

DERECHO CIVIL

Capítulo 15

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

REGOLE DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA E RIMEDI DISPONIBILI A FAVORE DEL SOGGETTO DANNEGGIATO

Giulio PONZANELLI

1. Il significato della regola di responsabilità oggettiva.

Mai nessuna categoria della cultura giuridica continentale e di quella di common law è stata investigata con tanta ampiezza nell'ultimo secolo: storici del diritto, interessati a individuare possibili punti di contatto con figure della tradizione giuridica continentale; giuristi tradizionali che hanno cercato di impedire la sua emersione, cercando di delegittimare ruolo e funzione rispetto alla più nobile fattispecie della responsabilità per colpa; legislatori sempre attenti a non attribuire eccessiva rilevanza a tale figura [l'ultimo notissimo esempio di questa riluttanza legislativa, nel settore specifico della responsabilità da prodotti difettosi, è rappresentato dallo stato francese: esso è stato addirittura condannato con sentenza del 13 gennaio 1993 da parte della Corte di Giustizia per non aver dato esecuzione nel previsto termine triennale alla direttiva 85/374. La sua difesa, tutta arroccata intorno ai problemi di difficile integrazione della stessa direttiva nel diritto francese, non ha convinto la Corte che ha applicato l'infrazione in precedenza spesso irrogata all'Italia per la non tempestiva recezione della direttiva de qua].

Questo è il panorama della responsabilità oggettiva [*strict liability*, *responsabilité de plein droit*] avversata, amata, osteggiata, ma soprattutto, pregiudizialmente, non capita nel suo meccanismo di criterio di imputazione della responsabilità diverso da quello della colpa.

Si impone pertanto un chiarimento pregiudiziale circa il più corretto significato da attribuire ad essa. Questa definizione rivela tutta la

sua utilità nel momento in cui si passerà all'inventario di figure che sembrano condividere alcune delle sue caratteristiche.

Anche a livello di definizione, la responsabilità oggettiva sconta la supremazia -storica e culturale- del criterio di imputazione della colpa: infatti, la responsabilità oggettiva è una responsabilità che non è basata sul criterio della colpa. Efficacemente, in common law si parla di una "liability without fault" per indicare la più corretta definizione, che non riesce, però, ad essere che in termini negativi. Quindi, la stessa definizione lascia chiaramente intravedere l'esistenza di tutto un territorio da esplorare e da sistemare secondo corretti criteri di classificazione. Con questa definizione dovrebbe cadere subito uno dei più solidi pregiudizi nutriti da sempre nei confronti della figura: che essa, cioè, precludesse in modo completo ed assoluto qualsiasi considerazione circa il ruolo della colpa o di altri elementi che in qualche modo tenessero in considerazione la sfera di azione dei soggetti danneggiante o danneggiato. Si sarebbe trattato, in altri termini, di un istituto non governato in toto dalla colpa e non solo a livello di criterio di imputazione della responsabilità, ma anche per tutto ciò che riguarda i successivi momenti della fattispecie di responsabilità. L'errore risiedeva nella mancata differenziazione tra regole di responsabilità oggettiva: esistono sicuramente fattispecie di responsabilità oggettiva che prescindono in modo completo e assoluto da qualsiasi riferimento alla condotta dei due soggetti, danneggiante e danneggiato. Si tratterà allora, però, di una responsabilità oggettiva di tipo assoluto o, più semplicemente, di una responsabilità assoluta. Alcune regole di responsabilità oggettiva ammettono, diversamente, la possibilità di una rilevanza della condotta del danneggiato o del danneggiante.

2. La fonte costitutiva della regola di responsabilità oggettiva: giudice o legislatore?

Nei sistemi continentali ci si è spesso interrogati se il giudice abbia o meno il potere di creare, a livello di applicazione della normativa codicistica o speciale, fattispecie di responsabilità oggettiva, o se, invece, tale potere sia riservato al legislatore.

Questo quesito genera due distinti ordini di problemi:

a) In primo luogo, la possibilità di individuare una clausola generale di responsabilità oggettiva specularmente opposta alla clausola generale per colpa presente non solo nella grande maggioranza delle legislazioni europee, ma anche in modo significativo nei modelli di common law [il riferimento è alle conclusioni raggiunte nelle belle monografie di Piergiuseppe Monateri -*La sineddoche nel diritto delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1984 - e di Paolo Gallo - *L'elemento oggettivo nel tort of negligence*, Milano, Giuffrè, 1988-].

