato suscettibile di compensazione il suo stesso presupposto.

Ne segue che non basta la lesione del diritto perché il danneggiante sia obbligato ma occorre che la condotta illecita abbia prodotto un danno suscettibile di essere compensato (2).

Parrebbe così fondata la tesi che distingue, all'interno del sistema di responsabilità civile, la fattispecie costitutiva dell'illecito dalla fonte dell'obbligazione risarcitoria: la prima troverebbe tra i suoi elementi il danno genericamente inteso ovvero la lesione di un diritto o di un interesse meritevole di tutela; la seconda, invece, troverebbe la propria causa nell'esistenza di un danno inteso come detrimento che si è verificato nel patrimonio del soggetto leso e che deve essere ristorato dal responsabile (3).

(2) Tale idea trova il suo fondamento nella distinzione tra *Rechtsverletzung* e *Schaden* operata dalla dottrina tedesca cfr. H. DRESENKOPF, *op. loc. cit.* V. *ampius supra* parte I, capitolo 3, nota 63.

Una simile ricostruzione della nozione di risarcimento del danno rende, peraltro, difficile riconoscere nella riparazione in forma specifica una modalità risarcitoria. Così SALV. ROMANO, *Il cosiddetto risarcimento in forma specifica*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Perugia*, XL (1928), p. 14 ove l'A. osserva come « non tutti i rimedi che si possono sperimentare contro l'illecito... riguardano il danno... l'azione di danno si ha o si comincia quando, essendo fuori questione il diritto o essendo già stato ristabilito il diritto medesimo, vengono in campo gli effetti dannosi che dalla sua turbativa sono derivati. »

(3) Il riferimento è alla teoria che distingue danno evento da danno conseguenza. Il primo, inteso come generica lesione della situazione giuridica tutelata dall'ordine, inteso sarebbe costitutivo della responsabilità civile; il secondo, inteso come conseguenza detrimento materiale della lesione, invece rappresenterebbe la fonte dell'obbligazione risarcitoria. V. *supra* parte I, capitolo 3, nota 63.

Tale distinzione trova in particolare una sua logica al fine di distinguere la natura degli interessi lesi dalla natura della lesione. Per tal via si può, infatti, ammettere che alla lesione di un diritto non patrimoniale corrisponda una lesione del patrimonio e viceversa. Sul punto recentemente M. PARADISO, *Natura dell'interesse leso e qualifica-zione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 674 ss.

Tra l'altro, secondo alcuni Autori, tale ricostruzione troverebbe giustificazione nell'interpretazione letterale del testo dell'art. 2043 ove viene ripetuta la parola danno: « un danno ingiusto... obbliga a risarcire il danno ». Una simile ripetizione non avrebbe allora altra ragione se non quella di sottolineare che si tratta di due elementi diversi: il danno evento e il danno conseguenza. Cfr. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 102 ss.

Per contro C. CASTRONOVO, « *Danno biologico* » senza *miti*, in *Rev. crit. dir. priv.*

E del resto in tale relazione tra pregiudizio risarcibile, conseguenza dell'illecito, e obbligazione risarcitoria che la dottrina individua una delle possibili chiavi di lettura della partizione teorica tra responsabilità penale e responsabilità civile (4), partizione la quale risultava ancora dubbia a fine '800 a quanti vedevano nel risarcimento genericamente uno strumento per sanzionare un illecito (5).

Il danno suscettibile di trovare un'utilità idonea a compensare il disvalore, rappresenterebbe quel *quid pluris* che varrebbe a distinguere i confini dell'illecito civile da quelli dell'illecito penale: mentre la responsabilità penale sarebbe fondata sulla relazione binivoca illecito-pena, la responsabilità civile sarebbe caratterizzata dal susseguirsi di tre momenti: illecito, danno e risarcimento, danno da intendersi appunto in senso stretto onde distinguendolo dalla condizione comunque pregiudizievole arrecata dall'offesa penale.

Come abbiamo osservato (6), infatti, la dottrina tende a distinguere il danno in senso lato, come generica lesione di interessi, dal danno in senso stretto come concreto detrimento prodottosi nella sfera del titolare della situazione giuridica lesa in conseguenza dell'azione illecita altrui; il danno in senso stretto, infatti, presupposto indefettibile dell'azione risarcitoria, rappre-

1988, p. 3 ss. regola la distinguibilità tra danno come elemento della fattispecie della responsabilità civile e danno come elemento dell'obbligazione risarcitoria.

Ancora in senso analogo G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1987, I, p. XIX ss.; Jb. *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 1999, 2^a ed., p. 373; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. ALPA, vol. IV, Milano, 1999, p. 608; D. *Diritto della responsabilità civile*, Bologna-Roma, 2003, p. 12.

(4) Cfr. M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, pp. 701-702 il quale osserva come, sebbene non possa escludersi una funzione sanzionatoria anche nella responsabilità civile, non può neppure ricondursi il risarcimento al concetto di pena attesa come risposta in termini punitivi all'illecito, infatti « al contrario il risarcimento è una conseguenza del danno e non dell'illecito ».

(5) Tra gli autori che a fine '800 considerano il risarcimento del danno uno strumento sanzionatorio contro gli illeciti cfr. F.C. SAVIGNY, *op. loc. cit.*

(6) V. *supra* p. 122 ss.

senza un elemento meramente eventuale della fattispecie penale, proprio solo dei reati c.d., appunto, di danno.

Quest'ultima osservazione non vale, però, a ridurre le distanze tra risarcimento e pena.

Anche nei reati di danno, il danno penale non si pone come qualcosa di ulteriore rispetto alla fattispecie costitutiva dell'illecito, ma come parte integrante della stessa.

Sarà pertanto possibile, in tale ipotesi, rilevare un pregiudizio fonte dell'obbligazione civile ulteriore rispetto a quello della fattispecie penale. Sarà inoltre parimenti possibile che il danno rilevante sul piano penale non risulti produttivo di effetti ai fini civili per l'operare della regola privatistica della *compensatio lucti cum damno* nei casi in cui il detrimento risulta ristorato da vantaggi conseguenti alla stessa condotta illecita.

Inoltre non ogni danno è suscettibile di costituire fonte di risarcimento: dal momento che la tutela risarcitoria opera mediante compensazione del detrimento patito con utilità equivalenti, quest'ultimo dovrà essere di tal natura da permettere una siffatta operazione.

Al riguardo pare logico affermare che i beni per i quali è più facile reperire altre utilità idonee a compensarne la perdita siano quelli per i quali è possibile trovare un equivalente in denaro. Questo infatti, in quanto misura economica del valore delle cose, si presenta in una condizione di perfetta surrogabilità rispetto alla maggior parte dei beni presenti sul mercato.

Resta fuori da tale relazione tutto ciò che non ha e non può avere un valore di scambio (7), nonché quanto appartiene alla

(7) Il problema della patrimonialità si lega a quello della patrimonializzabilità intesa non solo come operazione meramente economica volta a dare un prezzo a beni che, essendo estranei al circuito degli scambi commerciali, non ne hanno uno di mercato, ma anche come operazione giuridica volta a valutare la ammissibilità di tale monetizzazione secondo i canoni di liceità cui è improntato l'ordinamento. Cfr. G. FURCINA, *Il problema della patrimonialità con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in caso di cura privata*, in *Quadri mestre*, 1986, p. 176 ss.

inima sfera del sentire individuale che, per la sua stretta soggettività, non si presta ad essere commensurato e, quindi, non può neppure essere compensato mediante utilità equivalenti (8).

La tutela risarcitoria si presenta, pertanto, efficiente in caso di azioni antigiuridiche produttive di danni patrimoniali ovvero detrimenti suscettibili di essere compensati attraverso una prestazione pecuniaria per cui l'idea di danno risarcibile tende a coincidere con quella di depauperamento (9).

Per contro il danno morale, in quanto non suscettibile di trovare una materializzazione sul piano economico, resta fuori dalla logica risarcitoria e la sua riparazione è pertanto rimasta a lungo ai margini del sistema della responsabilità civile come ipotesi strettamente eccezionale oppure è stata fatta sconfinare nella responsabilità penale in modo da mantenere ferma, attraverso la sua penalizzazione, la centralità del risarcimento come sanzione degli illeciti civili (10).

Tale distinzione tra danno patrimoniale risarcibile e danno morale, in genere non suscettibile di ristoro, ha trovato, come avremo modo di vedere, conferma nelle interpretazioni dei differenti testi di legge che si sono succeduti nel tempo sul punto. Peraltro la dottrina non ha mancato di rafforzare il fondamento attribuendogli addirittura origini romanistiche (11).

(8) Al riguardo alcuni hanno rilevato come anche in tali ipotesi i giudici, che si trovano a confrontarsi con la determinazione del valore di beni incommensurabili, tendano ad individuare un valore degli stessi riferendosi comunque a parametri che rinviengono nel mercato. Cfr. R. SUNSTEIN, *Incommensurability and value in law*, in *Mich. L. Rev.*, 92 (1994), p. 797.

(9) A lungo si è così collegata l'obbligazione risarcitoria ad ipotesi di lesione del diritto di proprietà al quale sarebbe riferibile un detrimento patrimoniale corrispondente al valore dei beni di proprietà del danneggiato, che siano stati colpiti dall'azione antigiuridica altrui. Da tale considerazione muove la *Differenzierungstheorie* tedesca nell'individuare il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria nella differenza matematica tra la condizione del patrimonio del lesso prima e dopo la lesione. Cfr. F. MOWATERS, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 3 ss; H. DEGENKOLA, *op. loc. cit.* Tali teorie hanno avuto un seguito in H. LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, p. 32 ss.

(10) V. infra § 5.

(11) Cfr. G. CARO, voce *Danno* (Sorria), in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 615

La solidità di tale indirizzo viene, però, a ridursi in conseguenza del cambiamento di prospettiva determinatosi nell'ordinamento riguardo alla tutela dei diritti.

Negli ultimi decenni, infatti, abbiamo assistito ad un mutamento dell'oggetto del sistema della responsabilità civile, non solo a livello di diritto vigente ma anche e, forse soprattutto, a livello di diritto vivente, per cui questa non risulta più indirizzata solo alla tutela dei beni di proprietà del soggetto, la cui lesione importa un detrimento nel patrimonio di quest'ultimo, ma altresì alla più lata tutela del soggetto stesso che trova per tal via riconoscimento non più in quanto proprietario, ma in quanto individuo (12).

Si è trattato, comunque, di una lenta evoluzione che non ha mancato di incontrare ripensamenti e ha finito col generare una crisi dell'idea di risarcimento del danno la quale è stata dilatata fino a perdere le sue sembianze originarie e affiancata da rimedi

ss. In particolare tale conclusione muove da taluni passi del Digesto ove il *Damnnum* è inteso come *deminutio patrimonii*. V. in particolare Paolo D, 39, 2, 3 « *Damnnum et deminutio ab ademptioe et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* ». Inoltre nella stessa *lex Aquilia* il *damnum* acquista rilevanza in quanto *corpore corpori*. Per tali osservazioni v. D. DAUBE, *On the use of the term « Damnum »*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantunesimo anniversario del suo insegnamento universitario*, 1899-1948, Napoli, 1948, p. 93 ss.

Occorre però, al riguardo, osservare che in età giustiniana si cominciò ad estendere analogicamente la tutela aquiliana anche ad ipotesi in cui mancava il requisito del *damnum corpori*. Cfr. V. ARANJO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 1984, p. 374.

Peraltro, come osserva il Giorgi, oltre che al *damnum iniuria datum* esisteva un'altra figura di danno e di rimedio giuridico: l'*iniuria*, intesa come lesione personale, e l'*actio iniuriarum aestimatoria ex generalis Edicto*, in base alla quale era conferito al giudice il potere di liquidare una somma corrispondente al « *quantum aequum et bonum sibi videbitur* » in relazione ad un'offesa « *aut in corpus, aut ad dignitatem, aut ad injuriam* ». Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni*, 4^a ed. Firenze, 1904, p. 262 n. 161. L'A. si richiama, sul punto, alle teorie di R. JHERING, *Actio iniuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, trad. O. De Meulenbaere, Paris, 1888, p. 4.

(12) Per indicazioni su tale evoluzione cfr. G. GENITTE, voce *Danno alla persona* cit., p. 644; E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, vol. II, *Responsabilità da accadimento parte speciale. Il danno a persona*, Milano, 1971, p. 879; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p. 9 ss.

diversi che finiscono per metterne in discussione la centralità come sanzione degli illeciti civili.

È forse per la necessità di mantenere fermo il concetto tradizionale di risarcimento del danno, quale perno del sistema della responsabilità civile, che gli interpreti hanno cercato di espellere tali obbligazioni, in senso lato risarcitorie, fuori dalla responsabilità civile per inserirle o nella responsabilità penale o in un *tertium genus* a metà strada tra la logica ripristinatoria per la lesione di interessi privati e quella punitiva per la commissione di mali irreparabili (13).

Si tratta di una soluzione che, sebbene plausibile sul piano teorico, pare invero problematica su quello applicativo: calare l'idea di pena all'interno del sistema di diritto privato vuol dire, infatti, mettere in discussione la stessa partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale, di conseguenza, la stessa distinzione tra la generale assicurabilità della prima e l'assoluta inassicurabilità della seconda.

1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale.

Sotto il codice del 1865 il silenzio del legislatore civile in punto di risarcibilità del danno morale viene colmato dal legislatore penale.

Il codice Zanardelli all'art. 38 indicava due rimedi a tutela del danneggiato e dell'offeso: il risarcimento del danno e la riparazione limitando quest'ultima ai soli casi di delitto contro l'onore della persona o della famiglia.

Da tale distinzione la dottrina maggioritaria, nel tentativo di individuare un elemento di discriminazione tra le due azioni, collegava la prima soltanto alle lesioni che hanno come conseguenza danni materiali. Le offese, che non determinano danni in senso stretto,

(13) V. *supra* Parte I, cap. 3, par. 4.3.

invece, troverebbero un ristoro nel meccanismo della riparazione (14).

Così, attraverso una lettura combinata di tale norma con l'art. 1151 c.c., la maggior parte degli Autori arrivava alla conclusione che il danno risarcibile fosse solo quello patrimoniale ovvero quello costituito da una « abolizione o diminuzione anche parziale, anche temporanea di un bene della vita, che non fosse un bene meramente spirituale, e cioè qualsiasi pregiudizio che avesse comunque potestà di affermarsi nell'ordine esteriore delle cose » (15).

I danni morali, per contro, potrebbero trovare ristoro esclusivamente nella logica satisfattoria della riparazione, nei limiti di cui all'art. 38, e non in quella compensatoria del risarcimento inteso come strumento di riequilibrio del patrimonio del soggetto deperato dall'azione altrui.

Anche ai danni non patrimoniali distinti dal puro patrimonio interiore, si riconosceva, però, in realtà rilevanza solo in quanto la lesione dell'interesse non economico finisse per avere riflessi sul patrimonio del soggetto leso (16).

La dottrina, per arrivare a simili conclusioni, definiva il danno non patrimoniale a partire dalla natura dell'interesse oggetto della lesione e ammetteva, comunque, la risarcibilità soltanto di un'eventuale diminuzione del patrimonio del danneggiato che fosse conseguenza della lesione stessa.

Una maggiore apertura alla risarcibilità dei danni morali sarà

(14) G. PACOLI, *In tema di costituzione di parte civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 306; Id., *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, cit., p. 200.

(15) Le parole tra virgolette sono di G. PACOLI, *op. cit.*, p. 120. Limitano il danno risarcibile al solo danno materiale: C.F. GARBA, *Nota a C. App. Genova 15.11.1895*, in *Giur. it.*, 1896, II, p. 569 ss.; Id., *Nota a Cass. Palermo 23.2.1895*, in *Foro it.*, 1896, c. 704; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, *Nota a C. App. Trani 25.6.1910*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 240 ss.

(16) « Anche le offese fatte a ciò che si è, rimbalzano su ciò che si ha, o si può avere, ed in questo senso limitato sono risarcibili »: così G. GIORGI, *op. cit.*, p. 261 n. 161. In senso in parte analogo A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, 3^a ed., Milano, 1917, p. 59 ss., il quale al riguardo si preoccupa di rispondere all'obiezione dell'immoralità di attribuire un valore ad interessi non economici.

individuata dagli interpreti nel nuovo codice penale del 1930, ove non è più contenuto alcun riferimento ad un'azione riparatoria distinta da quella risarcitoria e ai relativi limiti alla riparazione delle offese di cui all'art. 38 del codice Zanardelli, ma, al contrario, all'art. 185, è espressamente previsto il generale obbligo per il colpevole di risarcire i danni, che siano conseguenza del reato, patrimoniali e non.

In tale contesto normativo e nella vigenza del vecchio codice civile che, come già osservato, all'art. 1151 non poneva limiti espressi alla risarcibilità dei danni morali, parte della dottrina tenderà a riconoscere un formale accoglimento da parte del legislatore italiano di un'idea di risarcimento del danno così ampia da includere anche la riparazione dei danni morali (17).

Altra parte della dottrina, però, osservava come il testo dell'art. 185 del codice Rocco non avesse apportato alcun nuovo elemento a suffragio della generale risarcibilità dei danni morali (18).

La suddetta norma, infatti, riconosce la riparazione del danno

(17) In tal senso P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 171 ss.; L. COSTELLO, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, p. 609 ss.

(18) Così G. PACCHIONI, *L'art. 185 cod. pen. e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 345 ss., il quale per tal via propone le sue teorie sulla irrisarcibilità dei danni morali esposte sotto il vecchio codice penale. Cfr. G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., p. 240 ss.; Id., *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 178 ss.; Id., *Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. crit. infirmis. resp. civ.*, 1930, p. 1 ss. in partic. p. 4 dove sono espresse critiche a possibili aperture alla risarcibilità dei danni morali.

In senso analogo si pongono G. MAGGIORANI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forma espansiva dell'art. 185 cod. pen.*, in *Studi in onore di Ugo Coni*, Città di Castello, 1932, p. 1 ss.; A. MONTI, *Nota a Cass. 21.5.1932*, in *Foro it.*, 1932, p. 1622.

Diversa è la posizione di coloro che, pur distinguendo riparazione da risarcimento riconducono entrambi al sistema di responsabilità civile cfr. SAVI, ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, cit., p. 32.

L'A., in particolare, (p. 20 ss.) sulle origini dell'istituto della riparazione come alternativa al risarcimento del danno per i danni irrisarcibili richiama A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts*, Paris, 1876, 3^e

morale non come regola ma come eccezione nelle sole ipotesi in cui il fatto costituisca reato, riducendo così tale rimedio ad una posizione di vassallaggio rispetto alla pena.

L'art. 2059 del codice civile del 1942, ammettendo la risarcibilità del danno morale nei casi stabiliti dalla legge, non porrà conclusione alla controversia. Muterà solo l'interrogativo cui la scienza giuridica si troverà a rispondere: non ci si chiede più se i danni morali siano risarcibili ma quando e quanto siano risarcibili (19).

I primi interpreti che si sono pronunciati sul punto hanno coordinato l'art. 2059 con l'art. 185 c.p. (20), forse, piuttosto che

ed, p. 98 ss, il quale ricorda l'uso in età moderna di distinguere le riparazioni dai *dommages-intérêts* i quali costituiscono mere indennità pecuniarie.

(19) Per rispondere alla domanda in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 2059 occorre forse volgere lo sguardo sulla estensione del § 253 ove è disciplinata la riparabilità dell'*immaterieller Schaden*. Varie le teorie che si sono alternate sul punto. La *Lehre von dem Interesse* considera patrimoniale il danno individuato dalla differenza tra la consistenza del patrimonio del danneggiato prima e dopo la lesione. Cf. F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, cit., p. 3 ss.

Diversamente la *Lehre vom realen Schaden* considera il danno patrimoniale quello che trova una compensazione in una somma di denaro, per cui sono beni patrimoniali quelli che hanno un valore in termini monetari. K. LAVERNZ, *Lehrbuch des Schadensrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, 14^a ed., p. 485.

Un ulteriore ampliamento dei confini del danno patrimoniale è attuato dalla *Lehre vom normativen Schaden* secondo la quale il danno non è valutabile secondo parametri economici come differenza prodotta dalla lesione nel patrimonio del danneggiato, ma deve essere sviluppato sulla base dello scopo della norma. In tal senso K. NEUBER, *Interesse und Vermögens Schaden*, in *AepI*, 133, (1931), p. 277 ss.; W. WILBURG, *Zur Lehre von der Vermögensgleichung*, *Jher-Jb*, 82, (1932), p. 51 ss.; D. MEDICUS, *Naturverletzung und Geldersatz*, *JuS*, 1969 p. 449 ss.

Le teorie sul concetto di danno patrimoniale trovano uno snello nell'attuale sistema della responsabilità civile che anche in Germania non è più legata alla tutela per danni cagionati a beni del soggetto, ma alla tutela del soggetto stesso in quanto titolare di interessi. Dovrà allora essere rivista anche la differenza tra danni patrimoniali e non, non più ancorata al tipo di bene o di interesse leso ma finalizzata a motivi di «*Hafungsbegrenzung*». Sul punto K. ROUSSOS, *Schaden und Folgeschaden*, München, 1992, pp. 148-149.

Sulle novità introdotte sul punto dalla riforma dello *Schuldschein v. infra* nota 110. (20) V. in particolare A. MONTI, *Problemi della responsabilità civile e del danno*, Padova, 1971, 2^a ed., p. 81 ss. ove l'Autore ripropone il testo della sua nota a Cass. 21.5.1932, cit. aggiornata ai nuovi testi di legge.

In giurisprudenza tra le prime pronunce significative nel senso di ammettere la

per motivi legati alla lettera della legge, per un retaggio storico ovvero per il collegamento che, come abbiamo visto, la dottrina era ormai abituata a compiere sul punto tra codice penale e codice civile sulla base dei precedenti testi di legge.

La norma contenuta nell'art. 2059, infatti, limita la risarcibilità dei danni morali semplicemente ai casi «*previsti dalla legge*» senza alcun espresso riferimento alla legge penale.

Da una simile scelta interpretativa risulta allora una visione ridotta dell'operatività del rimedio della riparazione di danni morali: non solo questo viene confinato negli angusti spazi della eccezionalità, ma arriva a costituire una sorta di complemento della tutela penale in quanto la riparazione dei danni morali è riconosciuta esclusivamente ove la condotta antigiuridica sia penalmente rilevante.

Si recupera per tal via la distinzione tra riparazione e risarcimento propria del codice Zanardelli e si conclude che, in ipotesi di danno morale, non si ha risarcimento in senso tecnico in quanto non vi è un detrimento materiale suscettibile di compensazione per utilità equivalenti.

Non di risarcimento si dovrebbe allora parlare, ma di riparazione, rimedio mediante il quale è dato alla vittima «*conseguire utilità diverse rispetto a quelle perdute a seguito dell'accadimento dannoso*» (21).

Una simile lettura restrittiva dell'art. 2059 ha, però, presto incontrato lo sfavore degli interpreti che hanno provveduto ad ampliarne il contenuto finendo per mettere in crisi l'assoluto

risarcibilità del danno non patrimoniale solo ove l'evento dannoso si colleghi ad un illecito penale: Cass. 15.6.1951, n. 1548, in *Foro Pad.*, 1951, II, 65; Cass. 16.6.1951, n. 1571, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 512; Cass. 28.3.1952, n. 845, *ivi*, 1953, 140.

(21) Le parole sono di C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 1086. In senso analogo con riferimento all'art. 38 del codice Zanardelli F. CARABELLITI, *op. cit.*, pp. 38-39.

Tale distinzione ricalca la distinzione operata in Germania tra *Ausgleichsfunktion* e *Gemüthsregungsfunktion* legata anche qui alla distinzione *Vermögens- e Nichtvermögensschaden*. Sul punto v. in particolare K. ROUSSOS, *op. cit.*, p. 149 ss.

protagonismo del danno patrimoniale nel sistema della responsabilità civile.

1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile.

L'interpretazione restrittiva dell'art. 2059, risultante dal combinato di tale norma con l'art. 185 c.p., finisce per presentare la sua precarietà nel momento in cui inizia, ad opera del legislatore e della giurisprudenza, un processo di rivalutazione del risarcimento del danno come strumento di tutela della persona in ogni sua dimensione patrimoniale e non.

La rilettura di tale disposizione, resa necessaria dal mutato ruolo dei rimedi di tipo satisfattorio nel sistema della responsabilità civile, è avvenuta secondo due differenti tendenze: da un lato è stata riformulata la nozione di patrimonialità ampliandola fino a comprendere i danni che venivano riferiti in passato alla sfera del non patrimoniale; da un altro lato, invece, è stata messa in discussione la relazione che gli interpreti avevano operato tra l'art. 2059 e l'art. 185 c.p.

Riguardo alla prima scelta interpretativa si può osservare come l'ampliamento dei confini della risarcibilità del danno non patrimoniale sia avvenuto, in primo luogo, attraverso un processo che ha portato ad escludere dalla categoria dei danni morali una serie di situazioni in cui, sebbene l'interesse leso non fosse di tipo economico, il pregiudizio che il danneggiato ne derivava era suscettibile di valutazione in termini patrimoniali (22).

(22) Sul piano applicativo tentativi di estendere una tutela risarcitoria anche per lesioni di interessi non patrimoniali si sono avuti in particolare nella giurisprudenza genovese degli anni '70 in materia di danni all'integrità fisica.

Cfr. Trib. Genova 25.5.1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 con nota di M. BASSON V. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*; Trib. Genova 20.10.1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 444, con nota di G. ALPA, *Danno « biologico » e diritto alla salute. Un ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost. e in Resp. civ. prev.*, 1976, p. 466 con nota critica di

In tal senso si afferma che anche ove l'illecito sia rappresentato dalla violazione di un interesse non economico, lo stesso darà luogo sempre a risarcimento del danno, senza le restrizioni di cui all'art. 2059, ove questo produca un detrimento patrimoniale nella sfera del soggetto leso (23).

G. SCARF, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali si rinvia a M.V. DE GROCCHI, *Danno alla persona*, in *Enc. Giur.*, vol. X, Torino, 1994, p. 2. In particolare il tribunale genovese fonda la sua soluzione su un'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 volta a limitare l'ambito di applicazione della norma ai soli turbamenti d'animo. La tesi favorevole alla piena risarcibilità del danno biologico è stata poi fatta propria dalla Corte costituzionale nella sentenza 26.7.1979, n. 87 in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 698 con nota di G. PIZZANELL, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale e 26.7.1979, n. 88*, in *Giur. it.*, 1980, I, 9 con nota di G. ALPA, *Danno « biologico » e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*.

In dottrina non sono comunque mancati Autori i quali hanno ritenuto che, al fine di considerare risarcibile il danno alla salute, fosse necessaria una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2059. Cfr. F. ROMANO, *Cenni normativi per il risarcimento del danno nella « mutiforma »*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1978, p. 366.

Sul punto merita sin da ora menzionare la recente posizione della Corte Costituzionale che ha riferito anche al danno biologico la disciplina di cui all'art. 2059, affermando che « può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardava dall'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il cosiddetto danno morale soggetto » (Cfr. C. Cost. 30.6-11.7.2003, D5-G - *Dir. e Giur.*, 2003, I, 29, 42 con nota di A. NEGRO, *L'effettiva durata della vita del leso e l'inscdenza sulla liquidazione del danno biologico e morale*, 12.12.2003, n. 19057, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 408 con nota di A. NEGRO, *L'effettiva durata della vita del leso e l'inscdenza sulla liquidazione del danno biologico e morale*).
Osserva E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il danno infranto e il nuovo diritto invento*, nota a *Cass.* 31.5.2003, *nn.* 8827-2828 e a *Cass.* 12.5.2003 *nn.* 7281-7282-7283, in *Foro it.*, 2003, c. 2285: « In verità non si devono tacere anche i possibili vantaggi di un eventuale ritorno del danno biologico nell'art. 2059: non solo, una maggiore facilità di dialogo con altri sistemi, ma anche le maggiori probabilità di dimostrare l'errore della prassi giurisprudenziale che — dinanzi al reato — liquidava in via di automatismo il danno morale da lesione della salute e lo stimava in percentuale al danno biologico, riferendosi al dolore fisico e morale proporzionato ai postumi ».

(23) Parte della dottrina dopo aver distinto il danno alla salute, come danno evento, dal danno biologico, come danno conseguenza della lesione del diritto alla salute afferma la patrimonialità di quest'ultimo in quanto « obiettivamente e direttamente commensurabile in denaro »: così F.D. BUSNELL, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli-U. Breccia, Milano, 1978, p. 530 ss.; Id., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 38 ss. Prima ancora di questo Autore indicazioni per una partizione tra danno morale e danno alla salute si trovano in A. CARADILLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, in partic. p. 53 ss. Più recentemente

In secondo luogo, gli interpreti hanno rivisto la nozione di danno patrimoniale identificandolo non più con una diminuzione del patrimonio del danneggiato, ma con una riduzione delle utilità suscettibili di valutazione in termini economici, che il soggetto poteva trarre dal bene leso (24).

Per tal via la categoria dei danni non patrimoniali sarebbe ridotta ai meri patemi d'animo e la loro riparazione ad un puro *pretium doloris*. L'art. 2059 si troverebbe, quindi, ad operare solo in presenza di danni morali soggettivi ovvero di danni non percepibili da soggetti terzi rispetto al danneggiato ed, in quanto tali, non accettabili in concreto (25).

analoghe posizioni sono assunte da F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 239 ss.

Del resto ad analoghe conclusioni era giunta la dottrina nell'interpretare l'art. 1151 del codice civile del 1865. Cfr. G. GIORDI, *op. loc. cit.*; A. MINOZZI, *op. loc. cit.*

Ritengono, per contro, che la patrimonialità vada riferita all'interesse leso e non al danno conseguenza A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3^a ed., Milano, 1979, p. 59; ID., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. GIUR-F. MESSINEO, Milano, 1982, 2^a ed., p. 53 ss.; C. SALVI, *Il danno extracostituzionale. Modelli e funzioni*, cit., p. 214; C. CASTRONOVO, «Danno biologico» senza miti, cit., 31 ss.; B. GRASSO, *Il problema della valutazione del danno non patrimoniale all'integrità psicofisica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, p. 42 ss. Non è però mancato chi partendo da tali premesse ha sostenuto, ad esempio, la patrimonialità della salute umana in quanto l'uomo sarebbe sia soggetto che oggetto di diritti. Così Trib. Massa 30.5.1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, c. 26 con nota critica di F. MASTROPAOLO. *Violazione del diritto alla salute, lesione e danno: ancora qualche considerazione a proposito del cosiddetto « danno biologico »*. Per una critica alla tesi della persona-cosa v. D. MESSINETTI, voce *Personalità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quaderni mestre*, 1987, p. 667; O.T. SCOZZAROVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 58 ss.; G. TIVCA, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in *Diritto Privato*, a cura di N. Lipari, Bari, 1976, p. 315; S. PUGLIATTI, voce *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 164 ss.

A monte di simili considerazioni vi è, però, la più generale problematicità di operare un coordinamento tra patrimonialità dell'interesse leso e patrimonialità delle relative conseguenze. V. recentemente M. PARADISO, *Natura dell'interesse leso e qualificazione del danno*, cit., p. 674 ss. e in particolare p. 680.

(24) Cfr. in particolare S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. priv. sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 97 e F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit. p. 530 ss.

(25) Tale distinzione non sembra tener conto del fatto che una delle ragioni che ha portato alla redazione dell'art. 2059, come abbiamo più volte avuto modo di

La limitazione alla risarcibilità dei danni morali andrebbe allora letta non nel senso di un disfavore del legislatore per simili pregiudizi, ma come una restrizione legata puramente a ragioni di carattere probatorio: i meri patemi d'animo, in quanto di difficile determinazione e verificabilità, lasciano un eccessivo spazio al potere equitativo del giudice. È quindi per limitare quest'ultimo che il legislatore avrebbe ammesso la risarcibilità del danno morale nei soli casi indicati dalla legge (26).

Un terzo tentativo di ampliare le ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili può essere individuato nella costituzione di un *tertium genus* ulteriore rispetto alle categorie dei danni patrimoniali e morali (27).

Si tratterebbe dei danni non patrimoniali distinti da quelli puramente morali in quanto aventi ad oggetto i pregiudizi conseguenti alla lesione di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dalla stessa Carta costituzionale ed, in quanto tali, necessariamente risarcibili (28).

sottolineare, è la stessa estraneità alla logica risarcitoria della riparazione di danni per i quali non sembra possibile trovare utilità equivalenti. Cfr. SALV. ROMANO, *op. cit.*

(26) Individuano nell'art. 2059 uno strumento di limitazione dei poteri del giudice nella determinazione del *quantum debetur* ai pari dell'art. 1223: C. CASTRONOVO, *Dal danno alla salute al danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 247 ss.; P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. GANDON-P. ZIVIZ, Milano, 2000, p. 49.

(27) Sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale contribuito alla teoria del danno extracostituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, I, p. 277; P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 61 ss.; A. JANNARULLI, *Il risarcimento del danno alla persona e l'analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, 1979, V, p. 250 ss.; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 81 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. temp.*, 1987, p. 95.

Particolare è poi la posizione di chi include i patemi d'animo all'interno dell'art. 2059 a seconda della gravità degli stessi. I patemi d'animo saranno così risarcibili ove siano così gravi da determinare patologie (in tal caso opererà l'art. 2043) oppure ove siano reputati gravi dalla legge (in tal caso opererà l'art. 2059 in combinato con la disposizione che ne prevede la risarcibilità). In tal senso v. P. D'AMICO, *Il danno da emozioni*, Milano, 1992, pp. 80-81.

(28) Tale argomento è stato utilizzato in particolare con riferimento al danno

La distinzione tra tali pregiudizi e i danni morali, di cui all'art. 2059, sarebbe fondata allora sul diverso rilievo che gli stessi assumono in un'ipotesica gerarchia di valori che vede nella rilevanza costituzionale un indice di assoluta preminenza rispetto a qualsiasi altro interesse che non trovi analogo riconoscimento.

Una diversa prospettiva, seguita al fine di ampliare l'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale, è stata quella, come accennato, di rivedere la lettura combinata degli artt. 2059 e 185 c.p. (29) e, quindi, anche il binomio riparazione del danno morale-reato.

Si è così, in primo luogo, cercato di svincolare la condanna al risarcimento dei danni morali dall'esistenza di un reato perseguibile

biologico la cui risarcibilità sarebbe individuabile nel combinato formato dagli artt. 2043 e 32 Cost. Cfr. M. BASSONE, *Danno biologico, garanzie della persona e problemi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, Nota a Trib. Roma 14.7.1981, in Riv. dir. comm., 1982, II, p. 281; Id., *Salute, danno biologico e danno non patrimoniale*, Nota a Trib. Napoli 22.12.1980, in *Giur. merito*, 1983, I, p. 104; Id., *Garanzie costituzionali e danno alla persona e normativa di cui all'art. 2059*, Nota a Cass. 6.6.1981, n. 3675, in *Dir. Fam.*, 1982, p. 780; Id., *Valore preventivo dell'art. 32 cost., tutela della salute e danno biologico*, Nota a Cass. 6.6.1981, n. 3675, in *Foro Pad.*, 1981, I, p. 323; G. ALPE, *L'argomentazione costituzionale nella qualificazione del danno biologico*, in *Nuova giurisprudenza*, 1989, II, p. 89; Id., *Danno biologico e danno alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della costituzione*, cit., c. 447 ss. Per alcune osservazioni critiche sul riferimento all'art. 32 P.G. MONATERA, *La costituzione e il diritto privato. Il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico (Staatsrecht vorgeht, Privatrecht besteht)*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2976.

Critici su una neta contrapposizione tra danno alla salute e danno morale: A. DE CUPIS, *Danno biologico e danno-dolore*, Nota a Cass. 6.4.1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1983, c. 1519; P. FORCAMELLI, *Danno morale e danno biologico*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 17; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 116 ss.; P. CENDON, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984, in particolare p. 46. Le considerazioni dei sopraccitati Autori muovono, nella sostanza, in primo luogo da una presa di posizione che tende a criticare ogni riduzione della sfera dei sentimenti sul piano dell'irritale e inconstante, tenuto conto che esistono dati normativi nella nostra Carta Costituzionale da cui risulta un'attenzione dell'ordinamento per la persona intesa in senso ampio e non solo limitata agli aspetti fisici della stessa. Sul punto C. DONISI, *Verse la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 683; P. PEARINI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 354; C.M. BIANCA, *Il diritto alla salute*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 125 ss. (29) Cfr. F.D. BUSNELL, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 4.

bile in concreto per cui, ai fini della obbligazione riparatrice civile, sarebbe sufficiente, la mera qualificazione in astratto del fatto come reato non essendo per contro richiesto un accertamento in ordine alla imputabilità dello stesso (30); il che importa di ripensare sul piano teorico alla stessa natura della riparazione del danno morale. Distinguerne, sul piano applicativo, la risarcibilità del danno non patrimoniale dalla imputabilità in concreto del fatto costituente reato vuol dire, infatti, mettere in crisi la sua natura penale, dal momento che la pena non può che conseguire ad un fatto costituente reato in concreto. La qualificazione di un illecito civile in termini di reato è, allora, rilevante ai fini della risarcibilità del relativo danno non patrimoniale, non perché tale riparazione rappresenta un complemento della pena, ma perché la rilevanza penale in astratto del fatto ha di per sé valore al fine di connotare l'illecito di quel grado di gravità che giustifica la risarcibilità anche dei conseguenti pregiudizi non patrimoniali.

In secondo luogo si è, però, cercato di escludere la stessa rilevanza di una qualificazione in astratto del fatto in termini di reato osservando che l'art. 2059 limita il risarcimento dei danni morali ai soli casi previsti dalla legge senza compiere alcun riferimento alla legge penale (31). La distinzione tra danni morali

(30) Si tratta di un'interpretazione pacifica che ha ricevuto definitiva consacrazione nella sentenza della Cass. SS. UU. 6.12.1982, n. 6651, in *Foro it.*, 1983, I, 1631 con nota di A. JANNAPELLI, *Non imputabilità penale e danno morale: le acrobazie... senza rete delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 149 con nota di F. MASCIAROLO, *Morte del minore, provocata da non imputabile, e risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 221 con nota di V. ZENO ZENOVICH, *Danni non patrimoniali e reato connesso dal non imputabile*. In tal senso sembrano legittimi le recenti sentenze della Cassazione e della Consulta che hanno ammesso la risarcibilità del danno morale anche in ipotesi di responsabilità oggettiva V. *infra* nota 51.

Per contro ritiene che l'art. 185 si riferisca al fatto impunibile G. GRASSO, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, p. 293.

(31) Si è fatto specialmente riferimento a quelle norme del codice civile ovvero agli artt. 7 e 10 in cui accanto al riconoscimento del diritto è prevista anche la risarcibilità di esso. Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICCI-F. MESSINEO, Milano, 1957, p. 1; A. CATAPUZZA, *op. cit.*, p. 55; A. AULETTA, *Risarcitezza e tutela della personalità*, Milano, 1978 p. 12 ss.

e danni patrimoniali, sul piano della loro risarcibilità, è allora limitata alla tipicità della tutela per gli uni, *ex art.* 2059, e alla

In giurisprudenza in tal senso si può ricordare la pronuncia del Tribunale di Cagliari 18.6.1988, in *Riv. giur. Sarda*, 1990, 724. Risulta, però, ancora prevalente l'indirizzo che tende ad ammettere la riparazione dei danni morali solo ove si tratti di un fatto, almeno in astratto, penalmente rilevante. Al riguardo la Cass. 5.10.1994, n. 8081, in *Dir. famiglia*, 1995, 1352, in un'ipotesi di violazione del diritto al nome, ha avuto modo di precisare come « in caso di violazione da parte della moglie divorziata del divieto di uso del cognome del marito, quest'ultimo, può, ai sensi dell'art. 7 c.c., chiedere la cessazione del fatto lesivo ed altresì adire per il risarcimento del danno; tuttavia, mentre per l'imbomba è sufficiente che l'attore dimostri, oltre all'uso illegittimo del proprio nome, la possibilità che da ciò gli derivi un pregiudizio (che può essere, quindi, meramente potenziale, ovvero di ordine solo morale), ai fini dell'azione risarcitoria, devono sussistere gli estremi soggettivi ed oggettivi dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c.: non è quindi soltanto necessaria l'esistenza di un pregiudizio effettivo, ma quest'ultimo, se non ha carattere patrimoniale, è risarcibile, *ex art.* 2059 c.c., soltanto ove nella condotta dell'indebita utilizzatrice sia configurabile un illecito penalmente sanzionato ».

In senso contrario sembra essersi indirizzato lo stesso legislatore che in recenti leggi speciali ha riconosciuto espressamente la risarcibilità di danni morali svicolata da un fatto reato. Si pensi alla legge 31. 12. 1996 n. 675 sul trattamento dei dati personali e alla legge 24.3.2001 n. 89 in tema di equa ripartizione per violazione del termine ragionevole del processo conosciuta anche come legge Pinto.

Sulla tassativizzazione non penalizzante delle ipotesi di danni morali risarcibili si può indicare una recente tendenza della Corte Cassazione a ricercare nella costituzione i criteri di « selezione » e di individuazione dei confini di operatività del rinvio della ripartizione dei danni non patrimoniali. La suprema Corte osserva infatti che « deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale soggiaccia al limite di cui agli art. 2059 c.c. e 185 c.p. allorché vengano lesi valori della persona costituzionalmente garantiti; pertanto è risarcibile con liquidazione equitativa il danno non patrimoniale da uccisione di congiunto consistente nella perdita definitiva del rapporto parentale »; così Cass. 31.5.2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, 2272 con nota di E. NAVARETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, la quale (c. 2279) osserva come in realtà « le vere riserve di legge si radicano nel tessuto della Costituzione e, dunque, l'interprete non potrebbe disapplicarle con la medesima fonte. Piuttosto — come si è premesso — è proprio la tesi della riserva di legge che, alla luce dei principi costituzionali, non ha fondamento rispetto all'art. 2059 c.c. e, pertanto, si tratta di un rinvio ad altre leggi, che non ostacola l'intervento dell'interprete, purché si rispetti la gerarchia delle fonti (posto che il rinvio è comunque alla legge) e non si deroghi il precetto del rinvio: è dunque necessario o un esplicito accoglimento dello stesso rinvio o una disposizione nella cui forza assiologia sia impresso ed implicito il necessario risarcimento dei danni non patrimoniali. Tale è, in particolare, l'art. 2 Cost. ».

Ancora in tal senso *cf.* Cass. del 7.11.2003, n. 16716, in *Diritto Italia*, 2004, 1. *vinu drittoialta.it.*; Cass. 27.4.2004, n. 7980, in *Giur. civ. mass* 2004. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 16.1.2004, in *Danno e resp.*, 2004, 499 con nota di M. FRANZONI, *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compio dell'interprete*.

amplicità della tutela per gli altri, per i quali opera la clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043 (32).

Si viene così, non solo, ad ampliare i confini del danno non patrimoniale risarcibile, ma anche a rimettere in discussione la stessa natura di sanzione punitiva del risarcimento del danno morale, che finiva per confondere il piano della responsabilità civile con quello della responsabilità penale (33). Con questo non si può arrivare a concludere nel senso di un definitivo superamento della lettura combinata tra l'art. 2059 e l'art. 185 dal momento che una simile interpretazione incontra ancora non pochi consensi in giurisprudenza (34) e la qualificazione della riparazione del danno morale in termini di sanzione punitiva risulta tutt'altro che superata (35).

(32) Discutibile è la qualificazione della norma contenuta nell'art. 2043 come clausola generale v. sul punto in particolare C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 123.

(33) È stata così proposta anche una diversa lettura dell'art. 185. Con tale previsione « più che accrescere il carattere affittivo della pena, il Legislatore penale ha inteso conferire una tutela più incisiva a favore della vittima e, quindi, l'attenzione si è spostata dal reato all'offeso, dall'illecito penale al risarcimento del danno »; così C. Romano, *Danno e reato*, Torino, 2001, 2^a ed., p. 63 ss.

(34) V. recentemente Cass. 23.2.2000, n. 2037, in *Giur. Civ.*, 2000, I, 1655. V. però *infra* nota 51.

(35) *Ch.* A. DI Majo, *Profilo dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 962, p. 100 ss.; *Id.*, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 188; P. GANDON, *Il dolo nella responsabilità civile extraccontrattuale*, Torino, 1974, p. 43 ss.; *Id.*, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit. p. 71 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle zone private?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 26 ss. ora in *Le pene private*, cit., p. 3 ss.; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 27 ss.; G.B. FARAI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., p. 150; *Id.*, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 795 ss.; G. BONTINI, *op. loc. cit.*, *Id.*, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 159; D. POLETTI, *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in *Le pene private*, cit., p. 335 ss. in *Contr. imp.*, 1987, p. 531. *Alta ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 159. M. FRANZONI, *I fatti illeciti*, cit., p. 1164; A. PROCIDA MARABELLI DI LAURO, *I « nuovi » danni e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 475.

Tra i primi Autori ad ipotizzare l'idea di un risarcimento-pena v. H. HORKEN, *Schuldersatz und Strafe*, Wien, 1905.

Una simile conclusione sembrerebbe trovare suffragio nella giurisprudenza che

1.3. Il risarcimento del danno morale nella *partitione responsabilitatis* penale-responsabilità civile.

Abbiamo visto come la riconduzione del risarcimento del danno morale alla categoria della pena trovi giustificazione, oltre che in una lettura combinata dell'art. 2059 con l'art. 185, nella tradizionale idea di risarcimento e nella impossibilità di ricondurre a questo anche il ristoro dei danni morali (36).

Si suole infatti dire che il danno morale non è suscettibile di risarcimento, ma solo di riparazione: si ha risarcimento quando il soggetto leso trova una compensazione dell'utilità perdute in utilità di identica natura, laddove i beni che meglio si prestano ad essere surrogati sono quelli aventi un prezzo di mercato, i quali trovano nel denaro un perfetto equipollente; per contro, ove non sia possibile tale compensazione per la natura delle utilità perdute, occorrerà ristorare il pregiudizio subito con utilità diverse (37).

Al riguardo possiamo richiamare le parole di un Autore, il quale nel prendere posizione contro la risarcibilità dei danni morali, tentava di distinguere il risarcimento del danno patrimoniale da quello morale osservando come il primo consisterebbe nella « prestazione di un bene oggettivamente o economicamente equivalente a quello sacrificato dall'azione illecita »; per contro il secondo sarebbe rappresentato dalla « prestazione di un bene succedaneo a quest'ultimo » (38).

nel determinare il *quantum* del danno morale utilizza i parametri propri della determinazione della pena dal giudice penale quale la gravità dell'offesa. Cass. 28.11.1996, n. 10606, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 393 ss. con nota di E. NAVARETTA. La *quantificazione del danno non patrimoniale e la tarola dei valori costituzionali*. Per contro sulla rilevanza dei parametri di determinazione del *quantum debetur* ai fini della distinzione tra pena e risarcimento. V. *supra* p. 114 e *infra* nota 51.

(36) Cfr. C. SALVY, voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 1089 ss.; Id., *La responsabilità civile*, cit., p. 243; G.B. FERRE, *op. loc. cit.* il quale si richiama alle opere di G. REPERT, *Le prix de la douleur*, in *Rec. Dalloz*, 1948, p. 1 ss.; P. ESSENTI, *La commercialisation du dommage moral*, *ivi*, 1954, p. 113 ss. V. *amplius* § 1.2.

(37) Per una tale distinzione v. da ultimo C. COVINO, *op. cit.*, p. 78.

(38) Così SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 19.

Occorre allora chiedersi se dalla suddetta distinzione tra riparazione e risarcimento segua anche l'estraneità della prima al sistema di responsabilità civile il quale trova (o, forse, dovremmo dire trovava) nella tutela risarcitoria la sanzione per eccellenza contro gli illeciti.

Per rispondere ad un simile interrogativo è necessario partire da una premessa: il danno non patrimoniale, pur se inteso nella più ristretta accezione di patema d'animo, ha una sua consistenza sebbene non valutabile mediante parametri oggettivi (39).

Così del resto agli inizi del secolo scorso un penalista, abilmente cimentatosi nella materia della riparazione del danno morale anche sotto il profilo civilistico, dedicava un paragrafo della sua opera a « la prova del dolore » (40).

Alla domanda che altri si erano posti: se il responsabile potesse difendersi dimostrando l'inesistenza del dolore invocato come causa della pretesa (41), tale Autore rispondeva apoditticamente che « come non può essere concepibile il risarcimento del danno senza un danno, così dico non essere concepibile la riparazione del dolore senza un dolore » (42).

Anche ove l'offesa sia di tal natura da far presumere l'esistenza di un danno, si tratterà comunque di una presunzione che ammette in astratto prova contraria.

È in vero indubitabile che sul piano applicativo dar prova dell'inesistenza del dolore altrui presenti non poche asperità trattandosi di un fenomeno puramente interiore.

Il pregio di simili considerazioni rimane, comunque, l'aver riconosciuto nell'esistenza di un danno, ancorché morale, il fondamento dell'obbligazione gravante sul responsabile.

Pure in ipotesi di danno morale, quindi, « il mero fatto

(39) Cfr. SALV. ROMANO, *op. loc. cit.*

(40) Intendo riferirmi a G. PAOLI, *op. cit.*, p. 214 ss.

(41) Vedi G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno — Colpa extracriminali*, Torino, 1887, p. 322.

(42) Così G. PAOLI, *op. cit.*, p. 216.

dell'*iniuria* non basterà di per sé solo per potersi affermare che, dunque vi fu effettivo dolore » (43), ma sarà necessario dar prova, anche mediante presunzioni, dell'esistenza di un concreto pregiudizio determinatosi nella sfera giuridica del danneggiato non nel suo patrimonio, bensì nel suo stesso essere persona.

Pertanto l'obbligazione « risarcitoria », in caso di danno morale, trova il suo presupposto nell'esistenza di quell'elemento su cui risulta fondata la partizione teorica risarcimento-pena: il danno (44).

Così del resto osservava un Autore, da noi più volte citato con riferimento alla distinguibilità tra risarcimento e riparazione: « una sottile differenza fra il risarcimento e la riparazione non pecuniaria è data dal diverso senso in cui nell'uno e nell'altra è preso in considerazione il danno.

Che questo sia presupposto da entrambe le sanzioni ci sembra fuori di dubbio » (45).

La « sottile differenza » tra tali forme di tutela compensatoria consisterebbe nel fatto che: nel caso del risarcimento, il danno rileverebbe come depauperamento, ovvero come detrimento subito dal soggetto leso suscettibile di ristoro attraverso un corrispondente vantaggio in denaro; nel caso del danno morale invece, in mancanza di utilità equivalenti al bene perduto e deteriorato, si avrebbe compensazione mediante utilità « succedanea » (46).

In entrambe le ipotesi ci si troverà comunque di fronte alla necessità di dare ristoro ad un danno subito da un soggetto per l'ingerenza altrui nella propria sfera giuridica. Saremmo così in presenza di una logica estranea a quella della pena in quanto tale ristoro avverrebbe comunque a vantaggio del leso e non dello

(43) Anche queste parole sono di G. PAOLI, *op. loc. cit.*

(44) V. *supra* parte I, capitolo III, § 4.3.

(45) Così SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 37.

(46) L'aggettivo « succedaneo » è utilizzato da SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 19 per descrivere la compensazione dei danni non patrimoniali.

Stato. Saremmo insomma ancora nell'ateneo del microcosmo degli interessi privati e non nel più vasto sistema di ricostruzione dell'ordine pubblico (47).

Le parole dell'Autore da ultimo citato sembrano trovare, peraltro, conferma anche nella più recente posizione del BGH che ha riconosciuto la natura privatistica della soddisfazione morale contro gli illeciti civili (48) osservando come anche il *pretium doloris* abbia nella sostanza funzione compensatoria in quanto ordinato alla riparazione di un danno.

Quindi il fatto che ci si trovi in presenza di detrimenti non compensati e non compensabili mediante utilità equivalenti e in particolare mediante denaro, non importa uno spostamento della responsabilità civile da una logica privatistica di ricostruzione della sfera del soggetto leso dall'azione antigiuridica altrui, ad una logica penalistica di ricostruzione dell'ordine violato.

Del resto, come da taluni è stato osservato (49), *le non pecuniary losses* nel sistema di *common law* trovano soddisfazione anche nel rimedio dei *compensatory damages*.

Quindi pure negli ordinamenti in cui tipicamente si pone la partizione tra rimedi compensatori e rimedi sanzionatori contro gli illeciti civili, la non patrimonialità della lesione non incide sulla sua concreta compensabilità.

In tali ordinamenti, inoltre, vale anche l'osservazione contraria: non solo una perdita non economica può trovare rimedio nella tutela compensatoria, ma anche una perdita economica può trovare tutela nei c.d. danni punitivi (50).

(47) In tal senso SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 102 ss. Sul rapporto tra tutela compensatoria e interessi super-individuali v. *supra* parte I, capitolo 3, nota 51.

(48) Cfr. BGH 4.6.1992, in NJW, 1992, 3096. Osserva, infatti, la Corte « *Zum Schaden begründet die Gemüthsstimmung keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes* » V. *amplius infra* p. 235 ss.

(49) G. COMANDÈ, *Le non pecuniary losses in common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 455.

(50) In particolare si ricordano casi di *breach of contract* in cui, nonostante la presenza di danni patrimoniali, la giurisprudenza americana ha condannato il responsabile

Le nostre conclusioni sembrano aver incontrato da ultimo anche l'avallo della Corte Costituzionale e della Cassazione pronunciatesi recentemente sulla natura della riparazione dei danni morali con particolare riferimento al problema della risarcibilità degli stessi in ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva (51).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, partendo dalla premessa che il danno non patrimoniale è riparabile solo ove l'illecito costituisca reato, è da escludere la sua risarcibilità

al pagamento di punitive damages. Cfr. *Anderson v. Continental Insurance Co.*, 85 Wis. 2d 675, 271 N.W.2d 368 (1978); *Nicholson v. United Pacific Ins. Co.*, 219 Mont. 32, 719 P.2d 1342 (1985). Sul punto R. L. SASSAMAN, *Punitive Damages in Contract Actions: Are the Exceptions Swallowing the Rule?*, in *Washburn L.J.*, 86 (1980), p. 20 ss.

(51) Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7282 in *DeG-Diritto e giustizia* 24.5.2003, f. 22, con nota di F. Peccenni; Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7281 e 7283, *Foro it.*, 2003, 2212 con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

C. Cost., 30.6-11.7. 2003, n. 233, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 con nota di G. RONZANELLI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale*. La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione: A. PASOLUNGA, *MIRASILELLI DI LAURO*, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale*. Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03; O. TROIANO, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale*. L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale; M. BONA *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale*. Il danno esistenziale brucia alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.); G. CUCENNI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale*. Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.; in *Foro it.*, 2003, 2201 con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona « in fieri »*, in *Giur. it.*, 2003, 1776 con nota di P. CANDON-P. ZIVU, *Vincitori e vinti (...)* dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale.

La questione di costituzionalità era stata sollevata da Trib. Roma, 20.5.2002, in *Danno e resp.*, 2002, 856 ss. con note di F. G. MONVAREI, *Il Bronitorano alla resa dei conti? « I nulli survivit »*; E. NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dai limiti del reato alla soglia della tolleranza*; G. RONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*.

In senso analogo più recentemente v. C. Cost. 27.11.2003 - 12.12.2003, n. 356, in *D & G - Diritto e Giustizia*, 2004, f. 2, 27.

La questione non può dirsi risolta. La Cassazione ha, infatti, da ultimo emesso una sentenza in linea col vecchio orientamento, affermando che « il danno morale non è risarcibile allorché la colpa del danneggiante è stata non già accertata in concreto, ma presunta ex articolo 2054 comma 2 Cc »: così Cass. 9. 10. 2002-14.10. 2003, n. 10985, in *D & G - Diritto e giustizia*, 2003, f. 43, p. 26 con nota di M. Rossetti.

Più recentemente, però, la Suprema Corte ha ribadito il principio enunciato dalla Consulta con la sentenza n. 233 del 2003: Cass. 10.3.2004, n. 4906, in *Giur. civ. riass.* 2004; Cass. 3.3.2004, n. 4359, in *ibidem*, 2004; Cass. 27.10.2004, n. 20814 (ined.).

bilità in tutte le ipotesi in cui il giudizio di responsabilità civile viene fondato su presunzioni di colpevolezza sulla base delle quali, però, non è dato accertare l'esistenza del fatto reato (52).

La Corte Suprema, in tre pronunce che hanno poi trovato conferma in una successiva decisione della Consulta, ha preso le distanze dal suddetto indirizzo, affermando che « Sembra del tutto improprio frustrare gli scopi di una disposizione, qual è l'art. 2059, che non mira a punire il responsabile ma a consentire il risarcimento del danneggiato dal fatto illecito anche se leso in interessi non economici, operandone un'interpretazione del tutto antinomica rispetto all'esigenza alla quale il sistema in cui è inserita palesemente si ispira: quella, appunto, di rendere possibile il risarcimento del danno anche se la prova della colpa sia raggiunta grazie ad una presunzione legale ».

2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali.

La partizione tra danni patrimoniali e morali entra in crisi nel momento in cui il sistema della responsabilità civile, da tempo incentrato sulla tutela del patrimonio dei privati e sul risarcimento del danno, quale rimedio volto a compensare le perdite conseguenti ad atti illeciti attraverso il loro equivalente in denaro, viene esteso alla tutela di diritti e di interessi la cui lesione trova, in genere, materializzazione unicamente in pregiudizi morali per i quali l'ordinamento non riconosce la possibilità di intervenire con rimedi di tipo satisfattorio.

Anche le riletture dell'art. 2059, proposte dagli interpreti al fine di ampliare l'ambito di operatività della riparazione dei danni non patrimoniali, non hanno, infatti, portato ad un superamento della stretta tipicità di tale tecnica di tutela (53).

(52) V. da ultimo in tal senso Cass. 14.3.2002, n. 3728, in *Giur. civ. Mass.* 2002,

(53) V. *supra* § 12.

Peraltro sembrava essersi ormai consolidato un orientamento giurisprudenziale sul punto che finiva per introdurre un limite al risarcimento dei danni morali ulteriore rispetto a quelli indicati nella suddetta disposizione di legge.

La Corte Costituzionale pronunciata con una sentenza interpretativa di rigetto sulla annosa questione della legittimità dell'art. 2059, più volte sottoposta alla sua attenzione, aveva enunciato il principio in base al quale il danno morale è risarcibile solo ove trovi la propria causa nella lesione di un diritto o di un interesse patrimoniale (54).

Così, ad esempio, i danni non patrimoniali conseguenti ad una lesione del diritto alla salute possono dar luogo al diritto alla relativa riparazione solo se il danneggiato ha riportato danni patrimoniali tra i quali andrebbero annoverati, ad avviso della Corte, anche i pregiudizi dell'integrità psicofisica (55).

Una simile visione finisce per confondere il piano del danno patrimoniale con quello del danno morale facendo di quest'ultimo un mero complemento del primo.

Recentemente, però, la Cassazione, in una pronuncia a sezioni unite (56), ha riconosciuto l'autonomia del danno morale da quello patrimoniale articolando la propria dissociazione dal sopracitato orientamento in due punti: si osservava, in primo luogo, che la dicotomia danno-evento e danno-conseguenza, da cui muoveva l'interpretazione sopra ricordata, è « una mera struttura teorica dal momento che l'art. 2059 pone come unico presupposto di risarcibilità del danno morale la configurabilità di un fatto reato... »; in secondo luogo, la Suprema Corte rileva come

condizionare la risarcibilità del danno morale all'esistenza di un danno patrimoniale significa negare la risarcibilità dello stesso in ipotesi di reati plurioffensivi e nei reati di pericolo in quanto in entrambi l'offesa avrebbe ad oggetto un bene astratto e non sarebbe suscettibile di dar luogo a detrimenti economici.

Nonostante tali interpretazioni abbiano portato ad un ampliamento dell'area del danno morale riparabile, non si può comunque affermare che l'ambito dei pregiudizi suscettibili di un effettivo ristoro coincida con quello della lesione di interesse.

Sussisteranno ancora illeciti che non hanno come conseguenza danni patrimoniali o che determinano danni patrimoniali di lieve entità rispetto alla gravità dell'offesa, e che non possono trovare adeguato ristoro mediante la riparazione dei danni morali perché si tratta di ipotesi per le quali l'ordinamento non prevede tale rimedio tra i mezzi di tutela del danneggiato.

La giurisprudenza, al fine di coprire lo iato che in tali casi si viene a creare tra danno risarcibile e offesa, è intervenuta, in alcuni casi, sul piano probatorio ammettendo meccanismi presuntivi per danni patrimoniali di non facile prova e forse anche di dubbia esistenza.

In altri casi gli interpreti hanno operato attraverso un'ulteriore estensione della categoria dei danni patrimoniali a pregiudizi consistenti in un deterioramento delle condizioni di vita e delle relazioni interpersonali dando vita ad un processo di moltiplicazione dei danni consequenziali alla lesione.

2.1. I danni presuntivi.

Da un'analisi delle massime recenti della giurisprudenza italiana in punto di prova del danno emerge che, sebbene in esse sia ancora saldamente radicata l'interpretazione dell'art. 2043 in base alla quale il danno è elemento costitutivo della pretesa risarcitoria del danneggiato e deve essere provato sia in punto di

(54) Così C. Cost., 14.07.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. Ponzanelli, *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.

(55) In tal senso significative sono due sentenze gemelle Cass. 24.05.1997, n. 4631, in *Corriere giur.*, 1997, 1172, con nota di G. De Marzo, *Danno morale e reati di pericolo: il caso Iemese*; Cass. 20.06.1997, n. 5530, in *Danno e resp.*, 1997, 711, con nota di B. Pozzo, *Danno all'ambiente e danno morale: ultimo atto*.

(56) Così Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515, in *Danno e resp.*, 2002, 499, con osservazioni di G. Ponzanelli e di B. Tassone.

an che di *quantum* (57), in talune ipotesi i giudici, in assenza della prova diretta del danno, lo hanno comunque ritenuto provato in via presuntiva dall'esistenza della violazione del diritto (58).

Volendo indicare, solo a titolo esemplificativo, alcune decisioni in cui le pretese risarcitorie sono state rigettate per mancanza prova del danno possiamo ricordare la sentenza avente ad oggetto la richiesta di un risarcimento del danno patrimoniale avanzata da parte del lavoratore dipendente infortunato che aveva continuato a percepire nel periodo d'invalidità la retribuzione dal proprio datore di lavoro.

La Suprema Corte osserva, al riguardo che, ai fini del risarcimento, l'attore avrebbe ben potuto e dovuto dar prova di aver percepito solo parte della retribuzione per la perdita, ad esempio, di straordinari o trasferre (59).

Ancora si può ricordare il caso in cui tra la data di stipulazione del contratto di compravendita e la sua trascrizione era stata iscritta un'ipoteca sul bene compravenduto a causa della negligenza del notaio.

Anche in tale ipotesi la Suprema Corte, pur riconoscendo la responsabilità del pubblico ufficiale, assume, che il proprietario doveva dar prova del danno subito in concreto, in quanto l'iscrizione di ipoteca rappresenta solo un pregiudizio potenziale (60).

A differenza dell'ipotesi precedente, in cui la perdita di straordinari e trasferite era solo una conseguenza eventuale e non deducibile automaticamente dalla lesione alla integrità psico-

(57) Volendo citare soltanto alcuni esempi si può indicare Cass. 28.8.2000, n. 11207, in *Mass. Foro it.*, 2000; Cass. 22.05.2000, n. 6616, *ibidem*; Cass. 3.7.2000, n. 8892, *ibidem*. Tali sentenze, sebbene non pubblicate per esteso, sono leggibili con un CD ROM *juris data-Sentenze Cassazione civile*.

(58) Emblematica al riguardo è la recente sentenza della Cass. 26.1.1999, n. 704 in *Resp. civ. prev.*, 1999, 389.

(59) Così Cass. 22.05.2000, n. 6616, cit.; Cass. 03.07.2000, n. 8892, cit.

(60) Così Cass. 28.8.2000, n. 11207, cit.

fisica, in questo specifico caso le conclusioni dei giudici paiono discutibili.

Non sembra, infatti, esservi dubbio che l'esistenza di un diritto reale di garanzia sul bene compravenduto ha sicuramente leso la posizione patrimoniale del proprietario il quale viene per tal via ad acquistare un bene il cui valore è ridotto in ragione dell'entità del credito in relazione al quale è stata iscritta l'ipoteca.

Le conclusioni della Corte in punto di prova del danno in caso di trascrizione tardiva risultano peraltro ancor più discutibili ove si considerino le ipotesi in cui i giudici, invece, hanno presunto l'esistenza di un pregiudizio risarcibile in presenza della sola lesione del diritto.

In alcuni casi tale risultato è stato raggiunto attraverso un'interpretazione di tipo teleologico della norma individuando lo scopo del riconoscimento della stessa nella necessità di tutelare l'individuo da possibili eventi dannosi; per cui, se la *ratio legis* è indirizzata alla tutela dei soggetti da possibili pregiudizi che possono determinarsi in ragione dell'azione altrui, allora la violazione della norma, a tal fine posta dall'ordinamento, importa il riconoscimento, almeno in via presuntiva, dell'esistenza dei suddetti pregiudizi.

Si pensi alle norme in materia di immissioni (61), di respon-

(61) In caso di immissioni, infatti, il danno viene risarcito in base alla sola astratta intollerabilità anche in assenza di ogni accertamento in ordine all'esistenza del danno. V. in tal senso Trib. Milano 10.12.1992 e C. App. Milano 17.7.1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 786 ss con nota di M.V. De Giorgi; C. App. Venezia 31.5.1985, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 493 con nota di D. Aru.

Alcuni giudici in assenza di un danno materiale celano l'esistenza del danno dietro il danno da stress (Così Trib. Biella 22.4.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3303 con nota di R. Sinaceo) o nel caso di immissioni di rumore nella perdita del riposo (Trib. Belluno 11.1.1981, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 398).

Non mancano però significative pronunce che richiedono, in tal caso, la prova in concreto del danno per ottenere il risarcimento. Cfr. Cass. 6.5.1988, n. 3367 in *Giur. it.*, *mat.*, 1988, Cass. 10.5.2001, n. 6507, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 529 con nota di A. Zaccaria.

Infine altri giudici ammettono il risarcimento del danno anche in assenza di un

sabilità del datore di lavoro (62), di tutela dei diritti della personalità (63): la violazione dei divieti in materia di immissioni pericolose, in quanto posti a tutela della salute, importa la presunzione dell'esistenza di un detrimento dell'integrità psico-fisica del soggetto leso; analoghe conclusioni valgono per la violazione di norme poste a tutela della salute del lavoratore quale è la previsione del diritto al riposo settimanale; allo stesso modo la violazione di disposizioni poste a presidio dell'espressione della personalità degli individui fa presumere un detrimento della stessa.

In altri casi, sempre concernenti lesioni di interessi non patrimoniali, sebbene l'antigiuridicità della condotta del responsabile non fosse costituita dalla violazione di norme volte a prevenire condizioni pregiudizievoli, i giudici hanno ritenuto provata l'esistenza di un danno patrimoniale valutando la potenzialità lesiva della condotta antigiuridica del responsabile.

danno materiale ritenendo che sussistano gli estremi per la contravvenzione ex art. 639 1° comma c.p.e. e quindi sussistano anche gli estremi per l'applicazione dell'art. 2059 Costi Trib. Savona 31.1.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 606 con nota di V. Ioffredi.

(62) Cf. Cass. 26.1.1999, n. 704, in *Resp. civ., prev.*, 1999, 389 ss. per la quale il danno da mancata concessione del riposo settimanale « è oggetto quanto all'art. 639 presunzione assoluta posto che, dalla norma dell'art. 36 Cost., si desume che la mancata fruizione del riposo settimanale è lesiva di un diritto fondamentale, che deve essere rispettato per tutelare il benessere fisico e psichico dei lavoratori ». *Contra* recente mentre C. App. Milano 16.3.2001, in *Orient. Giur. lav.*, 2001 p. 73. V. Sul punto: D. POLETTI, *Danno psichico del lavoratore*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon P. Ziviz, Milano, 2000, p. 477 ss. In particolare quest'ultima, nel qualificare tale ipotesi risarcitoria, evoca l'idea della pena privata.

(63) Cf., con particolare riferimento alla lesione della reputazione personale e professionale, Cass. 10.5.2001, n. 6507, in *Giur. civ.*, 2001, I, 2644; Cass. 5.11.1998, n. 11103, in *Giur. civ. mass.*, 1998; Cass. 23.3.1996, n. 2576, in *Danno e resp.*, 1996, 320 con nota di V. Carbone. In materia di diritto all'immagine Trib. Milano 19.2.2001, in *Giur. it.*, 2002, 334.

