

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

Dipartimento di Diritto privato e Storia del Diritto

CORSO DI DOTTORATO
DI RICERCA IN DIRITTO CIVILE

CICLO XXII

IUS/01

LA FORFETTIZZAZIONE LEGALE DEL DANNO RISARCIBILE

Dottoranda
Alba Rina Baldieri
matr. R06990

Tutor
Chiar.mo Prof. Gianroberto Villa

Coordinatrice del dottorato
Chiar.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

A.A. 2009 – 2010

INDICE

CAP. 1 FATTISPECIE E FUNZIONI

- 1.1. a) La disciplina degli interessi moratori prevista dal codice civile. p. 1
- 1.1. b) La disciplina degli interessi moratori contenuta nel D.Lgs. 231/02 sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. p. 16
- 1.2. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del contratto di compravendita contenuta nel codice civile. p. 22
- 1.3. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del trasporto. p. 26
- 1.4. La forfetizzazione del danno non patrimoniale contenuta nel Codice delle Assicurazioni Private. p. 44
- 1.5. La forfetizzazione del danno in caso di licenziamento ingiustificato. p. 60
- 1.6. Altre ipotesi di forfetizzazione. p. 72

1.7. Sull'opportunità di utilizzare il concetto di penale legale per ricondurre ad unità le ipotesi legislative di forfetizzazione esaminate.

p. 75

CAP. 2 LA FORFETIZZAZIONE E LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

2.1 La forfetizzazione e la funzione compensativa del risarcimento del danno.

p.

2.2. a) La forfetizzazione e la funzione sanzionatoria. Una premessa. Differenza tra funzione deterrente e funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

p. 97

2.2. b) La forfetizzazione che deroga in eccesso al principio compensativo: a) Il profitto superiore al danno; b) La lesione dei diritti della personalità, la c.d. responsabilità civile senza danno e la c.d. tutela proprietaria dei diritti.

p. 101

2.2. c) La restituzione del profitto illecito nel Codice della Proprietà Industriale e nella legge antiusura.

p. 114

2.2. d) La categoria della riparazione.

p. 124

2.2. e) Le pene private e I c.d. danni punitivi: la funzione sanzionatoria della responsabilità civile.	p. 130
2.3. La forfetizzazione con funzione indennitaria.	p. 144

CAP. 3 LA FORFETIZZAZIONE E LA DISCIPLINA DELLA CLAUSOLA PENALE

3.1. L'applicabilità alle c.d. penali legali del potere equitativo del giudice previsto dall'art. 1384 cod. civ.	p. 156
3.2. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali del divieto di anatocismo.	p. 180
3.3. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali della regola secondo la quale la clausola penale limita il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.	p. 184
3.4. Sull'operatività del principio espresso dall'art. 1229 cod. civ. con riferimento alle c.d. penali legali.	p. 190
3.5. Sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale.	p. 192
3.6. Conclusioni.	p. 194
INDICE BIBLIOGRAFICO	p. 199

Capitolo primo

FATTISPECIE E FUNZIONI

Sommario: 1.1 a) La disciplina degli interessi moratori prevista dal codice civile. 1.b. La disciplina degli interessi moratori contenuta nel D.Lgs. 231/02 sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. 1.2. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del contratto di compravendita contenuta nel codice civile. 1.3. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del trasporto. 1.4. La forfetizzazione del danno non patrimoniale contenuta nel Codice delle Assicurazioni Private. 1.5. La forfetizzazione del danno in caso di licenziamento ingiustificato. 1.6. Altre ipotesi di forfetizzazione. 1.7. Sull'opportunità di utilizzare il concetto di penale legale per ricondurre ad unità le ipotesi legislative di forfetizzazione esaminate.

1.1. a) La disciplina degli interessi moratori prevista dal codice civile.

L'art. 1224 cod. civ. quantifica il danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie nella misura degli interessi legali o dei maggiori interessi corrispettivi convenzionalmente pattuiti.

La scelta di predeterminare il danno da ritardo in una percentuale del debito pecuniario di base, calcolata per tutta la durata dell'inadempimento, ha una lunga tradizione storica ed è la soluzione generalmente applicata in tutti gli ordinamenti.

L'art. 1224 cod. civ. fissa un limite rigido verso il basso del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie, che in ogni caso

ed indipendentemente dalla prova del danno, deve essere risarcito almeno nella misura degli interessi legali.

L'obbligazione risarcitoria sorge indipendentemente dall'esistenza di un danno effettivo e dalla sua concreta entità.

La predeterminazione e standardizzazione del danno ricevono un temperamento solo verso l'alto, dal momento che è data al creditore la possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno¹ con l'onere in tal caso di offrirne la prova attraverso le regole ordinarie. Tale parte dell'obbligazione risarcitoria viene commisurata al danno effettivamente patito, secondo le regole generali (artt. 1218 e ss. cod. civ.).

La possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno è preclusa nell'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito interessi convenzionali maggiori di quelli legali, in coerenza con l'effetto limitativo del risarcimento tipico della penale (art. 1382 cod. civ.). In ogni caso, gli interessi convenzionali devono mantenersi

¹ La previsione del maggior danno costituisce una novità della codificazione del 1942, volta a disattendere il contrario indirizzo giurisprudenziale formatosi nel silenzio del codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882.

R. J. POTHIER (*Trattato delle obbligazioni*, vol. I, n. 170, p. 1832 spiegava l'impossibilità di chiedere il risarcimento del danno ulteriore facendo riferimento al "carattere transattivo" della liquidazione forfetaria effettuata dalla legge. La dottrina formatasi sul codice civile previgente escludeva la risarcibilità del maggior danno sulla base della testuale formulazione dell'art. 1231 del cod. civ. del 1865.

al di sotto del tasso soglia previsto dalla normativa sull'usura², che ha altresì modificato il secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. stabilendo che se nel contratto di mutuo sono “*convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*”.

La scelta del legislatore di derogare al principio della necessaria

2 L'art. 1 della c.d. legge sull'usura (l. 7 marzo 1996 n. 108, pubblicata nella G.U. 8 marzo 1996 n. 58) ha sostituito il vecchio testo dell'art. 644 c.p. con il seguente: “ART. 644 - (Usura) - *Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni. Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario. La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito...* L'art. 2 ultimo comma della su indicata legge dispone poi che “*il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà*”. Infine, l'art. 4 della l. 108 ha sostituito il secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. con il seguente: “*se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*”. E' innegabile la funzione afflittiva della norma che penalizza il creditore sacrificando il suo diritto agli interessi. Così B. MEOLI, *Squilibrio sopravvenuto ed usura nei contratti con prestazioni monetarie*, in NGCC, 2003, p. 115. Il rimedio influisce sullo schema causale del contratto, che da oneroso diventa gratuito. Così F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Ed. scientifiche italiane, 2004, p. 69. Cfr. anche P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003,

corrispondenza tra danno e risarcimento, garantendo al creditore pecuniario un ristoro minimo nella misura degli interessi legali viene tradizionalmente giustificata con la necessità, avvertita in tutti gli ordinamenti, di agevolare il creditore nella prova del danno da mancata disponibilità del denaro, pregiudizio che pur di intuitiva evidenza non è semplice da provare nella sua concreta entità³, per la preponderanza della componente di lucro cessante rispetto al danno emergente⁴. Se si adottassero le regole ordinarie di ripartizione del carico probatorio, il creditore, per ottenere il risarcimento del danno da ritardo, dovrebbe dimostrare l'impiego che nel singolo caso avrebbe fatto del denaro ed il risultato utile che avrebbe conseguito⁵. Invece, la

I, p. 758, il quale ravvisa alcuni punti di contatto di tale disposizione con il c.d. *disgorgement*, traducibile con l'espressione “*restituzione coattiva di quanto guadagnato illecitamente*”, identificati nella funzione dissuasiva della disposizione e nell'assordimento, da parte della “vittima” della quota lecita del profitto del mutuante. Una voce isolata ritiene che in caso di tasso usurario debbano applicarsi gli interessi legali M. GRONDONA, in A.M. BENEDETTI – M. GRONDONA – P. CANEPA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 62.

3 R. J. POTHIER, *op. cit.*, p. 1832 spiegava la scelta legislativa di predeterminarne legislativamente la misura con la difficoltà di definire tale tipo di danno. Inoltre fondava l'impossibilità di chiedere il risarcimento del danno ulteriore sul carattere “transattivo” della liquidazione forfetaria operata dalla legge.

4 B. INZITARI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Milano, Giuffrè, 1984, p. 69.

5 A. DE CUPIS, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, cap. III, p. 427 ss.

forfetizzazione consente, da un lato, di agevolare il soggetto che il diritto intende tutelare e, dall'altro, di semplificare il meccanismo di calcolo di tale voce di danno così diffusa, con beneficio per i traffici giuridici e la riduzione dei tempi processuali per ottenere giustizia.

E' ravvisabile dunque, una duplice utilità, soggettiva ed oggettiva⁶ nella liquidazione⁷ del danno ad opera del legislatore. Se non ci fosse la forfetizzazione, la difficoltà probatoria del creditore gioverebbe al debitore moroso che verrebbe indirettamente incentivato a persistere nella morosità. In questo senso, la forfetizzazione realizza una funzione *lato sensu* deterrente dell'inadempimento. La possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno, d'altro canto, garantisce che l'approssimazione insita nella forfetizzazione non nuoccia al diritto del creditore di ottenere l'integrale riparazione del danno.

La disciplina codicistica del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie⁸ riflette una precisa concezione del risarcimento e del

6 A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 428.

7 In questi termini A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 428 ss.

8 Tale disciplina generale non esaurisce la regolamentazione delle obbligazioni pecuniarie relativamente alle quali esistono una serie di disposizioni speciali al di fuori del codice civile. Tra quelle di maggior rilievo, l'art. 83 della Convenzione dell'Aja sulla vendita internazionale di beni mobili (ratificata dall'Italia con la l. 21 giugno 1971, n. 816, in G.U. n. 258 Suppl. Ord. del 13 ottobre 1971), che recita: “se

danno.

Nella stesura dell'art. 1224 cod. civ. ha giocato un ruolo determinante l'idea che il risarcimento del danno abbia una funzione prettamente compensativa⁹, ovvero miri a reintegrare il creditore nella posizione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso, senza però attribuirgli un ristoro superiore al danno effettivamente subito¹⁰. L'equivalenza economica del risarcimento al pregiudizio sofferto dal danneggiato tradizionalmente distingue il risarcimento dalla pena privata¹¹.

Un primo indice della funzione compensativa del risarcimento è costituito dal fatto che, nella determinazione del saggio degli interessi moratori è richiamato il tasso previsto dall'art. 1282 cod. civ., disposizione cui tradizionalmente si riconducono i c.d.

l'inadempimento consiste in un ritardo nel pagamento del prezzo il venditore avrà diritto, in ogni caso, ad ottenere gli interessi moratori sulle somme non pagate al tasso ufficiale di sconto del luogo in cui trovasi il centro dei suoi affari, o, in mancanza di questo, la sua residenza abituale, maggiorato dell'1%"; l'art. 429 comma 3 cod. proc. civ. in materia di crediti da lavoro, la legge n. 192 del 1998 sulla subfornitura, il D.Lgs. 231 del 2002 sulla lotta ai ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, dei quali si dirà più oltre.

9 Così R. NICOLO', *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46 e in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, 1993, p. 483.

10 Sulla *Differenztheorie* cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 103 ss.

11 Così A. DE CUPIS, *Il danno cit.* vol. II, p. 213.

interessi corrispettivi¹².

Il saggio legale degli interessi non è utilizzato dal legislatore solo come parametro di riferimento per la liquidazione legislativa del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie, bensì viene richiamato indifferentemente in tutti i casi in cui il debitore detenga con¹³ o senza titolo¹⁴ una somma di denaro altrui, venendo così a rappresentare il costo legale del godimento del denaro¹⁵. Sottesa alla disciplina legislativa è dunque la presunzione che il danno da ritardo corrisponda grossomodo al costo legale della disponibilità del denaro, in ragione del fatto che l'art. 1282 cod. civ. è considerato espressione del principio della

12 Osserva che gli interessi corrispettivi vengono intesi dalla giurisprudenza come corrispettivo di un uso T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, 1960, p. 581 nota 2.

13 Cfr. artt. 1815 cod. civ., 1825 cod. civ.

14 Art. 1282 cod. civ., art. 1486 cod. civ., art. 1714 cod. civ. La migliore dottrina ha evidenziato come gli interessi previsti da entrambe queste norme abbiano natura risarcitoria, in quanto l'obbligo della corresponsione sorge dalla mora che, stante il carattere *portable* dei debiti pecuniari si verifica automaticamente alla scadenza del termine, secondo il principio *dies interpellat pro homine* sancito dall'art. 1219, comma 2, n. 3 cod. civ. Così M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, 1975, p. 146 ss., O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 83 ss.; M. DELLA CASA, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 163.

15 Descrive l'interesse moratorio come il corrispettivo del risparmio forzato G. VALCAVI, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 332 ss. e in *L'espressione monetaria nella responsabilità civile e altri saggi*, Cedam, 1994, p. 58.

naturale fecondità del denaro¹⁶.

Il saggio legale di interesse, determinato annualmente con Decreto Ministeriale¹⁷, negli ultimi 10 anni assestatosi intorno al 2,5 – 3%, sceso nel 2010 all'1% ed ora all'1,5%¹⁸.

Negli anni '90/'00 il tasso legale è risultato per lo più superiore al

16 La dottrina (M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 146 e soprattutto p. 159; M. DELLA CASA, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie cit.*, p. 163; O. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 83 ss.) ha rilevato come, in verità, anche l'art. 1282 cod. civ., almeno nella maggioranza dei casi (debiti c.d. *portables* da pagarsi al domicilio del creditore la cui esecuzione non richieda una attiva collaborazione del creditore all'adempimento del debitore), disciplini un'ipotesi di interessi moratori, in quanto, nei debiti liquidi ed esigibili, sono dovuti gli interessi legali dal giorno della scadenza, ovvero dal giorno della mora, essendo oramai pacifico che, in virtù dell'art. 1219, comma 2, n. 3) cod. civ., in siffatto tipo di obbligazioni la mora si verifichi automaticamente dal giorno di scadenza del debito. L'unica differenza tra l'art. 1282 cod. civ. e l'art. 1224 cod. civ. atterrebbe al requisito della liquidità del credito, che deve ritenersi più che altro un refuso, dato che nel progetto di codice civile del 1940 era scomparso per poi improvvisamente riapparire nel testo definitivo di codice civile senza una comprensibile ragione (così M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 163 il quale rileva che al punto 34 della Relazione accompagnatoria al Progetto Ministeriale del Libro delle Obbligazioni del 1940 l'eliminazione del requisito della liquidità veniva motivato con la necessità di risolvere la disputa in merito ai debiti da fatto illecito. Nel progetto definitivo, invece, ricompare il presupposto della liquidità senza che nella Relazione sia rintracciabile una spiegazione).

La sostanziale coincidenza del campo di applicazione delle due norme non priva di fondamento quanto detto a proposito della concezione meramente compensativa del risarcimento che si desume dalla disciplina della mora nelle obbligazioni pecuniarie. Ciò in ragione del fatto che esistono altre disposizioni di legge che prevedono interessi corrispettivi in misura del saggio legale richiamato dall'art. 1282 cod. civ.. Sono, per esempio, interessi corrispettivi determinati ai sensi dell'art. 1284 cod. civ., quelli dovuti al mutuante dal mutuatario ex art. 1815, comma 1, cod. civ. Analogamente per gli interessi dovuti sulle rimesse ex art. 1825 cod. civ. Inoltre, il comma 2 dell'art. 1224 cod. civ. dispone che qualora le parti abbiano pattuito interessi corrispettivi superiori al tasso legale, dal giorno della mora essi continueranno ad essere dovuti a titolo di interessi moratori.

17 L'art. 2 della l. 662 del 1996 ha modificato l'art. 1282 cod. civ. prevedendo che il

tasso di inflazione, ma su livelli notevolmente inferiori a quelli dei tassi di interesse espressi dal mercato finanziario.

Il maggior rendimento, corrisposto negli ordinari impieghi di denaro, è venuto così a costituire un incentivo economico all'inadempimento contrattuale.

A tale stato di cose non pone rimedio nemmeno la possibilità di domandare il risarcimento del maggior danno secondo le regole probatorie ordinarie, stante l'attualità di quanto sostenuto dalla dottrina¹⁹, ovvero l'inefficienza della norma che prevede la

saggio legale venga fissato annualmente con Decreto del Ministero del Tesoro (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze), utilizzando come parametri di riferimento il rendimento annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai 12 mesi ed il tasso di inflazione registrato nell'anno. Negli ultimi 10 anni è oscillato tra il 2,5 e il 3,5 %.

18 Decreto 7.12.2010 del Ministro dell'Economia e delle Finanze, pubblicato in G.U. n. 292 del 15.12.2010.

19 Cfr. P. TRIMARCHI, *Il danno da svalutazione monetaria nell'inadempimento di obbligazioni pecuniarie*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1873 ss., il quale evidenzia che, quando il tasso di inflazione è elevato, la regola che imponga al debitore la prova di aver concretamente predisposto un investimento in beni reali, per il caso che la somma fosse puntualmente pagata alla scadenza, è inefficiente. Questo perché tale prova è quasi sempre impossibile, con la conseguenza di limitare il risarcimento del danno patito dal creditore al saggio legale degli interessi. Ciò realizza un finanziamento coattivo in favore di soggetti selezionati non già secondo i normali criteri in base ai quali si suole attribuire credito, bensì in base alla disinvoltura nell'inadempimento degli impegni contrattuali. Inoltre tale finanziamento coattivo viene così concesso ad un tasso agevolato. Per tali ragioni, l'Autore suggerisce l'adozione legislativa di un criterio forfetario anche per il maggior danno, collegato al tasso di svalutazione della moneta, come avviene in tema di crediti da lavoro oppure con il tasso di sconto, come previsto dalla Convenzione dell'Aja sulla vendita internazionale di beni mobili. Concorda sulla scarsa funzionalità dell'utilizzo giurisprudenziale delle presunzioni al fine della prova del maggior danno

risarcibilità del maggior danno che, oltre ad onerare il creditore di una prova presuntiva che spesso non potrà fornire, riduce i vantaggi della forfetizzazione disattendendone le ragioni giustificatrici. Sarebbero, invece, più funzionali sistemi che predeterminano l'ammontare anche del maggior danno da svalutazione monetaria, come quelli contemplati dall'art. 83 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1964 attinente alla legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di beni mobili, ratificata con l. 21 giugno 1971 n. 816 – che, giova precisare, ratificata da solo 9 Stati ha avuto scarso successo. Essa cede attualmente il passo alle disposizioni della Convenzione di Vienna del 1980²⁰, che però non disciplina il tasso di mora²¹ e non contiene un'analogha disposizione riguardo alla

anche B. INZITARI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie cit.*, p. 77 ss.

²⁰ Secondo la dottrina maggioritaria, poiché la Convenzione di Vienna detta delle norme di diritto materiale uniforme, prevale, per la sua specialità, su qualsiasi norma di diritto internazionale privato. La specialità consiste nel fatto che la Convenzione di Vienna si applica solo ai contratti di vendita la cui internazionalità dipende dalla diversa ubicazione statale della sede d'affari delle parti contraenti, mentre la Convenzione dell'Aja contempla ogni tipo di contratto di vendita "internazionale". La Convenzione dell'Aja potrà applicarsi solo a quei casi, residuali, cui non può applicarsi la Convenzione di Vienna per ragioni temporali, spaziali o *ratione materiae* (es. questione della validità dei contratti). Sul punto, vd. F. FERRARI, *Diritto applicabile alla vendita internazionale, tasso degli interessi sulle somme non pagate e questioni affini*, nt. a Tribunale di Pavia 29.12.1999, in *Corriere giur.*, 2000, 7, p. 932 ss.

²¹ Così Tribunale di Roma, sez. III, 14 luglio 2009, in banca dati *Le leggi d'Italia*.

svalutazione – o dall'art. 429 comma 3 cod. proc. civ., in combinato disposto con l'art. 105 disp. att. cod. proc. civ.

Se nel diritto comune, in un clima di totale sfavore nei confronti delle *usurae*²², la necessità di contenere l'interesse legale entro limiti piuttosto rigorosi rispondeva ai valori etico-sociali accolti dalla società del tempo, nell'economia moderna si è più critici verso la previsione di un tasso legale inferiore alla redditività della più prudente forma di investimento del denaro ed al costo di mercato del denaro, che funge da incentivo all'inadempimento²³. Di tale stato di cose si è mostrata pienamente consapevole la Suprema Corte, la quale, in una recente pronuncia resa a Sezioni Unite – S.U. 16 luglio 2008 n. 19499²⁴, ha suggerito un criterio uniforme per la liquidazione forfetaria minima del maggior danno

22 Cfr. per una sintetica ricostruzione storica G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1996 rist., p. 231 ss.; T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 559 ss. Specificamente, la funzione risarcitoria assegnata agli interessi moratori ed il loro contenimento in limiti rigorosi predeterminati dal legislatore e la correlazione all'attività mercantile del creditore furono le caratteristiche che legittimarono gli interessi di mora in un clima ostile alle *usurae*.

23 Cass., S.U., 16 luglio 2008, n. 19499 *cit.* osserva: "*la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una redditività superiore al tasso dell'interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, in linea di massima continua ad essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore durante la mora debendi e quello che dovrà versare al creditore quando adempierà la propria obbligazione*".

24 Cass. civ., S.U., 16.07.2008, n. 19499 in *Resp. civ.*, 2009, 2, p. 132 ss. con nota di R. PARTISANI, *Il maggior danno da mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*.

da svalutazione monetaria, sul rilievo che, diversamente, verrebbe pregiudicata la funzione deterrente della responsabilità civile. Giova, al riguardo, ripercorrere le tappe più rilevanti delle argomentazioni della Corte. Oggetto del conflitto giurisprudenziale tra le sezioni semplici, il contenuto dell'onere della prova gravante sul creditore per ottenere il risarcimento del maggior danno ex art. 1224, comma 2, cod. civ. che, secondo un primo orientamento avrebbe dovuto essere assolto mediante la semplice deduzione della categoria economica di appartenenza ("imprenditore", "risparmiatore abituale", "creditore occasionale", "modesto consumatore")²⁵, mentre secondo un altro, alla categoria soggettiva di appartenenza si sarebbe dovuto sommare un onere, quantomeno di allegazione, delle qualità personali e dell'attività in concreto esercitata dal creditore, onde consentire

²⁵ Ci si riferisce al c.d. criterio delle presunzioni personalizzate. Per l'enucleazione delle categorie economiche rilevanti ai fini dell'operatività della presunzione di impiego del denaro vd. Cass., S.U., 5.04.1986, n. 2368, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 1160 con nt. di M. EROLI, *Maggior danno risarcibile e interessi legali*, p. 1389 ss.; in *Giust. civ.*, 1986, I, 1595 con nt. di P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*; in *NGC*, 1986, I, p. 640 ss.; in *Foro It.*, 1986, I, p. 1265 con nt. di R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio economico* e di A. AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi* e p. 1540 con nt. di G. VALCAVI, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato rivalutazione monetaria*, p. 3034 nt. di E. QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via all'ulteriore risarcimento*.

al Giudice la verifica che il danno lamentato si sia verosimilmente prodotto. Le Sezioni Unite, dopo un *excursus* storico della giurisprudenza, rilevano che *"se il denaro è l'unico bene intrinsecamente insuscettibile di offrire qualunque utilitas diretta è anche il solo che consente, mediante lo scambio, di procurare immediatamente quelle ricavabili da qualsiasi altro bene, sicché è del tutto contraria ai dati di comune esperienza l'ipotesi della mera conservazione improduttiva da parte del creditore di un bene ontologicamente destinato allo scambio o all'investimento... La più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una redditività superiore al tasso d'interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, in linea di massima continua a poter essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore durante la mora debendi e quello che dovrà al creditore quando adempirà la propria obbligazione"*. La Corte conclude che lo scopo della norma, ovvero la disincentivazione dell'inadempimento, legittima l'adozione di un'interpretazione *"che si risolva nel riconoscere al creditore di somme di denaro non corrisposte dal debitore in mora, un*

maggior danno ex art. 1224, comma 2, cod. civ., corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso d'inflazione se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore)"²⁶. Le Sezioni Unite suggeriscono quindi una forfetizzazione minima del maggior danno, al fine di evitare che le difficoltà probatorie e i tempi processuali ostacolino lo scopo della norma, con pregiudizio per il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Giova precisare che le considerazioni in tema di inadeguatezza del saggio di interesse legale che hanno ispirato la normativa comunitaria, sono almeno in parte mutate in conseguenza della crisi economica e finanziaria che recentemente affligge il mercato. La crisi che dal 2008 ha colpito il mercato finanziario internazionale ha fatto sì che negli anni 2008 e 2009 il tasso legale d'interesse fosse più remunerativo del tasso di interesse erogato dalle banche ai correntisti e non così distante dalla

²⁶ Il riferimento è estrapolato dal dato legislativo, ovvero dalla l. 23.12.1996, n. 662, art. 2 comma 185 che ha stabilito che il tasso legale di interesse può essere annualmente modificato dal Ministro del tesoro (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze) *"sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno"*.

reddittività dei titoli di Stato trimestrali, i quali hanno recentemente rischiato un rendimento negativo nel caso di applicazione di elevati importi di commissioni da parte degli intermediari, tanto che il Ministero del Tesoro, con un decreto dell'ottobre 2009, ha imposto un limite agli importi dovuti a titolo di commissione²⁷. Con decreto del 4 dicembre 2009 (G.U. n. 291 del 15 dicembre 2009) il Ministro dell'Economia ha fissato il tasso degli interessi legali a partire dal 1 gennaio 2010 fino alla fine del 2010, è previsto al 1% in ragione d'anno, che rappresenta il minimo storico dal 1942 ad oggi (nel 2011 il saggio legale è dell'1,5%, come si è detto²⁸).

27 Si legge in un comunicato apparso sul sito del Ministero dell'Economia e delle Finanze (n. 5 del 12 gennaio 2010) e anche sul sito del Governo (www.governo.it) il 13 gennaio 2010: *"nel caso in cui il prezzo totale di vendita dei BOT – comprensivo dell'importo della ritenuta fiscale e della commissione applicata dagli intermediari finanziari alla clientela che sottoscrive i buoni in asta – risulti superiore a 100, l'importo massimo di tale commissione viene ridotto di conseguenza. Al fine di tutelare i risparmiatori che investono sui titoli di Stato, considerato che l'attuale contesto di mercato è caratterizzato da tassi a breve termine particolarmente bassi, il ministro dell'economia e delle finanze ha diramato nell'ottobre scorso un apposito decreto. Con le nuove norme per la trasparenza nelle operazioni di collocamento dei titoli di Stato sono state apportate modifiche che garantiscono dunque un rendimento non negativo ai sottoscrittori dei BOT in asta"*. Il provvedimento in questione è il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 19 ottobre 2009, pubblicato in G.U. n. 246 del 22 ottobre 2009.

28 Cfr. nota 18.

1.1. b) La disciplina degli interessi moratori contenuta nel D.Lgs. 231/02 sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Un saggio legale di interesse inferiore alla redditività della più comune e prudente forma di investimento del denaro ed al costo di mercato del denaro, come si è detto, può costituire un incentivo, seppur indiretto, all'inadempimento.

Tale disfunzione può rilevarsi fatale soprattutto per le piccole imprese e per i liberi professionisti anche in ragione dei tempi non sempre brevissimi necessari per il recupero forzoso del credito²⁹.

Di ciò si era reso conto già il legislatore nel 1990 quando, nella legge di riforma del processo civile (l. 353 del 1990), aveva raddoppiato il saggio legale di interesse (dal 5% al 10%), con l'obiettivo di scoraggiare strategie processuali dilatorie³⁰.

Con tale provvedimento si è indiscutibilmente cercato di

29 Nel Considerando n. 7 della Direttiva riguardante la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, pubblicata in G.U.C.E. n. C 168 del 3.06.1998, approvata il 29.06.2000, di cui si dirà più oltre, il ritardo nei pagamenti e gli oneri conseguenti per porvi rimedio costituiscono una delle principali cause di insolvenza e conseguente fallimento delle imprese e di perdita di posti di lavoro.

30 Cfr. M. DELLA CASA, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie cit.*, p. 195 ss.; V. CUFFARO, *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente creditore*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/08, p. 23.

conferire agli interessi moratori una funzione sanzionatoria e preventiva³¹.

Nella stessa direzione, le indicazioni comunitarie hanno portato all'approvazione, da parte dell'Italia, di due discipline speciali aventi però un'unica ispirazione³².

Ci si riferisce specificamente alla legge sulla subfornitura (l. 18.06.1998, n. 192, "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", pubblicata nella G. U. n. 143 del 22 giugno 1998)³³ e

31 Così M. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 197.

32 Entrambe le normative costituiscono attuazione delle indicazioni espresse dalla Commissione delle Comunità Europee il 12 maggio 1995. Parla di "filo rosso" che lega le due discipline V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 7 ss.

33 Il rapporto di subfornitura è così definito dall'art. 1 della citata legge: "*1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. 2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature*". La matrice ideologica della legge sulla subfornitura è la stessa dalla quale è scaturito il D. Lgs. 231 ha ispirato anche la legge sulla subfornitura, molto simile nella struttura alla disciplina sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Una delle differenze più significative è rappresentata dal carattere inderogabile delle disposizioni, che si giustifica con il fatto che, se con riguardo alle transazioni commerciali l'abuso di dipendenza economica è solo eventuale, nella subfornitura è *iuris et de iure*. Critico sul funzionamento della disciplina sulla subfornitura V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 10: "*a distanza di quasi dieci anni dall'entrata in vigore della legge, la imperatività delle nuove regole sembra tuttora avvertita solo nelle pagine degli interpreti e l'esiguo numero delle pronunce giurisprudenziali in argomento vale invero a dimostrare come, nei rapporti tra imprese, possa essere illusorio il disegno*

al Decreto Legislativo n. 231 sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU n. 249 del 23/10/2002³⁴, Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali)³⁵.

Relativamente alle obbligazioni pecuniarie rientranti nel suo campo di applicazione³⁶, il D.Lgs. 231 introduce un nuovo saggio

di "moralizzare" comportamenti che riflettono e trovano la propria ragione nella diversa "forza contrattuale" delle parti, segnatamente quando i correttivi legali restano affidati alla sola iniziativa della parte che è, ma rimane, economicamente debole".

34 Il D.lgs. 231 comprende nel proprio campo di applicazione anche i rapporti di subfornitura, ponendosi quale disciplina più generale. Inoltre esso ha innalzato il saggio legale previsto dalla legge sulla subfornitura, equiparandolo a quello da esso previsto per le obbligazioni pecuniarie rientranti nel proprio campo di applicazione.

35 Sull'argomento A.M. BENEDETTI – P. CANEPA – M. GRONDONA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali cit.*; A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 4, p. 715 ss.; R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *I Contratti*, 2002, p. 802 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 3 ss.; G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, 12, p. 1155 ss.; G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *NGCC*, 2003, p. 57 ss.; A. FRIGNANI – CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, p. 308 ss.; L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 74 ss.; A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Studium iuris*, 2001, p. 265 ss.

36 L'ambito di applicazione del D.Lgs. 231/02 è oggettivamente limitato alle transazioni commerciali, intendendosi con esse quelle obbligazioni pecuniarie che costituiscono il corrispettivo della consegna di una merce o della prestazione di un servizio, sorte da contratti conclusi successivamente all'8 agosto 2002. Dal punto di

legale di interesse moratorio che, diversamente da quello previsto dagli artt. 1224 e 1282 cod. civ., esprime tutt'altra concezione della responsabilità risarcitoria.

Tale tasso di interesse è dichiaratamente sanzionatorio³⁷, tanto che la stessa Direttiva si propone di combattere la prassi poco virtuosa dei Paesi dell'Europa meridionale, di dilatare eccessivamente i tempi di pagamento che, unitamente alla farraginosità delle procedure di recupero forzoso del credito, sono additati come i principali nemici della solidità economica delle PMI e, conseguentemente, dei posti di lavoro che esse garantiscono.

Il legislatore è cristallino nel dichiarare di voler perseguire un obiettivo di sicurezza sociale attraverso l'apparato civilistico dei

vista soggettivo esso si applica ai soli rapporti tra imprese, liberi professionisti e pubbliche amministrazioni. Nel rispetto dell'autonomia privata la disciplina non è imperativa, o almeno non del tutto. Il saggio di interesse previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 231, infatti, si applica “*salvo diversa volontà delle parti*”. Per non sacrificare eccessivamente la propria effettività, la normativa introduce un controllo giudiziale sulla congruità del patto in deroga, nel quale venga concordato un saggio di interesse inferiore a quello ex art. 5.

37 Parla di “vera e propria sanzione civile punitiva o pena privata” A. RICCIO, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e Impresa* n. 2/04, p. 556. Concordano sulla funzione afflittiva compulsoria degli interessi A. CRIVELLI, *Le penali di fonte legale*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. II, collana *Il diritto civile nella giurisprudenza* diretta da P. CENDON, Torino, Utet, 2005, p. 318; G. SPOTO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti*, in *Europa e diritto privato*, 2004, I, p. 171.

rimedi³⁸, di regola settore di competenza di normative di stampo pubblicistico, come il diritto penale. Il che ha riportato in auge³⁹ il tema dell'acquisizione di nuove funzioni e di nuovi ambiti di applicazione della responsabilità civile, tutt'altro che nuovo⁴⁰.

Il perseguimento di un obiettivo di sicurezza sociale emerge anche dal ventaglio di rimedi contemplati dalla Direttiva, che aveva lasciato gli Stati liberi di scegliere se sanzionare l'accordo gravemente iniquo in danno del creditore con la nullità oppure con l'obbligazione risarcitoria.

Secondo il legislatore europeo nullità e risarcimento del danno sono strumenti intercambiabili, quando, invece, il nostro ordinamento assegna ai due citati rimedi funzioni nettamente

38 Già F.D. BUSNELLI, in *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 661 rilevava la tendenza della responsabilità civile verso “l'indistinzione tra la funzione risarcitoria della responsabilità civile e la funzione solidaristica della responsabilità sociale”.

39 Cfr. S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La responsabilità civile*, n. 2/09, p. 165 ss.; G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *NGCC*, 2006, II, p. 293 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *NGCC*, 2008, II, p. 288 ss. e, in generale, (a cura di) P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2008 (raccolta degli Atti del Convegno di Siena 19-21 settembre 2007).

40 Cfr. S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Hawen, London, Yale University Press, 1970 (traduzione italiana *Costo degli incidenti e responsabilità civile : analisi economico-giuridica*, (a cura di) A. DE VITA, V. VARANO, V. VIGORITI, 1975).

diverse. Tradizionalmente, infatti, la nullità presidia interessi generali e principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, diversamente dal risarcimento del danno che tutela in via diretta l'interesse privato e, solo indirettamente, quello generale dell'effettività del diritto e dell'ordinato svolgimento della vita sociale. La normativa di origine europea assegna alla responsabilità civile una funzione di tutela di soggetti ritenuti economicamente e contrattualmente deboli, assente nella disciplina codicistica. Tali considerazioni hanno evidenti riflessi pratici, in quanto la funzione che si intende attribuire al risarcimento del danno comporta significative implicazioni sul piano della disciplina degli interessi di mora applicabili alle transazioni commerciali, cui si cercherà di dare una risposta nel terzo capitolo. A titolo esemplificativo, ci si chiede se siano ad essi applicabili le norme in tema di maggior danno, di anatocismo e di usura.