Nelle loro ricerche monografiche, i due giovani comparatisti, che hanno utilizzato le regole metodologiche della scuola di Rodolfo SACCO, hanno raggiunto una sostanziale convergenza circa la sussistenza delle medesime regole operazionali all'interno delle più significative esperienze europee (Francia, Germania ed Italia) e, addirittura, in modo assai più ambizioso fra esperienze da sempre ascritte a modelli giuridici-culturali contrapposti (per l'appunto modello romanistico e modello angloamericano).

A mio giudizio, la risposta è negativa non tanto sulla base e a ragione della supposta superiorità storica-normativa del criterio di imputazione della colpa, quanto perchè il criterio di imputazione c.d. oggettivo si basa su una pluralità di ragioni, anche di carattere economico, la cui valutazione deve essere più correttamente riservata, almeno nei sistemi di diritto continentale, al legislatore. L'impatto di una regola di responsabilità oggettiva è, infatti, notevolmente più ampio di quello costituito dalla regola di responsabilità per colpa anche per gli stretti rapporti tra responsabilità oggettiva e il momento assicurativo. Nel settore che è diventato con il tempo l'area privilegiata di riferimento - cioè la responsabilità da prodotto - una delle ragioni che ha spinto all'introduzione di una regola di responsabilità oggettiva è stata proprio il concetto di origine economica di internalizzazione, cioè di ripartizione e/o distribuzione interna dei rischi. Esso sembra essere idoneo a unire le due principali funzioni di compensation e di deterrence che si ritengono svolte dalle regole di r.c.

b) In secondo luogo, atteso che è il legislatore e non il giudice l'organismo meglio attrezzato a valutare la convenienza di una simile scelta, ne discende la conseguenza che le regole di responsabilità oggettiva non possono essere assoggettate ad un'interpretazione estensiva, essendo rigorosamente tipiche.

Anche qui è doveroso esprimere un preciso caveat: si è parlato fino ad ora di criteri di imputazione della responsabilità. Spesso nella trattistica tradizionale si parla di regole di responsabilità semi-oggettiva e ancora di responsabilità per colpa presunta. Ad esempio, nell'ordinamento italiano, viene ritenuta responsabilità semi-oggettiva la fattispecie dell'art. 2050 c.c. (esercizio di attività pericolosa) e responsabilità per colpa presunta quella esistente in capo a chi esercita un'attività medico-ospedaliera [in quest'ultimo settore, la più recente elaborazione giurisprudenziale è caratterizzata da un processo di evoluzione ancora in attesa di definitive conferme: il movimento in atto vede il passaggio da una responsabilità per colpa ad una responsabilità presunta per semplice difetto o errore. La Corte di Cassazione distingue a seconda che l'intervento medico o chirurgico possa essere giudicato o non come difficile esecuzione].

Le regole -normative o giurisprudenziali- di responsabilità per colpa presunta e -soprattutto oggetto di elaborazione dottrinale- di responsabilità semi-oggettiva sono però diverse da quelle di responsabilità oggettiva: la diversità più evidente è costituita dal criterio di imputazione della responsabilità, che, nelle prime, è sempre costituito dalla colpa ed, invece, nelle seconde da un qualcosa di diverso dalla colpa ["liability without fault"]. Altre importanti diversità esistono, però, a livello di remedi disponibili a favore del danneggiato in conseguenza del fatto illecito posto in essere del danneggiante. La diversità dei rimedi è giustificata dal diverso modo con il quale la regola di responsabilità oggettiva cerca di realizzare le finalità di compensation e di deterrence, proprie dell'istituto della responsabilità civile.

3. Responsabilità oggettiva e risarcimento del danno a favore della vittima.

La responsabilità oggettiva, proprio perchè basata su un criterio di imputazione della responsabilità diverso dalla colpa ha storicamente aspirato ad assicurare un risarcimento migliore in situazioni e ad interessi nei quali il risarcimento non veniva proprio concesso o era subordinato alla spesso difficile prova relativa all'esistenza di una colpa. Il fatto che un soggetto venga ritenuto responsabile di un determinato accadimento dannoso, in maniera indipendente dalla sua negligente condotta sta ad

indicare con sufficiente chiarezza che la strict liability è caratterizzata da un approccio decisamente favorevole alla posizione del soggetto danneggiato. Tale favore per il danneggiato trova una sua adeguata giustificazione in due ordini di ragioni oggetto di considerazione da parte di coloro che ritengono imprescindibile l'utilizzo di categorie microeconomiche: è la comunità sociale, considerata nel suo complesso, che vede imporre il carico risarcitorio sulla parte meglio in grado di decidere se i costi necessari per evitare l'attività potenzialmente dannosa siano maggiori di quelli necessari per operare un'efficiente attività di assicurazione; il soggetto che verrà ritenuto strict liable sarà, presumibilmente, quello che avrà posto in essere un'attività di internalizzazione dei rischi.