Un atteggiamento restrittivo rispetto all'idea di danno *in re ipsa* in ipotesi di lesione dei diritti della personalità si ravvisa in alcune recenti sentenze. Cf. in materia di lesione del diritto all'immagine C. App. Roma 4.6.2001, in *Arch. Civ.*, 2002, 69.

Sui confini del danno risarcibile in ipotesi di lesione dei diritti della personalità V. *ambplus infra* § 3.

Così la commercializzazione di prodotti di un marchio prestigioso ad opera di un'azienda, operante nel mercato di massa della vendita per corrispondenza, sarebbe sufficiente a ritenere come esistente un detrimento rappresentato da un indiscusso ritorno negativo per il presunto danneggiato (64).

Si può forse notare come tale ipotesi presenti delle forti similitudini col caso dell'ipoteca iscritta nel lasso di tempo che il notaio aveva lasciato trascorrere tra la stipula dell'atto e la sua trascrizione.

Anche l'ipoteca, come abbiamo osservato, grava, di per sé, sulla posizione patrimoniale del proprietario recando a questi un pregiudizio inevitabile. Per contro i giudici in siffatta ipotesi hanno ritenuto non provata l'esistenza di un danno.

Occorre pertanto interrogarsi su quali siano le differenti considerazioni che possono aver portato a soluzioni così diverse in presenza di situazioni di fatto apparentemente analoghe.

Il quesito importa non poche difficoltà in considerazione del fatto che le ipotesi, in cui i giudici hanno riconosciuto l'esistenza di danni presunti, non risultano associabili in relazione ad un denominatore comune che non sia l'operatività sul piano probatorio del meccanismo presuntivo.

Cercando di trovare una collocazione sistematica a siffatte fattispecie concrete in modo da dare una spiegazione a tali differenti atteggiamenti della giurisprudenza, parte della dottrina ha proposto una lettura comparata del fenomeno attraverso un accostamento dello stesso ai *general damages del common law* (65).

Tra gli Autori che si sono cimentati nella definizione di tale categoria preferiamo ricordare quella proposta da Markesinis e Deakin, anche per alcune conclusioni che questi compiono sulla

(64) Il caso è stato oggetto della ordinanza del Pret. Roma 7.4.1987, in *Foro it.*, 1987, I, 2878.

(65) Intendiamo riferirci a P.G. MONATERI, *Risarcimento e danno presunto verso una teoria di general damages in diritto italiano?*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 24 ss.

distinzione tra *general* e *particular damage* (66): « *General damages are awarded in respect of damage which is "presumed to flow from the wrong complained of, and include pecuniary losses such as loss of future earnings, as well as non-pecuniary losses, such as damages for pain and suffering incurred before and after the trial* » (67).

L'assimilazione delle ipotesi, nelle quali i giudici hanno ritenuto provato in via presuntiva il danno, alla categoria dei *general damages* è fondata sulla considerazione che in entrambi i casi si avrebbe un superamento della partizione tra lesione di interesse e danno conseguenza (68).

Si tratterebbe di situazioni in cui la lesione dell'interesse è ritenuta rilevante in sé ed in cui l'entità del danno nel calcolo del *quantum debetur* da parte del responsabile non rileva e non deve rilevare (69).

La responsabilità civile sarebbe infatti un « sistema di segnali pecuniari per indirizzare le attività dei consociati » (70).

Tali segnali sarebbero individuati dai giudici le cui decisioni non mancano di essere ancorate a certi parametri che, nel caso di lesioni di beni patrimoniali, saranno i danni materialmente prodotti dalla condotta antigiuridica del responsabile.

(66) V. *infra* p. 159.

(67) B.S. MARKESINIS-S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 4^a ed., Oxford, 1999, p. 724. Nella definizione l'A. si richiama allo storico caso *Ratcliffe v. Evans* (1892) 2 QB 524-528. Per ulteriori indicazioni bibliografiche circa le definizioni proposte dalla dottrina di *common law* sul punto cfr. P.G. MONATERI, *op. loc. cit.*

(68) In particolare la dottrina ha rilevato come in tali ipotesi fondamentalmente occorre « prendere le distanze da una troppo marcata corrispondenza binaria tra danno e risarcimento nel senso (della costruzione) di una obbligazione risarcitoria: con termini ed elementi sono già tutti contenuti nella fattispecie dell'accadimento dannoso » il che però non può portare a « dimenticare, perché è nel suo DNA la perdita subita dal danneggiato, anche in termini, se si vuole, non strettamente patrimoniali » così A. Di Majo, *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna in Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 318-319.

(69) Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 29.

(70) Le parole tra virgolette sono di P.G. MONATERI, *op. cit. loc. cit.*

Diversamente, in caso di lesione di beni non patrimoniali, « se si vogliono scoraggiare gli atti lesivi di tali diritti, senza proibire tutte le azioni potenzialmente lesive, è chiaro che a tali lesioni bisogna assegnare qualcosa che per il convenuto rappresenti un costo, un prezzo da pagare » (71).

Pertanto ammettere un risarcimento che equivalga al danno, che in questi casi può mancare o essere di lieve entità rispetto alla gravità della lesione, senza tener conto, tra l'altro, anche del profitto che il danneggiante può aver conseguito dalla propria condotta antigiuridica, potrebbe non risultare sufficiente ad orientare la condotta dei consociati verso comportamenti rispettosi dei diritti altrui.

Per tal via, però, si finisce per qualificare l'atteggiamento dei giudici, che in siffatta ipotesi, tendono ad ancorare l'entità del risarcimento a parametri diversi dal danno, come una sorta di penalizzazione della responsabilità civile la quale verrebbe a perseguire fini di tutela dell'ordine pubblico attraverso la repressione e la prevenzione degli illeciti.

Con riferimento a tale rilettura del fenomeno dei danni presunti in chiave comparatistica secondo un'argomentazione di pura analisi economica si possono compiere alcune osservazioni.

La prima concerne la stessa rilevanza dei *general damages* come categoria generale nel sistema di *Tort Law* avuto riguardo alle conclusioni cui giungono Markesinis e Deakin in ordine alla distinzione tra *general* e *particular damage*: « *The distinction is thus of importance for pleading and evidential purpose, and also, as we shall see, for the purpose of calculating the rates of interest, but not so much from the point of view of the substantive law* » (72).

Si potrebbe allora ammettere che analoghe osservazioni valgano per i danni presunti in Italia in quanto il ricorso a meccanismi presuntivi in ipotesi di prova del danno non giustifica la

(71) Così P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 30. In tal senso precedentemente A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 10 ss.

(72) Così B.S. MARKESINIS-S.F. DEAKIN, *op. loc. cit.*

necessità di elevare gli stessi a categoria unitaria anche in considerazione del fatto che le sentenze in esame mancano di un comune denominatore. Né un dato unificante ci pare che possa essere rinvenuto nella natura dell'interesse leso.

Se è, infatti, vero che di danni presunti si parla, in genere, con riferimento a lesioni di interessi non patrimoniali, occorre anche tenere presente che si tratta di un orientamento giurisprudenziale che non può dirsi costante.

Siamo allora in presenza di fenomeni che rilevano unitamente sul piano probatorio e della determinazione del *quantum debetur* e che non importano una revisione del ruolo del danno nel sistema della responsabilità civile.

Del resto, se, ai fini della condanna al risarcimento si ricorre a meccanismi di prova per presunzioni in relazione all'accertamento del danno conseguenza della lesione, vuol dire che questo è ancora l'indefettibile presupposto dell'obbligazione risarcitoria.

Il dato patologico rilevabile in alcune delle sopraccitate sentenze è che in taluni casi, ma non in tutti, il meccanismo presuntivo viene adottato a scopi funzionalistici per provare un danno patrimoniale che non c'è in mancanza di un danno morale risarcibile.

Si tratta di un atteggiamento problematico in quanto finisce nei suoi risultati per mettere in discussione la funzione strettamente compensatoria della responsabilità civile; tali risultati, allora, non devono essere acclamati attraverso un ripensamento della funzione del danno nel sistema delle tecniche di tutela civilistiche contro i torti, ma devono anzi portare ad un'attenta riflessione sulle possibili conseguenze di una commissione tra rimedi riparatori e rimedi punitivi, tra risarcimento e pena.

2.2. Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio?

Abbiamo visto come la giurisprudenza, nel tentativo di ampliare i confini del danno risarcibile, abbia operato non solo

attraverso un ridimensionamento dei limiti alla risarcibilità dei pregiudizi non economici, ma si sia mossa anche nel senso di restringere lo stesso ambito in cui tali limiti si applicano identificando il danno non patrimoniale con il mero danno morale soggettivo.

La progressiva riduzione dell'area del danno morale al mero «transente turbamento psicologico» (73) ha, però, finito col rendere problematica la qualificabilità di una serie di danni i quali, pur non rientrando nella categoria dei danni patrimoniali, non sembrano neppure coincidere con quella dei danni morali.

Intendiamo riferirci a quei patemi d'animo che sono rinvenibili nel turbamento che si produce nella sfera giuridica di un soggetto per il non poter più esprimere il proprio modo di essere come prima del compiersi dell'illecito civile ai suoi danni (74).

In tal caso la immaterialità del pregiudizio, non avente una consistenza corporea, e la sua tendenziale non compensabilità per utilità equivalenti, legata alla sostanziale incommensurabilità dello stesso, ne impediscono la qualificazione in termini di stretta patrimonialità.

Né sembra possibile ricondurre tali ipotesi al danno morale inteso come mero *pretium doloris*, in quanto in simili casi non siamo in presenza di fenomeni puramente interiori, ma ci si riferisce a detrimenti concretamente verificabili poiché rappresentati da un deterioramento delle condizioni di vita del danneggiato.

D'altro canto estendere l'area del danno morale fino a coprire

(73) L'espressione tra virgolette è della C.Cost. 14/7/1986 n. 184, cit.

(74) Il tema si inserisce nella più ampia problematica della necessità di estendere la nozione di danno alla salute fino a coprire non solo il danno fisico, ma anche ogni perturbamento del modo di essere del soggetto leso. Si osserva al riguardo in dottrina che l'Organizzazione Mondiale della Sanità nella costituzione stipulata in New York il 22/7/1946 recepita in Italia col D.lgs. Cp. Stato del 4/3/1947 n. 1968 definisce la salute come «benessere fisico, psichico e sociale non consistente soltanto in un'assenza di malattia o infermità». Sul punto P. ZATTI, *Il diritto di scegliere la propria salute*, ivi, 2000, I, ss.; V. DURANTE, *Dimensione della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giurisprudenza*, 2001, II, p. 152 ss.; C.M. D'ARCO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, p. 1013 ss.

tali pregiudizi vuol dire, estendere altresì a questi la norma contenuta nell'art. 2059 con una conseguente limitazione della loro risarcibilità ai casi previsti dalla legge.

La dottrina ha così preferito avventurarsi verso la costituzione della nuova categoria concettuale dei danni esistenziali (75).

Le strade intraprese al fine di completare una simile costruzione sono però diverse: partendo dalla dicotomia tra danno-evento e danno-conseguenza, alcuni hanno collocato la nuova categoria all'interno del secondo come detrimimento del benessere esistenziale della vittima dell'illecito che può conseguire alla lesione di qualsivoglia diritto o interesse meritevole di tutela nonché all'inadempimento di un obbligo contrattuale (76).

L'immaterialità di un simile detrimimento potrebbe, però, far dubitare della necessità di configurare lo stesso come categoria autonoma di danno non riconducibile all'interno della norma di cui all'art. 2059.

I sostenitori di siffatta costruzione concettuale hanno allora precisato che il danno morale è fondato su un sentire mentre quello esistenziale riposa in un non fare, o meglio in un non poter più fare (77).

Né sembra possibile ricondurre il danno esistenziale ad una delle voci di danno patrimoniale anche nell'ampia nozione di patrimonialità accolta dalla giurisprudenza. In particolare il danno esistenziale non sarebbe identificabile col danno biologico.

(75) La denominazione « danno esistenziale » risale a P. CENDON-L. GAUDINO-P. ZIVIZ, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1005.

(76) Cf. P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon, P. Ziviz, Milano, 2000, p. 5 ss. ora in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, vol. II, Milano, 2004, p. 1647 ss.; Id., *Prospettive del danno esistenziale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, p. 257 ss.; P. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. Impr.*, 1994, p. 84 ss.; Id., *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999; Id., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon, P. Ziviz, Milano, 2000, p. 25 ss.

(77) In tal senso P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Treatatio breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, a cura di P. Cendon, vol. I, Padova, 2001, pp. 11-12 ora in *Persona e danno*, cit., p. 1687.

Si sostiene, infatti, che il primo sarebbe il *genus* all'interno del quale ricondurre il secondo che riguarderebbe solo una delle dimensioni dell'esistenza: quella fisica (78).

Si collocano in una diversa prospettiva gli Autori che vedono nel danno esistenziale la lesione di un diritto tutelato sul piano costruttivo, in quanto concernente l'espressione della personalità degli individui.

Il danno esistenziale, allora, insieme al danno biologico, rappresenta un *tertium genus*, rispetto al danno patrimoniale e a quello morale (79), che trova il suo fondamento sul piano risarcitorio nell'art. 2043 e nelle norme della Costituzione in cui è riconosciuta la tutela della persona come valore in sé.

Si tratta di costruzioni concettuali che, come avremo modo di osservare nei prossimi paragrafi, sembrano aver trovato rispondenza in pronunce giurisprudenziali italiane nonché nella giurisprudenza di altri Stati europei.

Non sono però mancate voci dissonanti che hanno sottolineato come tale costruzione finisce per portare la responsabilità civile fuori dalla logica compensatoria (80).

Si evoca così l'idea di pena privata e il bipolarismo proprio dei sistemi di *common law* tra *compensatory damages* e *punitive damages* con i conseguenti problemi di assicurabilità delle sanzioni punitive (81).

a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana.

Nel considerare le pronunce che sembrano aver fatto proprie

(78) Cf. P. CENDON, *op. loc. ult. cit.*

(79) Sulla ricostruzione del danno biologico come *tertium genus* v. supra p. 138.

(80) V. G. Ponzanelli, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 693; Id., *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841; Id., *Le ragioni alla base di un sistema bipolare e contro il riconoscimento del danno esistenziale*, in *Critica del danno esistenziale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2003, p. 7 ss. in part. p. 11 ss. V. *ampius infra* § 2.2.

(81) Cf. G. Ponzanelli, *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841.

tale e necessaria figura paterna, proprio nel periodo della vita di transizione tra l'adolescenza e la maturità» (85).

Anche in tal caso, però, si viene conseguentemente a negare la risarcibilità del danno esistenziale perché perfettamente coincidente col contenuto di quello morale.

Diversa è, invece, la posizione di altri giudici di merito i quali ammettono la risarcibilità *ex art.* 2043 di un'autonoma voce di danno rappresentata dal venir meno della relazione che il congiunto-danneggiato aveva col defunto (86).

Si arriva così a risarcire il danno da perdita del congiunto come autonoma voce dell'obbligazione risarcitoria fondata sul combinato tra l'art. 2043 e le norme costituzionali in cui è riconosciuto il valore della persona, in particolare l'art. 2 Cost.

Si tratterebbe allora di un danno non patrimoniale da ricondurre comunque all'interno dell'art. 2043 e non all'interno dello schema della riparazione dei danni morali di cui all'art. 2059 (87).

(85) Così Trib. Roma 7.3.2002, in *Guida al diritto - Il sole 24 ore*, 2002, n. 32, 55. In senso analogo si può ricordare altresì una recente sentenza della Cassazione in cui la Corte accoglie la censura alla sentenza impugnata per « evidenti lacune logiche e giuridiche » in merito alla parte della sentenza della Corte di Appello di Firenze in cui si limitava il danno morale al mero « patema d'animo o stato di angoscia trattante » e si escludeva quindi la risarcibilità, a tale titolo dello « aggravio di responsabilità che deriva alla madre per la crescita e l'educazione del figlio a seguito della morte del padre »: così Cass. 5.12.2001-17.7.2002, n. 10393, cit.

(86) « Poiché nella famiglia si esplica la personalità di ciascun componente, estrinsecandosi in diritti inviolabili riconosciuti e garantiti a livello costituzionale, il fatto illecito del terzo — incidente sul diritto di un congiunto — che determina in via immediata e diretta la lesione dei diritti correlati dei familiari, determina in capo a questi ultimi un danno ingiusto, autonomamente risarcibile *ex art.* 2043 c.c. e quindi quale come danno esistenziale. »: così Tribunale Torino, 8.8.1995, in *Resp. civ. e prev.* 1996, 282 nota di P. Zviz. In tal senso vedi ancora Trib. Milano 31.5.1999 e Trib. Treviso 25.11.1998, in *Danno e resp.* 2000, 67, con nota di R. Caso, *Lesione del rapporto parentale da uccisione: nuove voci di danno alla persona tra esigenze di giustizia e canoni risarcitorio* e Trib. Firenze 24.2.2000, in *Danno e resp.*, 2001, 97 con nota di G. Ponzanelli.

(87) Vi sono state anche altre vie intraprese dalla giurisprudenza per ammettere indirettamente la tutela della perdita della vita: l'armento della posta del danno morale in considerazione della tipologia del delitto (è il caso dell'agato mafioso su cui si è trovato a decidere il Trib. Palermo, 2.5.2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1098).

Un'altra ipotesi in cui l'applicazione delle regole finisce per costituire un ostacolo alla tutela dei valori è quella della perdita del nascituro.

Per il nostro ordinamento il frutto del concepimento non è titolare di diritti e la sua lesione non importa risarcimento se non per le sofferenze psicofisiche riportate dalla puerpera e dal padre, che comunque devono essere provate, nonché per il danno morale sofferto dagli stessi che spesso, anche in considerazione della lieve entità del danno biologico, è irrisorio (88).

Recentemente la Cassazione, in accoglimento delle motivazioni della pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, ha ammesso il diritto al risarcimento del danno da perdita del frutto del concepimento (89).

La trasmissibilità del danno da perdita della vita Trib. Vibo Valentia sez. dist. Tropea, 28.5.2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1095.

Altri hanno riconosciuto la possibilità di una tutela del danno da morte nel tuverimento di un altro cenuto di interessi oggetto di tutela. « Ci si riferisce cioè alla possibilità di valorizzare un ulteriore componente della personalità e della dignità umana, sottesa al preterito riconoscimento di un diritto a vivere secondo il corso naturale degli eventi » così L. BARCHIESI *Danno alla salute e perdita della vita*, Milano, 1997, p. 129. L'A. si richiama alle teorie di G. CARUSONI, *Sul diritto a morire naturalmente. Il Natural Death Act California*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 84.

(88) Affirma sul punto la Suprema Corte che è « lapalissiano che la mancata nascita... esclude in radice ogni diritto risarcitorio al di fuori di quelli eventualmente competenti alla madre od al padre. »: così Cass. 22.11.1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale e illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Corriere giur.*, 1994, 479 con nota di A. BIRÀ, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*; in *Resp. civ.*, 1994, 403 con nota di E. IORRATI *La tutela del nascituro: la conferma della cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 690 con nota di V. ZENO ZANCOVICA *Il danno del nascituro*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550. Il problema è però affrontato in via diretta per la prima volta dal Trib. Napoli 18.5.1988, in *Arch. giur. circ. civ. stud.*, 1988, 789, ove si afferma che la perdita del nascituro non è che risarcibile sul piano morale in quanto per il risarcimento della perdita della vita è presupposto indetribile la nascita.

Fondamentale al riguardo è lo scritto di P. RESCROLO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 614 ss.

(89) Così Cass. 11.3.1998, n. 2677, in *Giur. it.*, 1999, 736 con nota M. BONA e A. CASTELLANOVO, *La perdita del frutto del concepimento: questioni di responsabilità medica e risarcimento del danno (una ipotesi di danno esistenziale?)*.

La Corte veneta arriva a tale conclusione, però, sulla base di una argomentazione fondata su ragioni che difficilmente possono qualificarsi come giuridiche e che muovono piuttosto sul piano dell'umano sentire di fronte ad una irrimediabile tragedia familiare. Si osserva, infatti, come l'obbligazione risarcitoria sia stata al riguardo riconosciuta in considerazione del fatto che la puerpera era « quasi al termine di una gravidanza desiderata », dei trattamenti medico-chirurgici cui la stessa era stata sottoposta e delle « modalità particolarmente affittive con cui si sono svolti i fatti ».

Più recentemente un giudice di pace ha ammesso la risarcibilità per la perdita del feto « a titolo di danno esistenziale » facendo riferimento ad un danno conseguenza ulteriore rispetto al danno morale (90).

Nuovamente il danno esistenziale viene evocato per coprire la lesione di un interesse dei privati che nella partizione tra danni morali e danni patrimoniali, operata dagli interpreti, non troverebbe ragione di esistere.

Il pregiudizio esistenziale viene richiamato come autonoma voce di danno anche in ipotesi di lesione di diritti della personalità e di immissioni pericolose per la salute, ipotesi in cui, come abbiamo visto, la giurisprudenza tende generalmente a compensare l'insufficienza della dicotomia tra danni morali e danni patrimoniali attraverso l'uso dello strumento probatorio della presunzione (91).

Al riguardo si può ricordare come alla categoria del danno esistenziale abbia fatto riferimento il tribunale di Verona in

merito al caso di un sacerdote che aveva visto pubblicare la sua immagine in un manifesto pubblicitario di un partito (92).

Ancora una condanna al risarcimento del danno esistenziale si è avuta in un caso di immissioni acustiche che superavano il limite della normale tollerabilità (93).

Tutte le controverse sin qui citate avevano ad oggetto il risarcimento di lesioni di diritti fondamentali: diritto alla salute, diritti della personalità, diritto ad un ambiente salubre.

La categoria del danno esistenziale è stata, però, evocata anche in sentenze in cui il danno originava dalla violazione di un dovere familiare: si pensi al caso del padre che non presta l'assistenza morale alla moglie in gravidanza (94) oppure al genitore che non adempie ai propri obblighi alimentari verso il figlio (95).

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi la Suprema Corte ha avuto, infatti, modo di affermare che « Il citato articolo 2043 c.c. correlato agli articoli 2 ss. Cost., va così necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento non solo di danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Per cui — essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti

(92) In tal caso si parla di danno esistenziale come conseguenza della lesione del diritto all'identità personale distinto dal danno morale. Vedi in tal senso Trib. Verona 26.2.1996, in *Dir. Inf.*, 1996, 576.

Una peculiare estensione del danno esistenziale si ha in materia di danni all'immagine della P.A. In giurisprudenza si afferma che « il danno all'immagine di un ente pubblico è da ritenersi non già un danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., bensì un danno patrimoniale in senso ampio, rientrante nella più generale figura del danno esistenziale »: così C. Conti 23.4.2003 n. 10, in *Giur. it.*, 2003, 1708 con nota di M. Porro, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle sezioni riunite della Corte dei conti*.

(93) Vedi Trib. Milano 21.10.1999, in *Giur. Milan.*, 2000, 68.

(94) Il caso è affrontato dal Trib. Milano 24.10.2001 4.6.2002, in *Guida al diritto di Sole 24 Ore*, 2002, n. 24, 37. Ancora con riferimento alla violazione dei doveri coniugali si può ricordare il riconoscimento del danno esistenziale nel caso della moglie tradita dal marito. V. Trib. Monza 15.3.1997, in *Fam. Dir.*, 1997, 462.

(95) Cfr. Cass. 7.6.2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 835.

(90) È lo stesso giudice testualmente ad ammettere che « il danno morale (tradizionale) è normalmente determinato e liquidato in misura pari a 1/4-1/2 di quello biologico che nel caso in esame è (quasi) irrilevante e in pratica non applicabile »: si trattava infatti di un feto di sole 15 settimane.

(91) V. *supra* § 2.1.

fondamentali della persona pienamente e direttamente operanti anche nei rapporti tra privati — non è ipotizzabile un limite alla risarcibilità della correlativa lesione» (96).

Pertanto anche la violazione di doveri coniugali o parentali, in cui trovi espressione la tutela della persona, importa la risarcibilità *ex art. 2043* dei detrimenti al benessere esistenziale del soggetto leso.

Ancora di risarcimento del danno esistenziale si è parlato con riferimento ad ipotesi di responsabilità contrattuale e ciò, non solo in caso di inadempimento agli obblighi del medico o della casa di cura, che possono aver dato luogo ad un deterioramento della integrità psicofisica del malato (97), ma anche in ipotesi in cui il rapporto contrattuale aveva ad oggetto solo relazioni di tipo economico non incidenti in via immediata e diretta sulla persona del soggetto leso e, quindi, neppure sulla sua sfera esistenziale.

Pare evidente, infatti, che nel rapporto contrattuale che lega il paziente al medico la salute del primo, come dimensione materiale dell'esistenza umana, rappresenta l'oggetto del contratto in quanto presupposto di tale relazione negoziale.

Diversa è l'ipotesi di contratti fondati su interessi puramente economici che possono coinvolgere il benessere esistenziale della persona danneggiata solo in via indiretta e mediata.

(96) *Cass. 7.6.2000, n. 7713, cit.*

(97) Si pensi al caso del soggetto che, avendo subito un inervento di sterilizzazione e non essendo stato informato dal medico sulla necessità di compiere altri accertamenti al fine di valutare il buon fine dell'intervento, si trova a dover affrontare una nascita inaspettata. V. Trib. Milano 20.10.1997, in *Danno e Resp.*, 1999, 82.

Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di responsabilità contrattuale v. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss., C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, in *Il contratto e le tutele* — *Prospettive di diritto europeo*, a cura di Salv. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 219 ss. Quest'ultimo rinviene l'indicazione di una generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale negli artt. 7.4.2. dei Principi *Unidroit* e 9.501 del Principi di diritto europeo dei contratti osservando come tali regole trovino spiegazione in una tendenza, presente nei diversi sistemi giuridici europei di « una sempre più accentuata rilevanza dei c.d. valori postacquisitivi che ha segnato per molti versi lo sviluppo recente della responsabilità aquiliana » (p. 223).

Si pensi al caso dell'inadempimento dell'Alitalia all'obbligo di assistenza ai passeggeri informandoli di considerevoli ritardi nei voli (98).

In tal caso si trattava di un mero contratto di trasporto, il quale, come qualsiasi altro affare, può avere sicuramente dei riflessi anche sul benessere esistenziale delle parti contraenti, ma non trova nello stesso il proprio presupposto.

(98) V. G.d.P. Milano 18.12.2000, in *Foro it.*, 2001, 1159. Possiamo ancora ricordare il caso dell'inadempimento della Wind nella tempestiva attivazione del servizio telefonico affrontato dal G.d.P. Verona 16.3.2000, in *Foro it.*, 2001, 1159. In tal caso occorre però averne come il soggetto leso fosse un avvocato per cui un eventuale pregiudizio alle relazioni interpersonali dallo stesso intrattenute finiva per avere ripercussioni, prima che sulla sua sfera esistenziale, su quella professionale dando, quindi, luogo a danni patrimoniali.

L'area della responsabilità contrattuale in cui assume maggior rilievo il fenomeno è, però, forse quella del diritto di lavoro. Il danno esistenziale è stato, in particolare, evocato dalla dottrina per coprire quelle ipotesi in cui con un'attività di *mobbing* il datore di lavoro, pur ledendo la dignità del lavoratore, non dà luogo ad alcun danno patrimoniale. Sul punto U. CURVA, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 29, ss.

Sulla natura contrattuale di tale responsabilità v. recentemente *Cass. 4.12.2002, n. 17209*, in *Giur. civ. mass.*, 2002; *Cass. 4.5.2004, n. 8438*, in *DeG. Diritto e Giust.*, 2004, f. 21, 26. In tal senso si è espresso anche S. MAZZAMUTO nella sua *Relazione introduttiva* al convegno sul « *Mobbing* » tenutosi in Firenze il 16.5.2003. Mazzamuto ha comunque precisato come, in considerazione della varietà dei comportamenti « *mobbing* », darebbero luogo a responsabilità contrattuale solo quelli che consistono nella violazione di obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

Sul risarcimento del danno da *mobbing* occorre rilevare come la giurisprudenza ritorna ad una lettura combinata dell'art. 2043 con l'art. 2087 tale per cui grava sul datore di lavoro oltre al generale dovere di *neminem laedere* anche l'ulteriore divieto di porre in essere nell'ambito aziendale comportamenti che siano lesivi del diritto alla integrità psicofisica del lavoratore (*Cass. 2.5.2000, n. 5491*, in *Law. Giur.*, 2000, p. 830), a tal fine il datore di lavoro non dovrà solo evitare simili condotte ma dovrà altresì « impedire e scongiurare con efficacia congrua aggressivi e vessatori da parte dei preposti e responsabili, nei confronti dei rispettivi sottoposti » (Trib. Torino 16 novembre 1999, in *Law. Giur.*, 2000, p. 366 e in *Danno e Resp.*, 2000, con nota di M. Bona e U. Oliva).

Bisogna inoltre considerare come il risarcimento del danno in caso di *mobbing* possa incidere sul sistema della responsabilità civile. Come osserva il Trib. Como 22.5.2001, *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2002, p. 277: « il *mobbing* aziendale è collettivo e comprende l'insieme di atti ciascuno dei quali è formalmente legittimo ed apparentemente inoffensivo ». Saremmo così di fronte ad un risarcimento di atto lecito, categoria non ignota al nostro ordinamento; v. sul punto G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.

Senza avventurarci in condanne affrettate per un orientamento giurisprudenziale che tende a dilatare sempre più l'area del danno non patrimoniale risarcibile, riteniamo comunque opportuno interrogarci sui motivi che possono aver portato i giudici a recuperare, anche in caso di responsabilità contrattuale, la categoria del danno esistenziale elaborata dalla dottrina.

Il danno esistenziale riveste un ruolo importante in ipotesi di violazione di un'obbligazione contrattuale perché, in questo ambito, anche interpretando il limite di cui all'art. 2059 nel senso che è sufficiente, ai fini della risarcibilità dei danni morali, un'espressa previsione di legge in tal senso indipendentemente dalla rilevanza penale del fatto, nel caso in questione, trattandosi di un inadempimento contrattuale, per il quale in generale il legislatore non prevede la riparazione dei pregiudizi non patrimoniali, questa deve ritenersi esclusa (99).

Né il « nervosismo e frustrazione » lamentati paiono suscettibili di essere ricondotti alla categoria del danno patrimoniale. Era così necessario ricorrere ad una nuova categoria di danni, che si potesse a metà strada tra i danni morali e quelli patrimoniali, per ammettere il risarcimento di tali detrimenti oltre i limiti di cui all'art. 2059.

La categoria del danno esistenziale si inserisce allora in quel processo di ampliamento dei danni non patrimoniali risarcibili che impone di ripensare all'intero sistema della responsabilità civile (100).

Prima di considerare le critiche mosse a tali costruzioni concettuali occorre però verificare anche l'estensione europea del

(99) Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto risulta superato nelle ipotesi in cui la legge riconosce la riparabilità di ogni pregiudizio patrimoniale o non, derivante da inadempimento contrattuale. Si pensi al riguardo al quanto previsto agli artt. 13-15 della L. 27.12.1977, n. 1084.

(100) In particolare avverte della pericolosità di introdurre tale nuova categoria all'interno del nostro sistema della responsabilità civile G. PONZANELLI, *Set ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit. p. 693; Id., *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841.

fenomeno da taluni portata a suffragio della necessaria introduzione anche nel nostro sistema della nuova categoria (101).

b) *La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei.*

In ambito europeo si nota la presenza di espressioni che sul piano puramente nominale paiono avere una certa assoranza con la categoria del danno esistenziale. Basti pensare al *préjudice d'agrément* in Francia (102), alla *pérdida de agrado* in Spagna (103), alla lesione della *Lebensfreude* tedesca (104), alla progressiva frantumazione operata dalla giurisprudenza britannica dell'unitaria voce di danno delle *non pecuniary losses* nelle

(101) Cfr. P. CENDON, *op. cit.*, p. 2 ss.

(102) Il *préjudice d'agrément* è una figura che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza francese sin dagli anni '50 anche se solo in via episodica e limitata alla impossibilità, per il danneggiato, di compiere le attività sportive o artistiche che svolgeva prima dell'azione dannosa altrui e in ordine alla quali aveva acquisito una certa competenza. Cfr. Paris 9.4.1965, in *Gaz. Pal.*, 1965, 1.394.

Successivamente la nozione è stata ampliata ma non fino a comprendere la semplice « *perte des agréments d'une vie normale* »: così Cass. 9.11.1976, in *Bull. civ.*, V, 573; Cass. 16.11.1983, in *D.*, 1984, 466 con nota di Y. Chabrier.

Anche tale restrizione sembra però adesso superata dalla giurisprudenza Cfr. Cass. 5.1.1995, in *JCP*, 1995, I, 3853 con osservazioni di G. Viney.

Si va così ammettendo che il *préjudice d'agrément* sia genericamente « *l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne* »: così G. VINEY, *La responsabilité: effets*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1988, p. 196. Ancora sul punto G. VINEY-P. JOURDAN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1999, p. 41 ss. (103) Sul punto M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad civil contractual y extrac contractual*, Madrid, 2001, p. 161; L. Díez Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 327. In giurisprudenza T.S. 21.1.1957, in *RAJ.*, 1957, 1133.

Finà recentemente il *Tribunal Supremo* ha riconosciuto il risarcimento di un « *daño espiritual* » in un curioso caso di « *otardo del cadáver* » a favore dei prossimi congiunti del defunto, danno quantificato in considerazione della circostanza « *de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vida y con efectos de pesar y desasosiego por habersele privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal... lo que es bastante para instaurar litigio y disarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual* »: così TS 19.10.2000, in *La Ley*, 1.2000-9, 110401.

(104) Di « *Lebensfreude* » parla C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. II, München, 1996, pp. 171-173.

singoli voci delle *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *loss of expectation of life* (105).

Resta, però, da considerare se tali richiami lessicali comportino anche una vicinanza sul punto tra gli orientamenti espressi dai giudici dei suddetti Stati europei in merito al riconoscimento della categoria del danno esistenziale come voce di danno autonoma in grado di risolvere le insufficienze di un sistema bipolare fondato sulla distinzione tra danni patrimoniali e danni morali.

Occorre insomma chiedersi se si possa parlare del danno esistenziale come fenomeno europeo, al di là di un'evidente apertura del diritto vivente straniero ad estendere la tutela risarcitoria oltre i detrimimenti puramente patrimoniali e quelli all'ingrità psicofisica avuto riguardo anche ai pregiudizi che abbiamo interessato lo stesso *modus vivendi* del soggetto lesso.

Nel rispondere a tale interrogativo si può in primo luogo osservare la difficoltà di rinvenire nei differenti ordinamenti le ragioni di diritto che hanno spinto i giudici italiani a recuperare la categoria del danno esistenziale creata dalla dottrina.

Con particolare riferimento al sistema francese e a quello spagnolo può osservarsi come sia l'art. 1382 del *code civil* sia l'art. 1902 del *código civil* ammettono una lata risarcibilità dei danni derivanti dall'atto illecito senza operare alcuna distinzione tra danni morali e danni patrimoniali analoga a quella esistente nel nostro sistema di responsabilità civile (106).

L'attenzione per i detrimenti che si determinano, in conseguenza dell'azione dannosa altrui, nello stesso modo di essere e di relazionarsi col prossimo propri del soggetto lesso, non importa quindi la creazione di una categoria di danni non patrimoniali distinti dal puro danno morale. La giurisprudenza francese e

(105) Sul punto si rinvia alle osservazioni contenute in *Law Commission, Damages for personal injury: non-pecuniary loss*, London, 1995, p. 14 ss.

(106) Con riferimento alle *conséquences non économiques* gli stessi Autori francesi riconoscono come « pour l'indemnisation de ces dommages le droit français apparaît comme l'un des plus généreux du monde »: così G. VINET-P. JOURDAN, *op. cit.*, p. 36.

spagnola non si trovano, pertanto, a rimettere in discussione la dicotomia tra risarcimento del danno patrimoniale e riparazione del danno morale, come avviene in Italia, perché siffatta distinzione in tali ordinamenti non opera (107).

Si potrebbe così pensare di trovare una maggiore rispondenza rispetto alla categoria del danno esistenziale italiana in sistemi in cui è presente la partizione tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Si pensi, al riguardo, al diritto tedesco.

Come abbiamo già osservato in tale ordinamento si distinguono due paradigmi all'interno della responsabilità civile: quello del risarcimento di un *Vermögensschaden* indirizzato ad una *Ausgleichsfunktion* e quello della riparazione di un *nicht Vermögensschaden* indirizzato ad una *Genußungsfunktion* (108).

Vero è che, se si considerano i casi giurisprudenziali richiamati dalla dottrina italiana (109) come esempi di un possibile riconoscimento del danno esistenziale da parte dei giudici tedeschi, ci si accorge che questi riguardano il risarcimento di danni che la giurisprudenza tedesca riconduce *sic et simpliciter* al § 847 inserendoli nella categoria dello *Schmerzensgeld* (110).

(107) Recentemente la distinzione tra il carattere *compensatoire* dell'indennizzo dei danni patrimoniali e il carattere *satisfacatoire* dei danni non patrimoniali è stata però ripresa da Y. LAMBERT-FAVRE, *La éthique de la responsabilité*, in RTDC, 1998, p. 15.

(108) Sul punto v. in particolare K. RUOSSO, *op. cit.*, p. 149 ss.

(109) Cfr. P. CARON, *op. cit.*, p. 49 ss.

(110) Intendo riferirmi in particolare alle sentenze BGH 9.11.1993, in NJW, 1994, 127; LG Köln 8.2.1995, in NJW, 1995, 1621.

Sin da ora occorre evidenziare come le sentenze qui richiamate sono state pronunciate prima della riforma dello *Schuldrecht* con la quale sono state apportate consistenti modifiche anche in punto di disciplina del risarcimento di danni non patrimoniali.

Così il § 847 avente ad oggetto lo *Schmerzensgeld* è stato abrogato dall'art. 2 nr. 7 G.V. 197/2002 I 2674 m. Wv 1.8.2002 e al § 253 avente ad oggetto l'*immaterieller Schaden* è stato aggiunto il seguente comma: « Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gemütsbeit, 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 ».

Si potrebbe allora ritenere superata anche in Germania, concordemente con l'impostazione da noi seguita, la distinzione tra *pretium doloris* e danno non patrimoniale.

Così è stato in un caso di « *Vernichtung von Sperma* » che, ad avviso dei giuristi tedeschi non essendo riconducibile ad una « *Körperverletzung* », dà luogo alla corresponsione di uno *Schmerzgeld* ex § 847 BGB in quanto astratta perdita della possibilità di avere figli (111).

Ancora, in ipotesi di « *HIV-TEST ohne Einwilligung* », al soggetto leso viene riconosciuto un diritto ad essere indennizzato, sempre ex § 847 BGB, per la indebita intrusione nella propria sfera personale attraverso la « *Vornahme eines heimlichen und nicht indizierten HIV-Antikörper-Test* » (112).

Più recentemente, in un caso di responsabilità medico-professionale ai danni di un diciottenne costretto alla claudicanza a vita in conseguenza di un errore del medico che lo aveva operato, l'OLG di Köln ha condannato quest'ultimo al risarcimento di uno *Schmerzgeld* di 100.000 DM tenuto conto tra l'altro delle sofferenze esistenziali del giovane (113). In particolare si osserva come « *ihm ist eine altersgemäße Lebensgestaltung, wie das Sporttreiben, Tanzen, der unbefangene Besuch eines Schwimmbads u. Ä., nicht oder nur eingeschränkt möglich* » (114).

Di maggior evidenza, per l'entità della somma liquidata, è la sentenza dell'OLG di Naumburg che, in relazione ad un'ipotesi di *Geburtsschaden* riconducibile a responsabilità medico-professionale, ha liquidato la somma di 643.000 DM a titolo di *Schmerzgeld* a favore della vittima (115).

Anche in questo caso, nella determinazione del *quantum debetur* si è tenuto conto che « *der Kl. vielfältige Möglichkeiten einer Freizeitgestaltung, welcher für das geistige, körperliche und*

(111) Cfr. BGH 9.11.1993, cit.

(112) Cfr. LG Köln 8.2.1995 cit.

(113) Cfr. LG Köln 11.7.2001, in *Vers.R.*, 2002, 1039.

(114) Le parole tra virgolette sono sempre dell'OLG Köln 11.7.2001, cit., 1040.
(115) Cfr. OLG Naumburg 28.11.2001, in *Vers.R.*, 2002, 1295.

vor allem das seelische Wohlbefinden eines Menschen eine hohe Bedeutung zukommt, verloren gegangen sind » (116).

Quindi la giurisprudenza tedesca mostra un'apertura alla tutela della persona oltre i confini della *Körperverletzung* nel senso di una integrale riparazione della posizione soggettiva lesa nella sua dimensione materiale che in quella immateriale.

Non si ha, pertanto, anche in tal caso la creazione di una nuova categoria di danni autonoma rispetto a quella dei danni morali ma piuttosto un ampliamento dei confini dello *Schmerzgeld* il quale finisce per non essere più riducibile ad un mero *pretium doloris* (117).

L'ordinamento in cui la giurisprudenza ha operato dando luogo a nuove voci di danno, nel tentativo di riconoscere un'integrale ristoro della situazione giuridica lesa avuto riguardo anche al detrimento di un impalpabile benessere esistenziale del danneggiato, è quello inglese.

È forse, infatti, per superare alcuni limiti posti alla risarcibilità delle *non pecuniary losses* che i giudici inglesi hanno affiancato all'unica voce di danno non patrimoniale in origine conosciuto (*pain and suffering*) nuove voci di danno quali *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *loss of expectation of life* (118).

(116) Costi OLG Naumburg 28.11.2001, cit., 1296.

(117) Da tali sentenze emerge una tendenziale crisi della distinzione presente nel BGB, prima della riforma dello *Schuldrecht*, tra *immaterieller Schaden* e *Schmerzgeld*, distinzione che risulta peraltro superata dal nuovo testo del § 253 e dall'abrogazione del § 847. V. *supra* nota 110.

(118) A muovere la giurisprudenza inglese in tal senso è in particolare la necessità di oggettivizzare le perdite non pecuniarie escludendo il requisito della *consortiumes intesa* come esistenza di un patimento mentale, previsto appunto per il risarcimento del *pain and suffering*, che finisce per ridurre la risarcibilità delle *non pecuniary losses* nei soli casi di danni morali soggettivi. Per tali osservazioni G. COMANDÉ, *op. cit.*, p. 472. In particolare l'A. ricorda il caso *Wise v. Kay*, (1962) 1 Q.B. 638 come la prima pronuncia con cui, nel Regno Unito, è stata riconosciuta l'operatività del requisito della *consortiumes* solo in ipotesi di *pain and suffering* e non anche in caso di *loss of amenities of life*.

L'A. non manca comunque di osservare come ampliamenti del risarcimento delle *non pecuniary losses* oltre i confini del mero *pretium doloris* sono presenti anche nella

Anche i giudici inglesi, però, non hanno creato una categoria autonoma rispetto a quella delle *non pecuniary losses*, ma hanno solo ampliato quest'ultima fino a comprenderevi lesioni immateriali che trovano espressione in un deterioramento delle condizioni di vita del soggetto leso al di là del detrimto psico-fisico. Se volessimo così trarre delle conclusioni sulla giurisprudenza straniera sin qui analizzata dovremmo osservare come, prima e piuttosto che una condivisione della categoria del danno esistenziale tra i differenti ordinamenti europei, si può e si deve riconoscere un'estensione generalizzata in Europa della tutela offerta dal sistema della responsabilità civile a situazioni giuridiche soggettive immateriali e quindi un progressivo ampliamento dell'obbligo *lato sensu* risarcitorio, nascente dall'illecito civile, ai danni morali ad esso conseguenti.

Il sistema della responsabilità civile viene ad orientarsi dalla tutela dei beni del soggetto alla tutela del soggetto stesso estendendo l'obbligo di risarcimento fino a comprendere un'integrale riparazione di ogni profilo dell'esistenza della persona del danneggiato al di là dei confini della dimensione puramente psico-fisica.

Si tratta però di un processo che non richiede necessariamente la costituzione di nuove categorie di danni, ma un ripensamento in ordine all'ambito di operatività del rimedio della riparazione del danno morale: non più mero *pretium doloris*, ma indennizzo idoneo a ristorare la situazione soggettiva lesa intesa nella sua complessità di aspetti materiali e immateriali.

Del resto è sulla base di simili considerazioni che parte della dottrina avanza critiche alla teoria del danno esistenziale evidenziandone la superficialità; la tutela del c.d. benessere esistenziale, infatti, troverebbe, ed ha in effetti trovato recentemente in giu-

risprudenza (119), adeguato ristoro attraverso un ampliamento della nozione di danno morale fino a coprire detrimenti del soggetto che vanno al di là del mero patimento interiore e che sono rappresentati da un altrettanto immateriale pregiudizio delle condizioni di vita nonché delle relazioni interpersonali di cui il danneggiato godeva prima dell'intervento dell'azione antigiuridica altrui (120).

c) Alcuni orientamenti critici.

L'idea del danno esistenziale come categoria autonoma rispetto al danno morale non ha incontrato solo consensi, ma ha sollevato anche non pochi e pertinenti dubbi sia su un piano di lata politica del diritto sia su un piano di coerenza sistematica rispetto allo stesso modo in cui la responsabilità civile si trova ad essere disciplinata in Italia (121).

Con riferimento al primo aspetto si evidenzia in particolare il rischio di una *overcompensation* determinata da una dilatazione dell'obbligo risarcitorio cui non corrisponda un accrescimento della sfera dell'interesse leso (122).

L'ampliamento del danno risarcibile e risarcito, in ipotesi di c.d. danno esistenziale, non è conseguenza dell'individuazione di

(119) Si indica al riguardo sin da ora la recente sentenza Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515, cit.

(120) Cfr. G. PONZANELLI, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 339 ss. v. *ambigus paragrafo seguente*.

(121) L'A. che ha mosso tali critiche è G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit., p. 693 ss.; Id., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, cit., p. 841 ss.; Id., *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 339 ss.; *Le ragioni alla base di un sistema bipolare e contro il riconoscimento del danno esistenziale*, cit., p. 11 ss.

(122) In tal senso G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit., p. 693 gli altri motivi per cui l'Autore dubita dell'introducibilità nel nostro ordinamento della categoria del danno esistenziale sono ricollegabili a tale principale aspetto e sono rappresentati dalla mancanza di strumenti per selezionare i danni risarcibili, dal problematico bilanciamento tra funzione di *compensation* e di *deterrence* propri del sistema di responsabilità civile, dal rischio di una lievitazione dei costi assicurativi, dall'eccessivo potere lasciato anche a giudici non rogati.

nuovi centri di interesse lesi, ma rappresenta una pura estensione dell'obbligo risarcitorio che non potrebbe riconducibile alle funzioni di compensazione e deterrenza cui è improntato il sistema della responsabilità civile.

Accanto a tali perplessità emergono, però, anche dubbi sulla stessa necessità prima che sull'ammissibilità di tale autonomia categoria di danno.

In particolare si osserva come le ragioni che hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a tale costruzione sono essenzialmente da ricondurre all'inefficienza di un sistema di responsabilità civile, fondato sul bipolarismo tra danno patrimoniale e danno morale, un'inefficienza almeno in parte riconducibile all'interpretazione restrittiva dell'articolo 2059 che ha ridotto la riparazione del danno morale ad un puro *pretium doloris* (123).

Se questi sono i problemi che hanno indotto all'elaborazione della categoria del danno esistenziale allora, forse, gli stessi potrebbero trovare adeguata soluzione in un ampliamento dello spazio da riconoscere alla riparazione del danno morale all'interno del sistema della responsabilità civile (124), un ampliamento che deve muovere in tre direzioni: in primo luogo attrverso la rottura del binomio tra art. 185 c.p. e art. 2059 nella consapevolezza, da un lato, della necessità di una tipizzazione del fenomeno, da un altro, dell'inadeguatezza di una tipizzazione penalizzante; in secondo luogo sarebbe auspicabile il raggiungimento di una completa autonomia del danno morale dal danno patrimoniale, che ne consenta la piena risarcibilità al di là dell'esistenza di un pregiudizio economico cui lo stesso sarebbe causalmente riferibile; infine occorrerebbe ripensare, in una logica più strettamente compensatoria, al contenuto della ripara-

(123) Cfr. G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, cit., p. 339.

In tal senso sembra di poter leggere la sentenza della Cass. 5.11.2002, n. 15449 in *Danno e resp.*, 2003, 266 con nota di G. Ponzanelli.

(124) Per tali considerazioni v. ancora G. Ponzanelli, *op. ult. cit.*, p. 341.

zione del danno morale in modo che la stessa possa rappresentare non più un mero *pretium doloris*, ma un autentico strumento di reintegrazione della situazione giuridica lesa in ogni suo aspetto materiale e immateriale.

Del resto simili orientamenti interpretativi sembrano aver trovato in parte il consenso della giurisprudenza.

Così, con riferimento alla autonomia tra danno morale e danno patrimoniale, la Suprema Corte, in una sentenza pronunciata a sezioni unite, ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo alla riparazione dei pregiudizi non patrimoniali in capo al danneggiante anche quando la sua azione antigiuridica non aveva dato luogo a detrimenti dell'integrità psicofisica o ad altri danni patrimoniali (125).

Ancora in tal senso si può leggere una recente sentenza della Cassazione a sezioni unite la quale, consacrando l'orientamento che ammette la risarcibilità del danno morale a favore dei prosimi congiunti del titolare del diritto al risarcimento del danno biologico, ha finito col porre su piani distinti il danno patrimoniale, all'interno del quale la Corte riconduce anche la categoria dei pregiudizi della sfera esistenziale biologica, e il danno morale (126). Si riconosce, infatti, un detrimento dell'integrità psicofisica risarcibile in capo ad un soggetto diverso dal titolare del diritto alla riparazione del danno morale (127).

(125) Cfr. Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515 cit.

(126) Cfr. Cass. SS.UU. 11.4.1.7.2002, n. 9556, in *Giurisprudenza* — *Il sole* 24 ore, 2002, n. 29, 46.

(127) Vero è che in tal modo, però, si va oltre il processo reso a rendere autonoma la voce del danno morale dal danno patrimoniale e si tende a rimettere in discussione la stessa limitazione dell'ambito della risarcibilità ai soli danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'azione antigiuridica altrui come è disposto dall'art. 1223. E del resto in base a tali considerazioni che si esclude la risarcibilità del danno morale ai congiunti del soggetto leso nella propria integrità psicofisica. V. da ultimo in tal senso Cass. 23.2.2000 n. 2037, cit.

La Cass. SS.UU. 11.4.1.7.2002, n. 9556, cit. ammette il risarcimento del danno morale dei congiunti sulla base dell'argomentazione che la causalità fra fatto illecito ed evento dannoso può essere anche indiretta e mediata purché quest'ultimo si presenti come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale.

Con riferimento alla terza possibile tendenza evolutiva del concetto di danno morale possiamo ricordare una recente sentenza, da noi già citata, in cui la Cassazione ha accolto la risarcibilità del danno morale *in re proprio* a favore dei congiunti del defunto da quantificarsi non come mero prezzo del lutto, ma come « lesione della dignità umana, tanto più intensa quanto la sofferenza morale attiene agli effetti ed alla integrità di una famiglia numerosa e solidale » (128).

Si viene così a riconoscere un pieno ristoro della posizione giuridica del soggetto leso anche con riferimento ai riflessi che l'azione antiggiuridica altrui può aver avuto sul piano esistenziale mantenendo la dicotomia tra danno morale e danno patrimoniale ed operando attraverso una dilatazione della prima categoria di

Al riguardo la Suprema Corte invoca la figura del *dommage par ricochet* da tempo riconosciuta in Francia (Cf. H. e L. MAZAUD-A. TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Paris, 1965, 6^a ed., pp. 275-291; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Paris, 1951, 12^a ed., n. 539 ss.; G. VINY, P. JOURDAN, *op. cit.*, p. 128 ss.) come danno subito da soggetti legati da un « *lien de droit* » al danneggiato, che abbia subito una lesione della propria salute. Da notare come la giurisprudenza francese a partire dalla fine degli anni '70 abbia ampliato tale voce di danno anche ad ipotesi in cui il danneggiato principale aveva riportato gravi lesioni ma non era deceduto senza la necessità di provare il carattere « *exceptionnel* » delle sofferenze del danneggiato. Cf. Cass. 23.5.1977, in RTDC, 1977, 768.

Particolarmente problematica risulta la possibilità di considerare autonomo il diritto al risarcimento del danno *par ricochet*. L'autonomia della relativa azione rispetto all'azione del danneggiato principale è ampiamente riconosciuta in dottrina in particolare da G. VINY, *L'autonomie du droit à la réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale*, in D., 1974, ch. p. 3. Anche la giurisprudenza si è pronunciata a favore di tale soluzione con riferimento alla possibilità per l'assicuratore di estendere al danneggiato *par ricochet* le esclusioni riferibili al danneggiato principale. Cf. Cass. 28.2.1968, in *Rev. gen. ass. terr.*, 1968, 404.

Tornando alla soluzione prospettata dalla Suprema Corte italiana nella sentenza in esame possono compiersi alcune considerazioni critiche: in primo luogo il sistema francese non conosce una norma come l'art. 1223 del codice civile italiano. Pertanto quando si pensa alla possibilità di importare in Italia i *dommages par ricochet* dobbiamo prendere atto di tale diversa realtà giuridica.

Inoltre nella sua argomentazione la Cassazione rinviene nell'art. 1223 la disciplina del nesso di causalità degli illeciti civili. La dottrina italiana maggioritaria si è, però, a suo tempo opposta a simile interpretazione. Cf. F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolici*, in *Foro it.*, 1952, p. 98 ss. (128) Così Cass. 2.4.2001, n. 4783, cit.

danni che viene elevata da mero *pretium doloris* a strumento di riparazione dei pregiudizi non patrimoniali.

Più difficile da superare, nella logica di un generale ripensamento in relazione allo spazio che deve essere riconosciuto alla riparazione dei danni morali all'interno del sistema della responsabilità civile, è il binomio tra art. 2059 e art. 185 c.p. in cui gli interpreti hanno costretto il danno morale affermando che lo stesso sarebbe suscettibile di indennizzo solo ove il fatto illecito costituisca reato (129).

Come abbiamo avuto modo di sottolineare, nonostante tentativi di rivedere il legame che gli interpreti hanno inteso tra danno morale e reato finendo per ridurre la riparazione del primo ad una pura appendice civilistica della pena, la tendenza a leggere la norma di cui all'art. 2059 in combinato con l'art. 185 c.p. è ancora presente in giurisprudenza e l'idea della riparazione del danno morale come risarcimento-pena risulta tutt'altro che superata nel panorama della letteratura giuridica italiana (130).

Non è però questa la ragione che importa di dover ripensare alla riparazione del danno esistenziale in termini punitivi, ma è l'impiego del rimedio per obiettivi diversi dalla compensazione di pregiudizi non patrimoniali aventi ad oggetto un deterioramento della condizioni di vita del danneggiato.

Come per il caso dei danni presunti, anche il danno esistenziale può rappresentare uno strumento attraverso cui distorcere la logica strettamente compensatoria del risarcimento laddove il lamentato danno all'esistenza celi l'inesistenza del danno.

Il ristoro dei pregiudizi esistenziali finisce, infatti, in taluni

(129) In tal senso ancora recentemente Cass. 23.2.2000, n. 2037, cit. Pesanti critiche a tale interpretazione restrittiva della giurisprudenza sono state mosse dalla dottrina. Cf. in particolare F.D. BOSNATI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, cit., p. 4.

Un radicale mutamento di prospettiva sul punto si è avuto in tre recenti sentenze della Cassazione (Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7282, cit., Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7281 e 7283, cit., nonché nella sentenza della Consulta 30.6-11.7.2003 n. 233, V. *ampius supra* p. 150).

(130) V. *supra* § 1.3.

casi, per allargare la tutela civile contro gli illeciti oltre i confini del danno indirizzandola a finalità punitive.

In questo senso la dottrina ha ragione di affermare che la riparazione del danno esistenziale assume « autonoma valenza di rimedio punitivo deterrente » (131).

Nuovamente nel sistema della responsabilità civile si insinua l'idea della pena privata e con essa tutti i dubbi sulla riferibilità alla stessa dei principi e delle regole, che governano le sanzioni penali, sui quali risulterà fondata l'insuscettibilità della responsabilità penale.

3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive.

L'estensione della tutela risarcitoria a situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto di proprietà (132), fino a coprire non solo diritti ma anche interessi meritevoli di tutela (133), e

(131) Così G. Ponzanelli, *op. cit.*, p. 341.

(132) Tra i primi a sottolineare l'importanza di estendere la tutela risarcitoria anche a diritti espressione dell'essere persona si ricorda O. Ranelli, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, in *Annali dell'Università di Macerata*, II, 1979, ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Camerino, 1992, p. 200 ss. All'unitario concetto di libertà civile adottato dall'A. sembra però essersi sostituita in tempi più recenti una visione frammentaria della rilevanza giuridica della persona in cui è dato distinguere una pluralità di diritti della personalità. Cfr. N. Lerau, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 417 ss.; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXXIII, Roma, 1990, p. 5; D. Messinetti, *op. cit.*, p. 365 ss.; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1982, p. 44 ss.

(133) È ormai pacifico in dottrina che l'ingiustizia non debba essere limitata alla condotta *contra ius*. Tesi favorevoli ad una tipicità degli illeciti civili risultano in varie risultanze. In particolare individuano il limite della licenza negli indici normativi. P. Schlesinger, *op. cit.*, p. 347; R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *For. pad.*, 1960, I, c. 1439 il quale però ammette la possibilità di una semplificazione della fattispecie legalmente prevista. Per contro altri ritengono che il limite del danno ingiusto debba essere segnato attraverso i criteri della solidarietà (S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 89 ss.) o dell'utilità sociale (P. Tomarici, voce *Illecito (in priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 100 ss.) o ancora della buona fede (A. Galoppini, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracotrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1398 ss.).

L'orientamento dominante sul punto sembra volto a dar rilevanza anche alle con-

l'ampliamento dei confini del danno morale risarcibile hanno trovato concreta applicazione anche con riferimento ai diritti della personalità (134).

dotte *non iure* ovvero alle ipotesi in cui la lesione non trova un riconoscimento in un espresso diritto ma può essere connotata di anti giuridicità secondo un'interpretazione della norma dell'ordinamento tale da porre la condotta in contrasto con i principi cui lo stesso si ispira. In tal senso E. Navarretta, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 637 ss.; Id., *Diritti invisibili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 53 ss.; F. D. Busnelli-E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 171 ss.

I canoni attraverso cui determinare l'ingiustizia del danno potranno a riflettere sulla tipicità o antipicità degli illeciti civili. Al riguardo si possono indicare le seguenti ricostruzioni teoriche: teoria della tipicità alla quale si può ricondurre il pensiero di P. Schlesinger, *op. loc. cit.* e più recentemente A. Gorassini, *Art. 23 e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assistenza obbligatoria*, cit., p. 262; la teoria della c.d. « tipicità evolutiva » a cui pare riferibile l'idea di danno ingiusto adottata da C. Castonovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 579; la teoria della antipicità in merito, alla quale si possono ricordare G. Alpa, *Il problema dell'antipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, *passim*; F. Galgano, *Le nobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.; M. Franzoni, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 274 ss.; G. Visintini, *Imperativo dottrinale sull'ingiustizia del danno*, in *ibid.*, 1987, p. 73 ss.

All'interno di questa scuola di pensiero occorre distinguere chi considera l'art. 2043 una clausola generale (Cfr. S. Rodotà, *op. cit.*, p. 116; F. Galgano, *op. cit.*, p. 278; G. Visintini, *op. loc. cit.*) e chi parla di norma generale (Cfr. C. Castonovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 123. Quest'ultimo in particolare avverte il potere normativo che la teoria della clausola generale riconosce alla giurisprudenza. Ancora in tal senso si può indicare C. Scognamiglio, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1996, p. 8).

(134) I diritti fondamentali entrano nelle regole sulla responsabilità civile attraverso un procedimento dialettico tra regole e principi secondo un movimento che va « dai principi alle regole quando i primi si calano nei precetti della responsabilità civile, dalle regole ai principi, quando quelle si elevano in un tentativo di rinnovamento esegetico guidato e controllato dai principi »: così E. Navarretta, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, cit., p. 628-629. In dottrina vi è stato chi ha affermato che per tal via i principi costituzionali avrebbero « scalzato le norme ordinarie dalla loro posizione di supremazia nell'ambito del diritto positivo »: così A. Faenza, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss.

Diverso è il problema di eventuali conflitti tra gli interessi in gioco. Così alcuni autori confidano nelle capacità dei giudici di muoversi secondo criteri di ragionevolezza attraverso un bilanciamento di tali interessi che permetta loro di individuare di volta in volta quello prevalente. Così G. Zagrebelski, *Il diritto nudo*, Torino, 1992, p. 170 ss.; M. Ben, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 42 ss. Non è mancato però in dottrina chi ha messo in discussione l'eccessiva libertà che una simile ricostruzione lascerebbe ai giudici. Cfr. D.

I giudici si sono, così, dovuti confrontare col problema della determinazione del *quantum debetur* in ipotesi di violazione di situazioni giuridiche la cui lesione non importa necessariamente un detrimento del patrimonio del danneggiato. I diritti della personalità, infatti, non sono espressione dell'avere ma dell'essere del soggetto (135), e, quindi, la loro violazione non determina necessariamente un depauperamento.

Non è, pertanto, sempre possibile determinare il *quantum debetur* in relazione alla differenza matematica tra l'entità del patrimonio del soggetto prima e dopo l'azione lesiva altrui. Sotto questo profilo il problema della tutela dei diritti della personalità si presenta solo come una peculiare applicazione della più vasta problematica della estensione della tutela compensatoria a pregiudizi non avvenuti un immediato corrispondente positivo in denaro su cui abbiamo già avuto modo di prendere posizione nei paragrafi precedenti e che trova soluzione disancorando il calcolo dell'entità dell'obbligazione risarcitoria dal disvalore prodottosi

MESSINEITI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 172 ss. Su un possibile conseguente incremento delle azioni di danno v. C. SALVI, *Il paradosso della r.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss. Il problema è particolarmente avvertito nei paesi di *common law* v. P. AMYAN, *The damages lottery*, Oxford, 1997, in particolare p. 143 ove l'A., riferendosi però più al problema dell'incremento dell'entità del risarcimento, ironizza sul sistema risarcitorio asserendo che « *it is not too much to say that it is a lottery, a lottery by law* ».

In particolare E. NAVARRETTA, *op. cit.*, pp. 636-637 mette in evidenza la difficoltà di individuare una rigida gerarchia tra gli interessi di volta in volta in gioco. L'A. ritiene così a tal fine che sia opportuno fare riferimento alle regole in cui si specifica il principio di abuso del diritto. In tal senso precedentemente E. NAVARRETTA, *Diritti inalienabili e risarcimento del danno*, cit., p. 53 ss.; F.D. BURNELL-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.

Tale soluzione sembra trovare la propria logica premessa nel collegamento del concetto di « abuso del diritto al modo di essere e di porsi dell'interpretazione giuridica, (il che) significa svincolare le radici dalla legalità dei testi scritti »: così G. FORTUNATI, *Foglio di presentazione*, in *Diritto Privato*, III, cit., p. XIII.

(135) Vedono nei diritti della personalità un generale riconoscimento giuridico della dignità umana E. NAVARRETTA, *Biancamento di interessi costituzionali e regole costituzionali*, cit., p. 626; V. ZERRO ZENCOVICH, *Personalità (Diritti della)*, in *Dir. Disc. Priv.*, Sez. civ., vol. V, Torino, 1995, p. 436; L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1224 ss.

nel patrimonio del danneggiato in conseguenza dell'azione anti-giuridica altrui.

Tali considerazioni non rappresentano, però, ancora una risposta adeguata agli interrogativi che si pongono in materia di tutela riparatoria dei diritti della personalità in relazione ai quali si presenta un ulteriore problema: individuare qual è in concreto il pregiudizio conseguente all'illecito onde poterlo compensare con un'utilità corrispondente.

In ipotesi di torti avvenuti ad oggetto diritti della personalità, infatti, non sempre la relativa lesione trova espressione in un dato esterno al danneggiato, ma spesso rimane un fenomeno interiore a quest'ultimo il quale si trova a patire un detrimento in virtù della sola lesione di una situazione soggettiva espressione del suo modo di essere e di relazionarsi col resto della società.

Una volta ammessa la risarcibilità di tali diritti resta, pertanto, il problema di individuare un punto di riferimento che possa costituire la base per determinare il *quantum debetur* ovvero l'utilità con cui compensare la lesione.

Il problema è, quindi, in parte diverso da quello, individuato nei paragrafi precedenti, riguardo alla determinazione del risarcimento di pregiudizi non patrimoniali.

In questo ultimo caso la questione consisteva nell'individuare utilità equivalenti per un detrimento che non sembra trovarne in natura, perché la lesione, una volta prodotta, resta un marchio indelebile nella sfera giuridica del danneggiato.

Nell'ipotesi della lesione dei diritti della personalità, invece, il problema non concerne il come compensare, ma cosa compensare dal momento che l'offesa non sempre trova esteriorizzazione in un danno percepibile da soggetti diversi dal danneggiato.

Nella quantificazione del risarcimento per lesione di diritti della personalità i giudici si sono pertanto mossi, in alcuni casi, dando rilevanza alla posizione della vittima (136).

(136) Così in caso di lesione dell'onore si tiene generalmente conto del danno che la notizia può aver provocato, nonché della posizione sociale del difamato. Cfr.

L'entità del danno viene determinata tenuto conto della condizione economica e sociale del danneggiato prima e dopo l'azione antigiridica altrui secondo un procedimento logico che ha non poche similitudini con quello operato dalla *Differenztheorie* con riferimento al patrimonio del soggetto passivo dell'illiceito (137).

In altri casi i giudici hanno spostato la loro attenzione nella determinazione del *quantum debetur* dallo « offeso » all'offesa. Si è così fatto riferimento, a tal fine, alla gravità dell'illiceito, richiamando anche i criteri indicati per la determinazione della pena nel codice penale all'art. 133 c.p. (138), circostanza questa

Cass. 2.5.1991, n. 4785, in *Corr. Giur.*, 1991, 967; Cass. 1.3.1993, n. 2491, in *Dir. inf.*, 1993, 383. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 28.9.1993, in *Foro it.*, 1993, I, 1021; Trib. Roma 20.7.1993, in *Giur.*, 1994, 115; Trib. Roma 1.4.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 658; Trib. Roma 2.5.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 657; C. App. Milano 22.12.1996, in *Dir. inf.*, 1997, 585. Su tale giurisprudenza vedi M. PEsKO, *Le conseguenze non patrimoniali della lesione dell'onore*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon e P. Zuviz, Milano, 2000, p. 281 ss.

In dottrina sul tema V. ZENO ZENOVICHA, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 275 ss.

Particolare è la soluzione adottata dal Trib. Roma 20.7.1991, in *Dir. inf.*, 1992, p. 88 il quale si richiama al « prezzo del consenso ovvero alla utilità economica che il soggetto avrebbe potuto ricavare se avesse prestato il proprio consenso alla pubblicazione ». In tal caso si dice che « il *corri* equivale ad un *contract* »: così P.G. MONNATIER, *Responsabilità extracotratuale fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 716.

Anche con riferimento alla lesione dell'identità personale non mancano ipotesi in cui la prova del danno si ritiene necessaria (Tribunale Pescara, 5.10.1989, in *Dir. inf.*, 1990, 997) e lo stesso è valutato tenuto conto del dettamento della sfera soggettiva del lesso (notorietà, ecc.). V. Cass. 10.4.1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 66 con nota di L. Calafà.

Ancora in un caso di violazione del diritto all'immagine, il Tribunale Verona, 26.2.1996, in *Stalder Juris*, 1995, 752 ha statuito che « La pubblicazione non autorizzata di un'immagine raffigurante un personaggio pubblico o tratta da pubblico avvenimento avulsa dal contesto originale ed inserita in un diverso contesto che compori un travisamento del patrimonio intellettuale, politico o sociale del rappresentato, integra una lesione del diritto all'identità personale, protetto dall'art. 2 cost., anche in assenza di una lesione del diritto all'onore o alla dignità. Tale violazione determina un danno risarcibile, suscettibile di liquidazione in via equitativa ex artt. 1226 e 2056 c.c., tenuto conto della riconoscibilità del raffigurato, della divulgazione dell'immagine, dei destinatari e dell'attitudine lesiva dell'eventuale testo a corredo. »

(137) V. *supra* nota 9.