1.2. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del contratto di compravendita contenuta nel codice civile.

L'art. 1518 cod. civ.⁴¹, dispone che, per le cose aventi un prezzo corrente risultante da mercuriali o listini di borsa oppure aventi un prezzo imposto per atto della pubblica autorità, in caso di risoluzione del contratto di vendita imputabile ad una delle parti, l'altra abbia diritto, in ogni caso⁴², a titolo di risarcimento del danno, alla differenza tra il prezzo pattuito e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui doveva essere fatta la consegna⁴³.

La forfetizzazione in tale ipotesi è funzionale alla celerità e speditezza dei traffici commerciali⁴⁴.

La dottrina e la giurisprudenza collocano la norma nella categoria delle c.d. penali legali⁴⁵ e ravvisano in essa una presunzione

41 La norma non trova precedenti nel codice civile del 1865. Spiega D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. CICU e F. MESSINEO, 1971, p. 987 nt. 136 bis, che benché il criterio dettato dall'art. 1518 c.c. venisse applicato anche già sotto i vecchi codici, l'impossibilità di provare l'inesistenza o la minor entità del danno è una novità dell'art. 1518 cod. civ. attuale.

42 Questa l'interpretazione più accreditata in dottrina, anche se non pacifica. Vd oltre.

43 Quest'ultimo riferimento spazio - temporale, come da più parti rilevato (C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato VASSALLI*, vol. VII, 1993, p. 1101), ha l'evidente obiettivo di evitare speculazioni della parte adempiente, che, diversamente potrebbe attendere il momento più proficuo per chiedere il risarcimento.

44 Sullo scopo della norma cfr. Relazione al codice civile n. 672 che fa riferimento al conseguimento di un "risultato pronto e sicuro".

45 S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, (a cura di) F.D. BUSNELLI, e G. SCALFI, Giuffrè, Milano, 1985, p. 264; A. CRIVELLI, *Le penali*

assoluta di danno minimo⁴⁶, anche se si è levata qualche voce contraria⁴⁷, che tuttavia mal si concilia sia con il tenore letterale dell'art. 1518 cod. civ. che con la *ratio* della norma, la quale ha come obiettivo quello di agevolare la parte adempiente consentendole di svincolarsi facilmente da un contratto per il quale, a causa dell'altrui inadempimento, ha perduto interesse. Si è, infatti, osservato, che l'automaticità nella determinazione del risarcimento mira a scongiurare il ricorso all'autorità giudiziaria⁴⁸, lasciando prontamente libera la parte fedele di provvedere alla rivendita o ricompera della merce⁴⁹. Si è anche detto che la presunzione assoluta di danno minimo addossa sull'inadempiente il rischio di un mutamento imprevedibile di mercato che alteri sensibilmente e inaspettatamente il prezzo corrente⁵⁰. La norma

di fonte legale cit., p. 319.

46 P. GRECO e G. COTTINO, *Commentario del codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, p. 401, 402; D. RUBINO, *La compravendita*, *cit.*, p. 989; G. MIRABELLI, *I singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, 1991, p. 162; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Commentario* SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2004, p. 288; A. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 319. In giurisprudenza, afferma che l'art. 1518 cod. civ. dispensa la parte adempiente dall'onere della prova del pregiudizio sofferto Cass. civ., sez. II, 16.04.1994, n. 3614, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. civ., sez. II, 04.03.1998, n. 2386, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

47 C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 1098; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 380.

48 C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 1097; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 286.

49 Cfr. F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 288.

50 Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 991.

assicura dunque al contraente adempiente un ristoro minimo, senza precudergli la possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno⁵¹.

Sempre nella disciplina civilistica della vendita, si rinvencono altre disposizioni che condividono la medesima *ratio* dell'art. 1518 cod. civ., anche se non possono propriamente definirsi “penali legali” per l'assenza di uno o più requisiti che caratterizzano la categoria⁵².

L'art. 1486 cod. civ.⁵³, per esempio⁵⁴, limita la responsabilità del venditore nel caso in cui il compratore sia riuscito ad evitare l'evizione mediante il pagamento di una somma di danaro al rimborso della somma pagata, oltre agli interessi ed alle spese

⁵¹ Così D. RUBINO, *op. cit.*, p. 992.

⁵² Una ricostruzione degli elementi caratteristici della penale legale è compiuta da A. CRIVELLI, *Le penali di fonte legale cit.* il quale, oltre alla fonte legale indica: il tipico effetto limitativo del risarcimento, la mancanza di prova del danno, risarcimento forfetario, ammissibilità del risarcimento dei danni ulteriori, divieto di cumulo con la prestazione principale.

⁵³ E' una riproduzione testuale dell'art. 1496 del cod. civ. del 1865.

⁵⁴ E' considerata una penale anche la c.d. clausola di acquisizione delle rate (così P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 447; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 445; A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 161) che ricorre frequentemente nella prassi. Si tralascia la disamina della disposizione in ragione della fonte, non legale ma convenzionale, e della disciplina codicistica che è più che altro ispirata, come emerge dalla Relazione al libro delle obbligazioni n. 141, dall'esigenza di evitare un ingiustificato arricchimento del venditore. Questa la ragione della previsione, analoga all'art. 1384 cod. civ., del potere del giudice di ridurre l'indennità.

sostenute⁵⁵. La norma prevede il beneficio della limitazione del risarcimento come una facoltà del venditore, il quale effettua dunque un controllo sull'adeguatezza della somma offerta al terzo per scongiurare l'evizione⁵⁶. Se il creditore, pur di conservare la cosa o per altre ragioni (per es. imperizia) paga una cifra maggiore di quella che, subendo l'evizione, avrebbe diritto di pretendere dal venditore, quest'ultimo potrebbe preferire l'applicazione dell'art. 1483 cod. civ.⁵⁷. La norma, oltre ad avere l'evidente obiettivo di scoraggiare un contenzioso tra venditore ed acquirente, è tradizionalmente considerata uno strumento di tutela del venditore da un potenziale ingiustificato arricchimento del compratore che, da un lato, potrebbe conservare la cosa e, dall'altro, ottenere anche un ristoro a titolo di garanzia per evizione⁵⁸.

⁵⁵ In dottrina non è pacifica l'applicabilità della norma al caso in cui la soddisfazione del terzo avvenga con una prestazione diversa dal pagamento di denaro. Per l'opinione più permissiva e prevalente C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 864; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 79; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 724; G. GORLA, *La vendita*, p. 103 *contra* P. GRECO e G. COTTINO, *op. cit.*, p. 212 che osservano come la norma contempli il solo caso in cui la soddisfazione del terzo avvenga tramite il pagamento di una somma di denaro perché è l'unico caso in cui vi è certezza sulla prestazione eseguita a favore del terzo e non vi è adito a contestazioni tra le parti circa la conversione in denaro di quanto prestato.

⁵⁶ Così C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 863.

⁵⁷ Cfr. P. GRECO e G. COTTINO, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁸ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 724.

Analogamente alle penali legali la norma contempla una forfetizzazione del danno risarcibile, ma, diversamente dalle prime, non prevede un risarcimento minimo slegato dalla prova e dall'esistenza di un danno. E' tuttavia emblematica della concezione compensativa del risarcimento adottata dal legislatore del codice civile, già incontrata nella disamina dell'art. 1224 cod. civ.⁵⁹ Anche in questo caso, siamo di fronte ad un tipo di obbligazioni (quelle scaturenti dal contratto di vendita) molto diffuso, la disciplina del quale rispecchia esigenze di celerità e sicurezza dei traffici. Anche in questo caso, la funzione che si imputa al risarcimento del danno comporta immediate conseguenze nel campo della disciplina applicabile.

1.3. La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del trasporto.

La forfetizzazione del danno risarcibile nella disciplina del contratto di trasporto merita una attenzione specifica in ragione del fatto che ha visto, negli anni, numerosi interventi della Corte Costituzionale, la quale ha avuto occasione di esprimere indicazioni di ordine sistematico sul tema della limitazione della

⁵⁹ Questa conclusione sarà dimostrata nel primo paragrafo del cap. 2.

responsabilità, chiarimenti ancor più necessari in un settore contraddistinto da una pluralità di fonti regolatrici e di interessi coinvolti.

Gli effetti delle pronunce della Consulta sono destinati ad operare oltre il singolo ambito nel quale sono stati resi, attenendo al generale tema della valenza costituzionale o ordinaria del principio di integrale riparazione del danno e dei limiti entro i quali sono consentite deroghe al medesimo nonché a quello della derogabilità della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

E' opportuno condurre separatamente il discorso sul trasporto di cose da quello sul trasporto di persone, in ragione della diversa valenza costituzionale degli interessi in gioco.

La disciplina della responsabilità del vettore per perdita o avaria delle merci o del bagaglio del passeggero presenta, in tutte le forme di trasporto, la comune caratteristica di limitare il *quantum* del danno risarcibile ad importi stabiliti *ex ante* dalla legge. Soluzione adottata anche in ambito internazionale dalle differenti Convenzioni che disciplinano le varie forme di trasporto.

La responsabilità del vettore è sì contenuta nel *quantum*, ma, di contro, è valutata con molto rigore dalla giurisprudenza

relativamente all'*an*⁶⁰.

Senza voler entrare nel vivo del dibattito che ha occupato la dottrina sulla questione del rapporto tra l'art. 1218 cod. civ. e gli artt. 1681 e 1687 cod. civ.⁶¹, si rileva che la legge⁶² esonera il vettore da responsabilità per perdita o avaria delle cose trasportate nelle ipotesi di: a) caso fortuito, b) fatto di un terzo estraneo, idoneo da solo a causare l'evento dannoso e c) fatto esclusivo della stessa vittima. La valutazione del fortuito è

60 Parla di limite risarcitorio in termini di contropartita per mitigare le conseguenze di un regime di responsabilità particolarmente gravoso A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2004, p. 238.

61 La dottrina è divisa tra chi ritiene che gli artt. 1681 c.c. e 1687 c.c. siano solo una specificazione dell'art. 1218 c.c. e chi ritiene, invece, che prevedono una responsabilità più rigorosa. Il dibattito è inevitabilmente influenzato dall'individuazione dei criteri di responsabilità cui è ispirato l'art. 1218 c.c.. Per la prima tesi si veda G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile e La responsabilità del vettore terrestre per perdita e avaria nella giurisprudenza*, in *Dir. maritt.*, 1978, p. 613 ss.; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, Giuffrè, 1990; M. GARRONE, *Il trasporto di cose*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. II, Cedam, 2009, p. 391 ss.; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1962, VII, p. 287 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 211 ss. Per la seconda tesi cfr. A. ASQUINI, *Trasporto di cose (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1973, XIX, p. 576 ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti, Commentario del codice civile*, Torino, 1960; M. IANNUZZI, *Del trasporto, Commentario al codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961; M. IACUANIELLO BRUGGI e L. F. PAOLUCCI, *Il contratto di trasporto*, Torino, 1979; A. ALIBRANDI, *Sulla nuova disciplina legale della responsabilità delle Ferrovie dello Stato per danni ai viaggiatori*, in *Arch. Civ.*, 1980, 337.

62 L'art. 1693 cod. civ. rubricato "*Responsabilità per perdita e avaria*" individua la prova liberatoria nel vettore nel "*caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o del loro imballaggio o dal fatto del mittente o da quello del destinatario*".

operata dalla giurisprudenza in maniera assai rigorosa, in quanto si considera integrato, per esempio, da furto, incendio e rapina dei quali però sia dimostrata l'assoluta inevitabilità⁶³.

La forfetizzazione *ex ante* del risarcimento in materia di trasporto è stata inizialmente introdotta nel nostro ordinamento con riguardo al trasporto di merci su rotaie, esercitato in regime di monopolio dalle Ferrovie dello Stato, allo scopo di contenere i costi generati dal rischio d'impresa in un settore ancora in fase di sviluppo, ma essenziale per la crescita dei traffici e dell'economia.

Successivamente, il beneficio della limitazione di responsabilità è stato esteso anche alle altre forme di trasporto. In questo ambito, le fonti normative sono molteplici e i singoli tipi di trasporto specificamente regolati.

La disciplina generale è contenuta nell'art. 1696 cod. civ., che detta i criteri per il calcolo del danno in caso di perdita o avaria delle cose trasportate.

La disposizione, nella sua formulazione originaria che constava di

⁶³ Sottolinea C. DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto tra persone e cose*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 184 che la nostra giurisprudenza si ispira al sistema di responsabilità fondato sul c.d. rischio creato dove il fondamento della responsabilità riposa sulla pericolosità dell'attività svolta. La formula dell'art. 1681 cod. civ. richiama quella dell'art. 2050 cod. civ.

un unico comma, ha occupato su più fronti la giurisprudenza. Essa prescrive, in caso di perdita o avaria delle cose trasportate, che il danno sia calcolato secondo il prezzo corrente di queste ultime, nel luogo e nel tempo della riconsegna. La norma non specificava se fosse risarcibile anche il maggior danno⁶⁴, né se il limite risarcitorio operasse anche in caso di dolo o colpa grave del vettore⁶⁵, né quale fosse l'entità del risarcimento dovuto, in caso di perdita o di avaria di cose non aventi un prezzo corrente⁶⁶.

La Corte Costituzionale, come si è detto, è intervenuta più volte per vagliare la legittimità delle disposizioni legislative che introducono limiti alla responsabilità del vettore mediante la previsione di massimali di risarcimento. Essa, come si dirà tra breve, ha anticipato l'introduzione legislativa dell'ultimo comma dell'art. 1696 cod. civ. che esclude l'operatività del beneficio del limite risarcitorio in caso di dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti.

⁶⁴ Per l'impossibilità di chiedere il risarcimento del danno da mancato guadagno cfr. Cass. civ. 22.06.1964, n. 2153; per la tesi contraria Cass. civ. 27.10.1998, n. 10692.

⁶⁵ Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza 26 maggio 2005, n. 199, di cui si dirà più oltre, il cui intervento è stato recepito dal legislatore con il D.Lgs. 21 novembre 2005, n. 286 che ha aggiunto l'ultimo comma dell'art. 1696 cod. civ. che esclude l'operatività del beneficio del limite risarcitorio in caso di dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti.

⁶⁶ Per l'applicabilità della norma anche alle cose non aventi un prezzo corrente, nel cui caso dovrebbe farsi riferimento al valore effettivo Cass. civ. 23.01.1985, n. 289.

Con riguardo al trasporto ferroviario di cose⁶⁷, la Consulta⁶⁸, investita della questione di costituzionalità del massimale risarcitorio contenuto nell'art. 15 delle Condizioni e Tariffe (R.D. 11 ottobre 1934, n. 1948 come modificato dalla l. 7 ottobre 1977 n. 754⁶⁹) sollevata dalla Pretura di Cosenza⁷⁰, ha rigettato le censure, soffermandosi sulla *ratio* della disciplina.

In tale occasione, ha tenuto a precisare che la forfetizzazione del danno risarcibile, prevista in caso di perdita o avaria del bagaglio, risponde all'esigenza di evitare l'esposizione del vettore ad oneri finanziari insostenibili che pregiudicherebbero la possibilità di assicurare il rischio d'impresa, se non ricorrendo a cospicui aumenti nelle tariffe del servizio, con un generalizzato svantaggio per gli utenti e per la collettività nel suo complesso.

67 Con il D.L. 11 luglio 1992 n. 333, conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359 l'ente FS è divenuto una S.p.A. La dottrina maggioritaria, ritenendo la trasformazione solo formale, ritiene comunque applicabile la disciplina pregressa, in mancanza di previsione di legge che identifichi la S.p.A. con il precedente ente. Cfr. C. DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto tra persone e cose*, Giuffrè, Milano, 1985,, p. 407.

68 Ci si riferisce alla sentenza Corte Cost. 12 maggio 1982 n. 90, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 1309; in *Foro it.*, 1982, I, c. 1799; in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1309; in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 930; in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1688; in *Resp. civ. e prev.*, 1982, p. 344; in *Rass. Avv. Stato*, 1982, I, p. 476; in *Arch. giur. circolaz.*, 1982, p. 455.

69 Osserva C. DE MARCO, *op. cit.*, p. 228 che la novella del '77 riconduce la disciplina del vettore ferroviario a quella codicistica.

70 In *Giur. Cost.*, 1976, II, p. 476

Che questa sia la chiave di lettura del beneficio del limite risarcitorio del vettore pare pacifico⁷¹.

E' da osservare che la limitazione di responsabilità del vettore ferroviario opera anche in caso di dolo o colpa grave dei dipendenti, con la sola previsione, in tal caso, del raddoppio del massimale.

La Consulta⁷² è stata di lì a poco investita anche della questione di legittimità dell'art. 423 cod. nav. il quale fissa il limite massimo del risarcimento per ogni unità di carico, consentendo il risarcimento di un danno ulteriore nel sol caso in cui vi sia stata una dichiarazione di valore dei beni imbarcati superiore al limite risarcitorio previsto dalla legge, consentendo peraltro al vettore la prova della inesattezza della dichiarazione di maggior valore. In caso di dichiarazione di valore superiore al massimale di legge, è consentito al vettore aumentare il costo del trasporto, data la

71 L. RENNA, *Commentario al codice civile*, (a cura di) P. CENDON, Giuffrè, 2008, p. 676; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. CICU e F. MESSINEO, Giuffrè, 2007, p. 975 e 986; con riguardo al trasporto internazionale vd. G. SILINGARDI, *Limite risarcitorio nella disciplina uniforme sul trasporto di merci aereo, su strada e per ferrovia*, in *Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità - appalto, vendita e trasporto internazionali*, Milano, 1989, p. 137.

72 Corte Cost. 19 novembre 1987, n. 401, in *Foro it.*, 1988, c. 18, con nota di F. COSENTINO, *Efficiente allocazione del rischio e contratto di trasporto marittimo di merci* e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1313.

maggiore incidenza dell'assicurazione sul costo della prestazione del vettore⁷³. In sostanza, la dichiarazione di valore opera una determinazione convenzionale dei danni risarcibili in sostituzione dell'indennizzo legale. La Corte ha rigettato le censure di incostituzionalità della disposizione, sollevate con riferimento agli artt. 3 e 42 della Costituzione rilevando, con riguardo al primo profilo, l'assenza di una disparità di trattamento tra caricatori, in quanto il meccanismo di determinazione del nolo e del risarcimento prescinde dalla condizione economica del caricatore e, con riguardo al secondo profilo, che le garanzie poste dall'art. 42 a tutela della proprietà privata non si estendono alle obbligazioni pecuniarie. La Corte però ha richiamato l'attenzione del legislatore sulla l. 13 maggio 1983 n. 213 relativa al vettore aereo di merci, la quale ha sancito il periodico aggiornamento dei limiti di responsabilità stabiliti dal codice della navigazione in materia aeronautica⁷⁴.

73 Gli studiosi di analisi economica del diritto spiegano che la soluzione meno costosa per il creditore consiste nell'assicurazione stipulata direttamente presso il debitore, il quale è di norma il miglior *insurer* contro i rischi di inadempimento. Sul punto F. COSENTINO, *op. cit.*, c. 20.

74 La pronuncia della Consulta è stata criticata sotto diversi profili, prevalentemente pratici: si è osservato come la dichiarazione di valore sia poco utilizzata nella prassi commerciale in quanto tutt'altro che agevole soprattutto da parte degli utenti occasionali del servizio di trasporto. Si è evidenziato come si determinino due distinti regimi di responsabilità vettoriale, l'uno basato su un risarcimento integrale del

In sostanza, la Corte ha ritenuto di dover sensibilizzare il legislatore in merito all'opportunità che il limite risarcitorio soddisfi il requisito dell'adeguatezza, ma non ha ritenuto che l'irrisorietà del medesimo, con riguardo ai danni a cose, costituisca motivo di incostituzionalità, in ragione della possibilità di derogarvi convenzionalmente, vera e propria clausola di salvezza di una disciplina che sarebbe altrimenti censurabile⁷⁵.

Non è dato sapere se la Corte avrebbe deciso così anche se

danno e l'altro caratterizzato da una forte limitazione risarcitoria che rende la responsabilità quasi simbolica. Cfr. S. MAGNOSI, *op. cit.*, pp. 687, 688.

75 La Corte Costituzionale è stata chiamata a vagliare la costituzionalità dell'art. 423 cod. nav. anche in altre occasioni. Con la sentenza n. 8 del 10 gennaio 1991 ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata con riguardo a due profili: in primo luogo, diversamente dalla disciplina di diritto internazionale uniforme di cui alla Convenzione di Bruxelles del 1924, come modificata dal Protocollo di Bruxelles del 23.02.1968 e dal Protocollo del 21.12.1979 (c.d. regole dell'Aja - Visby), l'art. 423 cod. nav. non prevede la decadenza dalla limitazione di responsabilità in caso di colpa grave del vettore; in secondo luogo, la disciplina interna del trasporto marittimo di merci prevede una misura di risarcimento inferiore. Questi gli aspetti che secondo il Giudice rimettente (Tribunale di Genova) contrasterebbero con l'art. 3 della Cost. La Corte, nel caso specifico, non si è entrata nel vivo della questione, ritenendo carente di motivazione l'ordinanza del Tribunale di Genova sotto il profilo della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*. Con le medesime motivazioni, il Tribunale di Genova, nel 2002, ha risollevato la questione di costituzionalità dell'art. 423 cod. nav., precisando che per la giurisprudenza della Cassazione il limite della responsabilità vettoriale opera anche in caso di colpa grave del vettore. La Consulta, con la sentenza n. 71 del 14 marzo 2003, ha rigettato le censure, negando l'irragionevolezza della diversità tra la disciplina nazionale e quella uniforme e rifiutando l'assunto secondo il quale, nel trasporto internazionale marittimo di merci, la colpa grave eliderebbe il limite di responsabilità. Richiamando il contenuto della sua precedente pronuncia 401/87, ha però esortato il legislatore a provvedere, con riguardo all'aggiornamento del limite risarcitorio, analogamente a quanto previsto con riguardo al trasporto aereo.

oggetto di disamina fossero stata la limitazione dei danni alla persona del passeggero, ma è lecito dubitarne.

Nel 1991⁷⁶, la Corte ha, di converso, accolto le doglianze di incostituzionalità del sistema delle c.d. «tariffe a forcella»⁷⁷ sul quale era imperniata la responsabilità del vettore di merci su strada, proprio in ragione della violazione del principio di adeguatezza del risarcimento.

Il sistema forfetario di risarcimento era inadeguato, secondo il Giudicante, in quanto non contemplava un meccanismo di aggiornamento periodico degli importi. Inoltre, l'art. 1 della l. 22 agosto 1985 era incostituzionale nella parte in cui non escludeva la limitazione di responsabilità in caso di dolo o colpa grave del

76 Corte Cost. 22.11.1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, p. 642, con nota di G. PONZANELLI, *Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*, p. 643 ss. e di F. COSENTINO, *Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto*, p. 647 ss. e in *Giust. civ.*, 1992, I; in *Arch. giur. circolazione*, 1992, p. 327; in *Dir. Trasporti*, 1992, p. 521, in *Dir. maritt.*, 1992, p. 66 con nota di E. FADDA, *Riflessioni sulla disciplina della responsabilità del vettore stradale alla luce dell'intervento della Corte Costituzionale*, p. 395 ss.

77 Sistema fondato sul duplice presupposto della predeterminazione pubblica delle tariffe e dell'obbligatorietà dell'assicurazione delle merci trasportate secondo massimali normativamente predeterminati.

vettore⁷⁸⁷⁹.

Nel 2005 la Consulta è tornata ad occuparsi della costituzionalità del beneficio di limitazione della responsabilità di cui gode il vettore marittimo di merci. Con la sentenza n. 199 del 2005 essa ha ribadito i contenuti della precedente n. 401/87, introducendo alcuni rilevanti elementi di novità. In particolare, ha escluso che la limitazione di responsabilità del vettore marittimo di merci operi anche in caso di dolo o colpa grave del medesimo⁸⁰.

78 La Corte Cost., nella sent. 420/91 redatta da Luigi Mengoni, precisa che l'inderogabilità della responsabilità del vettore per dolo o colpa grave non è principio di rango costituzionale, seppur principio generale conforme alla tradizione giuridica europea, previsto anche dalla Convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale di merci su strada (art. 29), resa esecutiva in Italia dalla l. 6.12.1960, n. 1621) e dal codice della navigazione (art. 952). Tuttavia, il limite risarcitorio, specialmente quando è dichiarato invalicabile anche in caso di dolo o colpa grave del vettore, deve essere compensato da idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento, come per es. nel trasporto ferroviario di cose, ove, in tali ipotesi, è previsto il raddoppio del massimale. Se il risarcimento è inadeguato, infatti, l'impresa utente si vede costretta ad assicurare a sua volta le merci, con conseguente elisione del beneficio del contenimento dei costi di trasporto cui è ispirata la previsione di massimali di risarcimento.

79 Con la ordinanza n. 272 del 4 giugno 1993, in *Arch. giur. circolazione*, 1993, p. 679 ss., sempre redatta da Luigi Mengoni, la Consulta ha negato l'incostituzionalità dell'art.1, comma 2, della l. 22.08.1985, n. 4, relativa al trasporto di merci su strada esenti dall'obbligo delle «tariffe a forcilla» per il fatto che non prevedesse un meccanismo automatico di aggiornamento del massimale, in quanto il Giudice avrebbe il potere di provvedere in via equitativa, caso per caso, a rivalutare il massimale in relazione agli indici annuali del sopravvenuto deprezzamento della moneta.

80 Si segnala anche la pronuncia della Consulta n. 387 del 21 novembre 2006, consultabile sul sito ufficiale della Corte Costituzionale, con la quale la Corte ha restituito gli atti alla Corte di Appello di Ancona rimettente, che aveva posto in dubbio la legittimità dell'art. 423 cod. nav. per contrasto con l'art. 3 della Cost. sul

Per approdare a tale conclusione la Corte ha osservato che, diversamente dal trasporto aereo e ferroviario, nei quali è prevista la decadenza dal beneficio in caso di dolo o colpa grave, e dal trasporto ferroviario, in cui, in tale ipotesi, il massimale raddoppia, nel trasporto marittimo il limite risarcitorio non trova deroghe, senza che vi siano ragioni sufficienti a giustificare la diversità di trattamento rispetto alle altre forme di trasporto, in contrasto, quindi, con l'art. 3 della Cost.

E' opportuno sottolineare che la Consulta sembra aver avallato la facoltà del legislatore di optare, in caso di dolo o colpa grave del vettore, in via alternativa, per l'inapplicabilità del limite risarcitorio oppure per il suo aumento. Il dolo e la colpa grave, dunque, non osterebbero alla forfetizzazione purché venga rispettato il principio di certezza ed adeguatezza del risarcimento. L'affermazione della Corte sul punto non va sopravvalutata in quanto essa non si è occupata espressamente della costituzionalità della disciplina del vettore ferroviario che, in caso di dolo o colpa grave del vettore, prevede il raddoppio del massimale, ma vi ha fatto un riferimento solo incidentale per motivare sul fatto che il principio espresso dall'art. 1229 cod. civ.

rilievo che, successivamente alla sentenza della stessa Corte 199/05, dovesse riesaminarsi la rilevanza della questione nel giudizio *a quo*.

trova riscontro in tutti i tipi di trasporto. Non bisogna inoltre trascurare il fatto che la sentenza *de qua* aveva ad oggetto il danno patrimoniale da perdita o avaria delle cose trasportate.

Anche con riguardo al trasporto di persone, la Consulta ha avuto modo di esaminare la costituzionalità di un sistema risarcitorio che adotti il metodo forfetario.

Con la sentenza n. 132 del 6 maggio 1985, essa ha vagliato la costituzionalità degli atti interni di recepimento dell'art. 22 della Convenzione di Varsavia del 1929, come emendata dal Protocollo dell'Aja del 1955⁸¹ – ora abrogata⁸² – relativa alla responsabilità del vettore aereo nel trasporto internazionale di persone, dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevedono un limite al risarcimento dovuto dal vettore aereo internazionale per i danni alla persona del passeggero⁸³.

La Corte, in primo luogo, ha affermato che la limitazione di responsabilità non è di per sé incompatibile con i principi

81 Ovvero l'art. 1 della l. 19.05.1932, n. 841 e l'art. 2 della l. 3.12.1962, n. 1832.

82 Dall'art. 24 del D.L. 25.06.2008, n. 112.

83 In *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 2451 ss. con nota di M. GRIGOLI, *Luci e ombre della sentenza della Corte Costituzionale sulla parziale illegittimità della legge di esecuzione della Convenzione di Varsavia e del Protocollo dell'Aja relativi al trasporto aereo internazionale*, in *Dir. Maritt.*, 1985, p. 751 ss., in *Dir. prat. Av. Civ.*, 1985, p. 370 ss. con nota di E. TURCO BULGHERINI, *Protezione delle vittime degli incidenti e diritti inviolabili della persona nel sistema costituzionale*, p. 371 ss.

costituzionali che tutelano la salute.

In un primo tempo, la Consulta ha mostrato minori ostilità verso la limitazione risarcitoria in questo ambito, sostenendo che la deroga al principio del risarcimento integrale del danno è conforme ai dettami della Carta fondamentale ogniquale volta essa trovi la propria giustificazione in un equilibrato componimento normativo degli interessi in gioco.

Nelle pronunce più recenti, invece, la Consulta, in ragione del mutato contesto sociale, giuridico e politico, ha constatato l'impossibilità di ammettere una deroga al principio di integrale riparazione del danno quando oggetto di tutela siano i diritti fondamentali della persona. Se agli inizi del XX secolo il limite risarcitorio rispondeva alla necessità politica di sostenere la nascente industria del trasporto, che, diversamente, avrebbe avuto difficoltà a giovare dell'assicurazione, ora non sarebbe più così, in ragione della imponente crescita del traffico aereo e del suo livello di sicurezza che hanno determinato una flessione dei costi assicurativi dovuta alla riduzione del rischio. A dire della Corte, la disciplina uniforme si sarebbe adeguata al mutato contesto storico-sociale, sostituendo alla responsabilità per colpa una responsabilità oggettiva limitata nel *quantum*, soggetta a

periodico aggiornamento. Essa ha, pertanto, censurato la normativa esaminata per contrasto con l'art. 2 della Costituzione, non riscontrando i requisiti di costituzionalità di cui si è detto.

La Convenzione di Varsavia del 1929, abrogata, è ora sostituita, in seguito alla modifica dell'art. 941 cod. nav. ad opera del D.Lgs. 9 maggio 2005 n. 96 e del D.Lgs. 15 marzo 2006, n. 151⁸⁴, dalla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, ratificata dall'Italia con l. 10 gennaio 2004, n. 12⁸⁵, la quale ha istituito un sistema "a doppio binario". Ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 e 21 della Convenzione, il vettore è oggettivamente responsabile del danno alla persona del passeggero entro il massimale dei 100.000 diritti speciali di prelievo. Il risarcimento, infatti, è dovuto sol che il passeggero provi che l'evento si sia prodotto a bordo dell'aeromobile o nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o sbarco ed è fatto espresso divieto al

84 L'art. 941 cod. nav. novellato stabilisce che il contratto di trasporto aereo di persone e bagagli, compresa la responsabilità del vettore per le lesioni al passeggero, è regolato dalle norme comunitarie e internazionali in vigore in Italia e, quindi, dalla Convenzione di Montreal citata nonché, in ambito europeo, dal Regolamento 2004/261/CE che, oltre al ritardo, prevede le ulteriori ipotesi della cancellazione, del negato imbarco e dell'*overbooking*. Su quest'ultimo provvedimento vd. M. CIMMINO, *Responsabilità del vettore aereo, esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali*, in *Giur. it.*, 2010, 2.

85 Per una disamina dei contenuti della Convenzione in chiave critica V. ZENO ZENCOVICH, *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, in *Dir. turismo*, 2006, 2, 118.

vettore di escludere e/o limitare tale responsabilità.

Per il danno eccedente tale soglia, relativamente al quale non opera la forfetizzazione, il vettore può, invece, utilmente fornire la prova liberatoria che il danno sia da ascrivere esclusivamente ad una condotta negligente, ad un atto illecito o ad un comportamento di terzi⁸⁶.

Nel 1989⁸⁷ la Corte ha tenuto a precisare la ragionevolezza di un diverso trattamento normativo del danno alla salute rispetto al danno al patrimonio. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della l. 26 marzo 1983, n. 84, che ha sostituito il Franco oro Poincaré, adottato dalla Convenzione di Varsavia del 1929 sul trasporto aereo internazionale, con i diritti speciali di prelievo del Fondo monetario internazionale, riducendo così di più di dieci volte gli importi risarcitori, ha dichiarato non fondata la questione, ritenendo non irragionevoli i nuovi limiti di responsabilità. Diversamente che in caso di danni alla persona, in caso di trasporto di merci i limiti risarcitori devono soddisfare soltanto il principio di ragionevolezza.

⁸⁶ D. CIARDO, *Responsabilità nel trasporto aereo. Mutamenti di equilibri fra passeggero e vettore*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2004, 3, p. 383 ss.

⁸⁷ Con la sentenza n. 323 del 6 giugno 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1771; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 22 con nota di S. ZUNARELLI, *Nota sul limite della responsabilità del vettore aereo introdotto con la legge n. 84 del 1983*.

La Corte ribadisce che l'incostituzionalità della disciplina è esclusa anche in ragione della previsione, come nel trasporto marittimo di cose, della possibilità per l'utente di giovare della dichiarazione di valore di cui all'art. 22 n. 2 della Convenzione di Varsavia.

In conclusione, la Corte Costituzionale ha elaborato i seguenti principi.

Il risarcimento del danno patrimoniale può essere forfettizzato *ex lege* con la previsione di massimali risarcitori, senza che ciò urti con i principi della Carta fondamentale purché rispetti alcune condizioni:

- a) che la scelta di politica legislativa di derogare al principio di integrale riparazione del danno sia giustificata da un equilibrato componimento normativo degli interessi in gioco (Corte Cost. 132/85);
- b) che l'ammontare del risarcimento soddisfi un canone di adeguatezza (Corte Cost. 401/87; 420/91) e di ragionevolezza (Corte Cost. 323/89), con la precisazione che la previsione della possibilità di derogare convenzionalmente al limite risarcitorio costituisce una clausola di salvezza dalle censure di

incostituzionalità (Corte Cost. 401/87; Corte Cost. 323/89)⁸⁸;

c) che, in caso di dolo o colpa grave del vettore o dei suoi ausiliari la forfetizzazione non operi (Corte Cost. 420/91; Corte Cost. 199/05).

In tema di danno non patrimoniale alla persona del passeggero, la Corte ritiene, invece, inderogabile il principio di integrale riparazione del danno. Un sistema forfetario con massimali è costituzionalmente legittimo, come si vedrà con riguardo alla giurisprudenza in tema di assicurazione r.c. auto, a condizione che sia operante nell'ambito del solo rapporto assicurativo, ma il danneggiato possa sempre chiedere ed ottenere l'integrale risarcimento del danno dal danneggiante-assicurato.

⁸⁸ Osserva G. VILLA, *La forfettizzazione legale del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Padova, Cedam, 2009, p. 116-117 che tale correttivo può operare solo con riguardo alla responsabilità da inadempimento contrattuale, non anche con riferimento a quella aquiliana in cui il danneggiante è ignoto fino al momento del danno.

1.4. La forfetizzazione del danno non patrimoniale contenuta nel Codice delle Assicurazioni Private.

La Corte Costituzionale, nella nota pronuncia n. 184/86⁸⁹ ha indicato le caratteristiche che un criterio di liquidazione del danno alla salute deve possedere per essere conforme al dettato costituzionale.