Se il "best decider" e l'internalizzazione dei rischi sono i due più plausibili criteri a favore della creazione di una regola di strict liability, essi comportano necessariamente una limitazione delle voci di danno risarcibili, limitazione che invece non ha alcuna giustificazione laddove operi la colpa.

In definitiva, al danneggiato viene assicurata una strada, tutto sommato privilegiata, per la protezione delle sue pretese risarcitorie: tale vantaggio viene compensato però da una limitazione predeterminata delle categorie di danni risarcibili. Questa soluzione dichiaratamente transattiva volta a contemperare la protezione dei consumatori con le strategie dell'impresa è stata adottata recentemente nella direttiva comunitaria in materia di responsabilità per prodotti difettosi del 25 luglio 1985, che avuto ormai una completa esecuzione nei paesi membri della Comunità Economica con l'unica eccezione dello Stato francese (cfr. retro pag. 1).

4. Il caso della responsabilità del produttore.

È noto che tre sono le ragioni che dovrebbero giustificare la scelta di un regime di strict liability nel settore della responsabilità per la circolazione di prodotti difettosi.

In primo luogo, il regime di strict liability comporterebbe una riduzione dei costi amministrativi: il sistema basato sulla colpa (e,

strutturalmente, indissolubilmente legato ad un meccanismo processuale funzionante secondo le regole del case by case) viene a costare troppo. Un sistema di strict liability prescindendo dal funzionamento del criterio della colpa quale imputazione della regola di responsabilità civile, si presenta come una regola più semplice nell'amministrazione processuale e, soprattutto, come regola più economica.

In secondo luogo, il regime di strict liability svolge -in modo più incisivo rispetto a quanto è possibile verificare a livello di colpa- una funzione di deterrence.

In terzo luogo, il produttore è nella posizione migliore (rispetto alla categoria dei consumatori) per porre in essere un'attività di assicurazione rispetto ai rischi collegati alla circolazione dei prodotti difettosi; attraverso un'attività di internalizzazione, e cioè di ripartizione interna, i rischi stessi finiscono con l'essere distribuiti (spreading the risks) all'interno della collettività degli utenti.

L'insegnamento di Traynor si pone in perfetta sintonia con altre opinioni rese da altri famosi giudici inglesi (Lord Atkin nel celeberrimo *Donoghue v. Stevenson*) e nordamericani (Cardozo in *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*) che a cavallo tra gli anni venti e quaranta hanno permesso alle regole della responsabilità civile di delineare con maggior nitore i nuovi confini dell'istituto (cfr. per ulteriori elementi G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992).

Ma Roger Traynor, con grande lucidità, nella contemporanea enunciazione delle tre ragioni che si pongono alla base dell'affermarsi della regola di strict liability, intravede anche le degenerazioni o, meglio, gli elementi che potrebbero agire in danno della direttiva pur considerata (qualche istante prima) come nettamente migliore. Nell'ordine:

a) Se evidenti sono i "guadagni" processuali collegati all'esistenza di una regola di strict liability, allo stesso modo nitidi sono gli svantaggi derivanti dall'aumento del complessivo contenzioso giudiziario, a causa della presenza di una regola che facilita la posizione dell'attore danneggiato. Non solo: la regola di responsabilità oggettiva individuata da Traynor e poi accolta nel *Restatement of Tort* -nel 1964 prima e dal

legislatore comunitario nel 1985- è chiaramente subordinata all'esistenza di un requisito, il "difetto" che è destinato nella realtà concreta a presentarsi con caratteri diversi e a creare nuovi e difficili problemi giuridici.

b) La deterrence svolta dalla regola di responsabilità oggettiva non può essere del tutto univoca, dovendosi confrontare con categorie di prodotti tecnologicamente eterogenei e sul cui grado di sicurezza e di qualità le regole giuridiche esercitano un diverso grado di influenza.

c) In terzo e ultimo luogo, il meccanismo dell'internalizzazione, cioè della ripartizione interna dei rischi adottata dall'imprenditore non è così neutrale come potrebbe sembrare a prima vista.