(138) Così con riferimento alla lesione dell'onore la C. App. Roma 5.11.1990, in *Dir. inf.*, 1991, 845 si richiama all'art. 133 c.p. ove sono indicati criteri che soddisfano

che ha indotto parte della dottrina ad affermare che « non si può più negare in alcun modo che i *punitivae damages* siano ormai presenti nel nostro ordinamento » (139).

Si osserva, infatti, come la mancanza in tali ipotesi di quel *quid pluris* che vale a distinguere il risarcimento dalla pena, ovvero il danno, finirebbe per orientare il giudice, di fronte alla pretesa risarcitoria del danneggiato, non più verso la ricostruzione della sfera giuridica dello stesso, ma verso la compensazione della lesione astrattamente considerata (140).

« La finalità satisfattiva ed insieme punitiva della tutela riparatrice ». Nell'entità del risarcimento in particolare i giudici hanno tenuto conto delle condizioni economiche del responsabile e del vantaggio economico conseguito dal reato.

Anche più recentemente si è affermato che occorre una « quantificazione che sia proporzionata alla gravità del reato ed all'entità delle sofferenze patite dalla vittima, tenendo conto di tutti gli elementi della fattispecie, tra cui l'età, il sesso, il grado di sensibilità del danneggiato, la gravità ed entità dell'offesa in sé. In particolare, con riguardo ai fatti lesivi dell'onore e della reputazione, sarà, altresì, necessario tener conto delle condizioni sociali del danneggiato in rapporto alla sua collocazione professionale e, più in generale, al suo inserimento nel contesto sociale, elementi, questi, che valgono a dare una più esatta dimensione quantitativa al discredito che l'offesa è in grado di produrre e, in definitiva, al pregiudizio da risarcire »: così Cass. 2.7.1997, n. 5944, in *Giur. civ. mass.*, 1997.

Varie ancora sono le sentenze più risalenti nel tempo in cui si è dato atto della gravità dell'offesa Trib. Napoli 28. 10. 18, 1990 in *Dir. inf.*, 1990, 151; Trib. Napoli 18.9.1989, *ivi*, 1990, 144; Trib. Roma 24.1.1989, *ivi*, 1989, 930; Trib. Roma 6.4.1988, *ivi*, 1988, 837; Trib. Roma 24.11.1992, *ivi*, 1992, 78; Tribunale Roma, 28.11.1992, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 935 nota F. GAGLIOTTI, *La lesione del diritto all'identità personale tra tipicità della tutela ed atipicità del fatto lesivo: l'uso di sosta di personaggio noto*.

(139) Così P.G. MONNATIER, *op. loc. cit.* In senso analogo P. CENDON, *Le misure compulsive a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, vol. I, Napoli, 1989, p. 293 ss.

(140) Il problema si è posto tra l'altro con riferimento al diritto all'identità personale ovvero al diritto a veder salvaguardato « il profilo ideale della persona attraverso le rappresentazioni che mass-media, agenzie di informazioni, opinion makers, e altri soggetti che divulgano notizie — in piena libertà di azione e di espressione — possono proporre »: così G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto alla identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, I, p. 464 ss. Il pieno riconoscimento del diritto all'identità personale si rintraccia in giurisprudenza con la sentenza Cass. 22.6.1986, n. 3769, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 647, la quale colloca su un piano di autonomia l'identità personale rispetto al diritto al nome, e all'immagine « mentre i segni distintivi (nome, pseudonimo) identificano, nell'attuale ordinamento, il soggetto sul piano dell'esistenza mate-

Contro simili conclusioni si può richiamare quanto osservava un Autore, da noi ripetutamente citato (141), il quale, nel tentativo di dare una sistemazione alle ipotesi di riparazione di lesioni non pecuniarie che risultavano esorbitare dai confini del risarcimento del danno, negava che tali rimedi fossero da qualificarsi come pene.

Il riferimento a parametri diversi dal danno materiale, in questo caso, non sarebbe, infatti, dettato dalla necessità di dare attuazione alla funzione affittiva dei rimedi in questione, ma dall'impossibilità, per il giudice, di trovare altri punti di riferimento cui improntare il proprio potere equitativo (142).

Tali considerazioni non valgono, però, ancora ad escludere l'esistenza di autentiche sanzioni punitive nel sistema delle tecniche di tutela privatistiche contro i torti lesivi di diritti della personalità.

riale e della condizione civile e legale e l'immagine evoca le mere sembianze fisiche della persona, l'identità rappresenta, invece, una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale delle sue specifiche caratteristiche e manifestazione (morali, sociali, politiche, intellettuali, professionali) cioè per esprimere la concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto quale si è venuta solidificando od appariva destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione». Sull'autonomia di tale diritto in dottrina F. MACROCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, p. 12 ss.

In tal caso l'idealità della situazione giuridica tutelata rappresenta un ostacolo all'emersione delle conseguenze dannose relative alla sua eventuale lesione.

Risulta, quindi, ampio il potere del giudice nel determinare l'obbligazione risarcitoria in considerazione della sostanziale incommensurabilità dei valori della persona coinvolti nella lesione del diritto all'identità personale.

Occorre inoltre considerare la progressiva espansione di tale diritto ad opera degli interpreti che hanno riconosciuto l'esistenza della relativa lesione non solo nell'emissione di notizie false, ma anche nella circolazione di notizie vere ma attinenti ad un passato ormai lontano. Cfr. G.B. FERRE, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rev. dir. civ.*, 1990, p. 801 ss.

In tali casi la mancanza di un pregiudizio materialmente percepibile e commentabile ha portato la giurisprudenza a fondare l'obbligazione risarcitoria su un danno *in re ipsa*. Così Pret. Roma 3.10.1986, in *Dir. inf.*, 1987, p. 244.

(141) Intendiamo riferirci a SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 94 ss.

(142) « La *pecunia doloris* cercherà sempre di essere un'indennità corrispondente all'entità del danno, pur potendosi tenere conto anche di altri elementi quali potrebbe essere la maggiore o minore colpeabilità del reo»: così SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 44. Sul punto v. inoltre *supra* p. 114.

L'idea di pena privata in questo peculiare ambito si presenta non solo quale via percorribile per superare l'impasse qualificatoria di fronte al risarcimento di lesioni nella sostanza non risarcibili, ma anche quale strumento per corroborare la funzione preventivo deterrente della responsabilità civile a fronte di ipotesi in cui il risarcimento del danno non sembra pienamente rispondere a tale funzione per la lieve entità del *quantum debetur* rispetto alla gravità dell'offesa (143).

Il ristoro per utilità equivalenti, infatti, ove fosse attuabile in concreto, non potrebbe sufficiente ad esplicitare quella funzione preventiva cui la responsabilità civile dovrebbe essere indirizzata anche se non in via esclusiva (144).

La logica risarcitoria applicata ai diritti della personalità, essendo limitata a rinvenire una sorta di corrispettivo per la lesione, finirebbe, infatti, per rappresentare una via attraverso la quale poter realizzare un'ingerenza nei diritti altrui senza il dovuto consenso.

L'insufficienza del rimedio risarcitorio potrebbe allora essere risolta attraverso un incremento del *quantum debetur*, rispetto

(143) V. *amplius infra* capitolo II § 6.

(144) Cfr. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 180 ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 77 ss.

Altri Autori riflettono sull'importanza che potrebbe avere, interpretazioni giurisprudenziali permettendo) nei casi in cui sia possibile ed opportuno considerare il diritto leso come qualcosa di più o di diverso di un semplice flusso di utilità, la cui interruzione venga legittimata compensando il titolare della perdita subita»: così M.R. MAERLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 169.

L'A. individua in tale rimedio una regola mista da porre come termine medio tra i due opposti individuati nella *property rule* e nella *liability rule*. Per tale distinzione e sulla insufficienza, in ipotesi di lesione di diritti della personalità, della *liability rule* come azione mediante la quale si attribuisce un corrispettivo per un diritto di cui il rispettivo titolare è stato spogliato, vedi G. CALABRESI-A.D. MEIRAM, *Property rules liability rules and Inalienability. One view of the Calabresi*, in *Harv. L. Rev.*, 85, (1972), p. 1089 ss.

Altri, invece, riconoscono l'inadeguatezza della tutela risarcitoria in caso di lesione di diritti della personalità rispetto alla tutela inibitoria. In tal senso A. PAORO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro*, 1990, V, p. 1 ss.

alla mera equivalenza della lesione, un incremento che sia di entità tale da disincentivare la reiterazione del torto e che trovi giustificazione non più nella necessità di ristorare il pregiudizio patito dal danneggiato, ma nell'esigenza dell'ordinamento di dare una risposta adeguata all'illecito.

4. *L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico.*

La logica risarcitoria risulta insufficiente anche per la tutela dell'ambiente inteso come bene giuridico (145).

(145) Sulla peculiarità dell'evento danno nella tutela dell'ambiente v. A. LAMAZZUZZI, *Il danno ambientale*, Napoli, 2002.

Sulla emersione dell'ambiente come bene giuridicamente rilevante dopo la 8.7.1986 n. 349 B. Porzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996, p. 113 ss.; M. LUCARELLI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 567. In dottrina comunque si parlava di « danno alla vita nell'ambiente » già in epoca precedente. L'espressione è di M. COMARONI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 355. È stato, infatti, rilevato come l'ambiente risultasse già suscettibile di tutela giuridica prima della suddetta legge in base al combinato risultante dagli artt. 2, 3, 9, 41, 42. Cost. e art. 2043 c.c. V. in tal senso Cass. 3.2.1998, n. 1087, in *Danno resp.*, 1998, p. 1117 con nota L. Prati e prima ancora Cass. 1.9.1995, n. 9211, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 469 su cui L. Prati, *La « fonte generica » del diritto ambientale nella recente giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 1998, p. 136 ss.

Un particolare sforzo sistematico è stato richiesto alla dottrina nella distinzione tra danno all'ambiente e lesione al diritto ad un ambiente salubre inteso come particolare ipotesi di lesione del diritto alla salute. Cfr. L. FRANCARO, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 485.

La tutela risarcitoria del diritto all'ambiente salubre ha trovato pieno accoglimento in due sentenze della Suprema Corte: Cass. 9.3.1979, n. 1463, in *Giur. Civ.*, 1979, I, 764 con nota A. Postiglione, la quale ha riconosciuto il diritto al risarcimento del proprietario dei beni collocati nella zona in cui si è verificato il danno ambientale, e Cass. 16.10.1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 464, in cui i giudici hanno riconosciuto direttamente la tutela della salute. Sul punto G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: « nuovo diritto » o « espediente tecnico »*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 4 ss.

Particolarmente problematica, al riguardo, è la possibilità di riconoscere rilevanza alle lesioni potenziali derivanti dalla esposizione a sostanze che possono generare patologie mortali. Si tratta della questione della risarcibilità del c.d. stress emozionale. Il riconoscimento di tale categoria di danni è stato puramente simbolico in due celebri sentenze di merito nel caso Severo Trib. Milano 11.7.1991 e C. App. Milano 15.4.1994.

L'ambiente, infatti, non è un bene avente una propria fisicità empiricamente percepibile, ma è un'entità astratta rappresentata dall'insieme dei processi biologici che danno vita ai fenomeni naturali.

Si potrebbe così ridurre il problema dell'applicazione della logica risarcitoria in tale ipotesi ad una pura questione di accertamento dell'*an* e del *quantum debetur* in presenza di lesioni di entità astratte, questione che abbiamo già affrontato con riferimento alla violazione dei diritti della personalità.

Vero è che, in caso di lesione dell'ambiente il problema dell'incommensurabilità del pregiudizio si presenta sotto un differente profilo: in caso di lesione dei diritti della personalità, l'incommensurabilità era legata al carattere soggettivo dei detrimenti conseguenti alla violazione del diritto o dell'interesse meritevole di tutela dal momento che gli stessi sarebbero suscettibili di manifestazione non solo a livello patrimoniale, ma anche a livello di fenomeni puramente interiori al soggetto leso, al suo *modus vivendi* e di relazionarsi col resto della società.

Diversamente l'immaterialità dell'ambiente non dipende dalla interiorità dei fenomeni in cui trova attuazione la sua lesione, ma dal suo modo di essere: l'ambiente è un sistema di processi biologici ordinati da leggi naturali.

La lesione dell'ambiente, inteso come equilibrio dei vari fattori che guidano simili processi biologici, è, quindi, rappresentata dall'interferenza che l'azione umana può determinare nel regolare svolgimento degli stessi.

La turbariva dell'eco-sistema, quindi, non si risolve in un evento puntuale, ma finisce per avere riflessi sulle varie componenti di tale equilibrio (146).

In *Resp. civ. e prev.*, 1995, I, 143 con nota di D. FIORA, *Il caso « Severo » e la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla collettività vittima di un disastro ambientale*. Da ultimo tale danno è stato riconosciuto come risarcibile, peraltro con condanna a un'obbligazione risarcitoria di considerevole entità, dalla Cass. SS. UU. 21.2.2002, n. 2515, cit. (146) Cfr. B. Porzo, *ult. op. loc. cit.*

Peraltro tali componenti a loro volta sono costituite da una serie di sottosistemi ordinati, secondo una causalità naturale, alla produzione di determinati effetti.

Il danneggiamento dell'eco sistema, intervenendo sui processi causali della catena biologica, finisce per avere effetti di un'ampiezza non sempre relazionabile con l'entità dell'azione dannosa, i quali diverranno percepibili solo nel lungo periodo.

I danni recati dall'azione antigiuridica sono, così, difficilmente accertabili e, una volta percepiti, saranno difficilmente riconducibili alla stessa dal punto di vista causale per la distanza di luogo e di tempo che li separa da questa (147). Anche ricorrendo a criteri orientati alla certezza, quale è il criterio della causalità scientifica (148), non sarà sempre possibile individuare

(147) In tal caso il lasso di tempo generalmente lungo tra il verificarsi della causa del danno e il manifestarsi delle conseguenze dello stesso rende tali danni praticamente inascurabili a meno che non si ammetta la copertura anche di eventi la cui causa efficiente sia da collocare anche in un periodo anteriore alla stipulazione del contratto di assicurazione ma la cui concreta dannosità e la relativa richiesta di indennizzo abbiano avuto luogo nel periodo di efficacia del contratto. Cfr. B. Pozzo, *Il danno ambientale*, Milano, 1998, p. 199 ss.

Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare l'introduzione di clausole *claims made* di largo impiego in altri ordinamenti, le quali limitano l'obbligo dell'assicuratore a tutte le richieste di indennizzo presentate dall'assicurato nel periodo di efficacia del contratto. Per l'impiego di tali clausole nel *common law* Cfr. M.A. CLARKE, *The law of Insurance contracts*, London-Hong Kong, 1997, 3^a ed., p. 429 ss.

Anche in Germania l'introduzione di tali clausole, e quindi del *Feststellungsprinzip* ai fini della individuazione dei sinistri rientranti nel periodo di operatività della copertura assicurativa, è prospettata con particolare riferimento alla *Umweltbegriffschwerbeschädigung*. Sul punto v. in particolare P. SCHAMKOWSKI, *Umweltbegriffschwerbeschädigung*, Karlsruhe, 1998, p. 231-234.

È evidente che, quando oggetto della richiesta è l'indennizzo per un evento accaduto anteriormente rispetto all'inizio del periodo di efficacia della copertura assicurativa, la clausola *claims made* si risolve in un'assicurazione retroattiva, sulla cui ammissibilità nel nostro ordinamento sono state sollevate non poche perplessità in relazione alla lettera dell'art. 1895. Cfr. G. SCALFI, *I contratti di assicurazione: Passiva razione danni*, cit. p. 52; A. DE GREGORIO G.-A. FANELLI, *op. cit.*, p. 80 ss.

(148) Il problema della certa individuazione del soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria trova un ostacolo nella ordinaria pluralità di fattori a cui, a livello empirico, un dato evento risulta casualmente riconducibile; il che importa il ricorso a criteri astratti entro cui sussumere i fenomeni onde discernere, tra una pluralità di

la causa dei danni ambientali proprio per la distanza temporale e spaziale che separa evento — causa dall'evento — conseguenza.

Occorre inoltre considerare che l'azione umana viene ad inserirsi nei processi causali della catena biologica e non a sostituirsi

eventi o circostanze, tutti potenzialmente causa efficiente di un dato fenomeno già realizzatosi, il dato giuridicamente rilevante per il determinarsi del medesimo.

Volendo così ripercorrere le varie teorie in punto di causalità possiamo ricordare la tesi della causalità naturale in base alla quale, al fine di verificare l'esistenza o meno di un nesso etologico tra un dato evento ed una certa situazione, sarebbe sufficiente accertare se l'una possa essere tale da costituire la condizione in assenza della quale l'altro non si sarebbe verificato. Tale tesi ha trovato particolare attenzione nel diritto penale M. SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 639. In giurisprudenza v. tra le sentenze più recenti: Cass. pen. 2.6.1980, in *Giur. pen.*, 1981, II, 495; Cass. pen. 16.6.1981, in *Arch. giur. circ. str.*, 1982, 302; Cass. pen. 2.10.1981, in *Giur. pen.*, 1982, II, 410; Cass. pen. 1.12.1981, *ivi*, 1983, 876; Cass. pen. 8.3.1989, *ivi*, 1989, II, 650; Cass. pen. 22.4.1989, *ivi*, 1991, I, 59; Cass. pen. 27.3.1991, *ivi*, 1991, II, 665; Cass. pen. 6.10.1995, *ivi*, 1996, II, 358.

La critica a tale criterio viene evidentemente dalla sua eccessiva ampiezza, tale per cui lo stesso risulta idoneo a comprendere nei fattori causali dell'evento anche circostanze che vi hanno contribuito in minima parte.

Né tale critica risulta sminuita dalla esistenza di correttivi al suddetto criterio come quello della c.d. *causa proxima*, che sembrerebbe trovare fondamento nell'art. 1223, dettato in materia di responsabilità civile, ove con riferimento al determinazione del *quantum* del risarcimento del danno si limita lo stesso alle perdite ed al mancato guadagno che siano « conseguenza immediata e diretta » dell'evento dannoso.

Tale criterio ha incontrato varie opposizioni in dottrina perché non consente « di distinguere tra cause mediate e cause immediate, tra cause prossime e cause remote »; così F. CIOGLINI, *La responsabilità da circolazione stradale*, Milano, 1955, p. 591.

Inoltre, come è stato fatto giustamente notare da altri, il legislatore nell'art. 1223 non ha inteso dettare i criteri per il rinvenimento di una causalità giuridica da adoperare ai fini dell'individuazione del soggetto civilmente responsabile, ma si sarebbe limitato ad individuare dei parametri di valutazione del danno. Cfr. F. CARLUCCI, *op. loc. cit.* il quale scrive in risposta a G. CORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenza »*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, pp. 405 ss. che, per contro, sostiene l'esistenza di una causalità giuridica fondata sull'art. 1223 contrapposta ad una naturale.

Al fine di restituire la portata del criterio della causalità adeguata, vista l'insufficienza del concetto della *causa proxima*, si è ipotizzata l'adozione di un criterio che ricerchi la causa di un dato evento secondo un giudizio di tipo prognostico fondato su leggi probabilistiche. Cfr. G. BERTONI, *Diritto Penale*, Padova, 1986, 12^a ed. riv. e integrata, p. 312; P. FORCANELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, pp. 26-27.

Tale criterio adotta però un concetto di conoscenza di tipo statico in quanto fondato su una ipotesi di probabilità generale, flettendo così per escludere l'esistenza di un nesso di causalità di fronte a fenomeni che, invece, potrebbero essere etologica-

a questi. Ciò vuol dire che gli eventi dannosi non saranno, in genere, riconducibili in via esclusiva all'intervento dell'uomo, ma ad una combinazione di eventi naturali e artificiali.

In ragione di tali modalità di emersione del danno ambientale pare invero di dubbia efficacia una tutela risarcitoria legata all'esistenza di un danno che il soggetto passivo dell'azione lesiva altrui è tenuto a provare nella duplice dimensione di *an* e *quantum* onde far valere le proprie pretese risarcitorie.

Sono, forse, queste considerazioni che hanno mosso l'attenzione del legislatore nel senso di individuare, in materia di tutela dell'ambiente, peculiari criteri di determinazione del danno risarcibile e di imputazione di obblighi di ripristino a carico del responsabile dell'evento dannoso.

Due le reazioni che si sono avute con riferimento a tali interventi: alcuni hanno lamentato la scarsa incisività del nuovo modello di tutela dell'ambiente rispetto alla disciplina generale della responsabilità civile (149); altri, invece, hanno sottolineato l'innovatività di tali normative in punto di risarcimento del danno

mente collegabili tenuto conto della situazione concreta e dello stato attuale delle conoscenze scientifiche.

La dottrina penalistica ha così corretto il giudizio prognostico della causalità adeguata secondo il criterio della c.d. causalità scientifica. Cfr. G. FRANDACA, voce *Causalità*, Dig. Pen., vol. II, Torino, 1998, p. 122; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 151; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, in particolare p. 153. Anche la giurisprudenza civile ha in recenti pronunce fatto ricorso alla c.d. causalità scientifica: Cass. 19.9.1996, n. 8348, in *Dir. econ. assic.*, 1997, 728, C. App. Milano 22.10.1996, in *Danno e resp.*, 1997, 754; C. App. Genova 10.3.1997, in *Danno e resp.*, 1997, 470 con nota R. De Marteis. Il criterio della causalità scientifica ha trovato recente applicazione anche in materia assicurativa: Cass. 3.4.1998, n. 3464, in *Dir. econ. assic.*, 1999, 285.

L'eccessiva rigidità dei giudici nell'applicazione delle leggi scientifiche astratte ha incontrato l'opposizione sia della dottrina della c.d. causalità flessibile (vedi A. VOGLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 1999, p. 59) sia le stesse sezioni unite della Cassazione, che nella sentenza dell'11.9.2002 n. 30328, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1357, hanno sottolineato, tra l'altro, come « non sia consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale » (149) Cass. 3.2.1998, n. 1087, *cit.*

ambientale domandandosi se si possa ancora inserire simile tutela all'interno del sistema della responsabilità civile (150).

Anche in questo caso sembra che la dottrina, anziché prodigarsi per comprendere l'evolversi del modello della tutela civile contro gli illeciti, abbia finito per risolvere il problema di dare adeguata sistemazione ai nuovi fenomeni mantenendo fermo il concetto di risarcimento del danno e qualificando tali novità mediante l'idea di sanzione punitiva.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto due sono le norme di cui ci andremo ad occupare: l'art. 18 della l. 8.7.1986 n. 349 e l'art. 17 del d.lgs. 5.2.1997 n. 22.

La prima individua i mezzi di tutela dell'ambiente nel risarcimento del danno e nel ripristino delle condizioni ambientali anteriori all'azione lesiva umana. È su quest'ultimo aspetto che sorgono i primi interrogativi. Infatti, una volta ammessa la risarcibilità dell'ambiente come bene giuridico in sé, occorrerebbe chiedersi che senso abbia fare espresso riferimento alla possibilità di dare rimedio alla lesione, non solo attraverso un ristoro del pregiudizio mediante utilità equivalenti, ma anche attraverso la ricostituzione dello *status quo antea* dal momento che tale forma di tutela è già prevista come alternativa al risarcimento all'art. 2058.

Il richiamo all'azione di ripristino nella legge l. 8.7.1986 n. 349 rappresenta, però, una piccola rivoluzione nel sistema della responsabilità civile se si considera la lettura restitutiva e la scarsa applicazione dell'art. 2058 da parte della giurisprudenza (151).

La tutela in forma specifica, a lungo rimasta ai margini del sistema della responsabilità civile e (152), talvolta, ritenuta addi-

(150) V. *infra* nota 157.

(151) Per tali osservazioni si rinvia al testo di M.R. MARSELLA, *op. cit.*, p. 13 ss.

Con riferimento alla scarsa applicazione che tale norma ha avuto in giurisprudenza vale la pena di chiedersi se ciò può essere dovuto solo ad una lettura restitutiva della giurisprudenza dell'art. 2058 o anche al fatto che il lesso preferisce agire per il risarcimento del danno.

(152) Al riguardo vale la pena di ricordare la tendenza di giurisprudenza e dottrina a confondere la riparazione in forma specifica e l'esecuzione in forma specifica.

ritura estranea allo stesso (153), trova per tal via ampia rivalutazione anche in ragione delle interpretazioni che si sono avute proprio sull'art. 18, in base alle quali è stato letto nell'obbligo di ripristino il rimedio principale in caso di lesione dell'ambiente (154).

In considerazione della possibile ampiezza dei danni che possono conseguire alla turbativa dell'eco-sistema, per i motivi sopra accennati, la miglior tutela è rappresentata proprio da un intervento ripristinatorio delle condizioni iniziali in modo da evitare la prosecuzione di processi dannosi cui la turbativa dell'equilibrio ambientale aveva dato luogo.

Altra parte della dottrina non ha però mancato di sottolineare come la norma in esame non preveda, in modo analogo rispetto all'art. 2058, il limite della eccessiva onerosità del costo del

Sul punto C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, cit., p. 481 ss.; M.R. MAERLA, *op. loc. cit.* Quest'ultima riconosce, in particolare, in R. SCOCCHIAVANTO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 214 ss. uno degli Autori che hanno avuto un ruolo preminente nel processo teorico di riconduzione dell'art. 2058 all'interno del sistema di responsabilità civile.

Da parte della giurisprudenza si può inoltre rilevare la tendenza a considerare il risarcimento in forma specifica come un *minus* rispetto al generale rimedio contro gli illeciti civili del risarcimento per equivalente.

Al riguardo si può ricordare quanto apodritticamente asserito dalla Suprema Corte nella sentenza Cass. 29.9.1987, n. 7298, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Danni civili*, 91: «l'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, in luogo della reintegrazione in forma specifica richiesta, non viola il principio della corrispondenza fra la domanda e la decisione, in quanto costituisce un *minus* rispetto al secondo, del quale rappresenta il sostitutivo legale mediante la prestazione della *eadem res debita*, sicché la richiesta relativa è ricompresa implicitamente nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica, così da potere essere disposta dal giudice anche d'ufficio.»

(153) In tal senso SAV. ROMANO, *Il cosiddetto risarcimento in forma specifica*, cit., in particolare p. 14 ss.

(154) Cfr. M. COMPORI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, p. 207; C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 517. In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza Cass. SS.UU. 25.1.1989, n. 440, in *Foro it.*, 1990, I, 232. Per contro altri considera il ripristino come un *quid plius* rispetto al risarcimento dei danni D. CHINDENI, *Il danno ambientale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, p. 431.

ripristino, il che varrebbe, secondo l'opinione di tali Autori, a qualificare tale forma di tutela come sanzionatoria (155).

Il motivo della mancata previsione di un simile limite deve essere, invece, a nostro avviso, piuttosto individuato nel preminente interesse per la ricostituzione dello *status quo antea* quale miglior rimedio proponibile per tal genere di danni, al fine di interrompere la catena di eventi dannosi tendenzialmente idonea a procedere all'infinito raggiungendo risultati imprevisi e imprevedibili. Il ripristino, in questa logica, sarebbe allora ordinato a due finalità: la riparazione dei danni attuali e la prevenzione di quelli futuri, e sarebbe, pertanto, preferibile, ad ogni costo, all'azione risarcitoria, idonea ad assolvere solo alla prima delle suddette funzioni.

Il vero *quid novi* introdotto dalla l. 8.7.1986 n. 349, rispetto al sistema di responsabilità civile delineato dal codice, è così costituito dal diverso e secondario ruolo che, in tale normativa viene ad assumere il risarcimento rispetto al preminente interesse dell'ordinamento alla ricostituzione dello *status quo antea*.

L'articolo 18 della suddetta legge ha richiamato l'attenzione della dottrina anche con riferimento ai parametri di quantificazione del danno risarcibile in esso indicati.

La sostanziale incommensurabilità dei danni ambientali ha, infatti, spinto il legislatore a cercare parametri diversi dalla quantificazione del danno materiale come la riprovevolezza della condotta del danneggiato, il profitto e il costo necessario per il ripristino cui il suddetto articolo fa espresso riferimento (156).

(155) Sul punto G. MORENDELLI, *Il danno ambientale nell'art. 18 l. 349/1986. Considerazioni introduttive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 613; S. MAZZAMUTO, *Osservazioni sulla tutela reintegratoria di cui all'art. 18 l. 349/1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 699.

(156) Sul punto S. PATTI, *La valutazione del danno ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 447; P. CENDON-P. ZVIZ, *L'art. 18 della legge n. 349/1986 nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 521 ss.; B. POZZO, in *La quantificazione del danno ambientale*, in *Dir. econ. asst.*, 1995, p. 791 ss.

Con riferimento al costo del ripristino occorre considerare come, se la tutela risarcitoria è ammessa solo ove sia impossibile la tutela in forma specifica, non si vede come si possa quantificare tale costo se il ripristino stesso è impossibile. Per tali osservazioni

Lo spostamento dell'attenzione dal danno all'offesa, rinvenibile nella disposizione di legge in esame, ha portato parte della dottrina ad evocare l'idea della sanzione punitiva onde trovare un'adeguata sistemazione a tale forma di tutela che pareva uscire fuori dai confini della logica risarcitoria (157).

Cfr. B. Pozzo, *Quantificazione del risarcimento e assicurabilità del rischio: note a margine del « caso Haven »*, in *Danno e Resp.*, 1997, p. 288.

(157) Cfr. A. De CURS, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena*, cit., p. 401; P. GENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., p. 71 ss. La qualificazione di tale forma di risarcimento in termini di sanzione punitiva ha richiamato l'attenzione della dottrina ad interrogarsi sulla assicurabilità dello stesso. Cfr. A. D. BOSNELL-G. PATTI, *Danno e responsabilità*, Torino, 1997, pp. 81-83. F. D. BOSNELL, *La parabola della responsabilità civile*, cit., pp. 666-668.

Al riguardo occorre osservare come in altri ordinamenti è stato addirittura disposto un obbligo di copertura assicurativa del danno ambientale § 19 *Umweltbunngesetz*. Sul punto v. in particolare B. Pozzo, *La responsabilità per danni all'ambiente in Germania e i connessi problemi di assicurabilità del rischio ambientale: il progetto per una nuova polizza R.C.*, in *Dir. Econ. Assic.*, 1994, p. 16 ss.

Diverso è il problema dell'assicurabilità sotto il profilo del combinato assicurazione-prevenzione. Al riguardo si osserva come l'impresa assicuratrice, avendo interesse al non verificarsi dei danni ambientali su cui si fonda la sua obbligazione indennitaria, darebbe vita a controlli sull'assicurato idonei a garantire la rispondenza degli impianti di questi agli standard adeguati alla tutela ambientale. Inoltre l'interesse dell'assicurato al non verificarsi del danno viene mantenuto mediante l'apposizione di franchigie, scoperti obbligatori e massimali. Cfr. B. Pozzo, voce *Ambiente (strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Dir. Disc. Priv.*, Sez. civ. Aggiornamento, vol. II, Torino, 2003, p. 121; G. VOIRE PUTZOLI, *Danno da inquinamento, responsabilità ed assistenza*, in *Dir. Priv. Assic.*, 1987, p. 100; F. DEVOZZA, *Prevenzione e assistenza*, in *Dir. Econ. Assic.*, 1978, p. 168; M. MANDO, *L'assicurazione per danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge 349/1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 806 ss.

Sull'assicurazione del danno ambientale vale la pena ricordare che verso la fine degli anni '70 è stata elaborata una polizza per i danni contro l'inquinamento attraverso la costituzione di un pool costituito da 64 fra le più grosse compagnie di assicurazione. Nuove condizioni sono state approvate nel 1995 con forti limitazioni dei danni risarcibili: sono coperti solo danni alla persona e danni materiali. In particolare sono esclusi i danni da inquinamento strutturale. Sul punto P. BAVARESCO, *Danno ambientale e assicurazione: assicurabilità e non assicurabilità del danno ambientale*, in *Dir. Econ. Assic.*, 1999, p. 769 ss.

Ancora il decreto 8.10.1996 il ministro dell'ambiente ha previsto che le imprese esercenti attività di trasporto di rifiuti debbano munirsi di garanzia finanziaria per le obbligazioni commesse alle operazioni di bonifica ecc. nonché per il risarcimento degli ulteriori danni derivanti all'ambiente ai sensi dell'art. 18 della l. 8.7.1986 n. 349 in dipendenza dell'attività svolta. L'allegato 1 del decreto rappresenta poi uno schema di fidejussione bancaria o assicurativa. Sul punto P. BAVARESCO, *L'assicurazione fidejussoria*

Altri Autori hanno, per contro, evidenziato come anche in tale ipotesi siamo in presenza di un rimedio mediante il quale si compensa un danno; quindi siamo ancora in presenza di un autentico risarcimento (158).

Più recentemente la dottrina ha individuato, nelle novità in materia di tutela dell'ambiente introdotte dall'art. 17 del decreto Ronchi (d.lgs. 5.2.1997 n. 22), un ulteriore allontanamento del sistema della responsabilità civile dalla logica risarcitoria (159).

Al II comma di tale articolo si prevede, infatti, che « chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di cui al comma 1, lettera a), ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali deriva il pericolo di inquinamento ».

Quindi, non solo il danno, ma anche il pericolo di danno è fonte di obblighi.

Alcuni hanno così sottolineato come tale norma « riguarda un modello di responsabilità civile che ne travalica i limiti tradizionali... » in quanto « ...l'attitudine preventiva rispetto al danno risulta sicuramente accresciuta... » (160).

e il danno ambientale: spunti di riflessione della normativa sul trasporto dei rifiuti, in *Dir. Econ. Assic.*, 1998, p. 723 ss.

Va detto però che altro è l'assicurazione altro è la fidejussione ancorché prestata da un'impresa assicuratrice. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(158) In tal senso S. PATTI, *Il danno ambientale: il problema della quantificazione*, in *La parabola del danno ambientale: atti del convegno Risorse Mediterranee 29.6.1993*, Milano, 1994, p. 3 ss.; A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione*, *ivi*, p. 15 ss.

Del resto quando ci siamo occupati della distinzione tra risarcimento e pena abbiamo osservato come l'utilizzo dei parametri di quantificazione del danno, quali la colpevolezza, non sono sufficienti a far sconfinare l'obbligazione risarcitoria nella categoria della pena, in quanto saremmo sempre in presenza di una riparazione di un danno e non della ricostruzione dell'ordine violato. V. *supra* p. 114.

(159) M. GRANIERI-R. PARDOLESI, *Oltre la funzione riparatoria della responsabilità civile nella tutela ambientale*, in *Danno e Resp.*, 1998, p. 845 ss.

(160) Tali parole sono di M. GRANIERI-R. PARDOLESI, *op. cit.* p. 851 ss.

Il rimedio individuato nel decreto Ronchi opererebbe, infatti, fingendo l'esistenza del presupposto della tutela risarcitoria, rappresentato dal danno effettivo.

Per tal via, quindi, « si introduce un particolar obbligo risarcitorio che stante il suo fittizio presupposto, anticipa il danno che dovrebbe riparare assumendo la veste di strumento cautelare » (161).

Occorrerebbe, però, chiedersi se simili osservazioni valgano a rilevare un peculiare profilo punitivo della responsabilità civile nell'ipotesi in esame, oppure se non sia più opportuno parlare al riguardo di uno speciale impiego della tutela in forma specifica.

Con riferimento a tale norma si poteva, allora, forse diversamente osservare che alla tutela risarcitoria tradizionale, nei casi indicati dall'art. 17 del decreto Ronchi, viene ad aggiungersi una tutela in forma specifica che agisce nel senso del ripristino della situazione anteriore non solo a seguito del danno, ma anche in presenza della situazione di pericolo.

Nuovamente, quindi, la tutela ripristinatoria viene ad avere un ruolo preminentemente rispetto a quella risarcitoria; il che evidenzia la crisi di questa in quanto non più adeguata a rappresentare il perno del sistema della responsabilità civile in considerazione dell'ampliamento della tutela in forma specifica ad opera sia di interventi legislativi sia di interpretazioni giurisprudenziali.

(161) Così M. GRANVIERE-R. PARONASSI, *op. loc. cit.* Gli A. sottolineano come si tratterebbe di un'azione preventiva diversa dai rimedi cautelari, in quanto non legata ai presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, e riflettano sulla possibilità di qualificare tale strumento di tutela come una speciale e nuova « azione di danno tenuto ambientale ». Simili riflessioni, però, dovrebbero valere nel senso di allontanare questa ipotesi dalla logica risarcitoria. Significativo è il fatto che nella recente proposta di direttiva di cui dà notizia B. POZZO, *La proposta di nuova direttiva sulla prevenzione e il risarcimento del danno all'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 11 ss., si stabilisca che nel caso in cui si sia verificato un danno « significativo » all'ambiente, l'autorità a ciò deputata in ciascuno Stato provvederà a richiedere al soggetto responsabile di procedere al ripristino delle condizioni *quo antea* o eseguirà direttamente tali operazioni. Il 30.4.2004 è stata pubblicata la direttiva 2004/35/CEE « Sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale ».

L'idea di responsabilità civile come sistema improntato al risarcimento di un danno trova un ridimensionamento in materia ambientale anche riguardo alla posizione recentemente assunta dalla Suprema Corte la quale ha osservato come « per integrare il fatto illecito, che obbliga al risarcimento del danno, non è necessario che l'ambiente in tutto o in parte venga alterato, deteriorato o distrutto, ma è sufficiente una condotta, sia pure soltanto colposa, in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge » (162).

Si viene così a riconoscere l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria in assenza del danno, il che pare significativo di uno spostamento dell'attenzione del sistema della responsabilità civile verso l'illecito considerato in sé e non come fonte di pregiudizi suscettibili di essere compensati.

Con riferimento a questo particolare profilo, allora, se si segue la distinzione tra pena e risarcimento per cui la prima sarebbe volta a sanzionare l'offesa ripristinando l'ordine violato, laddove il secondo sarebbe volto alla ricostituzione della situazione presente e futura della vittima, in relazione al pregiudizio da questa concretamente patito (163), allora sembra difficile negare che, anche in materia di danni ambientali, l'idea di pena fa la sua comparsa nel sistema della responsabilità civile.

5. Rilevi conclusivi.

Nella metamorfosi (164) del sistema della responsabilità ci-

(162) Così Cass. pen. 10.6.2002, n. 22539 leggibile sul sito www.ambienteedito.it. In senso analogo la suprema Corte aveva già affermato che « Per integrare il fatto illecito che obbliga al risarcimento del danno ambientale è sufficiente una condotta, sia pure soltanto colposa, in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge »: così Cass. pen. 5.4.2002, in *Giur. it.*, 2003, con nota di L. BARBERA, *Il danno ambientale come danno presunto risarcibile allo Stato, agli enti territoriali, alle persone fisiche e alle associazioni ecologiste*.

(163) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.2.

(164) *Les métamorphoses de la responsabilité* è il titolo del colloquio *commun tenutosi in Poitiers il 15-16 maggio 1997* in occasione della *Système Joursées René*

vile è possibile osservare l'emersione di un dato e la crisi di un concetto. Il dato che emerge è una progressiva estensione dell'operatività della tutela compensatoria a diritti ed interessi con riferimento ai quali non sempre è possibile rinvenire un danno patrimoniale quale conseguenza della relativa violazione oppure rispetto ai quali tale voce di danno non risulta proporzionata in relazione alla gravità dell'offesa quale strumento idoneo a ricostituire la sfera del soggetto danneggiato per come la stessa si presentava prima dell'illicito.

Un simile dato lo si avverte nel progressivo decentramento del sistema della responsabilità civile dalla tutela di beni del soggetto alla tutela del soggetto concetto, non più come proprietario o come fonte di redditi, ma come persona avente un valore in sé al di fuori e al di sopra di ogni logica del mercato.

Anche in ambiti diversi dalla tutela della persona è però possibile rinvenire l'emergere di una estensione dei confini della responsabilità civile.

Abbiamo in particolare richiamato l'attenzione sulla tutela dell'ambiente come bene in cui il risarcimento del danno patrimoniale finisce per risultare un rimedio spesso insufficiente per come l'evento dannoso si presenta nella realtà dei fatti.

Per tal via il sistema della responsabilità civile viene a coprire spazi in cui la tutela risarcitoria, intesa come compensazione del detrimento patito in ragione dell'illicito altrui mediante utilità equivalenti, non si presta ad essere efficacemente impiegata perché manca un detrimento commensurabile e quindi compensabile, manca un detrimento valutabile in termini monetari e

Sauvater. Di particolare interesse, ai fini della nostra ricerca, è la relazione del prof. L. CADIER, *Les métamorphoses du Préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, 1997, p. 37 ss. L'A. osserva una progressiva « dissolution des caractères du préjudice réparable » che sotto il profilo oggettivo si presenta nel venir meno di un « préjudice très rassemblable » (p. 44). Si nota inoltre un progressivo ampliamento della danno morale riparabile il che fa concludere l'A. nel senso che « la responsabilité civile manifeste sa fonction normative, ou disciplinaire, sinon punitive » (p. 63).

come tale suscettibile di essere perfettamente compensato con un equivalente in denaro.

Emerge così la crisi di un concetto: quello di risarcimento del danno quale perno del sistema della responsabilità civile (165).

I rimedi risarcitori, in senso stretto, infatti, da un lato, non possono più essere considerati come « la » sanzione contro gli illeciti civili in relazione all'attuale ambito di applicazione, all'interno del sistema di responsabilità civile, della tutela in forma specifica, la quale in alcuni casi, come in ipotesi di danno ambientale, rappresenta il rimedio principale contro l'illicito civile.

Da un altro lato, l'obbligazione risarcitoria viene estesa al ristoro di danni incommensurabili e, quindi, anche non compensabili, detrimenti che, per l'unicità del bene perduto, non possono trovare utilità equivalenti.

Si viene riscoprendo il concetto di riparazione dei danni non patrimoniali progressivamente scomparso con la mancata riproposizione nel codice Rocco della distinzione tra risarcimento e riparazione contenuta nel codice Zanardelli.

Sono, allora, due i paradigmi presenti nel sistema della responsabilità civile, ulteriori rispetto alla riparazione in forma specifica: il risarcimento del danno patrimoniale e la riparazione del danno non patrimoniale, partizione questa che sembrerebbe ricalcare la distinzione presente nel diritto tedesco tra risarcimento del *materieller Schaden*, ordinato ad una *Ausgleichsfunktion*, e riparazione del *immaterieller Schaden*, ordinata ad una *Genugtuungsfunktion*, la quale, peraltro, a differenza di quanto accadeva sotto il codice Zanardelli, non rappresenta più un paradigma minoritario nel sistema degli illeciti civili (166).

(165) Sul punto v. I. FERRARINI, in A. PALAZZO - I. FERRARINI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, p. 127 ss.

(166) In dottrina vi è chi riconduce all'interno del sistema di responsabilità civile anche la tutela inibitoria. Se è indubitabile che anche questa rappresenti un rimedio

Si finisce così per riaprire una problematica che pareva ormai sopita quella della distinzione tra riparazione del danno non patrimoniale e pena (167): se quest'ultima è altro dal risarcimento in quanto esorbitante dalla logica della compensazione per utilità equivalenti, pare ammissibile chiedersi se, ed entro quali limiti, anche la riparazione di danni non patrimoniali, ovvero di danni non suscettibili di immediata compensazione per utilità equivalenti, non possa rappresentare un'autentica pena calata all'interno del sistema di responsabilità civile.

Un simile interrogativo trova, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, a nostro avviso, una risposta in un ripensamento della distinzione tra risarcimento e pena che estenda l'ambito del primo oltre i confini della compensazione per utilità equivalenti riferendo le regole e i principi del sistema privatistico di tutela contro gli illeciti anche al rimedio della riparazione del danno morale in quanto comunque ordinato ad una logica compensatoria e non punitiva.

Anche quelle peculiari estensioni del rimedio della riparazione dei danni non patrimoniali in cui per l'incommensurabilità del pregiudizio il giudice adotta criteri nella determinazione del *quantum debetur*, che paiono spostare l'oggetto della tutela civile dal danno all'offesa (168), siamo in realtà soltanto di fronte a particolari espressioni del potere equitativo del giudice (169).

contro gli illeciti, sembra, però, che il suo porsi a monte del torto, in funzione preventiva dello stesso, finisca per collocarla al di fuori della idea di responsabilità.

Si occupa del problema M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Jas*, 1988, p. 42 ss. ora in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, cit. p. 331 ss.

Recentemente si è parlato di tutela inibitoria come rimedio generale contro gli « illeciti civili di pericolo » categoria conata ricalcando la partizione penalistica tra reati di danno e reati di pericolo. Ch. F. PERRONATI, *Inibitoria e illecito civile di pericolo*, in *Foro Pad.*, 1996, p. 23 ss.

(167) V. *supra* § 1.3.

(168) V. *supra* nota 138.

(169) V. *supra* p. 114.

Simili conclusioni non risultano, però, ancora risolutive della questione relativa ad un eventuale recupero dell'idea di pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

Il problema della qualificazione di talune estensioni del rimedio della riparazione dei danni morali è, infatti, reso più complesso, come abbiamo avuto modo di considerare nei paragrafi precedenti, dalla presenza di pronunce giurisprudenziali di condanna ad obbligazioni risarcitorie in caso di condizioni di anti-giuridicità che non trovano espressione in documenti oggetto di compensazione (170).

Ancora si può ricordare come l'idea di pena privata, oltre che con riferimento alla riparazione dei pregiudizi non patrimoniali, sia stata evocata dagli interpreti nelle ipotesi in cui si avverte la necessità di una tutela ultra compensatoria al fine di corroborare l'efficacia preventivo-deterrente della responsabilità civile in presenza di un'offesa la cui gravità non trova corrispondenza nel danno ad essa conseguente (171).

Date tali premesse, qualora si ritenga di poter affermare l'esistenza di vere e proprie sanzioni punitive all'interno del sistema delle tecniche di tutela contro gli illeciti civili, si deve ritenere in discussione la stessa partizione teorica tra responsabilità penale, ordinata all'irrogazione di una pena, e responsabilità civile, fonte di un'obbligazione risarcitoria.

I mutamenti che si avvertono nel sistema della responsabilità civile impongono, pertanto, una ben più ampia riflessione circa la possibilità di importare anche nel nostro ordinamento la partizione tra *compensatory* e *punitive damage* propria del sistema di *common law* e dei relativi problemi di assicurabilità.

Si riapre così la problematica relativa alla possibilità di discernere elementi di discriminazione tra responsabilità civile e responsabilità penale e alla riferibilità al diritto privato dei principi

(170) V. *supra* p. 187.

(171) V. *supra* § 2.

e delle regole propri del sistema penale primo tra tutti quello dell'effettività della pena, principale ed insormontabile ostacolo ad una assicurabilità delle sanzioni punitive (172).

(172) Vi è in vero in dottrina chi ha ribalzato i termini della questione ritenendo che la riparazione di danni non patrimoniali non sarebbe da ricondurre all'idea di pena in quanto ciò urterebbe con la sua assicurabilità. Non si verrebbe così a discutere della natura di tali sanzioni onde valutare l'assicurabilità, ma, affermata quest'ultima come certa, si traggono conclusioni sulla natura privatistica della riparazione dei danni morali.

Così P. D'AMICO, *op. cit.*, p. 63 pone, a sostegno della natura privatistica di tali riparazioni, il fatto che il legislatore, nel disciplinare la responsabilità civile, volge la sua attenzione « non tanto all'autore del danno (come dovrebbe avvenire nella prospettiva della pena privata) quanto al soggetto che lo ha subito... (basti pensare), all'assicurabilità del danno non patrimoniale. » Quindi la riparazione del danno morale non avrebbe natura di pena in quanto assicurabile. Un simile ragionamento risulta falso dall'aver assunto come premessa certa una condizione che tale non è. Non si comprende infatti da quale dato sia possibile desumere l'assicurabilità delle riparazioni non patrimoniali. Non basta il fatto che queste siano collocate all'interno delle disposizioni del codice sulla responsabilità civile ritenuta dallo stesso legislatore assicurabile nei limiti del dolo *ex art.* 1917. Tale dato non escluderebbe la loro natura di pena inassicurabile.

Si potrebbe, infatti, affermare che l'art. 1917 riguarda solo i rimedi *stricto sensu* risarcitori. Peraltro, se mai fosse rinvenibile una simile disposizione, la stessa non varrebbe ad escludere la natura punitiva della riparazione dei danni non patrimoniali. Si potrebbe, infatti, ammettere che questo rimedio costituisca un'autentica pena privata, interrogandosi sulla conformità della disposizione *de qua*, al precetto costituzionale della personalità della pena. Riteniamo così opportuno muovere dal problema della natura delle riparazioni non patrimoniali per risolvere la questione della loro assicurabilità e non compiere il procedimento logico inverso.

IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DELLE SANZIONI PUNITIVE CIVILI

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Assicurazione e sanzioni punitive civili. — 1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità. — 1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile. Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile. — 2. Il problema dell'assicurabilità dei *punitive damages* nel diritto americano. — 2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla *Victims liability*. — 2.2. Inassicurabilità degli *intentional acts* come regola generale della *liability insurance*. Alcune pronunce discordanti. — 2.3. *Public Policy* e assicurabilità dei *punitive damages*. — 3. I c.d. danni punitivi in Europa. — 3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei. — 3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages*. — 3.3. I *punitive damages* nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law*. Scenari e prospettive. — 4. Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilevati conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile. — 5. Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione di danni morali. — 6. L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risvolti problematici. — 6.1. Pena privata e principi costituzionali. — 6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo. — 7. Considerazioni di riepilogo.

1. Assicurazione e sanzioni punitive civili.

Nell'ampio dibattito, soprattutto dottrinale, che si è sviluppato intorno alla possibilità, e secondo alcuni anche alla necessità (1), di trovare in rimedi di tipo sanzionatorio punitivo risposte agli illeciti civili, ci sembra che scarso rilievo sia stato

(1) È soprattutto la dottrina penalistica che si è interrogata sulla miglior rispondenza delle sanzioni punitive civili alle finalità preventive del diritto penale con riferimento a talune categorie di illeciti qualificate dal preminente coinvolgimento di interessi privati. V. in particolare le osservazioni di F. BRUCOLA, *op. loc. cit.*

dato, da parte della dottrina italiana (2), ai problemi che una simile scelta può avere sul piano applicativo.

Intendiamo, al riguardo, riferirci, in particolare, alla questione dell'assicurabilità delle sanzioni punitive civili.

Quando abbiamo considerato le possibili ragioni di ordine pubblico che si oppongono all'assicurazione della responsabilità ovvero alla possibilità di prestare garanzia assicurativa per le eventuali conseguenze sanzionatorie di una data condotta anti-giuridica, abbiamo sottolineato il diverso modo in cui si pone il problema sotto il profilo della responsabilità civile e sotto quello della responsabilità penale.

La prima è in via generale assicurabile salvo il limite dell'inasicurabilità degli atti intenzionali (3), limite oltre il quale l'assicurazione diverrebbe un incentivo alla commissione di atti illeciti.

Per contro i confini dell'assicurabilità della responsabilità penale sono traducibili in una generalizzata inassicurabilità della pena fondata su ragioni di ordine pubblico ordinate all'attuazione dei principi del sistema sanzionatorio punitivo (4).

Se questi sono i termini del problema, pare doveroso interrogarsi su quali siano le conseguenze di una eventuale commistione tra rimedi punitivi e rimedi compensatori sul piano della possibile relazionarsi di assicurazione e responsabilità (5).

(2) Tra gli Autori che, anche se brevemente, si sono occupati del tema si ricorda A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., pp. 141-145.

Per contro si rileva la particolare attenzione riconosciuta dalla dottrina straniera sul punto. Cfr. B. GROSSELD, *op. loc. cit.*

Per la giurisprudenza e dottrina americana in materia di assicurabilità dei punitivi *damages v. infra* § 2.

(3) In vero, come abbiamo avuto modo di osservare, la giurisprudenza tende ad ammettere l'assicurabilità del dolo in ipotesi di assicurazione obbligatoria. V. *supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(4) V. *supra* parte I, cap. 1, § 4.2.

(5) Il discorso si inserisce nella problematica relativa alla stessa proporzionalità di misure sanzionatorie punitive all'interno del sistema di responsabilità civile.

La possibilità di parlare di sanzioni punitive civili ha trovato l'opposizione di quanti vedevano in ciò una possibile contaminazione tra sistema della responsabilità civile e sistema della responsabilità penale considerando la stessa proposizione dell'Autore

Le sanzioni punitive civili sarebbero, infatti, conseguenze dell'illecito distinte dal risarcimento del danno in quanto volte, non a ricostituire la sfera del danneggiato, ma a sanzionare la condotta antigiuridica del responsabile.

Pertanto, sebbene si tratti di rimedi contro gli illeciti civili, la loro assicurabilità sarebbe messa in crisi da un possibile accostamento delle stesse alla categoria generale della pena.

1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità.

La problematica coesistenza di assicurazione e sanzioni pu-

un attacco all'*actorias* statale che trova espressione nella stessa interrogazione della pena. A. MINOZZI, *op. cit.*, p. 59 ss.; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. IV, Parigi, 1924, p. 187; P. ESAMEN, *Paine ou réparation*, in *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, vol. II, Parigi, 1961, p. 37 ss.; R. JHERING, *Das Schuldbenommen in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, p. 227. I con di questi ultimi Autori si attestano in un suo successivo scritto R. JHERING, *Der Kampf um Recht*, Wien, 1897, p. 75 ss.

Ad un periodo di ostilità per le sanzioni punitive civili segue un periodo che potremmo definire di sostanziale disinteresse ovvero di accettazione di un'idea che però non sembra trovare riscontro nel diritto applicato e che finisce per essere identificata con un risarcimento connotato da una maggiore funzione repressiva. Cfr. I. JACOBI, *Pena civile*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, vol. V, t. I, Milano, 1939, p. 386, il quale osserva come non basta riferirsi ad obbligazioni risarcitorie che hanno solo una « colorazione e funzione vagamente sanzionatoria » per parlare di pena privata.

Occorrerà aspettare gli anni '80 per avere quella che parte della dottrina ha definito come un'autentica « riscoperta » delle pene private. L'espressione compare in F.D. BUSNELL, *Verso una riscoperta delle « pene private »*, cit., p. 26 ss.; F. BARCOLA, *op. loc. cit.*; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 1-V, altresì in particolare E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 770 ss.; Id., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 311 ss.; G. BONMONTI, *ut. op. loc. cit.*; P. CERDONI, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, cit., p. 293 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca di sanzioni civili inderivate*, in *Contrib. Impr.*, 1987, p. 531 ss.; P. GALLO, *op. ult. cit.*, in particolare p. 7 ss. e pp. 32-33. Quest'ultimo, nel percorrere le interpretazioni che hanno formulato un possibile « margine » dell'idea di pena nel diritto privato, opera una distinzione, in parte già conosciuta dalla dottrina tra sanzioni punitive civili e pene private in quanto le prime non consistono solo nell'obbligo alla corresponsione di una somma di denaro, ma possono essere rappresentate anche da decadenze o invalidità. Le pene private, che quindi rappresenterebbero una *species* della generale categoria delle sanzioni punitive civili, sarebbero poi a loro volta distinguibili in negoziali, legislative e giudiziali.

nitive all'interno del sistema della responsabilità civile troverebbe facile soluzione se si individuasse l'emersione dell'idea di pena privata in un mero potenziamento della funzione deterrente della responsabilità civile stessa rappresentato, in concreto, da una determinazione del *quantum debetur* in misura superiore all'entità del danno patito (6).

Si potrebbe allora ritenere che i dubbi sulla illiceità di una simile copertura assicurativa perdono consistenza in ragione della regola generale dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi di cui all'art. 1917 quale norma posta dall'ordinamento a salvaguardia della funzione di prevenzione degli illeciti propria anche della responsabilità civile (7).

Soltanto la copertura di un atto intenzionale potrà rappresentare un incentivo alla commissione dell'illecito in quanto è nell'azione dolosa che il soggetto potrà tenere in considerazione la presenza di una polizza quale elemento favorevole alla realizzazione dell'illecito. In ipotesi di azione colposa, invece, una simile condizione potrà incidere nel senso di ridurre il livello di attenzione e diligenza del responsabile, il quale, comunque, non agirà in virtù di una precisa intenzione di attuare una condotta antigiuridica. In tal caso, quindi, l'esistenza di una copertura assicurativa non può rappresentare un fattore determinante del torto, ma solo un aggravamento del rischio di illeciti, un aggravamento che, però, trova compensazione negli strumenti negoziali cui l'assicuratore può ricorrere per prevenire il determinarsi dell'evento dannoso indennizzabile, basti pensare all'apposizione di franchigie, massimali scoperti obbligatori, clausole *bonus/malus* (8).

(6) Questa è la prospettiva di A. D. CANDIAN, *op. loc. cit.*

(7) Osserva al riguardo A. D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 144, che le sanzioni punitive civili non sarebbero assicurabili ove abbiano « come presupposto un comportamento caratterizzato da dolo o per lo meno da una particolare negligenza che evidenzia una per così dire coscienza dell'illecito ».

(8) Secondo alcuni la funzione deterrente delle pene private potrebbe essere mantenuta attraverso la previsione di un'azione di regresso verso il responsabile. Cf. A. D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 142. Si può, però, dubitare che in tale ipotesi si possa

L'assicuratore, infatti, verrebbe ad avere un interesse concorrente con quello dell'ordinamento: ridurre il rischio di illeciti, in modo da ridurre altresì il costo degli indennizzi; ciò porterebbe l'impresa assicuratrice ad inserire nella polizza le suddette clausole che rappresentano dei veri e propri rimedi contrattuali alla prevenzione dei torti (9).

Date tali premesse si dovrebbe concludere nel senso che la copertura assicurativa, in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile, ha ad oggetto anche perdite rappresentate da sanzioni punitive civili nei limiti in cui queste non costituiscono la conseguenza giuridica di una condotta dolosa.

Simili conclusioni sono, però, fondate su un presupposto teorico, suscettibile di essere rimesso in discussione.

Una distinzione funzionale-quantitativa tra risarcimento in senso stretto e pene private che porti a vedere in queste ultime un mero accrescimento della funzione preventivo-deterrente della tutela risarcitoria, pare, infatti, come abbiamo già avuto modo più diffusamente di osservare (10), riduttiva e, quindi, inidonea a cogliere la vera essenza del fenomeno.

1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile.

Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile.

Per operare una partizione tra pena, risarcimento e sanzioni

ancora parlare di assicurazione. Con tale contratto, infatti, si verrebbe a garantire un credito, secondo lo schema della fidejussione, e non un rischio. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(9) Cf. R. LOCATELLI, *Il ruolo degli assicuratori privati nel sistema di prevenzione del danno alla persona. Opportunità e problemi*, in *Assic.*, 1997, pp. 639-660; S. MAGRINI, *Il dolo dell'assicurato e di terzi nel contratto di assicurazione*, *ivi*, 1995, pp. 362-371. V. *emphasis infra* nota 57.

Per la letteratura straniera sul rapporto tra efficacia deterrente della responsabilità civile e assicurazione v. in particolare J. FLEMING, *The role of negligence in modern tort law*, in *Virginia Law Rev.*, 53 (1967), p. 823 ss.

(10) V. *supra* pp. 113-114.

punitive civili occorre individuare l'elemento che differenzi queste ultime rispetto ai rimedi di tipo compensatorio evidenziando altresì la condizione, che le stesse condividono con l'obbligazione risarcitoria, al fine di distinguerle dalle sanzioni punitive penali.

Una volta riconosciuti i limiti di una partizione funzionale quantitativa fondata sul maggior potere deterrente delle sanzioni punitive rispetto a quelle compensatorie, sulla base delle nostre considerazioni relative alla distinguibilità a livello ontologico di risarcimento e pena, si può, allora, individuare la caratteristica peculiare delle sanzioni punitive civili, idonea a distinguerle dalle obbligazioni risarcitorie, nel fatto che le prime a differenza delle seconde, non troveranno nell'esistenza di un danno il proprio necessario presupposto.

Questo non vuol dire che il *quantum* della sanzione punitiva debba essere semplicemente superiore al danno in modo da accrescere la spinta preventiva del rimedio sanzionatorio (una simile conclusione, infatti, ci porterebbe ad una nuova distinzione funzionale-quantitativa), ma vuol dire che, nel caso della sanzione punitiva civile, il danno non rappresenta il punto di riferimento per la commisurazione del *quantum debentur* perché essa non è volta a ristorare il pregiudizio subito.

Quindi, mentre il risarcimento costituisce la compensazione di una perdita, la pena privata importa un arricchimento giustificato in quanto volto a sanzionare la condotta del responsabile dell'illecito (11).

Manca ancora, però, un chiarimento in merito alla sostanza concettuale espressa nel termine pena privata: abbiamo infatti individuato nel mancato riferimento ad un pregiudizio oggetto di compensazione l'elemento che vale a distinguere la stessa dal risarcimento. Occorre adesso individuare la dimensione ontologica che valga a differenziala dalla pena.

(11) Cf. T. PADOVANI, *Lezio brevis sulla sanzione, in Le pene private*, cit., p. 60.

Il dato che più nettamente emerge al riguardo è rappresentato da quell'aggettivo « privata » che accompagna il termine pena. Si tratta, quindi, di una sanzione punitiva che opera all'interno del sistema di diritto privato. Saremmo pertanto in presenza di un'espressione di una *potestas* sanzionatoria che mira a ricostituire, in via immediata e diretta, l'ordine violato attraverso la tutela degli interessi dei privati lesi mediante la corresponsione di una somma di denaro a favore di questi ultimi e non dello Stato (12).

Una simile costruzione teorica, però, rivela tutta la propria problematicità nel momento in cui ci si pone in una logica applicativa.

Riconoscere nelle sanzioni punitive civili uno strumento avente la sostanza della pena, in quanto volto a colpire l'offesa e non a compensare il danno, ma operante nel sistema di diritto privato significa, dal punto di vista operativo, riferire alla stessa quell'insieme di regole e principi in cui trova espressione la sostanza rappresentata dal termine sanzione punitiva e su cui sono fondate le storiche argomentazioni sulla inassicurabilità delle pene.

Pensiamo al principio di effettività. Le pene devono essere effettive. Se non lo sono, l'incertezza sulla loro irrogazione, finisce per rendere inattualizzabile lo scopo cui sono ordinate: il mantenimento dell'ordine costituito. La possibilità di sfuggire alla sanzione, infatti, finisce per attenuare o rendere addirittura inoperante la funzione deterrente propria della pena stessa (13).

A tale principio sembra collegarsi, come naturale completamento, quello della personalità e quindi della non trasferibilità della pena: permettere che un terzo possa assumere la stessa in-

(12) Questa sembra essere una possibile chiave di lettura del fenomeno rispondente alle partizioni ontologiche tra pena e risarcimento v. *supra* parte I, capitolo 3, § 42.

(13) Sul punto F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, cit., p. 309 ss.; Id., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 23.

luogo del responsabile, vuol dire, nella sostanza, garantire l'impunità di quest'ultimo e quindi la inefficacia della sanzione punitiva (14).

Riferire un simile principio al sistema della responsabilità civile significa, allora, mettere in discussione la validità ed efficacia di quello strumento negoziale che è stato definito da taluni come « l'ombra » del sistema di responsabilità civile (15): il contratto di assicurazione.

Assicurare un soggetto dal rischio di incorrere in una sanzione punitiva significa, infatti, escludere la certezza e la personalità della pena attraverso il trasferimento della stessa in capo ad un terzo non responsabile dell'illecito sanzionato, ovvero l'assicuratore, trasferimento che peraltro avverrebbe a costo parziale in virtù del meccanismo gestionale di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati (16).

Si ripropongono così, per le pene private quali rimedi contro gli illeciti civili, gli stessi limiti di ordine pubblico che abbiamo visto escludere l'assicurabilità delle pene.

Quindi, ammettere la presenza di sanzioni punitive all'interno della responsabilità civile, significa escludere l'operatività del meccanismo negoziale assicurativo in tale ambito. Penalizzare la responsabilità civile vuol dire espropriare il diritto dei privati, quel diritto fatto di relazioni negoziali mediante le quali i soggetti regolamentano i loro particolari interessi (17), da quella parte del diritto privato in cui siano stati fatti confluire principi e regole propri del diritto penale.

Nè pare risolutorio ammettere che le sanzioni punitive civili non siano rette dai principi propri del sistema penale.

(14) V. *supra* p. 108.

(15) L'espressione è di A.D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 3.

(16) In particolare la incompatibilità tra il contratto di assicurazione e lo « *Stafwerk* » proprio anche delle *Privatstrafen* è stata rilevata da uno degli Autori a cui dobbiamo un significativo contributo nella elaborazione concettuale della categoria delle pene private. B. GROSSFELD, *op. loc. cit.*

(17) V. *supra* parte I, capitolo 3, nota 34.

Il termine pena è, infatti, rappresentativo di una sostanza concettuale in cui trovano espressione appunto le regole e i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo a meno di non volerla ridurre ad un puro *vestimentum* avente il solo fine di dare un nome a quanto non è un risarcimento in senso stretto (18).

2. Il problema dell'assicurabilità dei punitive damages nel diritto americano.

Per dare maggior concretezza a quanto abbiamo avuto modo sin qui di evidenziare sembra opportuno far riferimento ad ordinamenti che conoscono, tra le conseguenze degli illeciti civili, l'irrogazione di somme volte non tanto a ricostituire la sfera del soggetto leso, quanto piuttosto ad arrecare un detrimento nella sfera del responsabile in funzione strettamente punitiva.

Intendiamo riferirci al sistema di *common law* (19), il quale conosce due paradigmi sanzionatori dell'illecito civile: i *compensatory damages* e i *punitive damages* (20); gli uni volti a compen-

(18) Sui possibili conflitti tra pene private e principi costituzionali v. *amplius infra* § 61.

(19) Il riferimento generale al sistema di *common law* anziché al diritto americano, in cui i *punitive damages* hanno trovato più piena applicazione, trova spiegazione in due recenti sentenze della *House of Lords* che hanno segnato un distacco dalla passata riluttanza della giurisprudenza inglese a riconoscere a favore del danneggiato *punitive damages*. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29. Per alcune prime indicazioni comparative si rinvia a E. URSO, *I punitive damages fra regole standard e principi: una inedita vocazione pubblica di un articolo strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, p. 3 nt. 19 del dattiloscritto aggiornato.

(20) Una delle questioni, recentemente sottoposte alla attenzione della *Supreme Court*, che ha permesso una presa di posizione della giurisprudenza americana sulla distinzione tra *compensatory damages* e *punitive damages* riguarda la tassazione delle rispettive entrate. Cfr. *O'Gilvie et al. v. United States* 117 S.Ct. 452, 456-457 (1996). In base allo *Small Business Job Protection Act* del 1996 solo i primi sarebbero esenti da tassazione. La *Supreme Court*, chiamata a rispondere sulla retroattività della suddetta regola, ha argomentato la propria decisione sulla base della diversa funzione di *punitive* e *compensatory damages*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i

sare il danneggiato del detrimento subito in conseguenza dell'illecito altrui; gli altri volti a punire il responsabile (21).

Del resto è nel diritto statunitense che il problema dell'assicurabilità di sanzioni punitive si è posto in concreto all'attenzione delle Corti statuali dando vita ad un ampio e vario panorama giurisprudenziale (22), all'interno del quale sembra difficile individuare un indirizzo unitario o, quanto meno, prevalente.

Si sono, inoltre, avuti casi in cui la Corte di un singolo Stato ha pronunciato sentenze discordanti sulla questione.

Così la *Supreme Court* del *South Dakota*, dopo aver affermato, in un caso, che l'assicurazione di un *punitive damage* farebbe venir meno la funzione di « *deterrence* » cui questo è indirizzato (23), in un altro caso, ha ritenuto valida ed efficace l'esistenza della copertura assicurativa ai *punitive damages* osservando che quanto asserto nella precedente sentenza doveva essere considerato un mero « *dictum* » (24).

compensatory damages sarebbero esclusivamente indirizzati a ricostituire la sfera del lesa del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato. Sul punto E. URSO, *op. cit.*, p. 2020 ss.