Da un lato, esso deve evitare di ristorare in maniera diversa lesioni analoghe, in quanto la salute è un bene giuridico che ha uguale valore per ogni uomo; d'altro canto, la lesione della salute non può essere riparata attraverso automatismi monetari che non tengano in debito conto le peculiarità del caso concreto, trattando allo stesso modo situazioni differenti.

In sintesi, occorre contemperare l'esigenza di un'uniformità pecuniaria di base con quella di elasticità e flessibilità⁹⁰.

Come noto, riconosciuto dal diritto vivente il danno biologico,

⁸⁹ Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss. con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute* e in *Giur. Cost.*, 1986, I, 2325.

⁹⁰ Testualmente: “la recente giurisprudenza di merito assume quale criterio liquidativo quello che risulti, da un lato, ad un'uniformità pecuniaria di base (lo stesso tipo di lesione non può essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto: è, infatti, la lesione in sé considerata che rileva, in quanto pregna del disvalore giuridico attribuito alla medesima da divieto primario ex art. 32 Cost. e 2043 c.c.) e, dall'altro lato, ad elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata menomazione sulle attività della vita quotidiana”, in *Foro it. cit.*, c. 2067.

ogni Tribunale ha adottato propri criteri liquidativi espressi in valori monetari nelle c.d. tabelle⁹¹, dando vita a quella che è stata efficacemente definita una giurisprudenza "per cantoni"⁹².

Dal che è parso ineluttabile un intervento del legislatore volto all'uniformità nazionale dei criteri adottati⁹³ e a contrastare il

91 Come noto, il metodo c.d. genovese pendeva a riferimento l'ultimo reddito nazionale medio ufficialmente noto e considerava la menomazione come se influisse negativamente sull'ammontare di una rendita vitalizia, capitalizzata secondo un criterio equitativo. Successivamente, lo stesso Tribunale di Genova sostituì il criterio del reddito nazionale medio con quello del triplo della pensione sociale, che prevedeva di moltiplicare il triplo della pensione sociale per il coefficiente di capitalizzazione relativo all'età per il valore percentuale di incidenza dei postumi. Il danno da invalidità biologica temporanea veniva determinato dividendo il triplo della pensione sociale per 365 e moltiplicandolo per il numero dei giorni di invalidità. Al metodo genovese si contrappose il c.d. metodo pisano. Il Tribunale di Pisa, analizzando i precedenti giurisprudenziali relativi alla liquidazione delle c.d. lesioni da micropermanenti, individuò la somma di denaro mediamente assegnata per ciascun punto di invalidità. Il danno da invalidità permanente venne dunque calcolato moltiplicando il valore del punto per il numero dei punti; quello da invalidità temporanea, invece, moltiplicando una somma stabilita in via equitativa per un giorno di invalidità per i giorni interessati. Era poi prevista la possibilità di aumentare o diminuire il valore a punto in considerazione delle peculiarità del caso concreto. Dal 1995 il Tribunale di Milano iniziò ad adottare il c.d. metodo milanese: ad ogni punto di invalidità era stato assegnato un valore monetario attraverso una funzione matematica che faceva aumentare il valore a punto in misura crescente rispetto all'aumentare dell'invalidità e decrescente rispetto all'età del danneggiato.

Tale metodo è diventato il più utilizzato, trovando tra i propri seguaci anche il Tribunale di Genova (sent. 28.09.1998, in *OGL*, 1999, I, p. 544). Per i metodi adottati dagli altri Tribunali cfr. M. SELLA, *La quantificazione dei danni da sinistri stradali*, Utet, 2005, p. 92 ss.

92 F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in *La valutazione del danno alla salute*, (a cura di) F.D. BUSNELLI e M. BARGAGNA, IV ed., Cedam, 2001, p. 4.

93 Aspre sul punto le parole di E. COLOMBINI, *Il risarcimento del danno nel codice delle assicurazioni*, in *Arch. Giur. Circ. e sin. Strad.*, n. 9/07, p. 882, il quale testualmente: "cifra fissa e determinata da noi sempre auspicata per mettere fine a

fenomeno del *forum shopping*.

Fino all'attuale Codice delle Assicurazioni Private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) che, peraltro, limita il proprio campo di applicazione alla c.d. infortunistica stradale⁹⁴, gli interventi legislativi sul tema, anch'essi settoriali, si erano autodefiniti provvisori e sperimentali, in attesa di un intervento organico sulla materia.

Infatti, il D.Lgs. 23.02.2000, n. 38⁹⁵, di riordino della normativa sull'INAIL, all'art. 13, aveva previsto una definizione "*in via sperimentale*" del danno biologico, ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, "*in attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento*".

Analogamente la c.d. legge sulle micropermanenti (l. 5 marzo 2001, n. 57)⁹⁶ nell'ambito della RCA obbligatoria per il risarcimento delle lesioni di lieve entità, ovvero fino al 9% di invalidità.

quella sarabanda di importi differenti da giudice a giudice che andava contro ogni principio di giustizia, trasformando per i danneggiati la liquidazione del risarcimento in una specie di indecorosa lotteria".

⁹⁴Il titolo X del D.Lgs. 209/05 è rubricato "*assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti*".

⁹⁵ Di attuazione dell'art. 55 lett. s) della l. 17.05.1999, n. 144.

⁹⁶ Testualmente, "*in attesa di una disciplina organica del danno biologico*".

Il Codice delle Assicurazioni private, benché, diversamente dalla normativa precedente, non si ponga in termini di precarietà⁹⁷, ha deluso le aspettative di quanti si attendevano una disciplina organica e generale del danno alla salute⁹⁸⁹⁹.

Infatti, con esso il legislatore ha inteso regolamentare il danno non patrimoniale causato dalla circolazione stradale dei veicoli e dei natanti, con un evidente intento di contenimento del risarcimento, il che ha sollevato l'interrogativo, risolto in maniera eterogenea dai diversi giudici di merito¹⁰⁰, circa l'utilizzabilità

97 La legge delega 29 luglio 2003, n. 223 indica tra le funzioni del Codice l'adeguamento della normativa nazionale alle fonti comunitarie ed internazionali nonché la tutela del danneggiato.

98 *Sarebbe* stata opportuna una disciplina organica del danno biologico di carattere generale secondo D. CHINDEMI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle assicurazioni: risarcimento o indennizzo*, in *Resp. civ. e previdenza*, n. 3/06, p. 550, il quale osserva che anche la definizione di danno biologico contenuta nel nuovo codice delle assicurazioni è valida, per espressa disposizione, "agli effetti delle tabelle". Occorre, però considerare che la giurisprudenza pare orientata a considerarla valida anche al di fuori dell'ambito dell'infortunistica stradale. In tal senso si vedano le Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 cit. che affermano che la definizione normativa adottata dal D.Lgs. 209/05, è suscettibile di essere adottata in via generale, anche in campi diversi da quelli propri delle *sedes materiae* in cui è stata dettata, avendo il legislatore recepito sul punto i risultati, ormai generalmente acquisiti e condivisi, di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

99 Occorre dare atto della scelta del T.U. in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81) di definire il bene giuridico leso, ovvero la salute, anziché il danno derivante dalla lesione. L'art. 2, punto 1, lettera o), descrive la salute come lo "*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o di infermità*". Anche in questo caso, il legislatore ha optato per un intervento settoriale, anziché organico.

100 Per una panoramica delle decisioni di merito che hanno applicato le tabelle

delle tabelle legislative anche per danni conseguenti ad illeciti di altro tipo (es. derivanti da responsabilità medica o da cose in custodia).

In altri termini, per salvare il sistema di responsabilità civile dalle censure di incostituzionalità, per contrasto con il principio di uguaglianza, alcuni giudici hanno ritenuto doveroso generalizzare l'applicazione delle tabelle legislative attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata che scongiurasse

legislative ad incidenti estranei alla circolazione stradale vd. F. BILOTTA, *Il risarcimento del danno alla persona nei sinistri stradali*, p. 18 nt. 34, in www.personaedanno.it e in *La regolazione assicurativa. Dal Codice delle assicurazioni ai primi Regolamenti di attuazione*, (a cura di) P. MARANO e M. SIRI, collana Quaderni del CESIFIN, Giappichelli, Torino, 2009, che riporta alcune pronunce inedite del Tribunale di Monza (15 gennaio 2007 G.U. Fantin, 25 gennaio 2007 e 4 gennaio 2008 G.U. Giani e 3 maggio 2008, G.U. Fantin e del Tribunale di Pavia (2 luglio 2008, G.U. Frangipani). Per l'inapplicabilità della tabella di cui alla l. 57/01 al di fuori dell'infortunistica stradale Trib. Novara 9 giugno 2009, in www.novaraius.it, 2009. Cfr, inoltre, Tribunale di Nola, sez. II, 26 luglio 2010, in banca dati Le leggi d'Italia, che, in tema di danni da c.d. *malapractice* medica così motiva: "*Quanto ai criteri di liquidazione, questo Giudice, al fine di assicurare uniformità di orientamenti nel risarcimento del danno non patrimoniale, segue per quanto riguarda le lesioni c.d. micro permanenti i criteri di liquidazione previsti dall'art. 139, co. I, lett. b), del D.Lgs. n. 209/2005 e dall'ultimo Decreto del Ministero dello sviluppo economico 27 maggio 2010 di aggiornamento degli importi dei danni di lieve entità alla persona. Tale regolamentazione normativa, espressamente dettata per consentire la quantificazione dei danni per lesione dell'integrità psico - fisica conseguenti ad incidenti stradali, è difatti idonea a consentire la liquidazione in via equitativa anche in caso di danni derivanti da altra tipologia di sinistri: non si ravvisano invero motivi per non utilizzare tali parametri normativi quale criterio di liquidazione equitativa per preferire, invece, un criterio (parimenti equitativo) di mera elaborazione giurisprudenziale quale quello delle c.d. tabelle*". Analogamente, Tribunale di Nola, II sez., 10 maggio 2010, in banca dati *De Jure*.

l'effetto (incostituzionale) che danni analoghi venissero riparati attraverso equivalenti pecuniari spesso notevolmente diversi, in ragione della differente causa genetica del danno.

I riflessi pratici non sono di poco conto in quanto la liquidazione effettuata secondo le Tabelle adottate dai singoli Tribunali, tuttora vigenti per i danni non patrimoniali che esulano dall'infortunistica stradale, diverge spesso anche notevolmente dalla liquidazione operata seguendo le tabelle legislative¹⁰¹ generalmente in senso più favorevole per il danneggiato.

Come si dirà più oltre, è opportuno che le tabelle legislative siano applicate solo e soltanto nell'ambito del rapporto danneggiato – assicuratore e non anche quando il danneggiato intende esperire un'azione diretta contro il danneggiante. Per le ragioni di cui si dirà in seguito, il meccanismo indennitario si giustifica solo nell'ambito del sistema assicurativo.

Una dottrina¹⁰² ritiene che il Codice delle Assicurazioni non garantisca il risarcimento integrale del danno alla salute attribuendo al punto di invalidità un valore monetario inadeguato,

¹⁰¹ La giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che il Giudice non sia vincolato all'utilizzo delle tabelle in uso presso il proprio Tribunale potendo scegliere anche di applicare le tabelle di altro Tribunale che ritenga più consone, con valutazione che dovrebbe essere oggetto di apposita motivazione.

¹⁰² Così D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 560.

in quanto inferiore a quello desumibile dai precedenti giudiziari e che può ritenersi socialmente affermato.

Un altro profilo di sospetta incostituzionalità è ravvisato nel fatto che la componente immateriale è riparabile con un limite sia qualitativo che quantitativo. L'art. 138 lettera a) del Codice delle Assicurazioni private detta una definizione di danno biologico che congloba anche "*aspetti dinamico-relazionali*" che possono scaturire da una lesione all'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico – legale¹⁰³.

I pregiudizi non biologici del danno non patrimoniale, qualora si ritenessero assorbiti dalla definizione di danno biologico testé richiamata, presupporrebbero necessariamente una lesione psico-fisica¹⁰⁴.

Come osservato da una dottrina¹⁰⁵, pregiudizi materiali ed

¹⁰³ Ritiene vincolante la definizione di danno biologico contenuta negli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private Cass. civ., III, 18 febbraio 2010, n. 3906, in *Ced Cassazione*, 2010.

¹⁰⁴ Secondo Tribunale di Milano, sez. X, 9.12.2009, n. 14720, in *Giustizia a Milano*, 2009, 12, 83 "*le tabelle di liquidazione del danno biologico elaborate dal legislatore per le micropermanenti erano finalizzate, così come emerge dal tenore letterale degli artt. 138 e 139 c. assicur. alla liquidazione del danno biologico come pregiudizio di carattere meramente fisico che potesse essere oggetto di valutazione medica e sono pertanto inidonee a risarcire l'intero pregiudizio subito dal danneggiato, così come riconosciuto da Cass, Sez. Unite 26972/08*".

¹⁰⁵ D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 566.

immateriali sono due voci ontologicamente distinte¹⁰⁶.

Non pare che la sentenza delle S.U. del 2008, che ha optato per il rifiuto di un sistema tripartito di risarcimento del danno non patrimoniale, abbia negato la rilevanza giuridica dei profili immateriali del danno, subordinando la loro risarcibilità alla sussistenza del c.d. danno biologico in senso stretto.

La componente "dinamico-relazionale" è riparabile con un limite sia qualitativo, come si è detto, che quantitativo. Con riguardo a quest'ultimo profilo, si osserva che il Codice disciplina separatamente, rispettivamente agli artt. 138 e 139, il risarcimento del danno biologico per le lesioni di non lieve entità (c.d. macropermanenti) da quello per lesioni di lieve entità (c.d. micropermanenti). Il valore monetario del punto di invalidità cresce con l'aumento della lesione invalidante medicalmente accertata e decresce con l'aumentare dell'età del soggetto danneggiato¹⁰⁷. Il fatto che con il crescere dell'età del danneggiato il risarcimento diminuisca, se trova una giustificazione nel rilievo che una lesione subita in giovane età

¹⁰⁶ Vi è chi, invece, ha letto nella definizione legislativa il definitivo consacramento del danno biologico come danno conseguenza. Così E. COLOMBINI, *op. cit.*, p. 882.

¹⁰⁷ Il valore monetario del punto delle micropermanenti è più contenuto di quello delle lesioni di non lieve entità.

costringe il danneggiato a convivere con il deficit per un maggior numero di anni, non è sempre sostenibile sul piano dinamico – relazionale, perché spesso un soggetto anziano ha una minore capacità di adattamento alla menomazione, che gli crea più pesanti disagi nella vita quotidiana. Tali considerazioni potranno esser fatte valere solo in sede di personalizzazione del risarcimento.

Qualora la menomazione così accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali, in caso di macropermanenti, il Giudice può aumentare l'ammontare del risarcimento sino al 30%, “*con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato*”; in caso di micropermanenti, il Giudice può aumentare il risarcimento fino al 20% in considerazione delle “*condizioni soggettive del danneggiato*”.

I pregiudizi “*dinamico – relazionali*” consentono dunque un aumento del *quantum* risarcibile percentualmente limitato nel massimo e solo in quanto conseguenza di un danno biologico medicalmente accertato.

Tale metodo di liquidazione è quindi inidoneo ad essere utilizzato in tutti quei casi in cui il danno non patrimoniale non consti di una

lesione all'integrità fisica medicalmente accertabile.

Come noto, infatti, la categoria del danno esistenziale è nata per rispondere all'esigenza di riconoscere tutela risarcitoria agli effetti negativi di un illecito, contrattuale o extracontrattuale, in mancanza di una lesione psicofisica o di un fatto penalmente rilevante.

Il concetto di danno esistenziale è servito per affermare la risarcibilità di una serie di compromissioni alla vita di una persona, derivanti dalla lesione di diritti della personalità, anche diversi dal diritto alla salute¹⁰⁸.

Il Codice non ha accolto la proposta di predisporre un sistema tabellare anche per la liquidazione dei pregiudizi di natura non biologica¹⁰⁹, basato sulla attribuzione di un valore economico alla compromissione delle attività realizzatrici della persona umana, suddivise per classi. Criterio che non aveva lasciato indifferente la giurisprudenza, che si era cimentata nel perfezionamento del

108 Cfr. sul punto M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Giuffrè, 2004, p. 471, il quale, a pag. 455 ss. effettua una rassegna del danno non patrimoniale riconosciuto indipendentemente dalla lesione dell'integrità psicofisica o dalla commissione di reato.

109 P. ZIVIZ, *La valutazione del danno esistenziale*, in (a cura di) P. CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001, p. 2786 ss.e, della stessa autrice, *La valutazione del danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 404 ss.

medesimo¹¹⁰.

E' evidente, dunque, che il legislatore del Codice delle Assicurazioni private ha scientemente voluto derogare al principio di integrale risarcimento del danno alla salute, affermato costantemente dalla giurisprudenza, anche costituzionale¹¹¹, nonché nei testi che cercano di fissare principi condivisi negli ordinamenti europei¹¹².

Sotto due principali profili, quindi, il criterio liquidativo legale presta il fianco a sospetti di incostituzionalità¹¹³: con riguardo al principio di uguaglianza e con riferimento al principio di adeguatezza del ristoro.

110 Trib. Montepulciano 9 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2008, p. 3 ss. con nt. E. PASQUINELLI, *Mobbing e danno esistenziale*; Corte di Appello di Perugia 28 ottobre 2004, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2005, p. 737.

111 La dottrina evidenzia che una nozione "globalizzante" di danno biologico, comprensivo dei profili morali ed esistenziali, comporta l'inconveniente di precludere un controllo sui criteri di quantificazione del danno, celando l'esistenza di over o undercompensation, in violazione del principio della riparazione integrale del danno e della funzione compensativa della responsabilità civile. Cfr. sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, fasc. 1/09, p. 43.

112 G. VILLA, *op. cit.*, p. 117-118

113 Sul punto giova ricordare che, con ordinanza del 2003, il Giudice di Pace di Roma aveva giudicato non manifestamente infondata la questione di costituzionalità, con riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 41 della Cost., dell'art. 5, comma 4, della l. 5 marzo 2001 n. 57 sulle micropermanenti, nel testo originario, nella parte in cui non consentiva di personalizzare il risarcimento del danno biologico, rispetto ai valori fissati dalla legge, in misura superiore a 1/5. La questione, ancora riformulata sulla base della nuova disciplina non è stata ancora risolta dalla Consulta.

Secondo la Consulta il diritto alla salute deve ricevere piena tutela¹¹⁴.

Con riguardo a questo specifico aspetto, essa¹¹⁵, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina dell'indennizzo diretto¹¹⁶, ha implicitamente salvato il sistema tabellare dai sospetti di incostituzionalità. Precisamente, a dire della stessa, il danneggiato non ha l'obbligo di utilizzare il sistema dell'indennizzo diretto, ma soltanto la facoltà.

Il legislatore, infatti, avrebbe introdotto tale strumento per consentire un rimedio ulteriore al danneggiato, il quale può avere

114 Corte Cost. n. 184/86 *cit.*

115 Corte Cost. 19.06.2009, n. 180, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 9, 1761 con nt. di BONA M., *La procedura di risarcimento diretto è soltanto un "ulteriore rimedio": una soluzione conforme al diritto comunitario*, secondo la quale: "il danneggiato "può" ma non "deve" esperire quell'azione. Sulla base del significato proprio delle parole, secondo la loro commissione (art. 12 disp. l. in gen.), l'azione diretta contro il proprio assicuratore è configurabile come una facoltà, e quindi un'alternativa all'azione tradizionale per far valere la responsabilità dell'autore del danno". La questione di legittimità costituzionale decisa da detta sentenza è stata promossa da Giudice di Pace di Palermo, ord. 20 marzo 2008, in G.U., prima serie speciale, n. 41 del 2008. Aveva già indicato come meramente facoltativa l'azione ex art. 149 Cod. Ass. Priv., Corte Cost. (ord.), 23.12.2008, n. 441, in *Giur. cost.*, 2008, p. 5019 e in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 556 con nt. D. POLETTI, *La non obbligatorietà del risarcimento "diretto": la nuova procedura già al capolinea?*".

116 L'art. 149 del D.Lgs. 209/05 prevede che, in ipotesi di sinistro tra due veicoli a motore identificati e assicurati per la r.c. auto, dal quale siano derivati danni ai veicoli coinvolti o ai loro conducenti, i danneggiati debbano rivolgere la propria richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato. Tale sistema, c.d. indennizzo diretto, si applica solo per danni al veicolo, alle cose trasportate dell'assicurato e del conducente, e al danno alla persona del conducente non responsabile i cui postumi siano contenuti nel 9%.

interesse, a fronte di una compressione del suo diritto al risarcimento integrale del danno, a godere di agevolazioni processuali¹¹⁷ che gli consentano di ottenere giustizia più facilmente e più in fretta. Il danneggiato conserverebbe però la facoltà di esercitare l'azione ordinaria di responsabilità contro il danneggiante, che, a fronte della possibilità di consentire il ristoro integrale dei pregiudizi subiti, potrebbe però risultare più lenta e rischiosa.

Il sistema, così concepito, si presenta "a doppio binario" come quello già esaminato a proposito del trasporto.

Il contenimento della liquidazione del danno entro limiti prestabiliti non deve precludere al danneggiato, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge, di agire direttamente contro il danneggiante per ottenere il c.d. danno differenziale.

Se però si ha riguardo alla concreta applicazione giurisprudenziale delle tabelle legislative, ci si accorge che i giudici sono soliti applicare le tabelle legislative

117 Vd. Giudice di Pace di Bari, 13.05.2009, n. 3681, in *giurisprudenzabarese.it*, 2009 e in bancadati *De Jure*, che spiega che nella procedura di indennizzo diretto è escluso dal giudizio il responsabile civile perché la presenza in giudizio del danneggiante vanificherebbe l'intenzione del legislatore di semplificare il quadro normativo vigente e allungherebbe la durata dei processi.

indifferentemente dal tipo di azione intrapresa dal danneggiato, sia questa intentata contro l'assicurazione o contro il danneggiante.

Se le Corti sono propense a distaccarsi dagli importi tabellari con riguardo alla componente non materiale del danno¹¹⁸, sembrano però ritenere vincolanti gli importi stabiliti dal legislatore per la liquidazione delle lesioni psico-fisiche in senso stretto¹¹⁹.

118 Cfr. Tribunale di Milano, 6.12.2009, n. 14720, in *Giustizia a Milano*, 2009, 12, 83 cit., secondo cui "le tabelle di liquidazione del danno biologico elaborate dal legislatore per le micropermanenti erano finalizzate, così come emerge dal tenore letterale degli artt. 138 e 139 Cod. Ass. alla liquidazione del danno biologico come pregiudizio di carattere meramente fisico che potesse essere oggetto di valutazione medica e sono pertanto inidonee a risarcire l'intero pregiudizio subito dal danneggiato, così come riconosciuto da Cass. S.U. 26972/08".

119 Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Torino, sez. IV, 17.03.2009, in bancadati *De Jure*: il danneggiato, a seguito di sinistro stradale, conviene in giudizio il responsabile esclusivo dell'incidente, unitamente alla compagnia assicuratrice di quest'ultimo. Il Giudice, stabilito il danno biologico permanente in misura del 9%, liquida il medesimo con riferimento all'art. 139 D.Lgs. 209/05 e al D.M. 24.06.2008 all'epoca applicabile. Non vi è sul punto una motivazione, ma l'applicazione è effettuata automaticamente ("Danno biologico da invalidità permanente. Poiché l'entità del danno biologico è stata determinata dal CTU in misura non superiore al 9%, e il pregiudizio trova causa in un sinistro stradale verificatosi dopo l'entrata in vigore della l. 57/2001, i danni permanenti all'integrità psicofisica della persona devono essere liquidati sulla base dei criteri di cui all'art. 139 C.d.A. (aggiornati da ultimo con DM del 24.6.08)". Più articolato il discorso che il giudice fa sul danno morale, in quanto detto pregiudizio deve essere risarcito separatamente dal danno biologico: "Alla luce di tali considerazioni si ritiene che, anche nel caso di lesioni micropermanenti, possa (non già debba) esistere un pregiudizio "da sofferenza", non incluso nella liquidazione effettuata mediate i criteri dettati dall'art. 139 Cod. Ass. Tale pregiudizio consiste nel patimento interiore (temporaneo o no) causato dall'illecito: sia per il turbamento e per i disagi che esso ha in concreto comportato, sia per le privazioni cui ha costretto la vittima". Nella medesima direzione, Tribunale di Reggio Emilia, 19.04.2001, in *Arch. giur. circ. e sinistri*, 2002, p. 310 ss.; Tribunale di Milano

Da quanto detto si possono trarre alcune conclusioni:

- il sistema indennitario è costituzionalmente legittimo se utilizzato unicamente nell'ambito del sistema assicurativo (la certezza compensa il contenimento del ristoro), ovvero nei rapporti tra danneggiato ed assicurazione, ma non deve precludere al danneggiato la possibilità di agire con il danneggiante per ottenere il ristoro dei danni esclusi da copertura assicurativa;
- riconosciuto che il carattere indennitario delle tabelle legislative si giustifica solo nell'ambito di operatività del meccanismo assicurativo, pare opportuno che le stesse ricevano applicazione rigorosamente solo in quest'ambito¹²⁰. L'equivalenza che le stesse stabiliscono tra il pregiudizio psico-fisico e la liquidazione monetaria è indennitaria e, come tale, non vincolante

20.09.2001; Tribunale di Bari, III sez. civ., 23.02.2010 n. 645 ("*Nella quantificazione, attenendosi alla prassi dell'ufficio si ritiene di dovere parametrare il danno ai criteri fissati, in epoca prossima al sinistro, dalla I. n. 57/2001, oggi sostituita dal nuovo codice delle assicurazioni. Detta normativa per una lesione del 7% subita da persona di quaranta anni di età la legge citata prevedeva una liquidazione pari ad euro 7006,25. Il danno subito, per la metà non imputabile alla stessa vittima appare, pertanto, interamente coperto dagli importi corrisposti dall'Inail sicché non vi è diritto ad alcuna liquidazione residua. Nulla, infine, può riconoscersi a titolo di ulteriore danno non patrimoniale, non essendovi né specifica allegazione né prova alcuna del medesimo. Per altro la lieve entità delle lesioni subite induce ad escluderne la esistenza*"); cfr. anche Tribunale di Tivoli, 17.02.2010, n. 263, tutte pubblicate in *bancadati De Jure*.

¹²⁰ Cfr. Trib. Firenze 19 dicembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 3, 1, c. 916.

per il Giudice quando deve stabilire l'entità del risarcimento dovuto dal danneggiante al danneggiato;

– la circostanza che la forfetizzazione legale operi soltanto con riguardo al settore della circolazione stradale non sembra, così intesa, idonea a violare il principio di uguaglianza.

La forfetizzazione, con riguardo al danno non patrimoniale, consente il rispetto del principio di uguaglianza formale ed ha l'indubbio pregio di agevolare la composizione stragiudiziale delle liti in un settore così congestionato come quello dell'infortunistica stradale e di consentire la previsione dei costi degli incidenti necessaria al funzionamento del sistema assicurativo.

Di contro, essa deve rispettare i principi costituzionali dell'adeguatezza e certezza del risarcimento, il che porta a concludere che un sistema di risarcimento tabellare, rigido verso l'alto, sia illegittimo se non consenta di optare per l'integrale risarcimento del danno, seppur a condizioni processuali più onerose.

1.5. La forfetizzazione del danno in caso di licenziamento ingiustificato.

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/70) prevede che, con la sentenza che dichiara inefficace, annullabile o nullo il licenziamento, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di *"un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto"*.

La giurisprudenza intende l'obbligo di pagamento delle cinque mensilità come una presunzione legale assoluta di danno minimo¹²¹, che non consente al datore di lavoro di utilmente provare l'inferiorità o addirittura l'inesistenza del danno effettivo o la mancanza di colpa del datore di lavoro, avente la sua radice

¹²¹ Cass. civ. 1.07.2004, n. 12102, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2004, p. 621; Cass. civ. 28.04.1995, n. 4743, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, p. 422 ss. con nt. E. BOGHETIC, *Il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 1 l. n. 108/90: la Cassazione opta per la tesi risarcitoria*; Cass. civ. 11.04.2004, n. 11152 che precisa che la penale non si cumula con l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

nel rischio d'impresa¹²².

Sulla *ratio* della norma si è interrogata anche la Consulta¹²³, chiamata più di una volta a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 nella parte in cui prevede la penale delle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

Con la nota pronuncia n. 178 del 18 giugno 1975¹²⁴, essa ha escluso la contrarietà della disposizione agli artt. 3 e 24 della Cost., in quanto la predeterminazione di un danno minimo, per essere configurato in misura realistica, costituisce legittimo esercizio della discrezionalità legislativa.

Argomentazione che è stata integralmente ripresa da Corte Costituzionale n. 420 del 23 dicembre 1998. Ad avviso del pretore di Modica rimettente¹²⁵, l'art. 18 Stat. lav. porrebbe a carico del datore di lavoro una sorta di responsabilità oggettiva del tutto ingiustificata, senza dare al datore di lavoro la

122 Sul punto vedi oltre.

123 Corte Cost. 23.12.1998, n. 420, in *Guida al dir.*, 1999, p. 92 ss. con commento di G. GRAMICCIA, *La responsabilità oggettiva del datore di lavoro trova giustificazione nel rischio d'impresa*.

124 In *Orientamenti Giur. Lav.*, 1975, p. 757; in *Riv. Dir. Lav.*, 1975, II, p. 361; in *Giust. civ.*, 1975, III, p. 402; in *Giur. It.*, 1976, I, 1, p. 22; in *Mass. Giur. Lav.*, 1975, p. 298; in *Giur. Cost.*, 1975, p. 1476; in *Foro It.*, 1975, p. 1590; in *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 1975, II, p. 642.

125 L'ordinanza del Pretore di Modica, sez. distaccata di Scicli, del 20.02.1998 è pubblicata in *Notiziario giur. lav.*, 1998, p. 339 ss.

possibilità di dimostrare l'assenza dell'obbligo risarcitorio in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost¹²⁶. La Corte ha rigettato ancora una volta le censure di illegittimità dell'art. 18, richiamando la citata pronuncia del 1975, aggiungendo la considerazione che il datore di lavoro, nel momento in cui opta per l'immediato licenziamento del dipendente, anziché chiedere la risoluzione giudiziale per sopravvenuta impossibilità della prestazione, agisce a suo rischio perché non può ignorare la controvertibilità dell'esito della procedura dell'art. 5 dello Statuto, sicché tale penale avrebbe la propria radice nel rischio d'impresa¹²⁷.

Il riferimento al rischio d'impresa, in prima battuta, sembra

126 Nel caso concreto, il datore di lavoro avrebbe dovuto essere condannato al pagamento alle cinque mensilità di retribuzione globale di fatto, in seguito ad una perizia medica effettuata ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, attestante la sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore a svolgere l'attività lavorativa, per aver egli provveduto al licenziamento, risultato poi ingiustificato alla luce di una nuova perizia disposta dal Pretore di Modica. Quest'ultimo, in particolare, aveva osservato che il datore di lavoro non avrebbe potuto omettere di esercitare il potere di recesso, perché si sarebbe, in tal caso, reso civilmente e penalmente responsabile dei danni causati dalla prosecuzione dell'attività lavorativa.

127 Il richiamo al rischio d'impresa è stato effettuato dalla Consulta anche in relazione a fattispecie diverse: cfr. Corte Cost., 12.02.1996, n. 30, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 915; Corte Cost. 19.01.1993, n. 7.

La misura minima di cinque mensilità è “una sorta di penale avente la sua radice nel rischio d'impresa” anche per Cass. civ. 21.09.1998, n. 9464, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 137 ss. con nt. A. RONDO, *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta, errore incolpevole del datore di lavoro e risarcimento dei danni ex art. 18 St. lav.*, il quale individua nella penale una funzione in senso lato assistenziale.

ultroneo¹²⁸, ma, invece, serve alla Corte per concludere che la penale opera indipendentemente dalla colpa del datore del datore di lavoro nell'esercizio del potere di recesso¹²⁹, oltre che in deroga alle regole di quantificazione del danno. Per ottenere il risarcimento del maggior danno, invece, torna ad essere essenziale la prova della colpa datoriale¹³⁰.

A dire della Corte, il legislatore con tale penale avrebbe operato un non irragionevole bilanciamento di interessi in quanto essa rappresenterebbe il corrispettivo del potere privato di recesso del datore di lavoro, a fronte del quale il lavoratore si trova in una posizione di soggezione.

Forse più che una penale, la disposizione in esame, così intesa,

128 Ritiene inutile il riferimento al rischio d'impresa per giustificare le conclusioni cui giunge la Consulta G. MARTINUCCI, *Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno: il datore è «oggettivamente» responsabile*, in *Lav. nella giur.*, 1999, 3, p. 240 ss.

129 Il rischio d'impresa viene dunque invocato come criterio di imputazione della responsabilità che esclude la rilevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito.

130 Dello stesso avviso anche Cass. civ., 11.05.2000, n. 6042, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2000, p. 764. Critico nei confronti dell'utilizzo di un diverso criterio di imputazione della responsabilità con riguardo alla penale S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali – Quaderni del diritto del lavoro e delle Relazioni Industriali*, (collana diretta da) F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, Utet, 2002, pp. 52 – 53. Della stessa opinione, anche G. SIGILLO' MASSARA, *Il risarcimento del danno da fatto illecito (o dovuto)*, in *Dir. Lav.*, 1998, II, p. 480 e P. AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2003, 1, p. 302 ss.

svolge una funzione analoga a quella di una multa penitenziale prevista *ex lege*.

Si tiene a precisare che il meccanismo risarcitorio non preclude al lavoratore la prova dei danni ulteriori¹³¹ causalmente riconducibili al licenziamento illegittimo.

Parte della giurisprudenza attribuisce alla penale delle cinque mensilità la funzione di riparare in via forfetaria i pregiudizi non patrimoniali che ogni licenziamento ingiustificato porta inevitabilmente con sé¹³², ravvisando nella norma una finalità afflittiva e sanzionatoria¹³³.

Si è anche osservato che cinque mesi sono un tempo ragionevole a che la vertenza possa definirsi o, quantomeno, il lavoratore

131 Sono danni ulteriori, oltre ai danni non patrimoniali (danno biologico, danno all'immagine, danno da licenziamento ingiurioso), per es. il danno da sfratto per morosità, le spese di trasloco, gli interessi sui prestiti. Per una rassegna delle ipotesi esaminate dalla giurisprudenza cfr. *Diritto del Lavoro - Commentario* diretto da F. CARINCI, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, (a cura di) M. MISCIONE, Utet, 1998, p. 255 e M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo - lavoro pubblico e privato*, Cedam, 2006, p. 68.

132 Cass. civ., 12.10.1993, n. 10085, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, p. 1040; Cass. civ., 12.10.1993, n. 1085, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, p. 667; Cass. civ., 3.06.1994, n. 5401, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 666 e in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 190; Cass. civ., S.U., 23.04.1987, n. 3957, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 477; Cass. civ., 18.07.1983, n. 4958, in *Mass. Giur. Lav.*, 1983, p. 364. Sulla duplice finalità, recuperatoria e sanzionatoria della norma vd. Pretura di Desio, 18.04.1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 1059.