Proprio per la presenza di questi criteri, il legislatore comunitario prima e i legislatori nazionali dopo hanno prefigurato una limitazione delle voci di danno spettanti al soggetto danneggiato. Nell'ordinamento italiano, il danneggiato da un prodotto difettoso può chiedere soltanto il risarcimento del danno cagionato dalla morte di un congiunto o da lesioni alla sua persona, nonchè il danno a cose solo nella misura che ecceda la somma di lire 7 50.000 e nei limiti dell'art. 11, 1° comma del D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224. Viene esclusa quindi la risarcibilità del c.d. economic loss, mentre il risarcimento del danno non patrimoniale è sempre subordinato alla presenza rigorosa dell'art. 2059 c.c. [cioè un illecito penale]. Il pieno risarcimento del danno alla persona viene cioè ritenuto irrinunciabile, atteso la posizione gerarchicamente superiore occupata da questa voce [dopo cinque anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina in tema di products liability i giudici italiani hanno per la prima volta applicato la nuova normativa: il caso è quello deciso dal Tribunale di Monza l'8 luglio 1993, di prossima pubblicazione sul Foro italiano].

Le conferme -positiva e negativa- di questa scelta di politica legislativa la si hanno in due aree, che, pur lontane da loro, hanno avuto negli ultimi anni notevole sviluppo.

Infatti, una regola diversa è applicata in tema di responsabilità da servizi, mentre la stessa regola è accolta nel settore del diritto dei trasporti.

Come si vedrà in seguito, le soluzioni di limitazione dei danni risarcibili da episodi di strict liability sono diverse dalla disciplina prevista nell'area della c.d. responsabilità assoluta (su di essa infra paragrafo 6).

4.1 La responsabilità del prestatore di servizi.

Ai sensi della proposta di direttiva del 9 novembre 1990, non si è voluto adottare un sistema di responsabilità oggettiva: interna di servizi la culpa del prestatore costituisce il criterio di imputazione della responsabilità. La "debolezza" negoziale che è propria del consumatore determina unicamente un'inversione dell'onere della prova: l'onere di provare l'assenza di colpa è infatti a carico del prestatore. Il prestatore è responsabile per colpa finché non provi di aver fornito la sicurezza normalmente, ragionevolmente e legittimamente prevedibile.

Appunto perché basata sulla colpa, sono risarcibili a favore del consumatore tutti i danni dalla morte o da qualsiasi lesione della salute o dell'integrità fisica delle persone, il danno diretto cagionato all'integrità di beni mobili o beni immobili, nonché tutti i danni materiali finanziari derivanti direttamente dalle prime due categorie di danni.

4.2 Il settore dei trasporti.

Assai più ricca di riferimenti giurisprudenziali e legislativi (interni e convenzionali) è la situazione presente nel settore dei trasporti.

In brevissima sintesi, le limitazioni legali al risarcimento del danno a persona e a cose sono state per un lunghissimo periodo di tempo giudicate invalide [si riteneva la disciplina della responsabilità extracontrattuale con un carattere di ordine pubblico, come tale assolutamente non derogabile per volontà delle parti]; successivamente, anche per la chiara influenza della normativa convenzionale [Convezione di Bruxelles del 1924, Convezione di Varsovia sul trasporto aereo del 1929, la Convezione di Berna sul trasporto ferroviario del 1952 e la Convezione di Ginevra sul trasporto su strada nel 1956] si introducono progressive limitazioni al risarcimento per i danni causati a persona e a cose. In un terzo momento, si è verificato l'intervento della Corte Costituzionale che in un primo momento ha distinto tra il risarcimento

per danni a persona e a cose e ha poi introdotto i due criteri generali della “adeguatezza” prevista per il danno alla persona e la “ragionevolezza” del danno a cose. Fondamentale al riguardo è la pronuncia n. 132 del 1985 dove il giudice estensore prof. La Pergola ebbe modo di chiarire di essere di fronte “... alla sospetta lesione della sfera costituzionalmente garantita non alla proprietà, bensì alla integrità fisica della persona”.

Quindi, una volta che la scelta legislativa attuata con l’art. 1681 c.c. è stata nel senso di fissare una responsabilità per colpa -poi divenuta nella concreta elaborazione giurisprudenziale presunta- ne discende che la responsabilità per i danni alla persona deve essere assoluta oppure, in ogni caso, per ossequio ad alcuni precetti convenzionali, sempre rispettosa del generale criterio dell’adeguatezza.