(21) Occorre sin da ora precisare che la giurisprudenza di alcuni Stati americani pur richiamando la distinzione nominale tra *punitive* e *compensatory damages*, manca di legare la stessa ad una corrispondente distinzione sul piano sostanziale. Cf. *Lanier v. Carlson*, 344 A.2d 361,364 (Conn. Super. Ct. 1975) ove si afferma che « *In this state the purpose of exemplary damages and the rules for their determination indicate that they are essentially compensatory, not punitive, in fact and effect* ». Analoghe considerazioni si sono avute da parte di altre Corti statali *Fogor v. Gravela*, 445 F. Supp. 342, 345 (E.D. La. 1978); *Key v. City of Detroit*, 242 N.W.2d 494, 496 (Mich. Ct. App. 1976); *Vintennes v. New Hapsbire Auto, Inc.*, 289 A2d 66, 68 (N.H. 1972).

(22) Amoi anche i dibattiti dottrinali sul punto in particolare i contributi di G.L. PASTER, *Insurability and punitive damages*, in *Ala. L. Rev.*, 40 (1989), p. 1009 ss. e più recentemente A.I. WINDS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Distinguishing answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies: pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Rev.*, 39 (1994), p. 455 ss.; D.G.A. OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*, in, p. 365 ss in particolare p. 389; J.W. CARSON, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *Int. Ins. L. Rev.*, 6 (1998), p. 122.

(23) Cf. *City of St. Pierre v. United Fire and Casualty Co.*, 463 N.W. 2d 845 (S.D. 1990).

(24) Intendiamo riferirci al caso *Dairyland Insurance Co. v. Wynn*, 474 N.W. 2d

2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla Vicarious Liability.

La scelta di occuparci, in primo luogo, del problema particolare della *vicarious liability* trova spiegazione nella rilevanza che assume il fenomeno della c.d. « responsabilità vicariale » ai fini della comprensione della natura dei *punitive damages* e, quindi, anche dei termini in cui viene a porsi il problema della loro assicurabilità.

Una traduzione che è stata data del sintagma *vicarious liability* è « responsabilità per fatto altrui » (25). Cadrebbe però in errore chi pensasse di poter assimilare tale figura giuridica appunto con il nostro omonimo istituto (26). La prima osservazione che può compiersi, al riguardo, è che la responsabilità per fatto altrui nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene nel sistema di *common law*, può operare solo con riferimento alla responsabilità civile, mentre non può trovare spazio nel diritto penale per il principio di personalità della pena espresso nell'art. 27 della nostra Costituzione (27).

Pertanto se una legge penale prevedesse un'eccezione a tale principio risulterebbe incostituzionale. Parimenti, se i privati decidessero contrattualmente di violare tale principio, ad esempio con un patto che trasferisca la sanzione punitiva, in cui è incorso uno dei contraenti, sull'altro, tale negozio risulterebbe

514 (S.D. 1991), in cui la *Supreme Court* del *South Dakota* ha avuto modo di affermare che « *the application of this principle of public policy to insurance contracts purporting to extend coverage for punitive damages is best left for case where the question is squarely presented* ».

(25) La traduzione è proposta da A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, voce *Vicarious liability* nel *diritto anglo-americano*, in *Dir. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 187.

(26) Del resto questa non pare essere neppure l'intenzione degli Autori che hanno proposto tale traduzione A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. loc. cit.*

(27) Cf. A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. cit.*, p. 189 i quali, però, (p. 189 nota 3) considerano anche la possibilità di assimilare alcune ipotesi di *vicarious liability* ai nostri reati c.d. « di posizione ». Si pensi alla responsabilità del direttore o vicedirettore responsabile di un periodico di cui all'art. 57 c.p.

nullo per contrarietà al principio di ordine pubblico della personalità della pena (28).

Peraltro la scienza giuridica penale, nell'individuare i periodi storici in cui sono riscontrabili ipotesi di responsabilità per fatto altrui, non ha mancato di osservare come la riproposizione di siffatta figura in tempi moderni sia da ricondurre a « fasi patologiche della storia » (29). Il riferimento è ovviamente alle ipotesi di fuclazione degli ostaggi in tempo di guerra e ad altre barbare volte a sanzionare non l'artefice dell'atto considerato antigiuridico ma terzi totalmente innocenti.

In vero, se si ha presente l'operatività in concreto dell'istituto nel sistema anglo-americano, non pare che vi sia alcunché di patologico o di lesivo dei diritti dell'umanità.

Si tratta, infatti, unicamente di un meccanismo che importa, nella sostanza, l'assenza dello « *actus reus* del soggetto cui si sostituisce l'*actus reus* posto in essere da un terzo » (30).

Si pensi al datore di lavoro, non responsabile di alcun illecito, che si trova a rispondere per la condotta del suo dipendente.

È stato osservato che il legislatore o la giurisprudenza americana ricorrono alla dottrina della *vicarious liability* per individuare un responsabile in ipotesi in cui il reato rischierebbe altrimenti di non essere imputabile al materiale artefice dell'illecito, come nel caso di un reato proprio commesso da un soggetto che non ha la qualifica prevista nella fattispecie penale (31).

Saremmo così in presenza di un fenomeno giuridico che trova ragione di esistere in una particolare concezione della pena e dei principi propri delle sanzioni punitive (32), tale per cui, per

(28) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 3.

(29) Per tali osservazioni v. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 294.

(30) Le parole tra virgolette sono di A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. cit.*, p. 187.

(31) L'esempio è riportato da A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. loc. cit.*

(32) Con ciò non si intende sostenere che nel diritto penale americano non sia riconosciuto il principio della personalità della pena. Manca solo un'operatività dello stesso in maniera assiomatica. Tale principio, infatti, conosce in tale sistema non poche eccezioni tra cui figura appunto la dottrina della *vicarious liability*.

alcune ipotesi di illecito, l'attenzione viene spostata dalla affiliazione del reo alla riparazione dell'offesa.

Quindi per trovare un soggetto passibile della pena, quale strumento di ricostruzione della situazione giuridica violata, si ritiene responsabile un terzo.

Queste considerazioni hanno immediati riflessi sul binomio *vicarious liability* - assicurazione e ci permettono di comprendere le ragioni che stanno alla base delle pronunce delle Corti statuali americane le quali si sono espresse a favore della estensione della copertura assicurativa a perdite conseguenti alla irrogazione di una sanzione punitiva comminata in relazione ad una responsabilità c.d. « vicariale ».

La giurisprudenza dei vari Stati americani, infatti, risulta concorde sia nell'ammettere la possibilità di condanna alla corresponsione di *punitive damages* a titolo di *vicarious liability* (33), sia nel riconoscere l'assicurabilità di un simile rischio: dal momento che il soggetto passivo dell'obbligo a corrispondere una data somma di denaro a titolo di *punitive damage* non è il diretto responsabile dell'atto sanzionato, le Corti dei vari Stati, anche quelle che si sono espresse contro l'estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*, non hanno rinvenuto ragioni di *public policy* che contrastassero con l'assicurabilità di sanzioni punitive irrogate a titolo di *vicarious liability* (34).

(33) In alcuni casi le Corti hanno argomentato tale conclusione, con riferimento appunto alla *employer's vicarious liability* osservando come in tali ipotesi i *punitive damages* avrebbero efficacia come sanzione per la violazione sull'obbligo di sorveglianza dell'*employer* sull'*employee* che ha commesso l'illecito. Si è allora ammessa la irrogazione di *punitive damages* a carico dell'*employer* che non ha prevenuto l'illecito dell'*employee* pur avendone la possibilità. Così è stato in *Hale v. Farmer's Ins. Exch.*, 117 Cal Rptr. 146, 152-53 (App. 1975). In altri casi si è data rilevanza alla presenza di una autorizzazione o di una ratifica da parte dell'*employer* rispetto all'atto dell'*employee*. Cfr. *Opersbau v. Oregon Auto. Ins. Co.*, 487 P.2d 929, 932 (III 1971).

Per contro alcuni Autori hanno rilevato come ammettere la *vicarious liability* anche in ipotesi di *punitive damages* « *it is contrary to all principle to punish one person for the misdeeds of another* »: così P.S. ARVAY, *op. cit.*, p. 175.

(34) Cfr. *U.S. Concrete Pipe Co. v. Bondi*, 437 So. 2d 1061 (Fla. 1983); *Highlands Insurance Co. v. McCutchen*, 486 So. 2d 4 (Fla. Dist. Ct. App. 1986); *Scott v. Instant*

Si individua così una prima apertura all'assicurabilità dei *punitive damages*, appunto nell'ipotesi in cui questi siano irrogati in ragione di una *vicarious liability*, un'apertura che non sembra, però, prospettabile nel nostro ordinamento che non conosce eccezioni al principio di personalità della pena, il quale, inteso come estensione della effettività delle sanzioni punitive, rappresenta una delle ragioni di ordine pubblico su cui si fonda l'inascurabilità del rischio di irrogazione di pene.

2.2. Inascurabilità degli intentional acts come regola generale della liability insurance. Alcune pronunce discorsive.

Come abbiamo avuto modo di considerare, la inascurabilità degli atti intenzionali risulta una regola generale ridondante nella normativa sul contratto di assicurazione dei differenti ordinamenti quale norma di ordine pubblico volta a prevenire la commissione di atti dannosi da parte dell'assicurato (35).

Così anche in caso di *liability insurance* la inascurabilità degli *intentional acts* è affermata dalla maggior parte degli Autori proprio in quanto la copertura assicurativa degli stessi risulterebbe contraria alla *public policy* (36).

Tale regola trova applicazione anche con riguardo alla que-

sione della estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*.

Sul punto, infatti, si può dire che vale un'osservazione speculare a quella che abbiamo compiuto con riferimento alla assicurabilità della *vicarious liability*: come questa è generalmente ammessa anche in quegli Stati che ritengono contraria alla *public policy* la copertura delle perdite derivanti dall'irrogazione di una sanzione punitiva civile, così gli *intentional acts* sono ritenuti inascurabili anche in quegli Stati che considerano i *punitive damages* assicurabili (37).

La questione dell'assicurabilità degli *intentional acts* è stata affrontata dalla giurisprudenza americana sotto tre differenti profili: in presenza di una espressa esclusione, in caso di espressa inclusione ed infine ove la relativa esclusione figuri come « *implied exception* ».

Con riferimento alla prima ipotesi si hanno casi in cui le Corti sono state chiamate ad interpretare il testo di clause, ove si limitava la copertura assicurativa ai « *results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured* » (38), nella evidente speranza dell'assicurato di ottenere una pronuncia a sé favorevole mediante un'applicazione della *contra proferentem rule* che permettesse di estendere, interpretativamente, la copertura assicurativa anche ai *punitive damages* comminati in relazione ad una condotta intenzionale.

Parking, Inc., 105 Ill. App. 2d 133, 245 NE2d 124 (Ill. App. Ct. 1969); *U.S. Fidelity & Guaranty Co. v. Open Sesame Child Care Center*, 819 F. Supp. 756 (N.D. Ill. 1993); *Norfolk & Western Railway Co. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 420 F. Supp. 92 (N.D. Ind. 1976); *Pennbank v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.*, 669 F. Supp. 122 (W.D. Pa. 1987). Particolare è il caso del New Jersey. In *Malanga v. Manufacturers Casualty Insurance Co.*, 28 N.J. 220, 146 A.2d 106 (1958), i giudici hanno riconosciuto assicurabili i *punitive damages* in caso di *vicarious liability*. In *Johnson & Johnson v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 285 N.J. Super. 575, 667 A.2d 1087 (N.J. Super. App. Div. 1995), però, la Corte, anche se solo *in dicta*, ha osservato come una simile estensione della copertura assicurativa, soprattutto in caso di responsabilità per prodotti difettosi, potrebbe risultare in incentro alla immisione di questi nel mercato e quindi sarebbe in contrasto con la *public policy*.

(35) V. *supra* parte I, cap. 2, nota 67.

(36) Cf. W. FRIEDMANN, *op. cit.*, pp. 47-48.

(37) In particolare sul punto la giurisprudenza ha preso espressa posizione nei seguenti casi: *Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Daniels*, 246 Ark. 849, 440 S.W.2d 582 (1969); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Sherron*, 222 Conn. 823, 610 A.2d 1281 (1992); *American Insurance Co. v. Sahliet*, 242 F. Supp. 257 (D. Conn. 1965). Cf. *Tedesco v. Maryland Casualty Co.*, 127 Conn. 533, 18 A.2d 357 (1941); *Caulfield v. Amica Mutual Insurance Co.*, 31 Conn. App. 781, 627 A.2d 466 (Conn. App. Ct. 1993); *Hartford Life Insurance Co. v. Title Guarantee Co.*, 520 F.2d 1170 (D.C. Cir. 1975); *Pray v. Lockheed Aircraft Corp.*, 644 F. Supp. 1289 (D.D.C. 1986); *Continental Insurance Co. v. Hancock*, 507 S.W.2d 146 (Ky. 1973); *West v. Pratt*, 871 S.W.2d 477 (Tenn. 1994).

(38) V. *Millard Warehouse, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 283 N.W. 2d 56, 61 (Neb. 1979).

In tale ipotesi, però, l'applicazione della regola che impone all'interprete di risolvere i dubbi interpretativi nel senso più favorevole al contraente non predispone, non sembra ammissibile in quanto contrastante con le ragioni di *public policy* che stanno alla base del divieto di assicurare gli atti intenzionali.

È per questi motivi che i giudici tendono ad escludere un'interpretazione del testo che estenda la copertura assicurativa anche agli atti intenzionali dell'assicurato, sebbene una simile lettura possa risultare rispondente appunto alla *contra proferentem rule* (39).

Per le stesse ragioni le Corti, anche quelle che ammettono l'assicurabilità dei *punitive damages*, considerano *void* la espressa inclusione all'interno dei rischi assicurati della responsabilità derivante da una condotta intenzionale (40).

Allo stesso tempo, nel caso in cui la polizza non contenga previsioni al riguardo né di segno negativo, né di segno positivo, la giurisprudenza tende a riconoscere una « *implied exception* » alla copertura di atti intenzionali (41): dal momento che tale esclusione risponde a ragioni di ordine pubblico, ove non espressa, la si deve ritenere implicita nel contenuto del contratto di assicurazione.

Fin qui non sembra rinvenibile nell'atteggiamento della giurisprudenza americana alcuna particolarità che valga a metterla in relazione con gli orientamenti degli interpreti continentali.

Qualche osservazione merita però di essere compiuta al

riguardo. In primo luogo occorre considerare che l'ostilità alla copertura degli atti intenzionali trova delle eccezioni.

Così nel Wyoming i *punitive damages*, comminati in ragione di un illecito realizzato con « *willful conduct* », risultano « *available* » (42).

Ancora nelle motivazioni delle sentenze che hanno escluso l'assicurabilità degli *intentional acts* è dato osservare come tale decisione risulta fondata solo su ragioni di *public policy* e non anche, come osserva la dottrina italiana (43), sulla stessa natura dell'elemento rischio nel contratto di assicurazione.

Abbiamo più volte sottolineato che nell'assicurazione di un evento intenzionale, l'aleatorietà del contratto risulta esclusa dall'intenzionalità dell'atto assicurato (44).

Per contro, per il diritto americano, gli atti dolosi sarebbero in astratto assicurabili sotto il profilo della struttura del contratto di assicurazione.

Tale considerazione importa una riflessione più generale sullo stesso concetto di assicurazione in Italia ed nel sistema di *common law*.

Sembrerebbe, infatti, che in quest'ultimo, e nel diritto americano in particolare, per assicurazione non si intenda la garanzia verso un rischio inteso come possibilità oggettiva di accadimento di un evento futuro, ma si intenda piuttosto un mero meccanismo di ripartizione a costo parziale delle conseguenze dannose di un dato evento all'interno della comunione degli assicurati.

Ridurre l'assicurazione a questo significa spogliarla della stessa aleatorietà ed ammettere, quindi, che questa possa aver ad oggetto anche atti intenzionali e non solo eventi fortuiti o eventi colposi, come tali, equiparabili a questi ultimi (45).

(39) Per indicazione v. L. J. KRAMER, *Intentional Injury Exclusionary Clauses: The Question of Ambiguity*, in *Val. U. L. Rev.*, 21 (1987), p. 377.

(40) *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Sherman*, 222 Conn. 823, 610 A.2d 1281 (1992).

(41) Anche in questo caso tale atteggiamento vale sia per gli Stati che negano in generale l'assicurabilità dei *punitive damages* (V. *Ranger Ins. Co. v. Bad Harbor Club Inc.*, 549 So. 2d 1005, 1007 (Fla. 1989)), sia per quelli che ammettono l'assicurabilità degli stessi (V. *St. Paul Ins. Co. v. Talladega Nursing Home, Inc.*, 606 F.2d 631, 632 (5th Cir. 1979)).

(42) *V. Sinclair Oil Corp. v. Columbia Casualty Co.*, 682 P. 2d 975 (Wyo. 1984).

(43) Per tali considerazioni v. A. DONATI, *op. cit.*, pp. 134-136.

(44) V. *amplius supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(45) Simili conclusioni sembrano peraltro avvalorate dal riconoscimento che trova nei sistemi di *common law* un istituto come l'assicurazione retroattiva, il quale,

2.3. Public Policy e assicurabilità dei punitive damages.

Al di là della generale assicurabilità della *vicarious liability* e della tendenziale inassicurabilità degli atti intenzionali, negli Stati americani non vi è concordia circa la estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*.

Per comprendere il perché di una tale varietà di decisioni occorre analizzare quale è la logica che ispira soluzioni così distanti anche per capire se e fino a che punto le stesse sarebbero riproponibili nel nostro ordinamento ove potessimo rinvenirci ipotesi di vere e proprie pene private.

In alcuni casi i giudici americani hanno trovato in previsioni legislative il dato su cui fondare le proprie decisioni.

Si prenda il caso de *Code provisions regulating motor vehicle insurance state dell'Ohio* (*Ohio Re. Code Ann. § 3957.18.2 B.*) in cui è previsto che « *No policy of automobile or motor vehicle insurance... shall provide coverage for judgments or claims against an insured for punitive or exemplary damages.* ».

La presenza di un dato normativo non ha impedito, però, ai

per conto, non pare avere cittadinanza nel nostro ordinamento per il dettato dell'art. 1895 che richiede l'esistenza di un rischio al momento della conclusione del contratto quale requisito per la validità dello stesso. Sul punto G. SCALFI, *I contratti di assicurazione: l'assicurazione danni*, cit., p. 52. A. DE GREGORIO G.-A. FAVELLI, *op. cit.*, p. 80 ss. In particolare forme di assicurazione retroattiva sono conosciute in America. Sul punto v. D.S. HANSEN, *Introduction to insurance*, 2^a ed., London-Hong Kong, 1999, p. 95. È comunque da evidenziare che alcuni Autori americani qualificano il contratto di assicurazione come aleatorio mettendo così in discussione la natura assicurativa di tali operazioni. Così W. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 10 ss.

Occorre peraltro osservare la presenza dell'istituto anche in ordinamenti di *civil law*. In Germania l'assicurazione retroattiva è riconosciuta al § 2 del VVG ove è prevista la « *Rückwärtsversicherung* ». Così la dottrina tedesca pronunciarsi sul punto ha riconosciuto la rilevanza anche della mera « *subjektive Ungewißheit* » nei fini dell'esistenza del rischio. « *Wird jedoch die Versicherung von dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus betrachtet, für die Vergangenheit genommen (Rückwärtsversicherung), dann tritt an die Stelle der objektiven die subjektive Ungewißheit.* »: così BAUCK E., *op. cit.*, p. 53.

In Francia, invece, la dottrina rileva come « *Le risque déjà réalisé au moment de sinistre n'est pas assurable fait d'ala* »: così Y. LAABERT FAIVRE, *Droit des assurances*, 10^e ed., Paris, 1998, p. 223.

giudici di essere chiamati a risolvere la questione dell'assicurabilità dei *punitive damages* operando così, peraltro, una generalizzazione della soluzione adottata dal legislatore con riferimento alla speciale ipotesi della responsabilità civile automobilistica (46).

Non sempre i legislatori statuali hanno affermato l'assicurabilità delle sanzioni punitive. Così il *Kansas Insurance Code* (§ 909 *Retatement Second on Torts*) prevede che « *It's not against public policy of this State for a person or entity to obtain insurance covering liability for punitive or exemplary damages assessed against such insured as the result of acts or omissions, intentional or otherwise, of such insured's employees, agents or servants, or of any other person or entity for whose acts such insured shall be vicariously liable, without the actual prior knowledge of such insured.* ».

Ancora la *Section 38.2-227* del *Virginia Code* ritiene assicurabili *punitive damages* « *arising out of the death or injury of any person as the result of negligence, including willful and wanton negligence, but excluding intentional acts.* ».

Anche qui l'esistenza di una previsione legislativa ha trovato conferma nelle pronunce dei giudici che hanno esteso la copertura assicurativa ai *punitive damages* secondo la *contra preferentem rule* (47).

In tali ipotesi le Corti avevano il sostegno del legislatore e quindi pare forse più comprensibile, anche per un giurista di *civil*

(46) Vedi il caso *National Union Fire Insurance Co. of Pittsburgh v. Shane & Shane Co.*, 78 Ohio App. 3d 765, 605 N.E. 2d 1325 (Ohio Ct. App. 1992), in cui la Corte ha dichiarato l'estensione della copertura assicurativa ai *punitive damages* « *unenforceable* » perché contraria alla *public policy*. La questione riflette la possibile connessione che esiste in *common law* tra valutazione in termini di *public policy* e esistenza di particolari divieti legislativi. Sul punto E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto-London, 1990, 2^a ed., p. 370 ss. Nel sistema di *common law*, infatti, « *the defense of illegality... is not automatic but requires... a comparison of the pros and cons of enforcement* »: così *Northern Ind. Pub. Serv. Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F. 2d 265, 273 (7th Cir. 1986).

(47) Cf. *United Serv. Auto. Ass'n v. Webb*, 369 S.E. 2d 196, 199 (Va 1988).

law, che i giudici abbiano confermato la liceità di una simile estensione della copertura assicurativa.

Vi sono stati, però, altri casi in cui le Corti statunitensi hanno ammesso l'assicurabilità dei c.d. danni punitivi sulla base della mera *contra proferentem* rule senza valutare se l'estensione della copertura assicurativa a perdite pecuniarie, che siano conseguenza dell'irrogazione di una autentica sanzione punitiva, possa risultare contraria alla stessa natura e funzione della pena (48).

In vero questo non è l'unico aspetto che lascia perplesso il giurista continentale di fronte alla soluzione del problema dell'assicurabilità dei *punitive damages* prospettata dalle Corti americane.

Il profilo argomentativo di tali sentenze che risulta più distante da una logica di *civil law* riguarda piuttosto il ruolo che occupa in tali decisioni la *public policy* quale principio cui i giudici ricorrono, in alcuni casi, per negare e in altri, per ammettere l'assicurabilità dei *punitive damages*.

Infatti gli interpreti dei sistemi di *civil law*, che si sono trovati a confrontarsi col problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive, hanno argomentato le loro decisioni individuando possibili ragioni di ordine pubblico contro la liceità di una simile estensione della copertura assicurativa (49).

Parrebbe, però, difficile individuare nelle stesse ragioni di

(48) In *Harrell v. Travelers Indem. Co.*, 567 P. 2d 1013, 1015 (Or. 1977) la Corte affermò « We hold that (the insurance policy) provisions were ambiguous, at the least so as to require the resolution of any reasonable doubts against the insurance company, that upon reading the resolution of any reasonable doubts against the insurance company, that exclusion of liability for punitive damages, a person insured by such a policy would have reason to suppose that he would be protected against liability for « all sums » which the insured might become « legally obligated to pay » and that the term « damages » would include all damages, including punitive damages which became, by judgment, a « sum » that he became « legally obligated » to pay ».

Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali v. G. FONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Rev. dir. civ.*, 1983, p. 463, nr. 91.

(49) Cfr. R. SACCO, in *Il contratto*, cit., p. 105.

ordine pubblico anche motivi per ritenere valida ed efficace una simile pattuizione.

La difficoltà a mettere in relazione il giudizio di conformità di tali patti all'ordine pubblico e le valutazioni di rispondenza degli stessi alla *public policy* sembra, a nostro avviso, trovare giustificazione nella stessa distanza che separa questi due criteri di decisione, una distanza che può risultare pericolosamente ridotta dalla traduzione del lemma *public policy* come « ordine pubblico » (50).

Il giudizio di liceità per conformità del contratto all'ordine pubblico è, infatti, come abbiamo avuto modo di considerare (51), rappresentato da un procedimento logico volto a verificare la conformità del negozio ai principi fondamentali dell'ordinamento deducibili in via interpretativa dalla legge.

Per contro la valutazione sulla conformità del contratto alla *public policy* risulta essere fondata piuttosto su un'operazione di bilanciamento degli interessi in gioco.

Al riguardo possiamo richiamare la descrizione che un Autore americano ha compiuto di tale giudizio: « The principle of freedom of contract rests on the premise that it is in the public interest to accord individuals broad powers to order their affairs through legally enforceable agreements. In general, therefore, parties are free to make such agreements as they wish, and courts, will enforce them without passing on their substance. Occasionally, however, a court will decide that the public interest in freedom of contract is outweighed by some public policy and will refuse to enforce the agreement or some part of it on that ground. » (52).

Se la valutazione di conformità a *public policy* è compiuta in

(50) V. tra gli altri *Il nuovo dizionario Hazon Garzanti*, Torino, 1991, voce *Public*, p. 772. Questa osservazione non vuole essere una critica ai redattori del dizionario, che si sono trovati ad operare una simile scelta nelle ovvie ristrettezze che un dizionario generale di lingua straniera lascia ai termini tecnici.

(51) V. *supra* parte I, cap. 1, § 4.

(52) Così A.E. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 345.

base a tali criteri, pare chiara la ragione di una simile varietà di giudizi sull'assicurabilità dei *punitive damages*.

Il giudice, infatti, non deciderà la conformità del patto all'ordinamento in base a canoni astratti quali la legge, l'ordine pubblico e il buon costume, ma valuterà la necessità o meno di ritenere prevalente la tutela degli interessi pubblici che riposano nel riconoscimento della *freedom of contract* rispetto ad eventuali interessi pubblici che trovano in questa un limite alla loro piena attuazione.

Questo vuol dire che la questione potrà avere una soluzione diversa a seconda del differente equilibrio degli interessi in gioco nel caso sottoposto all'attenzione della Corte; il che, del resto, risulta pienamente rispondente all'interpretazione-applicazione del diritto propria dei sistemi di *case law* (53).

Così, come abbiamo già avuto modo di osservare (54), una rilevanza decisiva, ai fini del giudizio di assicurabilità, è assunta dalla intenzionalità o meno dell'atto illecito sanzionato mediante l'imputazione a carico del responsabile di una somma a titolo di *punitive damages*.

In caso di *wanton o reckless disregard*, infatti, mancando l'intenzionalità dell'atto, la esclusione della copertura assicurativa finirebbe per determinare un effetto dannoso sul responsabile di gran lunga superiore all'effetto positivo di prevenzione degli illeciti (55).

Pertanto l'interesse pubblico, tiposante nell'efficacia deterrente dei *punitive damages*, si troverebbe ad essere controbianciato dal rischio di *overdeterrence* in caso di *punitive damages* relativi ad un *not intentional act*; il che, in una logica di bilan-

(53) È del resto celebre la metafora cui un giudice inglese del XIX secolo ricorreva per descrivere la *public policy*, che risulterebbe essere « a very unruly horse, and when once you get stride it you never know where it will carry you »; così *Buttrough, J.*, in *Richardson v. Mellish*, 2 Bing. 229, 252, 130 Eng. Rep. 294, 303, (1824).

(54) V. *supra* § 2.2.

(55) Sul punto A.I. WIDISS, *op. cit.*, p. 455.

ciamento di interessi, farebbe propendere, in tal caso, per la conformità alla *public policy* di un'estensione della copertura assicurativa anche ai *punitive damages* (56).

In altri casi la decisione della Corte è stata orientata dagli interessi pubblici coinvolti a seconda che si trattasse di responsabilità per circolazione stradale o di *product liability* (57).

In quest'ultima ipotesi è stata considerata l'eventualità che l'attività illecita possa rappresentare una fonte di guadagno per l'impresa la quale, nel commerciare prodotti, che siano potenziali fonti di danno a terzi, ottiene delle entrate anche attraverso un risparmio sui costi dei controlli sulla qualità dei prodotti o sull'elaborazione di tecniche per eliminare le condizioni che rendono il prodotto potenzialmente dannoso.

L'impresa quindi, a differenza del guidatore imprudente che cagiona un danno a terzi, potrebbe avere un concreto interesse a stipulare una polizza per assicurarsi dal rischio di essere condannata al pagamento di *punitive damages* anche pagando costi elevati, che sarebbe peraltro in grado di sopportare in relazione ai guadagni ottenuti mettendo in commercio prodotti difettosi.

(56) Per indicazioni sulla giurisprudenza pronunciata in tal senso v. *supra* § 2.2. (57) Cf. *Fitzgerald v. Western Fire Insurance Co.*, 209 Mont. 213, 679 P.2d 790 (1984).

In dottrina si osserva comunque che la funzione deterrente dei *punitive damages* possa permanere, in via indiretta, in caso di una loro assicurabilità anche ove la relativa condanna dipenda da una *product liability*. Si pensi all'aumento dei premi, alla perdita della reputazione della impresa, ai costi dei processi. Cf. D.G. OWEN, *Punitive damages in product liability litigation*, 74, vol. II, (1976), p. 1262 ss.

Queste osservazioni richiamano il contenuto del libro di P. NABER, *La peine privée en droit des assurances*, Aix-Marseille, 1986, p. 82 ss. in cui l'A. nota come il sistema assicurativo possa porsi non in contrasto ma addirittura come complemento della pena. In una prospettiva di analisi economica e di valutazione più strettamente socio-politica, il contratto di assicurazione potrebbe esercitare una funzione preventivo-deterrente degli illeciti sia mediante apposite clausole contrattuali (bonus-malus; franchigie, scoperti obbligatori ecc.) sia mediante gli *standard* minimi di assicurabilità che l'impresa assicuratrice potrebbe imporre all'assicurato e che sarebbero appunto orientati alla prevenzione di illeciti (si pensi al necessario esercizio di controlli sulla qualità dei prodotti messi in commercio, al buono stato di funzionamento dei macchinari ecc.). Cf. R. LOCATELLI, *op. loc. cit.*

Si spera di aver così dato conto delle difficoltà che vi sono nel tentare di riproporre nel nostro ordinamento le soluzioni avanzate nel sistema americano in punto di assicurabilità di sanzioni punitive civili, non solo per la problematicità di riconoscere in Italia l'esistenza di pene private, tema di cui ci occuperemo nelle conclusioni del presente capitolo (58), ma anche perché il giudizio di liceità su cui è fondata la soluzione al problema del rischio assicurabile nel nostro ordinamento risulta ben distante dalla valutazione di conformità alla *public policy* da cui muove la stessa *unenforceability* nel *common law*.

3. I c.d. danni punitivi in Europa.

Prima di occuparci del problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive in Italia è forse opportuno osservare quale è l'atteggiamento degli altri ordinamenti europei rispetto ai *punitive damages*, per comprendere la reale portata del fenomeno in una prospettiva internazionale.

Il tema pare suscettibile di una trattazione articolata nei seguenti differenti aspetti: la rilevanza giuridica rispetto al diritto interno dei singoli Stati europei di ipotesi identificabili come autentiche pene private quali sanzioni di illeciti civili; il problema della delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento di *punitive damages*; la possibilità di rinvenire nei *punitive damages* una componente di un *European common core of Tort Law*. Si tratta di tre differenti modi in cui viene a porsi il problema del possibile relacionarsi tra *punitive damages* e ordinamenti europei.

La questione circa l'esistenza di fenomeni analoghi ai *punitive damages* negli altri Stati europei si distingue dalle altre perché in questo caso l'ambito dell'indagine riguarda la stessa rilevanza giuridica, all'interno di un singolo ordinamento statale, di fen-

meni in cui l'illecito perpetrato trova risposta nella condanna al pagamento di una somma, che risulta non indirizzata a compensare il pregiudizio subito in ragione del torto altrui, ma a sanzionare il responsabile dello stesso.

Diversamente, con riferimento alla seconda prospettiva, saremmo in presenza di un processo valutativo volto a riconoscere la operatività dei c.d. danni punitivi in quanto previsti in una sentenza straniera di cui si chiede la delibazione. In tal caso i *punitive damages* resterebbero comunque estranei, anche in ipotesi di delibazione, all'ordinamento in cui la sentenza straniera viene ad avere esecuzione.

Con riferimento infine alla rilevanza dei *punitive damages* quale fenomeno condivisibile tra i differenti ordinamenti europei, saremmo in presenza di una prospettiva ancora diversa. Il tema, infatti, finisce per proiettarsi al di fuori dei particolarismi nazionali.

La necessità di una trattazione separata di tali prospettive non esclude, però, che tra le stesse sussistano dei collegamenti logici. Così la eventuale individuazione di sanzioni punitive civili, aventi rilevanza ed efficacia nei singoli ordinamenti europei, può rappresentare la base su cui argomentare in ordine alla possibile delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento di *punitive damages*.

Infatti la rilevanza dei c.d. danni punitivi nell'ordinamento, in cui è chiesta l'esecuzione di tale sentenza, importerebbe un'ammisione da parte dell'ordinamento stesso della conformità dei *punitive damages* ai principi su cui esso è fondato, conformità su cui potrà essere orientata la decisione del giudice nel giudizio di delibazione.

La questione della possibile individuazione di autentiche sanzioni punitive civili rappresenterebbe, quindi, un *prins* logico rispetto al problema della possibile delibazione delle sentenze straniere di condanna a *punitive damages*.

Entrambe le suddette prospettive risultano poi essere la premessa per lo sviluppo del terzo tema: la possibilità di rinvenire

nei *punitive damages* una componente di un *European common core of Tort Law*.

È vero che tale questione si presenta diversa dalle precedenti perché non fondata sui particolarismi nazionali. È anche vero, però, che difficilmente si potrà rinvenire nei *punitive damages* un elemento di condivisione tra i vari ordinamenti europei ove si individuino atteggiamenti perplessi o addirittura ostili da parte dei giudici dei diversi Stati rispetto all'ammissibilità di autentiche pene private quali risposta agli illeciti civili o anche rispetto alla mera delibazione di sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*.

3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei.

Nel tentativo di individuare, all'interno dei vari ordinamenti europei, fenomeni giuridici assimilabili ai *punitive damages*, si può essere indotti nell'illusione di trovare nell'ordinamento britannico, in quanto afferente al sistema di *common law*, un impiego della figura dei c.d. danni punitivi analogo a quello compiuto da parte dei giudici americani.

In vero, in Europa, la stessa giurisprudenza britannica ha mostrato delle resistenze nel riconoscimento della figura dei *punitive damages* anche se sono state proprio le Corti inglesi ad aver dato vita al fenomeno nella seconda metà del '700 (59).

È però da osservare un rinnovato interesse, per tali forme di sanzioni punitive, da parte della giurisprudenza della *House of Lords* (60). Il tema è stato, inoltre, oggetto di un *Consultation Paper della Law Commission* intitolato appunto « *Aggravated Restitutionary and Exemplary Damages* » (61).

(59) Si tratta dei noti casi *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. (C. P. 1763) e *Huckle v. Money*, 95 E.R. 768 (1763).

(60) V. *supra* nota 19.

(61) Per tali osservazioni v. in particolare E. USSO, *op. cit.*, p. 3 nr. 19 del dattiloscritto.

Anche prima di tali sviluppi non sono, però, mancate opinioni favorevoli al riconoscimento di autentiche sanzioni punitive in *exemplary damages* comminati in caso di violazione dei « *plaintiff's proper feelings of dignity and pride* ».

Lord Devlin osservava, infatti, che in tale ipotesi « *the object of exemplary damages is to punish and deter* » (62).

Si tratta di un tema che presenta una forte similitudine con la questione della natura della riparazione del danno morale in Italia, di cui abbiamo avuto modo di trattare nel capitolo precedente (63).

Sul punto si può inoltre ricordare il dibattito, tuttora vivo in Germania, sulla natura punitiva dello *Schmerzensgeld* e più in generale della riparazione di pregiudizi non patrimoniali.

Già Windscheid poneva lo *Schadenersatz* di un *nicht Vermögenschaden* ai margini della tutela compensatoria incentrata sulla tutela per equivalente (64).

La riparazione di un simile detrimimento non sarebbe, infatti, volta a ricostruire la sfera del danneggiato, perché il pregiudizio non patrimoniale non può essere soddisfatto mediante un meccanismo di compensazione per utilità equivalenti quale è il risarcimento in senso stretto.

L'obbligazione che sorge dall'illecito, quindi, non trova la sua fonte in un danno riparabile da riparare, ma nella necessità di un'adeguata risposta punitiva contro il responsabile.

In senso analogo si è più recentemente pronunciato un Autore tedesco il quale partendo dalla considerazione che « *Das Strafrecht interessiert sich für den Täter und die Tat Schadenersatz und Strafe unterscheiden sich demnach... dadurch, daß der eine die bei dem Opfer entstandenen Schäden ausgleichen, die andere auf*

(62) Cf. Lord Devlin in *Roake v. Barnard*, (1964) AC 1129, p. 1221.

(63) V. *supra* capitolo I, § 1.3.

(64) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 9^a ed., (1906) 1984, p. 69.

den Täter einwirken will» (65), conclude rilevando una funzione prevalentemente affittiva dello Schmerzgeld e affermando, quindi, la natura penale del rimedio.

Di diverso parere risulta essere la giurisprudenza. Il BGH, infatti, ha affermato che «Zum anderen begründet die Genugungsfunktion keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes. Sie ist vielmehr untrennbar mit der dem Schmerzensgeldanspruch zugleich imwobehenden Ausgleichfunktion verknüpft» (66).

Anche il *pretium doloris* è indirizzato alla ricostruzione della sfera del danneggiato e quindi è legato ad una immanente funzione compensatoria.

Ancora in un'altra recente pronuncia il BGH ha osservato che «dient der statliche Strafanspruch in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit..., während sich die zivilrechtlich relevante Genugungsfunktion der Sache nach als eine der Grundlagen für die Bemessung des Anspruchs auf Ausgleich des immateriellen Schadens darstelle» (67).

La riparazione dei danni morali è indirizzata alla tutela di interessi privati e non è asservita agli interessi della *Allgemeinheit*. In ciò riposerebbe la sua natura strettamente civilistica.

(65) Così B.R. KERN, *Die Genugungsfunktion des Schmerzgelder-ein pönalen Elements im Schadensrecht?*, in *AcP*, 1991, p. 247.

Sull'idea di pena nella riparazione dell'immateriale Schaden V. più recentemente P. MÜLLER, *Permitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin-New York, 2000, p. 269 ss.; C. SCHAFER, *Strafe und Prävention im Bürgerliche Recht*, in *AcP*, 2002, p. 419 ss.

(66) Cfr. BGH 4/6, 1992, in *Nw*, 1992, 3096.

(67) Così BGH 16/1, 1996, in *VersR*, 1996, 382. In senso favorevole a tale impostazione sembra leggibile il nuovo testo del § 253 BGB. Come osserva un Autore italiano «lo spostamento (del) casi di risarcibilità dello Schmerzgeld dal vecchio § 849 al nuovo § 253 II° comma ha un significato preciso: quello di svincolare la risarcibilità dalla prova della colpa del danneggiante (che la vecchia norma prevedeva come condizione per la sua applicabilità) accentuando quindi la funzione riparatoria dello Schmerzgeld»: così F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e Rispa*, 2003, p. 241.

Analoghe considerazioni sono state compiute dagli interpreti francesi e spagnoli.

In Francia la dottrina ha manifestato un rinnovato interesse per le sanzioni punitive civili con particolare riguardo alla riparazione dei danni morali (68).

Anche in tale ordinamento si ripropone, infatti, il problema della natura penale o civile della riparazione dei pregiudizi non patrimoniali ed anche qui non sono mancate voci autorevoli della dottrina che hanno identificato in tale fenomeno un'autentica pena privata (69).

Per contro recentemente è stato rilevato che, in ipotesi di pregiudizi non patrimoniali, «il risarcimento dei danni per equivalente può comunque avere un fine di compensazione, se non altro per la possibilità di ottenere dei beni che possono procurare al danneggiato un qualche sollievo» (70).

Anche in Spagna troviamo delle aperture da parte di alcuni Autori rispetto all'idea di sanzioni punitive nella responsabilità civile (71).

Autorevole dottrina ha, però, osservato che non è dato rinvenire autentiche pene private nel sistema di responsabilità civile in Spagna (72), e che le stesse, ove fossero presenti,

(68) Sul punto B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile consistante en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 354 ss. più recentemente S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995, in particolare p. 19 ss.; Y. LAMBERT-FAYRE, *L'éthique de la responsabilité*, cit., p. 1 ss.; M. DROGON, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, 2000, p. 4 ss.; C. COURANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix en Provence, 2002, p. 435 ss.

(69) V. in particolare P. ESMEN, *op. loc. cit.*

(70) Così F. CHAVAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 353. In particolare sulla natura civilistica dell'idea di «*reparation*» v. I. ROUYOU DE BOUREL, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, in part. p. 267.

Questa impostazione sembra propria anche della giurisprudenza francese che tende a negare l'idea di pena privata all'interno del sistema di responsabilità civile. V. Cass. 8/5, 1964, in *JCP*, 1965, II, 14140.

(71) Cfr. M. CASALS, *Notas sobre la indemnización del daños moral en las acciones por difamación de la Lo I/1982*, in *Estudios en homenaje al Código civil*, Madrid, 1989, p. 123-1.

(72) Tale opinione dottrinale sembra peraltro aver trovato conferma nella giuris-

dovrebbero ritenersi contrarie ai principi costituzionali, in particolare al principio *nulla poena sine lege*. La determinazione dell'entità dei c.d. danni punitivi, infatti, non è vincolata a minimi o massimi editrali ma è rimessa al potere equitativo del giudice (73).

3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di punitive damages.

Gli studiosi italiani che si sono occupati del tema dei *punitive damages* non hanno mancato di tener conto, al fine di individuare la rilevanza europea del fenomeno, dei differenti approcci seguiti dai giudici dei diversi Stati nel risolvere la questione della possibilità di dare esecuzione a sentenze straniere di condanna al pagamento di c.d. danni punitivi (74).

Due sono i criteri di valutazione adottati al riguardo dalle Corti europee: la conformità della sentenza straniera all'ordine pubblico e la natura penale o civile del rimedio ivi previsto.

Col primo criterio si intende evitare che, mediante l'esecuzione di una sentenza straniera, si sovverta l'ordine dello Stato in cui ha luogo il giudizio di delibazione violandone i principi fondamentali (75).

La seconda modalità di valutazione sembra, invece, piuttosto legata ad un'idea di pena come espressione dell'*actoritas* che il

spresenza del *Tribunal Supremo* che ha affermato la natura strettamente compensatoria, e quindi non penale, delle sanzioni contro gli illeciti civili Cfr. T.S. 28.10.1986 n. 5750, in *La Ley*, 1986, V, p. 5620.

(73) Per tali considerazioni cfr. L. Diez Picazo, *op. cit.*, p. 46.

(74) Cfr. A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Rev. int. dir. priv. proc.*, 1993, p. 867 ss; G. BROGGI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di « punitive damages » con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 477 ss.; E. UNSO, *op. cit.*, p. 2041 ss.

(75) Alcuni Autori rilevano come il concetto di ordine pubblico impiegato a tal fine risulti più ristretto di quello impiegato nel valutare la validità ed efficacia di fenomeni interni. Cfr. G. BROGGI, *op. cit.*, p. 501 ss.

singolo Stato viene ad esercitare sui soggetti sottoposti alla sua giurisdizione. Di qui la difficoltà di ammettere la possibilità che un altro Stato si « intrometta » in siffatta relazione. A tale logica sembra del resto ispirata la stessa Convenzione di Bruxelles che all'art. 1 limita il proprio campo di azione alla materia civile e commerciale (76).

Volendo così richiamare alcune concrete applicazioni dei suddetti criteri di valutazione possiamo ricordare quello che è stato l'impiego della clausola di ordine pubblico da parte del BGH.

In una già citata sentenza la Corte tedesca, nel giudizio di *Anerkennung*, ex § 328 ZPO, di una sentenza di condanna al pagamento di *punitive damages* emessa dalla *Superior Court* Californiana, individua l'ordine pubblico nei « *Grundsätzen* » e nei « *wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts* » (77).

In tal caso il BGH, dopo aver escluso l'esistenza nell'ordinamento tedesco di fenomeni analoghi ai c.d. danni punitivi, che valga a riconoscere la conformità degli stessi ai principi su cui questo si fonda, individua una serie di possibili punti di contrasto tra l'ordine pubblico, per come lo stesso è stato individuato dalla stessa Corte, e i *punitive damages* (78).

In particolare essi lederebbero il principio della proporzionalità della pena in quanto la quantificazione dei *punitive damages* in America risulta svincolata da qualsivoglia parametro e rimessa alla piena discrezionalità della giuria.

Si ripresenta così il problema di conformità dei c.d. danni punitivi ai principi del diritto penale già affrontato con partico-

(76) Per queste ultime considerazioni v. G. BROGGI, *op. loc. cit.*

(77) Cfr. BGH 4.6.1992, cit.

(78) Una maggiore apertura la si trova nelle sentenze dei giudici svizzeri che escludono la contrarietà a ordine pubblico delle sentenze americane di condanna a *punitive damage* in quanto anche l'ordinamento svizzero conoscerebbe figure di pena private tra le quali figurebbe la clausola penale. Cfr. Trib. Basilea 1.2.1989, in *Basler Juristische Mitteilungen*, 1991, p. 31.

lare riguardo alla ammissibilità degli stessi in relazione al principio di legalità (79).

Con i *punitive damages* saremmo, infatti, nella sostanza, di fronte a pene irrogate in difetto delle ordinarie garanzie costituzionali riconosciute a favore del reo.

Si tratta di un problema avvertito recentemente anche negli Usa ove la *Supreme Court* ha dovuto più volte pronunciarsi sulla conformità dei *punitive damages* alla *due process clause* (80).

(79) V. *supra* p. 238.

(80) Al riguardo si segnalano alcune pronunce della *Supreme Court* che hanno risolto il problema della non conformità dei *punitive damages* alle garanzie costituzionali distinguendo questi ultimi dalle sanzioni pecuniarie penali. In tal senso, ad esempio, si è pronunciata la Corte nel caso *Browning-Ferris v. Kelco*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 174 con nota di M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (in)certi argenti costituzionali*. In questo caso la *Supreme Court* non ha ritenuto riferibile ai *punitive damages* la clausola dell'eccessiva onerosità delle sanzioni pecuniarie di cui all'VIII emendamento, in quanto questi rimangono strumenti di diritto privato. Sul punto: G. Ponzanelli, « *Punitive damages* » e « *due process clause* »: *l'intervento della Corte Suprema Usa*, (nota a *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991)), in *I « punitive damages » il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Rev. dir. civ.*, 1987, II, p. 405 ss.; R. PARDONESI, *Per un paggio di (miliardi) di dollari*, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 300.

Più sentito, invece, è il problema della possibilità di porre limiti all'entità della somma determinata dalla giuria.

Sullo sfondo c'è il problema della discrezionalità della giuria nei processi civili. V. G. Ponzanelli, *Responsabilità da prodotto da fumo: il « grande freddo » dei danni punitivi* (nota a *Engle v. R.J. Reynolds*), in *Foro it.*, 2000, IV, c. 450. Sul correlato problema di *overcompensation* v. ancora G. Ponzanelli, *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 310).

Sul punto vari sono stati recentemente gli interventi della *Supreme Court*. Nel caso *mini Life Insurance Co. v. Haslip*, cit. la Corte ha ritenuto legittima la legislazione dello Stato dell'Alabama ove era prevista la possibilità di fornire istruzioni alla giuria sulle funzioni di deterrenza e compensazione propri dei danni punitivi ai fini della loro quantificazione e che fosse sempre ammissibile a « *meaningful postverdict review* » senza che ciò debba comportare l'individuazione di « *a mathematically bright line* » tra danni punitivi costituzionalmente ammissibili e non.

Ancora nel caso *TXO Production Co. v. Alliance Resources*, 509 U.S. 443 (1993) in *Foro it.*, 1994, IV, c. 92 con nota di G. Ponzanelli, *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema Usa salta ancora i danni punitivi* e nel caso *Honda Motor Co. Ltd et al. v. Oberg*, 512 Us 415 (1994) è stata individuata la necessità di un controllo ulteriore della Corte suprema sul *quantum debetur* a titolo di *punitive damages*.

In tutte queste ipotesi però la *Suprema Corte* ha mancato di indicare alle Corti inferiori dei parametri cui uniformarsi per determinare l'entità dei danni punitivi conforme alla Costituzione.

Occorre comunque considerare come il punto che suscita le maggiori perplessità di dottrina e giurisprudenza americane, non sia tanto il possibile contrasto dei c.d. danni punitivi con i principi del sistema sanzionatorio punitivo, quanto il ruolo della giuria nella determinazione della somma che il responsabile si troverà a corrispondere a favore del danneggiato (81).

Il problema della possibile contrarietà dei c.d. danni punitivi alle garanzie costituzionali proprie dei procedimenti penali risulta, inoltre, di difficile soluzione perché legato alla stessa natura di tali sanzioni le quali risultano essere penali nella funzione e civili nella struttura. Attraverso i *punitive damages*, infatti, non si compensa una perdita ma si sanziona un'offesa attraverso, però, un meccanismo di stampo civilistico sia nella determinazione del soggetto destinatario della somma, sia nel procedimento di condanna al pagamento della medesima.

Questo ha portato la scienza giuridica americana a parlare,

Nel caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss. con nota di G. Ponzanelli, *L'incostituzionalità dei danni punitivi « grossly excessive »*, invece, la Corte, in relazione al XIV emendamento, ha individuato i criteri di determinazione dei danni punitivi nel grado di riprovevolezza della condotta del reo, nella relazione tra i « *punitive damages* » e « *compensatory damages* » e nella comparazione tra i danni punitivi e le « *criminal penalties* » che possono essere imposte per condotte simili.

Del resto alcuni di tali criteri sono contenuti anche nel *Model Punitive Damages Act* del 1996 section 7: « *the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and others, the amount of compensatory damages, any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct, the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition, any profit or gain obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be derived by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution, any adverse effect of the award on innocent persons* ».

Sulla limitazione dei poteri della giuria nella determinazione del *quantum* dei danni punitivi v. più recentemente *Suprema Corte* degli Stati Uniti d'America, 7-4-2003, in *Foro it.* c. 355 con nota G. Ponzanelli, *La « costituzionalizzazione » dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

(81) Sul punto v. in particolare il già citato caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), cit. e l'articolo di G. Ponsir, *The Role of the civil jury in a system of Private litigation*, in *University of Chicago legal forum*, 1990, p. 161.

con riferimento ai *punitive damages*, di un « *Middleground* » tra la responsabilità penale e quella civile (82).

Tale aspetto rileva anche ai fini della trattazione del secondo criterio cui le Corti europee hanno improntato i loro giudizi di delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento appunto di *punitive damages*: la natura civile o penale di tale rimedio.

Le pronunce che si sono avute, al riguardo, tendono in genere ad attribuire natura penale ai c.d. danni punitivi (83).

Cercano, per contro, almeno in alcuni casi, di ricondurre il rimedio al diritto civile le Corti inglesi le quali fondano le proprie conclusioni su un dato puramente formale: il soggetto cui è dovuta la somma comminata a titolo di *punitive damages* è il privato vittima del torto (84).

Il Tribunale di Basilea ha, invece, affermato la natura civile dei c.d. danni punitivi riconoscendo a questi una prevalente funzione risarcitoria (85).

Si tratta, però, di una decisione che lascia aperti alcuni dubbi: non si comprende infatti la necessità di compensare una perdita che dovrebbe risultare già ristorata dalla somma prevista a titolo di *compensatory damage* dalla Corte americana. Inoltre, se l'importo dovuto a titolo di *punitive damages* avesse prevalente funzione compensatoria, sebbene ordinato alla deterrenza dei torti, non sembrerebbe possibile distinguere dall'ordinario risarcimento del danno che, come abbiamo più volte sottolineato, trova nella sua polifunzionalità anche finalità propriamente preventivo-deterreni che non escludono la sua prevalente natura compensativa.

(82) K. MANN, *Punitive civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *Yale Law Jour.*, 101 (1992), p. 1795 ss.

(83) V. in particolare BGH 4.6.1992, cit.

(84) S.A. *Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd* (1978) QB 29, 299. Per una critica generale sulle partizioni formali tra pena e risarcimento v. sopra parte I, capitolo 3, § 4.1.

(85) Trib. Basilea 1.2.1989, cit.

Quello che è dato osservare è come, nel riconoscere natura compensatoria ai c.d. *punitive damages*, si finisca per negare a questi giuridica rilevanza quale rimedio contro gli illeciti distinto dalla sanzione risarcitoria.

Pare così emergere, nel complesso, un atteggiamento delle Corti dei singoli Stati europei per lo più restrittivo nel riconoscere sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, atteggiamento che, anche quando presenta delle aperture, come nei casi appena citati sulla natura civile del rimedio, non manca di evidenziare l'estrema problematicità che lo stesso presenta sul piano applicativo.

3.3. I punitive damages nella prospettiva di un European Common Core of Tort Law. Scenari e prospettive.

Per completare le nostre osservazioni su una possibile rilevanza dei *punitive damages* in Europa ci è sembrato opportuno considerare lo spazio che gli stessi possono trovare nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law* (86).

(86) Dal punto di vista delle regole emerse, in vero, piuttosto una divisione tra sistemi fondati su un'idea di illecito civile atipico e sistemi fondati su un'idea di illecito civile tipico. Cf. P. CENDON, *Il diritto comparato e la legislazione italiana, in La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 1988, p. 3 ss.

Queste distinzioni sono state riprese per verificarne la rispondenza sul piano operativo da P.G. MONARTELLI, *La sineddoche — Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 375 ss.; Id., *La responsabilità civile*, cit., p. 31 ss.; in particolare p. 52 ove l'A. si richiama alla possibilità di distinguere tra « regole operazionali » e « formanti dichiaratori » secondo la ricostruzione delle possibili somiglianze e differenze tra il sistema di responsabilità civile francese e tedesco a suo tempo operata da R. SACCO, *Definitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romantisés*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1965, p. 827.

Confini in interpretazioni aggreganti al fine di creare un diritto comune europeo della responsabilità civile C. Von Bar, op. cit., p. 608 ove avverte che « Es wäre im Sinne der Europäisierung der Privatrechtspflege außerordentlich wünschenswert, wenn er sich für die Rechtsfrage an ihn herangetragen wird, mit der Rechtsprechung seines Nachbarlandes auseinandersetzen würde ».

Ancora la tendenza a leggere le regole della responsabilità civile in una dimensione globale si ha in G. ALPA, *Responsabilità civile e danno biologico*, Bologna, 1991, p. 9 ss.

Le ricerche relative a possibili interpretazioni aggreganti in tema di responsabilità civile all'interno dei differenti ordinamenti europei non paiono, in vero, convergere nel senso di una piena riconoscibilità dei *punitive damages* come fenomeno condiviso da parte degli interpreti dei diversi Stati europei.

Se, infatti, si fa eccezione per il rinnovato interesse dell'ordinamento britannico per i c.d. danni punitivi (87), non sembra possibile evincere una generalizzata riscoperta sul piano applicativo dell'idea di pena privata all'interno del sistema di responsabilità civile.

Come abbiamo osservato nei paragrafi precedenti, anche in ordinamenti come Francia, Spagna e Italia, nei quali la dottrina mostra un particolare interesse per il fenomeno, la giurisprudenza manifesta un atteggiamento alquanto restrittivo rispetto alla possibilità di sanzionare gli illeciti civili con autentiche pene private. Significativo in tal senso ci pare del resto l'*incipit* del paragrafo che Von Bar ha dedicato ai « *punitive damages* » in Europa: « *Noch für Savignys trug das gesamte Deliktsrecht und die in ihm gründende Pflicht zum Schadensausgleich Strafcharakter. Das modernen Recht sieht das anders* » (88).

Infatti, anche con riguardo alla natura penale della riparazione dei danni non patrimoniali, l'Autore rileva come la stessa sia esclusa dalla maggior parte dei giudici europei che abbiano avuto occasione di pronunciarsi sul punto (89).

In senso analogo si possono richiamare le considerazioni sui risultati del lavoro seguito da un Gruppo di giuristi coordinato da F.D. Busnelli sul tema delle « Prospettive europee di razionalizzazione del risarcimento del danno non economico » (90).

(87) V. *supra* nota 19.

(88) Così C. VON BAR, *op. cit.*, p. 604, il quale tiene però a precisare «...*mag es auch immer noch den einen oder anderen Autor geben, der in jeder außervertraglichen Haftung ein pönales Element entdecken zu können meint*».

(89) Cfr. C. VON BAR, *op. cit.*, p. 608.

(90) Per una sintesi di tali risultati v. F.D. BUSNELLI, *Prospettive europee di*

Dai tre principi fondamentali: dignità, salute, uguaglianza, cui è ispirata l'elaborazione di un sistema comune di riparazione dei danni non patrimoniali, sono stati dedotti tre criteri il primo dei quali è la stessa esistenza di un danno della vittima dell'illecito da riparare (91).

Quindi anche nei risultati di tale studio emerge che un dato comune nella riparazione dei danni non patrimoniali, ambito in cui è stata appunto evocata l'emersione del fenomeno dei *punitive damages* in Europa, come abbiamo avuto modo più volte di rilevare (92), è la natura strettamente compensatoria e non punitiva della stessa.

Nuovamente il fulcro del sistema della responsabilità civile viene individuato nell'esistenza di una condizione pregiudizievole cagionata da un torto altrui suscettibile di ristoro anche ove manchino utilità equivalenti idonee a surrogare perfettamente l'utilità perduta.

4. *Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilevi conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile.*

Cerchiamo allora di dare una risposta al quesito che ci eravamo inizialmente posti in punto di assicurabilità delle sanzioni punitive civili in Italia.

Per far ciò occorre prendere le mosse dal rilievo che aveva fatto emergere il problema: la crisi del modello risarcitorio nel sistema di responsabilità civile, una crisi che muove da due dati: il primo riguarda una progressiva estensione del concetto di danno risarcibile, il secondo, invece, concerne la rilevata ineffi-

razionalizzazione del risarcimento del danno non economico, in *Danno e resp.*, 2001, p. 5 ss.

(91) Cfr. F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 7.

(92) V. *supra* p. 234 ss.

cienza delle tecniche di tutela strettamente compensatorie sul piano della prevenzione e repressione degli illeciti.

Con riferimento al primo profilo, abbiamo già avuto modo di rilevare come le riparazioni dei danni non patrimoniali non paiono riconducibili alla categoria delle pena se non per un'accentuata « coloritura » in senso punitivo delle stesse dovuta al fatto che i giudici, nello stimare l'entità dell'obbligazione alla riparazione del danno non patrimoniale, come tale difficilmente commensurabile, tengono conto di fattori quali il grado di colpevolezza (93); si tratta, comunque, non di un indice della natura punitiva di tali ipotesi, ma solo di una modalità in cui viene a concretizzarsi l'equità del giudice che trova spazio nel giudizio di responsabilità civile per espressa indicazione del legislatore all'art. 2056 c.c. (94).

Altro è il discorso per quanto concerne quelle ipotesi in cui i giudici hanno rinvenuto nella sola offesa il presupposto necessario e sufficiente ai fini della condanna al risarcimento del danno, se di risarcimento *del danno*, in tal caso, si può ancora parlare (95).

Siamo però, a nostro avviso, di fronte a pronunce giudiziali particolari, difficilmente riconducibili ad una categoria generale unitaria di rimedi punitivi alternativi a quelli propriamente risarcitori, per l'assenza di un comune denominatore in grado di unificarle (96). Si tratta pertanto di ipotesi che paiono piuttosto residue ai confini della responsabilità civile come casi isolati all'interno del panorama giurisprudenziale italiano.

La necessità di marginalizzare tali fenomeni emerge anche da

(93) Il ricorso ad indici estranei al danno inteso come pregiudizio prodotti nella sfera del danneggiato in conseguenza dell'illecito trova spiegazione nella estensione della tutela risarcitoria ad ipotesi di lesione o di diritti cui possa non seguire alcuna conseguenza a questa sia di difficile commisurazione. Si pensi al caso della lesione dei diritti della personalità o dell'ambiente come bene giuridico. V. *supra* cap. 1, nota 138.

(94) In generale sul potere equitativo nella determinazione del danno cfr. P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profitti comuni*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extraccontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 84 ss.

(95) V. *supra* p. 203.

(96) V. *supra* p. 204 ss.

un diverso profilo, ovvero da una condizione di sostanziale inconciliabilità tra l'idea di sanzione punitiva e il sistema di responsabilità civile proprio dell'ordinamento italiano, e non solo, condizione che verrà presa in esame più diffusamente nel prosieguo del discorso in relazione alla necessità, avvertita da alcuni, di corroborare l'efficacia preventiva dei rimedi risarcitori attraverso una quantificazione dell'entità del *quantum debetur* ultra-compensatoria ispirata ad una logica pseudo-punitiva (97).

5. *Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione dei danni morali.*

Una volta ammessa la piena assicurabilità in senso giuridico delle riparazioni dei danni morali in quanto fenomeno proprio del diritto privato cui non paiono riferibili la natura, la funzione e anche i principi del sistema sanzionatorio punitivo, riteniamo di dover spendere ancora qualche parola sul diverso problema dell'assicurabilità in senso statistico di tali danni.

Due abbiamo visto essere le note che caratterizzano la figura della riparazione dei danni morali: il tendenziale assorbimento del profilo del danno all'interno dell'*iniuria* e la conseguente estensione dei poteri equitativi del giudice.

All'interno della figura di quella che possiamo nominare come la riparazione dell'irisarcibile, infatti, si collocano sia ipotesi di danni materiali non suscettibili di compensazione per equivalente, per i quali è comunque dato distinguere l'illecito dalle sue conseguenze dannose, sia danni immateriali che, nella loro « impalpabilità » (98), finiscono, nella sostanza, per ridurre *iniuria* e danno ad una cosa sola.

Simili caratteristiche dell'obbligazione riparatoria assumono rilevanza sul piano applicativo sotto il profilo di un maggior

(97) V. *amplius infra* § 6 ss.

(98) Parla di danni impalpabili V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili comparatistici dell'alcantara: la liquidazione dell'impalpabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1145 ss.

potere equitativo del giudice nella determinazione del *quantum debetur*: mancando il filtro del danno, inteso come pregiudizio materiale commensurabile e compensabile, la determinazione dell'obbligazione risarcitoria è rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante

Infatti il giudice, in caso di danni materiali non patrimoniali, dovrà individuare dei parametri attraverso i quali dare un valore economico al detrimento in modo da trovare nel denaro, se non un'utilità equivalente, almeno un'utilità « succedanea » alla perdita determinatasi nella sfera del danneggiato in conseguenza dell'illecito.

In ipotesi di danni immateriali, poi, il giudice non avrà come punto di riferimento, ai fini della determinazione dell'entità dell'obbligazione risarcitoria, neppure l'esistenza di un concreto pregiudizio, intendendo il termine concretezza come sinonimo di percettibilità.

Non pare esservi dubbio che la discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum debetur* trova ampio riconoscimento nella stessa legge che all'art. 1226, come richiamato all'art. 2056 in materia di responsabilità extracontrattuale, pone un solo limite ai giudizi secondo equità nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria: la presenza di una condizione di impossibilità di provare il « preciso ammontare del danno ».

Non sono, però, mancate osservazioni critiche sulla possibile moltiplicazione dell'entità delle obbligazioni risarcitorie in seguito all'apertura alla riparaazione dei danni morali verificabile sia a livello di diritto vigente che a livello di diritto vivente.

Accanto ai problemi di *overcompensation* evidenziati da alcuni Autori che hanno fatto proprie le osservazioni dei giuristi di *common law* con particolare riferimento alla progressiva estensione dell'entità dei *punitivè damages* ad opera di benevoli giuristi (99), gli interpreti italiani, si pongono problemi relativi all'in-

cidenza di tale fenomeno sui contratti di assicurazione della responsabilità civile.

Come è stato affermato da più Autori la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'entità delle obbligazioni risarcitorie renderebbe difficoltosa per gli assicuratori la previsione degli indennizzi che questi si troveranno a pagare in relazione alle polizze stipulare (100).

Un tale calcolo previsionale importa, infatti, che le imprese assicuratrici siano in possesso di due dati: il numero dei sinistri che si prevede verranno denunciati e l'entità degli indennizzi richiesti.

Mentre il primo dato risulta ricavabile, anche se su un piano di probabilità statistica e non di certezza assoluta, dal numero di sinistri degli anni precedenti e da altre variabili acquisibili, l'entità degli indennizzi, che si presume di dover corrispondere, risulta difficilmente individuabile, anche solo su un piano di pura probabilità, perché legato ad una variabile non individuabile *ex ante*: la discrezionalità del giudice in relazione ai danni non patrimoniali (101).

Una simile condizione potrà incidere a livello di equilibrio economico in quanto la minor prevedibilità degli indennizzi, che dovranno essere corrisposti, renderà più difficile l'operazione economica di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati e quindi renderà più instabile l'equilibrio rischioso.

(100) Sul punto v. A.D. CANDIAN, *op. ult. cit.*, p. 158 ss.; E. QUARÀ, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., p. 97 ss. in particolare p. 109 ss.

(101) Sull'applicazione delle tecniche attuari nella determinazione dell'equilibrio rischio premio Cf. G. FANELLI, *Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicurati*, in *Assicurazione e responsabilità. Quarto convegno per la trattazione di temi assicurativi*, Venezia 3-4-5 ottobre 1960, Milano, 1962, p. 37 ss.; A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, p. 215; L. PETTIT, *L'impresa di assicurazione aspetti tecnici e finanziari della gestione*, Padova, 1984, p. 51 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 15 ss.

Sul piano giuridico la questione assume rilevanza in quanto suscettibile di essere oggetto di considerazioni di tipo economico-politico che possono essere alla base di interventi volti a porre restrizioni al potere equitativo del giudice.

Il problema si sposta allora dalla liceità della copertura dei danni morali, alla legittimità di norme che siano state introdotte al fine di ridurre il potere equitativo del giudice e quindi anche di porre un limite all'integrale risarcimento del danno.

Riconoscere, infatti, vincoli al giudizio di determinazione nell'entità del danno riparabile vuol dire che potranno residuare margini tra il danno concretamente prodotto e quello astrattamente risarcibile.

Occorre così valutare se tali restrizioni siano legittime e quindi considerare anche la possibile rilevanza che il diritto all'integrale risarcimento del danno viene ad assumere nel nostro ordinamento.

In primo luogo ci pare necessaria un'osservazione: nel riferimento ad interventi limitativi del diritto all'integrale risarcimento, abbiamo usato il termine « norme » e non « leggi », questo perché simili interventi potranno essere frutto non solo di scelte del legislatore ma anche del potere regolamentare che i privati esprimono nella determinazione del contenuto del contratto.

Così potrebbe necessario valutare la liceità di clausole contrattuali che pongano limiti alla copertura assicurativa riducendo, nella sostanza, la garanzia dell'integrale ristoro del danneggiato. Al riguardo si può richiamare la norma contenuta nell'art. 1229, il quale prevede la nullità delle clausole delimitative della responsabilità dei contraenti.

Si dovrebbe allora concludere che sono, in generale, illecite le clausole le quali riducono l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore.

Vero è che una simile soluzione risulta eccessiva anche perché importerebbe l'invalidità di tutte le clausole delimitative del rischio.

Due le soluzioni proponibili: si può operare una distinzione tra clausole limitative del rischio, e quindi dell'oggetto, e clausole limitative della responsabilità, distinzione che risulta, però, fondata sulla tesi, da tempo criticata dalla dottrina, che separa, sul piano teorico, l'obbligazione dalla responsabilità (102).

L'altra possibile soluzione consiste nel ritenere le clausole delimitative del rischio, e quindi dell'oggetto del contratto, come generalmente lecite salvo il caso in cui le stesse non risultino « *perturbateur de l'équilibre du contrat au détriment du créancier* » (103).

Sembra così che eventuali limitazioni dell'indennizzo che l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato non possano cadere nel divieto posto dall'art. 1229 fin tanto che non rendono nella sostanza inesistente la copertura assicurativa.

Del resto la liceità di limitazioni in punto di *quantum* dell'obbligazione indennitaria avente origine dal contratto di assicurazione è richiamata dalle stesse norme in materia di assicurazione obbligatoria per la circolazione stradale.

