

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2020

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il presente Fascicolo raccoglie gli atti del Convegno

«IMPRESA, MERCATI E TUTELA CIVILE»

Tenutosi a Trento nelle giornate del 25 e 26 ottobre 2019

Sotto la responsabilità scientifica della Direzione della
Rivista di Diritto Bancario

Ideologie e tecniche dei rimedi risarcitori nell'attività d'impresa (compensazione e ultracompensazione)

SOMMARIO: 1. Premessa e un *caveat*. – 2. Alcune considerazioni di carattere generale. – 3. Interesse tutelato e funzione del rimedio ultracompensativo. – 4. Ideologie e tecniche dei rimedi.

1. Premessa. Un caveat

Chi, come chi scrive, ha maturato la propria formazione giuridica nello scorso secolo ha imparato a interpretare il diritto quale fenomeno nella sua essenza storico e profondamente ideologico. Riferimento culturale fondamentale per più di una generazione sono state le pagine di Riccardo Orestano, appassionate e struggenti nell'affermazione del fondamento sempre ideologico e del contenuto etico della norma giuridica; come pure le pagine di Franz Wieacker, importanti per svelare l'imbroglio che sempre si nasconde sotto la pretesa di neutralità delle norme giuridiche, anche quando ordinate nella sontuosa perfezione del sistema del diritto delle pandette. E ponendo mente a quell'insegnamento, anzitutto metodologico, non può che apparire naturale che epicentro del discorso dei giuristi restino le ideologie anche e a maggior ragione ora, nel millennio celebrato come l'epoca del loro tramonto.

Guardando specificamente al terreno del diritto dell'impresa e dei mercati, prima considerazione, sia pure per certi versi superficiale, è che qui la lettura dei fondamenti ideologici assume rilievo più significativamente che in altre zone dell'ordinamento: nello spazio lasciato vuoto dal ritiro dello Stato e sterilizzato dalla politica per mezzo delle modalità nuove di organizzazione dell'economia privatizzata, si svolge una dialettica necessariamente centrata sulla individuazione degli interessi tutelati, ispirata, a monte, dal disvelamento delle ragioni di politica del diritto sottese, momento per momento, alla pretesa neutralità delle scelte operate.

Esemplare è il discorso sui rimedi, dove l'influenza dei presupposti ideologici si esprime in percorsi argomentativi variamente articolati attorno a coppie di termini e locuzioni antinomici, a loro volta portatori di categorie, concetti o principi tra loro contrapposti. Termini e locuzioni: soltanto ad esempio, quelli, contenuti tra parentesi nel nostro titolo, «compensazione» contro «ultracompensazione», con, in stretta correlazione, «azione individuale» contro «azione collettiva»; a monte, in ragione della qualificazione del contesto, «autonomia privata» contro «ufficio» o «agire funzionale»; «*public enforcement*» contro «*private enforcement*»; «colpa» o «causalità» contro «effettività»; «proporzionalità», ancora, contro «effettività». Sono esempi che certamente non esauriscono il quadro e, altresì, non consentono di ordinare un unitario scenario dialettico. Si ritrovano, infatti, impiegati su terreni caratterizzati da specialità e delimitati assai rigidamente, corrispondenti talvolta a prospettive particolari delle attività economiche (una per tutte la concorrenza con il tema del risarcimento dei consumatori a valle), altre volte delimitati da specifiche discipline di specifici mercati. Tra questi ultimi: a) il mercato bancario e il mercato finanziario dove emergono con maggiore chiarezza i termini della contrapposizione tra autonomia privata e agire funzionale e dove altresì si trova in costante, significativa, tensione il paradigma ordinario della responsabilità civile; b) il mercato assicurativo, dove si gioca un confronto importante tra principio indennitario e principio di autonomia; c) il diritto generale dei consumatori, dove è posto in principio il problema dell'effettività e lo spostamento nella discussione dai diritti ai rimedi ha portato a galla il tema dell'azione collettiva.

Lo scenario è dunque estremamente frammentato. Possono agevolare l'orientamento di chi vi si avventuri per un giro breve un *caveat* e qualche considerazione di carattere generale.

Il *caveat*.

Il modo della sommaria descrizione che precede sconta, a monte, una opzione ideologica unitaria personale di chi scrive: l'autonomia privata (che qualificherei piuttosto come libertà di iniziativa raccogliendo l'insegnamento di due grandi Maestri del diritto quali Paolo Ferro-Luzzi e Pietro Perlingieri) non ha un fondamento unitario ma è governata da principi differenti in relazione ai diversi interessi

volta per volta coinvolti. Ad esempio, l'autonomia in ambito bancario e finanziario ha un primo riferimento unitario nell'art. 47 Cost. e ha a valle principi contenuti nelle norme di rango primario dei differenti mercati (l'art. 21 TUF nei mercati finanziari, la disciplina della sana e prudente gestione nel mercato bancario). L'autonomia in ambito assicurativo, dove, soprattutto quando si parla di assicurazione sugli infortuni e sulla vita, è direttamente implicato l'interesse della persona umana, ha riferimenti plurimi tra i quali anche i principi fondamentali degli art. 2, 3 e 32 cost. L'autonomia nell'area dei servizi pubblici, dove è chiaramente coinvolto tutto l'apparato di regole che disciplina l'attività della P.A. La generale disciplina consumeristica – quindi del mercato inerente ai prodotti di massa in quanto tali – ha come riferimento, unico per ciò che è oggi, l'art. 41 Cost.