133 Cfr. Cass. civ., 28.04.1995, n. 4743, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, fasc. 6; in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, p. 422 con nota di E. BOGHETIC *cit.*; Corte di Appello di Milano, sez. lav., 13.01.2009, n. 51, in *Giust. a Milano*, 2009, 1, p. 3.

trovi altra occupazione¹³⁴. Secondo tale dottrina¹³⁵, l'intenzione del legislatore era quella di contenere le pretese risarcitorie del lavoratore nelle cinque mensilità, secondo un criterio che la prassi aveva spontaneamente accettato come giusto ed equo, salva la prova del maggior danno secondo le regole ordinarie. Invece, la giurisprudenza ha interpretato l'art. 18 Stat. Lav. nel senso di attribuire al lavoratore ingiustamente licenziato tutte le retribuzioni perdute¹³⁶, salva la prova non sempre agevole da parte del datore di lavoro, dell'*aliunde perceptum*.

Una dottrina ha anche evidenziato come la forfetizzazione può fungere da parametro giudiziale per valutare la perdita attesa necessaria a legittimare il giustificato motivo di licenziamento¹³⁷.

E' fuor di dubbio che la forfetizzazione sia particolarmente utile in termini di prevedibilità dei danni. Il datore di lavoro è così agevolato nel calcolo del rischio, e può provvedere, se del caso,

134 R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art. 18 della l. 300/70 (a proposito i due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, p. 341 ss.

135 R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 346-347.

136 Il parametro legislativo che commisura il risarcimento alle retribuzioni globali di fatto dal licenziamento alla reintegra che dovrebbe costituire una presunzione semplice di danno, a causa delle difficoltà di prova dell'*aliunde perceptum*, trova, di fatto, applicazione pressoché automatica, salvo il caso in cui il datore di lavoro riesca a dimostrare la sua mancanza di colpa nella intimazione del licenziamento.

137 Così P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro – Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 549.

ai necessari accantonamenti in bilancio.

La forfetizzazione era stata precedentemente introdotta nell'area della tutela obbligatoria, dopo un periodo di sperimentazione nella contrattazione collettiva¹³⁸.

L'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604¹³⁹, come modificato dalla l. 108/90¹⁴⁰ applicabile nell'area della c.d. tutela obbligatoria¹⁴¹ dispone che il datore di lavoro che, a seguito di sentenza che accerti che il licenziamento è stato irrogato in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, se non riassume il lavoratore entro

138 Spiega D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (Legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Unione tipografico-editrice torinese, 1966, p. 74 ss. che la soluzione accolta dal legislatore del 1966 ha, in sostanza, ricalcate le orme degli accordi interconfederali 18 ottobre 1950 (D.P.R. 14 luglio 1960, n. 1011 e 29 aprile 1965 sui licenziamenti individuali.

139 La legge era stata preceduta dalla Raccomandazione n. 119 adottata dalla Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro del giugno 1963, che fissava il principio che nessun licenziamento potesse essere intimato per motivi diversi da quelli individuabili nell'attitudine o nel comportamento del lavoratore o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa.

140 La l. 108/90 ha modificato l'estensione dell'area della tutela obbligatoria e ha apportato modifiche quantitative all'ammontare dell'indennità sostitutiva della riassunzione, introducendo quali ulteriori criteri, non presenti nella formulazione originaria, il numero dei lavoratori occupati e le condizioni delle parti. Inoltre, l'indennità risarcitoria viene computata, successivamente alla novella, con riferimento all'«ultima retribuzione globale di fatto» anziché con riguardo alla mensilità «presa a base della determinazione dell'indennità di anzianità». Cfr. sul punto O. MAZZOTTA, *I fondamenti della disciplina protettiva - la tutela obbligatoria - i licenziamenti collettivi*, II volume, Milano, Giuffrè, 2005, p. 213 ss.

141 Si parla di tutela obbligatoria con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 8 della l. 604/66 che si colloca in posizione mediana tra l'area della libera recedibilità e quella assistita dalla tutela reale di cui all'art. 18 Stat. lav.

3 giorni¹⁴², deve risarcirgli il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto "*avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento ed alle condizioni delle parti*". Indennità che può arrivare fino a 10 o a 14 mensilità per il lavoratore con un'anzianità di servizio superiore rispettivamente ai 10 o ai 20 anni, se però il datore di lavoro occupa più di 15 dipendenti.

Giova rilevare che tra i criteri per la determinazione della misura dell'indennità nel caso concreto non vi è un diretto riferimento al danno effettivo subito dal lavoratore. Il riferimento maggiormente improntato alla corrispondenza al danno è il parametro retributivo.

Tale circostanza era nota già in fase di discussione parlamentare. Nella Relazione delle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro del Senato della Repubblica si riportano le principali critiche mosse all'art. 8 e, precisamente, che "*il fatto che il «risarcimento» sia determinato avendosi riguardo alle dimensioni dell'impresa,*

142 Circa le diverse tesi in ordine a chi compete e quando il potere di scelta tra riassunzione e risarcimento del danno cfr. O. MAZZOTTA, *I fondamenti della disciplina protettiva cit.*, p. 207 ss.

all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, e al comportamento delle parti (tutti elementi estranei al concetto di danno) convince che le parole «risarcire il danno» non modificano il carattere di penalità che il legislatore intende attribuire al versamento prescritto, al fine di porre remore ai licenziamenti ingiustificati”¹⁴³.

La penale legale dovrebbe svolgere, dunque, una funzione di deterrenza dai licenziamenti ingiustificati¹⁴⁴. In realtà, che la sanzione fosse una soluzione di compromesso, tesa a contenere i costi del licenziamento ingiustificato nelle imprese con meno di 35 dipendenti¹⁴⁵, era evidente a tutti¹⁴⁶, anche perché veniva, di

143 Queste le parole del senatore relatore Fenoaltea, la cui relazione è riportata in D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 178 ss. Cfr. in particolare p. 193.

144 La dottrina e la giurisprudenza che cercavano di porre freni al potere insindacabile di licenziare del datore di lavoro ha inizialmente utilizzato allo scopo la nozione di abuso del diritto. Cfr. sul punto D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 19 e p. 149.

145 L'esclusione dal campo di applicazione della legge delle imprese che occupavano fino a 35 dipendenti, criterio già seguito nell'accordo interconfederale del 29 aprile 1965, veniva giustificata con la considerazione che nelle piccole aziende ricorre un legame particolarmente stretto e fiduciario tra le due parti del rapporto che sconsiglia lo stesso trattamento legislativo di imprese di più grandi dimensioni nelle quali c'è una spersonalizzazione del rapporto. Cfr. D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 126.

146 Cfr. D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 75 in cui scrive “*non può dubitarsi che il sacrificio economico imposto al datore di lavoro non è affatto equivalente al concreto danno economico e morale subito dal lavoratore, licenziato senza alcuna valida giustificazione, di vedersi privato del posto di lavoro ed esposto al pericolo di un lungo periodo di disoccupazione*”. Nella Relazione di maggioranza al disegno di legge, si richiama, per avallare la costituzionalità della scelta legislativa di consentire che sia comunque il datore di lavoro a decidere se riassumere il lavoratore o mantener ferma la volontà di recesso, la sentenza n. 7 del 24 gennaio 1958 della Corte

fatto, prevista una deroga alle conseguenze naturali della declaratoria di nullità del licenziamento.

Inoltre, il tenore letterale della disposizione faceva pensare che il lavoratore non potesse chiedere l'eventuale maggior danno¹⁴⁷.

Per comprendere la scelta legislativa occorre necessariamente tenere in conto il momento storico in cui è stata compiuta e considerare che questo è stato il primo intervento volto ad adeguare il quadro normativo (principio di libera recedibilità dal rapporto di lavoro di cui all'art. 2118 cod. civ.) alle mutate esigenze sociali e politiche in tema di tutela del lavoro¹⁴⁸.

Costituzionale, che aveva ammesso la legittimità del comportamento del datore di lavoro il quale *“intenda mantenere fermo il licenziamento sottostando all'obbligo del pagamento di una penale, vale a dire di un'indennità supplementare”*. Cfr. D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 138. Ancora più evidente che la soluzione adottata fosse di compromesso nelle parole di Cacciatore, nella Relazione di minoranza, che richiama precedenti proposte di legge neanche prese in considerazione in quanto prevedevano sanzioni più severe per i licenziamenti ingiustificati. E' decisamente contrario alla soluzione accolta dal disegno di legge, rilevando che *“una volta ammesso che il licenziamento mancante di giustificazione (giusta causa o giustificato motivo) è nullo, così come dichiarato dall'art. 1, le conseguenze ne derivano automaticamente. Il rapporto di lavoro rimane in vita, a tutti gli effetti: rimangono per il datore di lavoro gli obblighi di corrispondere la retribuzione comprensiva dello stipendio o salario propriamente detto ed indennità accessorie varie che derivano dalla legge o dal contratto, nonché il c.d. salario indiretto corrispondente al pagamento di tutti i contributi dovuti agli istituti previdenziali ed assistenziali”*, in D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 175. Successivamente G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 155 ss., il quale precisa che trattasi di *“un «risarcimento sui generis» che non compensa affatto il lavoratore del danno subito”* e che è senz'altro meno soddisfacente del risarcimento dei danni di diritto comune.

147 D. NAPOLETANO, *op. cit.*, p. 78.

148 La Costituzione aveva introdotto i concetti di uguaglianza sostanziale, di diritto al

La Costituzione aveva però introdotto i concetti di uguaglianza sostanziale, di diritto al lavoro, di solidarietà sociale.

Nelle ipotesi richiamate, tanto con riguardo alla tutela reale che a quella obbligatoria, la forfezzazione sembra svolgere funzione analoga a quella di una multa penitenziale che le parti possono inserire nella loro autonomia privata. Nell'ambito della tutela obbligatoria, il suo ammontare sarà di regola inferiore al danno effettivamente subito dal lavoratore; non così nell'ambito della tutela reale, in cui sembra concepita in chiave maggiormente compulsiva, soprattutto quando il lavoratore trova in meno di cinque mesi altra analoga occupazione e, magari, ad un maggiore compenso di quello precedente.

Nell'ambito della tutela obbligatoria la ragionevolezza della sanzione non pare questione chiusa, sol che si pensi alla sentenza con cui la Suprema Corte, a Sezioni Unite¹⁴⁹, ha risolto il contrasto interpretativo riguardo alle conseguenze del licenziamento c.d. inefficace, ovvero relativamente al quale non è stata osservata la forma scritta o non sono stati tempestivamente

lavoro, di solidarietà sociale che imponevano la trasformazione del principio di libera recondibilità da regola ad eccezione.

149 Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Dir. Lav.*, 2000, II, p. 371 ss. con nota di M. MOCELLA, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto sulle conseguenze del licenziamento inefficace nell'area di stabilità obbligatoria*.

comunicati i motivi, secondo quanto richiede l'art. 2 della l. 604/66.

Secondo il giudice di legittimità, non sarebbe in tal caso applicabile l'art. 8 della l. 604/66, ma la disciplina comune del risarcimento del danno.

In seguito a quanto detto, è assai probabile che il licenziamento inefficace sia pecuniariamente più costoso di quello annullabile¹⁵⁰, il che pare assai poco ragionevole in un'ottica di proporzionalità delle sanzioni. Probabile, ma non sicuro, in quanto l'onere della prova dei danni subiti grava, senza temperamenti, sul lavoratore che è tenuto a darne la prova secondo le regole ordinarie.

¹⁵⁰ Infatti, vedi la successiva giurisprudenza: Cass. civ., 5 giugno 2003, n. 9022 con nota adesiva di C. OGRISEG, *Sulle conseguenze di carattere retributivo del licenziamento inefficace non soggetto alla tutela reale*, la cui massima recita: “nell’ambito di applicazione della tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966, definito dall’art. 2, primo comma della l. n. 108 del 1990, il licenziamento inefficace per difetto degli adempimenti formali previsti dall’art. 2 di detta norma, che sostituisce il testo originario dell’art. 2 della citata legge n. 604 del 1966, è inidoneo ad incidere sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro, con conseguente diritto del lavoratore alla corresponsione di tutte le retribuzioni perdute per effetto del licenziamento; non trova invece applicazione la previsione sanzionatoria dell’art. 8 della medesima l. n. 604 del 1966, riferibile alle sole ipotesi di licenziamento privo di giustificazione”. Inoltre, vedi G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 210 ss. e soprattutto p. 22° in cui afferma “l’indicato approdo giurisprudenziale, con l’ancorare le conseguenze del licenziamento inefficace alle generali norme codicistiche, finisce per assoggettare il suddetto licenziamento alla regolamentazione dettata dall’art. 18, co. 4°, St. lav.”.

1.6. Altre ipotesi di forfezzazione.

Occorre dare atto di altre ipotesi di c.d. penali legali che per ragioni di sintesi non saranno esaminate nel dettaglio¹⁵¹.

L'art. 2344, comma II, del c.c. prevede la possibilità, da parte degli amministratori della società per azioni, in caso di morosità del socio nel versamento dei conferimenti di capitale, di far vendere le azioni a rischio e per conto del socio moroso. Se però la vendita non può aver luogo per mancanza di compratori, gli amministratori possono esercitare un diritto di ritenzione sulle somme riscosse, salvo il maggior danno.

Il socio moroso, dunque, non può utilmente provare l'inesistenza o la minor consistenza del danno, il cui importo è legislativamente predeterminato¹⁵². Tale regola è sostanzialmente analoga anche per altri tipi sociali (cfr. artt. 2477 cod. civ. con riferimento alla S.r.l., 2464 e 2516 cod. civ. con riferimento alla

151 Per un elenco delle c.d. penali legali, si veda G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, p. 379; A. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 314 ss.

152 La dottrina ritiene che il diritto di ritenzione delle somme che il socio moroso ha pagato a parziale adempimento del suo obbligo di versare il conferimento sia una penale legale perché, se le azioni del socio moroso non riescono ad essere vendute, possono essere messe in circolazione entro l'esercizio in cui è stata dichiarata la decadenza del socio moroso. Se durante questa "messa in circolazione" esse vengono vendute, per ipotesi, ad un prezzo superiore al valore del debito del socio moroso, le somme ritenute non debbono comunque essere restituite.

Cfr. sul punto M.S. SPOLIDORO, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, UTET, 2004, p. 483 ss.

S.a.p.a. ed alle società cooperative).

L'art. 31 della l. 27 luglio 1978, n. 392¹⁵³ relativamente alle locazioni di immobili commerciali e l'art. 3 della l. 9 dicembre 1998, n. 431¹⁵⁴ con riguardo alle locazioni ad uso abitativo prevedono, per l'ipotesi che il locatore abbia risolto il contratto invocando un giusto motivo, rivelatosi poi fittizio, l'obbligo, se il conduttore lo richiede, al ripristino del contratto ovvero al risarcimento del danno in misura non superiore, rispettivamente, a 48 o a 36 mensilità del canone.

La legge, dunque, pone un calmierato al risarcimento, dovuto

153 Così l'art. 31 della l. 392/78: *"Il locatore che abbia ottenuto la disponibilità dell'immobile per uno dei motivi previsti dall'art. 29 e che, nel termine di sei mesi dall'avvenuta consegna, non abbia adibito l'immobile ad abitazione propria, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado in linea retta, o non abbia adibito l'immobile ad esercizio in proprio di una delle attività indicate all'art. 27, ovvero non abbia rispettato i termini della concessione o quelli del piano comunale di intervento per quanto attiene l'inizio dei lavori di demolizione, ricostruzione, ristrutturazione o restauro dell'immobile ovvero, in caso di immobili adibiti ad esercizio di albergo, pensione o locanda, non abbia completato i lavori di ricostruzione nel termine stabilito dal Ministero del turismo e dello spettacolo (ora Regione), è tenuto, se il conduttore lo richiede, al ripristino del contratto, salvi i diritti acquistati da terzi in buona fede, e al rimborso delle spese di trasloco e degli altri oneri sopportati, ovvero al risarcimento del danno nei confronti del conduttore in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione percepito prima della risoluzione del contratto, oltre alle indennità previste ai sensi dell'art. 34.*

154 Così l'art. 3 comma 3 della l. 431/98: *"Qualora il locatore abbia riacquistato la disponibilità dell'alloggio a seguito di illegittimo esercizio della facoltà di disdetta ai sensi del presente articolo, il locatore stesso è tenuto a corrispondere un risarcimento al conduttore da determinare in misura non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone di locazione percepito".*

comunque anche in mancanza di danno.

Con riguardo alla locazione, occorre ricordare anche l'art. 1591 cod. civ. prescrive l'obbligo del conduttore in mora nella restituzione della cosa locata di pagare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo del maggior danno. Anche in tale ipotesi, la legge prevede una presunzione assoluta di danno.

La l. 12 agosto 1977, n. 675 sui mutui legali di scopo, ovvero i finanziamenti agevolati, prevede l'obbligo, per il mutuatario inadempiente all'obbligazione di destinazione, di corrispondere gli interessi al tasso di riferimento anziché a quello agevolato (art. 9). Sanzione che si somma a quella della sospensione del finanziamento.

Il danno viene legislativamente determinato nel presumibile lucro del mutuatario, senza possibilità di quest'ultimo di fornire la prova dell'inesistenza o della minor consistenza del danno¹⁵⁵.

155 Si indicano anche alcune ipotesi che vengono spesso ricondotte nella categoria delle penali legali sotto il profilo dell'indipendenza del *quantum* dall'entità del danno, ma che sembrano avere natura più propriamente amministrativa: l'art. 12, comma 4. della l. 12 novembre 1976, che pone a carico dell'azienda di credito delegata al pagamento dell'IVA l'obbligo di versare una somma pari al 2% per ogni giorno di ritardo nel versamento dell'imposta riscossa dal delegante, a partire dal quinto giorno successivo alla riscossione. Analogamente è a dirsi con riguardo alle penali, previste a carico dell'istituto di credito delegato al pagamento dei versamenti Irpef e Ilor dall'art. 17 della l. 2 dicembre 1975, n. 576. La nuova disciplina sanzionatoria

In tutti questi casi, la penale è calcolata indipendentemente dall'entità del pregiudizio ed ha una valenza compulsiva.

1.7. Sull'opportunità di utilizzare il concetto di penale legale per ricondurre ad unità le ipotesi legislative di forfetizzazione esaminate.

L'*excursus* svolto consente di interrogarsi, sul piano dogmatico, in merito all'utilità della categoria della penale legale¹⁵⁶.

E' fuor di dubbio che il legislatore ricorra a questo strumento in una serie di ipotesi eterogenee.

Nei contratti di ampia diffusione, quale la compravendita, la locazione e, in genere, in tutti i contratti in cui sorgono obbligazioni pecuniarie, il legislatore fissa una presunzione di danno minimo, derogabile solo verso l'alto a tutela del contraente adempiente, cui si vuole assicurare in ogni caso il diritto all'integrale risarcimento del danno.

Con tale meccanismo si semplifica l'onere probatorio del soggetto che il diritto intende tutelare, con il duplice effetto, da

degli assegni bancari (l. 15 dicembre 1990, n. 386), all'art. 3, prevede una penale del 10% a carico dell'emittente che ometta di pagare anche solo parzialmente un assegno presentato in tempo utile.

156 S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in (a cura di) F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985; A. CRIVELLI, *Le penali legali cit.*

un lato, di agevolare la composizione stragiudiziale della lite o di accelerare i tempi della giustizia e, dall'altro, di scoraggiare l'inadempimento, rendendo certa la sanzione.

In alcuni casi, invece, il legislatore utilizza la forfetizzazione per perseguire obiettivi di politica legislativa ben determinati, a tutela di una categoria di soggetti ritenuta socialmente svantaggiata.

E' quello che è accaduto con riguardo alla normativa, di fonte comunitaria, sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, chiaramente volta a sostenere le PMI, nonché con la disciplina della tutela reale del posto di lavoro di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

In tali ipotesi, lo strumento civilistico è stato utilizzato per il perseguimento di finalità pubblicistiche e si è connotato di un maggior carattere sanzionatorio, mediante la previsione di una presunzione assoluta di danno minimo molto elevata, suscettibile di ricevere un adeguamento solo verso l'alto.

In altri casi la forfetizzazione è stata utilizzata per contenere i costi del risarcimento, a vantaggio di alcune attività socialmente utili, ma con esternalità che, se interamente internalizzate, metterebbero a rischio la sopravvivenza del sistema o avrebbero ripercussioni negative dal punto di vista macroeconomico.

La disciplina dei diversi tipi di trasporto, il Codice delle Assicurazioni private in materia di circolazione stradale e la l. 604/66 sui licenziamenti nelle realtà aziendali nelle quali non opera la tutela reale contro i licenziamenti, sembrano rispondere a quest'esigenza¹⁵⁷.

In tali ipotesi, il legislatore ha derogato al principio di integrale riparazione del danno in senso sfavorevole al danneggiato.

Come si è visto, l'utilizzo della forfetizzazione con questo fine suscita delicati problemi di costituzionalità, ma è particolarmente utile per risolvere in maniera univoca i problemi concernenti la quantificazione del danno derivante dalla lesione di interessi non patrimoniali¹⁵⁸.

Da quanto detto, consegue che il concetto di penale legale ha un'utilità prettamente descrittiva della caratteristica essenziale

157 Cfr. sul punto Corte Cost. 23.02.1996, n. 44, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1243 ss. e in *Giust. cost.*, 1996, p. 342 ss., in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 104 ss., che, richiamando proprie precedenti sentenze (nn. 398 del 1994, 189 e 102 del 1975, n. 55 del 1974) individua i motivi razionali che giustificano la diversificazione del regime dei licenziamenti individuali in ragione delle dimensioni dell'impresa nelle esigenze di funzionalità delle unità produttive, soprattutto a fini occupazionali, nonché nel diverso grado di fiduciarità e di tensione psicologica riscontrabile nei rapporti diretti tra dipendente e piccolo imprenditore rispetto alla situazione nella grande impresa.

158 Occorre, a questo proposito, ricordare che l'art. 79 del cod. civ. vieta di sanzionare con la penale il mancato rispetto della promessa di matrimonio. Cfr. A. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità extracontrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. III, 2009, Cedam, p. 536.

della forfetizzazione, che è quella di svincolare la liquidazione del danno dalla portata effettiva e dalla prova del pregiudizio concreto¹⁵⁹.

Il concetto di penale legale nulla dice sulle finalità della forfetizzazione¹⁶⁰ e, quindi, non aiuta ai fini dell'individuazione dei profili più problematici della disciplina.

Ciò non toglie che, per comodità espositiva, può essere utile avvalersi di tale terminologia, con l'avvertenza che da essa non possono trarsi implicazioni pratiche unitarie.

¹⁵⁹ La dottrina ritiene che ulteriore caratteristica della penale sia l'esistenza di un inadempimento imputabile. Ci si riferisce a A. CRIVELLI, *op. cit.*, che a pag. 312 e 313 parla di "*inadempimento colpevole*" anche se sembra riferirsi, più propriamente, all'inadempimento imputabile. Come si è visto esaminando la giurisprudenza relativa all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, è stato condannato al pagamento della penale anche il datore di lavoro che aveva licenziato il dipendente senza colpa. Ciò non sembra contraddire il principio per il quale la penale opera in presenza di un'inadempimento imputabile. Nel diritto del lavoro, infatti, la giurisprudenza spesso tende a richiamare il criterio della colpa, applicando di fatto il criterio del rischio, senza un'aperta adesione alla tesi della responsabilità oggettiva. Il che sembra essere accaduto anche a proposito della disamina della *ratio* della penale delle 5 mensilità prevista dall'art. 18 dello Stat. lav.

¹⁶⁰ Nel senso del carattere eterogeneo delle ipotesi ricondotte dalla dottrina alla categoria delle penali legali G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, (diretto da) V. ROPPO, vol. V, Rimedi - 2, Milano, Giuffrè, 2006, p. 965, nt. 95.

Capitolo 2

LA FORFETIZZAZIONE E LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Sommario: 2.1 La forfetizzazione e la funzione compensativa del risarcimento del danno. 2.2. a) La forfetizzazione e la funzione sanzionatoria. Una premessa. Differenza tra funzione deterrente e funzione sanzionatoria. 2.2. b) La forfetizzazione che deroga in eccesso al principio compensativo: a) Il profitto superiore al danno; b) La lesione dei diritti della personalità, la c.d. responsabilità civile senza danno e la c.d. tutela proprietaria dei diritti. 2.2 c) La restituzione del profitto illecito nel Codice della Proprietà Industriale e nella legge antiusura. 2.2 d) La categoria della riparazione. 2.2. e) Le pene private e I c.d. danni punitivi: la funzione sanzionatoria della responsabilità civile. 2.3. La forfetizzazione con funzione indennitaria.

2.1. La forfetizzazione e la funzione compensativa del risarcimento del danno.

La disamina dell'art. 1224 cod. civ. e dell'art. 1518 cod. civ. ha mostrato come il legislatore, nello stabilire la preliquidazione del danno risarcibile, abbia inteso garantire al creditore deluso la certezza di un minimo ristoro, parametrato a indici oggettivi, e suscettibile di maggiorazione solo verso l'alto in ossequio al

principio di integrale riparazione del danno.

Con riguardo all'art. 1518 c.c. si potrebbe pensare che riconoscere al creditore, quale risarcimento minimo, la differenza tra il prezzo di mercato del bene e il prezzo contrattualmente stabilito attribuisca allo stesso un *quid pluris* rispetto ad un risarcimento basato sul lucro cessante.

Se tra il momento della conclusione del contratto e quello previsto per l'esecuzione del medesimo il prezzo di mercato del bene è per esempio sceso in maniera consistente, il risarcimento sarà diverso a seconda che si calcoli nella differenza tra il prezzo contrattuale e il prezzo di mercato o tra il prezzo cui il venditore si è procurato la merce dal fornitore e il prezzo di mercato. In questo secondo caso, infatti, il *quantum* del risarcimento calcolato secondo la regola generale (art. 1223 cod. civ.) sarebbe inferiore a quello accordato al creditore dall'art. 1518 cod. civ.

L'analisi economica del diritto ha chiarito che, ogniqualvolta vi

sia un prezzo di mercato del bene facilmente verificabile, attribuire all'acquirente inadempiente una limitazione del danno risarcibile in ragione della copertura dal rischio di deprezzamento che il venditore si è procurato attraverso il contratto di fornitura (o un secondo contratto in genere) equivarrebbe all'attribuzione gratuita all'acquirente inadempiente dei benefici della copertura dal rischio ottenuta dal venditore¹⁶¹.

La regola contenuta nell'art. 1518 cod. civ., quindi, non determina un arricchimento in capo al creditore, ma è espressione di un principio secondo il quale il valore della prestazione o del bene mancato costituisce il risarcimento minimo sempre dovuto in base ad un criterio astratto ed oggettivo¹⁶².

161 G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Cedam, 2005, p. 253.

162 E' espressione di un principio generale secondo il quale il valore della prestazione o del bene mancato costituisce il risarcimento minimo sempre dovuto in base ad un criterio astratto ed oggettivo secondo P. TRIMARCHI, in *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 115, il quale ricava questa conclusione dall'esegesi degli artt. 1518 cod. civ., 76 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, degli artt. 1696 cod. civ., 1818 e 1224 cod. civ.

Con riguardo all'art. 1224 cod. civ. – come si è detto – il tasso degli interessi di mora, nel caso debba essere calcolato al tasso legale, è il medesimo previsto dall'art. 1284 c.c. per gli interessi compensativi. Nell'ipotesi in cui le parti abbiano fissato un tasso convenzionale di interesse, gli interessi di mora si adegueranno a tale tasso.

Il danno è quantificato quindi con riferimento ad un indice oggettivo desunto direttamente¹⁶³ o indirettamente dal mercato¹⁶⁴. Anche tale norma, quindi, è espressione di una concezione compensativa del risarcimento del danno, che è considerata il frutto di un processo di emancipazione, durato circa due millenni, della responsabilità civile da quella penale¹⁶⁵, definito

¹⁶³ Nel caso di riferimento al tasso convenzionale.

¹⁶⁴ Nel caso di operatività del tasso legale di interesse, l'art. 2 della l. 662/96 che ha modificato l'art. 1282 cod. civ., ha stabilito che il saggio legale di interesse venga determinato annualmente dal Ministero del Tesoro, ora Ministero dell'Economia e delle Finanze, utilizzando come parametri di riferimento il rendimento annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai 12 mesi ed il tasso di inflazione registrato nell'anno.

¹⁶⁵ Cfr. P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere giur.*, 4/09, p. 525 ss.

efficacemente di “secolarizzazione”¹⁶⁶.

Secondo tale concezione, c.d. *Differenztheorie*, il risarcimento deve porre il danneggiato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento o l'illecito non si fosse verificato.

Ciò non significa fingere che la responsabilità civile abbia la funzione di rimuovere le conseguenze negative degli incidenti: il risarcimento non elimina il danno, ma trasferisce il costo di quest'ultimo su un soggetto diverso da quello su cui causalmente cade. La teoria economica ha spiegato che i danni, intesi come esternalità negative, se devono essere sopportati da un soggetto differente da quello che meglio può prevenirne la verifica, determinano una divergenza tra costi privati e costi sociali che mina gli incentivi di razionalità che si assumono alla base delle

¹⁶⁶ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, n. 2/08, p.328 e in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 373.

scelte individuali degli operatori del mercato.

Un'efficiente redistribuzione del costo degli incidenti può favorire una loro riduzione, con correlativo aumento del benessere collettivo¹⁶⁷.

Le funzioni che vengono tradizionalmente assegnate allo strumento risarcitorio sono quindi la reintegrazione del patrimonio del danneggiato, l'effetto deterrente associato alla minaccia di dover rispondere del danno e l'efficiente redistribuzione del costo degli incidenti¹⁶⁸.

La *Differenztheorie* presuppone la patrimonialità del danno nonché un contesto di mercato e anche per questa ragione non

167 G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, *Analisi economico-giuridica*, trad. it. di *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis cit.*, p. 101 ss., P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva cit.*, pp. 15 - 17; F. PARISI e G. MATTIACCI, *Mass torts e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica*, in *Danno e Responsabilità*, n. 2/09, pp. 131, 132.

168 T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, California, 2004, p. 39 ss. che descrive il modello economico degli incidenti come basato sull'assunto che la responsabilità da fatto illecito debba fornire alle parti che pongono in essere attività rischiose i corretti incentivi ad adottare le ragionevoli precauzioni necessarie a minimizzare i costi derivanti dal rischio di incidenti.

può costituire l'unica modalità di calcolo del danno¹⁶⁹.

Essa ha accomunato il danno e risarcimento sotto il profilo della patrimonialità, finendo per riferire detto connotato anche all'interesse leso¹⁷⁰. Grazie ai contributi dottrinari che hanno introdotto una concezione del danno c.d. normativo, si è precisato che la patrimonialità è connotato proprio del risarcimento, ma non del danno¹⁷¹.

Quest'ultimo è definito come lesione dell'interesse protetto¹⁷² o, secondo altri, in termini di conseguenze pregiudizievoli della lesione dell'interesse giuridicamente protetto¹⁷³ che, a loro volta, possono essere patrimoniali o non patrimoniali.

169 D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *La responsabilità e il danno*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da) N. LIPARI e P. RESCIGNO, (coordinato da) A. ZOPPINI, Giuffrè, p. 355 ss., la quale spiega come la *Differenztheorie* abbia dato origine al concetto patrimoniale di danno, funzionale alla tutela di un'economia statica di mercato.

170 D. POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 355.

171 D. POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 358.

172 Per la concezione del danno come lesione di un interesse protetto S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 112, 139, 186, 196, 199, 201 e 202 il quale ritiene che il fatto dannoso ingiusto consista nella lesione di un interesse giuridicamente protetto. Così anche G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1999, p. 606.

173 C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, 1985, p. 67 ss.

Dal punto di vista operativo, la c.d. teoria patrimoniale del danno riceve amplissima applicazione, in quanto ritenuta espressione della principale funzione del risarcimento, che è quella di compensare la vittima.

Il risarcimento del danno da illecito contrattuale ha ad oggetto il c.d. interesse positivo¹⁷⁴¹⁷⁵.

E' ormai dato acquisito della cultura giuridica che l'interesse

174 Per la spiegazione del perchè sia preferibile far riferimento all'interesse positivo nella quantificazione del danno da risoluzione del contratto cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi cit.*, p. 86 ss. il quale spiega, riprendendo il contenuto di suoi precedenti scritti (*Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Giuffrè, 2002, II, p. 1943 ss. ed in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 637 ss., come la voce più consistente dell'interesse negativo, ovvero gli affari alternativi trascurati a causa della conclusione del contratto, sia ipotetica e di difficile prova. In un mercato non perfettamente concorrenziale e trasparente, nel quale non si può realisticamente dire che gli affari trascurati siano equivalenti al contratto concluso, parametrare il risarcimento all'interesse negativo, a causa di detta difficoltà di prova, rimarrebbe inoperante e dunque inefficace. Se invece si è al cospetto di ipotesi in cui non è possibile provare l'interesse positivo o nelle quali la prestazione mirava a soddisfare interessi non patrimoniali, si considera ragionevole parametrare il risarcimento del danno sull'interesse negativo. Cfr. anche G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato Roppo*, Giuffrè, 2006, p. 933 ss.

175 Come osservato da M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità*, in (a cura di) M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, p. 63 ss., la funzione della responsabilità va distinta dalle funzioni dei singoli criteri di imputazione.

positivo non sia e non possa essere l'unico criterio risarcitorio¹⁷⁶. Oltre all'interesse positivo, soprattutto in ambito precontrattuale, si fa riferimento al c.d. interesse negativo che soddisfa la diversa esigenza di porre il creditore nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse fatto affidamento nella conclusione del contratto, consentendo al medesimo il diritto al rimborso delle spese effettuate in previsione del contratto e del danno subito per la perdita di guadagni derivanti da affari alternativi. L'interesse negativo oltre ad essere il criterio di regola utilizzato per il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, costituisce un elemento cui fare riferimento per la quantificazione del danno quando l'interesse positivo è di difficile prova o non può concretamente operare¹⁷⁷.

176 Cfr. L. FULLER e W. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in *Yale Law Journal*, 46, 1936, 57.

177 Per la spiegazione del perchè sia preferibile far riferimento all'interesse positivo nella quantificazione del danno da risoluzione del contratto cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi cit.*, p. 86 ss. il quale spiega, riprendendo il contenuto di suoi precedenti scritti, come la voce più consistente dell'interesse negativo, ovvero gli affari alternativi trascurati a causa della conclusione del

Inoltre, in alcuni casi, si applica una tecnica che viene generalmente ricondotta al risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c., accordando al danneggiato il diritto al rimborso delle spese sostenute per ovviare ai difetti della prestazione o per riparare la cosa¹⁷⁸, soprattutto allo scopo di accordare al creditore il rimborso di interventi manutentivi piuttosto costosi rispetto al valore del bene.

In altri casi la responsabilità civile si dota, invece, di strumenti restitutori che nel nostro ordinamento vengono tenuti concettualmente distinti dal risarcimento del danno, diversamente che nei sistemi di *common law* dove sono denominati *restitutory damages*, con terminologia che ne attesta la catalogazione nel ventaglio dei rimedi risarcitori.

contratto, sia ipotetica e di difficile prova. In un mercato non perfettamente concorrenziale e trasparente, nel quale non si può realisticamente dire che gli affari trascurati siano equivalenti al contratto concluso, parametrare il risarcimento all'interesse negativo, a causa di detta difficoltà di prova, rimarrebbe inoperante e dunque inefficace.

178 G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale cit.*, p. 899.

In linea generale, può dirsi che in caso di inadempimento o illecito, il risarcimento del danno è chiamato a svolgere una funzione c.d. compensativa, nel senso che deve tendere a riportare astrattamente la vittima nella stessa situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovata se l'illecito non si fosse verificato. Risarcimento e danno divengono termini strettamente connessi ed inseparabili nel senso che non vi può essere risarcimento senza danno e l'ammontare del ristoro deve essere fedelmente commisurato al pregiudizio economico prodotto dall'illecito, che necessita di prova da parte del soggetto leso¹⁷⁹.