L'art. 18 della l. 990/1969 statuisce, infatti, che « Il danneggiato per sinistro causato dalla circolazione di un veicolo o di un natante per i quali a norma della presente legge vi è l'obbligo di assicurazione ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione ».

La norma, in questione, peraltro non distingue tra danni alle cose e danni alla persona, ovvero danni relativi alla lesione di diritti costituzionalmente rilevanti, quali la salute, che possono

(102) Cf. J. BENDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in *JJ*, 1927, p. 163 ss.; K. LARENZ, *op. cit.*, p. 23.

(103) Così G. VINEY, *Rapport de synthèse*, in *Le clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, a cura di J. Ghestin, Paris, 1990, p. 327. In senso analogo F. BERNATTI, voce *Clausole di esonerazione della responsabilità*, *cit.*, p. 403 il quale considera delimitative della responsabilità e non dell'oggetto le clausole che possono « compromettere la realizzazione del suo scopo tipico ».

trovare pertanto limitazione convenzionale all'interno delle condizioni generali di contratto (104).

Occorre comunque osservare come tali disposizioni non sono direttamente in conflitto con l'integrale risarcimento del danno, perché lasciano intatta l'obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante e limitano soltanto la responsabilità da contratto dell'assicuratore.

Altro è il discorso per quanto riguarda la possibile apposizione di limiti legislativi al potere equitativo del giudice (105).

Al riguardo è stato osservato come dalle pronunce della Corte Costituzionale non risulta l'affermazione di un diritto all'integrale risarcimento del danno avente rilevanza costituzionale (106).

(104) Dubbi sulla liceità di possibili delimitazioni convenzionali della responsabilità del soggetto danneggiante in caso di lesioni di diritti o interessi costituzionalmente rilevanti sono stati sollevati da G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero nella responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 254 ss.

(105) In particolare si è osservata la incostituzionalità in relazione all'art. 2 Cost. di ogni compressione del potere equitativo del giudice nella determinazione del danno che si traduca in una sostanziale negazione del diritto all'integrale risarcimento del danno che origina dalla lesione di diritti fondamentali della persona. Per tali osservazioni cfr. F.D. BUSNELLI-M. BRAGAGNA-A. NANNIPRIERI-S. BADALASSI-G. PONZANELLI-D. POLETTI, *Osservazioni sul disegno di legge «unificato» per la riforma dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 447.

Del resto la stessa Consulta al riguardo aveva avuto modo di osservare in una delle sue pronunce sull'art. 2059 che «Quando anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento, di un diritto subiettivo non esclude che siano posti limiti alla sua tutela risarcitoria... va energeticamente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali»: così C. Cost. 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, c. 2067.

Ritene in generale «inconciliabili con la dignità umana» le tabelle sui danni non patrimoniali C. CASTRONOVO, *Danno biologico - Un itinerario giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. XIV.

(106) Sul punto recentemente G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micropermanenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 535. L'A., in particolare, si richiama alla sentenza della Corte Cost. 2.11.1996, n. 369, in *Foro It.*, 1996, I, 3277 in cui la Consulta ha preso una chiara posizione al riguardo affermando che «la regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale».

I limiti di legittimità costituzionale che il legislatore incontra nel porre vincoli al potere equitativo del giudice sono allora individuabili, in primo luogo, nel principio di ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost. in base al quale non si potrà, a parità di condizioni, prevedere una tutela deteriore di alcuni danneggiati con riferimento a determinati illeciti civili rispetto ad altri (107).

Ancora non si potrà, attraverso una disposizione legislativa che contenga limiti alla discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum debetur*, operare una riduzione della tutela di diritti di rango costituzionale (108).

In tale logica si dovrebbe, però, tener conto dell'esistenza, nel testo di legge, di possibili indici che determinino una maggiore flessibilità del dettato normativo.

L'individuazione di parametri di riferimento, che abbiano una validità su piano nazionale e che non escludano una possibile valutazione del caso concreto che porti ad una diversa quantificazione del danno riparabile, non pare allora in contrasto con il dettato costituzionale ma anzi può essere considerato un strumento per garantire una maggiore uniformità di giudizi nella determinazione del *quantum debetur* a fronte di lesioni della medesima specie (109).

Si pensi alla l. 5.3.2001 n. 57 che all'art. 5 comma 2 prevede, in caso di micropermanenti, i criteri che il giudice è tenuto ad osservare nella determinazione del danno biologico (110).

(107) Cfr. G. PONZANELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(108) Cfr. F.D. BUSNELLI-M. BRAGAGNA-A. NANNIPRIERI-S. BADALASSI-G. PONZANELLI-D. POLETTI, *op. loc. cit.*

(109) Sulla necessità di dare «più piena e coerente tutela al diritto alla salute» superando in giustificare discriminazioni tra danneggiati, anche se sotto un diverso profilo, F. PADOVANI, *Estensione ai familiari della copertura nell'assicurazione r.c.a.*, nota a C. Cost. 2.5.1991, n. 188, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1991, p. 1006.

(110) Questa norma è stata oggetto di ordinanze di remissione alla Consulta. Cfr. Giudice di pace Roma, 14.1.2002, in *Giur. it.* 2002, 291 con nota di nota M. BONA, *L'art. 5 l. n. 57 del 2001 perviene all'essence della Consulta: profili di illegittimità costituzionale dei criteri di liquidazione del danno biologico*; in *Danno e resp.*, 2002, 309 con nota di G. PONZANELLI.

Tale disposizione risultava, nel testo originario, mitigata da quanto previsto al 4° comma del medesimo articolo ove si stabiliva che, « fatto salvo quanto previsto dal comma 2, il danno biologico viene ulteriormente risarcito tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato ».

Alcune perplessità sulla legittimità costituzionale della norma in esame nascono, invece, dalle modifiche a questa apportate dal collegato alla finanziaria 2002 approvato in via definitiva dal Parlamento il 27.2.2003.

Infatti l'art. 23 comma 4 di tale legge prevede che « l'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 2 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato ».

Si viene così ad escludere anche quel limitato spazio di valutazione da parte del giudice dell'entità del detrimento in concreto patito che l'art. 5 IV comma della L. 5.3.2001 n. 57 prevedeva e che poteva rappresentare una ragione a favore della legittimità costituzionale di tale normativa.

6. *L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risolti problematici.*

Finora abbiamo collocato il problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive civili all'interno della problematica inerente alla crisi dell'idea di risarcimento del danno generata da una progressiva espansione della tutela della responsabilità civile a diritti e interessi dei privati la cui lesione potrà difficilmente trovare adeguato ristoro nella logica risarcitoria ovvero mediante compensazione per utilità equivalenti e in particolare mediante denaro.

La nostra indagine del resto ha teso a dare prevalenza a tale aspetto perché è con riferimento a questo che si pongono attualmente e concretamente nella prassi problemi di qualificazione dei

rimedi privatistici apprestati ai pregiudizi non economici, problemi che hanno spinto gli interpreti a recuperare l'idea di pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

Il concetto di sanzione punitiva civile, come tecnica di tutela contro gli illeciti, va emergendo, però, anche sotto altre prospettive: non solo come forma attraverso cui rivestire le metamorfosi che sta subendo la nozione di risarcimento del danno nella sua estensione a pregiudizi sostanzialmente irrisarcibili, ma pure quale strumento mediante il quale rafforzare la funzione di prevenzione degli illeciti propria della responsabilità civile, oltre che di quella penale e, quindi, anche quale tecnica di tutela alternativa rispetto alla pena pubblica.

Così i civilisti tendono a vedere nell'idea di pena un elemento in grado di supportare la funzione preventivo deterrente della responsabilità civile di fronte alle nuove istanze che attualmente si vanno ponendo in materia di riparazione dei danni (111).

I penalisti, invece, si chiedono se le pene private possano rappresentare un canale attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione (112).

Vari sarebbero, infatti, gli aspetti della responsabilità civile in ordine ai quali potrebbe necessario un recupero dell'idea di pena all'interno del diritto privato prospettando quasi un ritorno a quella *lex Aquilia*, nella quale la dottrina tende generalmente a rinvenire l'archetipo del sistema di responsabilità civile operante attualmente in Italia e nella quale sanzione e compensazione non si alternavano ma si combinavano in un più generale sistema di tutela contro gli illeciti (113).

Sono sostanzialmente tre gli ambiti in cui si colloca tale rinnovato interesse per le pene private.

Il primo riguarderebbe le ipotesi in cui all'illecito non con-

(111) Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 5 ss.

(112) Cfr. F. BARCOLO, *op. cit.*, p. 72.

(113) Sul punto C.A. CANNATA, *op. loc. cit.*

segue un danno o consegue un danno inferiore alla gravità dell'offesa.

L'idea di pena privata risulterebbe, allora, rispondente all'esigenza di individuare un rimedio per quegli illeciti civili che, dando luogo ad un'obbligazione risarcitoria nulla o di lieve entità, potrebbero non trovare un'adeguata risposta, sul piano della prevenzione, nel sistema della responsabilità civile.

Il secondo caso concerne l'ipotesi in cui l'arricchimento, che il danneggiante consegue in relazione all'illecito, risulta superiore al danno risarcibile.

Questo ambito si distingue dal precedente perché non riguarda la possibile differenza tra offesa e danno e quindi tra lesione dell'interesse e danno risarcibile, ma tra i guadagni e i costi che dall'illecito possono derivare al danneggiante. Pertanto, nel caso in cui i primi risultino superiori ai secondi, si avrebbe una riduzione dell'efficacia deterrente della responsabilità civile (114).

Un aspetto particolare del problema riguarda il valore soggettivo dei beni oggetto dell'illecito: ove la cessione di questi avvenga in una logica di scambio non può mettersi in discussione l'entità del prezzo pattuito e la stessa intenzione del soggetto di alienarli, fatta salva l'ipotesi di vizi del consenso; diversamente, nel caso in cui tale cessione avvenga in conseguenza di un illecito, si pensi all'abusivo utilizzo dell'immagine o del nome altrui, il responsabile potrà realizzare operazioni che, in una logica di scambio gli sarebbero risultate più costose, perché il titolare del diritto attribuiva a questo un valore soggettivo maggiore di quello di mercato, in relazione al quale viene commisurato il risarcimento, oppure il responsabile arriva a realizzare operazioni che in una logica scambio non avrebbe potuto compiere perché il

(114) Ch. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 16. In tal senso, con particolare riferimento alla violazione della c.d. proprietà intellettuale, vedi A. PIVA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2003.

titolare del diritto non avrebbe mai dato il consenso alla relativa cessione (115).

Sotto questo profilo, la condanna del responsabile al pagamento di una somma a titolo, non di risarcimento, ma di pena, permetterebbe di attribuire *ex post* al titolare del diritto il valore soggettivo dello stesso e comunque di alzare il livello dei costi dell'illecito per il responsabile aumentando l'efficacia deterrente del rimedio.

Una terza ipotesi in cui, secondo alcuni Autori, sarebbe applicabile il ricorso alle pene private è quella in cui il costo sociale dell'illecito risulta superiore ai singoli risarcimenti che il responsabile potrà trovarsi a dover corrispondere (116).

Due, sostanzialmente, i profili in cui può attuarsi una simile condizione: in primo luogo occorre considerare il caso in cui vi sia nuovamente una dissociazione tra la gravità dell'offesa che trascende la sfera individuale e il danno risarcibile. Si pensi all'ipotesi in cui si è attuata una condotta che dà luogo ad un concreto pericolo di danno rivolto ad una pluralità di consociati, laddove, però, il danno risarcibile si attua solo nei confronti di alcuni di questi.

Il secondo caso si ha quando il danno sociale non coincide con i danni individuali che il responsabile ipotizza di dover risarcire tenuto conto del minor numero di danneggiati che, in concreto, agirà in giudizio e riuscirà ad essere indennizzato (117).

(115) Ch. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 77

(116) Sul punto P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 18.

(117) Al riguardo P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 18 ss. ricorda il caso *Ford Corporation v. Christow* 174 Cal. Rptr. (1981), 348 in cui per iniziativa dei produttori dell'auto-veicolo era stato collocato il serbatoio nella parte posteriore del veicolo onde, tra l'altro, ottenere un risparmio sui costi di produzione di soli 15 dollari per ogni auto. Tale scelta aveva dato luogo all'esplosione, in seguito ad un tamponamento, di uno degli autoveicoli così realizzati.

In tal caso la decisione della Corte californiana di attribuire una somma a titolo di *punitive damages*, oltre alla somma dovuta a titolo di risarcimento per i danni prodotti dall'esplosione (nell'occasione morirono tre persone), è stata fondata su risultanze probatorie da cui emergeva che la Ford aveva formulato tale scelta in seguito ad una

Saremmo così di fronte ad un risarcimento insufficiente a prevenire l'illecito perché non equivalente all'entità del danno che ha provocato o che poteva provocare.

Con riferimento alla possibile maggior misura del guadagno rispetto al costo dell'illecito per il responsabile, non sono, comunque, mancati in dottrina tentativi di individuare un rimedio alternativo nell'istituto dell'arricchimento ingiustificato (118): il soggetto che abbia ottenuto un'entrata in virtù dell'illecito superiore all'entità dell'obbligazione risarcitoria, si troverà gravato dall'obbligo di restituire quanto ingiustamente percepito.

Tali soluzioni non risolvono, però, ancora lo scarso effetto deterrente della tutela apprestata dal sistema della responsabilità civile in altri casi come nell'ipotesi dei c.d. *Mass Torts* in cui l'entità del danno sociale non sembra trovare spazio nella tutela riparatrice se non come somma dei singoli danni individuali (119).

analisi costi-benefici in cui aveva tenuto, tra l'altro, conto della scarsa probabilità che qualcuno agisse in giudizio per chiedere il risarcimento.

(118) Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 9 e p. 77; P. TUMARCHI, *L'arricchimento derivante da fatto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, vol. II, p. 1147 ss. Quest'ultimo evidenzia, però, i limiti che devono essere tenuti rispetto alla possibilità di collocare l'arricchimento ingiustificato all'interno del sistema della responsabilità civile, tra i quali in primo luogo si può annoverare la limitazione della sanzione civile al solo risarcimento del danno e il fatto che l'arricchimento rileva per l'ordinamento indipendentemente dalla qualifica dello stesso in termini di illiceità.

L'2. A, quindi suggerisce di riversare l'arricchimento nella responsabilità solo in presenza di illeciti dolosi in particolare ove agli stessi conseguano danni non patrimonialmente valutabili e quando l'arricchimento possa essere rappresentativo del danno cagionato.

(119) Il problema si lega alla necessità di trovare strumenti di tutela degli interessi diffusi all'interno del nostro sistema processuale civile, penale e amministrativo. Sul punto v. G. ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 609 ss. le cui considerazioni, anche dopo gli interventi legislativi in materia di tutela del consumatore, rivestono sempre un carattere di attualità.

Uno dei principali problemi nella determinazione dell'ammontare dell'obbligazione risarcitoria in caso di *mass torts* riguarda la stessa prova del nesso di causalità tra una data azione od omissione e i danni accertati o accettabili. La diffusione su larga scala degli stessi e la possibile identificabilità di questi ad una pluralità di fattori, spesso dipendenti anche dallo stato soggettivo dei singoli danneggiati, creano uno stato di

Prima di accogliere senza riserve l'idea di pena privata, occorrerà, però, valutare se sia realmente necessaria l'introduzione del concetto di pena all'interno del sistema di responsabilità civile per raggiungere tali scopi e quali dubbi rechi con sé una simile soluzione.

Come abbiamo avuto modo di osservare, non sono solo gli interpreti del diritto civile ad occuparsi della opportunità di un recupero dell'idea pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

L'attenzione dei penalisti per tale tema muove dalla necessità, che nel diritto penale si va avvertendo, di ripensare al ruolo della pena nel sistema delle tecniche di tutela (120).

Varie sono le ragioni addotte a favore di una « riscoperta » delle pene private quale strumento per corroborare la funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile onde farne un'alternativa alla pena pubblica.

In primo luogo queste potrebbero sostituirsi all'applicazione di pene che importano una restrizione della libertà personale, in una prospettiva che tende a rivalutare il reo come individuo rendendo strettamente eccezionali le ipotesi in cui è dato inter-

incertezza sull'individuazione non solo del responsabile ma anche dei danneggiati e quindi del *quantum debetur* dell'obbligazione risarcitoria. Con riferimento a quest'ultimo aspetto si è osservato come « A palliative solution is the suggestion to proportion the amount of the defendant's liability to its share for the total incidence of the disease in the given area... in contrast to totally acquiring it for failure of proof, this formula promotes the aims of tort law: deterrence and economic efficiency in internalizing the accident cost to a responsible source »: così J.G. FLEMMING, *Mass Torts*, in *Americ. J. Comp. L.*, 42 (1994), p. 514.

(120) Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva — Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 237 ss.; F. BACCOLA, *Carattere « sussidiario » del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Milano, 1997, p. 187 ss.

Il tema non trova spazio solo negli studi della scienza penalistica italiana. Cfr. C. ROHM, *Sinn und Grenzen staatslicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, p. 382 ss.

La problematica verrà, comunque da noi più diffusamente affrontata *infra* parte III, capitolo 1, § 1.

venire attraverso una compressione delle sue libertà fondamentali.

Sotto un diverso punto di vista, inoltre, si tende ad evidenziare il ridotto effetto preventivo-deterrente che può avere una pena detentiva rispetto a talune ipotesi di reato con particolare riguardo agli illeciti che hanno uno scarso impatto sociale e che non sono da riferire ad una condotta intenzionale (121).

In tale logica le pene private rappresenterebbero una valida alternativa alla pena pubblica in quanto aventi riflessi esclusivamente sul patrimonio del reo. A differenza delle pene pecuniarie proprie del sistema penale, infatti, queste non sarebbero convertibili, in caso di inadempimento del reo, in una pena detentiva.

Inoltre, mentre quest'ultima si riduce nella produzione di un nuovo evento pregiudizievole, che si determina a carico del reo e che va ad aggiungersi al danno da questi cagionato, le pene private, rappresentando un beneficio per l'offeso, potrebbero determinare una reale compensazione della lesione perpetrata nella sfera di quest'ultimo, compensazione che rivestirebbe particolare valore ove nel reato siano stati coinvolti interessi privati (122). In tal caso, infatti, la riparazione del torto (123), quale fine del diritto penale, si ridurrebbe ad una riparazione del danno ovvero della lesione dell'interesse privato e delle relative conseguenze dannose.

Peraltro mediante l'impiego di sanzioni punitive civili la

(121) In particolare T. PADOVANI, *op. loc. cit.*

(122) Cfr. F. BARCOLA, *La riscoperta delle pene private*, cit., p. 73.

Tale prospettiva sembra inserirsi nel più vasto contesto dell'interesse del diritto penale per la vittima sia per il ruolo che la stessa può rivestire nella genesi del reato sia sotto il profilo delle esigenze riparatorie che da questo possono conseguire. Cfr. P. NIVOLONI, *La vittima nella genesi del delitto*, in *Indice Pen.*, 1973, p. 640 ss.; C. ROMAN, *La vittima nel sistema penale*, in *Indice Pen.*, 1989, p. 5 ss.

(123) Sull'importanza della riparazione del torto come fine del diritto penale v. G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, *passim* in particolare pp. 8-10.

partecipazione dell'offeso si attuerebbe anche a livello del procedimento di condanna del responsabile.

La pena privata, a differenza della pena pubblica, infatti, sarebbe irrogata su istanza del soggetto danneggiato essendo disancorata dalla regola dell'obbligatorietà dell'azione penale (124).

Un'altra ragione, che ha spinto la scienza giuridica ad interrogarsi sulla possibilità di riconoscere nelle pene private un'alternativa alla pena pubblica, risiede nella maggior duttilità della tutela privatistica contro gli illeciti.

Come è stato osservato le pene private, a differenza di quelle pubbliche si troverebbero ad operare in « assenza di vincoli in ordine alle fonti, (con) meno accentuate esigenze di tipicità e di tassatività, (con) possibilità di delineare forme di responsabilità imperniate sul rischio, (con) possibilità di inversione dell'*onus probandi* » (125).

Attraverso l'impiego delle pene private, in quanto operanti al di fuori delle strettoie rappresentate dalla tipicità degli illeciti penali, sarebbe allora possibile ampliare la tutela contro le condotte antigiuridiche senza incontrare il veto del principio *nullum crimen sine lege*.

Ancora le pene private rappresenterebbero il mezzo per superare un altro assioma del diritto penale che tende a ridurre l'efficacia della tutela operante mediante l'impiego delle pene pubbliche. Si tratta della regola *societas delinquere non potest* che varrebbe a negare la imputabilità degli enti in quanto a questi non sarebbe riferibile un atteggiamento volitivo penalmente rilevante (126).

(124) Sul punto F. BARCOLA, *op. loc. cit.*

(125) Così F. BARCOLA, *op. cit.*, p. 75. Tali considerazioni erano già state formulate dall'Autore in F. BARCOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 48 ss.

(126) Sulla responsabilità degli enti v. *infra* parte III, capitolo 3, § 2.4. Sin da ora si segnala come anche prima delle recenti riforme in materia tale assioma aveva incontrato ostilità in dottrina. In particolare sul punto v. F. BARCOLA, *Il*

Gli illeciti civili, infatti, a differenza di quelli penali, sarebbero imputabili anche agli enti, dal momento che per il diritto civile a questi sarebbero riferibili le azioni ed omissioni che persone fisiche abbiano compiuto per loro conto in virtù di un rapporto di rappresentanza organica.

Occorrerebbe però chiedersi se, per raggiungere questi obiettivi, sia necessario penalizzare la responsabilità civile, oppure se una risposta più adeguata a tali istanze sia rinvenibile in una responsabilità civile mutata ma autenticamente privatistica.

6.1. *Pene private e principi costituzionali.*

Uno dei problemi che la dottrina si è posta nella riflessione sul possibile recupero delle pene private nel sistema di responsabilità civile riguarda l'eventuale contrasto di queste con i principi del sistema sanzionatorio punitivo espressi nella stessa Costituzione (127).

Si fa in special modo riferimento ai principi di legalità e a quello di personalità della pena di cui agli articoli 25 II° comma e 27 Cost.

Le pene private, infatti, non risulterebbero conformi alla regola *nullum crimen sine lege* in quanto l'antigiuridicità rilevante per il sistema di responsabilità civile riposa nella clausola generale del « danno ingiusto ».

Ancora l'assicurabilità della responsabilità civile renderebbe

costo del principio « *societas delinquere non potest* » nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.

Del resto anche la dottrina civilistica pur riconoscendo *de iure condito* la inammissibilità di una responsabilità penale diretta per le persone giuridiche, non manca di osservare a livello di principi generali come « se la legge attribuisce ad enti ideali la possibilità di volere ed agire per mezzo di persone fisiche considerando volontà propria dell'ente la volontà di quest'ultimo, ... allo stesso modo e nello stesso senso, in cui le persone giuridiche hanno capacità di volere, hanno pure capacità di delinquere » così F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., p. 340.

(127) In particolare P. GALLO, *op. cit.*, p. 189.

difficile la conciliazione tra pene private e principio di personalità.

La dottrina tende a risolvere il problema affermando che tali principi sono garanzie che troverebbero ragione nella tutela dell'individuo da restrizioni della propria libertà personale e quindi andrebbero riferite esclusivamente alle pene detentive o alle sanzioni pecuniarie convertibili in sanzioni detentive e non alle pene private volte ad incidere esclusivamente sul patrimonio del responsabile (128).

Questa potrebbe essere una risposta adeguata per quanto concerne quei principi del sistema sanzionatorio punitivo di tipo garantista quale è il principio *nullum crimen sine lege*.

Il principio della personalità, inteso come intrasmissibilità della pena, invece, pare essere piuttosto un'estensione del principio di effettività: la pena per essere effettiva deve cadere con certezza nella sfera giuridica del responsabile; laddove l'effettività è stata da taluni considerata non una mera regola, ma l'autentica espressione del modo di essere della pena (129); l'incertezza sulla sua irrogazione, infatti, rende inattuabile la stessa funzione cui essa è ordinata: il mantenimento dell'ordine costituito, in quanto la mancata effettività della sanzione finisce per attenuare o addirittura per rendere inoperante la funzione deterrente propria della pena stessa.

Un simile principio dovrebbe quindi trovare espressione in tutti quei rimedi che rappresentino autenticamente una pena e il suo modo di essere per il diritto.

Si apre così una conflittualità nella sostanza insolubile: se si ritiene che le pene private debbano essere ordinate al principio di personalità, le stesse devono essere ritenute inassicurabili anche se operanti nel sistema di responsabilità civile (130).

(128) Così P. GALLO, *op. loc. cit.*

(129) Sul punto F. D'ACOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, cit., p. 309 ss.; Id., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 23.

(130) V. *supra* § 1.

Una simile soluzione, però, finisce per allontanarle dal sistema di tutela contro gli illeciti civili, un sistema che dovrebbe essere posto in primo luogo a garanzia degli interessi privati lesi dall'azione antigiuridica la cui soddisfazione potrà dirsi realizzata, prima che nella certezza della sanzione, nella certezza della compensazione del pregiudizio patito riguardo alla quale l'esistenza di un contratto di assicurazione rappresenta una garanzia.

Se, diversamente, si ritiene che le pene private non debbano essere ordinate al principio di personalità, in cui trova espressione lo stesso « essere » della pena, si può allora mettere in dubbio la loro natura punitiva.

Contro una simile conclusione si potrebbe però, ancora, opporre che nei paesi di *common law*, i quali pure conoscono il principio di personalità, non pare essersi posto il problema della conformità a questo dei *punitive damages*.

In realtà dall'analisi del possibile relazionarsi dei c.d. danni punitivi rispetto a tale principio, per come lo stesso opera nel sistema di *common law*, emerge più una conferma che non una smentita di quanto finora osservato in ordine ad un loro possibile conflitto, in quanto il principio di personalità della pena presenta in tali ordinamenti una peculiare modalità di emersione che tende ad escludere un suo possibile contrasto con i *punitive damages* analogo a quello che potrebbe porsi nei sistemi di *civil law* in genere.

Come abbiamo avuto modo di osservare, infatti, nei paesi di *common law* il principio di personalità della pena subisce varie eccezioni, prima tra tutte quella che riposa nella figura della *vicarious liability* (131). Il problema della conformità dei c.d. danni punitivi ai principi del sistema sanzionatorio punitivo resta allora, aperto e finisce, nel suo porsi all'attenzione degli interpreti, per mettere in discussione l'idea di pena nel sistema di

responsabilità civile quale soluzione alle sopraccitate istanze evidenziate sia dai penalisti sia dai civilisti.

6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo.

Nel considerare l'attenzione che i penalisti hanno rivolto alle pene private abbiamo sottolineato come la stessa nasca dalla necessità di trovare un canale di attuazione del principio di sussidiarietà del diritto penale ulteriore rispetto a quello delle sanzioni amministrative.

Rivedendo, però, le ragioni che hanno mosso gli interpreti del diritto penale a concludere a favore della possibilità di rinvenire nelle pene private un'alternativa alle pene pubbliche, ci si accorge che, forse, nel riferire alla responsabilità civile una natura e una funzione più strettamente penali, si finisce per appesantirla di una veste non sua, impedendole di realizzare quella funzione che le è già propria, indipendentemente dal recupero al suo interno dell'idea di pena; intendiamo riferirci alla funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile, che nella sua riconosciuta polifunzionalità non viene a mancare (132).

Che i rimedi civilistici contro gli illeciti possano rappresentare un'alternativa alla sanzione punitiva penale e che per taluni illeciti « la società appaia garantisce garantita a sufficienza, quando ha assicurato la difesa legale contro di essi, promossa dai privati offesi, e tendente alla loro rimozione o alla riparazione del danno » (133), è una considerazione non nuova.

Sembra, per contro, dubbio che le pene private siano una valida alternativa al sistema di tutela penale contro gli illeciti.

(131) V. sopra § 2.1.

(132) Cfr. S. RODORA, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 600 ss.
(133) Così G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 61.

Si potrebbe, infatti, dubitare che alle stesse non siano applicabili quei principi del sistema sanzionatorio punitivo, quale il principio di personalità e quello di legalità, che rappresentano, come abbiamo visto, una delle ragioni della minor duttilità della tutela penale rispetto a quella civile e che hanno portato la scienza giuridica penalistica a riflettere sull'opportunità di ripensare al sistema di responsabilità civile come alternativa a quello penale.

Ritenere, ad esempio, applicabile il principio della personalità della pena alle sanzioni punitive civili vuol dire mettere in discussione la loro stessa assicurabilità e, quindi, rendere più problematica e dubbia la stessa soddisfazione dell'offeso mediante la riparazione del danno, la cui attuazione in concreto costituiva, come abbiamo visto, una delle ragioni che hanno portato a riflettere sulla opportunità di ritenere sufficiente, per taluni illeciti, la garanzia realizzata mediante i rimedi civilistici.

Pare così discutibile che il mezzo delle pene private sia adeguato al fine di attuare il principio di sussidiarietà della pena, che risulta, forse, più facilmente raggiungibile attraverso una espansione della responsabilità civile e del rimedio di riparazione del danno, tale da rendere la stessa più adeguata a sostenere il carico del processo di depenalizzazione in atto, senza che ciò importi una necessaria penalizzazione del sistema di tutela civile contro gli illeciti.

Anzi è forse nella conservazione della sua più stretta anima privatistica che lo stesso si rende più adeguato allo scopo di rappresentare un'alternativa alla pena in caso di illeciti che coinvolgano interessi privati e che richiedano una tutela più rispondente alle esigenze di questi prima tra tutte quella della riparazione integrale del danno.

Tali conclusioni sembrano del resto trovare conforto in un movimento sincronico che è dato rilevare in recenti interventi del legislatore in sede penale.

Nel processo di depenalizzazione, il legislatore ha riconosciuto spazio al risarcimento del danno all'interno del sistema di responsabilità penale collocandolo, però, in modo tale da lasciarne intatta, così parrebbe, la natura strettamente privatistica.

Intendiamo riferirci ai recenti interventi legislativi in materia di competenza penale del giudice di Pace e di responsabilità degli enti ove le istanze compensatorie, che muovono dalle fattispecie ivi descritte, trovano risposta in strumenti di tipo riparatorio che vengono a porsi su un diverso piano rispetto alla pena e che paiono, pertanto, mantenere la loro anima privatistica sebbene calati all'interno di un procedimento penale.

7. *Considerazioni di riepilogo.*

Il binomio assicurazione e responsabilità civile consolidatosi nel tempo sino a divenire un'endiadi in cui trovano adeguata risposta sia le ragioni di tutela del terzo danneggiato sia le istanze di repressione e prevenzione dei torti, incontra un elemento di frattura nell'idea di risarcimento-pena come sanzione contro gli illeciti civili. La sostanza punitiva di simile rimedio finisce, infatti, a nostro avviso, per riproporre nel sistema di diritto privato i problemi di assicurabilità propri della responsabilità penale.

Di fronte, allora, all'emersione anche nel nostro ordinamento di particolari estensioni della tutela risarcitoria che paiono giustificare solo in una logica punitiva, si è cercato di risolvere il problema relativo all'operatività della copertura assicurativa in tali ipotesi muovendo, non da un ripensamento in ordine alla generale inassicurabilità delle sanzioni punitive, ma da una riflessione sulle possibili interazioni tra risarcimento e pena nel sistema di tutela contro gli illeciti civili orientando l'indagine secondo due possibili prospettive.

In un primo momento abbiamo considerato quelle ipotesi in relazione alle quali è stato in concreto richiamato il concetto di

riparazione in funzione punitiva (134). Si è, così, fatto riferimento a quei casi in cui nella determinazione del *quantum debetur* ai fini risarcitori, il giudice individua nella gravità della condotta illecita del danneggiante il principale parametro del proprio giudizio, ponendo l'accento sull'offesa da sanzionare piuttosto che sul danno da compensare.

Per quanto l'idea di risarcimento-pena, in un simile contesto giuridico, possa risultare un utile compromesso in termini qualificatori, la possibilità di rinvenire in tali interventi riparatori un'autentica sanzione punitiva civile deve essere, a nostro avviso, messa in discussione attraverso una ridefinizione dell'idea di risarcimento-pena come mezzo di tutela da collocare in una dimensione giuridica propriamente punitiva ponendo, quindi, fuori da tale categoria tutte le ipotesi risarcitorie che paiono assimilabili all'idea di pena per la sola connotazione punitiva dei criteri di determinazione del *quantum*.

In un secondo momento, tenuto conto delle istanze dalle quali muove l'interesse per l'idea di risarcimento-pena, si è osservato come una simile categoria, ove mai fosse presente nel nostro ordinamento, risulterebbe minata al suo interno da insani contrasti.

Un siffatto rimedio sanzionatorio, infatti, finirebbe per essere o un risarcimento che non risarcisce, perché le ragioni del danneggiato sarebbero tradite dalla generale inassicurabilità delle sanzioni punitive, o una pena che non punisce, perché, se per tutelare la vittima dell'illecito si ammette l'operatività, anche in tal caso, della copertura assicurativa, si viola lo stesso principio di effettività della pena.

Le nostre conclusioni a favore della piena assicurabilità della responsabilità civile muovono allora, non da un atteggiamento positivo di apertura rispetto alla assicurabilità delle sanzioni

(134) V. *supra* p. 188 ss.

punitive civili (135), ma piuttosto da una chiusura rispetto alla stessa operatività nel nostro ordinamento di tecniche di tutela assimilabili ai *punitive damages* propri del sistema di *common law*.

(135) Recentemente, con particolare riferimento ai danni esistenziali, è stato sollevato il problema della inassicurabilità dei danni soggettivi sotto il profilo della loro non indemnizzabilità. Si è rilevato, infatti, come « a meno di non voler essere fautori del trionfo indennitario del danno *in re ipsa*, si può ritornare, limitatamente al danno esistenziale, al principio della non indemnizzabilità dei danni soggettivi e quindi della loro non assicurabilità »: così F. PECCENINI, *Rischio assicurativo e danno esistenziale*, in *Contr. Impr.*, 2002, p. 137. Simili osservazioni non sembrano però tener conto del rimensionamento del rilievo causale del principio indennitario nelle assicurazioni contro i danni. Cfr. A. DONATI-G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 111.

PARTE III
I CONFINI DEL RISCHIO ASSICURABILE
NEL PROCESSO DI DEPPENALIZZAZIONE

CAPITOLO I
POSSIBILI APERTURE ALL'ASSICURABILITÀ DELLA
RESPONSABILITÀ PENALE NELLA CRISI
DELLA SANZIONE PUNITIVA

SOMMARIO: 1. Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva. — 2. Assicurazione e illecito penale. — 3. Il fenomeno della *Insurance for Criminal Acts* in America. — 3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai *criminal acts*. — 3.2. La mancanza di un *unforeseen event* come limite ad un possibile *insurance coverage for criminal acts*. — 3.3. *Insurance for criminal acts*: Questioni di *public policy*. — 4. Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della *Wiedergutmachung* con lo strumento assicurativo.

1. *Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva.*

Come nel sistema della responsabilità civile la crisi della tutela risarcitoria porta gli interpreti a leggere nei nuovi confini del risarcimento del danno l'emersione dell'idea di pena all'interno del diritto privato, così nella generale crisi del sistema sanzionatorio punitivo compare l'idea di riparazione del danno quale via, attraverso cui attuare il principio di sussidiarietà del diritto penale, alternativa rispetto alle sanzioni amministrative.

Tre le linee in cui si viene a determinare la crisi dello strumento sanzionatorio punitivo: un ampliamento della discrezionalità del giudice che finisce per rappresentare una minaccia per lo stesso principio di legalità della pena, una maggiore flessibilità nell'intervento punitivo e una autentica « fuga dalla pena detentiva » (1), che porta la dottrina a riflettere sulla stessa

(1) L'espressione è di F. GIMTA, *op. cit.*, p. 415, il quale richiama sinteticamente anche gli altri profili della crisi del sistema sanzionatorio punitivo.

Sulla crisi della pena detentiva quale espressione della funzione penale cfr. inoltre

necessità di ricollocare il diritto penale come « strumento eccezionale di *extrema ratio* per la tutela della « frammentarietà » di beni giuridici essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale » (2).

In controtendenza rispetto ad una certa spinta inflazionistica che aveva finito per rendere pervasiva la tutela penale nel contesto delle risposte dell'ordinamento agli illeciti, sembra che l'attenzione del legislatore sia ultimamente piuttosto volta alla ricerca di tecniche di tutela diverse dalla sanzione penale.

È con riferimento a quest'ultimo aspetto che l'idea di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del fatto costituente reato prende corpo quale possibile alternativa alla pena (3).

Del resto il processo di depenalizzazione, attuatosi mediante la progressiva conversione di illeciti penali in illeciti amministrativi sanzionati con pene pecuniarie, non sembra aver portato a risultati ottimali in tal senso.

Come ha rilevato un autorevole studioso, che in più occasioni ha avuto modo di prendere posizione sulla sussidiarietà del

in special modo T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 245 ove l'A. arriva alla conclusione che « la spaziosa ricerca di alternative alla detenzione costruisce(e) già di per sé un segno di profonda sfiducia non solo nell'efficacia, ma nella stessa legittimazione positiva del sistema di controllo sociale che su di essa continua a reggersi ».

(2) Così F. BARCOIA, *Carattere « sussidiario » del diritto penale e oggetto di tutela*, cit., p. 189.

(3) L'idea che il risarcimento possa spiegare i suoi effetti al di là del mero ristoro del pregiudizio subito dalla vittima in ragione dell'illecito altrui come strumento di tutela degli interessi della società ha trovato in particolare espressione nella scuola positiva. Cfr. R. GAROFALO, *op. loc. cit.*; E. FERET, *Sociologia criminale*, vol. II, Torino, 1930, 5^a ed., con note a cura di A. Santoro, p. 244.

In tempi più recenti tale tesi sembra aver incontrato un rinnovato interesse in due diversi orientamenti: da un lato il risarcimento viene inteso come vera e propria sanzione penale (K. SASSAR, *Schuldenschiedelungsmachung in einer häufigen Kriminalpolitik*, in *Festschrift für Leferenz*, 1983, p. 145); da un altro si ammette la rilevanza all'interno del sistema di responsabilità penale dello strumento della riparazione distinguendo, però, quest'ultima sia dalla riparazione in senso civile sia dall'idea di sanzione penale. Si vorrebbe per tal via ad ammettere la presenza di un terzo sistema misto tra diritto civile e diritto penale (C. ROVIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 3 ss.).

diritto penale, « in definitiva la depenalizzazione operata dalla legge n. 689 è servita soltanto a ridurre momentaneamente l'area dell'illecito penale e a soddisfare ragioni pratiche, soprattutto l'esigenza di ridurre (ma è poi vero?) il carico giudiziario; ma non è servita a ridefinire, in adesione alla concezione sussidiaria (in chiave costituzionale) del diritto penale, l'oggetto del reato in rapporto alle altre forme di illecito extrapenale » (4).

Accanto a non nuove osservazioni in ordine alla possibilità di trovare nel sistema di responsabilità civile una possibile alternativa alla tutela penale (5), sembra emergere la tendenza del legislatore ad importare all'interno del sistema della responsabilità penale la riparazione dei pregiudizi relativi ad un fatto costituente reato.

Intendiamo in particolare riferirci agli interventi legislativi in materia di competenza penale del giudice di pace ed in materia di responsabilità degli enti.

Così l'art. 35 del d.lgs. 2.8.2000 n. 274 prevede che « il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ».

Per tal via si riconosce rilevanza all'avvenuta compensazione delle risultanze pregiudizievoli del reato ai fini dell'estinzione dello stesso. L'aspetto che, forse, in tale contesto normativo, presenta caratteri maggiormente innovativi è il modo in cui vengono a relazionarsi responsabilità civile e responsabilità penale.

(4) Tali perplessità sono espresse da F. BARCOIA, *op. cit.*, p. 220.

(5) Sulla possibile alternatività tra rinvii civili e penali contro gli illeciti prelesivi sono le già più volte da noi richiamate considerazioni di G. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 55 ss. Cfr. in tal senso più recentemente F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 64 ss.

Prima di tale intervento legislativo non parevano esservi dubbi sul fatto che illecito civile e illecito penale vivessero di vita propria come monadi distinte operanti separatamente, talché il responsabile di un torto, che avesse rilevanza sia sul piano civile che su quello penale, poteva trovarsi ad essere passibile cumulativamente, e non alternativamente, della irrogazione di una pena in sede penale e di una condanna al pagamento di una determinata somma a titolo di risarcimento danni in sede civile.

In virtù del d.lgs. 2.8.2000 n. 274, per i reati di cui all'art. 4 del medesimo, pena e riparazione vengono a sovrapporsi in quanto quest'ultima può escludere l'irrogazione della prima secondo le modalità e i limiti di cui all'art. 35.

Siamo, quindi, di fronte ad una rilevanza della tutela di tipo compensatorio per fatti costituenti reato diversa rispetto a quanto previsto all'art. 185 c.p. ove semplicemente si afferma che: « ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili » e che « ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento », il quale, però, verrà ad operare in via cumulativa rispetto alla sanzione penale.

Una comprensibile resistenza a rompere con gli schemi concettuali del passato potrebbe, allora, indurre gli interpreti a distinguere la « riparazione » di cui all'art. 35 d.lgs. 2.8.2000 n. 274 dal risarcimento del danno da reato rilevante ai fini civili, mantenendo la duplicità dei sistemi di tutela contro i torti: responsabilità civile e responsabilità penale.

Un simile ragionamento apre, però, ad una serie di interrogativi: sul piano teorico, in ordine alla riconducibilità di tali forme di riparazione all'idea di pena e, sul piano applicativo, riguardo alla possibile riferibilità a tale rimedio delle regole e dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo sui quali tra l'altro si fonda l'assicurabilità della responsabilità penale.

Da notare, peraltro, come la norma in esame non rappresenti ormai più una disposizione isolata. Il meccanismo dell'estinzione del reato in conseguenza di condotte riparatorie e ripristinatorie

del reo è stato, infatti, recepito anche nella più recente riforma dei reati societari (6).

Ancora il d.lgs. 8.6.2001 n. 231 riconosce rilevanza all'avvenuta riparazione delle conseguenze dannose dell'illecito ai fini della determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria da irrogarsi a carico dell'ente responsabile.

In particolare all'art. 12 di tale decreto il legislatore ha previsto che « La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso. »

Si ammette, altresì, che la riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito abbia efficacia in primo luogo ai fini dell'esclusione della possibile irrogazione di misure interdittive a carico dell'ente.

All'art. 17 di tale decreto si prevede, infatti, che « Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso. »

Sembra quindi che il legislatore abbia riconosciuto effetti penali alla compensazione dei pregiudizi determinati in conseguenza dell'illecito altrui.

Non è, comunque, nuovo il meccanismo mediante il quale si attribuisce rilevanza, all'interno del procedimento di condanna del soggetto penalmente responsabile, anche ad eventuali interventi riparatori delle conseguenze dannose dell'illecito.

Basti pensare a quanto previsto all'art. 62 n. 6 ove « l'avere, prima del giudizio, riparato interamente il danno mediante il

(6) V. *infra* capitolo II § 4.3.

risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni» rappresenta una circostanza attenuante comune (7).

Con particolare riferimento alla responsabilità degli enti, però, il riconoscimento di particolari effetti della riparazione ai fini della determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria o della irrogazione di sanzioni interdittive impone di ripensare alla possibilità di rinvenire nelle sanzioni amministrative una doppia anima: sanzionatoria e compensatoria ad un tempo.

Del resto gli Autori che per primi si sono interrogati sulla natura delle sanzioni amministrative si erano mossi proprio in tale direzione (8); sono stati gli interventi legislativi successivi, in particolare la L. 24.11.1981 n. 689, ad avvicinare le sanzioni amministrative a quelle penali estendendo alle prime regole proprie delle seconde quali la personalità e la intransmissibilità della pena.

È prevalso allora in dottrina l'orientamento c.d. «unitarista» che tende a marginalizzare le differenze tra sanzioni amministrative e sanzioni penali riconducendo entrambe alla più generale categoria delle sanzioni punitive (9).

(7) Si tratta di una norma su cui avremo modo di incentrare la nostra attenzione nel prosieguo del discorso in quanto è su di essa che si è sviluppato un certo dibattito giurisprudenziale sulla natura di tali interventi riparatori aventi rilevanza all'interno del procedimento penale di condanna del responsabile e sull'operatività in tali ipotesi del meccanismo assicurativo. V. *amplicus infra* capitolo 2, § 3.

(8) Cfr. A.D. BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni civili ed amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 394 ss.; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, 8^a ed., Milano, 1960, pp. 263-264; E. CARACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 131 ss.

Altri, pur riconoscendo la natura affittiva della sanzione amministrativa, la distinguono dalla sanzione penale. Lo stesso procedimento di comminazione ad opera della pubblica amministrazione, infatti, fa pensare che si tratti di atti complementari all'esercizio della funzione della pubblica amministrazione. In tal senso G. ZANONENI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 500 ss.; Id., *Sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 10 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, p. 249; C.E. PALERMO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1989, p. 345 ss.

(9) Così R. CORDEMO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, p. 3 ss.; L. DEL FENDECO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, p. 22 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del consi-*

Il rilievo riconosciuto, all'interno del meccanismo di irrogazione delle relative sanzioni amministrative in materia di responsabilità degli enti, ad interventi del responsabile volti ad eliminare possibili cause di danno o a compensare i pregiudizi arrecati, impone di ripensare a tali conclusioni.

Resta però ancora aperto il quesito relativo alla natura di simili strumenti compensatori: siamo in presenza di una tecnica di tutela autenticamente privatistica nella natura e nella funzione in quanto ordinata a compensare i pregiudizi subiti dall'offeso, o siamo in presenza di un autentico rimedio penale come tale ordinato alle regole e ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo?

La strada più facile da percorrere parrebbe la seconda in quanto non importa particolari sconvolgimenti a livello concettuale: si mantiene ferma l'idea classica di pena come afflizione del reo mediante la quale operare la ricostruzione dell'ordine violato e si collocano tali forme di riparazione all'interno di una logica punitiva; il che vuol dire ridurre l'operatività della riparazione nel diritto penale ad una pura parvenza nominale vedendo nella stessa un'autentica pena pecuniaria distinta dalle sanzioni penali solo perché è corrisposta ad un privato e non è convertibile in pena detentiva (10).

Questa ricostruzione lascia, però, aperti degli interrogativi sul piano interpretativo in primo luogo per quanto concerne la stessa individuazione di ragioni plausibili che possano giustificare l'impiego del termine «riparazione» in modo da farlo coincidere nel contenuto col senso attribuito al diverso sintagma «pena pecuniaria».

giolo), in *Illecito penale amministrativo verifica di un sistema. Profili penalistici e processualistici*. Atti del convegno di Modena 6-7 dicembre 1985, Padova, 1987, p. 13 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1984, p. 922 ss.; F. SCUBER, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. Pen.*, 1983, p. 253 ss.

(10) Si tratta dell'atteggiamento che ha portato ad escludere l'assicurabilità di tali ipotesi di riparazione delle conseguenze dell'illecito. V. *amplicus infra* p. 353 ss.

Né una soluzione al problema pare rinvenibile recuperando la partizione teorica operata dalla dottrina con riferimento all'art. 38 del codice Zanardelli che distingueva il risarcimento, quale tecnica di tutela privatistica, e la riparazione, quale complemento della pena (11).

Abbiamo avuto modo di prendere posizione sul punto osservando che, avuto riguardo all'atteggiamento della giurisprudenza italiana e straniera, lo strumento della riparazione, intesa come compensazione di perdite non risarcibili in senso stretto, non fuoriesce dalla logica privatistica della ricostruzione degli interessi privati lesi dal torto altrui (12).

Riconoscere nel termine riparazione, di cui alle sopraccitate disposizioni di legge penale, il riferimento a tecniche di tutela di tipo propriamente compensatorio importa un profondo ripensamento della stessa idea di pena, la quale, per talune ipotesi di reato, si presenta come uno strumento volto a « dissolvere l'ordine violento provocandone il superamento, imponendo, quindi, dove è negata, la mediazione con chi gli si oppone » (13).

Per tal via l'idea di pena viene a coincidere con quella di riparazione in quanto questa figura essere l'unico strumento mediante il quale « ricomporre una traumatica interruzione di rapporti sociali, rimediare alle conseguenze — finché vi sono delle conseguenze su cui operare — del delitto » (14).

Si viene così a creare una ricostruzione dei rapporti tra pena e riparazione speculari rispetto a quanto emergeva nell'idea di pena privata.

In tal caso era il diritto privato che subiva una penalizzazione nel rinvenimento di una logica più strettamente punitiva all'interno di quelli che abbiamo chiamato rimedi *latro sensu* risarcitori

(11) Cfr. in particolare G. PAOLI, *op. cit.*, p. 179.

(12) V. *supra* Parte II capitolo 1 § 13.

(13) Così F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, Padova, 2001, p. 96.

(14) Anche queste parole sono di F. CAVALLA, *op. cit.*, p. 97 il quale peraltro richiama il pensiero sul punto di N. AMARO, *Diritto, Delitto, Carcere*, Milano, 1987, p. 93.

In questa ipotesi, invece, è il diritto penale che individua le sanzioni, contro talune particolari ipotesi di reato, in strumenti improntati ad un'idea di « giustizia penale conciliativa » (15) ovvero di una giustizia penale ordinata, non all'afflizione del reo, ma la ricomposizione del conflitto che si è determinato in ragione dell'illecito.

Modificare il concetto di pena in tal senso, però, impone altresì di riflettere sugli stessi principi cui è improntato il sistema sanzionatorio punitivo primo tra tutti il principio di personalità e di intrasmissibilità della pena.

Orientare il diritto penale alla conciliazione tra vittima e reo, importa, infatti, di riflettere anche sulla stessa possibilità di permettere l'operatività di quegli strumenti mediante i quali si rende possibile una composizione del conflitto determinatosi in seguito al reato, tra i quali riteniamo di poter annoverare il contratto di assicurazione che rappresenta, nella sostanza, una garanzia delle pretese risarcitorie dell'offeso.

Una terza via per qualificare l'emersione di tali fenomeni riparatori potrebbe essere quella di lasciare immutata l'idea di pena riconoscendo nelle ipotesi, nelle quali si attribuiscono effetti penali alla riparazione del danno da reato, tecniche di tutela alternative propriamente civilistiche.

In siffatta logica si può, forse, riflettere sulla reale dualità dei sistemi di responsabilità, una dualità che risulta precaria in ragione delle stesse difficoltà incontrate da chi abbia cercato di individuare dei parametri attraverso i quali compiere una partizione tra illecito penale e illecito civile sul piano ontologico oltre che una distinzione meramente formale legata all'operatività delle

(15) Si tratta di una espressione ricorrente nei recenti dibattiti dottrinali che ha trovato impiego anche nel titolo di un recente convegno tenutosi a Trento il 25-26 giugno 2001 i cui atti sono stati pubblicati nell'omonimo volume « Verso una giustizia penale 'conciliativa'. Il volto delineato dalla legge penale sulla competenza penale del giudice di pace », a cura di L. Picotti G. Spangher, Milano, 2002, p. 149 ss.

diverse regole di procedura che regolano l'irrogazione della pena e la condanna al risarcimento dei danni (16).

Se si ipotizza che una simile partizione sia una pura sovrastruttura ideale e si riflette sulla possibilità di tornare ad un unitario concetto di torto, allora, l'unica partizione che risulta possibile è quella tra tecniche di tutela pubblicistiche, improntate alla ricostituzione dell'ordine violato, e tecniche di tutela priva-

(16) Tra i principali tentativi di operare una partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale, oltre a quella fondata sulla dicotomia risarcimento e pena (v. *amplicius supra* parte I, capitolo 3, § 4), possiamo ricordare la possibile chiave di lettura che l'analisi economica del diritto offre al riguardo. Cfr. R.A. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Columbia L. Rev.*, 85, (1985), p. 1201; A.K. KLEWORTH, *Legal theory and Economic Analysis of Torts and Crimes, ibid.*, p. 905 ss.; R. COOPER-T. UHLEN, *Law and Economics*, Glenview, Illinois, 1988, p. 511-513, i quali tendono a collocare la responsabilità penale quasi in una posizione di necessario complemento della responsabilità civile ogniqualevolta la tutela compensatoria non risulti avere un sufficiente potere deterrente.

Per tal via si rischia, però, forse, di porre la responsabilità penale in un rapporto di mera accessorialità rispetto a quella civile.

Merita ancora menzione al riguardo la posizione di G.P. FLETCHER, *A Transaction Theory of Crime?*, in *Columbia L. Rev.*, 85, (1985), p. 921 ss., il quale vede nella sostanziale a-moralità della responsabilità civile la caratteristica che vale a distinguere dalla responsabilità penale. L'A. non manca di richiamare nelle sue pagine le osservazioni di R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1975, p. 67 che individua nella *Criminal Law* un intervento residuale dello Stato sugli individui ogni qualvolta ci si trovi in presenza di reati aventi una peculiare risonanza a livello sociale.

Riconosce il fondamento della *criminal law* nella « *moral culpability* » e nell'azione di punire « *moral wrongs* » J. HALL, *Interrelations of Criminal Law and Torts*, in *Colum. L. Rev.*, 43 (1943), p. 771-775.

Una peculiare attenzione alla gravità della condotta illecita dal punto di vista dello stato soggettivo del responsabile nella partizione tra responsabilità civile e penale, sembra trovare riscontro nelle pagine di R. EPSTEIN, *Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles*, in *Assessing the Criminal Restitution, Retribution, and the Legal Process*, 1977, pp. 247-248.

Simile osservazione sembrerebbe particolarmente rispondente al nostro sistema in cui per gli illeciti civili extraccontrattuali, a differenza di quelli penali, si ha una generale irridenzia dello stato soggettivo del responsabile e della natura dolosa o colposa della sua condotta. Potremmo così dire che il risarcimento varia in relazione alla gravità del danno e non della gravità della condotta.

Occorre, però, al riguardo rilevare come nella determinazione del *quantum debetur* il giudice possa ricorrere a criteri di tipo equitativo dando per tal via rilievo a parametri diversi dall'entità del danno prodotto dall'illecito tra i quali potrebbe figurare anche la gravità della condotta del responsabile.

tistiche, improntate alla ricostituzione della sfera dei privati lesi dall'azione antigiuridica altrui.

Senza voler tornare ad una prospettiva propriamente pancivista del possibile modo di porsi dell'ordinamento di fronte agli illeciti (17), si può allora, forse, concludere che le norme sopracitate in materia di riparazione delle conseguenze del reato andrebbero lette non tanto sotto il profilo di un possibile sconvolgimento sul piano concettuale nella partizione teorica tra pena-risarcimento, ma come il segno di un arretramento delle tecniche di tutela di tipo sanzionatorio punitivo rispetto a quelle di tipo compensatorio.

La riparazione delle conseguenze del reato, ancorché calata all'interno di un procedimento penale, manterrebbe immutata la sua natura privatistica caratterizzata dalla più stretta funzione compensatoria cui è improntata (18); il che varrebbe ad escludere la riferibilità a tali rimedi di quelle regole e principi propri del sistema sanzionatorio punitivo (19), su cui è fondata l'insicurezza della pena (20).

(17) Di pancivismo venivano accusate le teorie di Carnelutti sul possibile relazionarsi tra danno e reato. Sul punto F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 923.

(18) Del resto in tal senso ci sembra che muovano le conclusioni di H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Napolone*, I, Milano, 1991, p. 304.

(19) Simili conclusioni imporrebbero anche di ripensare alle obiezioni sollevate da quanti negavano l'ammissibilità dell'impianto dello strumento riparatorio all'interno della responsabilità penale in quanto lo stesso sarebbe risultato in contrasto con i principi cui è improntato, principi che trovano consacrazione nella stessa Carta Costituzionale e che sono pertanto inviolabili anche da parte del legislatore.

L'obbligazione risarcitoria, infatti, è legata al dato contingente del danno che s'erge alla possibilità di ancorarne la determinazione a precisi limiti ediziali fissati a priori dal legislatore e quindi, ove nello stesso fosse identificabile una sanzione punitiva penale, questo risulterebbe in contrasto con il principio *nulla poena sine lege*. Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 865 ss. in particolare p. 887.

Vero è, se la riparazione spiegasse i suoi effetti nel diritto penale mantenendo ferma la sua anima privatistica sembrerebbe discutibile che agli stessi vadano riferiti i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

(20) V. *amplicius supra* parte I, capitolo 3, § 3.

Saremmo allora ancora in presenza di sanzioni che mirano alla ricostruzione della sfera soggettiva della vittima del reato e che, in quanto tali, trovano nel meccanismo assicurativo un utile complemento e non un limite alla attuazione del fine cui sono preposte dall'ordinamento.

Una simile prospettiva nella sostanza non muta molto i termini del problema rispetto al precedente profilo ricostruttivo fondato su un'idea di pena come riparazione: in entrambi i casi si individuano margini di negoziabilità in ordine alle conseguenze di un illecito penale, margini che sembrano ridimensionare l'assioma dell'assicurabilità della responsabilità penale che era giustificatamente fondato su un'idea di pena come espressione dell'*actorias* statuale sugli individui.

Di fronte ad uno spostamento dell'attenzione del legislatore penale dall'offesa alla vittima sembra allora necessario anche ripensare ad un possibile relazionarsi, in senso positivo, della responsabilità penale con il contratto di assicurazione quale garanzia della materiale soddisfazione delle pretese risarcitorie della vittima stessa.

2. Assicurazione e illecito penale.

Nel ricostruire le origini storiche dell'assicurabilità della responsabilità penale, abbiamo preso atto di come tale limite andasse riferito non ad una assoluta inconciliabilità tra meccanismo assicurativo e illecito penale, ma ad una sostanziale commutabilità all'ordine pubblico di parti che siano volti ad estendere il rischio assicurabile alle conseguenze penali del illecito (21).

L'assicurabilità della responsabilità penale deve essere, quindi, letta come una più ristretta inassicurabilità della pena. Sono, infatti, i principi del sistema sanzionatorio punitivo, primo

tra tutti il principio di effettività, che troverebbero nel contratto di assicurazione un meccanismo elusivo (22).

Pertanto i confini del rischio assicurabile si estendono anche nella responsabilità penale nei limiti, però, delle conseguenze dell'illecito diverse dalla pena. Basti pensare, al riguardo alle spese processuali in cui incorre chi è imputato o anche solo indagato in un procedimento penale.

Al riguardo una delimitazione del rischio un tempo di norma contenuta nell'assicurazione spese legali e nell'assicurazione della responsabilità civile concerneva esclusione della copertura delle spese derivanti da procedimenti penali la quale veniva, generalmente, motivata sotto il profilo della liceità in quanto simili perdite rappresenterebbero la diretta conseguenza dannosa di una attività contraria a norme penali (23).

Si motiva così la nullità della suddetta copertura assicurativa attraverso una discutibile equiparazione tra le stesse e la pena in contrasto con l'orientamento di dottrina e giurisprudenza maggioritarie le quali rilevano come le spese processuali, non rappresentano una componente sanzionatoria del precetto penale, ma risultano essere la conseguenza dell'instraduzione di un procedimento penale a carico dell'assicurato, evento questo peraltro non dipendente da una accertata responsabilità dello stesso (24).

Del resto nel Progetto Mossa del capo del nuovo codice di commercio relativo all'assicurazione al punto LV, in materia di assicurazione della responsabilità civile, si prevedeva che « l'as-

(22) v. *supra* parte I, capitolo 1, § 42.

(23) « In base al noto principio per il quale non è assicurabile la responsabilità penale, non è assicurabile il debito per le pene e sono escluse le spese di giustizia penale »: così A. DONATI, *op. cit.*, p. 445.

(24) Le spese del procedimento penale sono considerate « un'obbligazione civile *ex lege* », e come tali non facenti parte della sanzione, sia dalla dottrina (M. GARAVELLI, voce *Spese del procedimento*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 562) sia dalla giurisprudenza la quale applica alle spese legali il termine decennale di prescrizione proprio delle obbligazioni civili (Cass. 31-1-1994, in *Cars. Pen.*, 1995, 2246).

(21) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 3.

sicurazione comprende le spese dei processi civili e penali necessari alla difesa dell'assicurato contro le pretese del terzo ».

Già nei progetti per la riforma dei codici si era, quindi, orientati nel senso di ammettere l'assicurabilità di simili spese ed il successivo silenzio del legislatore è da ascrivere all'intento di ampliare i confini dell'autonomia privata nella individuazione e delimitazione del rischio assicurato.

Altre conseguenze dell'illecito penale diverse dalla pena, come tali assicurabili, possono essere rinvenute nella riparazione dei danni determinatisi nella sfera dell'offeso in relazione al torto altrui.

Tale affermazione non pone problemi con riferimento all'obbligo di riparazione fondata sul combinato formato dagli artt. 2043 o 2059 c.c. e art. 185 c.p. (25).

La questione può, invece, risultare controversa con riferimento alle riparazioni produttive di effetti penali. Si pensi nuovamente alla riparazione estintiva del reato ex art. 35 d.lgs. 2.8.2000 n. 274 o alla riparazione avente effetti sulla determinazione della pena di cui all'art. 62 n. 6 c.p. e agli artt. 12 e 17 d.lgs. 8.6.2001, n. 231.

I penalisti si sono occupati del problema sotto il profilo della rilevanza ai fini penali della riparazione operata mediante l'intervento dell'impresa assicuratrice (26). Altra è però la questione, di cui andremo ad occuparci, in ordine alla possibile efficacia dell'obbligazione civile indennitaria dell'assicuratore anche con riferimento a siffatte perdite pecuniarie.

3. Il fenomeno della Insurance for Criminal Acts in America.

Il problema dell'assicurabilità delle conseguenze penali dell'illecito assume un rilievo peculiare nel diritto americano, il

quale conosce, all'interno della più lata categoria delle *not incarcerative sanctions*, la possibilità di irrogare, a carico del responsabile, somme di denaro a favore della vittima del reato (27).

Per tal via la tendenziale commistione tra *Tort Law* e *Criminal Law*, da noi più volte sottolineata con riferimento ai c.d. danni punitivi (28), riemerge sotto un diverso profilo: quello delle sanzioni penali.

Mentre riguardo ai *punitive damages* abbiamo parlato di rimedi civili nella forma ma penali nella sostanza, riguardo alle *restorations* possiamo dire di essere di fronte a sanzioni penali nella forma, perché irrogate a seguito di un procedimento penale, ma civili nella sostanza in quanto si tratta di somme di denaro di cui beneficerà la vittima del torto e che sono, tendenzialmente, finalizzate alla compensazione del pregiudizio da questa patito.

Si può allora concludere che proprio la difficoltà di compiere partizioni tra tali sistemi sanzionatori rende più complessa anche la stessa distinzione tra assicurabilità della riparazione delle conseguenze dell'illecito e inassicurabilità della pena e finisce per tradurre i termini della questione in un più generale problema di liceità di una copertura assicurativa dei *criminal acts* (29).

Tre i profili in cui potremmo cercare di sistemare le possibili vie di emersione del problema: l'interpretazione letterale del testo delle polizze di *habibity insurance* in cui il riferimento testuale all'esistenza di un « *damage* » da indennizzare sembra costituire un ostacolo alla estensibilità dell'obbligazione dell'assicuratore anche alle spese che non sono riconducibili a tale categoria.

Ancora l'assicurabilità dei *criminal acts* potrebbe risultare contraria al principio di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato. Si tratta di un'asserzione pressoché incomprensi-

(27) Anche nell'ordinamento inglese il *Criminal Justice Act* del 1972 ha previsto ipotesi di pene pecuniarie da corrispondere alla vittima.

(28) V. *supra* parte II, capitolo 2, § 2.

(29) Sul punto M. F. ARYWARD, *Does crime pay? Insurance for criminal Act*, in *Def. Counsel J.*, 1998, p. 185 ss.

(25) Sulla natura compensatoria privatistica della riparazione dei danni morali v. *amplicius supra* parte II, capitolo 2, § 4.

(26) V. *infra* capitolo 2, § 3.

bile per il giurista continentale il quale non tenga conto del fatto che la *Criminal Law* americana è caratterizzata da una tendenziale irrilevanza penale degli illeciti colposi. Ne segue che i *criminal acts* sono in genere intenzionali e quindi inassicurabili in base alla regola della inassicurabilità del dolo.

Infine il problema di una possibile relazionabilità in positivo dei termini assicurazione e responsabilità penale trova un ostacolo nel giudizio di *public policy*. Occorre, infatti, chiedersi fino a che punto la copertura assicurativa delle perdite pecuniarie, in cui incorre il reo, risulti contraria agli scopi che l'ordinamento si propone di realizzare con la condanna del responsabile al pagamento delle stesse.

Questo profilo rappresenta in vero il punto nodale entro cui muovono le altre due prospettive. La *public policy* può, infatti, rappresentare un limite ad un'eventuale interpretazione estensiva della regola contrattuale: non si può ritenere incluso, in via interpretativa, un rischio che dovrebbe rimanere escluso perché non conforme ai limiti che l'ordinamento pone alla stessa *enforceability* della relativa pattuizione.

Ancora una valutazione in termini di *public policy* rappresenta una delle possibili strade attraverso cui è dato ammettere, in talune ipotesi, l'assicurabilità degli *intentional acts*: laddove, infatti, risultino prevalenti le ragioni di tutela della vittima rispetto a quelle di prevenzione e deterrenza degli illeciti, potrebbe doveroso, in una logica di *public policy*, estendere l'obbligo dell'assicuratore fino a coprire la riparazione del pregiudizio patito dalla vittima in conseguenza dell'illecito altrui anche dolo.

3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai criminal acts.

Alcune Corti hanno trovato una risposta al problema dell'assicurabilità dei *criminal acts* negli stessi testi delle polizze.

Così la *Court of Appeal* californiana ha escluso la estensibilità dell'obbligo indennitaria dell'assicuratore a *monetary fines* o *penalties* in quanto non si tratterebbe di « *damages* » cui la polizza espressamente si riferisce (30).

Quello che sorprende in tale decisione è la mancanza di ogni riferimento ad una verifica della rispondenza di una diversa lettura, oltre che alla lettera delle clause contrattuali, anche alla *public policy*.

La copertura di *criminal sanctions*, per le ragioni da noi più volte richiamate, dovrebbe, infatti, in primo luogo, porre perplessità circa la conformità di una simile regola rispetto ai fini di prevenzione e deterrenza degli illeciti cui le stesse sono indirizzate.

Sembra, invece, che i giudici californiani abbiano preferito trincerarsi dietro un'asserita chiarezza del dato letterale per evitare di dover operare un bilanciamento tra interessi alla prevenzione e interessi alla riparazione.

3.2. La mancanza di un unforeseen event come limite ad un possibile insurance coverage for criminal acts.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, due sono i fondamenti della regola dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi: la prevenzione delle condotte anti-giuridiche e l'aleatorietà del contratto di assicurazione (31).

Presupposto del contratto di assicurazione è il rischio inteso come possibilità oggettiva di accadimento di un dato evento (32). Ne segue che i limiti di assicurabilità sono disegnati in relazione alla accidentalità dell'evento assicurato in quanto la intenzionalità dello stesso tramuterebbe il rischio in certezza.

Prima ancora che sulla natura aleatoria del contratto, l'inas-

(30) *Pertik v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 279 Cal Rptr. 498 (Cal App. 1991).

(31) V. *supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(32) V. *supra* p. 18.

sicurabilità degli atti intenzionali risulta fondata su ragioni di prevenzione dei torti in quanto assicurare un soggetto anche per le perdite che siano la diretta conseguenza di una sua condotta intenzionale potrebbe risultare contrario al principio di auto-responsabilità e rappresentare, pertanto, un incentivo per questi alla commissione di illeciti.

Ad una simile logica sembrano rispondere le clause che limitano il rischio assicurato ai « *results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured* ».

Occorre al riguardo precisare che le Corti americane, in ipotesi di *liability insurance*, tendono a qualificare come intenzionale la condotta del responsabile laddove la stessa risulti « *inherently harmful* », ovvero risulti connotata da una « *violent nature* » (33).

Il punto è che lo stesso sintagma « *violent conduct* » è suscettibile di interpretazioni. Così, sebbene in genere i reati di *kidnapping* siano ritenuti esclusi dalla copertura assicurativa in quanto implicanti appunto una « *violent conduct* » (34), in alcuni casi le Corti hanno affermato che un eventuale *claims of kidnapping* non importa una condotta qualificabile in tali termini e quindi non importa alcuna esclusione dalla copertura assicurativa (35).