5. Le differenze tra responsabilità oggettiva e responsabilità assoluta.

Quanto fin qui detto dovrebbe aver chiarito le differenze esistenti tra responsabilità per colpa (nella sua variante giurisprudenziale di colpa presunta) e responsabilità oggettiva non solo per quello che concerne il criterio di imputazione della responsabilità, ma anche per i danni risarcibili. Accanto alla responsabilità oggettiva, spesso confusa con essa, esiste anche la fattispecie di responsabilità assoluta. L’aprocchio da noi accolto trova una sostanziale conferma anche nell’area della responsabilità assoluta, dove, come si vedrà, si è di fronte non tanto ad un risarcimento, quanto ad un indennizzo.

Negli ultimi venti anni ci si è trovati di fronte ad un cambiamento radicale nella configurazione del ruolo e delle funzioni svolte dal regimen della responsabilità civile. La funzione riparatoria è diventata sempre più generale e estesa e tale da richiedere l’intervento dell’organizzazione statale in prima battuta: in tal modo, si è più vicini alle regole della sicurezza sociale che non a quelle della responsabilità civile. In altri termini, esistono accadimenti dannosi, il cui carico economico secondo le regole di traslazione proprie della r.c., siano esse fondate sulla colpa o su un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità, non può essere trasferito al soggetto danneggiante: perchè

costui non può essere identificato [il caso dei cosiddetti danni anonimi, come pure quando la applicazione e il funzionamento del nesso di causalità secondo criteri newtoniani no riesca a condurre all'identificazione del soggetto responsabile], o perchè nè la colpa nè una regola di strict liability potrebbero essere utilizzati nel caso in questione.

I casi di danni anomini o di soggetti responsabili non identificati e nei quali nè la colpa nè la regola di strict liability riescono a trasferire la perdita economica del danneggiante a carico del danneggiato fotografano il momento dei rapporti tra responsabilità civile e sistema di sicurezza sociale.

Secondo una corrente di pensiero assai forte e diffusa, il carattere di sempre maggiore solidarietà economica e sociale assunto dalle regole di responsabilità civile, di pari passo con le concezioni di Welfare State sempre più imperanti nella nostra cultura sociale, renderebbe obbligatorio il trapasso tra i due regimi [da ultimo la necessità, anche costituzionale, di adottare dei piani di indennizzo automatico nel settore dei danni da circolazione stradale è stata affermata nell'agile volumetto di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Responsabilità civile e sicurezza sociale*, Napoli, 1991]; tutti gli accadimenti dannosi, indistintamente, dovrebbero essere oggetto di un'attenzione riparatoria anche al di là del funzionamento delle regole di responsabilità civile. Sarebbe lo Stato, attraverso un sistema articolato di sicurezza sociale, a doversi fare carico di ogni perdita economica, comprese anche quelle esterne al funzionamento delle regole di responsabilità civile. Un regime di risarcimento automatico di (quasi) tutte le occasioni di danno -già del resto attuato in Nuova Zelanda, in Svezia, nonchè in alcuni stati nordamericani nello specifico settore della circolazione dei veicoli- rappresenterebbe la migliore attuazione di alcuni principi di carattere costituzionale.

Secondo altre posizioni, questo regime non potrebbe mai prendere completamente il posto delle regole di responsabilità civile; la responsabilità civile sembra, infatti, più attrezzata di altri strumenti per risolvere i conflitti interindividuali sottesi alla distribuzione di perdite economiche determinate dal libero spiegarsi delle azioni umane; è più legata al mercato e alla forze che in esso si agitano, e questo ora in funzione di supplenza ora in funzione di una sua irrinunciabile e

istituzionale peculiarità. L'introduzione di piani di indennizzo automatico sarebbe giustificata solo alla luce della finalità di compensation, che troverebbe le proprie fondamenta in termini costituzionali nei doveri di solidarietà costituzionalmente imposti, ma andrebbe incontro a serie censure sotto il versante della deterrenza.

L'area della irresponsabilità può diventare area di responsabilità solo tramite l'intervento legislativo: il compito di individuare ipotesi nelle quali deve essere concesso un indennizzo -concetto strutturalmente diverso dal risarcimento- devono essere fissate dal legislatore. Il "bathtub argument" -perchè non viene concesso un indennizzo anche a favore di persone che risentano di un accadimento dannoso all'interno della propria vasca da bagno-, tanto caro all'esperienza anglosassone evoca immediatamente profili di disparità di trattamento, ma questi sono meglio governabili da parte del formante legislativo. Sarà sempre, con tutta probabilità, la giurisprudenza ad accendere la discussione che dovrà essere risolta però in sede parlamentare. È, infatti, qui che le regole del gioco possono essere meglio rispettate, senza che venga provocato un'eccessiva aggressione alla compensation e alla deterrenza proprie del regime di responsabilità civile. Il legislatore intervenendo avrà modo di decidere sulle caratteristiche dell'indennizzo spettante al soggetto danneggiato (strutturalmente e normalmente inferiore all'entità del risarcimento), sul modo con il quale deve essere finanziato il fondo per far fronte alle esigenze di riparazione, nonché la capacità del sistema scelto di raggiungere una migliore allocazione delle risorse economiche presenti.