Sotto il profilo dogmatico il principio compensativo viene legittimato sulla base delle seguenti considerazioni: una misura di risarcimento inferiore al danno subito dal debitore sarebbe in contrasto con il principio di integrale riparazione del danno,

¹⁷⁹ Come si è visto, proprio le difficoltà probatorie rappresentano la ragione che suggerisce l'introduzione della forfetizzazione al fine di non vanificare, di fatto, la normale funzione disincentivante che caratterizza l'obbligazione risarcitoria.

unanimente desunto dagli artt. 1223 ss. cod. civ.¹⁸⁰, mentre una liquidazione del danno superiore al pregiudizio effettivo contrasterebbe con il divieto di ingiustificato arricchimento e, più in generale, con il principio causalistico, secondo il quale tutti gli spostamenti patrimoniali devono trovare giustificazione in una causa lecita e degna di tutela, che non può essere l'illecito. Non si reputa conforme a giustizia che il risarcimento possa porre il danneggiato in una situazione migliore rispetto a quella di cui godeva prima di subire il danno. Le norme che concorrono a delimitare il danno risarcibile non solo confermerebbero che il risarcimento non può superare il danno effettivamente subito dalla vittima, ma impedirebbero che il medesimo venga utilizzato

180 Sul principio di integrale riparazione del danno, cfr. A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e Impresa*, 1998, II, p. 1153; G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione dei danni*, in a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Ed. scientifiche italiane, 2006 e, dello stesso Autore, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *NGCC*, 2009, II, p. 90 ss.

per neutralizzare deficienze organizzative e finanziarie della vittima¹⁸¹. La preferibilità di una misura di risarcimento ragguagliata al danno effettivo, di regola prevedibile, viene rafforzata dalla considerazione che, in ambito contrattuale, le regole dell'ordinamento sono congegnate in modo da evitare il dissesto dell'impresa del debitore, che può conseguire all'esposizione di quest'ultimo al rischio di dover pagare un'ingente somma di denaro per una causa imprevedibile per la quale non è stata stipulata alcuna assicurazione¹⁸².

Anche l'alea oggetto di assicurazione, infatti, deve essere calcolabile se si vuole evitare il collasso del sistema assicurativo.

181 Così M. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 71, 72. Tale corollario sarebbe desumibile dall'art. 1223 c.c. che prevede che il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o dell'illecito aquiliano, escludendo dal risarcimento la ricchezza che la vittima abbia perduto o mancato di acquisire in ragione dell'inefficienza finanziaria della sua economia e dall'art. 1227 c.c. che sancisce l'irrisarcibilità del danno evitabile.

182 P. TRIMARCHI, *Transfers, Uncertainty and The Cost of Disruption*, in *International Review of Law and Economics*, 2003, 23, p. 49 ss. e soprattutto p. 52. L'Autore spiega che la società che è costretta a pagare un'ingente somma improvvisa spesso subisce un pregiudizio ben superiore all'ammontare di quest'ultima, in ragione del fatto che è costretta ad accantonare investimenti programmati e affari pianificati.

In ambito extracontrattuale esistono analoghe esigenze di contenimento del risarcimento nel limite del danno atteso, generalmente soddisfatte attraverso limitazioni risarcitorie, per evitare che certe attività, socialmente utili e necessarie, scompaiano dal mercato a vantaggio di attività ritenute più sicure¹⁸³.

E' noto il fenomeno verificatosi negli Stati Uniti, dove alcune facoltà universitarie (es. le facoltà di specializzazione in ginecologia e chirurgia) sono spesso disertate a vantaggio di specializzazioni ritenute meno soggette a condanne esemplari, con un'evidente disfunzione a livello macroeconomico¹⁸⁴.

183 Le limitazioni risarcitorie cui si fa riferimento sono eterogenee: si possono annoverare tra esse, per esempio, la responsabilità limitata ai casi di dolo o colpa grave che si ritrova, in ambito contrattuale, per esempio nel contratto di prestazione d'opera intellettuale in caso di risoluzione di problemi di speciale difficoltà. In ambito extracontrattuale il dolo o la colpa grave possono operare come presupposto necessario della colpevolezza per esempio come nel caso della responsabilità del magistrato ex l. 13.04.1988 n. 117. In altri casi viene utilizzata la forfetizzazione proprio per contenere il risarcimento del danno entro limiti precisi, come si è visto a proposito della disciplina del trasporto e dell' R.C. auto e come si vedrà meglio più oltre.

184 Sul punto P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 31.

La natura compensativa del risarcimento del danno risponde a logiche razionali, oltre che a ragioni storiche e culturali di emancipazione del diritto civile dai connotati punitivi del diritto penale.

L'analisi economica del diritto ha fornito nuovi argomenti a suffragio della scelta di adottare, quale regola generale, la compensazione del danno quale oggetto dell'obbligazione risarcitoria, in particolare con l'elaborazione della teoria dell'inadempimento efficiente.

Una misura di danno superiore al danno da aspettativa, incentiverebbe il debitore ad adempiere anche quando sarebbe maggiormente proficuo il suo inadempimento. Ciò si verificherebbe, in particolare, quando il debitore con la violazione del contratto potrebbe assicurare alla vittima dell'inadempimento il corrispettivo pecuniario dell'utilità che essa attendeva dal contratto e, unitamente, ottenere un maggior compenso per sé

attraverso l'attribuzione del bene o del servizio oggetto del contratto ad un soggetto terzo che lo valuta maggiormente. Una simile prospettazione sarebbe da incentivare, in quanto massimizza il benessere sociale, dato dalla massimizzazione delle utilità individuali. In altri termini, il debitore se in un caso del genere fosse costretto ad adempiere, impiegherebbe risorse superiori all'interesse che il creditore ha all'esecuzione del contratto¹⁸⁵.

Un risarcimento preliquidato in misura inferiore ai danni da aspettativa, di contro, porterebbe ad un eccesso di inadempimento nel senso che il debitore sarebbe incentivato a rendersi inadempiente anche quando, se dovesse internalizzare tutte le perdite subite dal creditore a causa dell'inadempimento, vedrebbe svanire ogni guadagno dall'inadempimento.

Dal punto di vista del benessere sociale, quindi, si avrebbe un

185 P. TRIMARCHI, *Interesse cit.*, pp. 640, 641.

peggioramento rispetto alla situazione precedente che dimostra così di essere quella ottimale.

La funzione compensativa del risarcimento del danno oltre ad essere funzionale ad un'ottimale adozione delle precauzioni, assicura un ottimale livello di esercizio delle attività potenzialmente dannose¹⁸⁶. Tale criterio mira ad eguagliare i danni attesi ai danni effettivamente causati da una determinata attività. Il soggetto agente, quindi, svolgerà detta attività solo fintanto che i benefici attesi dalla medesima sono superiori ai danni attesi.

Queste considerazioni consentono una migliore interpretazione delle ipotesi legali di forfetizzazione.

Nelle fattispecie previste dagli artt. 1224 c.c. e 1518 c.c.¹⁸⁷, la predeterminazione del risarcimento non ha lo scopo di discostarsi

¹⁸⁶ A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive damages*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, vol. II, p. 766.

¹⁸⁷ E, può aggiungersi, anche in quella ex art. 2344, comma 2, cod. civ. e similari. Vedi al riguardo il penultimo ultimo paragrafo del cap. 1.

dai principi generali di quantificazione del risarcimento secondo il criterio compensativo.

Lo scopo principale della forfetizzazione è quello di alleggerire il carico probatorio del creditore della prestazione e di accelerare i tempi per ottenere giustizia che, a sua volta, dovrebbe favorire una composizione bonaria della lite. Il mercato rappresenta in entrambe le ipotesi una fonte da cui si attinge per la determinazione del *quantum* risarcibile.

Da ciò si desume un primo limite della forfetizzazione utilizzata con finalità compensativa: essa richiede la patrimonialità del pregiudizio (non anche dell'interesse leso), nonché un indice oggettivo di riferimento preferibilmente desumibile dal mercato. Requisito che di regola presuppone la fungibilità del bene¹⁸⁸ oggetto della prestazione.

La forfetizzazione così utilizzata è rispettosa dei principi generali

188 L. FULLER e W. R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *Yale Law Journal*, n. 46, 1936, p. 52 ss.; G. SMORTO, *op. cit.*, p. 174 ss. e p. 237.

dell'ordinamento e difficilmente si presta a censure di incostituzionalità.

2.2. a) La forfetizzazione e la funzione sanzionatoria. Una premessa. Differenza tra funzione deterrente e funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

In via preliminare, occorre precisare che cosa distingue la c.d. funzione deterrente della responsabilità civile dalla funzione c.d. sanzionatoria¹⁸⁹.

Gli studi di Guido Calabresi e Pietro Trimarchi hanno introdotto un nuovo approccio alle regole giuridiche, che diventano incentivi o disincentivi a tenere determinati comportamenti. La responsabilità civile svolge così una funzione di regolazione del mercato e, più in generale, orientativa delle attività umane¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Per questa distinzione, vedi A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *op. cit.*, p. 766. Registra l'uso di un diverso significato di funzione deterrente in capo alla dottrina V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note Sparse*, in *NGCC*, n. 9/08, pp. 297, 298.

¹⁹⁰ P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità*

Il risarcimento del danno, in quest'ottica, seppur nella veste compensativa che tradizionalmente gli appartiene, svolge una funzione deterrente, nel senso che costituisce un disincentivo a tenere il comportamento antigiuridico.

Infatti, il soggetto cui la legge pone a carico l'obbligazione risarcitoria terrà conto, nell'assunzione delle decisioni che riguardano la sua sfera di azione, anche di tale costo¹⁹¹¹⁹².

Così intesa la responsabilità civile e dunque il risarcimento del danno dovrebbe sempre avere una funzione deterrente che diviene garanzia di effettività delle norme, come tale, irrinunciabile.

In alcuni casi, però, l'efficacia deterrente viene annullata o

contrattuale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.

191 G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 47 ss. individua la funzione principale della responsabilità civile in quella di ridurre il costo sociale degli incidenti; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva cit.*, elabora una teoria che giustifica, dal punto di vista dell'efficienza, in presenza di determinati presupposti, l'utilizzo del criterio di imputazione del rischio d'impresa.

192 G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 50 ss. spiega che il costo sociale degli incidenti è costituito dalla somma di tre componenti: danni subiti dalle vittime, nelle spese sostenute per prendere le precauzioni contro il verificarsi degli incidenti e nel costo di amministrazione della responsabilità civile.

mitigata da alcune disfunzioni del sistema economico o giuridico, che impediscono alla responsabilità di svolgere una funzione orientativa del comportamento umano. Il che porta a chiedersi se non sia opportuno ripristinare la normale efficacia deterrente del risarcimento con la sostituzione di un criterio di imputazione ad un altro¹⁹³ o con la previsione di un *quantum* risarcitorio superiore o inferiore ai danni prevedibili, a seconda della natura delle disfunzioni.

Quando invece si parla di funzione sanzionatoria del risarcimento del danno si fa riferimento ad una snaturazione del rimedio risarcitorio, che si avvicina alla logica della pena.

La quantificazione del danno non avviene sulla base di un criterio

193 Per esempio, la responsabilità oggettiva nell'ipotesi di danni connessi all'attività d'impresa evita che il soggetto che beneficia dei vantaggi dell'utilità non internalizzi i costi che la stessa produce profittando delle difficoltà di prova della colpa, nei casi in cui essa appare frazionata o quando non è facilmente identificabile il soggetto che ha causato il danno. Al contrario, un regime di responsabilità per colpa appare preferibile quando il rischio di incidente dipende dall'interazione tra due soggetti e da un tipo di incidente per evitare il quale è opportuno che entrambe le parti prendano precauzioni. Cfr sul punto P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva cit.*

di tendenziale equivalenza economica con il pregiudizio subito dal soggetto leso, ma sulla scorta di altri criteri (per es. l'arricchimento del responsabile dell'illecito, la gravità della colpa o le condizioni economiche dell'agente) che mirano a rendere la sanzione afflittiva per il danneggiante.

La funzione sanzionatoria presuppone tradizionalmente che il bene giuridico leso sia di tale importanza da richiedere l'intervento della potestà punitiva dello Stato.

Se si ammettesse l'utilizzo del risarcimento del danno per la realizzazione di una funzione sanzionatoria, lo scopo del rimedio non sarebbe più (solo) quello di compensare la vittima per il danno ingiusto subito, traslando il costo del danno sul responsabile, ma quella di affliggere quest'ultimo affinché non tenga più tale comportamento e la sanzione funga da monito alla collettività (funzioni dette, rispettivamente, special-preventiva e general - preventiva).

Il maggiore problema sistematico che affligge la dottrina civilistica attiene proprio alla ammissibilità di una funzione sanzionatoria della responsabilità civile, in quanto quella deterrente o preventiva è unanimemente considerata necessaria.

2.2. b) La forfetizzazione che deroga in eccesso al principio compensativo: a) Il profitto superiore al danno; b) La lesione dei diritti della personalità, la c.d. responsabilità civile senza danno e la c.d. tutela proprietaria dei diritti.

Nella disamina delle ipotesi più rilevanti di forfetizzazione legale, è emerso che il legislatore del D.lgs. 231/02 sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ha consapevolmente fissato un tasso di interesse notevolmente più elevato di quello di mercato allo scopo di perseguire l'obiettivo (politico) di agevolare le piccole medie imprese nel recupero del credito¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Deve darsi conto della recente approvazione (il 16.02.2011) di una nuova Direttiva CE ad opera del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, n. 7,

La dilatazione dei tempi di attesa per ottenere giustizia e l'inadeguatezza del saggio legale di interesse ex artt. 1224 e 1282 cod. civ. ad esplicitare un'efficacia deterrente contro l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie sono le principali ragioni addotte per legittimare l'intervento legislativo, che deroga espressamente alla concezione compensativa del risarcimento del danno ed al principio per il quale quest'ultimo non deve costituire un ingiustificato arricchimento per il danneggiato.

La scelta legislativa si inquadra nell'ambito delle misure finalizzate alla tutela della concorrenza, la cui nozione "*non può*

pubblicata in Gazzetta Ufficiale UE, 23.02.2011, n. L 048, che obbliga gli Stati membri a recepirne il contenuto entro il 16.03.2013. Nel terzo *Considerando* viene ribadita la ragione di politica economica del provvedimento, indicata nella tutela della competitività tra le imprese che potrebbe essere compromessa dai ritardi di pagamento, soprattutto nei periodi di recessione economica in cui è più difficile il ricorso ai finanziamenti esterni. In essa, si indica come eccezionale la possibilità di prevedere termini di pagamento superiori a 60 giorni (n. 13), si esclude la necessità di costituzione in mora in caso di ritardo nei pagamenti (n. 16), si prevede l'introduzione di un minimo forfetario relativamente al risarcimento dei costi di recupero, salvo il risarcimento del maggior danno e la cumulatività con gli interessi di mora (n. 19 e 20), facendo salvo il diritto degli Stati a prevedere importi forfetari più elevati (n. 21); è introdotta una presunzione di iniquità della clausola che esclude il diritto agli interessi di mora (n. 28); si suggerisce la pubblicazione di un elenco di "buoni pagatori" (n. 30); si promuove il ricorso alla mediazione ed agli ADR (n. 34).

*non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza" e deve essere intesa in senso dinamico "che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali"*¹⁹⁵.

La disciplina del risarcimento del danno spettante al lavoratore assistito dalla c.d. tutela reale ex art. 18 Stat. Lav. in caso di

¹⁹⁵ Così Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. cost.*, 2004, 1, p. 237 ss. con nt. di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, p. 259 ss., di F. SACCO, *Nota a Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14*, p. 257 ss., di G. P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie tutela della concorrenza?*, p. 265 ss. e di C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, p. 277 ss., annotata anche da R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4/04, p. 990 ss. e con nota critica di F. PIZZETTI, *Guardare e Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, n. 4/04, p. 1014 ss., che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 52, comma 83, 59, 60 comma 1 lett. d) e 67 della l. 28.12.2001, n. 48 (finanziaria 2002) con riferimento agli artt. 117, 118 e 119 Cost., ha rigettato le censure, rilevando che l'art. 117, attribuisce una competenza esclusiva al legislatore statale in materia di tutela della concorrenza per la sua rilevanza macroeconomica; sono esclusi, dunque interventi di carattere locale o microsettoriale, che restano di competenza regionale.

licenziamento ingiustificato è sbilanciata a favore del lavoratore, considerato parte debole del rapporto contrattuale.

La sentenza che accerta che il licenziamento è ingiustificato condanna il datore di lavoro ad una penalità minima di cinque mensilità di retribuzione, dovuta indipendentemente dall'esistenza di un danno e, addirittura, anche nel caso in cui il lavoratore, a seguito del licenziamento, abbia conseguito un'occupazione più remunerativa della precedente. Inoltre il datore di lavoro, in ragione della gravosità dell'onere probatorio che su di lui incombe, è esposto al rischio di dover risarcire al dipendente, oltre alla penalità delle cinque mensilità, anche un danno pari alle retribuzioni dallo stesso non percepite dalla data del licenziamento sino alla reintegrazione, che può avvenire a distanza di anni, anche in considerazione dei tempi necessari per giungere all'epilogo del processo, qualora non riesca a dimostrare che nel frattempo il lavoratore ha percepito un

reddito da altra occupazione, eccependo la c.d. *compensatio lucri cum damno*.

Le due fattispecie di forfetizzazione, benché eterogenee e non coeve, presentano due profili comuni: non sono suscettibili di applicazione generale, in quanto il loro campo di applicazione è rigorosamente delimitato sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo; entrambe mostrano un utilizzo del rimedio risarcitorio con funzione afflittiva.

Quest'ultimo punto necessita di una precisazione. Nelle due ipotesi considerate la forfetizzazione realizza una funzione sanzionatoria. Questa conclusione non è il frutto della sola constatazione che il *forfait* può astrattamente essere superiore ai danni prevedibili.

Nel caso delle transazioni commerciali, l'intero provvedimento denota un *favor creditoris*: la decorrenza automatica degli interessi prevista dall'art. 4; il rinvio alle tariffe forensi quale

elemento presuntivo sul quale fondare il risarcimento dei costi di recupero del credito effettuato dall'art. 6; la previsione della nullità dell'accordo che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, abbinato ad un potere equitativo del giudice di riconduzione ad equità del patto di cui all'art. 7; la legittimazione attiva concessa alle associazioni di categoria presenti nel CNEL in merito all'azione di accertamento della grave iniquità delle condizioni generali ed all'azione inibitoria, entrambe assistite dalle sanzioni accessorie della pubblicazione della sentenza e di una *astreinte* previste dall'art. 8; la norma di chiusura di cui all'art. 11 che fa salve le norme più favorevoli per il creditore.

Analogamente, non si afferma la natura sanzionatoria della forfezzazione delle cinque mensilità contenuta nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori per il sol fatto che essa è dovuta indipendentemente dall'esistenza di un danno o perché il *forfait* è potenzialmente superiore al danno.

Essa si ricava sia dall'interpretazione sistematica della norma, introdotta da un testo normativo che cataloga i diritti del lavoratore sul posto di lavoro, sia dalla considerazione degli effetti. Nel caso il datore di lavoro non riesca a dimostrare che il lavoratore ha trovato altra occupazione è esposto all'ingente onere economico di dover corrispondere al lavoratore per tutta la durata del processo non solo le retribuzioni pregresse, ma anche i relativi contributi previdenziali.

Con ciò si vuol dire che per affermare la natura sanzionatoria della forfetizzazione legale non è sufficiente l'esistenza di una potenziale eccedenza della prestazione rispetto al danno, in quanto lo scostamento tra la penale e il danno è un effetto naturale della semplificazione che caratterizza i sistemi forfetari. Occorre, invece, che vi siano elementi ulteriori che conferiscano alla forfetizzazione uno scopo preordinatamente sanzionatorio.

Nel caso degli interessi di mora nelle transazioni commerciali, la

deroga alla funzione compensativa del risarcimento del danno è motivata dalla insufficienza dell'efficacia deterrente dell'art. 1224 c.c. dovuta, per la maggior parte, ad una disfunzione del sistema giudiziario, che mette a repentaglio la concorrenza tra le imprese. Specificamente, l'art. 1224 c.c. consente al debitore di trarre dall'inadempimento un profitto superiore al danno da risarcire. Il divieto di ingiustificato arricchimento, se vale per il creditore, deve, a maggior ragione, valere per il debitore.

L'eccedenza del *forfait* rispetto al danno ha lo scopo di ripristinare l'effettività della tutela giuridica che, per una disfunzione del sistema, rischia diversamente di essere azzerata.

L'effetto che si vuole combattere è che il debitore fruisca di liquidità a spese del creditore. Dal punto di vista dell'importanza dell'interesse che il diritto intende tutelare, il provvedimento è espressione del ruolo che la tutela della concorrenza riveste nel nostro ordinamento, anche in ragione dell'adesione dell'Italia

all'Unione europea¹⁹⁶. Se, in precedenza, il legislatore interveniva nella regolamentazione del mercato attraverso gli aiuti di Stato o strumenti equipollenti, ora lo strumento privilegiato è costituito dall'introduzione di regole che incentivino o disincentivino gli operatori economici dal tenere determinati comportamenti che hanno effetti, rispettivamente, positivi o negativi sulla concorrenza¹⁹⁷. Il provvedimento normativo è stato da una dottrina collocato nel novero del c.d. terzo contratto, in ragione del fatto che si porrebbe lo scopo di contrastare l'abuso di

¹⁹⁶ La tutela della concorrenza è lo strumento attraverso il quale realizzare l'obiettivo principale del Trattato CE, espresso dall'art. 2, ovvero il mercato unico europeo. Il Trattato dedica anche alla tutela della concorrenza una serie di norme (art. 3 lettera f), artt. 85-90 e 92-94). Ora gli articoli di riferimento sono gli artt. 101 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex artt. 81 ss. Tratt. CE). Cfr. A. PAPPALARDO, *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, UTET, 1988 rist. 1995, p. 557 ss.

¹⁹⁷ Parla di "Stato regolatore" che sanziona le distorsioni dei rapporti concorrenziali secondo l'opzione normativa che è al fondamento del mercato unico europeo, A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in (a cura di) M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il mulino, 2009, p. 14, il quale rileva che la concorrenza non viene tutelata "alterando l'assetto proprietario dei diritti e delle imprese, opzione fortemente condizionata dai limiti di bilancio posti all'intervento pubblico nell'economia e così pure dal divieto di aiuti di Stato (art. 87, Tratt. UE), quanto piuttosto attraverso un sistema di regole che si rivolgono alle attività dei privati".

dipendenza economica¹⁹⁸.

Nel caso della tutela reale, la legittimazione deve ravvisarsi nella c.d. natura proprietaria del bene giuridico protetto¹⁹⁹, ovvero nell'inviolabilità del diritto leso – il diritto al lavoro – che non soggiace alla logica del mercato e che potrebbe venire compromessa nel caso il risarcimento si rivelasse economicamente più conveniente rispetto al mantenimento, nell'organico di un'azienda, di un lavoratore divenuto scomodo.

I beni di rango costituzionale costituirebbero, secondo la dottrina favorevole all'utilizzo delle c.d. pene private, un limite alla teoria dell'inadempimento efficiente che di fatto rende indifferente per il creditore pagare il prezzo di mercato del bene o appropriarsene

198 Ritene che le discipline sui ritardi di pagamento, sulla subfornitura e sull'affiliazione commerciale abbiano come minimo comune denominatore il problema della asimmetria di potere contrattuale F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 340 ss., il quale ritiene che il c.d. "terzo contratto" sia integrato da discipline eterogenee, forse in evoluzione verso una categoria, il cui nucleo aggregante è dato dal divieto di abuso di dipendenza economica. Sull'argomento, (a cura di) G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, 2008.

199 G. CALABRESI e A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, p. 1089 ss.

anche contro la volontà del titolare dietro il "pagamento differito" rappresentato dal risarcimento del danno che andrà corrisposto al titolare del diritto leso²⁰⁰. E' evidente che l'appropriazione *contra ius* del diritto avverrà ogni volta in cui l'autore dell'illecito è certo di realizzare un profitto superiore al danno. Ciò è particolarmente insidioso nel caso di lesione dei diritti della personalità, dove non verrebbe in tal modo adeguatamente presidiato il diritto soggettivo a non volere lo sfruttamento economico del bene giuridico protetto²⁰¹ che spesso rappresenta il fulcro della tutela richiesta dal titolare dello stesso. Anche perché, si è detto, la lesione del diritto si verifica anche quando non produce dei danni materialmente percepibili. La teoria dei c.d. danni *in re ipsa* che per qualche tempo si è affacciata in dottrina e nelle aule giudiziarie tendeva ad aggirare proprio detto

²⁰⁰ G. SMORTO, *op. cit.*, p. 185.

²⁰¹ Cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto – Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Ed. scientifiche italiane, 1959, p. 14.

limite del rimedio risarcitorio²⁰².

Le due ipotesi di forfetizzazione sanzionatorie conseguono il risultato di impedire che la logica di mercato annienti la funzione deterrente delle norme²⁰³. Nel primo caso, la forfetizzazione introduce un correttivo che impedisce al debitore di ritenere più proficuo l'inadempimento dell'adempimento; nel secondo caso, si vuole scongiurare che per un calcolo di convenienza economica il datore di lavoro licenzi il lavoratore senza una legittima ragione, accammandosi la prerogativa di violare il diritto dietro pagamento di un corrispettivo (il risarcimento).

Un aspetto degno di nota che emerge da queste ipotesi di forfetizzazione con l'effetto di obbligare ad una prestazione più onerosa del risarcimento è che non sembrano costituire espressione di una generale funzione sanzionatoria del

202 P. GALLO, *op. cit.*, p. 11.

203 Le pene private avrebbero una funzione moralizzatrice del mercato secondo P. GALLO, *op. cit.*, p. 169.

risarcimento, in quanto sono il risultato di interventi legislativi settoriali, il cui campo di applicazione circoscritto ne inibisce l'applicazione analogica o estensiva.

Attraverso la forfetizzazione il legislatore evita di demandare al giudice il potere di discostarsi dal principio generale per il quale il risarcimento ha funzione compensativa.

L'utilizzo di un rimedio che obbliga ad una prestazione superiore al risarcimento viene riservato alla tutela di beni di rango costituzionale o alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico: nel primo caso, trattasi di un intervento a favore della concorrenza, nel secondo, a tutela di un diritto fondamentale quale il diritto al lavoro.

2.2. c) La restituzione del profitto illecito nel Codice della Proprietà Industriale e nella legge antiusura.

Il problema dell'esistenza di un profitto superiore al danno risarcibile, che accomuna le due fattispecie di forfetizzazione di cui si è detto, è stato affrontato dalla dottrina prendendo a paradigma il consolidato principio, desunto principalmente dall'art. 1148 cod. civ., secondo cui il possessore di malafede è tenuto alla restituzione dei frutti percetti e percipiendi con l'ordinaria diligenza.

Sul punto si sono sviluppate due diverse opinioni: chi²⁰⁴ ha ritenuto principio generale dell'ordinamento quello secondo cui la violazione di un diritto altrui obbliga l'autore della lesione a riversare l'arricchimento al titolare del diritto, anche in caso di buona fede dell'arricchito, e chi²⁰⁵, invece, ritiene il principio operante solo in caso di malafede dell'arricchito.

204 R. SACCO, *op. cit.*, p. 185 ss.

205 P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 52 ss.

In ogni caso, è pacifico che l'obbligo di versare l'arricchimento al soggetto leso discende dall'esigenza di preservare una funzione deterrente della responsabilità civile anche in relazione a quei fatti illeciti che non causano un danno patrimoniale o causano un danno inferiore all'arricchimento.

La forfetizzazione è particolarmente utile proprio nei casi c.d. di responsabilità civile senza danno²⁰⁶, ovvero a presidio di diritti fondamentali della persona la cui lesione spesso non si traduce in pregiudizi materialmente percepibili, al fine, da un lato, di evitare che le difficoltà di prova del danno neutralizzino la tutela e, dall'altro, che il risarcimento della lesione di un pregiudizio non patrimoniale si trasformi in una lotteria, a seconda del giudice chiamato a decidere della causa, in spregio ai principi di uguaglianza e di certezza del diritto.

²⁰⁶ L'espressione è utilizzata in dottrina da P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile cit.*, p. 175 e in *Clausola penale e caparra*, in *Trattato del contratto*, tomo II, *Il contenuto e gli effetti*, UTET, 2010, p. 1574.

La dottrina si è interrogata circa l'utilizzabilità dell'azione restitutoria in funzione integrativa di quella risarcitoria, al fine di correggere le deficienze di quest'ultima.

L'ostacolo principale all'ammissibilità di un concorso tra il rimedio risarcitorio e l'azione generale di arricchimento è costituito dalla lettera dell'art. 2042 c.c. che attribuisce alla seconda un carattere sussidiario. La giurisprudenza è ferma nell'escludere l'ammissibilità dell'azione generale di arricchimento quando il danneggiato possa esercitare l'azione risarcitoria. Voci contrarie a questa tesi sono fondate su un'interpretazione evolutiva dell'art. 2042 c.c.²⁰⁷, che ne individua la *ratio* nell'esigenza di evitare che il soggetto impoverito, il quale abbia a disposizione altri rimedi giuridici oltre all'azione generale di arricchimento, ottenga più volte, a titolo diverso, la

207 P. SIRENA, *Risarcimento del danno e funzione restitutoria*, in (a cura di) M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato cit.*, p. 100.

riparazione del medesimo²⁰⁸²⁰⁹.

Già l'indagine di Rodolfo Sacco aveva evidenziato come l'inefficienza del rimedio risarcitorio (e inibitorio) determinata dal beneficio che l'autore della violazione comunque consegue dopo aver risarcito il danno si manifesta soprattutto con riferimento alla violazione dei diritti sui beni immateriali²¹⁰.

208 P. SIRENA, *Risarcimento del danno e funzione restitutoria cit.*, pp. 101, 102 sostiene che l'art. 2042 cod. civ. vieterebbe solo il concorso cumulativo di azioni, non anche quello c.d. alternativo o integrativo. Il soggetto danneggiato potrebbe dunque scegliere di esercitare l'azione generale di arricchimento in alternativa ad altro rimedio accordatogli dall'ordinamento (concorso c.d. alternativo) o unitamente all'esercizio di quest'ultimo per ottenere la riparazione di quei pregiudizi che altrimenti non verrebbero riparati (concorso c.d. integrativo). Una conferma della legittimità di tale interpretazione viene individuata negli articoli 935, comma 1, 936 comma 3, 937 comma 3, 939 comma 3, in base ai quali l'acquisto a titolo originario della proprietà a seguito di accessione o unione o commistione obbliga il soggetto responsabile non soltanto a restituire il valore oggettivo dei materiali impiegati, ma anche a risarcire il danno cagionato al precedente proprietario.

209 A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 1017 ha proposto di distinguere il danno risarcibile in sede aquiliana, dal danno non aquiliano che determina una reazione di tipo restitutorio, ma, dal punto di vista sistematico, la distinzione non sembra necessaria e può essere foriera di equivoci. Nel nostro ordinamento, come si è detto, il concetto di risarcimento del danno e di restituzione sono ben distinti: il risarcimento del danno presuppone una responsabilità, non così le restituzioni che sono dovute ogniqualvolta venga meno la giustificazione causale della prestazione, anche per fatti non imputabili al debitore, come per esempio nel caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Sovrapporre i due concetti non sembra arrecare vantaggi e, di contro, sovrappone due rimedi che rispondono a logiche ed a funzioni differenti.

210 R. SACCO, *op. cit.*, p. 11.

Di tale problematica ha preso atto il legislatore italiano, coerentemente con le scelte già operate dal diritto internazionale²¹¹, con l'introduzione dell'art. 125 del Codice dei diritti di proprietà intellettuale che prevede la c.d. retroversione degli utili, ovvero l'obbligo dell'autore dell'illecito di devolvere i profitti al soggetto leso²¹².

Secondo il punto 3 di detta disposizione, il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento.

Il rimedio restitutorio si pone dunque come complementare o

211 Cfr. art. 45 dei TRIPs, ovvero *Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights*, allegato al Trattato istitutivo della WTO.

212 Sul tema P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. industriale*, 2005, 1, p. 37 ss., il quale auspica che la logica sottesa a tale strumento possa trovare applicazione anche in altri ambiti, come quello della lesione del diritto all'immagine o dell'inadempimento contrattuale. Cfr. anche P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005. Riferiscono che negli USA il giudice può liquidare fino al triplo dei danni effettivamente accertati A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, sesta ed., Giuffrè, 2009, p. 550.

alternativo²¹³ a quello risarcitorio.

Ai fini che qui interessa, non viene rinnegata la funzione compensativa del risarcimento, che anzi viene data per presupposta.

La finalità deterrente è ripristinata attraverso un differente strumento di fonte legale, la retroversione degli utili, che non vale a snaturare la tecnica risarcitoria caricandola di finalità punitive²¹⁴, ma consente – al contrario – di preservare la coerenza del sistema.

Nell'ultimo comma dell'art. 125 è previsto che il rimedio restitutorio possa essere esperito in alternativa al risarcimento del lucro cessante. La norma allevia in tal modo il carico probatorio del soggetto titolare del diritto leso. Il lucro cessante viene considerato sostanzialmente equivalente ai profitti

213 Così A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi Acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 588.

214 A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 1028.

realizzati dall'autore della violazione, ma i due rimedi non sono cumulabili. Se il soggetto leso ritiene che, qualora il suo diritto non fosse stato usurpato, avrebbe conseguito, con la propria abilità commerciale, un lucro superiore a quello realizzato dal danneggiante opterà per il rimedio risarcitorio; nel caso in cui, invece, così non sia o la prova del lucro cessante sia particolarmente ardua, potrà esperire il rimedio restitutorio.

Se i profitti del danneggiante sono superiori al lucro cessante, al soggetto leso compete un surplus di risarcimento che si giustifica con il fatto che, diversamente, il diritto soggettivo verrebbe leso dietro il "corrispettivo" del risarcimento del danno tutte le volte che l'abilità del soggetto usurpatore renda i profitti superiori al risarcimento del danno. Trattasi dunque di un'ipotesi in cui non si ritiene lecito il c.d. inadempimento efficiente perché il diritto vuole a tutti i costi preservare il diritto soggettivo da aggressioni esterne, che la logica del mercato altrimenti non solo

consentirebbe, ma addirittura incentiverebbe.

Si è osservato che il testo originario dell'art. 125 del Codice della Proprietà industriale (D.Lgs. 10.02.2005, n. 30) considerava la riverisione degli utili come posta di risarcimento del lucro cessante.

Il nuovo testo, introdotto dall'art. 17 del D.Lgs. 16.03.2006, n. 140, tiene distinto il rimedio risarcitorio da quello restitutorio e la rubrica dell'articolo che in origine recitava "*Risarcimento dei danni*" è stata modificata in "*Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione*".

La revisione è stata salutata come il frutto di una maggiore consapevolezza del legislatore in ordine all'autonomia concettuale del rimedio restitutorio da quello risarcitorio²¹⁵e come un (doveroso) passo indietro rispetto ad una scelta legislativa che avrebbe creato problemi sistematici di non poco

215 A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 587 nt. 43.

conto.

L'utilizzo della restituzione del profitto con funzione correttiva del risarcimento del danno è ravvisabile anche in altro provvedimento speciale. Ci si riferisce al già citato art. 4 della l. n. 108 del 7 marzo 1996 prevede, nel caso di interessi usurari, che la clausola è nulla e non siano dovuti interessi, nemmeno per la parte in cui sarebbero normalmente leciti. Ciò implica che, ove gli stessi siano stati corrisposti, debbano essere restituiti.