In altri casi i giudici, pur non negando la natura intenzionale dell'atto, hanno ritenuto l'esclusione della copertura in ipotesi di « *intentional and criminal act* », espressamente contenuta nella polizza, in contrasto con la garanzia oggetto di un contratto di

(33) Cfr. *Western Nat'l Assurance Co. v. Hecker*, 719 P. 2d 954 (Wash. App. 1986). In caso di *sexual molestation* però le Corti americane hanno precisato come la convinzione di non nuocere alla vittima non metta in discussione la mancanza del consenso della stessa. Cfr. *Merced Mut. Ins. Co. v. Mendez*, 261 Cal. Rptr. 279 (Cal. App. 1989).

(34) Vedi *King v. Prudential Property & Cas. Ins. Co.*, 684 F. Supp. 347 (D. N.H. 1988).

(35) Cfr. *Leibert v. Concord GenCorp.*, 655 S.W. 2d 1166 (La. 1996).

assicurazione che espressamente estendeva la garanzia assicurativa anche ad ipotesi di responsabilità per « *personal injury* » (36).

Per tal via si contravviene, però, alla stessa necessaria accidentalità dell'evento assicurato quale condizione dell'esistenza del rischio; il che ci porta a ripetere le nostre osservazioni su una possibile maggiore ampiezza dell'idea di assicurazione nel sistema di *common law* (37), che finisce per superare la stessa natura aleatoria di tale contratto.

Il problema del possibile contrasto tra assicurazione degli atti intenzionali e principio di prevenzione degli illeciti deve invece essere esaminato sotto il profilo del giudizio di *public policy* e del bilanciamento tra interesse dell'ordinamento alla repressione e prevenzione del reato e interesse della vittima al ristoro del pregiudizio patito.

3.3. Insurance for criminal acts. *Questioni di public policy.*

Il tema dell'assicurabilità dei *criminal acts* trova una fondamentale chiave di lettura nella valutazione di conformità alla *public policy* delle pattuizioni che portino ad estendere la copertura assicurativa anche a perdite pecuniarie che rappresentino la sanzione della condotta delittuosa.

In taluni casi le Corti, pur riconoscendo l'importanza di riparare i pregiudizi determinati dal reato, hanno concluso che « *economic liability should be placed with the same precision as moral liability is placed squarely on the shoulders of the abuser* » (38).

Peraltro la maggiore rilevanza riconosciuta dai giudici alla deterrenza degli illeciti rispetto alla riparazione del pregiudizio assume un aspetto peculiare se si considera che la *Appellate Court of Illinois* si è pronunciata in tal senso in un'ipotesi di *child*

(36) In tal senso *Boiler v. Erie Insurance Exchange*, 687 A. 2d 1375 (Md. 1997).

(37) V. *amplius supra* p. 255.

(38) Così *Western States Insurance Co. v. J.R.*, 644 N.E2d 486 (Ill. App. 1994).

molestation e quindi in un'ipotesi in cui parrebbero particolarmente evidenti le ragioni di tutela degli interessi dei soggetti privati vittime del reato.

Volendo individuare validi motivi che possono aver portato i giudici a formulare una simile decisione, almeno in apparenza, poco garantista degli interessi delle vittime, potremmo considerare un particolare profilo della questione. Si tratta, infatti, di un'ipotesi in cui non sembra esservi spazio alcuno per un ripri- stino o riparazione, anche solo materiale, della situazione anteriore al reato, di conseguenza l'interesse alla prevenzione degli illeciti risulta prevalente.

In altri casi il bilanciamento degli interessi è compiuto aprioristicamente dal legislatore il quale ha riconosciuto la assoluta preminenza delle finalità di prevenzione e deterrenza degli illeciti. Così è, ad esempio, nel *Massachusetts General Law, Charter 175, Section 47 (b)* ove è vietata la copertura assicurativa di « any person against legal liability for causing injury other than bodily injury, by his deliberate or intentional crime or wrongdoing ».

Nelle ipotesi finora considerate la *public policy* figurava come limite negativo alla possibilità di prestare copertura assicurativa ai *criminal acts* per la maggior rilevanza dell'interesse generale dell'ordinamento alla deterrenza degli illeciti rispetto all'interesse particolare delle vittime ad ottenere il ristoro del pregiudizio subito.

Alcune Corti, però, in tale operazione di bilanciamento degli interessi, non hanno mancato di considerare la possibile prevalenza, per taluni reati, delle esigenze di compensazione del pregiudizio subito dalla vittima rispetto alle ragioni di prevenzione degli illeciti (39).

Si individuano, così, alcuni margini di liceità della *insurance*

(39) Cfr. *Allstate Ins. Co. v. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (D. Utah 1993); *Young v. Brown*, 650 So. 2d 750 (1a App. 1995); *American Home Assurance Co. v. Fish*, 451 A. 2d 358 (N.H. 1982).

for *criminal act*, i quali, però, non sembrano presentare affinità rispetto ai termini in cui attualmente si pone il problema dell'assicurabilità delle sanzioni contro i reati in Italia.

Nel nostro ordinamento risultano, infatti, ancora chiaramente distinte le sanzioni punitive dalle sanzioni compensatorie non solo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale in quanto ad esse sono riferibili regole e principi distinti.

4. Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della *Wiedergutmachung* con lo strumento assicurativo.

Vi sono, invero, altri ordinamenti, in cui il problema della possibile relazionabilità tra riparazione e pena si è recentemente posto ed in cui tale questione non ha mancato di sollevare l'interesse degli studiosi per la possibile apertura all'operare dello strumento assicurativo anche nel sistema della responsabilità penale.

Così in Germania la questione si è presentata con riferimento all'*Alternativ* — *Entwurf Wiedergutmachung* elaborato da un *Arbeitskreis* di studiosi tedeschi, svizzeri e austriaci (40).

La *Wiedergutmachung* era individuata nell'*AE-WGM* come strumento produttivo di effetti sul piano della « *abseben von Strafe* », per cui in relazione ad una riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato il giudice si sarebbe astenuto dall'irrogare la pena.

Semberebbe così che il fenomeno sia da ricondurre all'idea Roxiniana di una possibile alternatività tra strumenti sanzionatorio — punitivi e tecniche di tutela compensatorie in senso proprio (41).

Per contro una penalista italiana, recentemente occupatasi

(40) Vedi *ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCH UND ÖSTERREICHISCHER STRAFRECHTSLEHRER, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, München, 1992.

(41) Cfr. C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 3 ss., il quale propone l'inserzione di una sorta di *tertium genus* tra sanzione penale e obbligazione risarcitoria civile. L'A. è tra l'altro uno degli studiosi facenti parte dell'*Arbeitskreis* che ha dato vita all'*AE-WGM*.

delle possibili relazioni tra illecito penale e riparazione del danno, ha rilevato come dal testo dell'AE-WGGM non sia dato evincere che tale forma di riparazione sia legata al concetto di equivalenza proprio della tutela risarcitoria civilistica (42).

In particolare l'Aurice osserva come « se da un lato, è corretto affermare che la *Wiedergutmachung* si impernia sulla riparazione del danno, dall'altro va precisato che il concetto di "danno" sotteso dalla formula non coincide con il "danno" in senso civilistico... ma delimita un ambito più ampio e diverso di danno, appunto, il "danno sociale" » (43).

È, però, vero che nell'AE-WGGM non sembra estranea al concetto di *Wiedergutmachung* anche la mera compensazione per equivalente quale condizione di un'astensione dall'irrogazione della pena da parte del giudice.

L'Aurice riesce comunque, anche sotto tale profilo, a mantenere ferme le proprie conclusioni affermando che in tali ipotesi « è sì il danno in senso civile che viene risarcito (e/o riparato) ma è il danno in senso sociale che gli Autori dell'AEW-GM intendono eliminare » (44).

Si superano per tal via anche le perplessità che potrebbero nascere sulla natura strettamente penalistica dell'istituto in considerazione della rilevanza di termini che sembrano deporre a favore di una natura più propriamente compensativa e privatistica dello stesso.

Intendiamo riferirci all'idea di « *Ausgleich* » intesa come composizione del conflitto tra *Täter* e *Opfer*, la quale sembra riferibile ad una logica propria della responsabilità civile (45).

In senso analogo muovono anche alcuni penalisti italiani v. A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., pp. 598-599.

(42) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 287 ss. L'A. si richiama al testo dell'Assenactis, *op. cit.*, p. 25 ss.

(43) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, pp. 287-288.

(44) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 290.

(45) Al § 1 dell'AE-WGGM si legge infatti: « *Wiedergutmachung ist der Ausgleich der Folgen der Tat* ».

Ancora dubbi sulla riconducibilità della *Wiedergutmachung* all'idea di pena possono sorgere con riferimento alla *Freiwilligkeit* della riparazione (46), che importa una partecipazione del reo all'infrazione della pena attraverso un atto di volontà in cui si esprime la scelta per la riparazione.

Di qui la domanda che l'Aurice sopraccitata si pone: « Può una sanzione penale statale (quale dovrebbe ritenersi la *Wiedergutmachung* nell'ottica dell'AE-WGGM) essere 'autoinflitta' dall'autore del fatto? » (47).

Nonostante tali perplessità la portata innovativa dell'AE-WGGM viene a stemperarsi nella riconosciuta avvicinarsità di tale tecnica di tutela alla *Buß*, già nota all'ordinamento tedesco quale sanzione punitiva consistente in una somma di denaro corrisposta dal reo su istanza dell'offeso e commisurata ad un detrimento materiale o immateriale da questi patito, ed in ciò assimilabile alla tutela risarcitoria, ma da questa distinta per la sua stretta accessoria rispetto alla sanzione penale (48).

La portata innovativa dell'AE-WGGM risulta altresì ridotta in ragione dell'attuazione che tale progetto ha avuto nella novella-zione del 1994 del codice penale tedesco.

Come è stato osservato, infatti, mentre nell'AE-WGGM al § 1 si faceva riferimento alla riparazione « *der Folgen der Tat* », il § 46 StGB rubricato, « *Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung* » diversamente prevede che il reo: « *seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht* ».

Il richiamo alla riparazione del fatto e non delle conseguenze induce la già citata Aurice italiana a « rafforzare la perplessità già palesata in ordine alla fungibilità tra i concetti di offesa e di

(46) Sempre al § 1 dell'AE-WGGM si fa riferimento ad una « *freiwillige Leistung der Täters* ».

(47) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 339.

(48) Per tali osservazioni D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 159, la quale si richiama alle teorie di E. KERN, *Die Buße und die Einschätzung des Verleiten*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, a cura di K. Engisch-R. Maunach, München-Berlin, 1954, p. 407 ss.

danno, (e) alimenta la carenza di tassatività di un istituto ontologicamente duttile » (49).

La *Schadenswiedergutmachung* di cui al § 46 a StGB sembra così improntata a riparare l'offesa piuttosto che il danno in senso civile; il che induce a concludere che « la legge del 1994, insomma, incanala la riparazione del fatto e del danno nei binari tradizionali del diritto penale » (50).

Le conclusioni in ordine ad una possibile dissociazione della *Wiedergutmachung* dall'idea di danno in senso civile sembrano così trovare una conferma nell'attuazione che la stessa ha avuto appunto nella legge tedesca del 1994 (51).

Del resto i dubbi in ordine ad una possibile coincidenza tra l'oggetto della *Schadenswiedergutmachung* e il danno civile emergono dalle stesse considerazioni dell'*Arbeitskreis* con riferimento alla possibile relazionabilità tra assicurazione e *Wiedergutmachung* (52).

Due i profili di emersione del problema: in ipotesi di assicurazione contro i danni, in cui assicurato sia il danneggiato, e in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile in cui assicurato sia il responsabile.

È infatti possibile che l'assicuratore si trovi a dover corrispondere al danneggiato, assicurato in virtù di un contratto di assicurazione contro i danni, un indennizzo corrispondente ad un pregiudizio che risulti essere causato da un fatto — reato altrui oppure si può ipotizzare un'assicurazione della responsabilità civile stipulata dal responsabile in cui la richiesta di indennizzo

(49) Per tali osservazioni D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 458.

(50) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 475.

(51) Varie sono le perplessità nel riconoscere la portata innovativa della legge del 1994, che in realtà, sotto straniati profili, sembra aver accolto all'interno di una previsione normativa norme già esistenti nella prassi giurisprudenziale. Inoltre vari sono gli aspetti in cui la nuova disciplina legislativa sembra prendere le distanze dalle ben più ardite prospettive dell'AE-WGM con riferimento alla rilevanza della riparazione ai fini penali. Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 470.

(52) ARBEITSKREIS, *op. cit.*, pp. 45-46.

ha ad oggetto la somma che l'assicurato deve corrispondere al danneggiato in relazione ad un fatto costituente reato.

Si tratta di una partizione che pare avere un valore puramente descrittivo, laddove, per contro, risulta centrale, nella soluzione del problema proposta dall'*Arbeitskreis*, la distinzione tra l'ipotesi in cui nel contratto di assicurazione risulti esclusa la *Rückgriff gegenüber dem Täter* e quella in cui sia riconosciuta in capo all'assicuratore *ein Regressanspruch* verso il responsabile.

Nel primo caso l'indennizzo dell'assicuratore sarà limitato al *materieller Schaden*, laddove sul responsabile continueranno a gravare « *nur immaterielle Schaden* » e una eventuale « *symbolische Wiedergutmachung* » (53).

Per tal via sembra che gli Autori dell'AEW vengano a distinguere all'interno della obbligazione riparatrice che grava sul responsabile una componente rappresentata dal danno civile, che, in quanto tale, può essere trasferita a terzi e può essere altresì oggetto di un contratto di assicurazione, e una componente che rappresenta più propriamente una sanzione penale la quale, invece, non potrà essere trasferita a terzi.

Altro è il caso in cui l'assicuratore può agire in regresso verso il responsabile.

In tale ipotesi, infatti, sebbene la presenza di un contratto di assicurazione faccia venir meno la relazione diretta tra vittima e responsabile, quest'ultimo, « *neben der Erfüllung des Regressanspruchs der Versicherung noch beträchtliche Wiedergutmachungleistungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3-bis 5 erbringt* » (54).

Quindi, attraverso il *Regressanspruch* dell'assicuratore, il responsabile continua, anche se indirettamente, ad essere gravato dall'obbligazione riparatrice.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto si possono, però,

(53) Cfr. ARBEITSKREIS, *op. cit.*, p. 46. Sembra che tale conclusione sia favorevole alla tesi che vede nell'*immaterieller Schaden* una pena. V. *supra* parte II, capitolo 2, nota 64.

(54) ARBEITSKREIS, *op. loc. cit.*

avanzare perplessità in ordine alla stessa qualificazione del fenomeno.

In ipotesi di assicurazione della responsabilità civile il possibile regresso dell'assicuratore verso il responsabile assicurato in relazione agli indennizzi corrisposti in ragione degli illeciti da questi commessi, sembra avvicinare il fenomeno al meccanismo fideiussorio piuttosto che a quello assicurativo.

In tal caso, infatti, l'obbligazione dell'assicuratore non si risolve tanto nell'assunzione di un rischio quanto nella garanzia per debiti aventi origine da un fatto illecito (55).

Al di là di simili questioni, lo studio del fenomeno della *Wiedergutmachung* rappresenta uno degli aspetti in cui si pone il problema della relazione esistente tra danno civile e offesa penale e quindi della possibilità di ammettere che questa possa trovare adeguata riparazione nelle tecniche di tutela civile verso gli illeciti.

È, del resto, proprio dal contenuto dell'AE-WGM che parte della dottrina italiana muove per avanzare osservazioni critiche in ordine alla possibilità di collocare la riparazione del danno tra gli strumenti attraverso cui attuare la necessaria sussidiarietà e framentarietà del diritto penale (56).

La nostra scelta di occuparci di un tema proprio del diritto penale tedesco muove, quindi, non da velleità comparatistiche, ma dalla necessità di dar atto del dibattito internazionale relativo alla possibilità di riconoscere effetti penali a rimedi risarcitori, osservando come, pure in altri ordinamenti, la questione abbia sollevato il correlato problema della operatività del contratto di assicurazione nel diritto penale, a testimonianza dell'esistenza di una sorta di *vis attractiva* tra assicurazione e tutela compensatoria.

ASSICURAZIONE E DANNO DA REATO

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. La risarcibilità del danno da reato *ex art.* 185 c.p.. — 2. L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale. — 3. Riparazione *ex art.* 62 n. 6 c.p. e contratto di assicurazione. — 4. Riparazione del danno ed estinzione del reato. — 4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche. — 4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato *ex art.* 35 dlgs. 28.8.2000 n. 274. — 4.3. Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari.

1. La risarcibilità del danno da reato *ex art.* 185 c.p.

Già prima delle riforme indicate nel precedente capitolo il risarcimento trovava spazio nel procedimento penale di condanna del responsabile in due disposizioni: l'art. 185 c.p., ove appunto si prevede che il reato importa anche il risarcimento delle conseguenze dello stesso, siano esse patrimoniali o non patrimoniali, e l'art. 62 n. 6 ove la riparazione integrale del danno prima del giudizio rileva come circostanza attenuante comune.

Della prima ipotesi abbiamo avuto modo di occuparci con riferimento alla riparazione del danno morale i cui limiti di risarcibilità vengono delineati dagli interpreti in una possibile lettura combinata dell'art. 2059 con l'art. 185 (1).

Nel presente paragrafo quest'ultima disposizione sarà oggetto, invece, di considerazione sotto il diverso profilo del possibile coordinamento tra azione penale e pretesa risarcitoria della vittima all'interno del procedimento penale di condanna del responsabile.

(55) V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.
(56) Cf. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 47.

(1) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 13.

Occorre in primo luogo osservare come l'art. 185 non riconosca rilevanza alla riparazione del danno da reato ai fini della determinazione e dell'irrogazione della pena, ma si limiti ad estendere il campo dell'*inuria* civile anche alla violazione di disposizioni penali, asserzione questa che potrebbe intendersi come un'inutile ripetizione di quanto parrebbe logico dedurre in via interpretativa: se si considera illecito quanto risulti essere *contra ius* allora la norma penale, poiché volta ad ordinare imperativamente la condotta degli individui, non potrà che delinere con il suo contenuto i confini del torto insieme alle altre disposizioni imperative non penali (2).

Il dettato di cui all'art. 185 c.p. risulterà meno tautologico se in esso si legge la necessaria chiarificazione circa i rapporti tra risarcimento e pena: di fronte all'illecito penale l'ordinamento non rinviene nella irrogazione della pena una risposta soddisfacente in quanto questa potrà rappresentare uno strumento di ricostituzione dell'ordine pubblico violato e non anche un rimedio contro i possibili pregiudizi patiti dai singoli privati vittime del reato.

Inoltre la norma in esame risulta avere anche una rilevanza processuale se la si legge in combinato con l'art. 74 c.p.p. ove è riconosciuta la possibilità di agire per le restituzioni o il risarcimento del danno al soggetto « al quale il reato ha recato danno ovvero (ai) suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile. »

L'art. 185 c.p. allora incide, non solo sul piano sostanziale ai fini della determinazione della possibile estensione dell'obbligo risarcitorio del responsabile, ma anche ai fini della stessa proponibilità in sede penale della relativa pretesa.

(2) Non solo ma anche una condotta che non si ponga in diretto contrasto con alcuna disposizione di legge può essere connotata di antigiuridicità secondo un'interpretazione della norma dell'ordinamento tale da porre la condotta stessa in contrasto con i principi cui lo stesso si ispira. Cfr. E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 637 ss.; Id., *Dritti inalienabili e risarcimento del danno*, cit., p. 53 ss.; F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.

Se la suddetta disposizione può aver sciolto ogni dubbio in ordine alla possibile coesistenza di pena e obbligazione risarcitoria relative al medesimo fatto, essa lascia ancora spazio ad interrogativi circa il fondamento normativo del risarcimento del danno da reato.

Secondo alcuni la norma contenuta nell'art. 185, ancorché inserita nel codice penale, avrebbe autonoma efficacia costitutiva delle relative obbligazioni civili per cui, una volta accertata l'esistenza del reato, non occorrerà verificare se dallo stesso sorgano obbligazioni risarcitorie secondo le norme civili. Tale disposizione, infatti, rappresenterebbe di per sé il fondamento delle pretese del danneggiato (3).

La giurisprudenza, per contro, sembra prevalentemente orientata nel senso di leggere nell'art. 185 una mera disposizione integratrice delle regole generali sugli illeciti civili contenute negli artt. 2043 e 2059 ove trova disciplina il danno civile all'interno della cui categoria deve essere collocato anche il danno da reato (4).

Tale conclusione sembra peraltro avvalorata da alcune considerazioni relative allo stesso oggetto dell'obbligazione risarcitoria, di cui all'art. 185, che non sarà costituito dal danno criminale, ovvero dall'offesa coincidente con la lesione o la messa in pericolo del bene alla cui tutela è ordinata la norma penale (5), ma dal

(3) Cfr. V. ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, p. 73.

(4) Cass. pen. 21.1.1992, in *Cass. Pen.*, 1999, 2376.

(5) Sulla distinzione tra danno criminale e danno civile operata dalla dottrina v. da ultimo D. FONDARICI, *op. loc. cit.*

Da notare come tale distinzione sia conosciuta anche in giurisprudenza. Si è infatti osservato come "non può essere accolta la domanda di costruzione di parte civile articolata con riferimento alla richiesta di risarcimento di un danno immediato e diretto conseguente al delitto di associazione per delinquere. Legittimato alla tutela del bene e persona offesa dal reato è soltanto il titolare del diritto nel cui interesse è posta la norma incriminatrice. Il delitto di associazione a delinquere (reato di pericolo) è posto esclusivamente a tutela dell'ordine pubblico, la cui garanzia costituisce precipuo interesse dello Stato, interesse che viene in concreto leso dalla esistenza della associazione e dall'allarme sociale che questa di per sé suscita, senza che al detto reato possa

danno civile ovvero dal detrinimento, patrimoniale o non patrimoniale, che si è determinato nella sfera giuridica della vittima (6).

Siamo, quindi, ancora all'interno di una logica di compensazione del pregiudizio che il reato ha determinato nella sfera del soggetto leso e non in quella di ricostituzione dell'ordine pubblico violato dalla condotta antigiuridica.

Pertanto il fatto che la norma sul risarcimento del danno da reato sia contenuta nel codice penale, non vale ad escludere che si sia in presenza di un rimedio civilistico contro gli illeciti da ricondurre all'interno del sistema della responsabilità civile.

Simili rilievi conclusivi acquistano peraltro valore determinante anche in merito alla individuazione delle regole applicabili ai fini della determinazione del danno risarcibile.

Si tratta, infatti, di un problema che ha assunto particolare rilevanza con riferimento ai criteri soggettivi di imputabilità del reato in considerazione della equivalenza di dolo e colpa nella responsabilità civile extracotrattuale a differenza di quanto avviene con riferimento agli illeciti penali (7).

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo di risarcitoria avente ad oggetto il danno da reato, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debet*.

ricompararsi alcuna situazione di plurioffensività": così Uff. Indagini preliminari Milano, 13 novembre 2000.

Non in relazione ad ogni offesa è dato vedere, quindi, un danno da reato oggetto di un'obbligo di risarcitoria.

(6) Occorrerebbe in vero, forse, rimediare tale distinzione in ragione della progressiva dilatazione del danno risarcibile. V. *supra* parte I, capitolo 2.

(7) Si tratta di una conclusione dedotta in via interpretativa stante il mancato richiamo dell'art. 1225, sulla diversa rilevanza di dolo e colpa nel risarcimento di responsabilità contrattuale, nella parte sulla disciplina della responsabilità extracotrattuale.

Tale lettura però non ha mancato di incontrare dissensi. Vedi P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale e extracotrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 26.

l'obbligo di risarcitoria secondo quanto sembra deducibile dalle norme contenute negli artt. 2043 ss. del codice civile (8).

(8) In tal senso Cass. pen. 26.4.1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, 1. Da notare, però, come in caso di danni non patrimoniali, i giudici, nell'esercizio del potere equitativo concesso loro ex art. 2056 c.c., si richiamano spesso ai parametri di determinazione della pena di cui all'art. 133 c.p. tra i quali figurano "l'intensità del dolo" e il "grado di colpa". V. *supra* parte II, capitolo 1, nota 138.

Un'altra questione concernente l'individuazione delle regole in base alle quali disciplinare il danno da reato risiedeva nella interpretazione dell'art. 2043 che ricostruisce la fattispecie dell'illecito civile come lesione di un diritto soggettivo. In base ad una simile lettura del dato codicistico si arrivava ad escludere la risarcibilità del danno da reato ove questo dipendesse dalla lesione di un interesse legittimo. Cfr. Cass. SS.UU., 23 novembre 1985, n. 5813, in *Giust. civ. Mass.* 1985.

Tale soluzione merita, però, di essere rivista alla luce della recente sentenza in materia di risarcimento degli interessi legittimi Cass. SS.UU. 22.7.1999 n. 500, in *Foro amm.* 1999, 1990. Sul punto Cfr. E. Squarica, *Il danno da reato, derivante da lesione di interessi legittimi, è risarcibile anche in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1314 ss.

Altro è il problema della possibilità di utilizzare concetti propri del diritto penale ai fini dell'applicazione delle regole civili in materia di risarcimento del danno.

Così, in caso di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, l'art. 2047 c.c. fa riferimento, ai fini dell'individuazione del momento da cui inizia a decorrere il termine prescrizione, al giorno in cui si è verificato il "fatto". Secondo un'interpretazione costante della giurisprudenza il "fatto" cui tale norma si riferisce non è rappresentato dalla condotta antigiuridica del responsabile, ma dal danno.

Non solo, ma in taluni casi la Suprema Corte ha precisato che "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito comincia a decorrere non dal momento in cui il fatto del terzo determina la modificazione che produce danno all'altro diritto, ma dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e conoscibile": così Cass. 5.7.1989, n. 3206, in *Mass. Foro it.*, 1989.

Non avrebbero pertanto rilevanza circostanze successive anche ove queste importino un aggravamento del danno. In tal senso Cass. 19 agosto 1983, n. 5412, in *Foro it.*, 1984, I, 500.

Tale interpretazione pone, però, problemi in caso di reati permanenti in cui "la legge richiede che l'offesa al bene giuridico si protragga nel tempo per effetto della persistente condotta volontaria del soggetto": così F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 445.

In siffatta ipotesi la produzione dell'evento dannoso non si esaurisce in un dato istante ma perdura in relazione al corrispondente perdurare dell'azione antigiuridica.

Con riferimento a tale questione interpretativa la Cassazione sembra aver trovato una soluzione nel carattere continuativo della condotta dannosa proprio del concetto di reato permanentemente elaborato dalla dottrina, in base al quale la Corte ha affermato che "la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta

Una possibile autonomia del danno da reato di cui all'art. 185 c.p. rispetto al sistema di tutela contro illeciti civili potrebbe, però, risultare dal fatto che la norma in esame, al 1° comma, prevede anche rimedi diversi dalla tutela risarcitoria; si pensi all'obbligo « alle restituzioni a norma delle leggi ».

Si discute, al riguardo, in dottrina circa la possibile coincidenza di tale obbligo restitutorio con la reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 2058.

In particolare si osserva come quest'ultima, in quanto modalità della tutela risarcitoria, andrebbe ricondotta al secondo comma dell'art. 185 ove si fa riferimento al risarcimento del danno.

Le restituzioni, dovrebbero allora essere un fenomeno più ristretto del ripristino dello *status quo antea*, ovvero una mera restituzione materiale del bene (9).

A favore di una simile conclusione si osserva inoltre come gli accertamenti giudiziari, che può richiedere una *restitutio in integrum*, essendo improntati a ricostruire il reale stato delle cose anteriore al fatto illecito, parrebbero per la loro complessità in contrasto con le esigenze di speditezza proprie del procedimento penale (10).

La giurisprudenza, per contro, sembra adottare una nozione di restituzione coincidente con il rimedio della reintegrazione in forma specifica, ammettendo la tutela restitutoria anche rispetto a danni da reato rappresentati non solo dalla perdita di disponibilità materiale del bene (11).

Ancora una possibile peculiarità dei rimedi contro il danno

« dannosa »: Cass. SS.UU. 5.11.1973, n. 2855, in *Mass. Foro*, 1973. In tal senso più recentemente Cass. 17.2.1997, n. 1439, in *Giur. civ. Mass.* 1997, 257; Cass. 16.11.2000, n. 14861, in *ivi*, 2000, 2347.

(9) Cfr. A. CHILBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, p. 105 ss.

(10) Cfr. A. CHILBERTI, *op. cit.*, p. 106.

(11) Cfr. Cass. pen., sez. un., 1 febbraio 1992, in *Giur. pen.* 1993, II, 257.

In altri casi la Suprema Corte è stata più esplicita in tal senso affermando che l'obbligo alla restituzione, di cui al comma 1 dell'art. 185 c.p., comporta a carico dell'autore del reato non solo l'obbligo della riconsegna delle cose sottratte, ma anche

da reato può essere rinvenuta nella pubblicazione della sentenza di cui all'art. 186 c.p. operante in ipotesi di danno non patrimoniale.

Anche in tal caso la giurisprudenza tende a considerare tale tecnica di tutela una forma di riparazione in forma specifica (12).

Sembra, però, discutibile che si ragioni nei termini di una ricostruzione dello *status quo antea*, propria della *restitutio in integrum*, di fronte ai danni aventi natura non patrimoniale cui è limitata l'applicabilità dell'art. 186 c.p. (13).

Quello che ci preme sottolineare è comunque la tendenza a considerare tale rimedio una particolare forma di tutela riparatoria prevista all'interno del codice penale ma avente natura strettamente civilistica come sembra confermare la sua azione limitata solo su istanza della parte civile (14).

Anche riguardo ai rimedi alternativi alla tutela risarcitoria, quindi, il danno da reato non sembra collocabile su un piano distinto dal danno civile, la cui riparazione trova fondamento nelle norme del codice contenute negli artt. 2043 ss.

Una nota stonata in tale ricostruzione riguarda, però, il problema della operatività della garanzia assicurativa in caso di condanna al risarcimento in sede penale.

La natura civilistica della riparazione del danno da reato, anche ove la relativa pretesa sia inserita all'interno di un proce-

quello della « *restitutio in integrum* » ossia il ripristino della situazione preesistente al reato ». così Cass. pen. 30.11.1989, in *Rev. pen.* 1991, 55.

(12) Così Cass. 1.3.1993, n. 2491, in *Dir. inf.*, 1993, 383.

(13) Sulla possibilità di considerare la pubblicazione della sentenza una forma di risarcimento in forma specifica v. M.R. MARELLA, *op. cit.*, p. 80.

(14) La giurisprudenza esclude comunque in via generale la natura di pena accessoria di tale rimedio distinguendolo dalla pubblicazione della sentenza di condanna di cui all'art. 19 c.p. Così Cass. pen. 15.6.1998, in *Giur. pen.* 1999, II, 280; Cass. pen. sez. un., 21.4.1989, in *Notiziario giur. lav.*, 1989, 739; Cass. pen. sez. un. 21.5.1988, in *Cass. pen.* 1989, 1406.

In tal senso sembra anche di poter leggere la rilevanza che talvolta i giudici riconoscono alla pubblicazione della sentenza ai fini di una riduzione dell'entità dell'obbligo risarcitoria. Cfr. C. App. Napoli 12.6.1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2347.

dimento penale, dovrebbe trovare rispondenza nella, non solo formale ma anche sostanziale, efficacia degli altri strumenti privatisici che rappresentano l'utile complemento dell'obbligazione risarcitoria tra i quali figura il contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Tale efficacia risulta, invece, ridotta in quanto il legislatore non ha previsto la partecipazione dell'assicuratore nel processo penale.

Pertanto il danneggiato che avanzi le proprie pretese risarcitorie in sede penale, costituendosi parte civile, potrà ottenere solo la condanna del responsabile, ma non anche dell'assicuratore pure nei casi in cui la legge gli riconosce azione diretta contro quest'ultimo come in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica.

Inoltre, sebbene all'art. 1917 ultimo comma sia prevista, in generale, la facoltà per l'assicurato convenuto dal danneggiato di chiamare in causa il proprio assicuratore, ove la relativa pretesa risarcitoria sia avanzata in sede penale, tale facoltà risulta esclusa in quanto non sembra esservi norma che preveda la partecipazione di quest'ultimo all'interno del processo penale.

Si tratta di un'annosa questione risalente al codice di procedura penale del 1930, cui la riforma del 1988 non ha dato risposta, e che sembra aver trovato un epilogo in due recenti sentenze della Corte Costituzionale.

2. *L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale.*

Dalle norme contenute nel codice di procedura penale non risultano disposizioni che permettano la partecipazione dell'assicuratore del responsabile nel giudizio penale in cui sia stata proposta domanda di risarcimento danni.

L'art. 83 c.p.p. prevede, infatti, espressamente solo la facoltà per la parte civile costituirsi di citare nel processo penale il « responsabile civile », sintagma che tecnicamente indica esclusi-

vamente il soggetto obbligato in ragione di un fatto illecito e non, quindi, anche l'assicuratore il quale si vede gravato in via diretta esclusivamente da un'obbligazione indennitaria di fonte contrattuale (15).

Per contro la Consulta, per evidenti ragioni di tutela della vittima e delle sue pretese risarcitorie, le quali con ogni probabilità trovano miglior garanzia nel patrimonio dell'impresa assicuratrice che non in quello del responsabile, ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 83 c.p.p. anche all'assicuratore (16).

Se i dubbi di costituzionalità di tale norma avanzati dalla Corte paiono condivisibili, non risulta sempre accettabile, sul piano logico-sistematico, la linea argomentativa seguita dalla stessa.

La Consulta, infatti, si è in primo luogo trovata di fronte alla necessità di superare le conclusioni a cui era giunta in precedenza la Cassazione in ordine alla non identificabilità dell'assicuratore con il responsabile civile. In particolare la Suprema Corte aveva escluso la possibile coincidenza dell'assicuratore con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. in quanto l'impresa assicuratrice « non ha alcun obbligo nei confronti dei terzi, ... (e) l'obbligo assunto nei confronti dell'assicurato è limitato all'indennizzo, che, concettualmente, segue il momento della liquidazione del danno e dell'esborso a titolo di risarcimento » (17).

La Corte Costituzionale giunge ad una diversa conclusione secondo un ragionamento che si articola in due fasi.

(15) Sul punto tra gli altri v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 1999, p. 122. La norma in esame sarebbe pertanto volta a permettere la citazione del soggetto civilmente responsabile diverso dall'imputato. Si pensi al responsabile per fatto altrui.

(16) Intendiamo riferirci a C. Cost. 16.4.1998, n. 112, in *Resp. cit. prev.*, 1998, p. 640.

La questione era già stata posta, in relazione all'art. 97 C., alla Corte costituzionale la quale l'aveva rigettata in quanto la mancata partecipazione dell'assicuratore al processo penale non poteva considerarsi causa di giudicati discordanti. Cfr. C. Cost. 16.2.1982, n. 38, in *Arch. giur. civ. proc.*, 1982, 175.

(17) Così Cass. pen. 28.5.1997, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1997, 664.

In primo luogo si osserva la possibile identificabilità dell'assicuratore con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica.

La Consulta rileva, infatti, come la l. 24.12.1969 n. 990, ammettendo all'art. 18 l'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore, finisce per creare un nuovo responsabile civile rappresentato appunto dall'impresa assicuratrice.

Si può allora arrivare a sostenere che quest'ultima si trova ad essere gravata, non tanto da un'obbligazione indennitaria, quanto piuttosto dall'obbligo a risarcire il danno in luogo dell'autore del fatto illecito, figurando per tal via, nella sostanza, come un autentico responsabile *ex lege*.

Ne segue che, in tale specifica ipotesi, l'assicuratore può essere identificato con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. e può quindi essere citato dalla parte civile costituitasi in giudizio (18).

Questa interpretazione risulta, però, ancora insoddisfacente in quanto il danneggiante, il quale, ove la pretesa risarcitoria del danneggiato fosse inserita in un processo civile, potrebbe chiedere in garanzia il proprio assicuratore *ex artt.* 1917 c.c. e 106 c.p.c., si vede privato di una tale facoltà nel caso in cui la richiesta di risarcimento venga proposta in sede penale.

L'art. 83 c.p.p. consente, infatti, di citare in giudizio il responsabile civile solo alla parte civile costituitasi e non anche all'imputato.

È vero che questi potrà comunque ripetere dall'assicuratore quanto pagato a titolo di risarcimento danni, ma è altrettanto indiscutibile che l'impresa assicuratrice, ove rimanga estranea al processo, perché la parte civile non la ha citata, sia tenuta ad

(18) L'art. 83 c.p.p. prevede, infatti, che "la citazione del responsabile civile perde efficacia se la costituzione di parte civile è revocata o se è ordinata l'esclusione della parte civile". Ne segue che, come peraltro osserva la Consulta nella sentenza C. Cost. 16.4.1998 n. 112, cit., l'imputato potrà citare in giudizio l'assicuratore solo previa costituzione della parte civile.

adempiere solo in via successiva ed eventuale a differenza di quanto avviene nel processo civile *ex art.* 106 c.p.c.

Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 83 c.p.p. in relazione all'art. 3 C., per disparità di trattamento tra imputato e responsabile civile e per differenti poteri processuali del responsabile nel processo penale e nel processo civile, nonché in relazione all'art. 24 C., per impossibilità per il convenuto di chiamare in garanzia il responsabile civile nel processo penale, ed infine riguardo all'art. 97 C., per possibili pronunce discordanti in sede penale e civile che potrebbero compromettere il buon andamento della giustizia.

Si precisa, però, come tali profili di incostituzionalità rilevano solo in ipotesi di assicurazione per la responsabilità civile automobilistica.

È in relazione a simile puntualizzazione che la Corte si è trovata nuovamente a doversi confrontare con la questione della possibilità per l'impresa assicuratrice di essere citata dall'imputato in un processo penale in ipotesi di assicurazione obbligatoria diversa da quella automobilistica e in ipotesi di assicurazione facoltativa (19).

Così con riferimento all'assicurazione obbligatoria di cui all'art. 935 cod. nav. la Consulta, in una pronuncia successiva, ha escluso la possibilità per l'imputato di citare l'assicuratore in quanto « i principi affermati nella più volte richiamata sentenza 112/1998 sono intimamente saldati — sul piano logico e strutturale — alla particolare ipotesi di responsabilità civile derivante dalla assicurazione obbligatoria prevista dalla legge 24.12.1969 n. 990. » (20).

A maggior ragione tali conclusioni valgono per l'assicurazione facoltativa dove l'assicuratore non è gravato da alcun obbligo di legge.

(19) Cfr. C. Cost. 23.3.2001 n. 75, in *Cass. Pen.*, 2001, 2020.
(20) Così C. Cost. 23.3.2001 n. 75, cit.

Sembra, pertanto, che siffatte interpretazioni siano fondate su una lettura della legge sulla assicurazione obbligatoria automobilistica la quale tende ad identificare, in via eccezionale, nell'assicuratore un vero e proprio responsabile *ex lege* per fatto altrui come tale citabile in giudizio *ex art. 83 c.p.p.* sia dalla parte civile sia, ove questa si costituisca in giudizio, anche dall'imputato per ragioni di parità di trattamento.

Come abbiamo avuto modo di osservare, sembra, però, discutibile che si possa riconoscere nella normativa in materia di assicurazione obbligatoria automobilistica una disciplina che incida sulla stessa struttura del rapporto tra responsabile civile e danneggiato sostituendo al primo l'assicuratore (21).

Anche tale ipotesi pare, quindi, contrastare con la ricostruzione del rapporto esistente tra assicuratore e responsabile in termini di una responsabilità per fatto altrui in quanto esiste comunque una dissociazione tra l'obbligo al risarcimento del danno, avente origine dal fatto illecito dell'assicurato, e l'obbligo di indennità dell'assicuratore, avente origine dal contratto.

Sembra allora che, in ordine alla possibilità di citare l'assicuratore all'interno del processo penale, valgano due possibili soluzioni: si può ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 83 c.p.p. sia ristretto alle ipotesi di responsabilità per fatto altrui e che non possa essere esteso anche a soggetti che hanno solo assunto l'obbligazione di tenere indenne il responsabile.

Tale norma, pertanto, prenderebbe in considerazione il caso in cui l'imputato non coincida col soggetto civilmente responsabile permettendo anche la citazione di quest'ultimo; si pensi all'ipotesi della responsabilità per fatto altrui dei padroni o committenti di cui all'art. 2049 c.c. Una siffatta lettura dell'art. 83 c.p.p. finisce, peraltro, per risolvere in radice lo stesso problema

della possibile estensione della facoltà di citare l'assicuratore anche da parte dell'imputato.

Simile soluzione sembra, inoltre, giustificata da ragioni di economia processuale dal momento che la citazione dell'assicuratore può incidere sensibilmente sulla durata del processo, in ragione delle possibili questioni di validità ed efficacia del contratto che esorbitano dalle materie di ordinaria cognizione da parte del giudice penale.

Tale prospettiva è, però, legata ad un'idea di tendenziale separazione tra processo penale e processo civile (22), poco rispondente alla evoluzione delle tecniche di tutela contro gli illeciti penali nella quale si avverte un sempre maggiore e vistoso inserirsi del rimedio privatistico del risarcimento del danno (23).

La possibilità di depurare il processo penale da tutte le questioni civili che possono contrastare l'economia processuale trova, infatti, un limite nel rinnovato interesse del diritto penale per i rimedi di tipo risarcitorio i quali vengono a spiegare sempre più i propri effetti all'interno del sistema della responsabilità penale.

Vale la pena, al riguardo, sin da ora di chiedersi come sia possibile ammettere che la condanna in sede penale del responsabile possa essere legata all'avvenuta riparazione delle conseguenze del danno da reato se non si consente poi all'imputato di impiegare tutti i mezzi che egli ha a disposizione per adempiere al proprio obbligo risarcitorio, tra i quali figura appunto il contratto di assicurazione.

(22) È in base a simili argomentazioni che la C. Cost. 23/3/2001 n. 75, cit. fondata il suo rigetto della questione di legittimità dell'art. 83 c.p.p. in relazione alla possibilità per l'imputato di citare l'assicuratore in ipotesi di assicurazione facoltativa.

La Corte, infatti, avverte come nella disciplina del processo penale ad un "rafforzamento dei diritti e delle garanzie assicurati ai soggetti portatori di istanze civili... si giustappone una accentuata tendenza a depurare il processo penale dalla pretesa risarcitoria, facendo confluire la relativa domanda in sede propria..."

(23) Il riferimento è alla normativa in materia di competenza penale del Giudice di pace di cui al d.lgs. 28.8.2000 n. 274 v. *amplicius infra* § 4.1.

(21) V. *supra* p. 85.

L'altra possibile soluzione potrebbe allora essere quella di considerare la suddetta lettura restrittiva dell'art. 83 c.p.p. incostrutturale in relazione all'art. 3 C. in quanto finirebbe per determinare un'ingiustificata diversificazione in punto di intervento dell'assicuratore nel giudizio di condanna del responsabile al risarcimento del danno, come previsto ex art. 1917 ultimo comma, a seconda che la relativa richiesta da parte del danneggiato sia stata compiuta in sede penale o in sede civile.

Si tratterebbe peraltro di una discriminazione rilevante anche in relazione all'art. 24 C. in quanto la stessa inciderebbe sul diritto di difesa dell'imputato, il quale potrebbe beneficiare in sede penale dell'avvenuta riparazione ad opera dell'assicuratore (24).

Se non si ritiene accoglibile la lettura dell'art. 83 c.p.p. proposta dalla Consulta volta ad identificare l'assicuratore col responsabile civile in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica, allora una soluzione proponibile, al fine di avvicinare le posizioni processuali delle parti nel processo penale e nel processo civile di fronte ad una domanda di risarcimento danni, sarebbe quella di riconoscere la facoltà per le parti del processo penale di citare l'assicuratore del responsabile negli stessi casi e con gli stessi limiti previsti nel processo civile.

Si tratta, quindi, di consentire alla parte civile la facoltà di citare l'assicuratore in tutte le ipotesi in cui è prevista l'azione diretta dal danneggiato (25).

(24) Si pensi al riguardo a quanto previsto all'art. 35 della legge sulla competenza penale del giudice di pace e all'art. 62 n. 6 c.p.

Sulla rilevanza ai fini penali della riparazione operata dall'assicuratore v. in particolare *ampifias infra* § 4.

(25) Al riguardo occorre precisare che l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore è prevista non solo in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica, ma anche in caso di assicurazione obbligatoria per i rischi nucleari o per i rischi da inquinamento da idrocarburi.

Risulterebbe, quindi, comunque ingiustificata la stretta limitazione della citazione dell'assicuratore alle sole ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica operata dalla Consulta nella sentenza 16.4.1998 n. 118, cit.

Inoltre, per le ragioni di legittimità costituzionale richiamate, un'analoga facoltà dovrebbe essere ammessa anche per l'imputato e per il responsabile civile.

Si potrebbe notare come, in tal modo, si venga a riconoscere una sorta di chiamata in garanzia, propria del processo civile, all'interno del processo penale; il che importa di dover risolvere i problemi concernenti la necessità di rendere tale strumento processualciviltico compatibile con le regole della procedura penale.

Al riguardo la Suprema Corte ha avuto modo di osservare come « può ben accadere che gli istituti civilistici quando vengono calati nel contesto del giudizio penale subiscano delle « reazioni di adattamento ».

Occorre però che si tratti di « adattamenti » previsti da norme specifiche e che siano conseguenza necessitata da evidenti esigenze di equità o di armonizzazione, altrimenti si corre il rischio di mettere in crisi il principio di certezza del diritto » (26).

3. Riparazione ex art. 62 n. 6 c.p. e contratto di assicurazione.

La riparazione delle conseguenze dannose del reato figura nel codice penale anche come attenuante comune nell'art. 62, una norma che ha dato luogo a problemi interpretativi proprio con particolare riferimento al suo possibile combinarsi con l'obbligazione dell'assicuratore di tenere indenne il responsabile assicurato di quanto questi deve corrispondere al danneggiato in ragione del suo atto illecito.

Si tratta di una questione che ha coinvolto quasi esclusivamente gli interpreti del diritto penale i quali si sono interrogati in ordine alla possibilità di dare rilevanza, ai fini dell'art. 62 n. 6, anche alla riparazione operata dall'assicuratore.

Due sostanzialmente gli orientamenti maturati al riguardo.

(26) Così Cass. 28.5.1997 n. 4940, cit.

Taluni hanno visto nel risarcimento, di cui alla suddetta norma, uno strumento attraverso cui si attua la respiscenza del colpevole (27), fondando le loro argomentazioni sul testo della *Relazione al codice* ove si afferma che la riparazione non viene concepita nel progetto come « causa che facilita il soddisfacimento degli interessi della persona offesa dal reato », ma deve essere riferita al colpevole come « sintomo della sua attenuata capacità a delinquere » (28).

Seguendo una simile linea interpretativa si arriva inevitabilmente alla conclusione che tale norma richieda il diretto ed esclusivo intervento del responsabile perché possano prodursi gli effetti di cui all'art. 62 n. 6 in quanto solo pagando di persona questi potrà manifestare il suo pentimento per il reato compiuto (29).

(27) Si tratta di un orientamento prevalentemente giurisprudenziale. Cfr. Cass. pen. 15.1.1991, in *Riv. pen.*, 1992, 163; Cass. pen. 11.10.1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 227 (n); Cass. pen. 13.12.1989, in *Arch. circ.*, 1990, 767; Cass. pen. SS.UU., 23.11.1988, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 1181 con nota critica di T. PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*; Cass. pen. 13.12.1989, in *Arch. circ.*, 1990, 767.

(28) Le espressioni in virgolette sono leggibili in Lavori preparatori — Codice penale, Roma, 1930, vol. V, parte I, p. 118.

(29) Così Cass. pen. 15.1.1991, cit.; Cass. pen. 11.10.1990, cit.; Cass. pen. SS.UU., 23.11.1988, cit.; Cass. pen. 13.12.1989, cit.

In particolare la Suprema Corte, nelle sentenze citate, osserva come lo stesso pagamento del premio ad opera dell'assicurato, per quanto su un piano oggettivo possa sicuramente essere considerato indirizzato alla soddisfazione delle pretese risarcitorie di eventuali danneggiati, non può essere considerato come manifestazione di resipiscenza da parte del reo in quanto anteriore alla stessa commissione del fatto reato.

A maggior ragione tali conclusioni dovrebbero allora valere nel caso in cui il « contraente » nell'assicurazione sia un soggetto diverso dal colpevole. Si pensi all'assicurazione stipulata dal datore di lavoro per la responsabilità del lavoratore. In tal senso v. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 249.

Ove poi si sia in presenza di una responsabilità civile automobilistica la Suprema Corte osserva che mancherebbe la respiscenza in quanto lo stesso pagamento del premio, da cui origina l'obbligo dell'assicuratore ad indennizzare il danneggiato, non è un atto volontario ma coattato dalla legge stessa dal momento che si versa in ambito di assicurazione obbligatoria: così Cass. pen. 20.10.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 773 (n). Sempre in materia di responsabilità civile automobilistica un altro aspetto riguarda l'ipotesi in cui addirittura l'assicurato sia non il danneggiante ma un terzo ovvero il

La soluzione al problema risulta diversa se si muove da una differente lettura del resto della norma in esame ricostruendo tale fenomeno ripartitorio come orientato prevalentemente al ristoro della vittima dal pregiudizio subito.

Si tratta di una lettura che sembra peraltro avvalorata dalla lettera della legge dalla quale emerge l'esclusiva rilevanza del dato oggettivo della riparazione (30).

Se questo è il senso della norma in esame, allora anche la riparazione ad opera dell'assicuratore, in quanto comunque idonea a perseguire il fine del ristoro del detrimento patito dal responsabile, comporta il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 a favore del reo (31).

Un simile dibattito pare aver trovato conclusione in una sentenza della Corte Costituzionale che ha considerato l'interpretazione dell'attenuante in chiave soggettiva, come strumento con finalità rieducative, contraria all'art. 3 C. sotto il profilo della ragionevolezza perché determinerebbe « una arbitraria svalutazione dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, istituto che svolge nel nostro ordinamento una insostituibile funzione riequilibratrice, in attenuazione degli imperativi contenuti nell'art. 3 Cost. » (32).

La questione, così posta, sembra lasciare poco spazio di proprietario del veicolo: così Cass. pen. 29.07.1986, in *Asic.*, 1987, II, 2, 10; Cass. pen. 14.1.1986, in *Arch. circ.*, 1986, 784. *Contra* Trib. Torino 19.2.1987, in *Riv. giur. circ. trib.*, 1988, 492.

(30) Cf. G. PAOLI, *Le diverse attenuanti comuni dell'art. 62 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1939, p. 1028.

(31) In tal senso v. in particolare T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1183.

(32) Così C. Cost. 23.4.1998, n. 138, in *Cass. Pen.*, 1999, 395 con nota di L.

BISONI, *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*.

Da notare come non sono mancati interventi volti a conciliare la soluzione accolta dalla Corte con una lettura in chiave soggettiva della norma.

Osserva, infatti, al riguardo D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 252: « quando l'art. 1917 c.c. precisa che soltanto previa richiesta dell'assicurato l'ente è obbligato a risarcire direttamente il danneggiato..., si vuol intendere che, ai fini del conseguimento del

argomentazione al civilista rivestendo un interesse prevalentemente penale.

Sono altre le domande che lo studioso di diritto civile è indotto a porsi di fronte a tale dettato normativo; in particolare potrà interrogarsi in ordine al fatto che l'assicuratore citato nel giudizio penale, ove ciò sia ritenuto ammissibile in base ad una lettura estensiva dell'art. 83 c.p.p. (33), possa essere tenuto al pagamento di una somma a titolo di riparazione *ex art. 62 n. 6 cp.* (34).

Una simile domanda ne impone un'altra logicamente anteriore, ovvero se la riparazione di cui all'art. 62 n. 6 coincida o meno con l'obbligazione risarcitoria civile.

Una lettura strettamente soggettiva della norma, che veda in tale intervento del responsabile, non uno strumento per compensare il danno recato ad altri, ma un mezzo per redimersi dal torto commesso finisce, infatti, per attribuire a tale obbligazione una finalità propria della pena come tale esclusa dall'oggetto del contratto di assicurazione per ragioni di liceità (35).

L'accoglimento di una simile interpretazione dovrebbe

risarcimento, è pur sempre necessaria una « attivazione » dell'agente almeno quale parte diligente per far liquidare al soggetto danneggiato la somma dovuta ».

Vero è che occorre ricordare la non necessità di una simile attivazione nelle ipotesi in cui la legge riconosce in capo al danneggiato il diritto di agire direttamente contro l'assicuratore.

(33) V. *supra* § 2.

(34) Al riguardo occorre osservare come la giurisprudenza, nell'interpretare la suddetta norma ha individuato il termine entro cui la condotta riparatrice deve essersi conclusa, individuato nel testo di legge dall'espressione "prima del giudizio", nella formale apertura del dibattimento. V. per tutte Cass. pen. 21 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 1125 (s.m.).

Parè pertanto in vero esiguo il tempo lasciato all'assicuratore per pagare la somma dovuta al danneggiato a titolo di risarcimento danni.

Potremmo allora chiederci, ma nuovamente la risposta al quesito esorbita dalle riflessioni di un civilista, se la mera corresponsione del premio all'assicuratore in quanto mezzo idoneo a garantire la riparazione dei danni cagionati dal colpevole assicurato attraverso l'obbligazione contratta dall'assicuratore, costituisca già la condizione necessaria ai fini dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cp.

(35) V. *supra* parte I, capitolo 1, § 4.2.

quindi condurci alla conclusione che l'assicuratore, anche ove citato (36), non può essere condannato alla prestazione di un indennizzo corrispondente alla somma necessaria per la riparazione *ex art. 62 n. 6 cp.*

In una diversa direzione sembra, per contro, muovere la già richiamata sentenza della Corte Costituzionale, la quale afferma che « nel sistema del codice penale tale obbligazione ha natura civilistica ed è dotata di una finalità di emenda non maggiore di quanta non ne possieda la generalità delle obbligazioni civili nascenti da fatto illecito » (37).

Si tratta peraltro di un'affermazione non assiomatica, ma fondata su un possibile collegamento logico-sistematico dell'art. 62 n. 6 c.p. con l'art. 185 c.p. il quale prevede l'obbligo per il colpevole di risarcire il danno, un obbligo che la prevalente dottrina e giurisprudenza considerano regolato dalle leggi civili (38).

Se la riparazione di cui all'art. 62 n. 6 ha natura di obbligazione civile, allora l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere l'indennizzo al danneggiato ove ne sia ammessa la citazione *ex art. 83 c.p.p.*

Se si nega tale facoltà alla parte civile e all'imputato, allora l'assicuratore sarà comunque tenuto a rimborsare *ex post* al responsabile quanto da questi eventualmente corrisposto al danneggiato con evidente disagio per il responsabile assicurato che non abbia la disponibilità del denaro da corrispondere alla parte civile nell'attesa di poter ottenere il relativo indennizzo dall'assicuratore.

Una simile conclusione sottolinea, così, nuovamente la necessità di ammettere la possibilità di citare nel giudizio penale l'assicuratore per consentire al responsabile assicurato di utilizzare a pieno tutte le tecniche difensive del caso, ivi compresa la

(36) V. *supra* § 2.

(37) Così C. Cost. 23.4.1998, n. 138, cit.

(38) V. *supra* p. 301 ss.

riparazione del danno da reato, al fine di beneficiare dell'art. 62 n. 6, sono comprese anche perdite del danneggiato che esorbitano dal danno civile oggetto della copertura assicurativa, allora l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore non potrebbe coincidere con l'intero obbligo gravante sul responsabile ma solo con la parte avente ad oggetto la riparazione delle conseguenze civili del reato.

Accanto a tali soluzioni estreme se ne può forse individuare una terza (39).

Dalla lettera dell'art. 62 n. 6, infatti, sembrano distinguibili, all'interno di tale dettato normativo, due ipotesi diverse.

La prima parte della norma, facendo espresso riferimento al « risarcimento » e alla tutela restitutoria comunque riconducibile al paradigma risarcitorio, riguarderebbe il danno civile.

Per contro la seconda parte della norma, riferendosi anche alle conseguenze pericolose del reato, riguarderebbe il danno criminale (40).

L'accoglimento di una simile soluzione importa rilevanti conseguenze sul piano applicativo.

Infatti, se si ammette che nel *quantum debetur*, ai fini dell'art. 62 n. 6, sono comprese anche perdite del danneggiato che esorbitano dal danno civile oggetto della copertura assicurativa, allora l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore non potrebbe coincidere con l'intero obbligo gravante sul responsabile ma solo con la parte avente ad oggetto la riparazione delle conseguenze civili del reato.

A questo punto occorrerebbe, però, chiedersi quale sia la linea di discriminare a livello quantitativo tra danno civile e danno criminale.

(39) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, pp. 245-246. L'A. si richiama evidentemente alle teorie che tendono a distinguere offesa e danno civili. V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.3 (40) Si tratta di una lettura che trova rispondenza nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, in relazione all'art. 162-bis III comma c.p., in ipotesi in cui la permanenza delle conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili dal reo importa la impossibilità per questi di beneficiare del meccanismo dell'oblazione.

La questione si è posta in particolare con riferimento ai reati tributari ove la corresponsione del tributo evaso non viene ritenuta sufficiente ad eliminare le conseguenze dannose perché il reato medesimo è realizzato da una condotta preparatoria e prodromica all'evasione, sicché quest'ultima non può considerarsi l'effetto diretto ed immediato della contravvenzione sopra citata. Così Trib. Macerata, 6.12.1985, in *Giurisprudenza Tributaria* 1987, 765. In senso analogo Trib. Tortona, 11.2.1986, *Foro it.*, 1986, II, 358.

La risposta ad un simile quesito poteva risultare facile fin tanto che il primo era rappresentato in generale dalle perdite patrimoniali e solo in via strettamente eccezionale dalle perdite non patrimoniali.

Vero è che, come abbiamo avuto modo di considerare (41), il rinnovato interesse per la tutela sul piano civile di interessi, il cui pregiudizio non sempre trova espressione in un detrimento patrimoniale, ha portato la giurisprudenza ad una progressiva estensione del danno morale oggetto dell'obbligazione *lato sensu* risarcitoria del responsabile, un'estensione che ha finito per dare rilevanza non solo alle conseguenze dannose, ma anche a quelle pericolose. Come abbiamo avuto modo di osservare, infatti, in materia di danno ambientale il legislatore è intervenuto ponendo attenzione anche agli interventi del responsabile anteriori alla stessa causazione del danno (42). Ancora, con riferimento al pericolo di danno nel sistema di responsabilità civile, possiamo ricordare il riconoscimento da parte della giurisprudenza di obbligazioni risarcitorie in relazione al solo determinarsi, in conseguenza dell'illecito, di condizioni che sono solo potenzialmente lesive della sfera giuridica altrui (43).

Per tal via si viene a rendere sempre più problematica la distinguibilità tra danno civile e danno criminale soprattutto sul piano quantitativo (44).

La soluzione che tende a separare, all'interno dell'obbligazione risarcitoria di cui all'art. 62 n. 6, danno civile e danno criminale sembra preferibile in quanto riesce a bilanciare due opposte esigenze: la riparazione del danno patito dalla vittima, operabile anche con l'intervento dell'assicuratore, e la persecu-

(41) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 4.

(42) Il riferimento è all'art. 17 II ° comma del decreto Ronchi v. *supra* p. 166 ss.

(43) Al riguardo si può ricordare la questione della risarcibilità del c.d. stress emozionale. Cfr. Cass. SS. UU. 21.2.2002 n. 2515, *cit.* V. *amplius supra* parte II, capitolo 1, nota 145.

(44) V. *amplius supra* parte II, capitolo 1, § 5.

zione del responsabile, che rimarrà gravato dall'obbligo di riparare il danno criminale. Sul piano applicativo, però, la stessa importa sicuramente problemi riguardo alla concreta distinguibilità tra *quantum debetur* a titolo di danno civile e *quantum debetur* a titolo di danno penale.

Parlare di riparazione del danno criminale, inoltre, vuol dire fare riferimento ad un rimedio compensatorio che non ha ad oggetto un danno nel senso civilistico del termine, vuol dire fare riferimento ad una riparazione-pena, concetto questo che, come abbiamo avuto modo di considerare (45), solleva non poche perplessità.

Sembra così condivisibile la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Costituzionale che ha identificato la riparazione, come attenuante comune del reato, in un'obbligazione propriamente civilistica.

Peraltro l'aver riconosciuto natura esclusivamente civilistica all'intera riparazione delle conseguenze del reato ai fini dell'art. 62 n. 6, sebbene idonea a spiegare effetti anche nel diritto penale, importa forse meno sconvolgimenti di quanto possano lasciar intendere i timori della giurisprudenza nell'applicare l'attenuante in esame in ipotesi di riparazione ad opera dell'assicuratore.

In tal caso, infatti, la riparazione delle conseguenze del reato determina solo un'attenuazione del reato e non esclude l'irrogazione della pena.

Altre sono le considerazioni e i comprensibili dubbi per un intervento dell'assicuratore nell'attività di compensazione del pregiudizio patito dalla vittima nelle ipotesi in cui la riparazione dà luogo all'estinzione del reato e, quindi, esclude l'irrogazione della pena.

Intendiamo in particolare riferirci a quanto disposto dall'art. 35 del d.lgs. del 28.8.2000 n. 274 contenente « disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace », una norma che, sebbene

bene paia avere solo una funzione strettamente sperimentale (46), deve portarci a riflettere sugli attuali confini tra pena e riparazione delle conseguenze del reato.

4. Riparazione del danno ed estinzione del reato.

Le disposizioni contenute nel d.lgs. 28.8.2000 n. 274 sono state lette dalla maggior parte degli Autori come un intervento di depenalizzazione attuato per una via diversa da quella in cui il legislatore era solito muoversi (47).

Prima di tale decreto, infatti, l'esigenza di deflazione penale aveva trovato risposta nel processo di « conversione » di alcuni illeciti penali in illeciti amministrativi attuato mediante la sostituzione delle sanzioni penali con sanzioni pecuniarie amministrative, distinte dalle prime per la loro non convertibilità in pene che limitino la libertà personale in caso di mancato pagamento.

Con il d.lgs. 274/2000, invece, la depenalizzazione è stata realizzata in due direzioni: a livello processuale, attraverso il deferimento di una serie di reati alla competenza di un giudice non togato, a livello sostanziale, attraverso la ricerca di sanzioni alternative alle sanzioni detentive aventi un certo grado di incisività sulla sfera giuridica del reo sì da rappresentare la giusta retribuzione per la sua condotta antigiuridica.

Si è parlato così, da parte di alcuni (48), di un « diritto penale mitè » che si attua mediante interventi diversi dalle pene detentive ma « comunque percepibili dalla collettività nel loro aspetto

(46) Si tratta di un'osservazione che è stata compiuta sin dai primi commenti sul testo di legge. Vedi P. Pisa, *Un diritto penale mitè*, in AA.VV. *La competenza penale del giudice di pace*, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, Milano, 2000, p. 17.

Del resto indicazioni in tal senso sono rinvenibili anche nella *Relazione allo schema di decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace"*, ibi, p. 325.

(47) Tra i primi commenti in tal senso si segnala quello di P. Tonutti, *La nuova competenza penale del giudice di Pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 929 ss.

(48) Le espressioni tra virgolette che seguono sono di P. Tonutti, *op. loc. cit.*

retributivo». In base a tale lettura non sarebbe ancora dato rinvenire il carattere distintivo della depenalizzazione operata mediante l'estensione di una competenza del giudice di pace in sede penale rispetto a quanto già realizzato attraverso il ricorso alla categoria dell'illecito amministrativo.

Altri Autori sono giunti ad individuare in un simile intervento « un futuribile "secondo sistema penale" » (49), una delle cui note caratteristiche dovrebbe essere rinvenuta nel ruolo rivestito da rimedi di tipo risarcitorio e riparatorio quali sanzioni contro gli illeciti di competenza del giudice di pace ordinate più alla composizione del conflitto tra vittima e reo che non alla repressione della condotta di quest'ultimo (50).

Infatti, tra le sanzioni che il giudice di pace può irrogare all'art. 35 di tale legge, si prevede la possibilità di dichiarare estinto il reato dopo aver preso conoscenza del fatto che l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, alla « riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato » (51).

Nuovamente ci troviamo in presenza di una riparazione del danno calata all'interno del processo penale e nuovamente dobbiamo confrontarci con la necessità di qualificare tale forma di

(49) M. Pava, *Giudice di pace e reati del codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 158 ss.

(50) Sul punto M. Pava, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostina-G. Illuminati, Torino, 2001, p. 97.

(51) Il codice penale prevedeva, in vero, già ipotesi in cui la condotta riparatrice del reo può comportare l'estinzione del reato.

Così l'art. 641 c.p. nel qualificare in termini di reato la condotta di chi "dissimulando il proprio stato di insolvenza contrae un'obbligazione col proposito di non adempirla" precisa, però, che "l'adempimento dell'obbligazione avvenuta prima della condanna estingue il reato".

Vero è che in tal caso non si ha riparazione delle conseguenze del reato, conseguenze che potranno o meno coincidere col danno civile, ma si ha l'adempimento di un'obbligazione sicuramente civilistica che però, ove adempiuta, si atteggia altresì come elemento, in negativo, della fattispecie penale.

rimedio al fine di verificare se l'assicuratore sia obbligato, o meno, a tenere indenne il reo assicurato in relazione a siffatti interventi risarcitori.

Le modalità riparatorie, indicare nel testo dell'art. 35, presentano evidenti analogie con quelle cui fa riferimento l'art. 62 n. 6 c.p. in base al quale il risarcimento, le restituzioni o l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato impongono l'attenuazione dello stesso.

Si potrebbe, allora, trovare la soluzione al problema recuperando le conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale con riferimento all'art. 62 n. 6 (52): la riparazione anche nel caso *de quo* avrebbe ad oggetto il danno civile e rileverebbe di per sé come condizione oggettiva anche ove attuata con l'intervento dell'impresa assicuratrice, la cui obbligazione indennitaria verrebbe a coincidere integralmente con l'obbligo alla riparazione delle conseguenze dannose del reato gravante sul responsabile.

In questa ipotesi, però, a differenza di quanto previsto agli artt. 185 e 62 n. 6 c.p., la riparazione delle conseguenze del reato opera come autentica alternativa della pena (53).

L'intervento riparatore del reo, infatti, rappresenta il presupposto per la dichiarazione di estinzione del reato stesso.

Si potrebbe anche arrivare a dire che in tal caso la pena, da sanzione contro l'illecito, muta in sanzione contro l'inadempimento alle obbligazioni risarcitorie che siano conseguenza dell'illecito stesso.

Nel riconoscere natura privatistica alla riparazione del danno di cui all'art. 35, occorre riflettere sulle conseguenze che tale qualificazione importa dal punto di vista applicativo.

Se, infatti, siamo di fronte ad un'obbligazione risarcitoria propriamente privatistica, allora in ordine alla stessa dovrebbe

(52) C. Cost. 23/4/1998, n. 138, cit.

(53) Da parte di alcuni si è parlato di "sussidiarietà vicariante della riparazione": così T. PADOVANI, *Premesse introduttive*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. XVI.

ritenersi pienamente operante la eventuale garanzia assicurativa del responsabile. Questo vuol dire che un soggetto può garantirsi *ex ante* l'impunità, per i reati di competenza del giudice di pace, attraverso la stipulazione di un contratto di assicurazione.

Inoltre la necessità di valutare autonomamente la norma in questione, rispetto all'attenuante comune prevista all'art. 62 n. 6 c.p., risulta pure da quanto affermato al secondo comma dell'art. 35, ove si precisa come l'avvenuta riparazione non rileva di per sé ma, a differenza di quanto previsto appunto dall'art. 62 n. 6 c.p., richiede altresì una valutazione del giudice in ordine all'idoneità delle attività risarcitorie o riparatorie « a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione ».

Tale precisazione, anche ove si ritenga che i parametri cui deve essere improntato un simile giudizio siano quelli propri delle finalità della specialprevenzione (54), rende comunque problematico considerare idonea, ai fini dell'estinzione del reato, un'attività riparatoria che manchi dei caratteri della completezza e della personalità (55).

Non sembra, infatti, che le finalità di specialprevenzione siano conciliabili con l'esistenza di un contratto di assicurazione mediante il quale il colpevole si assicura l'impunità in un momento anteriore alla commissione del fatto-reato.