Il profilo del quantum deciso per via legislativa spettante al danneggiato all'interno dei piani di sicurezza sociale solleva, anch'esso, interrogativi relativi al rispetto del principio di uguaglianza, inteso questa volta nel suo aspetto sostanziale: la somma concessa a favore del danneggiato è, infatti, minore di quella che allo stesso sarebbe spettata in un diverso regime di responsabilità civile. Ad esempio, alle vittime del terrorismo la legge del 1990 concede la somma di 1,5 milioni per ogni punto percentuale di lesione della capacità lavorativa, fino ad un massimo di 150 milioni; i malati di AIDS e i danneggiati da vacino e da emoderivati, ai sensi della legge del 1992, sono trattati come i militari e i graduati, in quanto la classificazione delle lesioni e infermità viene effettuata tramite rinvio alla tabella per le pensioni di guerra. Si tratta di

previsioni che hanno introdotto criteri e momenti di valutazione standardizzata del pregiudizio sofferto, che finiscono per rispettare il solo elemento dell'uguaglianza formale, non prestando attenzione e sensibilità per la particolarità del caso concreto; non viene, quindi, fornita al giudice alcuna possibilità di intervenire equitativamente per far emergere all'interno del giudizio profili e momenti di elasticità e flessibilità nella valutazione delle conseguenze pregiudizievoli nella concretezza del singolo caso.

Questa riduzione della somma concessa a favore del danneggiato trova la sua giustificazione nel fatto che il sistema di sicurezza sociale basa il suo funzionamento su un numero più ristretto di risorse economiche, laddove il sistema di responsabilità civile conosce soltanto i limiti propri di ogni sistema di mercato, tendendo ad assicurare al soggetto danneggiato una riparazione di tipo integrale.

6. Le perdite non pecuniarie nei sistemi di responsabilità oggettiva.

Quanto fino ad ora sostenuto trova un altro terreno di conferma nel settore delle perdite non pecuniarie dove più è possibile uno strappo e una deviazione dai criteri fino ad ora seguiti: questo perchè si è nel campo dove viene assicurata una overprotection a favore della vittima danneggiata. Per le perdite pecuniarie è ancora più importante che per le perdite patrimoniale non disattendere le principali finalità del sistema di responsabilità civile: sia i danni punitivi sia il danno per pain and suffering trovano una loro migliore giustificazione all'interno di regole di responsabilità civile che adottino il criterio di imputazione della responsabilità basato sulla colpa.

6.1. I danni punitivi.

Danni punitivi: a questo riguardo anche la letteratura italiana è ormai abbondante e ha sempre seguito con grande interesse le vicende di questa categoria, salvata per due volte di seguito nel giro di due anni dal 1989 al 1991 dalle censure di costituzionalità per violazione dell'ottavo e del quattordicesimo emendamento della costituzione nordamericana. Retribution (o punishment) e deterrence sono le due grande finalità che

vogliono essere raggiunte dal rimedio in questione: la retribuzione richiede necessariamente che i danni punitivi siano concessi unicamente quando sia possibile offrire la prova della presenza di un malice nella condotta del danneggiante, con la conseguenza della loro applicazione nel settore di c.d. intentional torts [D.D.ELLIS, *Fairness and Efficiency in the law of Punitive Damages*, 56 *South California Law Review* 1 ss (1982)]; la funzione di deterrence viene, invece, molto apprezzata dagli studiosi di analisi economica del diritto [in particolare il riferimento è ai saggi di H.SEE, *Punitive Damages: A Supporting Theory*, 40 *Alabama Law Review* 1227 (1989); R. COOTER, *Punitive Damages for deterrence*, 40 *Alabama Law Review* 1143 (1989) e, in termini ancor più generali, S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, pp. 148-150].