Nella disposizione è stata ravvisata una certa affinità con il disgorgement²¹⁶. Mediante la restituzione di un profitto che da lecito è divenuto illecito, viene affiancato al risarcimento del danno un rimedio ulteriore, restitutorio. L'usura così come la violazione della proprietà intellettuale è punita penalmente e si ravvisa, nuovamente, un elemento che caratterizza l'utilizzo di strumenti sanzionatori, ovvero la rilevanza costituzionale dei beni

216 P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 757.

tutelati o la tutela dell'ordine pubblico economico.

Il rimedio restitutorio viene introdotto per evitare l'ingiustificato arricchimento del soggetto che si è reso responsabile di un illecito che rileva sia civilmente che penalmente. Il che in altri termini significa che il bene oggetto di tutela deve essere di rango costituzionale (bene – fine) o un bene strumentale alla tutela di un bene di rango costituzionale (bene – mezzo)²¹⁷.

Giova evidenziare che l'illecito anticoncorrenziale presenta un profilo comune alle obbligazioni pecuniarie derivanti da transazioni commerciali, ovvero la rilevanza extranazionale della tutela.

La dottrina specializzata in materia di proprietà intellettuale ha sottolineato che la sottovalutazione del danno risarcibile operata dal nostro sistema è tra le cause che hanno fatto diventare l'Italia una sorta di "paradiso dei contraffattori", al punto da essere nel

217 Per questa distinzione vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, p. XLIV.

mondo, al terzo posto (dopo Corea del Sud e Taiwan) nella classifica dei produttori dei beni contraffatti²¹⁸.

In ambedue le ipotesi, quindi, la disfunzione del nostro sistema rischia di avere ripercussioni anche oltre confine. Il pericolo che la disfunzione interna si ripercuota come un'eco in tutto il mercato unico è spesso alla base dell'utilizzo della forfetizzazione in funzione sanzionatoria.

2. 2. d) La categoria della riparazione.

La risposta al quesito se sia ammissibile una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno può trarre qualche argomento di riflessione da alcune disposizioni di legge che prevedono sanzioni pecuniarie con evidente finalità afflittiva, spesso annoverate tra le c.d. pene private perché, diversamente dalle sanzioni penali pecuniarie non devono essere versate allo

²¹⁸ Così A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 550.

Stato, ma direttamente al danneggiato.

L'art. 12 della legge sulla stampa dispone che, nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, il danneggiato possa chiedere, oltre al risarcimento dei danni morali, una somma a titolo di "riparazione", determinata avendo riguardo alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato.

Nella disposizione si è, da più parti, ravvisata una finalità afflittiva. La stessa giurisprudenza di legittimità parla, con riguardo ad essa, di pena privata avente carattere eccezionale²¹⁹.

Anche in questo caso, per realizzare un effetto punitivo, non viene snaturato lo strumento risarcitorio, ma viene accostato a quest'ultimo un rimedio aggiuntivo, denominato "riparazione", con l'intento di evitare proprio l'attribuzione di una finalità punitiva al risarcimento del danno. Anche questo illecito è rilevante sia

219 Cass. civ., sez. III, 17.03.2010, n. 6490, in banca dati *Le leggi d'Italia*, la quale ha escluso, in virtù del carattere eccezionale della disposizione, l'applicazione analogica all'ipotesi della diffamazione perpetrata attraverso il mezzo televisivo.

penalmente che civilmente in quanto il bene giuridico leso è di rilevanza costituzionale.

Ci si è interrogati in merito alla natura civilistica o penalistica della sanzione, proprio in ragione del fatto l'illecito si colloca sulla linea di confine tra il diritto civile e il diritto penale. Prevalga sia in dottrina²²⁰ che in giurisprudenza la tesi della natura civilistica della sanzione, che può essere richiesta direttamente al giudice civile²²¹.

La dottrina, in special modo, ha individuato tre ragioni che depongono per questa tesi: il fatto che per il suo riconoscimento non è necessaria una sentenza penale di condanna, la circostanza che possa essere inflitta solo ad istanza della persona offesa e

220 Cfr. P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*, UTET, 2007, p. 465.

221 M. MANETTI, *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BRANCA - PIZZORUSSO, Roma, Zanichelli, 2006, p. 768, la quale dà atto che, a partire da Cass. pen. 16.01.1986, in *Riv. inf.*, 1986, p. 458, si è formata una giurisprudenza costante in merito alla natura civilistica della riparazione pecuniaria ex art. 12 l. stampa, contraddetta solo da Cass. pen. 20.11.1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 619.

che la riparazione vada a beneficio di quest'ultima²²².

La legge sulle intercettazioni telefoniche, all'art. 4, sotto la analoga dicitura di "riparazione" prevede la possibilità di chiedere, al direttore responsabile ed all'editore, in solido tra loro, una somma di denaro di 0,50 centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000,00 a 1 milione di euro secondo l'entità del bacino di utenza, ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro.

Anche per tale ipotesi di riparazione sembra lecito chiedersi se essa rappresenti una nuova sanzione civile o una nuova sanzione penale. La circostanza che sia destinata al danneggiato e che possa essere chiesta contestualmente al risarcimento del danno sono elementi che fanno propendere per la prima tesi.

²²² Così V. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai Tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005, p. 143; P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi cit.*, p. 465.

Volendo trarre alcune prime conclusioni, si osserva che la categoria della "riparazione" viene introdotta dal legislatore prevalentemente in normative speciali di ispirazione penalistica. Di regola, dunque, trattasi di un ambito di tutela nel quale la responsabilità civile completa quella penale.

Il legislatore si serve di una terminologia specifica ("riparazione") presumibilmente per non incorrere, dal punto di vista sistematico, in un ribaltamento della tradizionale concezione del risarcimento del danno. Le ipotesi di riparazione sembrano accogliere il suggerimento di quella dottrina che individua nelle pene private uno strumento di depenalizzazione di alcune ipotesi di reato, relativamente alle quali il principio di sussidiarietà della tutela penale suggerisce di predisporre una tutela pecuniaria in alternativa a quella limitativa della libertà personale²²³.

L'arricchimento del soggetto leso diviene conforme a diritto in

223 P. GALLO, *op. cit.*, p. 27; C.E. PALIERO, *Note sulla disciplina dei reati bagatellari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 79, 983.

virtù di una norma espressa che lo autorizza.

In tutte queste ipotesi il legislatore ha introdotto dei criteri di predeterminazione del danno risarcibile che non sembrano pienamente in linea con la natura compensativa del risarcimento del danno.

Dalla disamina effettuata, può dedursi che, nell'ambito della responsabilità civile, il risarcimento del danno, quando non previamente predeterminato dal legislatore, mantiene una struttura compensativa. Il giudice non ha il potere di irrogare sanzioni punitive non previste dalla legge e viene rispettata in tal modo la signoria della legge in materia di sanzioni.

Il rimedio della "riparazione" interviene in illeciti rilevanti sia civilmente che penalmente in cui l'antigiuridicità colpisce beni di rango costituzionale o tutela principi di ordine pubblico.

L'uso di una nomenclatura diversa dal risarcimento consente al legislatore di non sovvertire la coerenza del sistema, evitando di

dotare lo strumento risarcitorio di funzioni diverse da quella compensativa.

2.2. e) Le pene private e i c.d. danni punitivi: la funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

La presenza nel nostro ordinamento di rimedi che attribuiscono al danneggiato un *quid pluris* rispetto al risarcimento del danno e la recente introduzione dell'azione collettiva in funzione incentivante del risarcimento del danno²²⁴ impongono di

²²⁴ La dottrina che non nutre ostilità verso le pene private (F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private cit.*; P. GALLO, *op. cit.*, p. 18; G. PONZANELLI, *Danni punitivi cit.*, p. 28) ritiene opportuno l'impiego di rimedi sanzionatori anche nei c.d. *mass torts*. Nel diritto americano spesso la concessione di danni punitivi si accompagna all'azione di classe. Cfr. E. PODDIGHE, *I "mass torts" nel sistema della responsabilità civile*, Giuffrè, 2008, p. 2 ss. la quale precisa che sotto il profilo dell'*eventus damni*, derivano talvolta da eventi plurimi e seriali quali il fumo di sigarette, l'assunzione continuata di farmaci dannosi, l'inalazione di sostanze tossiche per un tempo prolungato etc. Altre volte sono cagionati da un unico evento, quale per es. un disastro aereo, un crollo di edificio etc. L'elemento che distingue i *mass torts* dalle *mass injuries* è la circostanza che, nei primi, il fatto illecito sia giuridicamente considerabile come unitario e quindi il tema riporta alla questione della rappresentanza processuale dei danneggiati: la concentrazione delle azioni inerenti ai *mass torts* innanzi ad un unico giudice e la *class action* di regola caratterizzano questo tipo di illeciti. In tali tipi di illecito, il danneggiante potrebbe confidare nella constatazione empirica che non tutti i danneggiati agiranno in giudizio per tutelare le proprie ragioni e spingersi fino ad un livello di attività superiore a quello ottimale o adottare precauzioni inferiori al livello ottimale. La asimmetria della posta in gioco

interrogarsi sulla funzione sanzionatoria della responsabilità civile e sui limiti di ammissibilità nel nostro ordinamento delle c.d. pene private.

La responsabilità civile ha una funzione deterrente, orientativa

tra le parti rischia di inficiare la normale efficacia deterrente della responsabilità. Nei casi di responsabilità del produttore o da inquinamento ambientale che hanno ad oggetto la distruzione di risorse non soggette a scambi di mercato, inoltre, il costo complessivo dell'illecito è superiore a quello individualmente risentito dai singoli danneggiati. La discrasia tra danni individuali e il danno sociale complessivo priva di efficacia l'obbligazione risarcitoria. L'adozione di rimedi quali le sanzioni pecuniarie afflittive o l'azione collettiva consentirebbero una migliore internalizzazione del costo sociale complessivo in capo all'autore della lesione ripristinando l'*optimum* di benessere collettivo. La previgente disciplina del danno ambientale contenuta nella l. 8.07.1986, n. 349 aveva secondo i più un'anima fortemente sanzionatoria.

L'art. 18 della l. 349 prevedeva una norma relativa al risarcimento del danno ambientale che secondo la maggior parte della dottrina (P. GALLO, *op. cit.*, p. 160; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, p. 667; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrare*, 1987, p. 195 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Quale futuro dell'art. 18 l. 8.07.1986, n. 349?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 686 ss.) costituiva un esempio di pena privata. Tale norma disponeva infatti che ove non fosse possibile quantificare esattamente il pregiudizio ambientale, la valutazione avrebbe potuto essere compiuta dal giudice in via equitativa, con riferimento al costo necessario per il ripristino, alla "*gravità della colpa*" ed al "*profitto conseguito dal trasgressore*". C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 516, con riguardo alla previgente disciplina, aveva osservato che il riferimento alla gravità della colpa e al profitto conseguito dal trasgressore conducono su traiettorie proprie del diritto penale, ovvero all'art. 133 c.p. che impone al giudice, nella commisurazione della pena, di tener conto della gravità del reato, desunta tra l'altro dall'intensità del dolo o dal grado della colpa e all'art. 240 c.p. che attribuisce al giudice il potere di confiscare il frutto del reato. Secondo S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. cit.*, p. 355 l'art. 18 comma 6° della l. 8.07.86 n. 349 non avrebbe introdotto un'ipotesi di pena privata perché detti parametri avrebbero solo la funzione di agevolare la liquidazione di un danno, del quale non è possibile determinare l'esatto ammontare.

del comportamento degli operatori privati, recentemente sottolineata dalla Commissione europea che, nel ribadire la centralità del principio compensativo, ha evidenziato la capacità del risarcimento del danno di svolgere un ruolo disincentivante dei comportamenti vietati²²⁵.

La funzione deterrente della responsabilità civile è divenuta ancor più necessaria in corrispondenza di alcuni fenomeni, quali la perdita di effettività della tutela penale²²⁶, la tendenza alla depenalizzazione²²⁷ e l'entrata dell'Italia nell'Unione europea²²⁸,

Detta disciplina è stata abrogata e sostituita dal Codice dell'ambiente (D.Lgs.3.04.2006 n. 152), il cui art. 311 chiude "*ogni spiraglio all'operatività di sanzioni afflittive dal fine disincentivante*". Scompaiono, infatti, i riferimenti ai criteri della gravità della colpa e del profitto conseguito dal trasgressore ed il risarcimento viene unicamente ancorato al costo necessario per il ripristino, salvo che risulti eccessivamente oneroso. Nel nostro ordinamento, il problema della inefficacia dello strumento risarcitorio con riguardo ai *mass torts* è attualmente affrontato mediante la sola introduzione dell'azione collettiva (art. 140 bis Codice del consumo).

225 Cfr. M. COLANGELO, *op. cit.*, p. 677.

226 Rilevano la circostanza G. PONZANELLI, *I danni punitivi cit.*, p. 28; M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità cit.*, p. 79.

227 Riferisce che il fenomeno ha cominciato a manifestarsi nel '700, nell'età dei lumi, ed ha trovato la massima espressione nell'opera di Cesare Beccaria "Dei delitti e delle pene", ma è soprattutto nel XX sec. che il fenomeno ha assunto proporzioni sempre maggiori, sino a far parlare di una vera e propria fuga dal settore del penalmente rilevante e di sussidiarietà P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile cit.*, pp. 22, 23.

228 A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato cit.*,

che, come si è detto, incoraggia una regolazione dell'economia attraverso un sistema di regole rivolte ai privati.

E' opportuno che la responsabilità civile resti governata dal principio compensativo in ragione degli incentivi connessi a detta regola generale che consente, nella maggior parte dei casi, la massimizzazione del benessere collettivo.

Solo quando alcune disfunzioni impediscono al principio compensativo di condurre a risultati efficienti, è opportuno ricorrere a strumenti sanzionatori.

Un dato interessante è che i casi in cui il principio compensativo si rivela inadeguato sono i medesimi nei diversi ordinamenti giuridici²²⁹. Da qui l'importanza di individuare in che limiti la responsabilità civile possa dotarsi di strumenti sanzionatori che per tale caratteristica vengono comunemente raggruppati sotto

p. 14.

229 Per esempio, negli USA i danni punitivi tradizionalmente si sono affermati nel campo della tutela della persona e nei casi in cui si verifica un esubero dei profitti rispetto ai danni effettivamente inferti. Cfr. sul punto P. GALLO, *op. cit.*, p. 49 ss.

l'etichetta di "pene private".

La categoria non ha ancora ricevuto una compiuta elaborazione, anche se, dal punto di vista descrittivo, è già sufficientemente individuata.

In senso lato, la pena privata è uno strumento afflittivo che opera sul piano privatistico²³⁰. Per una dottrina costituiscono indici della presenza di una pena privata la gravità della colpa, i profitti conseguiti dal trasgressore e le condizioni patrimoniali del danneggiante²³¹, parametri differenti dal danno effettivo.

Parte della dottrina ritiene fisiologicamente sanzionatorio il risarcimento del danno non patrimoniale²³² e differente la funzione della responsabilità civile con riferimento ad esso che non sarebbe compensativa, ma più propriamente satisfattiva²³³; per altri, invece, le pene private sono un'altra cosa²³⁴ e la

230 S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, p. 349.

231 S. PATTI, *op. cit.*, p. 351 ss.

232 G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

233 Così C. SALVI, *Il danno extracontrattuale cit.*, p. 94 ss.

234 Così G. CALABRESI, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità*

circostanza che i pregiudizi non patrimoniali non possano essere monetizzati se non a patto di adottare dei valori convenzionali non sarebbe di per sè indice della natura sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale.

La giurisprudenza sembra essere di questa seconda opinione, peraltro più convincente.

La circostanza che si ricorra ad un criterio convenzionale per la liquidazione di un danno che per sua natura rifugge alla patrimonializzazione non sembra giustificare la conclusione che il ristoro economico costituisca un arricchimento per il danneggiato. Pare però utile, come suggerisce detta dottrina, distinguere il danno patrimoniale da quello non patrimoniale a fini sistematici, perché il risarcimento segue regole parzialmente diverse nei due casi.

Le ipotesi di forfezzazione con funzione sanzionatoria su

civile, in *Le pene private cit.*, p. 321 ss.

esaminate possono essere annoverate tra le pene private, non per la ineliminabile approssimazione insita in un meccanismo a *forfait*, ma perché le *rationes* cui sono ispirate mirano proprio a correggere alcune inefficienze dello strumento risarcitorio. In altri termini, il profilo sanzionatorio non è casuale, ma è espressamente voluto.

Un aspetto cruciale del tema attiene alla compatibilità delle pene private con il nostro ordinamento. La giurisprudenza²³⁵, sia di merito che di legittimità, sul rilievo che la funzione sanzionatoria sarebbe estranea allo strumento risarcitorio ha negato

235 Cfr. Corte di Appello di Trento, 16.08.2008, n. 151, in *Danno e Resp.*, 2009, 92 con nt. di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; Corte di Appello di Venezia, 15.10.2001, n. 1359, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2002, p. 1021 ss. con nt. C. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *NGCC*, 2002, I p. 770 ss. con nt. G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*; Cass. civ. 19.01.2007, n. 1183, in *Corriere giuridico*, 2007, 4 p. 497 ss con nt. P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *FI*, 2007, I, p. 1461 ss. con nt. G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*, in *NGCC*, 2007, I, p. 981 ss. con nt. S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1893 con nt. L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 1129 ss. con nt. G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 1125 ss. con nt. R. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*.

cittadinanza ai danni punitivi nel nostro ordinamento, per contrasto con l'ordine pubblico. Non convince l'assunto secondo il quale la responsabilità civile non potrebbe avere funzione sanzionatoria²³⁶. Come giustamente osservato²³⁷, la circostanza che i danni punitivi di matrice americana non possano essere trapiantati nel nostro ordinamento, in quanto strettamente legati al contesto giuridico di origine, non esclude che sia opportuno interrogarsi sulla funzione deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile²³⁸.

Le ragioni che inducono a riconoscere una funzione sanzionatoria alla responsabilità civile possono così riassumersi.

236 L'idea che la funzione sanzionatoria sia estranea ai rimedi civilistici è espressa anche da Cass. civ. 6.05.2008 n. 15067 secondo la quale "*le sanzioni civili si distinguono dalle sanzioni amministrative (di cui alla legge n. 689 del 1981) e da quelle tributarie (di cui alla legge n. 472 del 1997), non avendo un carattere afflittivo ed una destinazione di carattere generale ed essendo sanzioni aggiuntive, destinate a risarcire il danno ed a rafforzare l'obbligazione con funzione di deterrente per scoraggiare l'inadempimento, sicché, non trovando applicazione per le sanzioni civili il principio della personalità della responsabilità, esse sono trasmissibili agli eredi*".

237 G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in NGCC, 2008, II, p. 25 ss.

238 Ritiene che il percorso della responsabilità civile non possa più proseguire esclusivamente sul versante della riparazione del danno G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in NGCC, 2006, II, p. 296.

In primo luogo, la maggior efficacia, in alcuni casi, della sanzione privatistica rispetto a quella pubblicistica, in ragione delle caratteristiche che contraddistinguono la prima: essa fa ricorso alle informazioni private, è meno onerosa per lo Stato e soprattutto, è capace di "scavalcare le frontiere"²³⁹.

Dal punto di vista politico, si è evidenziato che se in uno Stato liberale l'idea della pena privata appare una "scoria del passato", un "fossile normativo sopravvissuto da ordinamenti meno evoluti"²⁴⁰, nello Stato regolatore, quale può essere definito quello attuale, in ragione proprio dei limiti posti all'intervento pubblico nell'economia, si predilige un sistema di regole rivolto agli operatori privati per eliminare le distorsioni del mercato e per garantire l'effettività della tutela giuridica²⁴¹. Si ravvisa un progressivo cambiamento del rapporto tra *public* e *private*

²³⁹ L'espressione è di A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato cit.*, p. 20.

²⁴⁰ A. ZOPPINI, *ult. op. cit.*, p. 13.

²⁴¹ Cfr. A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 14.

enforcement, in termini di tendenza alla complementarità²⁴² o alla interscambiabilità²⁴³.

Il cambiamento della Costituzione materiale intrapreso dall'Italia con l'adesione alla Comunità Economica Europea prima ed all'Unione Europea poi, può essere uno spunto interessante per rivedere alcuni principi dai quali sino ad ora si è desunta una incompatibilità delle pene private con l'ordine pubblico, negandosi dignità ad una funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

L'ostilità della Suprema Corte ad ammettere una funzione sanzionatoria della responsabilità civile sembra giustificarsi esclusivamente con riferimento a strumenti che conferiscano al giudice il potere di disattendere il principio compensativo. Nei casi esaminati, invece, la potestà punitiva è esercitata direttamente dal legislatore.

Dall'analisi compiuta possono trarsi alcuni limiti alla cittadinanza

²⁴² M. COLANGELO, *op. ult. cit.*, p. 655.

²⁴³ A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 15.

delle c.d. pene private²⁴⁴ nel nostro ordinamento.

La circostanza che il legislatore tenda a preservare la funzione compensativa del risarcimento del danno, introducendo nuovi rimedi dal carattere più propriamente afflittivo, conferma la tesi di chi riserva la possibilità di prevedere pene private al solo legislatore²⁴⁵. Specificamente, senza la necessaria intermediazione di una legge o atto ad essa equipollente che espressamente lo autorizza, il giudice civile può solo condannare il danneggiante ad un risarcimento parametrato al danno effettivo. Non sembra che i privati possano introdurre pene private convenzionali non previste dalla legge. Come si vedrà nell'ultimo capitolo, la clausola penale in talune ipotesi assume una funzione sanzionatoria: essa è però tipizzata dal legislatore e

²⁴⁴ Critica l'utilizzo del termine "pena", in luogo del più corretto appellativo di "sanzione civile punitiva" F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, Bologna, 1993, p. 166 ss.

²⁴⁵ Il riferimento è a G. PONZANELLI, *I danni punitivi cit.*, il quale testualmente a pag. 32: "*soltanto in presenza di un indice normativo sicuro, peraltro, il giudice può concedere una somma superiore al danno sofferto dalla vittima; a lui è preclusa una facoltà generale di concedere risarcimenti punitivi*".

soggetta al controllo giudiziale.

Una dottrina ha escluso che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, possano prevedere sanzioni che abbiano contenuto non patrimoniale o abbiano ad oggetto diritti indisponibili²⁴⁶.

Inoltre, un dato comune che emerge dalla disamina delle ipotesi di forfezzazione con funzione sanzionatoria è che essa, di regola, ha due presupposti: si giustifica sulla constatazione di inefficacia dello strumento risarcitorio ed è esercitata con riferimento a beni di rango costituzionale o a tutela dell'ordine pubblico economico.

La forfezzazione può rappresentare uno strumento privilegiato per consentire, da un lato, il rispetto del principio di uguaglianza e, dall'altro, per evitare sanzioni totalmente imprevedibili che, come si è detto, hanno degli effetti devastanti sul sistema che è preferibile evitare, come conferma l'esperienza d'oltreoceano.

246 F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 509 ss.

Negli USA è in atto una tendenza a circoscrivere il potere della giuria nella determinazione del quantum dei danni punitivi, considerato uno dei difetti più vistosi del sistema.

Una notevole differenza tra le sanzioni civilistiche italiane e i danni punitivi di matrice angloamericana risiede nel ruolo dell'elemento soggettivo dell'illecito. Negli USA la concessione dei danni punitivi presuppone una condotta dolosa del soggetto agente. La ragione è prettamente economica: la concessione dei danni punitivi in caso di colpa potrebbe indurre il potenziale danneggiante ad esagerare con l'adozione delle misure preventive, spingendosi oltre il livello ottimale²⁴⁷. E' anche vero che negli USA si ammette l'assicurazione avverso i danni punitivi. Una recente opinione, discostandosi dalla tradizione, ritiene che i danni punitivi siano utili per raggiungere l'efficienza non solo quando il potenziale danneggiante confidi nella probabilità di

247 P. GALLO, *Pene private cit.*, p. 180.

andare indenne da responsabilità, ma anche quando, pur sapendo che non potrà sfuggire alla sua responsabilità in caso di danno, sottostima la probabilità del verificarsi dello stesso o sovrastima la possibilità di scongiurarlo²⁴⁸. Ciò in ragione del fatto che evidenze empiriche e sperimentali dimostrano che le valutazioni di rischio degli agenti non sono necessariamente allineate con i rischi che oggettivamente affrontano, in quanto essi spesso sopravvalutano le proprie abilità, sovrastimano la probabilità di buoni risultati, sottostimano la probabilità di cattivi risultati. I danni punitivi servirebbero allora a riallineare il rischio oggettivo a quello soggettivamente percepito.

Quest'analisi sembra suggerire la possibilità di una convivenza tra un regime di responsabilità oggettiva e i danni punitivi²⁴⁹ e

248 B. BHOLE, J. WAGNER, *Punitive Damages and the Recklessness Requirement with Uninformed Injurers*, in *International Review of Law and Economics*, 30, 2010, p. 257.

249 Si poneva l'interrogativo di come si concili la pena privata con la responsabilità oggettiva A. DE CUPIS, *Sul tema del danno e del risarcimento*, in *Le pene private*, (a cura di) SCALFI G. e BUSNELLI F.D. cit., p. 322.

sembra emancipare le sanzioni private dalla necessaria presenza dell'elemento soggettivo dell'illecito.

2.3 La forfetizzazione con funzione indennitaria.

La disciplina del trasporto di cose fa un ampio uso della forfetizzazione con funzione indennitaria.

Sebbene la dottrina evidenzi l'eterogeneità delle fattispecie per le quali la legge utilizzi il termine indennità o indennizzo²⁵⁰, concordemente si ammette che l'indennità designa in genere una somma pecuniaria inferiore all'ammontare del risarcimento del danno²⁵¹. E' con questo significato che il concetto verrà utilizzato nel prosieguo.

La Corte Costituzionale ha in più occasioni ribadito la legittimità

250 R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, vol. VIII, 1962, p. 594; S. CICCARELLI, voce *Indennità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1971, p. 99; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* (diretto da) M. FRANZONI, Giuffrè, 2004, p. 631.

251 R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 594; C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1971, p. 1091; M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 631.

di un sistema forfetario che contenga entro limiti predeterminati la responsabilità del vettore di cose, al fine di evitare l'esposizione di quest'ultimo ad oneri finanziari insostenibili che pregiudicherebbero l'assicurazione del rischio di impresa, con conseguente aumento delle tariffe ed un generale svantaggio per la collettività²⁵².

La Consulta in passato ha salvato il limite risarcitorio dalle

252 Cfr. Corte Cost. 12.05.1982 n. 90 cit.: *"l'esistenza di massimali per il risarcimento dei danni alle cose trasportate non trae motivo del pur gravoso regime di responsabilità incombente sul vettore ferroviario, né dalla sua originaria posizione di monopolista. Il legislatore delegante, di fronte alle dimensioni assunte dal trasporto ferroviario, che è trasporto di massa, ha semmai tenuto presente la necessità di non esporre l'Azienda Autonoma a insostenibili oneri finanziari; e d'altra parte si è preoccupato di disporre che la funzione sociale e la natura del pubblico servizio adempiuto dalle Ferrovie non influissero soverchiamente sul livello delle tariffe applicate... Posto ciò, resta esclusa anche la prospettata lesione del principio di eguaglianza. Il regime del trasporto per ferrovia, quale risulta dal decreto delegato n. 197 del 1961, forma un corpo normativo, che costituisce, ai sensi dell'art. 1680 del codice civile, una legge speciale, in rapporto alla disciplina del contratto di trasporto, dettata, in via generale, dallo stesso codice. Le disposizioni di questa legge o normazione speciale vengono, quindi, a derogare lo schema dell'anzidetta disciplina. Ma la deroga, che nel caso in esame incide sulla responsabilità del vettore (quanto alla previsione, denunziata come illegittima, dei limiti nei quali essa viene contenuta), non è arbitraria, né comunque lesiva del precetto scaturente dall'art. 3 Cost.: sia perché le peculiari esigenze e condizioni del traffico ferroviario giustificano un regime diverso da quello adottato dal codice, sia perché il regolamento della specie si colloca razionalmente nel contesto di un apposito assetto normativo del trasporto ferroviario, che assicura parità di trattamento a tutti gli utenti di quel servizio"*.

censure di costituzionalità, oltre che in ragione della meritevolezza della scelta politica di assicurare la sopravvivenza della nascente industria dei trasporti, rilevando la possibilità di una deroga convenzionale del massimale verso l'alto²⁵³. Seguendo il ragionamento della Corte, la forfetizzazione con funzione indennitaria in caso di danno a cose è costituzionalmente legittima se ragionevole, in esito ad un giudizio di bilanciamento

253 La possibilità di rendere una dichiarazione di valore della merce trasportata, con conseguente inoperatività del limite risarcitorio, ma correlativo aumento del prezzo del servizio, è la ragione che ha portato in più occasioni la Consulta ad escludere l'incostituzionalità del limite. Cfr. al riguardo Corte Cost. n. 19.11.1987, n. 401 *cit.* secondo la quale *"l'entità del risarcimento è in funzione del costo dell'operazione di trasporto: il vettore, conoscendo, attraverso la dichiarazione del caricatore, l'effettivo valore della merce, è posto al corrente dell'entità della sua eventuale obbligazione risarcitoria e può perciò adeguare ad essa il nolo. Si che l'operatività del limite è in funzione di un atto di autonomia di uno dei soggetti del rapporto (caricatore), libero di scegliere tra risarcimento non limitato (con maggiorazione del nolo) e risarcimento indicato nella prima parte del primo comma dell'art. 423 c. nav. (con conseguente minor incidenza del corrispettivo)"*; con riferimento al trasporto di cose su strada cfr. Corte Cost. 16.02.1993, n. 64 *cit.* : *"la natura dispositiva del limite avvicina la norma denunciata al modello dell'art. 423 cod. nav.: in entrambi i casi la legge fa salva la determinazione convenzionale dell'ammontare dei danni risarcibili, in sostituzione dell'indennizzo legale. Perciò vale anche nel nostro caso l'argomento con cui la sentenza n. 401 del 1987 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma del codice della navigazione"*; cfr. anche Corte Cost. 14.03.2003, n. 71, in *Dir. trasporti*, 2004, p. 121 con nt. di A. CUSMAI, *La giusta opportunità per l'utente – caricatore di esprimere liberamente la dichiarazione di valore come presupposto della legittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav.*, e in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, p. 711 ss.

di interessi contrapposti (nel caso specifico, l'interesse della collettività ad accedere al servizio a prezzi sostenibili giustificerebbe la limitazione di responsabilità del vettore) e se è lasciata al contraente la possibilità, pagando un prezzo più alto, di godere della copertura risarcitoria integrale; inoltre, nel caso di responsabilità del vettore per dolo o colpa grave, il massimale non potrebbe operare²⁵⁴.

254 Secondo Corte Cost. 22.11.1991, n. 420 cit. *"da un insieme di norme, disseminate nel codice civile (art. 1229, 1° co., 1713, 2° co., ecc.) nel codice della navigazione (art. 952) e in leggi speciali (in particolare art. 29, 1° co., della convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale di merci su strada, resa esecutiva in Italia dalla l. 6.12.1960, n. 1621) si ricava un principio generale, conforme alla tradizione giuridica europea, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipende da dolo o colpa grave. Tale principio, mentre vincola inderogabilmente l'autonomia privata, non vincola il legislatore, non essendo coperto da garanzia costituzionale"*. Ciò non porta la Corte ad escludere l'illegittimità della normativa sottoposta al suo vaglio sul diverso canone della ragionevolezza: *"Nel sistema della legge nazionale, invece, la limitazione legale del risarcimento è inderogabile anche in favore dell'utente, e poichè l'inderogabilità è correlata alla cogenza delle tariffe a forcella, non sarebbe di per sé ingiustificata l'estensione del limite a tutti i casi di responsabilità, incluso il caso di dolo o colpa grave. Il parametro dell' art. 3 Cost. viene piuttosto in considerazione sotto l'aspetto del principio di ragionevolezza e della connessa esigenza di equo temperamento dell'interesse degli autotrasportatori con l'interesse delle imprese utenti tutelato dall'art. 41 Cost. Il limite di responsabilità del vettore, specialmente quando è configurato come invalicabile anche nell'ipotesi di dolo o colpa grave, deve essere compensato da idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento del danno. A questa esigenza di ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco si dimostra sensibile, in una certa misura che qui non occorre valutare, l'art. 52 del d.P.R. 30 marzo 1961, n. 197, relativo al trasporto di cose sulle*

Sembra che la Corte abbia formalmente negato la valenza costituzionale del principio espresso dall'1229 cod. civ. che vieta la limitazione della responsabilità del debitore in caso di dolo o colpa grave o di violazione di principi di ordine pubblico²⁵⁵, ma, di fatto, riconosciuto che, trattandosi di principio generale che come tale disciplina una moltitudine di casi, pone un problema di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.). La Corte ha, infatti, accolto le censure di illegittimità del limite risarcitorio in caso di dolo o colpa grave con riferimento al parametro della ragionevolezza. Analogamente, in una pronuncia più recente²⁵⁶.

ferrovie dello Stato, che nel caso di dolo o colpa grave, pur senza rimuovere il limite di responsabilità del vettore, dispone però il raddoppio del massimale".

255 G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale cit.*, p. 75.

256 Cfr. Corte Cost. 26.05.2005, n. 199 *cit.* secondo la quale: "*dalle numerose pronunce dedicate da questa Corte alla disciplina del limite di risarcimento del vettore per perdita o avaria delle cose trasportate in relazione all'ipotesi di dolo o colpa grave, si desume, da un lato, che il legislatore ben può, nella sua discrezionalità, optare o per l'esclusione sic et simpliciter dell'operatività del limite stesso ovvero per una congrua elevazione del massimale e, dall'altro lato, che tale seconda soluzione presuppone «idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento del danno», quali può fornire, sempre che l'importo-base sia fissato in misura congrua*

Il legislatore può dunque derogare al principio di cui all'art. 1229 cod. civ. anche se, essendo questo un principio generale del sistema, è difficile che, così facendo, non incorra nella violazione dell'art. 3 Cost. Forse era più semplice ammettere che esso, in quanto principio generale dell'ordinamento deve essere rispettato anche dal legislatore²⁵⁷.

Nel caso in cui oggetto della tutela siano diritti fondamentali della persona²⁵⁸, le pronunce più recenti inducono a ritenere che il principio dell'integrale risarcimento del danno non possa subire deroghe²⁵⁹, nemmeno quando il comportamento antigiuridico sia compiuto con colpa lieve o senza colpa.

dalla legge, un meccanismo di periodico adeguamento. La disciplina di cui all'art. 423, comma 1, cod. nav., pertanto, confligge con l'art. 3 Cost. nella parte in cui – a differenza di quanto previsto per ogni altro tipo di trasporto – irragionevolmente omette di considerare, assoggettando anch'essa al limite di risarcimento, l'ipotesi di perdita o avaria delle cose trasportate dovuta a dolo o colpa grave del vettore marittimo o di suoi dipendenti o preposti".

257 Così A. FLAMINI, *La limitazione del debito vettoriale tra interessi del mercato e tutela della persona*, in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Ed. scientifiche italiane, 2006, p. 192.

258 Corte Cost. 323/89 *cit.*

259 Cfr. Corte Cost. 11.07.2003, n. 233 *cit.* e Cass. civ., S.U. 26972/08 *cit.* secondo cui "il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale".