Di difficile soluzione risulta allora essere il problema relativo alla natura della riparazione di cui al decreto in esame: identificarla con l'obbligo al risarcimento del danno civile vuol dire, infatti, ricondurla integralmente al sistema di diritto privato

(54) In tal senso F. GRUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studiura iuris*, 2001, p. 403 il quale dopo aver riconosciuto che, in base alla lettera della norma di cui all'art. 35 II° comma, può essere deferito al giudice di pace il compito di valutare se la riparazione effettuata dall'imputato risponde alle finalità di prevenzione generale e speciale dei reati, osserva per contro come "un'ap-plicazione rigorosa di tutti questi parametri equivarrebbe a introdurre un giudizio assi-mpegriativo e improbo, tale da favorire un'applicazione sporadica dell'istituto estin-tivo, in contrasto con il favore con cui il decreto in esame guarda alla composizione, per-così dire, privatistica del conflitto".

(55) Cfr. F. GRUNTA, *op. cit.*, p. 403.

ricomponendo la piena operatività degli istituti privatistici propri della tutela civile contro gli illeciti tra i quali figura il contratto di assicurazione della responsabilità civile, che in questo caso, però, finirebbe per rappresentare non solo uno strumento di tutela delle pretese risarcitorie del danneggiato, ma anche un mezzo mediante il quale il colpevole si garantisce l'impunità per eventuali fatti illeciti a lui imputabili.

Per contro, se si esclude la natura privatistica dell'istituto e lo si avvicina alle finalità di specialprevenzione proprie del diritto penale si finisce per allontanarlo dalle finalità di conciliazione proprie della normativa in esame in quanto si rende inoperante uno degli strumenti di composizione del conflitto tra privati: la garanzia assicurativa come mezzo di soddisfazione delle pretese risarcitorie della parte lesa.

Una soluzione al quesito non sembra peraltro rinvenibile neppure nel testo della legge.

In questo caso, in senso analogo rispetto a quanto osservato con riferimento al testo dell'art. 62 n. 6, la lettera delle disposizioni legislative risulta ambigua: l'espressione « risarcimento » pare far propendere per la soluzione del problema che riconosce nel danno oggetto della riparazione il danno civile; per contro la successiva espressione « conseguenze dannose o pericolose » sembra allargare l'oggetto della riparazione all'idea di danno criminale la quale può essere più ampia del danno civile non essendo limitata alle sole perdite patrimoniali e non patrimoniali ma a tutte le condizioni lesive dei beni che l'ordinamento intende tutelare.

Forse una chiave di lettura che porti a risolvere le ambiguità del testo è rinvenibile nella stessa delimitazione della competenza per materia del giudice di pace.

Dall'individuazione della tipologia di reati in ordine ai quali opera la riparazione come condizione estintiva si possono com-piere alcuni rilievi sulle finalità proprie della norma in esame.

La legge delega, nell'individuare i criteri cui avrebbe dovuto attenersi il Governo nel determinare la competenza del giudice di

pace ha, in parte, fatto riferimento a fattispecie delineate nel codice penale, escludendo ogni margine di valutazione e di scelta dell'esecutivo sul punto, in parte, con riferimento ai reati disciplinati da leggi speciali, il legislatore si è limitato ad indicare al Governo alcuni criteri in base ai quali orientare le proprie scelte.

Tre sono le linee guida ricavabili dal dettato dell'art. 15 II° comma l. 24.11.1999 n. 468: la levità della pena, la circostanza che si tratti di reati che non richiedano di procedere ad « indagini o valutazioni complesse in fatto o in diritto » e la natura riparabile delle conseguenze dannose del reato.

Si attribuisce rilevanza, quindi, in parte, a circostanze dalle quali è forse possibile avvertire una certa diffidenza nel deferire ad un giudice non togato decisioni relative ad illeciti penali, in parte, a circostanze che sono piuttosto attinenti alla natura del bene leso ed in particolare alla possibilità di riparare la lesione perpetrata (56).

Una nota caratteristica della competenza per materia del giudice di pace sarebbe allora rappresentata dalla sua limitazione all'area della « microconfittualità individuale » (57), in cui maggiore è lo spazio per la conciliazione ed in cui la giustizia penale risulta orientata più alla composizione dei conflitti tra i privati che alla persecuzione del responsabile.

Del resto simili conclusioni paiono deducibili dalla stessa relazione allo schema di decreto legislativo ove si legge che « la finalità conciliativa costituisce l'obiettivo principale della giurisdizione penale affidata al giudice di pace. In vero, la conciliazione deve, per quanto possibile, costituire l'esito fisiologico di

(56) « Si muove cioè dalla considerazione che taluni illeciti, pur meritando di rimanere nell'area del penalmente rilevante, innescano dinamiche sociali che, per il tipo degli interessi coinvolti, consentono modalità di risoluzione del conflitto creato dal reato anche autonome rispetto all'irrogazione della pena»: così F. GURINA, *op. cit.*, p. 396.

(57) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Rimissione e separazione, in La competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 40.

questo tipo di giustizia più vicina agli interessi quotidiani del cittadino » (58).

Non si può nascondere, però, che tale ricostruzione non trova sempre risponde nel testo del decreto.

Così ad esempio si può notare una forte limitazione in materia di lesioni colpose; sono infatti escluse dalla competenza del giudice di pace penale ex art. 4 I° comma lett. A) le « fattispecie connesse a colpa professionale (e i) fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore ai venti giorni ».

Anche una simile scelta sembra trovare, comunque, un fondamento nelle direttive contenute nella legge delega, in quanto, sebbene si tratti di reati che danno luogo a pregiudizi riparabili, la particolare complessità degli accertamenti in punto di fatto e di diritto, che tali questioni pongono, mal si collocano nel giudizio davanti ad un giudice non togato in conformità con quanto stabilito dall'art. 15 II° comma della legge delega.

Non è allora chiara la ragione per cui il legislatore ha riconosciuto la competenza per materia del giudice di pace in ipotesi di responsabilità professionale o per fatti commessi in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o sull'igiene del lavoro, ove la patologia conseguente sia limitata ad una malattia di durata non superiore a venti giorni. La minor durata della malattia conseguente alla lesione non importa, infatti, necessariamente una minor complessità degli accertamenti che competono al giudice (59).

Ancora una lacuna in punto di competenza del giudice di pace, che non sembra trovare giustificazione nei criteri contenuti

(58) Così *Relazione allo schema di decreto legislativo recante « Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace » approvato dal Consiglio dei Ministri del 25 agosto 2000*, in *La competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 327.

(59) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 44.

nella legge delega, è quella concernente la rissa semplice cui possono conseguire pregiudizi riparabili.

Come è stato notato, però, l'esclusione di tale fattispecie criminosa dalla competenza per materia del giudice di pace parrebbe trovare risposta nel fatto che il reato in concreto viene di solito attuato in presenza di circostanze aggravanti, il che importerebbe una estrema riduzione dell'applicabilità della norma (60).

Se simili lacune hanno una qualche giustificazione, risulta più difficile individuare risposte in ordine alla inclusione di alcune fattispecie che paiono esorbitare dall'ambito cui è limitata l'opera mediatrice del giudice di pace.

Intendiamo in particolare riferirci ad alcuni reati formali o fattispecie criminali poste a tutela di beni collettivi o diffusi ai quali pare estranea l'idea di riparazione a fini conciliatori (61).

In tali casi, infatti, lo strumento riparatorio potrebbe risultare depotenziato rispetto alle finalità preventive proprie del diritto penale.

Simili eccezioni si possono, forse, superare considerando la progressiva dilatazione dell'ambito di operatività del danno morale risarcibile che ha portato ad un conseguente rafforzamento dell'efficacia deterrente della tutela risarcitoria anche in ipotesi in cui si ha lesione di diritti o di interessi che danno luogo a detrimenti non suscettibili di compensazione per utilità equivalenti.

La scelta compiuta dal legislatore nel determinare la competenza per materia del giudice di pace penale sembra così ordinata, in generale, all'individuazione di fattispecie penali aventi ad oggetto la tutela di beni strettamente legati alla sfera privata delle

(60) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 46.

(61) Tali considerazioni sono formulate da P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 47 ss. i quali fanno espresso riferimento, a titolo esemplificativo, al reato di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori di cui all'art. 731 c.p. e alla commercializzazione di prodotti privi del marchio CE.

vittime e in ordine ai quali è possibile una conciliazione tra le parti coinvolte nel conflitto.

Pare pertanto avvalorata l'idea che attraverso il processo di depenalizzazione attuato con il d.lgs. 274/2000 si sia creato un sistema di diritto penale alternativo sia a quello « principale » sia a quello degli illeciti amministrativi (62), ordinato non a finalità punitive in senso stretto, ma piuttosto a fini di conciliazione tra le parti in causa, una conciliazione che trova il proprio diretto mezzo di attuazione nella riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato.

Se tale è la funzione della condotta riparatoria attuata dall'imputato ai fini dell'art. 35, allora dovremmo concludere che si tratta di un'attività pienamente coincidente con l'adempimento all'obbligazione risarcitoria propria del sistema di responsabilità civile.

Si dovrebbe quindi leggere nella norma in esame un'ipotesi di efficacia penale dei rimedi compensatorio — privatistici ulteriore rispetto a quelle di cui agli artt. 62 e 185 cp.

4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche.

Se si riconosce una perfetta identità tra la riparazione del danno di cui all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 e i rimedi civilistici contro gli illeciti di cui agli artt. 2043 ss., allora si deve riflettere su come coordinare la competenza del giudice non togato a giudicare in materia di risarcimento danni a seconda che la relativa pretesa da parte del danneggiato venga introdotta in sede penale o in sede civile.

Al riguardo si può osservare come, attraverso il decreto in

(62) M. PAPA, *Giudice di pace e reati del codice penale*, cit., p. 158 ss., il quale appunto pone la ripartizione: sistema penale "principale", sistema punitivo amministrativo, sistema penale del giudice di pace.

esame, si sia determinata un'estensione della competenza del giudice di pace in materia di risarcimento danni.

L'art. 7 c.p.c., infatti, limita la competenza del giudice di pace alle cause relative a beni mobili di valore non superiore ai cinque milioni di lire elevando, però, tale valore a trenta milioni per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti. Quindi la competenza civile dei giudici non toglia in caso di domande di risarcimento danni è limitata entro i valori indicati in tale norma.

Attraverso l'art. 35, invece, la competenza del giudice di pace viene estesa illimitatamente a tutte le domande di risarcimento danni proposte in sede penale in relazione ai reati di cui all'art. 4 del decreto in esame indipendentemente dall'entità del *quantum debetur*.

Ne segue che, anche domande risarcitorie per valori superiori a quelli indicati all'art. 7 c.p.c., potrebbero essere sottoposte al giudizio di un giudice non togato ove la relativa pretesa sia avanzata in sede penale.

Si pone così il problema di risolvere il conflitto logico che si viene a creare tra tali disposizioni normative.

Infatti, di fronte a due domande risarcitorie, dipendenti da uno stesso fatto-reato in ordine al quale è competente il giudice di pace, identiche in punto sia di *an* che di *quantum*, ove questo superi i valori indicati all'art. 7 c.p.c., competente a giudicare in merito a tali richieste sarà il giudice non togato solo nel caso in cui la domanda sia proposta in sede penale.

Ancora, di fronte a due domande risarcitorie identiche in punto di *quantum* ma distinte in relazione al fatto illecito costitutivo delle stesse, eccedenti i valori di cui all'art. 7 c.p.c., la possibilità di adire un giudice non togato dipende dalla circostanza che l'illecito, fonte delle pretese risarcitorie del danneggiato, sia uno dei reati di cui all'art. 4 d.lgs. 28.8.2000.

Ne segue che, in caso di due domande risarcitorie, che si equivalgano in punto di *quantum* superando i limiti indicati

all'art. 7 c.p.c., delle quali una trova fondamento in un fatto illecito non costituente reato e l'altra, invece, in un fatto — reato di competenza del giudice di pace, per quest'ultima, a differenza della prima, sarà competente il giudice non togato sebbene concerna una fattispecie di illecito che, in quanto qualificato come reato, risulta più riprovevole per l'ordinamento del fatto illecito rilevante solo su un piano meramente civile perché contrario al generale principio di *neminem laedere*.

Per tal via si viene ad attuare una disparità di trattamento in quanto la domanda risarcitoria fondata su fatti penalmente rilevanti e pertanto maggiormente riprovevoli per l'ordinamento, ove posta in sede penale, è di competenza di un giudice meno qualificato.

Per contro una pretesa risarcitoria, identica in relazione all'ammontare della somma richiesta, sarà di competenza del giudice togato, ove superi i limiti di valore posti all'art. 7 c.p.c., se il fatto illecito posto a suo fondamento non costituisce reato e possa, quindi, essere considerato meno riprovevole per l'ordinamento.

La norma impone, allora, un'attenta riflessione con riferimento alla sua legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza.

Si potrebbe, in vero, opporre che le nostre perplessità sono fondate su una sfiducia puramente presunta dell'ordinamento per i giudici non togati, i quali, sebbene forse meno preparati a livello di conoscenze tecnico-giuridiche, sono i più idonei a realizzare la conciliazioni delle parti.

Pare, comunque, che tali perplessità trovino conferma negli stessi criteri indicati al Governo nella legge delega al fine di determinare la competenza del giudice di pace in ambito penale.

L'art. 15 lett. A), infatti, fa riferimento ai « reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative o non ricorre di regola la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse ».

Un altro rilievo critico relativo alla disciplina della competenza penale del giudice di pace concerne poi la partecipazione dell'assicuratore al processo penale davanti al giudice onorario.

Se si ammette la natura civilistica dell'obbligazione riparatoria, allora si dovrebbe ammettere anche la piena operatività, con riferimento alla sua attuazione, di tutti gli istituti privatistici che rappresentano gli strumenti di garanzia delle pretese risarcitorie del danneggiato e di composizione del conflitto tra il responsabile e il soggetto leso, tra i quali figura il contratto di assicurazione.

Per contro, a meno di non voler proporre un'estensione generalizzata dell'art. 83 c.p.p. alla citazione dell'assicuratore (63), anche nel processo penale dinanzi al giudice di pace non sembra esservi spazio per la partecipazione di quest'ultimo. Ne segue che né la parte civile, pur nel caso in cui sia previsto il meccanismo dell'azione diretta, né l'imputato potranno citare l'assicuratore al fine di sentirlo condannare al pagamento dell'obbligazione indennitaria in relazione ai danni conseguenti all'illecito ed, in particolare, l'imputato non potrà chiamarlo in garanzia della propria obbligazione risarcitoria.

Si tratta in vero di un problema che trova a monte un'altra questione: quella della possibile relazione tra obbligazione indennitaria dell'assicuratore e riparazione del danno da reato di cui all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274.

4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato ex art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274.

Uno dei problemi di interesse civilistico, che si pongono, con riferimento all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274, riguarda le modalità in cui può attuarsi il coordinamento tra la riparazione estintiva del reato, di cui alla norma in esame, e il contratto di assicurazione che garantisca la responsabilità dell'imputato.

Dalla questione, per come la stessa si pone, emergono alcune perplessità circa la natura privatistica dell'obbligo alla riparazione dei danni da reato, che sembrava trovare conferma nella relazione allo schema del decreto legislativo e negli stessi criteri indicati nella legge delega che legano la condotta riparatoria a finalità di composizione del conflitto tra vittima e reo piuttosto che ad una stretta funzione punitivo-deterrente.

Se, infatti, tale obbligo coincidesse perfettamente con l'obbligo al risarcimento o riparazione dei danni di cui agli artt. 2043 ss., allora i relativi costi dovrebbero gravare sull'assicuratore che si è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare in ragione della sua responsabilità.

Nel caso in esame, però, l'adempimento all'obbligazione indennitaria da parte dell'impresa assicuratrice finirebbe, non solo per compensare il pregiudizio patito dalla vittima, ma anche per estinguere il reato.

Per tal via, quindi, i privati potrebbero garantirsi l'assoluta impunità per i reati di competenza del giudice di pace stipulando una polizza assicurativa.

In base alla norma contenuta nell'art. 35, comunque, la riparazione non è condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'estinzione del reato, in quanto tale effetto conseguirà soltanto ad una valutazione positiva del giudice in ordine alla idoneità di tale intervento a «soddisfare le esigenze di tipovazione del reato e quelle di prevenzione».

Il giudice potrebbe, pertanto, ritenere il pagamento ad opera dell'assicuratore, come idoneo a tali fini e quindi disporre la prosecuzione del processo (64).

Se la condotta riparatoria attuata mediante l'intervento dell'assicuratore è idonea a determinare effetti penali, allora occorre riflettere sulla natura autenticamente privatistica della riparazione di cui all'art. 35.

(63) V. *supra* § 2.

(64) V. *supra* p. 313 ss.

Come abbiamo avuto modo più volte di sottolineare il risarcimento del danno nel diritto privato trova nel meccanismo assicurativo un utile complemento nella compensazione del pregiudizio patito dal danneggiato e nell'attuazione degli interessi privati cui tale tecnica di tutela è ordinata (65).

Quindi escludere la piena rilevanza del contratto di assicurazione in ipotesi di riparazione *ex art. 35*, dovrebbe portarci anche a negare la stessa natura privatistica del fenomeno. Saremmo allora in presenza di un rimedio estraneo alle tecniche di tutela civilistiche perché ordinato ad una funzione diversa dalla compensazione del danno civile.

Occorre anche riflettere sulla stessa funzione della riparazione nel giudizio penale davanti al giudice di pace che, dalla stessa relazione al progetto di decreto, era stata individuata nella composizione della « microconfittualità interindividuale » (66).

Infatti, se la finalità della norma in esame era quella di permettere una soluzione del conflitto tra vittima e reo, tale finalità sembrerebbe contrastata dalla non piena operatività del meccanismo assicurativo che rappresenta uno strumento di garanzia delle pretese risarcitorie della vittima e quindi anche della composizione del conflitto tra le parti in causa.

Tre ci paiono essere le possibili chiavi di lettura del problema. Si può ritenere che tale obbligo alla riparazione dei danni da reato non coincida con l'obbligo al risarcimento e riparazione dei danni civili (67).

Ne seguirebbe che la eventuale riparazione ad opera dell'assicuratore non potrebbe rilevare ai fini dell'art. 35.

Si tratta di una soluzione proposta dalla dottrina che abbiamo già avuto modo di considerare con particolare riferimento alla riparazione *ex art. 62 n. 6* e che fa sorgere alcune perplessità per

la difficoltà di tracciare un netto confine tra danno civile e danno criminale nell'attuale ampliamento del primo ad opera sia della giurisprudenza che del legislatore (68).

Si potrebbe diversamente ritenere che, sebbene l'oggetto di tale condotta riparatoria coincida col danno civile, la stessa non possa importare estinzione del reato ove realizzata mediante l'intervento dell'assicuratore.

A differenza di quanto stabilito dalla Consulta con riferimento all'art. 62 n. 6, nell'ipotesi in esame il risarcimento o riparazione del danno da reato non rileverebbero di per sé su un piano oggettivo (69), in quanto il legislatore fa espresso riferimento alla necessaria idoneità delle stesse a « soddisfare le esigenze di riprovaione del reato e quelle di prevenzione ».

Quindi non ogni risarcimento e riparazione determina estinzione del reato, ma solo un risarcimento che risponda alla funzione repressivo-preventiva propria della sanzione penale oltre che alla funzione riparatoria propria della obbligazione risarcitoria civile.

Non si può, al riguardo, tacere che la dottrina penalistica pronunciata sul punto ha proposto un'interpretazione riduttiva della lettera di tale comma al fine di limitare la discrezionalità del Giudice di pace (70).

In particolare si osserva come quest'ultimo si troverebbe a dover compiere valutazioni sulla funzione general-preventiva del risarcimento e riparazione del danno, valutazioni che non paiono compatibili con la sua qualità di giudice non togato.

Sarebbe così auspicabile ridurre il giudizio di idoneità del risarcimento e riparazione all'estinzione del reato ad una mera

(65) V. *supra* parte I, capitolo 2, § 6.

(66) Cf. P. BRONZO-E. GALAVCA, *op. cit.*, p. 40.

(67) Cf. F. SGRUBB, *Gli ambiziosi obblighi nel settore penale*, § 4, in *www.cita-dinolex.it*.

(68) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.3.

(69) Cf. C. Cost. 23.4.1998, n. 138, *cit.*

(70) In tal senso v. F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 403; R. BARTOLI, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, in Il giudice di pace nella giurisprudenza penale*, *cit.*, p. 391.

valutazione sulla proporzionalità oggettiva tra il reato commesso e le condotte riparatorie (71).

Anche attraverso tale lettura della norma in esame, sembra, comunque, difficile escludere l'anima affittivo-preventiva della disposizione in esame a meno di non giungere ad una discutibile interpretazione che elida la stessa lettera legge (72).

Del resto anche una funzione special-preventiva pare difficilmente riferibile ad un risarcimento del danno operato da parte dell'assicuratore (73).

Pertanto, pure riferendo alla riparazione di cui all'art. 35 esigenze di tipo special-preventivo, ove la stessa sia attuata per mezzo dell'assicuratore, il giudice non potrebbe dichiarare l'estinzione del reato ma dovrebbe ordinare la prosecuzione del processo.

Tali conclusioni, per quanto rispondenti alla logica del sistema penale, sembrano comunque difficilmente conciliabili con gli effetti civili della riparazione in presenza di un contratto di assicurazione della responsabilità.

Se, infatti, oggetto della condotta riparatoria è il danno civile, l'assicuratore, in ragione della stessa, sarà tenuto ad adempiere alla propria obbligazione indennitaria verso l'assicurato pagando a questi una somma equivalente al costo della riparazione ex art. 1917 c.c. I° comma.

Si avrebbe allora una discrasia tra quanto avviene sul piano penale e quanto si verifica in sede civile: nel giudizio penale il

(71) Così R. BARTOLI, *op. loc. cit.*

(72) Contro possibili automatismi estintivi per le condotte pienamente riparatorie si osserva come per tal via si finirebbe per giungere ad un superamento del giudizio di equiparazione sanzionatoria in base al quale si dovrebbe tener conto che la "capacità surrogatoria della pena delle condotte riparatorie va commisurata in relazione al « peso » retributivo — preventivo proprio delle sanzioni penali in alternativa irrogabili dal giudice di pena... tutte comotate in senso special — preventivo". G. FIORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, cit., p. 155.

(73) Contro l'operatività del meccanismo assicurativo nell'ipotesi ex art. 35 dlgs 274/2000 si era espresso R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 384.

responsabile non potrebbe estinguere il reato attraverso il risarcimento del danno ad opera dell'assicuratore; diversamente, se il responsabile paga estinguendo il reato, potrà ripetere quanto ha pagato dall'impresa assicuratrice ex art. 1917 c.c. in quanto oggetto della sua condotta riparatoria era il danno civile coperto dalla garanzia assicurativa.

Quindi in ogni caso il costo della riparazione graverebbe sull'assicuratore, il che comunque pare inconciliabile con le « esigenze di riprovaione del reato » e di « prevenzione » cui fa riferimento l'art. 35 II° comma, anche ove nelle stesse si leggano finalità di special-prevenzione.

Tale dissonanza richiede pertanto di adottare una prospettiva che possa conciliare gli aspetti civili e quelli penali del fenomeno.

La terza soluzione prospettabile è quella di comporre simile antinomia mantenendo ferma la natura civilistica del danno oggetto dell'obbligazione riparatoria, intervenendo in via interpretativa sul riferimento alle « esigenze di riprovaione del reato e quelle di prevenzione » di cui alla norma in esame in modo da rendere rispondenti alla evocata natura privatistica del rimedio.

Si potrebbe, infatti, osservare come simili finalità non siano estranee al sistema della responsabilità civile il quale, come abbiamo avuto modo di considerare (74), nella sua polifunzionalità, risulta altresì orientato, oltre che al ristoro del danneggiato dal pregiudizio patito, anche alla prevenzione degli illeciti, la quale non sembra trovare un limite nell'operatività del meccanismo assicurativo.

La soluzione prospettabile consiste, allora, nel ridurre la valutazione di cui all'art. 35 II° comma ad un giudizio orientato dai parametri mediante i quali si attua la funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile ovvero l'esistenza di un'integrale riparazione del danno, anche con l'intervento dell'assicu-

(74) V. *supra* Parte II, cap. 2, par. 1.1.

ratore, purché contenuto nei limiti dell'assicurabilità degli illeciti dolosi.

In questo modo si potrebbe trovare una risposta alla logica del sistema più ampia della precedente in quanto ordinata a conciliare l'attuazione del fenomeno riparatorio *ex art. 35* nel sistema penale e in quello civile.

È indubitabile, però, che per tal via si arriva ad una sorta di privatizzazione del diritto penale su cui occorre riflettere (75), anche se la soluzione definitiva al problema non spetta sicuramente solo al civilista e ciò in considerazione dell'impatto che la stessa viene ad avere sul sistema della responsabilità penale.

4.3. *Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari*

Il meccanismo dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie o restitutorie e i relativi problemi di assicurabilità evidenziati nel precedente paragrafo si presentano pure con riferimento alla nuova disciplina dei reati societari introdotta dal d.lgs. 11.4.2002 n. 61 che ha novellato gli articoli del codice civile in materia.

Così il nuovo testo dell'art. 2627 II° comma prevede che, in ipotesi di « illegale ripartizione degli utili e delle riserve », « la restituzione degli utili o la ricostruzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato ».

Attribuisce rilevanza giuridica alla condotta restitutoria del responsabile anche l'art. 2628 ove al III° comma si prevede che, in ipotesi di « illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllate », « se il capitale sociale o le riserve sono ricostruiti prima del termine previsto per l'approvazione del

bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto ».

In altre fattispecie di reato le norme del codice novellate dal suddetto decreto fanno riferimento a condotte risarcitorie.

Così sia il II° comma dell'art. 2629, in ipotesi di « operazioni in pregiudizio dei creditori », sia il II° comma dell'art. 2633, in tema di « indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori », prevedono che « Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato ».

Nuovamente non intendiamo prendere posizione sulle questioni di interesse strettamente penalistico relative alla diminuita capacità intimidatoria delle nuove norme incriminatorie che lasciano al responsabile la possibilità di estinguere il reato (76).

Quello che ci limiteremo ad osservare, al fine di verificare la ripeditibilità in tale ambito delle osservazioni compiute nel paragrafo precedente, riguarda le particolarità di tale disciplina rispetto al meccanismo estintivo previsto dall'art. 35 della legge sulla competenza penale del giudice di pace.

Al riguardo la differenza più macroscopica pare rinvenibile nell'automatismo che guida l'estinzione dei reati societari in presenza delle suddette condotte riparatorie o restitutorie.

Non è prevista, infatti, alcuna valutazione del giudice in ordine alla idoneità delle stesse a « soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione » come nella normativa sulla competenza penale del giudice di pace.

Pertanto si dovrebbe concludere nel senso che, nelle ipotesi di reati societari, le condotte riparatorie o restitutorie operano su un piano oggettivo così come nell'ipotesi di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (77).

(75) Parla di "privatizzazione" del diritto penale con riferimento alla giustizia penale conciliativa C.E. PALERMO, voce *Depenalizzazione*, in *Dir. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 431.

(76) Cfr. L. FORTANI, *Rilevati critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197; R. BAUCCHETTI, *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminata, Padova, 2002, pp. 759-760.

(77) V. *supra* § 3.

Di conseguenza l'effetto estintivo si produrrebbe indipendentemente dalle modalità con cui è realizzata in concreto la ricostituzione dell'interesse leso anche ove ciò avvenga attraverso l'intervento di un soggetto estraneo al reato come potrebbe essere l'assicuratore.

Sembra così di poter leggere nella riforma dei reati societari una ulteriore forma di privatizzazione del diritto penale.

I paradigmi su cui si era nel tempo cristallizzata la partizione teorica tra pena e risarcimento entrano in crisi in conseguenza di interventi sia a livello di diritto vigente che a livello di diritto vivente.

Infatti, dal lato del sistema della responsabilità civile, si avverte un ampliamento del concetto di danno che diviene sempre più indistinguibile in concreto dal danno criminale attraverso un'interpretazione dell'art. 2059 che tende ad ampliare il concetto di risarcibilità in rispondenza (78), peraltro, ad una progressiva estensione, operata dal legislatore (79), della tutela civile contro gli illeciti ad interessi la cui lesione difficilmente troverà materializzazione in danni patrimoniali.

Un movimento simmetrico pare rinvenibile nel diritto penale attraverso un ridimensionamento dell'istanza punitiva a favore di rimedi riparatori del pregiudizio patito dalla vittima.

In tal senso sembra, infatti, possibile leggere, oltre agli interventi legislativi da ultimo ricordati, anche le recenti sentenze della Consulta con le quali è stata riconosciuta l'operatività dello strumento assicurativo all'interno del sistema di responsabilità penale, ammettendo, in alcuni casi, la citazione dell'assicuratore nel processo penale (80), e riconoscendo addirittura rilevanza, ai

(78) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 5.

(79) Intendiamo riferirci alla legge sul trattamento dei dati personali 31.12.1996 n. 675 e la Legge Pinto in tema di equa ripartizione per violazione del termine ragionevole del processo 24.3.2001 n. 89.

(80) V. *supra* nota 16.

fini penali, alla ripartizione operata mediante l'intervento dell'impresa assicuratrice (81).

Peraltro la scelta del legislatore in materia di reati di competenza del giudice onorario e di reati societari non può dirsi un caso isolato in quanto anche il recente decreto legislativo in materia di responsabilità amministrativa degli enti ha previsto che l'attuazione di una condotta riparatoria da parte del responsabile abbia rilevanza ai fini dell'irrogazione della pena sia a livello di determinazione del *quantum* sia in relazione al tipo di sanzione punitiva da irrogare.

Il tema presenta analogie con la trattazione del presente capitolo, in quanto anch'esso vale a rimettere in discussione gli stessi confini tra pena e riparazione, ma impone una riflessione autonoma perché viene a legarsi ad una diversa problematica, quella della natura delle sanzioni amministrative.

Se in passato, infatti, si era pensato di inserire nella categoria unitaria della sanzione punitiva escludendo che le stesse potessero avere una duplice natura compensatoria e punitiva ad un tempo (82), la recente riforma in materia di responsabilità degli enti deve portarci a ripensare a tali conclusioni e, di conseguenza, alla più volte asserita inassicurabilità delle sanzioni amministrative fondata appunto sulla natura strettamente punitiva delle stesse (83).

(81) V. *supra* nota 32.

(82) V. *supra* capitolo I, nota 8.

(83) La questione sembrava aver trovato definitiva soluzione nella circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246. V. *amplius infra* p. 353 ss.

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

Sommario: 1. L'assicurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto. — 2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa. — 2.1. Polizze cauzionali e illeciti amministrativi. — 2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie. — 2.3. L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie. — 2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

1. *L'assicurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto.*

Le sanzioni amministrative hanno da tempo attirato l'attenzione degli assicuratori quale possibile nuovo settore del mercato assicurativo tanto da richiedere l'intervento dell'Isvap, che si è dovuta pronunciare sul punto onde rispondere al problema della loro assicurabilità sul piano giuridico (1).

Un simile interesse non deve del resto stupire posto che, ai fini della realizzazione dell'operazione economica propria del contratto di assicurazione, due sono gli elementi rilevanti: l'esistenza di un rischio e la possibilità in concreto di stimarne la frequenza su basi attuariali.

Se si considera la sanzione amministrativa come fenomeno sociale, questa pare rispondere a tali esigenze gestionali e quindi ai criteri di assicurabilità sotto il profilo tecnico-economico.

Infatti l'irrogazione di una sanzione amministrativa, ma forse il discorso può estendersi anche alle sanzioni penali, è stata qualificata da alcuni studiosi come un autentico « rischio », ov-

(1) Intendiamo riferirci circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246. V. *infra* p. 353.

vero un evento fortuito, in quanto l'incorrere in sanzione è sempre più frequentemente una circostanza la cui determinazione non dipende da atti intenzionali del responsabile né figura prevedibile da parte di questi (2).

Saremmo così in presenza di un evento legato ad una probabilità di accadimento e come tale possibile oggetto di un contratto di assicurazione.

Il fatto poi che la sanzione amministrativa sia predefinita entro un minimo e un massimo editoriale finisce per rappresentare una circostanza che la rende statisticamente assicurabile in quanto è possibile per gli assicuratori compiere dei calcoli prognostici in ordine agli indennizzi che questi dovranno corrispondere in ragione dei rischi coperti.

Quindi, dal punto di vista dell'assicurabilità tecnica, si può arrivare a dire che le sanzioni amministrative si prestano ad essere oggetto di un contratto di assicurazione, quindi, forse ben più del risarcimento del danno morale la cui quantificazione è rimessa a valutazioni equeitative del giudice (3).

L'interesse degli assicuratori verso tale categoria di rischi, risulta essere, però, vanificato dalla più volte asserita inasscurabilità in senso giuridico degli stessi sotto il profilo dell'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico (4).

(2) Cfr. F. SGUIRI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, *passim* in particolare pp. 90-91.

(3) V. *supra* parte II, capitolo 2, § 5.

(4) V. circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246 sulla quale avremo modo di diffonderci *infra* p. 353 ss.

Si ripropone così nuovamente la necessità di distinguere l'assicurabilità in senso tecnico e da quella in senso giuridico. V. *supra* parte I, capitolo 1, § 3.

Altro è il discorso per quanto concerne la licità di un contratto di assicurazione stipulato da un ente pubblico per la responsabilità civile e amministrativa dei propri dipendenti, intendendo per responsabilità amministrativa la responsabilità in cui incorre il soggetto che avendo violato doveri od obblighi derivanti dal rapporto di servizio con un ente pubblico, abbia cagionato un danno alla sua (o ad altra) pubblica amministrazione. Si parla di riguardo anche di responsabilità gestoria alla quale è riconosciuta una "natura risarcitoria *sui generis* ": cfr. C. Conti sez. riun., 27.5.1999, n. 15, in *Foro amm.*, 2000, 650.

Prima di considerare gli argomenti, su cui si fondano tali conclusioni, occorre individuare la natura delle sanzioni amministrative quale premessa logica del discorso sulla loro assicurabilità.

La ricerca di una definizione di sanzione amministrativa trova un ostacolo nella stessa multifondità del fenomeno. Anche ricorrendo ad una nozione particolarmente lata, quale potrebbe essere quella che lo identifica con « ogni forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto » (5), occorre poi tenere conto che tale reazione viene attuata mediante strutture e funzioni diverse.

In alcuni casi l'ordinamento interviene con misure che non sono volte a punire il responsabile, ma ad impedire il protrarsi di una situazione almeno potenzialmente lesiva di interessi giuridicamente rilevanti. Si pensi all'intervento della pubblica amministrazione mediante la confisca di beni di proprietà dei privati che vengano a determinare siffatte condizioni (6).

In altri casi lo Stato interviene non per sanzionare, ma per dichiarare il venir meno delle condizioni che avevano permesso l'emissione di un certo atto amministrativo. L'esempio più comune è quello del ritiro della patente per inabilità alla guida (7).

In queste ipotesi il problema della licità del contratto non concerne la natura della sanzione oggetto della copertura assicurativa, ma piuttosto la conformità di un simile negozio all'art. 28 C. nonché l'ammissibilità di un rapporto assicurativo in cui il soggetto che paga il premio è il medesimo che subisce il danno causato dal comportamento illecito del beneficiario della polizza. Cfr. C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd. 9.5.2002 n. 942, in *Finanza locale*, 2002, 1046.

La questione nei suoi profili applicativi è stata trattata da M. FERLINI, *Risarcimento del danno e responsabilità. Le assicurazioni nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2003.

(5) Cfr. C.E. PALERMO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 351, i quali si richiamano a A. TESAURO, *Sanzioni punitive amministrative*, Napoli, 1925, p. 90 ss.

(6) Cfr. C.E. PALERMO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 365. Sarebbe però errato concludere nel senso che tale natura sia propria di tutte le ipotesi di confisca. Gli Autori, infatti, ritengono che, nell'ipotesi di cui all'art. 20 l. 689/1981, si sia in presenza di un'autentica pena, mentre in altri casi la confisca si presenta come una mera surrogata ad una misura tipistinatoria. Basti pensare all'ipotesi di cui all'art. 7 l. 47/1985.

(7) L'esempio è tratto da C.E. PALERMO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 362.

Ancora di sanzioni amministrative non punitive si può parlare con riferimento alle c.d. «sanzioni ripristinatorie», si pensi agli interventi di demolizione degli edifici abusivi, nonché alle sanzioni pecuniarie alternative alle prime (8).

Si è così pensato di ricorrere ad una bipartizione tra sanzioni amministrative in senso lato, comprensive pure di rimedi riparatori e restitutori, e sanzioni amministrative in senso stretto aventi natura punitiva (9).

Il problema di definire cosa sia una sanzione amministrativa viene a complicarsi ulteriormente in ragione dell'evoluzione storica del fenomeno che ha subito una serie di interventi legislativi i quali hanno, non solo portato ad incrementare il numero degli illeciti amministrativi, ma anche a disciplinare il relativo apparato sanzionatorio secondo disposizioni che tendono in alcuni casi ad avvicinarlo al paradigma sanzionatorio-punitivo e in altri casi a quello riparatorio.

Lo studio di tali contrapposti movimenti acquista, ai fini della nostra ricerca, un interesse prevalente posto che dalla riconducibilità o meno delle sanzioni amministrative alle tecniche di tutela punitiva dipende la riferibilità a queste delle regole e dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo sui quali è fondato il giudizio di inascurabilità delle pene (10).

Pare allora a tal fine proponibile una partizione del tema in tre periodi: il primo anteriore alla riforma delle sanzioni amministrative attuata con la l. 24.11.1981 n. 689, il secondo successivo

(8) L'espressione tra virgolette è di Cass. SS.UU. 24.2.1978, n. 926, in *Foro it.*, 1978, I, 1173.

Con riferimento alle sanzioni pecuniarie in materia edilizia occorre, secondo alcuni, distinguere però quelle irrogabili oggettivamente in base alla relazione di proprietà col bene e quelle invece che restano in capo a chi ha commesso l'abuso e che hanno funzione più propriamente punitiva. Cf. R. FIGUERA, *Le sanzioni amministrative in materia urbanistica*, in *Mondo giur.*, 1997, 458.

(9) Cf. C.E. PALERO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 350.

(10) Cf. *supra* p. 31 ss.

tale riforma e il terzo posteriore alla nuova disciplina sulla responsabilità degli enti.

Le sanzioni amministrative, prima della riforma del 1981, si presentavano come mere risposte ad una condotta dei privati posta in essere in violazione dei precetti dell'ordinamento onde attuare *ex post* le finalità che questo intendeva realizzare con la predisposizione del precetto violato ed eliminare le eventuali condizioni pregiudizievoli che si erano realizzate in ragione di tale violazione (11).

Siffatte considerazioni trovavano peraltro fondamento nello stato della legislazione sul punto ed in particolare nella disciplina delle sanzioni amministrative tributarie contenuta nella l. 7.1.1929 n. 4, in special modo nell'art. 3 III° comma ove si stabiliva che l'obbligazione al pagamento di una somma a titolo di pena pecuniaria a favore dello Stato «ha carattere civile».

Così un illustre Autore, sulla natura di tali sanzioni, affermava che «le sanzioni pecuniarie, costituenti il contenuto delle sanzioni amministrative, e che adempiono alla duplice funzione di stimolare l'obbligato a compiere i suoi doveri e di risarcire l'ente pubblico delle dannose conseguenze derivanti dall'inosservanza degli stessi, hanno la medesima natura e struttura giuridica del debito di imposta» (12).

Eventuali peculiarità del rimedio, con particolare riferimento alle modalità di determinazione del *quantum debetur*, non valgono ad escludere la sua natura privatistica, ma solo a sottolineare il «carattere ibrido della pena pecuniaria, la quale, pur essendo al pari della soprattassa, un'obbligazione civile, si informa in parte ai principi del diritto penale» (13).

(11) Cf. G. BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 394.

(12) Così A.D. GIANNINI, *op. cit.*, p. 263.

(13) Così A.D. GIANNINI, *op. cit.*, p. 264.

Altri pur riconoscendo la natura affittiva della sanzione amministrativa la tengono distinta dalla sanzione penale in considerazione delle finalità retributive della stessa. Così G. ZANONINI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, cit., p. 500 ss.; Id., *Sanzioni amministrative*, cit., p. 10 ss.

Nella riforma operata con la l. 24.11.1981 n. 689 la disciplina delle sanzioni amministrative viene ridefinita accentuando gli aspetti più propriamente penali del rimedio e richiamando in modo espresso principi propri del sistema sanzionatorio punitivo. Basti pensare, al riguardo, al riferimento al principio di legalità, contenuto nell'art. 1, nonché alla non trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi, di cui all'art. 7 (14). Infine all'art. 11, il legislatore, nell'indicare i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, richiama l'attenzione dei giudici sulla « gravità della violazione », espressione questa in cui la giurisprudenza ha letto un recupero, in tale peculiare ambito disciplinare, del dettato normativo di cui all'art. 133 c.p. (15) sottolineando come anche la misura della sanzione amministrativa sia legata a criteri che eccedono la compensazione del danno (16).

A ben vedere la legge del 1981 rappresenta un intervento che

Un eco di tale impostazione pare rinvenibile anche in scritti successivi alla riforma operata con la l. 24.11.1981 n. 689. Cfr. E. CAPACCIOLI, *op. loc. cit.*; A. TRAVI, *op. loc. cit.*

(14) Dagli artt. 3 e 7 la giurisprudenza ricava l'operatività del principio di personalità della pena anche nel settore delle sanzioni amministrative. Commis. Trib. Prov. Salerno, 23. 12. 1997, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Tributi in genere* n. 20889; Commis. Trib. Centrale 12.2.1997, n. 115, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Tributi in genere*, n. 2118; Cass. 10.12.1998, n. 12459, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 31. In quest'ultima sentenza la Suprema Corte ha affermato che, con riferimento ad una persona giuridica, responsabile della violazione è solo la persona fisica cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione costitutiva della violazione.

Vero è che il principio della personalità della sanzione con riferimento alle sanzioni amministrative trova un'eccezione nella figura del coobbligato solidale v. *infra* § 2.3.

(15) Cfr. Cass. 18. 1. 1995, n. 529, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 36.

(16) Tale considerazione non può, però, dirsi sufficiente a suffragare la natura punitiva della sanzione. Anche con riferimento alle obbligazioni risarcitorie abbiamo visto come la giurisprudenza fa riferimento, con particolare riguardo ai danni non patrimoniali, ai criteri di cui all'art. 133 c.p. Cfr. C. App. Roma 5.11.1990, in *Dir. inf.*, 1991, 845. In tal caso però abbiamo osservato come questo non importa di rivedere la natura del rimedio in senso punitivo, ma rappresenti solo una delle modalità di espressione del criterio equitativo cui il giudice può ispirarsi nella quantificazione del danno. V. *amplius supra* parte II, cap. 1, nota 138.

non è indirizzato unicamente al fine di dettare una disciplina organica in materia di sanzioni amministrative, ma anche al fine di regolare le stesse in considerazione del ruolo che queste vengono assumendo come canale attraverso il quale è possibile attuare il processo di depenalizzazione.

Sembra così che nella logica seguita dal legislatore prevalgano le istanze unitariste volte a ricondurre il fenomeno delle sanzioni amministrative all'interno del sistema sanzionatorio punitivo (17).

La scelta del legislatore, nell'individuare la possibile risposta agli illeciti, tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, deve essere, quindi, guidata dalla sua prevalente intenzione di prevenire l'attività illecita oppure di trovare un adeguato ristoro dei danni compiuti a mezzo della stessa oltre che di reprimere la condotta antigiuridica (18).

Quindi entrambe le tipologie di sanzione sarebbero indirizzate alla repressione degli illeciti, ma solo le sanzioni amministrative, in quanto pecuniarie, sarebbero idonee anche a coprire finalità più largamente retributive compensando le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito mediante la somma che il responsabile si trova a pagare.

A parte, però, la natura strettamente pecuniaria delle sanzioni amministrative non paiono emergere ulteriori motivi che valgano ad escludere la natura punitiva delle stesse (19).

Se è, infatti, vero che simili conclusioni risultavano, in passato, contraddette, a livello sistematico, dalla presenza di alcune norme dissonanti contenute nella legge del 1929, in materia di sanzioni tributarie, (20), è pure vero che tale antinomia è stata, comunque, superata dalla riforma del 1997, attuata col d.lgs. n. 472, che ha portato ad un avvicinamento, dal punto di vista

(17) Cfr. v. *supra* capitolo 1, nota 8.

(18) In tal senso P. NUVOLONE, *L'opzione penale*, 1985, p. 246 ss.

(19) Cfr. E. CAPACCIOLI, *op. loc. cit.*

(20) V. *supra* p. 294.

disciplinare, di queste ultime al sistema sanzionatorio punitivo (21).

Aspetti dissonanti con la natura punitiva delle sanzioni amministrative sembrerebbero emergere anche nella disciplina della responsabilità dei coobbligati in solido, ovvero di quei soggetti diversi dal responsabile sul patrimonio dei quali viene a gravare la sanzione (22).

In particolare un'ipotesi di solidarietà è prevista all'art. 6 della l. 24.11.1981 n. 689 con riferimento al proprietario della cosa che « servì o fu destinata a commettere la violazione » oppure all'usufruttuario o al titolare di un diritto personale di godimento ove si tratti di bene immobile. Ancora coobbligato solidale è, sempre *ex art.* 6 II° e III° comma, la persona che ha poteri e doveri di sorveglianza verso l'incapace autore del fatto illecito oppure la persona giuridica, l'ente o l'imprenditore nel caso in cui autore materiale del fatto sia un suo rappresentante o dipendente.

Due le possibili chiavi di lettura della norma. Si può mantenere ferma la natura punitiva delle sanzioni amministrative e quindi la riferibilità alle stesse dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo tra i quali figura quello di personalità della pena che trova espresso riconoscimento all'art. 27 C. Una simile interpretazione porta, però, a dover considerare incostituzionali le disposizioni normative in cui è introdotta la solidarietà amministrativa.

(21) V. *amplius infra* § 24.

(22) Qualcuno a riguardo ha parlato di "fideiussori legali" del responsabile. Così G. PATTI, *Commento alla legge 24-11-1981 n. 689. Aspetti civilistici della legge*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, p. 1165 ss. *Contra* A. GUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. di dir. Civ. comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XVIII, t. 3, Milano, 1998, pp. 55-64. Quest'ultimo osserva, infatti, come si tratti di forme di solidarietà non informate dal principio di sussidiarietà ed aventi funzione di tutelare determinati crediti che rivestono un interesse socialmente rilevante per cui, vista la funzione svolta da tali meccanismi di garanzia, non dovrebbero essere applicabili, in tal caso, quelle norme sul contratto di fideiussione improntate ad uno spiccato *favor fideiussoris* quali sono quelle contenute negli artt. 1953, 1955, 1957.

nistrativa in quanto la stessa finisce per trasferire la sanzione su un soggetto diverso dal responsabile.

Diversamente si potrebbero far salve tali norme ritenendo non riferibili alle sanzioni amministrative tutti i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo ed in particolare quello della personalità della pena in quanto contrastante con le esigenze repressivo-retributive proprie delle sanzioni pecuniarie in senso stretto (23).

Vi è una terza possibile via per colmare l'apparente dissociazione tra solidarietà amministrativa e principio di personalità della pena. Il coobbligato, che ha pagato, vanta *ex art.* 6 ult. comma un diritto di regresso verso il responsabile, condizione che vale a ritenere quest'ultimo comunque gravato dalla pena anche se indirettamente (24).

Si potrebbe insomma ritenere che il principio di personalità debba essere riletto con riferimento alle sanzioni pecuniarie in senso stretto privilegiando il momento dell'irrogazione rispetto a quello dell'escussione.

Esistono poi aspetti concernenti la determinazione del *quantum* dovuto dal responsabile a titolo di sanzioni amministrativa che paiono contrastare con i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

(23) Da notare come secondo un'interpretazione proposta dalla Cassazione tale norma non risponderebbe a simili esigenze in quanto "la « ratio » di tale responsabilità solidale (prevista dall'art. 6 della legge stessa) non è quella di far fronte a situazioni di insolvenza dell'autore della violazione, bensì quella di evitare che la violazione resti impunita quando sia impossibile identificare con certezza tale ultimo soggetto e sia, invece, facilmente identificabile il proprietario della « cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione »: così Cass. 19.12.1996, n. 11350, in *Civiltà. Riv. Mass.* 1996, 1770.

Al riguardo occorre però riflettere sul fatto che una simile interpretazione poteva valere nel caso specifico sottoposto alla Corte. Il fenomeno della solidarietà trova, invece, applicazione anche in ipotesi in cui non sussistono problemi di individuazione del responsabile ma solo di esazione da questi della somma di cui è debitore a titolo di sanzione pecuniaria.

(24) Per tali considerazioni V. F. DI MAYO, *La responsabilità solidale tra Sra e collaboratore per illecito amministrativo*, commento a C. Cost. 24.7.1995 n. 363, in *Le Società*, 1995, p. 1540.

In particolare la Consula ha avuto modo di pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge della regione Sicilia ove si prevedeva l'entità della pena senza lasciare alcuno spazio ad una sua graduazione in relazione alla gravità dell'illecito e alla persona del responsabile, come previsto all'art. 11 l. 689/1981, in contrasto con il principio di personalità della pena (25).

La Corte in tal caso ha preso una posizione, peraltro non isolata (26), che tende a contraddire la natura punitiva delle sanzioni amministrative, affermando che « l'illecito amministrativo e, "per relationem", la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (artt. 25 comma 2 e 27 Cost. che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 C. disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello designato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla l. 24 novembre 1981 n. 689. Il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concettualmente esclusivamente quelle penali » (27).

Non sembra, però, che tali conclusioni abbiano portato ad

(25) Cost. C. Cost. 21.4.1994 n. 159, in *Giur. Cost.*, 1994, I, p. 1214 ss.

In senso analogo si è pronunciata la giustizia amministrativa affermando che « non può ritenersi incostituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost, sotto il profilo della mancata considerazione dell'elemento psicologico, oltre che della personalità del contraente nella determinazione del « quantum », obbligatorie in caso di sanzioni amministrative ex art. 3 e 11 l. n. 689 del 1981, la sanzione prevista dall'art. 4 comma 7 l. n. 109 del 1994, in quanto quest'ultima, ancorché denominata « amministrativa », non può essere annoverata fra le prime, come dimostra la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie che la riguardano e la maggiore affinità, al di là del « nomen iuris », con le sanzioni di natura civile », così T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19.1.2001 n. 3, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1369 con nota L. Leva.

(26) In tal senso v. anche C. Cost. 24.7.1995, n. 363, in *Com. Stato*, 1995, II, 1259; C. Cost. 10.12.1987, n. 502, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3315. *CONTRA P. NUOVONON, Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Rev. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 60 ss.; C. PIRE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990, p. 50 ss.

(27) Cost. C. Cost. 21.4.1994, n. 159, cit.

ammettere la trasmissibilità in via negoziale della pena pecuniaria anche perché sono riferite al principio di personalità inteso, non come intrasmissibilità della pena, ma come necessaria graduazione delle sanzioni punitive in relazione alla persona del responsabile.

Non è così possibile dedurre dalla sentenza della Consula alcun principio di diritto da cui risulti la trasmissibilità per negozio della sanzione amministrativa.

A maggior ragione non sembra possibile dedurre alcun giudizio positivo in ordine alla assicurabilità del rischio della relativa irrogazione. In tal caso, infatti, oltre al principio della intrasmissibilità si violerebbe anche il principio di effettività della pena intesa come certezza dell'afflizione del responsabile in quanto l'esistenza di una polizza assicurativa, che garantisce la responsabilità amministrativa, renderebbe certa l'impunità di quest'ultimo in concreto (28).

Ne segue che, se si ritiene che il sistema sanzionatorio punitivo sia finalizzato al mantenimento dell'ordine pubblico e si ritiene altresì che il principio di effettività della pena costituisca il cardine del sistema sanzionatorio punitivo, allora ogni pattuizione che valga ad estendere la copertura assicurativa anche al rischio di irrogazione di sanzioni amministrative sarebbe nulla per contrarietà all'ordine pubblico (29).

Tali considerazioni sono poste a fondamento della decisione dell'Isvap la quale si è pronunciata appunto contro l'assicurabilità delle sanzioni amministrative nella circolare del 22 maggio 1995 n. 246 ove si afferma che, in considerazione del carattere personale e affettivo di tali sanzioni, « il contratto di assicurazione

(28) Sul punto riteniamo opportuno ricordare la posizione di R. CORDEIRO GONCALVES, *op. cit.*, p. 139 il quale *de iure condendo* individua la « necessità, tramite disposizioni *ad hoc*, che il reale autore del reato tributario riesca, sfruttando tecniche civilistiche di spersonalizzazione dell'illecito o comunque di copertura del reale autore, o a sottrarsi alle pene o, ancor più radicalmente, a evitare la configurazione del reato. »

(29) Sulla possibile conflittualità tra assicurazione della responsabilità penale e amministrativa e ordine pubblico v. *amplicius supra* parte I, capitolo I, § 42.

che sollevi l'assicurato dal pregiudizio economico costituito dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie sia da considerare quale avente una causa e, quindi, una funzione economico-sociale illecita per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 1343 c.c. Infatti risulterebbero violati i soprarichiamati principi di personalità e affettività con innegabili conseguenze negative in relazione al potere deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie riguardo ai comportamenti futuri dei soggetti interessati » (30).

In particolare l'Isvap nota come la L. 24.11.1981 n. 689, nell'introdurre modifiche al sistema penale impiegando la sanzione amministrativa quale possibile alternativa alla detenzione nel processo di depenalizzazione, ha finito per riferire anche al sistema della responsabilità amministrativa i principi propri delle sanzioni penali, tra i quali appunto figurano quelli di personalità ed effettività.

L'Authority, però, ammette l'introduzione di meccanismi assicurativi anche all'interno del sistema della responsabilità amministrativa per quanto concerne l'obbligazione gravante sui

(30) Alcuni Autori si sono pronunciati contro l'assicurabilità delle sanzioni punitive sotto il profilo della impossibilità di considerare l'irrogazione di una sanzione amministrativa un rischio ex art. 1895 c.c. Così in particolare A. PENNÌ, *Il nuovo sistema sanzionatorio tributario: considerazioni di un penalista*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pp. 2049-2050.

L'A. rileva, infatti, non solo il contrasto tra la funzione punitiva della sanzione e l'operazione assicurativa, ma altresì come una simile assicurazione non risponda dal punto di vista giuridico sistematico alla nozione di contratto di assicurazione di cui all'art. 1882 in quanto l'irrogazione di una sanzione non sarebbe, a suo avviso, riconducibile né al ramo danni né al ramo vita.

Al riguardo peraltro si può ricordare che parte della dottrina considera la distinzione di cui all'art. 1882 addirittura fondata su ragioni di ordine pubblico ed in essa individua un limite all'autonomia del predisponente nella determinazione della regola contrattuale in riferimento alle clausole delimitative del rischio. Cf. G. FANELLI, *Somma diviso delle assicurazioni private: riflessioni su un vecchio problema*, in *Foro it.*, 1962, IV, p. 51 ss.

In vero, sotto tale profilo, non si comprende perché la copertura di una sanzione amministrativa non possa essere considerata una particolare forma di assicurazione contro le perdite pecuniarie e quindi ricondotta al ramo danni.

coobbligati solidali i quali vengono ad essere gravati non da una sanzione punitiva ma da un'obbligazione civile.

Le considerazioni dell'Isvap dovrebbero essere comunque riviste alla luce della distinzione tra sanzioni amministrative in senso lato, le quali comprendono al loro interno anche misure di tipo ripristinatorio come tali pienamente assicurabili, e sanzioni amministrative in senso stretto, ovvero quelle riconducibili alla categoria generale delle pene a cui sarebbero riferibili regole e principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

Solo per quest'ultime varrebbero le considerazioni dell'autorità garante in materia di inassicurabilità delle sanzioni amministrative.

Tali conclusioni meritano, inoltre, una rinnovata riflessione con riferimento alla nuova disciplina delle sanzioni tributarie contenuta nel dlgs. 18.12.1997 n. 472, che ha, da un lato, avvicinato le sanzioni tributarie al sistema sanzionatorio punitivo e, dall'altro, esteso l'operatività del sistema delle obbligazioni solidali.

Ancora le conclusioni sulla inassicurabilità delle sanzioni amministrative devono essere riviste alla luce della nuova normativa in materia di responsabilità degli enti in cui è stato attribuito un ruolo particolare ai rimedi di tipo riparatario e ripristinatorio.

Sembra così che la decisione dell'Isvap non valga a chiudere il discorso in tema di assicurabilità delle sanzioni amministrative, ma rappresenti solo la base di partenza per considerazioni ulteriori che tengano conto del particolare equilibrio che si viene a creare nel sistema della responsabilità amministrativa tra riparatrice e pena.

2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa.

Se all'interno dell'area dell'illecito amministrativo pare possibile individuare conseguenze non strettamente riconducibili

all'interno della categoria delle sanzioni punitive, allora in tale ambito vi sono spazi entro cui è ammissibile l'operatività del meccanismo assicurativo.

Come abbiamo avuto modo di considerare, nella categoria delle sanzioni amministrative paiono rinvenibili rimedi qualificabili, non in termini punitivi, ma piuttosto in una prospettiva ripristinatorio-riparatoria e, quindi, non regolati da quei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo su cui si fonda il giudizio di inassicurabilità. Solo questi rimedi, a differenza delle sanzioni amministrative in senso stretto, rappresentano un rischio assicurabile sotto il profilo della liceità.

Se si ha riguardo alle polizze attualmente in commercio, ci si rende, però, conto di come tra le stesse sientino anche contratti di assicurazione che hanno ad oggetto vere e proprie sanzioni punitive.

Intendiamo in particolare riferirci alle polizze di assicurazione contro il ritiro della patente e alle polizze cauzionali dei diritti doganali.

2.1. *Polizze cauzionali e illeciti amministrativi.*

Con riferimento alle possibili relazioni tra polizze assicurative e responsabilità amministrativa meritano menzione le polizze cauzionali, ovvero le polizze con cui l'impresa assicuratrice si impegna a pagare quanto dovuto anche a titolo di sanzione da parte del soggetto assicurato alle casse dello Stato verso il corrispettivo di un premio rinunciando al beneficio di escussione e salvo il diritto di regresso verso l'assicurato stesso.

Il fenomeno ha trovato da tempo espressione con riferimento ai diritti doganali per il cui pagamento operano spesso polizze cauzionali mediante le quali l'impresa assicuratrice si impegna per le spese di ogni specie dovute dall'assicurato a norma di legge anche per inadempienze ed irregolarità relative alle operazioni descritte nella polizza.

Oggetto del contratto sono quindi pure le sanzioni previste in caso di violazioni della normativa in materia, sanzioni che non sembrano avere solo funzione riparatoria ma anche punitiva.

Nelle polizze si fa, infatti, generalmente riferimento alle spese e, quindi, non solo agli interessi dovuti per la dilazione temporale del pagamento, ma anche, così parebbe, alle pene pecuniarie.

Si potrebbe allora discutere della liceità di simili contratti che importano la copertura di sanzioni riconducibili all'interno della categoria delle sanzioni punitive.

Prima di porsi il problema della natura di tali sanzioni possiamo trovare una soluzione alla questione sul diverso fronte della qualificazione del rapporto negoziale che si realizza mediante una polizza cauzionale.

Dalla stessa descrizione del contenuto del regolamento contrattuale emerge, infatti, come l'impresa assicuratrice non garantisca un rischio, ma un credito (31).

L'impresa assicuratrice non si impegna ad indennizzare l'assicurato ove si deremini in concreto l'evento futuro e incerto dedotto nella polizza, ma si obbliga a corrispondere quanto dovuto dal c.d. assicurato salvo diritto di regresso verso quest'ultimo.

Si può allora osservare come, attraverso il meccanismo del regresso, il costo dell'irrogazione della sanzione rimanga a carico del responsabile anche se la sua prestazione verso le casse dello Stato risulta mediata dall'intervento dell'impresa assicuratrice.

Quest'ultima sarà tenuta a corrispondere quanto dovuto dal soggetto garantito a favore dello Stato ma vanterà verso il debitore principale azione di regresso in relazione a tale importo.

Ne segue che una simile relazione negoziale non determina il trasferimento del costo della sanzione su un terzo e non contrasta, pertanto, né col principio della personalità, né con quello dell'effettività della pena (32).

(31) V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(32) Sulla relazione tra sanzioni pecuniarie e principio di effettività v. F. GIUNTA.

Del resto è la stessa legge, in materia di sanzioni amministrative, ad introdurre analoghi meccanismi di garanzia del credito dello Stato verso il responsabile.

Anche attraverso il meccanismo della coobbligazione solidale, infatti, si finisce per garantire il credito dello Stato attraverso l'individuazione di ulteriori soggetti rispetto al responsabile gravati dall'obbligo al pagamento della somma equivalente alla pena pecuniaria irrogata, i quali però vanteranno un diritto di regresso verso il diretto responsabile che finirà per continuare a subire gli effetti dell'irrogazione della sanzione.

Si può quindi concludere che, anche con riferimento alle sanzioni amministrative in senso stretto, per le quali operano i principi di diritto sanzionatorio punitivo, sembra possibile ammettere la validità ed efficacia di meccanismi di garanzia del credito che lo Stato vanta per il pagamento della pena pecuniaria tra i quali paiono annoverabili le polizze cauzionali o fidejussorie. Peraltro, in alcuni casi, nel testo di tali polizze sono presenti patuizioni che accrescono l'efficacia deterrente della pena pecuniaria.

Al riguardo si può osservare che l'impresa assicuratrice vanta come corrispettivo della propria prestazione di garanzia, non solo un premio, ma un'ulteriore somma calcolata in relazione all'entità del credito dello Stato.

Nel regolamento contrattuale, infatti, è spesso inserita una clausola che, nel disciplinare il diritto di regresso di quest'ultimo, prevede l'obbligo a carico del c.d. assicurato di corrispondere all'impresa assicuratrice, oltre al capitale e alle spese, l'interesse nella misura pari al saggio ufficiale di sconto in vigore al momento del versamento maggiorato di un certo numero di punti (33).

L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio, cit., p. 438, il quale osserva come "quanto alle pene pecuniarie, è fin troppo inuitivo che a loro effettività coincida del tutto con la loro indefectibilità".

(33) Le finalità di tali patuizioni, a nostro avviso, non assumono comunque

Si viene così ad introdurre in via negoziale un meccanismo punitivo che finisce per corroborare l'efficacia deterrente della pena.

2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie.

Nell'occuparci della natura delle sanzioni amministrative e della possibile riferibilità alle stesse dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo abbiamo visto come, accanto ad autentiche pene pecuniarie, gli illeciti amministrativi trovino una risposta in sanzioni in ordine alle quali non dovrebbero valere quei principi sui quali si fonda l'insicurabilità della responsabilità penale.

Tra queste paiono in genere annoverabili anche le sanzioni accessorie che rappresentano un complemento della sanzione principale. In alcuni casi si tratta di sanzioni aventi funzione di tipo cautelare, le quali operano impedendo il reiterarsi del fatto illecito. In altri casi si tratta di sanzioni di tipo inabilitante che conseguono all'accertamento del venir meno delle condizioni che avevano rappresentato il presupposto per l'emissione di un dato atto amministrativo. In altri casi ancora, invece, siamo di fronte ad autentiche pene volte a corroborare la funzione punitiva della sanzione principale (34).

Uno degli esempi più ricorrenti al riguardo è quello della sospensione o ritiro della patente che in alcune ipotesi è una misura cautelare, la cui applicazione prescinde addirittura dall'accertamento del reato, in altri casi è un rimedio inabilitante che consegue ad un mero accertamento in ordine allo stato di inidoneità alla guida, in altri infine è un'autentica sanzione punitiva contro un illecito.

Questo esempio riveste un particolare interesse perché è proprio con riferimento a tale tipologia di sanzione accessoria che

rilievo al fine di escludere che per le stesse operino i limiti anti-usura dei tassi d'interesse.

(34) V. *supra* p. 345 ss.

esistono polizze assicurative il cui oggetto peraltro non è limitato alle ipotesi in cui la sospensione rappresenta un provvedimento non punitivo, ma anche alle ipotesi in cui la stessa risulta essere una vera e propria pena complementare alla principale.

Il primo aspetto della questione riguarda il fatto che in tal caso il rischio coperto non concerne una pena pecuniaria, ma una sanzione di tipo interdittivo.

Il rischio di irrogazione della sanzione *de qua* trova copertura attraverso la corresponsione di una diaria per un numero massimo di giorni per ogni giorno di sospensione della patente o attraverso il pagamento *una tantum* di un indennizzo predefinito per il ritiro di questa.

A favore della liceità di simili polizze, si potrebbe allora osservare che in questo modo non si incide sulla personalità della sanzione che continua a gravare sulla posizione del responsabile.

Ci si potrebbe, però, chiedere fino a che punto, per tal via, non si finisca per ridurre l'effettività della pena dal momento che, in ragione di tale indennizzo, l'assicurato viene ad essere sollevato in tutto o in parte dagli effetti pregiudizievoli della sanzione.

Peraltro una diaria elevata potrebbe addirittura incentivare condotte antigiuridiche volte a determinare il sinistro, ovvero il ritiro della patente.

Tali perplessità sembrano trovare in parte delle risposte nelle condizioni generali della polizza, nelle quali sono contenute delle clausole che hanno il principale fine di tutelare l'impresa assicuratrice da un numero eccessivo di richieste di indennizzo ma che finiscono, nella sostanza, per rispondere anche alle esigenze di prevenzione degli illeciti.

In primo luogo, a livello di dichiarazioni precontrattuali, l'assicuratore si pone a riparo dal rischio di assicurare un soggetto che ha già subito in precedenza provvedimenti analoghi e che potrebbe assicurarsi solo per continuare a tenere la condotta negligente e non rispettosa della necessaria prudenza che è richiesta nella guida di un autoveicolo.

Ai fini della stipulazione della polizza l'assicurato deve allora dichiarare di non aver mai subito condanne o ritiro della patente in conseguenza di incidenti stradali.

Nelle condizioni generali del contratto si prevede poi che la veridicità di tale dichiarazione rileva sotto il profilo della validità del contratto *ex art. 1892 c.c. (35)*.

Inoltre, onde cautelarsi da reiterate richieste risarcitorie legate alla condotta particolarmente imprudente dell'assicurato, sebbene questi non abbia in precedenza mai subito condanne o ritiro della patente, l'assicuratore si riserva la facoltà di recedere dopo ogni denuncia di ritiro o sospensione della patente (36).

Ancora in tal senso possono leggersi le clausole che escludono la copertura nel caso in cui il ritiro della patente sia conseguenza di incidenti stradali dolosi oppure di incidenti colposi cui sia seguita però una condotta particolarmente ripro-

(35) L'assicuratore si pone così al riparo da contestazioni in ordine alla rilevanza della dichiarazione dell'assicurato ai fini della validità *ex art. 1892*.

In genere si riteneva sufficiente la presenza della relativa domanda nel questionario per ritenere rilevante ai fini di cui all'*art. 1892*.

In tal senso Cass. 20.11.1990, n. 11206, in *Giur. it.*, 1991, I, 1029 con nota di R. WERGMANN, *L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato*, Cass. 21.10.1980, n. 5638, in *Arch. civ.*, 181, p. 440. In dottrina G. CASCIORI, *Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto di assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1195.

Sul punto, però, occorre considerare come la giurisprudenza, anche recentemente, abbia precisato la rilevanza non esclusiva del questionario attribuendo, tra l'altro importanza, alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto nonché ai pronunziati che l'assicuratore fornisce agli agenti. Così Cass. 12.5.1999, n. 4687, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 341 ss. con nota di R. DIES, *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.*; Trib. Torino, *annullamento o resciso del contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte o reticenti*, 16.7.1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1533 con nota di R. DIES, *Ancora in tema di annullamento o resciso del contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*.

(36) Si tratta di una clausola ritenuta comunemente vessatoria *ex art. 1459-bis ss.* anche ove tale facoltà sia bilaterale e che è stata, quindi, progressivamente esclusa dalle polizze. Si veda sul punto la circolare Israp 417D/2000.

In ordine, però, alla copertura assicurativa relativa all'irrogazione di sanzioni si potrebbe discutere sulla vessatorietà di una clausola che può rappresentare un deterrente alla commissione di illeciti.

vevole del soggetto e di natura presumibilmente intenzionale quale può essere la fuga o l'omissione di soccorso.

Interessante, infine, è una condizione di decadenza inserita in genere in tali contratti. Si prevede, infatti, che l'assicuratore non sia tenuto alla propria prestazione nel caso in cui l'assicurato non abbia proposto ricorso contro il provvedimento di sospensione della patente.