L'assunto di base è che non tutti i soggetti danneggiati da episodi da tort portano le loro pretese di fronte alle Corti: perciò, gli organi giudiziari nel determinare la misura della responsabilità dovranno aumentarla in modo che essa arrivi ad internalizzare, in termini aggregati, l'ammontare complessivo dei danni causati dall'esercizio... di una determinata attività economica [nel linguaggio degli economisti, la completa internalizzazione di tutti i danni causati porta ad un risultato socialmente efficiente]. A queste due compiti, ben può aggiungersi una terza funzione, questa volta decisamente riparatoria: si tratta, in altri termini, di rendere il soggetto danneggiato "whole" dell'intera perdita subita. Caricare la parte lesa dell'onere costituito dalle spese processuali -che nell'esperienza nordamericana non seguono il criterio della soccombezza- significa attentare in modo serio al principio della riparazione integrale dei diritti della vittima.

Esclusa questa residuale funzione riparatoria, si tratta di esaminare in quale modo e a quali condizioni i danni punitivi costituiscano dei "windfalls" a favore dei soggetti danneggiati determinando una pericolosa overprotection nelle trame della responsabilità civile.

Infatti, il windfall a favore degli attori danneggiati costituito dai danni punitivi può svolgere una funzione di aumento del social welfare solo in due situazioni:

a) se il maggior livello di danni aumenta l'insufficiente incentivo presente negli attori di iniziare un contenzioso;

b) se tale maggior livello di danni goduto dall'autore serve a rimborsare allo stesso i costi sopportati in conseguenza della litigation.

Nelle altre situazioni il windfall si verifica puntualmente, determinando:

a) un risarcimento inefficiente;

b) una condotta degli stessi attori poco propensa ad attuare un regime di optimal deterrence e

c) una cattiva allocazione delle risorse legali ed economiche.

La prima conseguenza negativa dovrebbe essere ricondotta alle scelte dell'astratto-medio consumatore che riceve tale generosa concessione di denaro: il danneggiato potrebbe essere interessato, in omaggio al criterio della calante utilità marginale del consumo, a ricevere una somma ridotta a titolo di danni punitivi accompagnata da una minor imposizione fiscale che si verificherebbe se la somma concessa per danni punitivi nella loro natura di multe private finissero nelle casse dello Stato.

Secondo SHAVELL [Economic Analysis of Accident Law, 1987], la concessione dei danni punitivi diminuirebbe, disincantandolo profondamente, quel comportamento cautelativo che dovrebbe assistere il consumatore nella sua attività volta a raggiungere un grado di ottima deterrence.

Infine, a dividere il windfall goduto dagli attori danneggiati saranno sicuramente anche gli avvocati di costoro portati, sempre più frequentemente a trattare casi in cui si discute della concessione di danni punitivi, con l'inevitabile aumento del costo dell'unità oraria dei servizi resi da questi ultimi e con l'instaurazione crescente di casi marginali.

Proposte per superare questa situazione? Mitchell POLINSKY ne ha una: già espressa in un suo saggio del 1983 [Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages, 74 Georgia Law Journal 1231 (1986)] e poi ripresa in un suo più recente intervento [con Yeon-Koo CHE, Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation, 22

Rand Journal Econ. 562 (1991)] si tratta di evitare che tutto il risarcimento concesso a favore del soggetto danneggiato vada a finire nelle sue tasche. Egli avrà diritto unicamente a percepire una somma pari al danno sofferto, ivi comprese le spese dovute sopportare per la litigation, percependo lo Stato la differenza tra la somma concessa a titolo di danni punitivi e le spese sostenute a livello giudiziario. Compito, questo, non molto difficile quindi, con grande soddisfazione del Justice Rehnquist il quale già nel 1983 aveva ricordato che qualora una multa punitiva venga concessa in sede civile "...the penalty should go the State, not to the plaintiff" [Smith v. Wade, 461 U.S. 30 (1983)].

I problemi -tra i quali assumono una particolare rilevanza il trattamento fiscale degli stessi, sia sotto il profilo della loro deducibilità da parte dei danneggianti, sia sotto quello della non assoggettabilità ad alcuna forma di imposizione fiscale- in ogni caso, rimangono.

6.2 I danni per pain and suffering.

Parlando di pain and suffering, si affronta solo la più conosciuta della più vasta categoria delle perdite non pecuniarie. Attraverso le somme concesse a questo titolo, secondo le statistiche che non mancano mai nelle indagini degli studiosi nordamericani, viene concesso il 50% della somma globalmente concessa a favore del soggetto danneggiato.

Come anticipato, non solo il pain and suffering -anche se sicuramente la più importante- non è l'unica voce di perdita non pecuniaria riconosciuta nell'esperienza nordamericana, ma è essa stessa figura che conosce una grande eterogeneità di sottofigure al suo interno.