Il principio è condiviso a livello europeo²⁶⁰. La forfetizzazione non è incompatibile con la tutela della salute, a patto che residui la possibilità di ottenere il maggior danno seguendo le vie probatorie ordinarie. Anzi, la forfetizzazione è auspicabile in quanto consente l'adozione di un'uniformità pecuniaria di base, requisito indispensabile per non incorrere nella violazione dell'art. 3 Cost.

Il meccanismo a *forfait* non deve però essere troppo rigido, ma deve consentire la necessaria personalizzazione del ristoro²⁶¹.

La lesione dei diritti fondamentali della persona che rifuggono a logiche economiche mette in discussione i concetti di danno e di risarcimento, il cui rapporto non sembra potersi spiegare facendo ricorso al principio compensativo. La funzione della

260 G. VILLA, *La forfetizzazione legale del danno contrattuale cit.*, p. 117, segnala che i *Principles of European Tort Law*, se consentono una limitazione di protezione di interessi puramente economici, prevedono espressamente (art. 2:102) che alla vita, all'integrità fisica, alla dignità umana e alla libertà deve essere assicurata "la più ampia tutela".

261 Corte Cost. 14.07.1986, n. 184 *cit.*

responsabilità civile sembra in queste ipotesi doversi ricondurre alla deterrenza: attraverso una monetizzazione di risorse che intrinsecamente sfuggono ad una quantificazione economica il risarcimento del danno non patrimoniale mantiene la funzione disincentivante²⁶² che gli è propria.

Lo scopo dei sistemi tabellari non è dunque quello di mercificare la persona umana, ma di scoraggiare le attività che ne mettono a repentaglio l'integrità, attribuendo un valore economico al costo sociale degli incidenti. Consente, inoltre, una riaffermazione del diritto violato.

Ciò non significa che la società adotterà un criterio di mercato puro per assumere decisioni che riguardano diritti fondamentali della persona, ma che i costi delle lesioni di natura non economica devono essere trasferiti sui soggetti che svolgono le attività che mettono a repentaglio la sicurezza della persona,

262 Cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti cit.*, p. 37, secondo il quale la società non ha tra i suoi fini quello di tutelare a tutti i costi la vita dell'uomo.

quale minima forma di tutela. L'adequatezza del risarcimento dovrà rispondere a un criterio di accettabilità sociale dei danni. Nel caso in cui alcune attività dannose vorranno essere completamente vietate, la funzione sanzionatoria potrebbe indurre il legislatore ad introdurre l'obbligo dell'autore della lesione a riversare i profitti illecitamente conseguiti, in analogia con l'art. 125 del Codice della proprietà industriale.

Il principio di integrale riparazione del danno nel campo dei diritti della personalità acquista un concreto significato operativo per legittimare richieste risarcitorie riconducibili alla logica dell'art. 2058 cod. civ.

Per esempio, il danneggiato potrebbe preferire ad una liquidazione pecuniaria del danno, una condanna del danneggiante ad anticipare tutte le spese di un intervento specialistico costosissimo e all'avanguardia, magari da eseguirsi dall'altra parte del mondo, che potrebbe ridurre le lesioni permanenti,

salvo il risarcimento delle lesioni persistenti anche dopo l'operazione²⁶³.

La forfetizzazione con funzione indennitaria è uno strumento di cui il legislatore può servirsi per incentivare attività che, diversamente, in ragione dell'alto rischio di incidenti che creano, nessuno svolgerebbe. La disciplina del trasporto testimonia un'evoluzione del rigore di responsabilità cui negli anni è stato esposto il vettore: il limite risarcitorio inizialmente funzionale allo sviluppo di un'industria nascente ora riceve temperamenti in ragione della maggiore sicurezza dei traffici.

La forfetizzazione si è rivelata dunque particolarmente utile per incentivare un'attività fondamentale per il progresso sociale, ma dalla potenzialità dannosa molto alta che, senza un regime di responsabilità affievolito avrebbe avuto difficoltà di sviluppo.

²⁶³ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1996, p. 509 ss; A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e Impresa*, 1998, II, p. 1153.

Con riguardo ai pregiudizi di natura non patrimoniale, la forfetizzazione non risponde ad una logica indennitaria, ma ad una funzione di deterrenza. I sistemi tabellari di liquidazione del danno, come si è detto, non vincolano il giudice quando il danneggiato agisce nei confronti del danneggiante, ma operano solo all'interno del meccanismo assicurativo, al fine di garantire la certezza di un ristoro rapido.

Si è rilevata sul punto la prassi della giurisprudenza di merito, la quale, discostandosi in tal modo da un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, procede alla liquidazione tabellare del danno non patrimoniale anche nei giudizi intrapresi dal danneggiato contro il danneggiante - assicurato. Se quegli importi sono "indennizzi", il risarcimento dovrebbe sempre discostarsene in eccesso.

Non sembra invece potersi condividere l'opinione secondo la quale il risarcimento del danno non patrimoniale ha funzione

sanzionatoria in quanto determina un arricchimento economico del danneggiato²⁶⁴. Nella scala gerarchica dei valori costituzionali, i diritti della persona ricoprono un posto più alto rispetto agli interessi di natura patrimoniale. La lesione di un diritto fondamentale non può ritenersi perciò mai pienamente compensata da un ristoro economico.

²⁶⁴ Così C. SALVI, *Il danno extracontrattuale cit.*, p. 94.

Capitolo 3

LA FORFETIZZAZIONE

E LA DISCIPLINA DELLA CLAUSOLA PENALE

Sommario: 3.1. L'applicabilità alle c.d. penali legali del potere equitativo del giudice previsto dall'art. 1384 cod. civ. 3.2. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali del divieto di anatocismo. 3.3. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali della regola secondo la quale la clausola penale limita il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. 3.4. Sull'operatività del principio espresso dall'art. 1229 cod. civ. con riferimento alle c.d. penali legali. 3.4. Sull'operatività del principio espresso dall'art. 1229 cod. civ. con riferimento alle c.d. penali legali. 3.5. Sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale. 3.6. Conclusioni.

3.1. L'applicabilità alle c.d. penali legali del potere equitativo del giudice previsto dall'art. 1384 cod. civ.

Il raffronto con la disciplina della clausola penale può essere utile per verificare se le regole valide per quest'ultima siano applicabili anche alle c.d. penali legali, risolvendo così alcune questioni interpretative.

Ci si chiede, in prima battuta, se il potere equitativo del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva possa trovare

applicazione anche con riferimento alle penali di fonte legale.

Per rispondere al quesito occorre considerare brevemente le funzioni normalmente riconosciute alla clausola penale in quanto ad esse è necessariamente preordinato il potere equitativo previsto dall'art. 1384 cod. civ.

La dottrina ha individuato un ventaglio di funzioni in capo alla clausola penale. Alcuni Autori²⁶⁵ pongono l'accento sul carattere coercitivo e punitivo del patto, individuando l'elemento caratterizzante della clausola nella idoneità a rafforzare il vincolo obbligatorio mediante l'effetto deterrente associato alla minaccia di una sanzione afflittiva e superiore ai danni prevedibili.

Altra dottrina²⁶⁶ nega che la funzione punitiva caratterizzi la

265 A. MAGAZZU', voce *Clausola penale*, in Enc. dir., VII, Milano, 1960, pp. 188, 189; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 11 il quale attribuisce funzione solo sanzionatoria alla penale "pura" e funzione risarcitoria e sanzionatoria a quella c.d. "non pura"; F. MOLFESE, *La clausola penale*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 515 e 516.

266 L. CARRARO, *Recensione a V.M. Trimarchi, La clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 189; A. DE CUPIS, *Il danno cit.*, p. 520 ss. il quale considera solo eventuale la funzione penale; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, 1969, p. 5 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984, p. 36; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, p. 221 ss.; parla di

clausola ed individua lo scopo esclusivo della stessa nella preliquidazione convenzionale del danno risarcibile che consentirebbe un alleggerimento del carico probatorio del creditore nonché il riconoscimento di un diritto al risarcimento anche di un eventuale interesse idiosincratico all'adempimento. Il profilo coercitivo del patto sarebbe solo indiretto e come tale non caratterizzante, ma anzi soggetto a controllo giudiziale.

Non mancano le opinioni intermedie²⁶⁷, che riconoscono alla clausola una duplice funzione, risarcitoria e sanzionatoria.

Consente di giungere a risultati più appaganti l'opinione di chi critica l'approccio funzionalistico, suggerendo l'adesione ad un

rafforzamento del vincolo contrattuale A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2004, p. 510. In giurisprudenza, vd. Tribunale di Bologna, sez. II, 31.01.2007, n. 216, in *Guida al diritto*, 2007, 17, p. 80 secondo cui la penale ha una funzione di mera liquidazione anticipata e forfettaria del danno. Esclude la funzione punitiva, ma richiama la funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale, Cass. civ., sez. III, 19.01.2007, n. 1183 *cit.*

267 F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. CICU e F. MESSINEO, Giuffrè, 1968, p. 210. In giurisprudenza, ritengono che la penale abbia una funzione risarcitoria e insieme punitiva: Cass. civ., sez. III, 26.06.2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, p. 450 con nt. di GALLARATI; Cass. civ., sez. II, 10.06.1991, n. 6561, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 6; Cass. civ. sez. III, 26.05.1980, n. 3443, in *Giust. civ. Mass.*, 5.

metodo empirico e casistico, in ragione dell'estrema duttilità del patto e della sua capacità di soddisfare interessi eterogenei delle parti²⁶⁸ che di volta in volta occorre individuare per correttamente comprendere la causa concreta.

Ad una molteplicità di potenziali funzioni della clausola penale fa da contrappeso l'unitarietà della disciplina legale. E' questa forse la ragione che ha indotto la dottrina a distinguere la penale da figure affini, allo scopo di ammettere regole operative parzialmente diverse da quelle previste dagli artt. 1382 ss. cod. civ.

E' così che sulla scorta dell'esperienza comparatistica²⁶⁹ si è

268 G. GORLA, *Il contratto - Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 250 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, p. 379; R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, UTET, 2004, p. 446; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 993 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale cit.*, p. 966.

269 Nei Paesi di *common law* si suole distinguere le *penalties*, vietate, dai *liquidated damages*, ammessi. Sul punto, cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale cit.*, p. 44 ss.; cfr. anche M. CENINI e F. PARISI, *Allocazione del rischio tra clausole penali e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 309 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, tomo II, *Il contenuto - gli effetti*, Utet, 2010, p. 1556.

proposto di distinguere la clausola penale dalla clausola di preliquidazione del danno risarcibile²⁷⁰; una penale "pura" da una "non pura"²⁷¹ nonché la clausola penale dalla clausola di assunzione del rischio²⁷² o dalla clausola limitativa della responsabilità²⁷³.

Le clausole di preliquidazione del danno²⁷⁴, desumibili in via interpretativa dagli artt. 1382 – 1384 cod. civ.²⁷⁵, diversamente dalla penale, presupporrebbero necessariamente l'esistenza di un danno²⁷⁶ che cercherebbero di dettagliare il più possibile e sarebbero totalmente prive di un connotato sanzionatorio, avendo come unico scopo quello di individuare con certezza il costo dell'uscita dal contratto come alternativa all'esecuzione del

270 G. GORLA, *Il contratto cit.*, p. 249; N. PARODI, *L'uscita programmata dal contratto*, Giuffrè, 2005, p. 157 ss.

271 V. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 13.

272 G. DE NOVA, voce *Clausola penale cit.*, p. 378.

273 F. BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, II, Torino, 1988, p. 399; P. GALLO, *ult. op. cit.*, p. 14.

274 N. PARODI, *op. cit.*, pp. 151 ss.

275 N. PARODI, *op. cit.*, p. 157.

276 Così anche S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private* (a cura di) SCALFI G. e BUSNELLI F.D. *cit.*, p. 271.

medesimo. L'importanza della distinzione risiederebbe nel fatto che le clausole di preliquidazione del danno non tollererebbero l'intervento equitativo del giudice ex art. 1384 cod. civ.²⁷⁷.

La penale "pura" si distinguerebbe dalla penale "non pura", in quanto la prima avrebbe finalità esclusivamente afflittiva, mentre la seconda avrebbe anche una funzione risarcitoria. Solo per quest'ultima sarebbe vietato il cumulo della prestazione principale con il risarcimento del danno²⁷⁸.

La clausola penale, diversamente dalla clausola di assunzione del rischio, presupporrebbe sempre l'imputabilità dell'inadempimento del debitore²⁷⁹. La clausola di assunzione del rischio, avendo differente funzione e contenuto aleatorio, non sarebbe soggetta all'art. 1384 cod. civ.

La differenza tra clausole di esonero da responsabilità e clausole

²⁷⁷ N. PARODI, *op. cit.*, p. 163.

²⁷⁸ V. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 68 ss. e 112 ss.

²⁷⁹ G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 378.

penali, invece, risiederebbe nel fatto che le prime stabilirebbero un *plafond*, mentre le seconde un *forfait*; pertanto, nelle prime non si potrebbe prescindere dall'accertamento di un effettivo pregiudizio²⁸⁰.

L'eterogeneità di funzioni è una caratteristica che accomuna le c.d. penali legali a quelle introdotte dall'autonomia privata, nelle quali, similmente alle prime, di volta in volta può essere predominante il profilo sanzionatorio, quello risarcitorio o quello indennitario.

Ciò detto, occorre chiedersi come si giustifica il potere equitativo del giudice e quindi stabilire i limiti del suo corretto esercizio.

E' pacifico che nel nostro ordinamento il giudice non possa aumentare la penale, ma solo ridurla in due ipotesi determinate dall'art. 1384 cod. civ.: in caso di parziale adempimento o di

280 F. BENATTI, *op. cit.*, p. 399; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *La responsabilità civile*, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*, (a cura di) P. CENDON, UTET, 1998, p. 363.

manifesta eccessività della penale rispetto all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Per opinione dominante²⁸¹ la valutazione della manifesta eccessività va riferita al momento in cui si è concluso il contratto cui accede la clausola penale²⁸², essendo irrilevanti sia il pregiudizio realmente subito da chi la pretende sia la sopravvenienza di fatti diversi dall'adempimento che riducano l'interesse del creditore o il pregiudizio che il medesimo viene a subire per effetto dell'inadempimento.

Infatti, la lettera della norma parla di interesse che il creditore

281 In giurisprudenza: Cass. civ., sez. II, 1.07.2009, n. 15468; Cass. civ., sez. III, 5.08.2002, n. 11710.

282 Contro l'opinione dominante che ritiene che la valutazione sulla manifesta eccessività vada compiuta ex ante, con riguardo al momento della conclusione del contratto, vedi A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corriere giur.*, n. 11/05, pp. 1540 e 1541. L'A. ritiene che, nonostante l'ambiguità presente nella formulazione dell'art. 1384 cod. civ., la norma non sembra porsi problemi di astratto equilibrio contrattuale e/o di adeguatezza della sanzione, ma di verificare *in executivis* se la richiesta della penale sia manifestamente eccessiva rispetto al danno. Secondo l'A. detta interpretazione evolutiva della norma, che contrasta con la sua formulazione letterale, si armonizzerebbe con la scelta normativa dei Principi Unidroit e dei Principi di diritto contrattuale europeo, che impongono di valutare la manifesta eccessività con riferimento al danno derivante dall'inadempimento ed alle altre circostanze.

“aveva” all’adempimento della prestazione principale.

La Relazione al codice civile individua la *ratio* dell’art. 1384 cod. civ. nell’equità che “*mira a contenere l’autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell’accordo sia usurario*”²⁸³.

Già nel 1954 Gino Gorla dubitava che questa dovesse essere la giustificazione del potere. Egli, pur ammettendo che la reazione allo stato di bisogno o al vizio del consenso di un contraente²⁸⁴ avessero *ab origine* ispirato la regola, individuò la giustificazione della norma nell’esigenza di assicurare la proporzionalità della sanzione che, se è presupposto necessario per la legittimità delle pene stabilite dalla legge, non può a maggior ragione mancare in quelle convenzionali²⁸⁵. La giurisprudenza ha ravvisato la *ratio* del potere equitativo nell’esigenza di preservare l’equilibrio

283 Relazione del Guardasigilli al codice civile, Roma, 1943, passo n. 632.

284 Inteso come mancanza di libertà del volere o errore del debitore anche per carenza di informazione. Sul punto, A. MARINI, *La clausola penale cit.*, p. 138.

285 G. GORLA, *op. cit.*, pp. 259 e 260. Sul punto vd anche M. TATARANO, *L’adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Ed. scientifiche italiane, 2002, p. 57 ss.

contrattuale²⁸⁶ e di effettuare un controllo a posteriori sul corretto esercizio, da parte dell'autonomia privata, della facoltà di prevedere clausole penali.

Il legislatore, prevedendo la tipicità della clausola, avrebbe, secondo la Corte, sottratto la stessa a censure di invalidità, prevedendo però un intervento correttivo del giudice in funzione di controllo della autonomia privata. Le Sezioni Unite sono giunte a riconoscere l'ammissibilità di un esercizio anche d'ufficio²⁸⁷ del potere equitativo, sul rilievo che questo non sarebbe previsto a

“tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della

286 Cfr. Cass. civ., sez. III, 19.01.2007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 1, per la quale *"la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta"*.

287 Cass. civ., S.U., 13.09.2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ss.; in *Corr. Giur.*, n. 11/2005, p. 1534 ss. con nt. A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, p. 1538 ss.; in *Resp. Civ. Prev.*, 2006, p. 56 ss. con nt. G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; in *Notariato*, 2006, p. 13 ss. con nt. di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; in *Danno e Resp.*, 2006, p. 411 ss. con nt. di C. MEDICI, *Controllo sulla penale "manifestamente eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali* e con nt. di RICCIO, *Il generale intervento del giudice sugli atti di autonomia privata*.

*penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende*²⁸⁸; la legge avrebbe riservato al giudice un potere di controllo “*concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità*”. Il controllo giudiziale sarebbe finalizzato ad evitare che l'autonomia privata travalichi i limiti di meritevolezza cui è subordinata la sua tutela e sarebbe quindi espressione di un limite di ordine pubblico²⁸⁹.

Nell'interpretazione dell'art. 1384 cod. civ. assume un'importanza dirimente la questione dell'ammissibilità di un potere sanzionatorio in capo ai privati. In caso di risposta positiva, il

288 La sentenza delle Sezioni Unite è interessante nella parte in cui sostiene che, se l'istituto della clausola penale non fosse stato previsto dalla legge, il giudice, nel compiere la valutazione di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. della clausola, avrebbe anche potuto concludere negativamente, ove avesse ravvisato un contrasto del patto con i principi fondamentali dell'ordinamento. Tale opinione sembra confermare quanto detto nel cap. 2 a proposito nella necessaria intermediazione legislativa nella previsione di pene private. La Corte precisa anche che la clausola penale costituisce una deroga alla possibilità di istituire sanzioni private.

289 A. DI MAJO, *op. cit.*, pp. 1540 e 1541 sottolinea alcune contraddizioni presenti nella motivazione della sentenza che parla di potere officioso posto a tutela di un interesse generale che deve effettuare un “congruo temperamento degli interessi contrapposti”. Inoltre, il sindacato del giudice che secondo la S.C. dovrebbe essere retrospettivo non si concilia con il presupposto dell'adempimento parziale, che è un evento necessariamente successivo all'accordo.

giudice non dovrebbe, nell'esercizio del proprio potere equitativo, azzerare totalmente il profilo punitivo della clausola, ma effettuare solo un controllo di proporzionalità della sanzione; in caso di risposta negativa, invece, lo scopo del potere giudiziale sarebbe proprio quello di impedire che la clausola si traduca in una pena privata convenzionale.

La pronuncia della Corte non sembra negare una funzione sanzionatoria della clausola, ma, al contrario, sembra presupporre che il potere equitativo del giudice si giustifichi proprio in relazione ad esso. Del resto, l'analisi compiuta in relazione alle c.d. penali legali dimostra che la funzione sanzionatoria non è affatto assente nella responsabilità civile.

Non necessariamente la penale elevata realizza uno scopo sanzionatorio, in quanto alla sua previsione può avere fatto da contrappeso una maggiorazione del prezzo²⁹⁰.

²⁹⁰ Cfr. U. MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 603 ss. il quale utilizza, per spiegare

La potenziale eccessività della penale rispetto al danno non pare sufficiente ad attribuire alla clausola un connotato sanzionatorio, che richiede, non a caso, una “manifesta eccessività” in rapporto al concreto regolamento di interessi posto in essere dalle parti. Solo in presenza di una serie di indici che depongano per la natura sanzionatoria della clausola, il giudice dovrebbe esercitare il proprio potere equitativo, al fine di effettuare un controllo sulla adeguatezza della sanzione²⁹¹.

Il tenore della norma non consente al giudice, diversamente da quel che accade in altri ordinamenti²⁹², di aumentare l'entità della

detta funzione della clausola, l'esempio del padre che abbia promesso alla figlia di organizzarle il ricevimento del matrimonio in una villa da ristrutturare completamente. Nel caso manchi poco tempo al matrimonio per garantire il risultato promesso sarà disposto a pagare un prezzo maggiorato qualora il debitore gli dia un serio affidamento in merito alla riuscita dell'impresa, impegnandosi a corrispondere una salata penale in caso di insuccesso.

291 L'art. 33, comma 2, lett. f) del Codice del Consumo (D.Lgs. 6.09.2005, n. 206) annovera la penale tra le clausole c.d. grigie, per le quali opera una presunzione di vessatorietà e, dunque, di inefficacia, quando la prestazione cui è tenuto il consumatore inadempiente sia di importo manifestamente eccessivo. La diversità di sanzione sembra confermare che la *ratio* del potere di riduzione non risiede nella tutela della parte ritenuta contrattualmente debole.

292 In Francia, invece, è previsto anche il potere del giudice di aumentare la penale. In caso di penale irrisoria può tuttavia giungersi al medesimo risultato nei casi in cui la clausola sia nulla ex art. 1229 cod. civ. In tal caso, infatti, il giudice, accertata la

prestazione dovuta a titolo di penale in presenza di clausole che, limitando il risarcimento ad una prestazione irrisoria, realizzino di fatto una limitazione della responsabilità debitoria, ma sul punto si tornerà più oltre.

Ciò detto, occorre chiedersi se l'art. 1384 cod. civ. sia invocabile anche con riguardo alle c.d. penali legali, soprattutto con riguardo a quelle che presentano una maggior componente afflittiva.

La giurisprudenza²⁹³ si è occupata del problema con riferimento all'art. 17, ultimo comma, della legge 2 dicembre 1975 n. 576²⁹⁴, che prevede l'obbligo per l'istituto di credito che non versi alla tesoreria provinciale dello Stato, nel termine previsto, le somme al cui pagamento sia stato delegato dal contribuente, di pagare all'amministrazione una penale del 2% per ogni giorno di ritardo.

nullità della pattuizione, dovrà procedere alla liquidazione del danno secondo gli ordinari criteri.

²⁹³ Cass. civ., sez. trib., 30.06.2006, n. 15110, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6; Tribunale di Salerno, sez. I, 3.03.2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007.

²⁹⁴ Salerno, sez. I, 3.03.2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007. Introdotto dall'art. 4 del D.l. 4.03.1976, n. 30, convertito in l. 2.05.1976, n. 160.

Assodata la legittimità costituzionale della norma²⁹⁵, si ritiene che in virtù della fonte legale della disposizione, il Giudice non possa esercitare analogicamente il potere equitativo ex art. 1384 cod. civ., pena la disapplicazione della disposizione di legge che fissa con un parametro rigido la sanzione.

La Suprema Corte²⁹⁶ ha precisato che detta penale, pur non rivestendo natura tributaria²⁹⁷, è tuttavia *"un'obbligazione pubblica in quanto regolata da norme che deviano dal regime comune delle obbligazioni civili, in ragione della tutela dell'interesse della P.A. creditrice alla pronta e sicura esazione delle entrate.... né la previsione di una penale così elevata può*

295 Corte Cost. 209 del 28.02.1988 ha rigettato le censure di costituzionalità della disciplina formulate con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

296 Cass. civ., sez. tributaria, 30.06.2006, n. 15110 *cit.*

297 In quanto la delega data dal contribuente alla banca per il versamento delle imposte alla tesoreria configura una delegazione passiva di pagamento con effetto liberatorio per il debitore di imposta, la quale determina, con l'estinzione del debito di quest'ultimo, la costituzione, a carico della banca, di un debito diverso e privo della natura tributaria, con la conseguente natura privatistica della penale. Così Cass. S.U. 29.08.1990, n. 8985, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. S.U. 11.02.1987, n. 1467, in *Riv. leg. fiscale*, 1987, p. 1199; Cass. S.U. 29.10.1983, n. 6417, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2995 e in *Rass. tributaria*, 1983, II, p. 256.

*giustificare sospetti di incostituzionalità per irragionevolezza, avendo perseguito il legislatore lo scopo di rendere inaccettabile per le aziende di credito il rischio di un ritardo nel versamento e di precludere movimenti speculativi su somme ingenti, appartenenti in definitiva all'intera collettività nazionale"*²⁹⁸.

Seguendo il ragionamento della Corte, il potere del giudice di ridurre equitativamente la clausola penale non sarebbe estensibile alle c.d. penali legali che determinano il quantum risarcitorio in maniera rigida. La tesi è condivisibile sia perché rispettosa del principio di gerarchia che governa il sistema delle fonti, sia perché in dette ipotesi il controllo circa l'adeguatezza della sanzione è compiuto dal legislatore.

In dottrina²⁹⁹ si è sostenuto il contrario con riferimento al tasso

²⁹⁸ E' qui richiamata dalla S.C. la motivazione con la quale la Consulta ha emesso una sentenza di rigetto. Ci si riferisce a Corte Cost. 25.02.1988, n. 209, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1804; in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1668.

²⁹⁹ F. A. MAGNI, in (a cura di) V. CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, in *Temi di diritto privato*, Milano, 2004; M. GRANDI, *Moneta bancaria e inadempimento contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 1/10, p. 8 ss., nt. a Corte di Giustizia delle Comunità europee, 3.04.2008, causa C-306/06, che ha

legale di interesse nelle transazioni commerciali, sul rilievo che occorre diversificare il giudizio di responsabilità del debitore pecuniario soggetto alla disciplina di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231/02 o al pagamento di interessi moratori convenzionalmente pattuiti in misura superiore al tasso legale a seconda che l'inadempimento sia direttamente riferibile ad un comportamento del debitore o meno.

Il giudice, avendo riguardo al grado di difficoltà che il debitore ha dovuto fronteggiare per adempiere ed al concreto sforzo dal medesimo profuso per non incorrere nella morosità, potrebbe, secondo detta opinione, condannare il debitore a pagare gli interessi al tasso legale anziché a quello più elevato previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 231/02 oppure ridurre il tasso convenzionale di interessi ex art. 1384 cod. civ. quando, come nel caso

stabilito che l'art. 3 n. 1 lett. c) ii) della Direttiva 2000/35/CE deve essere interpretato nel senso che esso richiede, affinché il pagamento mediante bonifico bancario escluda l'applicazione degli interessi moratori o ponga fine alla stessa, che la somma dovuta sia accreditata sul conto del creditore alla scadenza, benché il ritardo possa essere dipeso da inerzia della banca delegata al pagamento.

esaminato dalla Corte di Giustizia, il ritardo dipenda da colpa dell'ausiliario del debitore.

Detta tesi però non tiene conto del fatto che il concetto di imputabilità del ritardo cui è subordinata l'applicazione dell'art. 5 del D.Lgs. 231/02, con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, non si risolve in quello di colpa³⁰⁰.

Un discorso a parte deve riguardare l'art. 1224 cod. civ. nella parte in cui fa propria la misura di eventuali interessi convenzionali per determinare l'entità di quelli moratori. Ci si chiede se in questo caso possa operare l'art. 1384 cod. civ. non apparendo ostativo il rilievo che, trattandosi di c.d. penale legale, il giudice così facendo disapplicherebbe il disposto dell'art. 1224 cod. civ. perchè, diversamente dall'ipotesi precedentemente

³⁰⁰ L'art. 3 del D.Lgs. 231/02 dispone che il creditore abbia diritto alla corresponsione degli interessi moratori, salvo che il debitore dimostri che "*il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*", che richiama la formula utilizzata dall'art. 1218 cod. civ. Con riferimento alle obbligazioni pecuniarie si ammette generalmente che la responsabilità abbia natura oggettiva. Sul punto, per tutti cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato cit.*, p. 300 ss.

esaminata, la forfetizzazione legale in questo caso non è predeterminata in modo rigido. In altri termini, l'art. 1384 cod. civ. potrebbe in astratto operare senza disattendere l'art. 1224 cod. civ., in ragione del fatto che il controllo di adeguatezza della sanzione, per evidenti motivi, non è compiuto dal legislatore come nelle diverse ipotesi in cui la penale legale è stabilita in una cifra o percentuale esattamente determinata.

Nel caso in cui gli interessi convenzionali siano corrispettivi, non sembra poter operare l'art. 1384 cod. civ. Manca nel caso di specie il presupposto della norma, ovvero una clausola penale. Gli interessi corrispettivi rappresentano il costo del godimento del denaro e sono dunque equiparabili ad un prezzo. E' principio generale del nostro ordinamento quello secondo il quale il giudice non possa sindacare l'adeguatezza dell'affare concluso dalle parti. Si deve però in tal caso tenere a mente la disciplina antiusura. L'art. 1815 cod. civ., come modificato dalla l. 108/96, prevede la

nullità degli interessi usurari con la conseguenza che non sono dovuti interessi, nemmeno al saggio legale. In caso di nullità della clausola che prevede il tasso convenzionale di interesse, si dovrà applicare l'art. 1815 cod. civ. e quindi gli interessi di mora non saranno dovuti.

La dottrina³⁰¹ che, precedentemente alla riforma introdotta dalla l. 108/96, si era occupata del rapporto tra l'art. 1384 cod. civ. e la normativa antiusura, era giunta a conclusioni opposte, sulla base di un'interpretazione storica dell'art. 1384 cod. civ. Specificamente, interpretando l'art. 1384 cod. civ. come un rimedio speciale teso a combattere l'usura, detta norma è stata ritenuta speciale e come tale prevalente sulla disciplina generale che prevedeva la nullità della clausola e la conseguente applicazione del saggio legale.

La precedente disciplina, diversamente da quella attuale, non

301 V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 135, 136; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 158 ss.

prevedeva espressamente la soglia oltre la quale gli interessi sono sempre usurari³⁰² e la giurisprudenza escludeva che un tasso molto elevato di interessi, se non accompagnato dagli altri elementi costitutivi del reato di usura (approfittamento dello stato di bisogno) potesse di per sé condurre alla nullità del patto³⁰³. Ora, invece, è la legge a stabilire il c.d. tasso soglia, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari e l'art. 1815 cod. civ. sanziona con la nullità la semplice eccessività degli interessi rispetto ad un determinato limite, depurando la nozione di usura ai fini civilistici dall'elemento soggettivo del reato. Pertanto, qualora il giudice accerti il superamento del c.d. tasso soglia, la pattuizione convenzionale di interessi deve ritenersi nulla ex art. 1815 cod. civ., con la conseguente non debenza anche degli interessi moratori.

302 Vedi art. 644 comma III del c.p. come modificato dalla l. 108/96.

303 Cass. civ., sez. III, 3.04.2009, n. 8138, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, p. 581 ss.; Cass. civ., III sez., 17.07.1008, n. 19698, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1165.

Secondo parte della la giurisprudenza, la clausola con la quale le parti hanno convenzionalmente pattuito la misura degli interessi moratori sarebbe qualificabile come clausola penale e potrebbe essere ridotta ex art. 1384 cod. civ.³⁰⁴, ma non essere dichiarata nulla ex art. 1815 cod. civ.³⁰⁵. Ciò in ragione del fatto che la formulazione dell'art. 644 c.p. deporrebbe nel senso che possano essere usurari i soli interessi corrispettivi³⁰⁶, non anche gli interessi moratori relativamente ai quali la legge prevede il diverso rimedio della riduzione secondo equità³⁰⁷.

La questione deve ritenersi risolta dal legislatore in tutt'altra direzione, in quanto, egli, con un provvedimento di interpretazione autentica della l. 108/96, ha chiarito che la

³⁰⁴ Cfr. Cass. civ. 18.02.2003, n. 2387, in *Diritto & Giustizia*, 2003 e

³⁰⁵ Favorevole a detta soluzione A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corriere giuridico*, 2001, 8, p. 1082 ss., nota a Tribunale di Roma 1.02.2001.

³⁰⁶ L'art. 644 cod. pen. punisce "*chiunque si fa dare o promettere .. in corrispettivo di una prestazione di denaro o altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari*".

³⁰⁷ Così Tribunale di Roma, 1.02.2001, in *Corriere giuridico*, 2001, con nt. di A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura cit.*, p. 1082 ss.

disciplina dell'usura è applicabile anche agli interessi moratori³⁰⁸³⁰⁹. Pertanto, anche gli interessi moratori convenzionali³¹⁰, trovano il proprio limite di liceità nel c.d. tasso soglia contenuto nella disciplina antiusura, che è (anche) penalistica ed è considerata espressione di un principio di ordine pubblico.

Benché il legislatore abbia stabilito che anche gli interessi moratori possano essere usurari e quindi la relativa pattuizione debba ritenersi nulla ex art. 1815 cod. civ., occorre precisare che non possono essere usurari gli interessi legali ex art. 5 D.Lgs.

308 L'art. 1 del d.l. 29.12.2000, n. 394, di interpretazione autentica della l. 108/96, convertito in legge dalla l. 28.02.2001 n. 24, risolve in senso positivo l'applicabilità della normativa antiusura agli interessi moratori.

309 In giurisprudenza, sostengono che la normativa antiusura vada applicata anche agli interessi moratori: Corte di Appello di Milano, 6.03.2002., in *Giur. it.*, 2003, p. 93 ss. con nt. di V. PANDOLFINI, *L'usura sopravvenuta sopravvive ancora?*; Cass. civ., sez. I, 22.04.2000, n. 5286, in *Giur. it.*, 2000, I, p.1665; in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1636; in *Foro It.*, 2000, I, 2180, con nota di PALMIERI; in *Corriere Giur.*, 2000, 878, con nota di G. GIOIA, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*.

310 E' di questa opinione che può ritenersi maggioritaria, tra gli altri A. RICCIO, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e impresa*, 2004, 2, p. 557 secondo il quale le norme sull'usura sanzionano solo gli interessi convenzionali, non anche quelli legali. Dello stesso avviso A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 715 ss.

231/02 per una molteplicità di ragioni.

In *primis* per una questione di successione di leggi nel tempo: la normativa antiusura (1996) è cronologicamente precedente al D.Lgs. 231/02; in secondo luogo, in ragione della specialità della normativa di origine comunitaria e, infine, perché mancherebbe nel caso di specie la pattuizione degli interessi, espressamente presupposta dall'art. 1815 cod. civ.

Diverso il caso in cui le parti richiamino *per relationem* il tasso ex art. 5 del D.Lgs. 231: in una simile ipotesi, se detto saggio di interesse fosse superiore a quello usurario, il patto relativo agli interessi sarebbe nullo ex art. 1815 cod. civ. nel caso in cui il richiamo avvenga in un'ipotesi che esula dal campo di applicazione del D.Lgs. 231.

3.2. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali del divieto di anatocismo.

L'art. 1283 cod. civ. contiene la regola secondo la quale, in mancanza di usi contrari³¹¹, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi.

La *ratio* della disposizione viene individuata nell'esigenza di sottrarre il debitore ad una crescita esponenziale degli interessi difficilmente valutabile in anticipo³¹².