Si tratta evidentemente di una condizione posta con l'intento di cautelarsi contro l'eventuale interesse che potrebbe avere l'assicurato ad ottenere la sospensione o ritiro della patente al fine di lucrare l'indennizzo oppure contro il semplice disinteresse di questi a promuovere azione contro un provvedimento ingiustificato di cui paga solo in minima parte le conseguenze in ragione dell'operatività della copertura assicurativa.

Tale clausola finisce, però, per avere effetti anche a livello di prevenzione degli illeciti in quanto il responsabile si troverà in ogni caso gravato dalla necessità di proporre ricorso contro la sospensione della patente sopportandone i costi di tempo e di denaro.

Comunque, anche in presenza di simili clausole, almeno in parte finalizzate alla prevenzione delle condotte illecite, se si parte dal presupposto che tali provvedimenti rappresentano vere e proprie sanzioni punitive, pare dubbia la liceità delle polizze in esame.

Né contro tali considerazioni può dedursi l'assenza di pronunce in questo senso. Difficilmente, infatti, la questione si porrà in un giudizio dal momento che l'assicurato ha in genere interesse alla validità ed efficacia della polizza per ottenere il pagamento dell'indennizzo; l'assicuratore potrebbe avere in astratto interesse ad eccepire la nullità del contratto in giudizio per liberarsi dall'obbligazione indennitaria, ma in concreto la dichiarazione di nullità di una polizza importerebbe la messa in discussione di tutte le polizze vendute e di quelle che ha in progetto di vendere. Una simile azione sarebbe quindi, dal punto di vista dell'impresa assicuratrice, quanto meno diseconomica.

Al di là dei dubbi sulla liceità di simili contratti, il loro studio ci ha permesso di valutare come possano variamente combinarsi le ragioni di prevenzione e deterrenza degli illeciti con quelle di contenimento delle richieste di indennizzo proprie dell'impresa di assicurazioni e come questa possa predisporre condizioni contrattuali che possono, almeno in parte, attuare anche funzioni più propriamente pubblicistiche (37).

2.3. *L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie.*

Abbiamo sinora considerato l'efficacia di polizze assicurative aventi ad oggetto sanzioni amministrative verificando come le stesse siano valutabili in termini di liceità solo ove siano qualificabili come polizze fideiussorie oppure concernano conseguenze diverse dalle sanzioni punitive in senso stretto.

Tra le conseguenze degli illeciti amministrativi che possiamo considerare assicurabili vi sono le obbligazioni del coobbligato in solido.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, il legislatore, in alcune speciali ipotesi di responsabilità amministrativa, individua accanto al responsabile, contro il quale viene irrogata la sanzione, un soggetto diverso sul quale grava l'obbligo al pagamento di una somma corrispondente a quella dovuta a titolo di pena pecuniaria.

Così la l. 24.12.1981 n. 689 all'art. 6 prevede una serie di ipotesi di solidarietà a carico del proprietario, dell'usufruttuario, del titolare di un diritto personale di godimento sulla cosa che è

(37) Con la riforma del codice della strada (dl. 151/2005 convertito con la l. 18.2.2003, n. 214) e l'introduzione della c.d. patente a punti alcune imprese di assicurazione hanno proposto coperture assicurative, non per il ritiro della patente, ma per i costi del corso di guida che l'assicurato intenda eventualmente frequentare al fine di recuperare i punti perduti. Queste polizze non risultano illecite in tanto in quanto rappresentano un incentivo alla frequenza di corsi per migliorare la propria abilità alla guida e non uno strumento per aggirare l'irrogazione della sanzione.

stata impiegata ai fini della commissione del reato a meno che essi non provino che questa è stata utilizzata contro la loro volontà. Ancora, sempre in base al suddetto articolo sono coobbligati in solido le persone rivestite dell'autorità o incaricate della direzione e della vigilanza dell'incapace per i reati commessi da quest'ultimo a meno che essi non provino di non aver potuto impedire il fatto.

Infine si prevede che l'ente o l'imprenditore sia responsabile in solido col proprio dipendente o rappresentante per i reati commessi da questi ultimi nell'esercizio delle loro funzioni o incombenze.

In tutte le suddette ipotesi non si ha il semplice trasferimento della sanzione in capo ad un soggetto diverso dal responsabile e quindi una liberazione di quest'ultimo dall'irrogazione delle sanzioni in cui era incorso. Il costo della pena pecuniaria, infatti, continua a gravare sul responsabile attraverso il diritto di regresso del coobbligato in solido nei suoi confronti come espressamente previsto all'art. 6 ultimo comma (38).

Sulla natura civile dell'obbligo gravante sul coobbligato in solido sembra esservi concordia tra gli interpreti che tendono a considerare il fenomeno un'ipotesi di « fideiussione legale » (39).

Potremmo anche dire che la somma irrogata a seguito dell'illecito amministrativo ha una doppia valenza: per il responsabile rappresenta una sanzione punitiva, per il coobbligato si ha, invece, un mero obbligo al pagamento di una data somma a puro titolo di garanzia del credito dello Stato per le pene pecuniarie, come tale non rispondente alla funzione preventivo-repressiva (40).

(38) Per tal via si può arrivare ad ammettere una possibile conciliabilità del principio di personalità della pena col meccanismo della solidarietà amministrativa. Cfr. F. Di Majo, *op. loc. cit.*, v. *amplicius supra* p. 350.

(39) V. *supra* nota 22.

(40) Sulla natura non punitiva dell'obbligo gravante sul coobbligato in solido col responsabile v. R. CORDEIRO GUERRA, *op. cit.*, p. 323; C. E. PALERMO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 345 ss.; F. Di Majo, *op. loc. cit.*

Si può allora concludere nel senso della piena assicurabilità del coobbligato per il rischio di vedere depauperato il proprio patrimonio dall'escussione del credito che lo Stato vantava verso il responsabile in ragione della sanzione pecuniaria inflitta a quest'ultimo.

Del resto l'assicurabilità di una simile perdita pecuniaria è espressamente riconosciuta dall'ISVAP nella sopraccitata circolare ove si legge: « non sembrano, invece, sussistere elementi ostativi a che l'impresa stipuli, nel proprio interesse, un contratto di assicurazione del credito per il caso che l'autore dell'illecito risulti insolvente e, quindi, non adempia all'obbligo di corrispondere la somma di danaro dovuta in conseguenza dell'esercizio del diritto di regresso » (41).

In tal caso, infatti, il rischio assicurato non è rappresentato dalla probabilità di una perdita conseguente all'irrogazione di una sanzione pecuniaria, ma è costituito dalla possibilità che il coobbligato solidale non possa esercitare soddisfacentemente l'azione di regresso prevista a suo favore per legge contro il responsabile dell'illecito amministrativo a causa dell'insolvenza di quest'ultimo (42).

Simili conclusioni, per quanto plausibili su un piano generale lasciano aperti alcuni dubbi con riferimento a talune applicazioni particolari.

De sta, in special modo, qualche perplessità la disciplina della responsabilità tributaria delle persone fisiche agenti per conto di società, associazioni o enti per le violazioni imputate a queste ultime dalla legge introdotta dal d.lgs. 18.12.1997 n. 472 il quale prevede, tra le conseguenze degli illeciti tributari, una serie di

(41) V. *supra* p. 353 ss.

(42) Si tratterebbe pertanto di un'assicurazione del credito distinta da quella fideiussoria ovvero di un contratto con cui non si garantisce il credito, ma il rischio dell'insolvenza del debitore e, quindi, di un vero e proprio contratto di assicurazione. Sulla struttura dell'assicurazione del credito ed in particolare sulla distinzione tra la stessa e la c.d. assicurazione fideiussoria. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

ipotesi di obbligazioni civili, che in quanto tali parrebbero assicurabili.

Questa normativa, da un lato, ha completato quel processo di avvicinamento delle sanzioni amministrative alla categoria della sanzioni punitive iniziato con la legge del 1981.

Con la disciplina del 1997 il legislatore ha previsto, infatti, tra l'altro, l'introduzione, anche con riferimento agli illeciti tributari, di principi propri del sistema sanzionatorio punitivo. Basti pensare ai principi di legalità, di *favor rei*, nonché a quelli di imputabilità e colpevolezza (43).

Da un altro lato, però, tale normativa presenta delle possibili aperture all'operatività del meccanismo assicurativo in materia di illeciti tributari, ulteriori rispetto a quelle del sistema precedente; il che pare contrastante con il suddetto avvicinamento delle sanzioni tributarie alla categoria delle sanzioni punitive.

Non solo si prevedono speciali ipotesi di responsabilità solidale a carico del cessionario dell'azienda ex art. 14 e a carico dell'ente per violazioni commesse dai suoi dipendenti o rappresentanti ex art. 11, ma, con particolare riferimento a quest'ultima norma, il pagamento ad opera del coobbligato in solido finisce per assicurare l'impunibilità del responsabile.

Infatti una volta sancito, all'art. 27 del decreto in esame, che « le violazioni riferite dalle disposizioni vigenti a società, associazioni od enti si intendono riferite alle persone fisiche che ne sono autrici », importando così anche nel sistema delle sanzioni tribu-

(43) Da notare come simili intenzioni risultino in maniera manifesta nella stessa Circolare 10.7.1998 n. 180/e della Dir. cent. Accertamento e program. serv. III ove si rileva come con tale normativa si sia dato conto della "necessità di una generale riforma del sistema sanzionatorio tributario, intesa a conseguire un'organica razionalizzazione della relativa disciplina, che, venuta meno l'originaria connotazione risarcitoria delle sanzioni tributarie, le conformasse ai principi generali delle sanzioni amministrative dettati dalla ricordata legge 689 del 1981, con il conseguente trasferimento, alla materia tributaria, delle garanzie che circondano le sanzioni penali, ossia le tipiche sanzioni con natura indiciatoria e repressiva di comportamenti che l'ordinamento considera riprovevoli in quanto volti a ledere o a porre in pericolo beni ed interessi considerati meritevoli di tutela".

tarie il principio proprio del diritto penale per cui « *societas delinquere non potest* » (44), agli artt. 5 e 11 si prevedono ipotesi, in cui la società, associazione od ente possono essere chiamate a rispondere per la persona fisica agente per conto loro senza azione di regresso nei suoi confronti come, per contro, è previsto nelle ipotesi di coobbligazione solidale di cui all'art. 6 l. 689/1981.

Secondo il dettato normativo di cui all'art. 5 II° comma « ... se la violazione non è commessa con dolo o colpa grave la sanzione... non può essere eseguita nei confronti dell'autore, che non ne abbia tratto diretto vantaggio, in somma eccedente lire 100.000, salvo quanto disposto dall'art. 16 comma 3 e salva per l'intero la responsabilità prevista a carico della persona fisica, della società, dell'associazione o dell'ente indicati all'art. 11 comma 1 ».

Analogamente all'art. 11 il legislatore, dopo aver previsto al I° comma che gli enti, nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione, sono obbligati solidalmente per il pagamento della somma corrispondente alla sanzione salvo diritto di regresso, al V° comma prevede che « per i casi di violazioni commesse senza dolo o colpa grave, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente indicati nel comma 1 possono assumere il debito dell'autore della violazione », ammettendo così che in tali casi il responsabile non sia gravato dalla sanzione neppure in un secondo momento attraverso il regresso dell'ente.

Si riconosce pertanto la possibilità che il costo della sanzione gravi su un soggetto diverso dal responsabile. Peraltro, a differenza di quanto previsto in genere per le ipotesi di obbligazione solidale, il terzo non ha diritto di regresso per cui si viene nella

(44) Si tratta di un principio che la dottrina penalistica tende a ricondurre allo stesso concetto di volontà proprio del sistema penale. V. *amplius infra* § 2.4.

Sull'operatività del principio nel sistema delle sanzioni amministrative in materia tributaria cfr. A. GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 1997, I, 2, p. 1188 ss.

sostanza a trasferire in via definitiva la pena pecuniaria su un soggetto non responsabile.

Si arriva così ad una dissociazione tra la persona, cui è imputato il reato, e la persona obbligata al pagamento della somma dovuta a titolo di pena pecuniaria, una dissociazione che sfugge ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo orientato alla personalità della pena, di cui all'art. 27 C., e che quindi potrebbe sollevare delle perplessità in ordine alla sua stessa legittimità costituzionale.

Dal punto di vista più strettamente civilistico è dato rilevare come, in base a tale disciplina, si vengano a creare nuovi spazi alla validità ed efficacia del contratto di assicurazione anche in materia di illeciti amministrativi.

Nelle ipotesi di cui ai sopraccitati artt. 5 e 11 del decreto in esame ci troviamo, infatti, in presenza di una perdita pecuniaria non derivante dall'irrogazione di una sanzione punitiva e come tale assicurabile. L'ente non è responsabile dal momento che il legislatore all'art. 27 del decreto in esame ha espressamente previsto che « Le violazioni riferite dalle disposizioni vigenti a società, associazioni od enti si intendono riferite alle persone fisiche che ne sono autrici ». Quindi sull'ente non dovrebbe gravare la pena ma un'obbligazione civile al pagamento di una somma corrispondente alla pena irrogata al responsabile. Di conseguenza saremmo in presenza di una perdita pecuniaria diversa dalle sanzioni punitive come tale assicurabile al pari delle somme dovute alle casse dello Stato da parte del coobbligato in solido (45).

(45) Così C. Russo, *L'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*, in *Assic.*, 2000, pp. 152-153; U. TOMMASI, *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, p. 187 nota 20.

Non vi dovrebbero essere per contro dubbi sulla nullità di clausole che estendano la copertura assicurativa per responsabilità degli amministratori anche alle pene pecuniarie irrogate a questi in relazione ad illeciti amministrativi. Ch. C. RUSSO, *op. cit.*, p. 151 ss.; U. TOMMASI, *op. loc. cit.* Quest'ultimo (p. 188 nota 22) si richiama tra l'altro agli sviluppi che il tema ha avuto in Germania con riferimento alla possibile

È però evidente come in tal caso non possa essere proposta la forma di copertura offerta dall'assicurazione del credito in quanto la società, associazione o ente non vanta alcun credito verso la persona fisica responsabile essendo esclusa l'azione di regresso verso quest'ultima a differenza di quanto avviene per le ipotesi di coobbligazione solidale.

Il rischio assicurando in questa ipotesi è quindi dato dalla perdita pecuniaria che alla società, associazione o ente può derivare ex art. 5 II° comma e 11 VII° comma dall'azione colposa della persona fisica agente per suo conto.

Resta, invece, inassicurabile la perdita pecuniaria gravante in via diretta sulla persona fisica responsabile per irrogazione di una sanzione punitiva.

Tale soluzione in punto di assicurabilità della sanzione punitiva pone dei dubbi sotto il profilo della coerenza del sistema sanzionatorio delineato in tale disciplina.

In particolare non si spiega come l'effettività della sanzione si coordini con questo meccanismo che permette il trasferimento della perdita pecuniaria su un terzo senza diritto di rivalsa di questi nei confronti di quello che la legge indica come il responsabile dell'illecito.

La normativa in esame pare in vero solo il frutto di una soluzione compromissoria dell'annosa questione relativa all'introducibilità nel nostro ordinamento di una responsabilità penale o amministrativa diretta delle persone giuridiche (46).

È, infatti, evidente come le perplessità in ordine alla disci-

contrarietà di tali polizze con i "gute Sitten" del contratto di assicurazione che copia in via diretta la responsabilità degli amministratori per la perdita pecuniaria derivante dall'irrogazione di una sanzione punitiva v. in particolare H. LUTAS, *Organisations und Haftpflichtversicherung*, Berlin, 1997, pp. 290-291.

(46) In particolare sul punto v. F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, cit., p. 951 ss. A favore della diretta imputabilità delle sanzioni amministrative alle persone giuridiche P. NUVOLONE, *L'opzione penale*, cit., p. 241 ss. Contra A. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 1188.

plina degli obblighi che gravano sulle società per la responsabilità di coloro, che abbiano agito per conto delle stesse, nasca dal fatto che la soluzione adottata dal legislatore nel decreto in esame è frutto di un compromesso tra i dubbi dogmatici, che si pongono nell'ammettere la responsabilità diretta per illeciti amministrativi delle persone giuridiche, e l'imbarazzo di attribuire integralmente il peso della sanzione alla persona fisica, agente per conto della stessa.

Tali perplessità sembrano aver trovato soluzione, anche in base a impulsi provenienti dagli stessi organismi comunitari (47), in recenti interventi del legislatore che, nel d.lgs. 8.6.2001 n. 231, ha riconosciuto la impurabilità anche degli enti i quali saranno appunto passibili di irrogazione di sanzioni pecuniarie e interdittive e, all'art. 7 del d.l. 30.9.2003 n. 269 convertito con la l. 24.11.2003 n. 326 ha previsto che « 1 - Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica. 2 - Le disposizioni del comma 1 si applicano alle violazioni non ancora contestate o per le quali la sanzione non sia stata irrogata alla data di entrata in vigore del presente decreto. 3 - Nei casi di cui al presente articolo le disposizioni del d.lgs. 18.12.1997, n. 472, si applicano in quanto compatibili ».

Dal punto di vista più strettamente civilistico, però, la nor-

(47) A livello comunitario si segnalano le indicazioni contenute nella Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee siglata a Bruxelles il 26.7.1995, il primo protocollo della convenzione siglato a Dublino il 27.9.1995, il protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della C.G.E. siglato a Bruxelles il 29.11.1996 e la relativa "Relazione esplicativa del secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee" del 12.3.1999 1999/C 91/02, in cui nelle osservazioni in merito all'articolo 3 della convenzione si richiama la necessità di introdurre nella legislazione degli stati membri la possibilità che una persona giuridica sia dichiarata responsabile per gli illeciti commessi dalle persone fisiche soggette alla sua autorità. Ancora possiamo ricordare la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione siglata a Bruxelles il 26.5.1997 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali siglata a Parigi il 17.12.1997.

mativa che disciplina la responsabilità degli enti assume una rilevanza particolare per il rilievo che la riparazione del danno assume in tale sistema sanzionatorio e quindi per i possibili spazi all'assicurabilità del rischio di sanzioni che si vengono a creare.

2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

Gli Autori, che si sono occupati della persona giuridica come soggetto capace di agire per il diritto e di manifestare il proprio volere rendendosi responsabile delle proprie azioni, hanno dovuto riconoscere la irrilevanza del fenomeno per il diritto penale al cui interno opera, o forse dovremmo dire operava, il principio « *societas delinquere non potest* » in base al quale coloro che hanno agito per conto dell'ente, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno dotato di personalità giuridica, rispondono personalmente dei fatti penalmente rilevanti commessi (48).

La persona giuridica trova così un limite al suo riconoscimento come soggetto di diritto nella responsabilità penale la quale conosce solo l'opera delle persone fisiche.

Alcuni hanno individuato la ragione della regola « *societas delinquere non potest* » nel fatto che per il diritto penale rileva la volontà in senso psicologico e non quella in senso giuridico che prende forma attraverso meccanismi funzionalistici (49).

Altri, invece, hanno preferito ricondurre la non imputabilità delle persone giuridiche alla natura delle sanzioni penali. Si tratterebbe infatti di rimedi non riferibili che a persone fisiche in quanto volti a limitare la libertà personale di queste sia in via diretta sia in via indiretta attraverso il meccanismo della conversione (50).

Sarebbe allora possibile sanzionare penalmente gli enti attraverso l'impiego di sanzioni punitive idonee ad incidere sulla

(48) Cfr. F. Ferrara, *op. loc. cit.*

(49) Così G. Bertoni, *op. loc. cit.*

(50) Cfr. P. Nuvolone, *op. loc. cit.*

libertà di azione di questi oppure sul loro patrimonio. Si potrebbe, quindi, ipotizzare, a tal fine, il ricorso a sanzioni interdittive o a sanzioni pecuniarie (51).

Questa pare essere la linea seguita dal legislatore con la legge delega 3.10.2001 n. 366, attuata col d.lgs. 8.6.2001 n. 231, in cui è stata disciplinata, secondo l'espressione contenuta nell'art. 1 dello stesso decreto, « la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato » (52), riconoscendo la imputabilità all'ente dei reati commessi dalle persone aventi funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente nonché dalle persone sottoposte alla direzione o vigilanza di questi purché tali soggetti abbiano agito nell'interesse e a vantaggio dell'ente stesso.

Una volta ammessa la responsabilità penale anche di soggetti diversi dalle persone fisiche la cui esistenza e modalità di azione è percepibile solo a livello giuridico, le sanzioni a questi irrogabili non potevano che essere volte a creare un detrimento nella sfera giuridica di tali soggetti.

Così, in rispondenza con le osservazioni della sopraccitata dottrina che riteneva in astratto concepibile una responsabilità

(51) Per tali considerazioni v. F. BERGOLA, *op. loc. cit.*

(52) Da parte della dottrina penalistica si è però rilevato come al di là delle espressioni nominali in questo caso sia più opportuno parlare di responsabilità penale degli enti. Così C.E. PAREKO, *Il d.lgs. 8.6.2001, n. 231: da ora in poi società delinquere (e punirsi) potrà*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss. L'aggettivo "amministrativa" andrebbe, infatti, riferito alla sanzione, in quanto strettamente pecuniaria o interdittiva, piuttosto che all'illecito. La nostra scelta di trattare il tema in questa sede è allora giustificata dal fatto che il problema dei limiti all'assicurabilità della responsabilità trova soluzione proprio in relazione alla natura delle sanzioni che rappresentano la risposta contro gli illeciti.

C.E. PAREKO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, p. 24, il quale qualifica l'ipotesi nei termini di una « fattispecie a concorso necessario » per cui « per attribuire la responsabilità alla persona giuridica occorre che questa comunque partecipi, attraverso la sua personale colpevolezza (colpa di organizzazione) al reato materialmente commesso da una persona fisica ».

penale delle persone giuridiche (53), le sanzioni previste nella normativa in esame sono riducibili a due tipologie: sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive.

Occorrerebbe però chiedersi se per tal via la persona giuridica abbia acquistato rilevanza nel sistema di responsabilità penale in modo rispondente a quanto previsto per la responsabilità civile.

Dalla lettera della normativa in esame emerge immediatamente come l'ambito di applicazione della stessa riguardi la responsabilità degli « enti » e non la responsabilità delle persone giuridiche.

Peraltro il decreto ammette che la pena pecuniaria possa gravare esclusivamente sul patrimonio dell'ente anche ove questo non sia dotato di personalità giuridica e quindi non abbia autonomia patrimoniale.

L'art. 5 del decreto in esame prevede, infatti, che « L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio » dai soggetti indicati nell'articolo stesso (54).

Si viene così a creare uno iato in punto di rilevanza della personalità giuridica per il diritto penale e per il diritto civile: la pena pecuniaria graverà sull'ente anche ove questi non sia una persona giuridica, per contro, con riferimento alla responsabilità civile degli enti questi risponderanno col loro patrimonio soltanto ove abbiano personalità giuridica; in caso contrario l'obbligo risarcitorio graverà solidalmente sul patrimonio dell'ente e della persona fisica che ha agito per suo conto (55).

(53) Cfr. P. NIVOLONE, *op. loc. cit.*

(54) Interpreta la norma nel senso che l'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria deve essere riferita esclusivamente al patrimonio dell'ente, indipendentemente dal fatto che questi abbia o meno personalità giuridica, M. ROBERTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1133. Contra L. DE ANGELIS, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in *Società*, 2001, p. 1328.

(55) Occorre precisare come anche con riferimento alle obbligazioni civili la giurisprudenza ha rivisto il principio di autonomia patrimoniale dell'ente dotato di

Già a partire da questo profilo emerge una distinzione tra responsabilità civile e penale degli enti, ma forse altri sono gli aspetti che ci consentono di sottolineare la peculiarità della responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

Sempre nell'art. 5 si fa riferimento alla circostanza che il responsabile materiale del fatto sia legato all'ente da un rapporto di rappresentanza o di dipendenza e che lo stesso abbia agito nell'interesse e a « vantaggio » di questo. Si introduce così un concetto estraneo alle regole civilistiche sulla rappresentanza organica, quello del « vantaggio » che l'ente possa aver tratto dall'azione della persona fisica agente per suo conto (56).

Sembra pertanto che un fatto della persona fisica imputabile all'ente secondo le leggi civili, da cui quest'ultimo non abbia tratto effetti positivi in concreto, non importi responsabilità c.d. amministrativa per l'ente stesso.

È quindi possibile che atti compiuti in relazione a poteri conferiti alla persona fisica in ragione di un rapporto di rappre-

personalità giuridica. Così con riferimento al problema relativo alla possibilità per il socio di essere anche fideiussore di una società di persone la Cass. 8.11.1984, n. 5642 in *Foro It.*, 1985, I, 139, ha risposto positivamente affermando che "alla distinzione tra società dotata di personalità giuridica e società che sono prive di tale status non può attribuirsi un valore assiomatico assoluto perché una tale conclusione non si fonda su un'effettiva disciplina giuridica legislativa... occorre pertanto riferirsi alla concreta disciplina che il legislatore ha dato a ciascuna di esse prescindendo, quindi, da classificazioni generali e da schemi astratti che, peraltro, sono in crisi anche dogmaticamente come è ricavato da studi che parlano di evaporazione della persona giuridiche prendendo atto che le società di persone anche se sono prive della qualificazione di persone giuridiche, ne possiedono i comportamenti tipici; che la qualità di persona giuridica è indipendente dalla qualità dei diritti che si possiedono."

(56) La dottrina che si è occupata del tema ha giustamente distinto i termini "interesse" e "vantaggio", di cui alla norma in esame, ritenendo il primo al fatto che il responsabile abbia agito in conformità alla politica d'impresa cui era stato indirizzato e il secondo all'esistenza di un vantaggio materiale dell'ente che sia conseguenza diretta dell'illecito. In tal senso A. ASTROLOGO, « Interesse » e « vantaggio » quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Indice penale*, 2003, p. 656. Per contro altri hanno considerato i due termini come mera tautologia. Cf. C. De MARGI, *L'etica del mercato*, Milano, 2002, p. 322.

sentanza organica non siano riferibili all'ente, ai fini penali, perché non risultano vantaggi per quest'ultimo.

Si viene, in tal modo, a creare una frattura in quella stretta simbiosi che esiste per il diritto civile tra organo ed ente delineando un ulteriore aspetto che vale a distinguere la responsabilità penale e civile degli enti (57).

Ancora in senso analogo si può leggere la particolare disciplina dei fenomeni di trasformazione.

Ad una prima lettura sembrerebbe che le norme contenute nel decreto 8.6.2001 n. 231 all'art. 29, in materia di fusione, e all'art. 30, in materia di scissione, siano informate al principio civilistico per cui con la trasformazione non si estingue una società per dar vita ad una società nuova, ma si ha un vero e proprio fenomeno successorio.

All'art. 29 si prevede, infatti, in analogia con quanto stabilisce l'art. 2504-bis, che in caso di fusione « l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti ».

All'art. 30 II° comma, in conformità a quanto previsto nell'art. 2504-decies, si afferma che « gli enti beneficiari della scissione sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto », con la precisazione che tale obbligo « è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato ».

In entrambi i casi, però, la responsabilità penale del nuovo ente trova un'attenuazione rispetto a quella degli enti originari in considerazione di quanto previsto all'art. 31 II° comma, ove si ammette

(57) Gli organi infatti "Non hanno una soggettività propria," e quindi "non sono una o più persone che agiscono per l'ente, ma è l'ente stesso che agisce": così A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 106.

che il primo possa chiedere la conversione della sanzione interdetta con una sanzione pecuniaria nel caso in cui abbia attuato integralmente le condotte riparatorie di cui all'art. 17.

Nuovamente si attribuisce rilevanza ai fini penali al fatto che il responsabile abbia « risarcito integralmente il danno » e nuovamente si pone la questione circa la natura civile o penale di un simile obbligo risarcitorio e circa la sua assicurabilità.

Ancora una particolarità della responsabilità penale degli enti rispetto alla responsabilità civile riguarda la cessione d'azienda.

L'art. 2560 c.c. prevede che il cessionario risponde dei debiti dell'azienda ceduta se questi risultano dai libri contabili.

Analogamente l'art. 33 del decreto in esame prevede che « nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria ».

Vero è che, mentre *ex art. 2560* non sembra esservi spazio per distinzioni sul piano applicativo tra le responsabilità del cessionario e quella del cedente, nell'ipotesi di cui all'art. 33 una distinzione sembra operabile: il primo, a differenza del secondo non è responsabile dell'illecito altrui ma è soltanto tenuto al pagamento della somma corrispondente alla pena pecuniaria irrogata all'ente.

Si potrebbe così ripetere un ragionamento analogo a quello da noi compiuto con riferimento alla responsabilità solidale degli enti in materia di illeciti tributari e ritenere che tale spesa non sia relativa ad un provvedimento sanzionatorio, ma sia conseguenza dell'adempimento ad una mera obbligazione civile e come tale sia assicurabile (58).

Sono questi ultimi due aspetti (rilevanza penale di condotte riparatorie ed esistenza di conseguenze dell'illecito amministrativo distinte dalla pena) che interessano il nostro campo di studio

in quanto pare che il legislatore abbia riconosciuto obblighi al pagamento di somme di denaro non riferibili alla categoria delle sanzioni punitive, poiché non imputate al soggetto responsabile, e, quindi, assicurabili.

In particolare, riguardo al primo aspetto, il legislatore, nell'art. 17 del decreto in esame, fa riferimento alla riparazione delle conseguenze del reato individuandone gli effetti ai fini penali attraverso un richiamo all'art. 12 II° comma lett. a), ove è previsto che il risarcimento del danno assume rilevanza ai fini della riduzione della pena (59), e all'art. 17 I° comma, ove si stabilisce che « le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado... l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose » (60).

Il decreto sulla responsabilità degli enti ci offre così la possibilità di riflettere nuovamente in ordine alla natura della riparazione delle conseguenze del reato produttiva di effetti penali (61).

Al riguardo si possono richiamare le tre letture alternative proposte dagli interpreti con riferimento all'art. 62 n. 6 c.p. (62).

(59) Un primo esempio di applicazione giurisprudenziale della norma in esame è costituito da Trib. Pordenone 4.11.2002, in *Foro it.*, 2004, c. 318.

(60) Recenti pronunce di merito hanno però adottato una lettura restrittiva della norma in esame precisando che "l'applicazione di una misura interdittiva, anche in via cautelare, non è esclusa dalla circostanza che l'ente abbia interamente risarcito il danno, dovendo altresì dimostrare di aver messo a disposizione dello Stato il profitto conseguito e di aver adottato e attuato un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati della stessa specie di quelli per cui si procede". Così Trib. Milano, 27.4.2004, in *Foro it.*, 2004, c. 434.

(61) Rinvenire in tali ipotesi una riparazione del danno in senso civilistico importa peraltro alcuni ulteriori problemi in punto di responsabilità patrimoniale dell'ente. Infatti, mentre, per le pere pecuniarie l'ente risponde sempre soltanto col suo patrimonio, per gli obblighi risarcitori civili l'ente risponde esclusivamente col suo patrimonio solo ove dotato di personalità giuridica. Allora, se la riparazione del danno di cui alla normativa in esame è un'obbligazione civile, per il suo pagamento dovrebbe rispondere in solido l'ente e la persona fisica agente per suo conto ove questo non abbia personalità giuridica.

Si può allora ritenere che tale condotta riparatoria, spiegando i suoi effetti nel diritto penale, sia riferita al danno penale e non a quello civile oppure si potrebbe, in senso parzialmente difforme, ritenere che, anche riferendo tale rimedio al danno civile, la riparazione acquisti rilevanza ai fini penali in quanto ordinata non alla compensazione del pregiudizio patito dalla vittima, ma alla manifestazione della resipiscenza del reo.

La terza soluzione, da tempo proposta dalla dottrina con riferimento all'art. 62 n. 6 c.p., che sembra aver trovato l'avallo della Corte Costituzionale (63), è quella di considerare tale riparazione coincidente con l'obbligazione risarcitoria civile e rilevante ai fini penali su un piano strettamente oggettivo.

L'interesse del legislatore, nel porre norme come quella di cui all'art. 62 n. 6 e come quella di cui all'art. 17 del decreto in esame, consisterebbe nel dare rilevanza alla eliminazione delle conseguenze del reato nella oggettiva realizzazione della stessa indipendentemente dall'effettiva resipiscenza del reo.

Non intendiamo ripetere, in questa sede, le osservazioni compiute, con riferimento all'art. 62 n. 6 (64), in ordine alla natura di simili rimedi riparatori in relazione al problema civilistico della estensibilità anche a tali perdite della copertura assicurativa in ipotesi di assicurazione della responsabilità.

Ci pare comunque che anche nel caso in esame la soluzione preferibile sia la terza in quanto si tratta di una chiave di lettura che, riconducendo il rimedio della riparazione ad una logica autenticamente privatistica, risolve *ab origine* le incongruenze, rilevate nel capitolo precedente, cui danno luogo le altre due interpretazioni proposte.

Accogliendo tale scelta interpretativa, si avrebbe allora che le perdite pecuniarie in cui incorre il responsabile nell'attuare una simile condotta riparatoria potranno essere oggetto di un con-

tratto di assicurazione e la loro copertura deve ritenersi compresa, salvo espressa esclusione, nei contratti di assicurazione della responsabilità civile.

Si finisce così, però, per allontanarsi dai principi classici relativi all'irrogazione di una pena quali il principio di effettività e quello di personalità, principi che sono legati ad un'idea di diritto penale e di diritto penale-amministrativo come sistema di sanzioni punitive ordinate alla repressione degli illeciti.

Non vogliamo, con ciò, giungere a delle conclusioni in ordine ad un eventuale nuovo concetto di pena: quello che era nostro interesse evidenziare è la tendenziale inscindibilità dello strumento assicurativo dalle tecniche di tutela di tipo compensatorio per cui non è possibile orientare la tutela contro gli illeciti penali e amministrativi a fini diversi dalla repressione del responsabile, e ovvero a fini di composizione del conflitto generato dal reato e di riparazione del pregiudizio patito dalla vittima, se non si ripensa alla stessa modalità con cui il contratto di assicurazione viene a relazionarsi con la responsabilità penale o amministrativa.

La tutela di tipo compensatorio, infatti, a differenza di quella punitiva, anche ove inserita all'interno del diritto penale o amministrativo, trova il proprio necessario complemento nel contratto di assicurazione della responsabilità. Pertanto al fine di stabilire l'estensione della copertura di un contratto di assicurazione della responsabilità occorrerà partire non dalla natura della illecito (civile, penale, amministrativo) in relazione al quale l'assicurato chiede di essere tenuto indenne, ma dalla natura della sanzione oggetto del provvedimento di condanna (compensatoria o punitiva) che rappresenta la perdita da questi lamentata ai fini indennitari.

Di fronte alle novità che abbiamo visto presentarsi nel sistema sanzionatorio, onde risolvere il problema dei possibili nuovi confini del rischio assicurabile, occorre, allora, ripartire da un'idea unitaria di torto come generico « opposto del di-

(63) C. Cost. 23/4/1998, n. 138, cit.
(64) V. *supra* p. 316 ss.

ritro » (65), operando una partizione solo a livello dei rimedi e valutando l'estensione della relativa copertura assicurativa, sotto il profilo della licettà, tenuto conto delle diverse regole e principi cui ciascuna tecnica di tutela è improntata.

INDICE DEGLI AUTORI

(I numeri indicano le parti, i capitoli e le note in cui gli Autori sono citati)

- ALPA G., I 1, 15; 16; 34; I 2, 76; I 3, 31; II 1, 3; 22; 28; 133; 140; 145; II 2, 86; 119
 AMATO N., III 1, 14
 ANGELONI V., I 2, 15; 58
 ANTONICCI A., I 1, 3
 ANTOISET F., I 3, 41; 45; 55; 56
 ARANGIO V., ROIZ II 1, 11
 ARU D., II 1, 61
 ASCARELLI T., I 1, 3; 5; I 2, 15; 17; 18; 20; 57
 ASTROLOGO A., III 3, 56
 ATIVAH P., I 1, 81; II 1, 134
 AULETTA T., II 1, 31
 AYIWARD M.S., III 1, 29
 BADALASSI S., II 2, 105
 BALDASSERONI A., I 1, 76; I 2, 2; I 3, 3; 6; 11; 14;
 BALESTRA L., I 1, 4
 BARASSI L., I 2, 32
 BARBERA L., II 1, 162
 BARCELONA M., II 1, 23
 BARCHESE L., II 1, 87
 BARTOLI R., III 2, 70; 71; 73
 BATA A., II 1, 88
 BATTAGLINI A.D., III 1, 8; III 3, 11
 BAVARESCO P., II 1, 157
 BEDARIDE T., I 3, 9
 BELVEDERE A., I 1, 44; 60
 BENATTI F., I 2, 15; 85; II 2, 103
 BENSA E., I 2, 3; 4; 5; 10
 BERTSON A., I 2, 65; 67
 BERTSON M., I 1, 15; II 1, 22; 28
 BETTI E., I 1, 8; 14; 15; 26
 BETTOL G., I 2, 148; III 3, 49
 BIANCA C.M., I 1, 34; II 1, 28
 BIGNAZZI-GERI L., I 1, 8
 BIN M., II 1, 134
 BINDER J., II 2, 102
 BINDING K., I 3, 36, 38, 40, 53
 BISSOLI L., III 2, 32
 BONA M., II 1, 51, 82, 83, 89, 98; II 2, 110
 BONILINI G., I 1, 84; II 1, 35; II 2, 5
 BONNECASE J., I 2, 51, 46
 BONOLIS G., I 2, 6
 BONVICINI E., I 2, 96; II 1, 12
 BOSARI L., I 3, 3
 BRAGAGNA M., II 2, 105, 108
 BRANCA G., I 1, 9; I 2, 89
 BRICHETTI R., III 2, 76
 BRICOLA F., *Il problema*, 9; II 2, 112; 120; 122; 124; 125; 126
 BROGGINI G., II 2, 74; 75; 76
 BRONZO P., III 2, 57
 BRUCK E., I 2, 25; 28
 BRUGI B., I 3, 58
 BRUGCIA U., I 1, 8; II 1, 23
 BUSNELL F.D., *Il problema*, 9; I 1, 8, 81; 82; 83; I 2, 32; 36; II 1, 23; 24; 27; 29; 35; 82; 129; 133; 134; 157; II 2, 90; 91; 105; 108; III 2, 2
 BUTTARO L., I 1, 3; 4; 10; 19
 CADIERI L., II 1, 164
 CADOPPI A., II 2, 25; 26; 27; 30; 31
 CALAPA L., II 1, 136
 CALABRESI G., I 1; 81; 82; 83; II 1, 144
 CALAMANDREI P., I 3, 58; II 1, 95
 CANDIAN A.D., *Il problema*, 3; I 1, 7; 82; I 2, 76; I 3, 25; II 1, 158; II 2, 2; 6; 7; 8; 15; 100
 CANE P., I 1, 86
 CANNATA C.A., I 1, 82; I 2, 31; I 3, 86; II 2, 113

(65) « Torro è ogni opposto al diritto... il concetto di torto va sempre tenuto presente, e ad esso bisogna richiamarsi di continuo per spiegare con sicurezza l'origine e l'ufficio di tutte le sanzioni giuridiche »: così G. VENEZIANI, *ult. op. cit.*, pp. 2-3.

- CAPACCIOLI E., III 1, 8; III 3, 13
 CAPOTOSHI R., I 1, 3
 CARRIN J.W., II 2, 22
 CARONE V., II 1, 53
 CAROTA, PERRARA L., I 1, 20
 CANIELLITI F., *Il problema* 10; 16; I 1, 25; 77; I 3, 21; 37; 56; 59; 60; 61; 64; II 1, 127
 CARRARA F., I 3, 52
 CARRARO L., I 2, 83
 CARESI F., I 1, 3; 34; 75; I 2, 83
 CARESI F., I 1, 15
 CARISI D., I 1, 15; 70; 72; II 1, 88
 CARVAL S., II 2, 58
 CASALS M., II 2, 171
 DE CASAREGI J.L.M., I 2, 26
 CASO R., II 1, 82; 86
 CASTELLANO G., I 2, 92
 CASTELNUOVO A., II 1, 89
 CASTRONOVO C., I 1, 82; I 2, 75; II 1, 3; 23; 26; 32; 133; 152; 154; II 2, 105
 CATAUDBELLA A., II 1, 23, 31
 CATTANEO M.C., I 3, 52
 CAVALLA F., III 1, 13; 14
 CERDON P., I 1, 84; II 1, 26; 28; 35; 51; 75; 76-78; 101; 109; 136; 139; 156; 157; II 2, 5; 86; III 2, 7
 CESARINI SPOZZA W., I 3, 34; 50
 CHABAS F., II 2, 70
 CHALTER Y., II 1, 102
 CHILBERTI A., III 2, 9; 10
 CHINDEMI D., I 1, 4; I 2, 96; II 1, 154
 CHIRONI G.P., II 1, 41
 CIAN G., I 3, 63
 CIUCCI A., I 1, 2; 20; 34; 44; I 3, 34; II 1, 23; 31
 CLARKE M.A., II 1, 147
 CODACCI PISANELLI G.P., I 1, 62
 COLACIOMMO G., I 2, 88
 COMANDE G., II 1, 49; 118
 CONFORI M., I 1, 83; I 2, 73; II 1, 145; 154
 CONSO G., I 3, 32
 COOTER R., III 1, 16
 CORDERO, GUERRA R., III 1, 9; III 3, 28; 40
 COSTANZA M., I 2, 96; II 1, 97
 COUTANT, LAPAVLIS C., II 2, 68
 COVELLO L., II 1, 17
 COVINO C., II 1, 33
 CROCI G., II 1, 51
 CAIRO G., II 1, 11
 CASCIOLEI G., I 1, 58; II 1, 87; III 3, 35
 D'AGOSTINO F., I 3, 26; 27; II 2, 13; 129
 D'AMICO G., I 2, 83
 D'AMICO P., II 1, 27; 172
 D'ARRIGO C.M., II 1, 74
 DAUBE D., II 1, 11
 DAVEGGA C.L., I 2, 3
 DEAKIN S.F., II 1, 67, 72
 DE ANGELIS L., III 3, 54
 DE CUPIS A., I 3, 44; II 1, 23; 28; 157
 DE GIORGI M.V., II 1, 22; 61
 DE MARZO G., II 1, 55
 DE MAGLIE C., III 3, 56
 DE MATTEIS R., II 1, 148
 DE NOVA G., I 1, 15; 22; 23; 77
 DE VITA A., I 1, 82
 DEGENERKOLB H., I 3, 63; II 1, 2; 9
 DEGOFFE M., II 2, 68
 DEL FEDERICO L., III 1, 9
 DELLE MONACHE S., I 1, 69
 DEMOGUE R., II 2, 5
 DENOZZA F., II 1, 157
 DENITI V., I 3, 82
 DI GRANDOMENICO G., I 1, 3
 DI MAIO A., II 1, 35; 68
 DI MAIO F., III 3, 24
 DI PRISCO N., I 2, 73
 DIERS R., III 3, 35
 DIEZ PICAZO L., II 1, 103; II 2, 73
 DONISI C., I 1, 28
 DOCE R., I 1, 77
 DONATI A., I 1, 3; 7; 20; I 2, 34; 64; 67; 68; 72; 96; I 3, 15; 16; 17; III 1, 23
 DURANTE A., *Il problema*, 3; I 1, 3; 54
 DURANTE V., II 1, 74
 ENERIGON B. M., I 2, 9
 ERSTEIN R.A., III 1, 16
 ESMEN P., II 1, 36
 FATTEA A., II 1, 134
 FANELLI G., I 1, 2; 4; 8; 11
 FARNSWORTH A., II 2, 46
 FROLA P., II 1, 145

- FERRINI M., III 3, 4
 FERRANTI L., II 1, 165
 FERRARA Sr. F., I 1, 75; I 2, 68; I 3, 33; II 2, 126
 FERRARA JR. F., I 2, 14; 68
 FERRARINI S., I 2, 34
 FERRI E., *Il problema* 15; I 3, 51; III 1, 3
 FERRI G., I 1, 54
 FERRI G.B., I 1, 8; 15; 60; 62; 64; 65; 66; 67; 68; 81; I 2, 93; II 1, 35; 140
 FERRI G., I 2, 82
 FIANDACA G., II 1, 148
 FIGUERRA R., III 3, 3
 FIORENTINO A., I 1, 49; III 3, 56
 FLEMING J., I 2, 74; II 2, 9; 119
 FLETCHER G.P., III 1, 16
 FLORA G., II 2, 72
 FOFANTI L., III 2, 76
 FONDAROLI D., I 3, 60; II 1, 42; 44; 47; 51; 56; III 2, 5; 29; 32; 39
 FONCHIELLI P., II 1, 28; 148
 FOSCHINI G., I 1, 77
 FRAGALI A., I 2, 96
 FRANCARO L., II 1, 145
 FRANCI L., I 1, 3
 FRANZONI M., I 2, 14; 89; 93; 95; II 1, 3; 4; 31; 35; 133
 FREEDMAN W., I 2, 67
 FROSALI R.A., I 3, 68; 69
 FURCIUELE G., I 1 21; 24; 27; 29; 31; 36; 37 38; 39; 41; 48; II 1, 7; 134
 GABBA C.F., II 1, 15
 GABRIELLI E., I 1, 15; 16; 40; 47
 GALGANO F., I 2, 89; II 1, 35; 133
 GALTO P., I 1, 73; 75; 13; 42; II 1, 144; II 2, 5; 111; 114; 118; 127; 128
 GALZONE G., I 2, 88; 92
 GALLUCCI E., III 2, 57
 GALOPPINI A., II 1, 133
 GAMBERO A., I 1, 3; 81; I 2, 80; II 2, 101
 GANDOLFI G., I 1, 58
 GARAVELLI M., III 1, 24
 GAROFALO R., I 3, 51
 GENITTE G., *Il problema*, 3; 6; I 2, 14; 16; 21; 52; II 1, 12
 GENT V., I 2, 87
 GHESTIN J., II 1, 102
 GIACOBE G., I 2, 83
 GIANNINI A.D., III 1, 8
 GIANNINI G., II 1, 82
 GIARDA A., III 2, 76
 GIERKE J., *Il problema* 1
 GIGLIOTTI F., II 1, 138
 GIORGI G., II 1, 11
 GIOSTRA A., III 2, 50
 GIOVANNINI A., III 3, 44
 GRITTI G., I 1, 22; 24; 40; 43
 GUNTA F., I 3, 29; III 1, 1; III 2, 54; 55; 56; 70; III 3, 32
 GRUSTI A., III 3, 22
 GORASSINI A., II 1, 133
 GORLA G., I 1, 16; 35; II 1, 148
 GRANIERI M., II 1, 159; 160; 161; 167
 GRASSO B., II 1, 23
 GRASSO G., II 1, 30
 GREIER D.S., I 1, 81
 GROSSFELD B., *Il problema* 11; I 3, 28; II 2, 173; 16
 GROSSI P., *Il problema*, 15
 GUARINERI A., I 1, 60
 HANSEL D.S., II 2, 45
 HIRSCH H.S., III 1, 18
 HOPMANN E., I 1, 51
 HORTEN H., II 1, 35
 HUYELIN P., I 2, 2
 IJEVA L., III 3, 25
 IHLAS H., III 3, 45
 ILLUMINATI G., III 2, 50
 IOMATTI E., II 1, 88
 IOFFREDI V., II 1, 61
 IPPOLITO R., I 3, 96
 IRTI N., I 1, 30; 32; 33
 JANNARELLI A., II 1, 27; 30
 JANNUZZI S., I 2, 30
 JARACI L., II 1, 5
 JERING R., II 1, 11; II 2, 5
 JORDAN P., II 1, 102
 KANT I., I 3, 49
 KERN B.R., II 2, 65
 KERN E., III 1, 48
 KIEBLER L.S., II 2, 39
 KLIEWORICH A.K., III 1, 16
 KUPISCH B., I 3, 35

- LA FORA U., I 1, 15
 LA TORRE A., I 1, 8; I 2, 2, 3; 8, 63; 67; I 3, 19
 LAMBERT FAIVRE Y., II 1, 107; II 2, 45
 LAMANNIZZI A., II 1, 145
 LANGE H., II 1, 9
 LARENZ K., II 1, 19
 LEONCINI I., I 1, 75
 LEVY BROUËL H., I 2, 2
 LIBERTINI M., II 1, 27; 145; 166
 LEPART M., I 3, 96
 LEPART N., II 1, 23
 LOCATELLI R., II 2, 9
 LONARDO L., I 1, 52
 LORENZ E., I 2, 57
 MACIORE F., II 1, 140
 MAGGIORE G., II 1, 18
 MAGRINI S., II 2, 9
 MANDU M., II 1, 157
 MANES A., I 2, 23
 MANI K., II 2, 82
 MANNA A., II 1, 144; III 1, 41
 MANTOVANI F., I 1, 77; I 3, 52; II 1, 148; III 2, 8
 MARELLA M.R., II 1, 144; 151; 152
 MARESCA G., I 1, 3
 MARESSINI B.S., I 2, 73; II 1, 67; 72
 MARTINI R., I 1, 34
 MASTROPALO F., II 1, 23; 30
 MAZEUD H. L., II 1, 127
 MAZZANUTO S., II 1, 97; 98; 139; 152; 155; 166
 MERICUS D., II 1, 19
 MINGONI L., I 1, 14; 50; II 1, 135
 MIRAMOND A.D., II 1, 144
 MISSIRO F., I 1, 2; 20; 34; 44; I 3, 34; II 1, 23; III 3, 22
 MESSURINI D., II 1, 23; 132; 134
 MINOZZI A., II 1, 16; 23
 MIOLA M., I 1, 7
 MONASTEN F., II 1, 9
 MONATIER P. G., I 1, 80; II 1, 28; 51; 65; 67-71; 136; II 2, 86
 MONTIEL A., II 1, 18
 MORBIDELLI G., II 1, 155
 MORELLO U., I 2, 83
 MOSCATI E., II 2, 5
 MOSSA L., I 1, 54; I 2, 34; 53
 MÜLLER P., II 2, 64
 NABET P., II 2, 57
 NANNIPIERI A., II 2, 105
 NAVARETTA E., II 1, 22; 35; 51; 82; 133, 134; 135; III 2, 2
 NEGRI P., I 2, 35
 NEUBER R., II 1, 19
 NICOLO R., I 1, 3; 60
 NOZICK R., III 1, 16
 NUVOLONE P., II 2, 122; III 1, 18; III 3, 18; 26
 OLIVA U., II 1, 98
 OPRO G., I 1, 27; 28
 OSTI G., I 1, 23
 OWEN D.G., II 2, 22; 57
 PACCHIONI G., I 2, 32; II 1, 15; 18
 PÄCKER H. L., I 3, 48
 PADOVANI T., II 1, 30; II 2, 11; 120; 121; III 1, 1; 9; III 2, 27; 31; 53
 PAGLIARA, B. e F., I 2, 96
 PALAZZO A., II 1, 165
 PALAZZO F., III 1, 9; III 3, 50
 PALIBO C.E., III 1, 8; III 2, 75; III 3, 5-7; 9; 40; 50; 52
 PANTICCO V., I 1, 14
 PANZA G., I 1, 60; 61; 70
 PAOLI G., I 3, 54; 56; 58
 PAPA M., III 2, 49; 50; 62
 PARADISO M., II 1, 3; 12; 23; 27
 PARDUSSUS J. M., I 2, 37; 39
 PARDOLISI R., II 1, 159; II 2, 80
 PARTISOTTI G., I 1, 54; I 2, 93; 95
 PATTI G., III 3, 22
 PATI S., II 1, 24; 156; 157; 158
 PEPE C., III 3, 26
 PECCENINI F., II 1, 51; II 2, 135
 PERINI A., III 3, 30
 PERIZ G., II 2, 101
 PERLINGERI P., I 1, 23; II 1, 28; 132
 PESCE P. G., I 2, 6; 7
 PETROLATI F., II 1, 166
 PIATTOU L., I 2, 3; 11
 PICARD M., I 2, 65
 PINO A., I 1, 3
 PISA P., III 2, 46
 PIANA A., II 2, 114
 POLETTI D., II 1, 35; 62; II 2, 105; 108
 PONTANELLI G., *Il problema* 8; II 1, 22; 80; 81; 82; 86; 100; 120; 121-124; 131; II 2, 5; 48; 80; 104-108; 110
 POSNER R.A., III 1, 16
 POSTIGLIONE A., II 1, 145
 POTIER R., I 2, 38
 POTO M., II 1, 92
 POZZO B., II 1, 55; 145-147; 156; 157; 161
 PRATI L., II 1, 145
 PRICCOLO C.M., II 2, 25
 PRIEST G., I 1, 81
 PROCTA MIRABELLI DI LAVRO A., I 1, 81; II 1, 35; 51
 PROTO PISANI A., II 1, 144
 PSARO M., II 1, 136
 PUGIATI S., I 1, 15; I 2, 32; II 1, 23; 31
 PUGLIESE A., I 2, 83
 QUADRI E., II 2, 100
 RANELLETI O., II 1, 132
 RAVAZZONI A., I 3, 63
 REALMONTE F., I 1, 82
 RESCIGNO P., I 1, 69; I 2, 68; II 1, 1; 88; 132; II 2, 94
 RIBERT G., I 1, 61; I 2, 67; II 1, 36
 ROBERTI M., III 3, 55
 RODOTA S., I 1, 63; 79; 85; I 2, 32; 73; I 3, 39; II 1, 133; II 2, 132
 ROMANO F., II 1, 22
 ROMANO M., I 3, 30; 46; II 1, 30
 ROMANO M.S., II 2, 80
 SALV. ROMANO *Il problema*, I 2, 1; 25; 36; 45; I 3, 54; II 1, 2; 18; 25; 38; 39; 45-47; 141; 142; 153
 ROPPO V., I 1, 13; 15; 46; 58; II 1, 22
 ROSSETTI M., II 1, 51
 ROTONDI G., I 2, 83; I 3, 35
 ROTONDI M., *Il problema*, 1
 ROUJOU DE BOUBERT I., II 2, 70
 ROUSSOS K., II 1, 19
 ROXIN C., I 3, 30; II 2, 120; 122; III 1, 41
 RUGGERI N., I 2, 66
 RUSO C., I 2, 96; III 3, 45
 SACCHETTI F., I 2, 8
 SACCO R., I 1, 15; 34; 58; 77; 80; II 1, 133; II 2, 49; 86; 118
 SACERDOTI A., I 2, 12
 SACERDOTI P., I 2, 96
 SALANDRA V., *Il problema* 1; I 1, 9; 56
 SALERMI B., I 2, 96
 SALVI G., II 1, 4; 21; 23; 36; 134
 A. D. P. SANTERNA I 2, 9; 33; I 3, 2
 SANTORO A., III 1, 3
 SANTORO-PASSARELLI F., I 1, 14; 25; 55; 57
 SARAVALLE A., II 2, 74
 SASSAMAN R. L., II 1, 50
 SAVATIER R., II 1, 127
 SAVIGNY F.C., *Il problema*, 2; I 1, 84
 SCALFI G., *Il problema*, 9; I 1, 3; 5; 6; 10; 19; I 2, 73; II 1, 22; 147; II 2, 45
 SCHÄPFER C., II 2, 64
 SCHIMKOWSKI P., II 1, 147
 SCHLESINGER P., I 1, 40; 83; II 1, 27; 133
 SCALOJA V., I 1, 9; I 2, 89
 SCOGNAMIGLIO C., I 1, 15; II 1, 97; 133
 SCOGNAMIGLIO R., I 1, 82; II 1, 27; 152
 SCOTZARAVA T.O., II 1, 23
 SEMINARA S., III 2, 76
 SERRA K., III 1, 3
 SERRA M., I 2, 96
 SEUBERT F., III 1, 9; III 2, 67; III 3, 3
 SICCHIERO G., I 1, 14
 SOLAZZI S., II 1, 11
 SORGA S., I 1, 5; 54
 SOURDAT A., II 1, 18
 SQUARCIA E., III 2, 8
 STEDL E., I 1, 5
 STOFF M., I 2, 96
 STRACCHA B., I 2, 9; 12
 STARK B., II 2, 68
 SUNSTEIN R., II 1, 8
 TARTARETO P., I 2, 8
 TESAURO A., III 3, 6
 TOMBARI U., III 3, 45
 TONELLI L., I 2, 34
 TONINI P., III 2, 15; 47; 48
 TORREGROSSA G., II 1, 98
 TARBOCHI A., I 1, 60

TRAVI A., III 1, 8; III 3, 5; 6; 7; 9; 13; 40	VIVANTE C., <i>Il problema</i> , I: I 1, 3; 5; 8; 54; I 2, 3; 22; 34; 43; 44; 45; 50; 60
TRIMARCHI P., II 1, 133; II 2, 118	VOJPE PUTOZOU G., I 1, 3; 6; 7; 51; 12, 66; 68; 72; 96; II 1, 157; II 2, 101
TUCCI G., II 1, 23	VON BAR C., II 1, 104; II 2, 86; 88; 89
TUNG A., II 1, 127	
ULLEN T., III 1, 16	WEIGMAN R., III 3, 35
URSO E., II 2, 19; 20; 61; 74	WIDDIS A. I., II 2, 23; 55
VACCA L., I 1, 82	WILBURG W., II 1, 19
VALERI G., I 2, 2; 3	WINDSCHEID B., II 2, 64
VALIN R.S., I 2, 35	
VARANO V., I 1, 82	YZQUIERDO TOLSADE M., II 1, 103
VASSALLI F., I 2, 68; I 3, 34	
VENETIAN G., <i>Il problema</i> , 15; I 1, 16; II 2, 133; III 2, 5; III 3, 65	ZACCARIA A., II 1, 61
VIGORITI V., I 1, 82	ZAGHRELSKI G., II 1, 134
VILLA G., I 1, 73	ZANONINI G., III 1, 8; III 3, 13
VINCENZINI E., I 3, 20	ZATTI P., II 1, 74
VINEY G., II 1, 102; 106; 127; II 2, 103	ZENO ZENKOVICH V., I 3, 57; II 1, 30; 88; 135; 136; II 2, 98; III 2, 3
VISINTINI G., I 2, 32; II 1, 3; 133; II 2, 94	ZWITZ P., II 1, 26; 51; 62; 75; 76; 86; 136; 156

INDICE

IL PROBLEMA

1. L'oggetto dell'indagine	1
2. Il rinnovarsi di un vecchio problema	3
3. Metodo e problema	10
4. Responsabilità civile e penale a confronto	12
5. Il richiamo ad un'idea unitaria di torto	13

Parte I

RISCHIO ASSICURABILE E RESPONSABILITÀ

CAPITOLO I

L'IDEA DI RISCHIO ASSICURABILE

1. Considerazioni introduttive	17
2. Il rischio nel contratto di assicurazione	18
2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche	23
2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione	26
3. Rischio assicurato e rischio assicurabile	35
4. Il rischio assicurabile in senso giuridico	37
4.1. Il giudizio di liceità	41
4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità	49

CAPITOLO II

ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti	55
2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile	60
3. Il superamento del dogma dell'assicurabilità della colpa	65
4. Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il leno venir meno dei timori per una copertura della colpa gra- ve	73
5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile ex art. 1917. L'assicurabilità degli atti dolosi	78

6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda 83

6.1. I limiti dell'autonomia del predisponente nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria 86

6.2. Crisi della regola dell'assicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria? 92

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione 99

2. Assicurazione marittima e contrabbando 100

3. Dall'assicurabilità degli illeciti all'assicurabilità delle pene 103

4. Risarcimento e pena 111

4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento 112

4.2. I tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento 116

4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno 119

Parte II

RISCHIO ASSICURABILE E NUOVE FRONTIERE DEL DANNO « RISARCIBILE »

CAPITOLO I

VERSO UN RECUPERO DELL'IDEA DI PENNA NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE?

1. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale 127

1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale 133

1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile 138

1.3. Il risarcimento del danno morale nella partizione responsabilità penale-responsabilità civile 146

2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali 151

2.1. I danni presunti 153

2.2. Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio? 160

a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana 163

b) La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei 173

c) Alcuni orientamenti critici 179

3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive 184

4. L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico 192

5. Rilevi conclusivi 203

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DELLE SANZIONI PUNITIVE CIVILI

1. Assicurazione e sanzioni punitive civili 209

1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità 211

1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile. Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile 213

2. Il problema dell'assicurabilità dei *punitivè damages* nel diritto americano 217

2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla *Victims Liability bill* 219

2.2. Inassicurabilità degli *intentional acts* come regola generale della *liability insurance*. Alcune pronunce discordanti 222

2.3. *Public Policy* e assicurabilità dei *punitivè damages* 226

3. I c.d. danni punitivi in Europa 232

3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei 234

3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di *punitivè damages* 238

3.3. I *punitivè damages* nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law*. Scenari e prospettive 243

4. Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilevi conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile 245

5. Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione di danni morali 247

6. L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risvolti problematici 254

6.1. Pene private e principi costituzionali 262

6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo 265

7. Considerazioni di riepilogo 267

Parte III

CONFINI DEL RISCHIO ASSICURABILE NEL PROCESSO DI DEPENALIZZAZIONE

CAPITOLO I

POSSIBILI APERTURE ALL'ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ PENALE NELLA CRISI DELLA SANZIONE PUNITIVA

1. Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva 273

2. Assicurazione e illecito penale 284
3. Il fenomeno della *Insurance for Criminal Acts* in America 286
 - 3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai *criminal acts* 288
 - 3.2. La mancanza di un *unforeseen event* come limite ad una possibile *insurance coverage for criminal acts* 289
 - 3.3. *Insurance for criminal acts*. Questioni di *public policy* 291
4. Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della *Wiedergutmachung* con lo strumento assicurativo 293

CAPITOLO II

ASSICURAZIONE E DANNO DA REATO

1. La risarcibilità del danno da reato *ex art. 185 c.p.* 299
2. L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale 306
3. Riparazione *ex art. 62 n. 6 c.p.* e contratto di assicurazione 313
4. Riparazione del danno ed estinzione del reato 321
 - 4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche 329
 - 4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato *ex art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274* 332
 - 4.3. Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari 338

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

1. L'inascurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto 343
2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa 355
 - 2.1. Polizze cauzionali e illeciti amministrativi 356
 - 2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie 359
 - 2.3. L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie 363
 - 2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti 371

Indice degli autori 381

1. Costa P., *Jurisdizione*. Semantica del potere politico nella repubblica medievale (1100-1453). (1969), 8°, pag. XII-400.
2. Frosali R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*. (1971), 8°, pag. XXXVII-825.
3. Palazzo R. C., *Il concetto di « distrazione » nel delitto di peculato*. (1972), 8°, pag. IV-88.
4. Nesi G., *Autus e defus nel procedimento penale inglese*. (1973), 8°, pag. VIII-144.
5. Colli N., *Scritti di diritto romano*. (1973), 8°, pag. XVI-540.
- 5². Colli U., *Scritti di diritto romano*. (1973), 8°, pag. IV-541/1120.
6. Forzieri Vannucchi O., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*. (1973), 8°, pag. IV-240.
7. Furgule G., *Vendita di « casa futura » e aspetti di teoria del contratto*. (1974), 8°, pag. IV-488.
8. Corsi F., *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*. (1974), 8°, pag. IV-512.
9. Andreani A., *La competenza per territorio dei tribunali amministrativi regionali*. (1974), 8°, pag. IV-256.
10. Sorace D., *Epropriazione della proprietà e natura dell'indennizzo*. Parte prima. (1974), 8°, pag. IV-400.
11. De Siero U., *Gli statuti delle regioni*. (1974), 8°, pag. IV-420.
12. Tonini P., *La scelta del rito istruttorio nel processo penale*. (1974), 8°, pag. IV-308.
13. Palazzo F. C., *L'errore sulla legge estraneità*. (1974), 8°, pag. IV-248.
14. Galtoni G., *Potere di destinazione e impresa agricola*. (1974), 8°, pag. IV-280.
15. Onsi Battaglini A., *La autonomia locale nell'ordinamento regionale*. (1974), 8°, pag. IV-476.
16. Borgioi A., *I decreti generali di società per azioni*. (1975), 8°, pag. IV-368.
17. Biagi P., *I pubblici servizi industriali dei comuni e della provincia*. (1975), 8°, pag. IV-344.
18. Corbi H., *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*. (1975), 8°, pag. VIII-220.
19. Santalucia P., *L'opera di Gatto e Ad edizioni praterici urbane*. (1975), 8°, pag. VIII-220.
20. Catalani A., *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*. (1976), 8°, pag. IV-272.
- 21¹. Ferrara E. jr., *Scritti minori*, I. (1977), 8°, pag. VIII-448.
- 21². Ferrara E. jr., *Scritti minori*, II. (1977), 8°, pag. IV-524.
- 21³. Ferrara E. jr., *Scritti minori*, III. (1977), 8°, pag. IV-492.
22. Zaccaria R., *Razionalismo e costituzione*. (1977), 8°, pag. IV-460.
23. Srozz G., *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*. (1977), 8°, pag. IV-422.
24. Dal Pozzo E., *L'ideologia come modo di conoscenza e di relazione*. (1977), 8°, pag. VIII-296.
25. Borgioi A., *La nullità della società per azioni*. (1977), 8°, pag. IV-592.
26. Collura G., *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*. (1978), 8°, pag. VIII-220.
27. Carretti P., *Ordinamento comunitario e autonomia regionale*. (1979), 8°, pag. IV-376.
28. Vignotti V., *Interessi collettivi e processo*. (1979), 8°, pag. IV-332.
- 29¹. Mazzoni G., *Scritti minori*, I. (1979), 8°, pag. XXXII-892.
- 29². Mazzoni G., *Scritti minori*, II. (1979), 8°, pag. IV-495.
- 29³. Mazzoni G., *Scritti minori*, III. (1979), 8°, pag. IV-488.
30. Parlato V., *La professione religiosa*. (1979), 8°, pag. IV-180.
31. Costi G., *La liberazione artificiale - L'uomo e il diritto di fronte alla droga*. (1979), 8°, pag. VIII-356.
32. Furgule G., *Libertà e famiglia*. (1979), 8°, pag. VIII-324.
33. Tonini P., *Polizia giudiziaria e magistratura*. (1979), 8°, pag. IV-420.
34. Spagnesi E., *Ufficiali edoari*. (1979), 8°, pag. IV-292.
35. Catalani A., *La circolazione della pubblica amministrazione*. (1979), 8°, pag. IV-168.
36. Sili P., *Mito e realtà dell'« Acquisita christiana »*. (1980), 8°, pag. VIII-204.
- 37¹. Romano S., *Scritti minori*, I. (1980), 8°, pag. VIII-526.
- 37². Romano S., *Scritti minori*, II. (1980), 8°, pag. VIII-526.
- 37³. Romano S., *Scritti minori*, III. (1980), 8°, pag. IV-490.



Cerca nel Catalogo

Catalogo SBN

- Ricerca base
- Ricerca avanzata
- Libro moderno
- Libro antico
- Musica
- Grafica
- Cartografia
- Audiovisivi
- Voci di autorità

Altri Cataloghi

- Cataloghi disponibili (239,50)
- Nuovo catalogo
- Cataloghi storici

Servizi

- Prestito e riproduzioni
- Biblioteche SBN
- Ricerche effettuate

Ricerca: Tutti i campi = Sara Landini (parole in AND)

← Lista sintetica

Formato Etichette Nascondi biblioteche Stampa E-mail

« precedente successivo »

Scheda: 8/20

↳ Scheda Unimarc ↳ Scarico Unimarc ↳ Scheda Marc21 ↳ Scarico Marc21
↳ Export Endnote ↳ Export Refworks ↳ Citazioni Aggiungi a preferiti ↳ Permalink

Livello bibliografico	Monografia
Tipo documento	Testo a stampa
Autore principale	Landini, Sara
Titolo	Assicurazione e responsabilità / Sara Landini
Pubblicazione	Milano : A. Giuffrè, 2004
Descrizione fisica	390 p. ; 24 cm.
Collezione	Publicazioni della Facoltà di giurisprudenza / Università di Firenze ; 89
Numeri	[ISBN] 88-14-11623-7 [BN] 2005-9739
Nomi	[Autore] Landini, Sara
Soggetti	Assicurazioni di responsabilità
Classificazione Dewey	346.45086 (19.) DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI. ITALIA
Lingua di pubblicazione	ITALIANO
Paese di pubblicazione	ITALIA
Codice identificativo	ITICCU/UFI/0452411



Vai su Amazon
Vai su AbeBooks
Vai su IBS