Sulla funzione e sulla utilità di tale figura hanno avuto modo di scontrarsi due importanti settori della legal scholarship nordamericana: per i sostenitori dell'indirizzo di pensiero che va sotto il nome di giustizia commutativa (corrective justice) [ricordo, tra gli altri, Richard EPSTEIN, Jules COLEMAN, Ernest WEINRIB e Robert FLETCHER] il pain and suffering svolge una funzione perfettamente in sintonia con gli obiettivi primari dell' 'interno istituto della responsabilità civile: in sostanza consentire al danneggiato di essere risarcito di tutto il danno subito in conseguenza di una condotta posta in essere con colpa dal danneggiante.

Diverso è ovviamente l'approccio giuseconomico, portato, per definizione, a considerare lo scenario della responsabilità civile come il luogo in cui operano valutazioni sui costi sopportati dagli attori e si muovono sinergie assicurative dall'altra: se la funzione di risarcimento dei danni subiti dal consumatore -danneggiato viene ad essere svolta dal meccanismo assicurativo, si può essere ragionevolmente certi che nessuno stipulerà un contratto di assicurazione per le perdite che ricadono sotto questa voce di danno. Il pain and suffering non è proprio in grado di influenzare l'utilità marginale del reddito goduto dallo stesso danneggiato prima della commissione del fatto illecito. Non esiste in altri termini un mercato sulla valutazione da attribuire alla voce per pain and suffering: un mercato è composto da persone, infatti, che vendono ed acquistano, ma ben pochi sono i soggetti disposti ad acquistare una garanzia assicurativa per questa voce di danno o, viceversa, a soffrire un pain in cambio di un corrispettivo.

Oltre a queste considerazioni, c'è da aggiungere che il pain and suffering, come del resto l'ampia categoria delle perdite non pecuniarie, soffre di tutte le difficoltà relative alla determinazione economica del valore della vita umana; problema alla cui risoluzione definitiva anche gli economisti stanno cercando di dare un contributo [si ricordano i tentativi basati sul valore monetario che un individuo è disposto pagare per diminuire il rischio di morire; o, altrimenti, applicando il cost-benefit analysis, determinando l'ammontare della spesa pubblica e privata che un individuo paga per la prevenzione di lesioni mortali]. La prima volta che un economista è comparso sulla scena processuale, chiamato come esperto da una giuria per rispondere al quesito del calcolo del valore della vita umana, pur indicando il grado di imperfezione dei criteri seguiti, consegnò alla giuria un valore attribuito dalla società nordamericana alla vita oscillante tra i 500,000 e i 3.500.000 dollari [la giuria, facendo uso, questa volta, di poteri di self-restraint liquidò 850.000 dollari a titolo di danno edonistico: la sentenza *Sherrod v. Berry* può essere letta integralmente con mia annotazione, *Danno edonistico: una versione americana del danno alla salute?* in *Foro it.* 1987, IV, c. 71 ss.].

Visto questa deviazione dalla compensation, la funzione del pain and suffering si giocherebbe allora decisamente sul versante della deterrence e in questa prospettiva tornano di attualità i rilievi espressi in tema di danni punitivi.

7. Qualche conclusione.

In questo processo di allargamento delle ipotesi di danno risarcibili è stata, a mio avviso, più apprezzata la funzione di compensation svolta dalle regole di r.c. dell'altra funzione di deterrence: in altri termini, la riparazione del danno a favore del soggetto danneggiato, più che i meccanismi di carattere preventivo volti a incidere sull'attività fonte di possibili pregiudizi. Le due fondamentali e irrinunciabili funzione svolte in termini generali dalle regole di responsabilità civile devono, invece, essere congiuntamente esaminate ed apprezzate. Una situazione di eccessivo risarcimento a favore dei danneggiati può determinare simmetricamente un aumento non corretto dei meccanismi di deterrence che agiscono, invece, sulla categoria dei possibili danneggianti.

Le due finalità svolte dall'istituto della responsabilità civile possono contribuire alla risoluzione dei problemi connessi all'allargamento delle ipotesi di danno risarcibile non solo nei campi più tradizionali dell'illecito extracontrattuale disciplinato nell'impianto codicistico, ma anche quando l'opera di estensione venga attuata tramite l'intervento legislativo.

L'applicazione del principio di uguaglianza nel settore della responsabilità civile deve quindi subire una lettura funzionale agganciata alle generali funzioni (compensation e deterrence) svolte dalla r.c.: la crescita della r.c., in omaggio al generale principio di uguaglianza, dovrà essere inquadrata nelle linee portanti dello stesso istituto.

Milano-Pisa 6 ottobre 1993