Gli interessi anatocistici, quando non sono previsti da un uso normativo né sono oggetto di convenzione successiva di almeno

311 La giurisprudenza interpreta l'uso che può legittimare l'anatocismo, esclusivamente come uso normativo, assistito dalla c.d. *opinio iuris ac necessitatis*, escludendo pari efficacia all'uso negoziale. *Ex plurimis* Cass. civ., 25.02.2005, n. 4093, in *Mass. giur. it.*, 2005 e in *Impresa*, 2005, p. 1991; Cass. civ., S.U. 4.11.2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, 3, p. 221 ss. con nt. di O.T. SCOZZAFAVA, *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*.

312 P. TRIMARCHI, *Contratto, inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 154; A. A. DOLMETTA e A. PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interesse e anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 408.

sei mesi la loro scadenza, devono essere necessariamente oggetto di domanda giudiziale nonché essere liquidati dal Giudice in sentenza³¹³.

Secondo la prevalente giurisprudenza, il giudice può dichiarare d'ufficio la nullità di una clausola che preveda interessi anatocistici in difformità dalla previsione dell'art. 1283 cod. civ., che è considerata norma imperativa inderogabile³¹⁴. Ci si chiede se gli interessi anatocistici, quando ammessi, possano tradursi in interessi moratori ai sensi dell'automatismo contenuto nel primo comma dell'art. 1224 cod. civ.

Una pronuncia³¹⁵ ha escluso che, nel caso di legittimità di una clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, la stessa

313 Cass. civ., sez. III, 17.10.2010, n. 25634, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12;

314 Tribunale di Benevento 15.04.2008, in *Il civilista*, 2009, p. 49 con nt. di D'APOLLO; Tribunale di Firenze, sez. III, 27.11.2006, in *Redazione Giuffrè*, 2007; Tribunale di Pescara 18.11.2005, in *Giur. merito*, 2006, 9, p. 1874 con nt. FLAMMIA; Cass. civ., sez. III, 20.02.2003, n. 2593, in *Giur. it.*, 2003, p. 1399; Cass. civ., sez. I, 17.04.1999, n. 3845, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, 2, 254, con nt. di F. AIELLO, *Uso normativo e anatocismo degli interessi moratori*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 845, in *Dir. e giur. agr.*, 2000, p. 474 con nt. di GRASSO.

315 Cass. civ., I sez., 17.04.1999 *cit.*

possa operare anche successivamente alla cessazione del rapporto, in virtù del disposto dell'art. 1224 cod. civ. che stabilisce il tasso di mora nella stessa misura degli interessi convenzionali, in ragione del fatto che l'uso normativo di riferimento fosse limitato agli interessi compensativi. Secondo la Corte la previsione dell'anatocismo non inciderebbe sulla misura degli interessi, ma sul contenuto della prestazione principale e sarebbe pertanto estranea all'art. 1224 cod. civ. nella parte in cui dispone che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

La motivazione non convince³¹⁶, benché la conclusione cui la sentenza è pervenuta è condivisibile. L'anatocismo è ammesso con molteplici cautele dall'art. 1283 cod. civ. che è considerata,

³¹⁶ Di quest'idea anche F. D'AJELLO, *op. cit.*, p. 256 ss. che ricorda che l'opinione accolta dalla Corte era già stata formulata in dottrina da G. RUELO, *Anatocismo e mora debendi nel conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 548.

in quanto norma imperativa, espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento. Ci si chiede infine se la norma operi quando gli interessi scaduti siano quelli legali previsti dal D.Lgs. 231/02, non essendoci alcun dubbio, invece, sul fatto che possa applicarsi l'anatocismo agli interessi legali al tasso ex art. 1224 cod. civ.

Al riguardo occorre considerare che l'art. 5 del D.Lgs. 231/02 fa salvo il tasso di interesse convenzionale più vantaggioso per il creditore. Tutto il provvedimento è caratterizzato, come si è detto, da una forte anima sanzionatoria e non regola l'anatocismo, il che potrebbe far propendere per la tesi dell'applicabilità dell'art. 1283 cod. civ.

Tuttavia, la specialità della normativa sulle transazioni commerciali e il fatto che il legislatore, stabilendo un saggio legale molto elevato, abbia già compiuto una valutazione in merito all'adequatezza della sanzione, suggeriscono di ritenere

inapplicabile l'anatocismo³¹⁷.

3.3. Sulla applicabilità alle c.d. penali legali della regola secondo la quale la clausola penale limita il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

Il primo comma dell'art. 1382 cod. civ. prevede, quale effetto naturale della clausola penale, quello di limitare l'obbligazione risarcitoria alla prestazione dalla stessa prevista, salvo che non sia espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

La questione della possibile estensione di detta regola alle penali legali, si pone esclusivamente con riguardo a quelle che non disciplinano espressamente l'ipotesi.

Il comma 2 dell'art. 1224 cod. civ. adotta una regola di segno

³¹⁷ Osserva E. RUSSO, *Le transazioni commerciali, Commento teorico-pratico al d. lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Cedam, 2005, p. 348 ss. che "il regime applicabile delle sanzioni per il ritardato pagamento è incondizionatamente quello della nuova legge, che si sostituisce interamente al regime sanzionatorio della disciplina codicistica".

contrario, facendo salvo solo il caso della clausola con cui le parti abbiano convenuto la misura degli interessi moratori, trattandosi di un'ipotesi che ricade nel campo di applicazione dell'art. 1382 cod. civ. Analogamente, dispongono, in tema di vendita di cosa avente un prezzo corrente, l'art. 1518 cod. civ., che fa salva la prova di un maggior danno attraverso le regole probatorie ordinarie e l'art. 2344, comma 2, cod. civ. che consente agli amministratori che non siano riusciti a vendere le azioni a rischio e per conto del socio moroso un diritto di ritenzione sulle somme riscosse, salva la prova del maggior danno. Il principio di integrale riparazione del danno non subisce sostanziali deroghe, in linea con lo scopo prettamente compensativo degli artt. 1224³¹⁸, 1518 cod. civ. e 2344, comma 2,

318 La sentenza S.U. 16.07.2008, n. 19499 *cít.*, come si è detto, introduce una presunzione di maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie pari alla differenza tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del comma 1 dell'art. 1284 c.c. Ha osservato da G. DI MARTINO, *Ritardato pagamento di una somma di denaro e superamento delle "categorie creditorie": una funzione sostanziale punitiva del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c.?*, in *Giust. civ.*,

cod. civ.

Con riguardo alla disciplina degli interessi moratori nelle transazioni commerciali, deve escludersi che sia applicabile la limitazione risarcitoria di cui all'art. 1382 cod. civ.

A questa soluzione si perviene mediante un'interpretazione sistematica del provvedimento legislativo che, all'art. 6, statuisce il diritto del creditore al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero del credito, salva la prova del maggior danno.

Inoltre, l'art. 11 del D.Lgs. 231/02 fa salve *"le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore"*. Deve, dunque, ritenersi applicabile l'art. 1223 cod. civ. da cui è unanimemente desunto il principio di integrale riparazione del

2009, 9, p. 1937 ss., che quando la presunzione opera anche in favore di soggetti normalmente non dediti all'investimento, essa conferisce al rimedio di cui all'art. 1224 comma 2 cod. civ. una connotazione anche punitiva. In realtà è insito nella forfezzazione una non perfetta aderenza al pregiudizio, profilo che da solo non pare sufficiente per attribuire al risarcimento una connotazione punitiva, in quanto è l'ineliminabile "rovescio della medaglia" della semplificazione operata dai meccanismi a *forfait*.

danno.

Con riguardo all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in ragione della riconosciuta finalità anche sanzionatoria³¹⁹ della norma³²⁰, la giurisprudenza suole ammettere il risarcimento dell'eventuale maggior danno che il lavoratore dimostri di aver subito³²¹, ivi compreso quello non patrimoniale³²².

La tutela del diritto fondamentale al lavoro non tollera, dunque, alcuna limitazione risarcitoria e la natura anche sanzionatoria dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori suggerisce un'interpretazione orientata ad escludere l'applicabilità dell'art. 1382 cod. civ.

319 Cass. civ., sez. lav., 27.10.2010, n. 21965, in *Guida al dir.*, 2010, 49-50, p. 54 ss.

320 Si richiama quanto detto nel cap. 1 in merito alla natura sanzionatoria del risarcimento nella misura minima delle n. 5 mensilità.

321 Cass. civ., sez. lav., 3.05.1990, n. 3686, in *Orient. giur. lav.*, 1990, p. 197; Cass. civ., S.U., 19.07.1990, n. 7380, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 43; più recentemente Cass. civ., sez. lav., 2.09.2003, n. 12798, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9; Cass. civ., sez. lav., 16.03.2002, n. 3904, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 471.

322 Cass. civ., sez. lav., 20.09.2010, n. 19831, in *Diritto & Giustizia*, 2010, p. 460 ss., con nt. di M. F. FERRARI, *E' il lavoratore a dover provare i danni ulteriori e diversi da quelli già compensati (con l'indennità ex art. 18, l. 300/70) per il periodo intercorrente tra licenziamento e reintegrazione.*

Con riferimento al trasporto di cose, si è visto che la forfetizzazione ha una funzione prevalentemente indennitaria, che deroga al principio dell'integrale risarcimento del danno, al fine di contenere i prezzi del servizio. La penale legale ha un effetto analogo a quello di cui all'art. 1382 cod. civ. che però riceve un contemperamento in caso di dolo o colpa grave del vettore. Come si è detto, la Corte Costituzionale ha compiuto un'opera di riordino sistematico della disciplina dei diversi tipi di trasporto di cose sotto questo profilo, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità di norme che non escludevano l'applicabilità del limite risarcitorio nelle ipotesi di dolo o colpa grave del vettore o dei suoi ausiliari³²³. Con riguardo al trasporto di persone, la limitazione era stata introdotta soltanto con riguardo al trasporto

³²³ Ci si riferisce a Corte Cost. 26 maggio 2005, n. 199 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav. relativamente al vettore marittimo di merci ed a Corte Cost. 22.11.1991, n. 420 cit. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. 22.08.1985, n. 450 relativamente al vettore stradale di merci.

aeronautico³²⁴, ma essa è stata espunta dal sistema dalla Corte Costituzionale³²⁵.

Se l'effetto ex art. 1382 cod. civ. è compatibile con i danni da perdita o avaria delle cose trasportate, salvo i casi di dolo o colpa grave del vettore; è, di converso, del tutto inoperante con riferimento ai danni alla persona del passeggero.

Anche in questo caso, la funzione prevalente della forfetizzazione, indennitaria nel trasporto di cose e compensativa nel trasporto di persone, determina differenze di disciplina.

Con riferimento alle limitazioni risarcitorie contenute nel Codice delle Assicurazioni Private, la Consulta³²⁶, come si è visto, ha salvato il sistema tabellare dalle censure di incostituzionalità,

324 L'art. 1681 cod. civ. prevedeva, infatti, la nullità delle clausole che limitassero la responsabilità del vettore per i sinistri che avessero colpito la persona del viaggiatore.

325 Il riferimento è a Corte Cost., 6.05.1985, n. 132 *cit.* che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 legge 19.05.1932, n. 841 e dell'art. 2, legge 3.12.1962, n. 1832, nella parte in cui davano esecuzione all'art. 22/1 della Convenzione di Varsavia, come sostituito dall'art. 11 del Protocollo dell'Aja del 1955.

326 Corte Cost. 19.06.2009, n. 180 *cit.*

ritenendolo circoscritto al rapporto assicurativo, potendo il danneggiato ottenere il risarcimento del danno differenziale dal soggetto giuridicamente responsabile. Anche tale pronuncia ha prodotto l'effetto di escludere la compatibilità di una deroga al principio di integrale riparazione del danno quando siano lesi diritti fondamentali della persona.

3.4. Sull'operatività del principio espresso dall'art. 1229 cod. civ. con riferimento alle c.d. penali legali.

La Corte Costituzionale³²⁷, in occasione del vaglio della disciplina del trasporto di cose, ha ritenuto che il principio desumibile dall'art. 1229 cod. civ. – secondo il quale non è ammissibile una esclusione o riduzione della responsabilità del debitore in caso di dolo o colpa grave o nel caso di violazione di un obbligo di ordine pubblico – vincoli inderogabilmente l'autonomia privata, ma non

³²⁷ Corte Cost. 22.11.1991, n. 420 *cit.*

anche il legislatore, non essendo coperto da garanzia costituzionale.

La dottrina ritiene che la norma sia espressione di un principio generale cui deve attenersi anche il legislatore³²⁸.

Gli interventi della Corte Costituzionale in materia di trasporto hanno, di fatto, dato ragione alla dottrina, rendendo operante il principio *de quo* anche nel caso di danni a cose.

La soluzione non potrebbe essere diversa, in ragione della *ratio* dell'art. 1229 cod. civ., comunemente riconosciuta nella necessità di assicurare la giuridicità del vincolo obbligatorio³²⁹.

Ammettere l'esclusione di responsabilità del debitore anche nelle ipotesi in cui si renda inadempiente con dolo o colpa grave significherebbe rinunciare *ab origine* alla tutela giuridica.

328 V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale cit.*, p. 137 ss.; A. FLAMINI, *La limitazione del debito vettoriale tra interessi del mercato e tutela della persona*, in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Ed. scientifiche italiane, 2006, p. 193; A. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. III, 2009, Cedam, p. 534.

329 C.M. BIANCA, *Diritto civ. cit.*, pp. 65, 66.

La dottrina ammette generalmente che la clausola penale non può essere uno strumento attraverso il quale il debitore possa eludere l'art. 1229 cod. civ.³³⁰.

Detto limite deve, dunque, ritenersi operante anche con riferimento alle c.d. penali legali, trattandosi di principio generale dell'ordinamento, di ordine pubblico³³¹, che presidia la giuridicità delle obbligazioni e, come tale, deve essere rispettato anche dal legislatore.

3.5. Sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale.

Dalla disamina della dottrina e della giurisprudenza in tema di forfetizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale alla persona è emerso che quest'ultimo ha due funzioni fondamentali: oltre a quella di offrire un ristoro pecuniario alla vittima, quella di

³³⁰ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 399; A. MARINI, *op. cit.*, p. 119; C.M. BIANCA, *Diritto civ. cit.*, p. 68; P. GALLO, *Clausola penale e caparra cit.*, p. 1569.

³³¹ C.M. BIANCA, *Diritto civ. cit.*, p. 65.

gravare il responsabile del relativo costo al fine di orientarne il comportamento, da un lato, all'adozione di precauzioni e, dall'altro, a contenere la propria attività potenzialmente dannosa entro un determinato livello. Sotto quest'ultimo profilo, la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale è la medesima di quella del risarcimento del danno patrimoniale.

In linea di principio, la lesione di un interesse fondamentale della persona non dovrebbe ammettere equipollenti monetari; si avrebbe, in caso contrario, come si è visto, una contrattualizzazione a posteriori di attività illecite.

Soprattutto in caso di lesioni gravi, probabilmente la maggior parte delle persone rinunciarebbe a tutto o quasi tutto il denaro che possiede, a patto di preservare intatta la propria integrità psicofisica.

Il principio compensativo nel caso del danno non patrimoniale non va interpretato, dunque, come una rigida equivalenza monetaria

tra la lesione del diritto ed il risarcimento monetario, in quanto i diritti fondamentali non tollerano alcuna lesione né alcuna mercificazione.

Il risarcimento del danno non patrimoniale risponde allora ad una logica riparatoria di un torto, non compensativa di un pregiudizio. In ciò differisce dal danno patrimoniale.

3. 6. Conclusioni.

In conclusione, l'eterogeneità di funzioni delle c.d. penali legali conferisce alla categoria una valenza solo descrittiva.

Si è rivelato più proficuo distinguere le ipotesi legali in ragione della funzione prevalente: risarcitoria, sanzionatoria o indennitaria.

E' stato così possibile individuare direttive e regole operative comuni.

La forfetizzazione c.d. risarcitoria si rivela particolarmente utile

nel campo dei rapporti economici di ampia diffusione oppure nei casi in cui il pregiudizio non è di semplice valutazione pecuniaria.

Essa ha il precipuo scopo di semplificare l'attività di liquidazione del danno e di rendere prevedibile il costo del risarcimento.

La forfetizzazione c.d. sanzionatoria funge da correttivo alle inefficienze del principio compensativo, nei casi in cui: a) il danneggiante è in grado di realizzare un profitto superiore al danno che crea; b) la tutela del diritto si realizza precipuamente nell'impedire l'appropriazione coattiva del bene; c) si tratta di illeciti plurioffensivi in cui si realizza una divergenza tra costi privati e costi sociali in alcuni casi dovuta ad un'avversione ad agire in giudizio in capo ai danneggiati del quale profitta il danneggiante; d) in caso di illeciti dal forte contenuto offensivo, che integrano ipotesi di reato, al fine di depenalizzare alcune fattispecie.

La forfetizzazione c.d. indennitaria consente di incentivare

l'esercizio di attività socialmente utili con esternalità negative che ne mettono a repentaglio l'esistenza, oppure può fungere da contrappeso ad una tutela processuale agevolata (in cambio di una rinuncia all'integrale risarcimento si ottengono benefici di altro tipo).

Essa consente la tenuta del sistema assicurativo nei casi in cui il rischio assicurato possa determinare danni la cui entità è di difficile determinazione.

Con riguardo alle regole operative comuni, sarà sempre possibile ottenere il risarcimento del maggior danno quando la forfetizzazione legale ha uno scopo prettamente risarcitorio o sanzionatorio, non anche quando ha una funzione prettamente indennitaria, salvo trattarsi di diritti fondamentali (che non tollerano deroghe al principio di integrale riparazione del danno) o esservi una responsabilità dolosa o gravemente colposa del debitore.

Inoltre, i criteri utilizzati dal legislatore per la liquidazione del danno sono suscettibili di essere applicati analogicamente solo quando la forfetizzazione legale ha una funzione prettamente risarcitoria, in quanto il principio compensativo costituisce la regola in tema di risarcimento.

Di contro, la forfetizzazione con funzione sanzionatoria o indennitaria introduce di regola un'eccezione al principio generale e non si presta ad essere applicata in via analogica o estensiva.

L'analisi ha consentito di dimostrare che la responsabilità civile svolge anche una funzione sanzionatoria e che la forfetizzazione è di regola lo strumento privilegiato per realizzarla, in quanto rispetta il principio di legalità della sanzione anche sotto il profilo dell'adequatezza.

La clausola penale rappresenta un'eccezione, in quanto strumento potenzialmente sanzionatorio rimesso all'autonomia privata,

anche se soggetto al controllo giudiziale.

Deve, dunque, escludersi un generale potere sanzionatorio in capo ai privati che necessita sempre dell'intermediazione di una fonte legale, come nel caso della clausola penale, in cui detto potere è però soggetto a sindacato giudiziario in merito al suo concreto esercizio.

Sono, inoltre, emersi i vantaggi e gli svantaggi della forfetizzazione. Essa semplifica notevolmente la liquidazione del danno e si rivela particolarmente utile in caso di pregiudizi di difficile traduzione economica. Di contro, attua una semplificazione che a volte può stridere con il senso di giustizia. Infine, essa è particolarmente utile dal punto di vista sistematico perché offre all'interprete alcune direttive per risolvere i problemi operativi in tema di liquidazione del danno.

INDICE BIBLIOGRAFICO

AIELLO F., *Uso normativo e anatocismo degli interessi moratori*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, 2, p. 257 ss.

ALIBRANDI A., *Sulla nuova disciplina legale della responsabilità delle Ferrovie dello Stato per danni ai viaggiatori*, in *Arch. Civ.*, 1980, p. 337 ss.

ALPA G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1999.

AMATUCCI A., *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*, in *Foro it.*, 1986, p. 1283 ss.

ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, Giuffrè, 1990.

ANTONINI A., *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2004.

ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1959.

ASQUINI A., voce *Trasporto di cose (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1973, XIX, p. 576 ss.

AVONDOLA P., *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2003, 1, p. 302 ss.

BENATTI F., *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, II, Torino, 1988

BENEDETTI A.M. – CANEPA P. – GRONDONA M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003.

BHOLE B. e WAGNER J., *Punitive Damages and the Recklessness Requirement with Uninformed Injurers*, in *International Review of Law and Economics*, 30, 2010, p. 253 ss.

BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, vol. VII, 1993.

BIGLIAZZI GERI L., *Quale futuro dell'art. 18 l. 8.07.1986, n. 349?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 686 ss.

BILOTTA F., *Il risarcimento del danno alla persona nei sinistri stradali*, in *La regolazione assicurativa. Dal Codice delle assicurazioni ai primi Regolamenti di attuazione*, (a cura di) P. MARANO e M. SIRI, collana Quaderni del CESIFIN, Giappichelli, 2009.

BOGHETIC E., *Il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 1 l. n. 108/90: la Cassazione opta per la tesi risarcitoria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, p. 422 ss.

BONA M., *La procedura di risarcimento diretto è soltanto un "ulteriore rimedio": una soluzione conforme al diritto comunitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 9, p. 1768 ss.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 4, p. 715 ss.

BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 649 ss.

BUSNELLI F.D. e BARGAGNA M.(a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, IV ed., Cedam, 2001.

BUSNELLI F.D. e SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985.

BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Ed. scientifiche italiane, 2006.

BUSTI S., *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, Giuffrè, 2007.

BUZZACCHI C., *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2004, 1, p. 277 ss.

CALABRESI G., *The Costs of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, New Hawen, London, Yale University Press, 1970 (trad. it.) *Costo degli incidenti e responsabilita civile : analisi economico-giuridica*, (a cura di) De Vita A. - Varano V. - Vigoriti V., 1975.

CALABRESI G. e MELAMED A. D., Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review, p. 1089 ss.

CARINCI F. (diretto da), *Diritto del Lavoro - Commentario, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, (a cura di) M. MISCIONE, Utet, 1998.

CARRARO L., *Recensione a V.M. Trimarchi, La clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 186 ss.

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, n. 2/08, p. 315 ss. e in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 373 ss.

CASTRONOVO C., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 1987, p. 511 ss.

CENINI M. e PARISI F., *Allocazione del rischio tra clausole penali e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 309 ss.

CHINDEMI D., *Il risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle assicurazioni: risarcimento o indennizzo*, in *Resp. civ. e previdenza*, n. 3/06, p. 549 ss.

CIARDO D., *Responsabilità nel trasporto aereo. Mutamenti di equilibri fra passeggero e vettore*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2004, 3, p. 383 ss.

CIARONI L., *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 1129 ss.

CICCARELLI S., voce *Indennità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, 1971, p. 99 ss.

CIMMINO M., *Responsabilità del vettore aereo, esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali*, in *Giur. it.*, 2010, 2, p. 304 ss.

CLARIZIA R., *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *NGCC*, 2003, p. 57 ss.

COLOMBINI E., *Il risarcimento del danno nel codice delle assicurazioni*, in *Arch. Giur. Circ. e sin. Strad.*, n. 9/07, p. 873 ss.

CONTI R., *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *I Contratti*, 2002, p. 802 ss.

COSENTINO F., *Efficiente allocazione del rischio e contratto di trasporto marittimo di merci*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1313 ss.

COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955

CRESPI REGHIZZI C., *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *NGCC*, 2002, I p. 770 ss.

CRIVELLI A., *Le penali di fonte legale*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. II, collana *Il diritto civile nella giurisprudenza* diretta da P. CENDON, Torino, Utet, 2005.

CUFFARO V., *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente creditore*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/08, p. 7 ss.

D'ACRI V., *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai Tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005.

D'ADDA A., *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi Acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 573 ss.

DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 3 ss.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1970

DE MARCO C., *La responsabilità civile nel trasporto tra persone e cose*, Giuffrè, Milano, 1985.

DE MARZO G., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, 12, p. 1155 ss.

DE NOVA G., voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ.,

II, p. 377 ss.

DE NOVA G. – DE NOVA S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.

DELLA CASA M., *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Milano, Giuffrè, 1999.

DI MAJO A., *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. Giur.*, n. 11/2005, p. 1538 ss.

DI MARTINO G., *Ritardato pagamento di una somma di denaro e superamento delle "categorie creditorie": una funzione sostanziale punitiva del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c.?*, in *Giust. civ.*, 2009, 9, p. 1937 ss.

DI MARZIO F., voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2007, p. 340 ss.

DOLMETTA A. A. e PERRONE A., *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interesse e anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 408 ss.

DOLSO G. P., *Tutela dell'interesse nazionale sub specie tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, 1, p. 265 ss.

EROLI M., *Maggior danno risarcibile e interessi legali*, in *Giur. It.*, 1988, fasc. 12, p. 1981 ss.

FADDA E., *Riflessioni sulla disciplina della responsabilità del vettore stradale alla luce dell'intervento della Corte Costituzionale*, in *Il Dir. maritt.*, 1992, p. 395 ss.

FAVA P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere giur.*, 4/09, p. 525 ss.

FAVA P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Foro It.*, 2007, I, p. 1461 ss.

FERRARI F., *Diritto applicabile alla vendita internazionale, tasso degli interessi sulle somme non pagate e questioni affini*, in *Corriere giur.*, 2000, 7, p. 932 ss.

FERRARI M. F., *E' il lavoratore a dover provare i danni ulteriori e diversi da quelli già compensati (con l'indennità ex art. 18, l. 300/70) per il periodo intercorrente tra licenziamento e reintegrazione*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, p. 460 ss.

FERRI G.B., *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Saggi di diritto civile*, 1996 rist., p. 231 ss.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, Giuffrè, 2004.

FRIGNANI A. – CAGNASSO O., *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*,

2003, p. 308 ss.

FULLER L. e PERDUE W., *The Reliance Interest in Contract Damages*, in *Yale Law Journal*, 46, 1936, p. 52 ss.

GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna, 1993, p. 166 ss.

GALGANO F., *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 509 ss.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1996.

GALLO P., *Trattato del contratto*, tomo II, *Il contenuto – gli effetti*, UTET, 2010.

GARRONE M., *Il trasporto di cose*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. II, Cedam, 2009, p. 391 ss.

GIOIA G., *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*, in *Corriere Giur.*, 2000, 883 ss.

GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Giuffrè, 1975.

GITTI G. e VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, 2008.

GORLA G., *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954.

GRAMICCIA. G., *La responsabilità oggettiva del datore di lavoro trova giustificazione nel rischio d'impresa*, in *Guida al diritto*, 1999, p. 92 ss.

GRANDI M., *Moneta bancaria e inadempimento contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 1/10, p. 8 ss.

GRIGOLI M., *Luci e ombre della sentenza della Corte Costituzionale sulla parziale illegittimità della legge di esecuzione della Convenzione di Varsavia e del Protocollo dell'Aja relativi al trasporto aereo internazionale*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 2456 ss.

IACUANIello BRUGGI M. – F. PAOLUCCI L., *Il contratto di trasporto*, Torino, 1979.

IANNUZZI M., *Del trasporto, Commentario al codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961.

ICHINO P., *Lezioni di diritto del lavoro – Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004.

INZITARI B., *I danni nelle obbligazioni pecuniarie, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Milano, Giuffrè, 1984

INZITARI B., *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni Unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, p. 1161 ss.

LAMORGESE A., *Interessi moratori e usura*, in *Corriere giuridico*,

2001, 8, p. 1082 ss.

LIEBMAN S., *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali - Quaderni del diritto del lavoro e delle Relazioni Industriali*, (collana diretta da) F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, Utet, 2002, pp. 52 - 53.

MAGAZZU' A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 187 ss.

MAGNI F. A., in (a cura di) V. CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004.

MANETTI M., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) Branca - Pizzorusso, Roma, Zanichelli, 2006

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, 2001.

MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, Jovene, 1984.

MARTINUCCI G., *Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno: il datore è «oggettivamente» responsabile*, in *Lav. nella giur.*, 1999, 3, p. 240 ss.

MATTEI U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 603 ss.

MAUGERI M. e ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il mulino, 2009.

MAZZOTTA O., *I fondamenti della disciplina protettiva – la tutela obbligatoria – i licenziamenti collettivi*, II volume, Milano, Giuffrè, 2005, p. 213 ss.

MEDICI C., *Controllo sulla penale “manifestamente eccessiva” ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 416 ss.

MENGONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 74 ss.

MEOLI B., *Squilibrio sopravvenuto ed usura nei contratti con prestazioni monetarie*, in *NGCC*, 2003, p. 111 ss.

MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. CICU e F. MESSINEO, Giuffrè, 1968.

MICELI T.J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, California, 2004.

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti, Commentario del codice civile*, Torino, 1960.

MISCIONE M. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, 1998.

MOCELLA M., *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto sulle conseguenze del licenziamento inefficace nell'area di stabilità obbligatoria*, in *Dir. Lav.*, 2000, II, p. 371 ss.

MOLFESE F., *La clausola penale*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 513 ss.

NAPOLETANO D., *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (Legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Unione tipografico-editrice torinese, 1966.

NICOLO' R., *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46 e in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, 1993.

NICOLUSSI A., *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 1003 ss.

OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 983 ss.

OSTI G., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1962, VII, p. 287 ss.

PACE A., *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, 1, p. 259 ss.

PALIERO C.E., *Note sulla disciplina dei reati bagatellari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 79, 920 ss.

PANDOLFINI V., *L'usura sopravvenuta sopravvive ancora?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 93 ss.

PAPPALARDO A., *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, UTET, 1988 rist. 1995, p. 557 ss.

PARDOLESI P., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 717 ss.

PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. industriale*, 2005, 1, p. 37 ss.

PARDOLESI P., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, UTET, 2007.

PARDOLESI R., *Le Sezioni Unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio economico*, in *Foro It.*, 1986, I, p. 1265 ss.

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 1126 ss.

PARISI F. e MATTIACCI G., *Mass torts e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica*, in *Danno e Responsabilità*, n. 2/09, p. 131 ss.

PARODI N., *L'uscita programmata dal contratto*, Milano, Giuffrè, 2005

PARTISANI R., *Il maggior danno da mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Resp. civ.*, 2009, 2, p. 132 ss.

PASQUINELLI E., *Mobbing e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 3 ss.

PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La responsabilità civile*, n. 2/09, p. 165 ss.

PATTI S., voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII p. 350 ss.

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.

PINORI A., *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e Impresa*, 1998, II, p. 1153 ss.

PIZZETTI F., *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, n. 4/04, p. 1014 ss.

POLETTI D., *La non obbligatorietà del risarcimento "diretto": la nuova procedura già al capolinea?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 556 ss.

POLETTI D., *Il danno risarcibile*, in *La responsabilità e il danno*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da) N. LIPARI e P. RESCIGNO, (coordinato da) A. ZOPPINI, Giuffrè, p. 355 ss.

POLINSKY A.M. e SHAVELL S., *Punitive damages*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, vol. II, p. 766 ss.

PONZANELLI G., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *NGCC*, 2006, II, p. 293 ss.

PONZANELLI G., *Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 643 ss.

PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, c. 2053 ss.

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *NGCC*, 2009, II, p. 90 ss.

PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e Resp.*, 2009, 92 ss.

PONZANELLI G., *Danni punitivi? No grazie*, in *NGCC*, 2007, I, p. 981 ss.

PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, II, p. 25 ss.

PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *La responsabilità civile*, collana Il diritto privato nella

- giurisprudenza, (a cura di) P. CENDON, UTET, 1998.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, fasc. 1/09, p. 32 ss.
- QUADRI E., *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via all'ulteriore risarcimento*, *Foro it.*, p. 3035 ss.
- RENNAL L., *Commentario al codice civile*, (a cura di) P. CENDON, Giuffrè, 2008.
- RICCIO A., *Il generale intervento del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 424 ss.
- RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/04, p. 554 ss.
- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.
- RONDO A., *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta, errore incolpevole del datore di lavoro e risarcimento dei danni ex art. 18 St. lav.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 137 ss.
- ROPPO V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *NGCC*, 2008, II, p. 288 ss.
- ROPPO V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note Sparse*, in *NGCC*, n. 9/08, p. 288 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale CICU e MESSINEO*, 1971.

RUELLO G., *Anatocismo e mora debendi nel conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 548 ss.

RUSSO E., *Le transazioni commerciali, Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/02 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Cedam, 2005.

SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto – Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Ed. scientifiche italiane, 1959.

SACCO R. e DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, UTET, 2004.

SACCO F., *Nota a Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14*, in *Giur. cost.*, 2004, 1 p. 257 ss.

SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, 1985

SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1971, p. 1091 ss.

SCHIAVONE G., *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2006, p. 61 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art. 18 della l. 300/70 (a proposito i due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, p. 341 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, vol. VIII, 1962, p. 594 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, 1969, p. 5 ss.

SCOZZAFAVA O.T., *Gli interessi dei capitali*, Milano, Giuffrè, 2001.

SCOZZAFAVA O.T., *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*, in *Contratti*, 2005, 3, p. 221 ss.

SELLA M., *La quantificazione dei danni da sinistri stradali*, Utet, 2005, p. 92 ss.

SIGILLO' MASSARA G., *Il risarcimento del danno da fatto illecito (o dovuto)*, in *Dir. Lav.*, 1998, II, p. 475 ss.

SILINGARDI G., *Limite risarcitorio nella disciplina uniforme sul trasporto di merci aereo, su strada e per ferrovia, in Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità – appalto, vendita e trasporto internazionali*, Milano, 1989.

SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2008 (raccolta degli Atti del Convegno di Siena 19-21 settembre 2007).

SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Cedam. 2005.

SPOTO G., *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti*, in *Europa e diritto privato*, 2004, I, p. 161 ss.

SPOTO G., *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 1125 ss.

TARTAGLIA P., *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1605 ss.

TATARANO M., *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Ed. scientifiche italiane, 2002.

TATARANO M., *C'era una volta l'intangibilità del contratto*, in *Notariato*, 2006, p. 13 ss.

TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo - lavoro pubblico e privato*, Cedam, 2006.

TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2004.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961.

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1962.

TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.

TRIMARCHI P., *Il danno da svalutazione monetaria nell'inadempimento di obbligazioni pecuniarie*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1873 ss.

TRIMARCHI P., *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrare*, 1987, p. 195 ss.

TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Giuffrè, 2002, II, p. 1943 ss. ed in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 637 ss.

TRIMARCHI P., *Transfers, Uncertainty and The Cost of Disruption*, in *International Review of Law and Economics*, 2003, 23, p. 49 ss.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2007.

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010.

TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954.

TURCO BULGHERINI E., *Protezione delle vittime degli incidenti e diritti inviolabili della persona nel sistema costituzionale*, *Dir. prat. Av. Civ.*, 1985, p. 371 ss.

VALCAVI G., *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 332 ss. e in *L'espressione monetaria nella responsabilità civile e altri saggi*, Cedam, 1994.

VALCAVI G., *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato e rivalutazione monetaria*, in *Foro It.*, c. 1540 ss.

VANZETTI A. e DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, VI., Giuffrè, 2009.

VIDIRI G., *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 210 ss.

VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto* (diretto da) V. ROPPO, vol. V, Rimedi - 2, Milano, Giuffrè, 2006.

VILLA G., *La forfezzazione legale del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, (a cura di) G. VISINTINI, Padova, Cedam, 2009.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1996.

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Ed. scientifiche italiane, 2004.

ZACCARIA A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 265 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, in *Dir. turismo*, 2006, 2, p. 118 ss.

ZIVIZ P., *La valutazione del danno esistenziale*, in (a cura di) P. CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001, p. 2786 ss.

ZOPPINI A., *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità extracontrattuale*, (diretto da) G. VISINTINI, vol. III, Cedam, 2009.

ZUNARELLI S., *Nota sul limite della responsabilità del vettore aereo introdotto con la legge n. 84 del 1983*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 22 ss.