In questa diversità di fondamenti, che è causa di frammentazione tra autonomie, si gioca il rapporto tecnica-ideologia, nel senso che gli espedienti tecnici e gli stessi principi possono assumere valenza ideologica profondamente diversa a seconda del terreno dove vengono utilizzati: così è, per esempio, per il *private enforcement*, così è per la stessa libertà contrattuale. Il *private enforcement*, per intenderci, assume caratteri diversi a seconda del terreno dove viene profilato. Su un terreno come quello della concorrenza, di là dalla discussione che si può fare in ordine alla funzione deterrente, è criticato e criticabile in quanto strumento liberista, perché connesso con misure fondate sulla auto-organizzazione dei cd. *gatekeepers* e sulle relative regole, frutto quindi, sostanzialmente, dell'abbandono del controllo diretto da parte dell'autorità pubblica. Fuori da questo terreno può assumere invece la funzione quasi opposta, di consentire, attraverso la misura della responsabilità un diretto e incisivo intervento della mano pubblica.

2. Alcune considerazioni di carattere generale

Considerazioni di carattere generale.

Il dibattito sul danno ultracompensativo in Italia – ravvivato dalla nota recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 16601 del 5 luglio 2017 – è percorso da notevoli equivoci ed è altresì condizionato da alcune sovrapposizioni concettuali. Partendo dalla fine, ossia dal

dibattito più attuale, il primo equivoco si manifesta nella stessa selezione del piano di lettura, ridotto esclusivamente alla discussione in ordine alla possibilità di comminare oggi, nel nostro sistema nazionale, un risarcimento ultracompensativo.

Questo è il piano selezionato, per lo più in ragione della critica alla menzionata decisione: assai ristretto, produttivo di una discussione asfittica. Sì, è vero, la Suprema Corte afferma, a nostro avviso opportunamente, la potenziale multifunzionalità del danno, ma si tratta pur sempre di una sentenza di diritto internazionale privato. Certamente manca, e sarebbe necessaria, una disciplina positiva che consenta al giudice italiano oggi di condannare il responsabile di un danno a un risarcimento maggiore rispetto alla compensazione integrale delle perdite subite dal danneggiato. Vero: ma non è questo il problema. In altre parole, non sembra discutibile ciò, che oggi nel nostro ordinamento nazionale ci sarebbe bisogno di una previsione normativa per poter profilare ipotesi di ultracompensazione. Ma una cosa è dire questo, altra cosa è opinare che il danno ultracompensativo non sia compatibile con il nostro ordinamento. In altre parole, la critica equivoca la decisione e non coglie perciò stesso il segno, poiché quest'ultima – per essere, come già detto, una decisione di diritto internazionale privato – non afferma affatto che nel diritto interno sarebbe legittimo comminare condanne a risarcimenti ultracompensativi ma soltanto, coerentemente con la sua funzione, che il danno ultracompensativo è compatibile con il nostro ordinamento e che perciò non ci sono ragioni di ordine pubblico per escluderne la cittadinanza, in presenza delle condizioni formali necessarie per la sua importazione.

Il problema in realtà è un altro: sempre lo stesso. Scorre sotto la superficie del dibattito attuale, come pure innervava le discussioni che nel tempo precedente si sono susseguite, la preoccupazione di molti che vi sia incompatibilità tecnica del danno ultracompensativo rispetto ai fondamenti del nostro sistema della responsabilità, talché da comportarne un grave effetto distorsivo.

Ebbene. Ha certamente ragione chi scrive che la responsabilità civile nasce in una dimensione meramente compensativa, legata indissolubilmente alla colpa.

L'articolo 2043 del codice civile italiano replica la sostanza degli artt. 1882 e 1883 del Codice di Napoleone: quella era l'essenza della responsabilità civile del diritto liberale. È vero perciò che il nostro sistema della responsabilità civile è nato per assolvere una funzione esclusivamente compensativa quale parte di un tutto, costituito dal disegno del diritto dei privati, ideologicamente pregno, recato dal codice di Napoleone, trasfuso nel Codice italiano del 1865 e poi in quello italiano del 1942. La sua costruzione è coerente, nell'esperienza europea continentale, con il fondamento ideologico del diritto individuale e con la sua traduzione tecnica negli schemi del diritto soggettivo (con ciò che essi comportano in punto di rapporto tra soggetto, patrimonio, attività e responsabilità); ed è altresì coerente con il ruolo ancillare assegnato dalla tradizione anglosassone al sistema dei *torts* rispetto alla *property* («*the guardian of every other right*»).

Ancora, sia pure in una diversa prospettiva e soprattutto alla luce di principi profondamente diversi, non sembra che si possa dare torto a chi assegna alla funzione compensativa un ruolo centrale nella disciplina della allocazione dei rischi dell'attività giuridica riconoscendo nel criterio della colpa la traduzione di una scelta eticamente significativa, se pure non valida in senso assoluto, ai fini della soluzione dei conflitti interpersonali.

Tuttavia, questo non vuole affatto dire che il sistema debba concludersi nelle linee della perfezione dogmatica assicurata dalla mera finalità compensativa. Non è di oggi, del resto, la prospettazione della responsabilità civile come sistema bipolare. È invece opportuno distinguere (si potrebbe appunto dire) tra due poli, riconoscendo la coesistenza di due metodi costruttivi connotati da differenti premesse logiche e ideologiche. Il fuoco, così, si stringe ancora: senza sovrapposizioni con il sistema dogmatico tradizionale della responsabilità civile, il problema nudo e crudo è costituito dall'ammissibilità dell'ultracompenzazione alla luce dei principi del nostro ordinamento.

Al riguardo, l'argomento forte usato dalla critica è che il nostro ordinamento rifiuta sistemi risarcitori che vadano oltre la compensazione poiché costituirebbero una lesione del principio di proporzionalità, sia, guardandola dal punto di vista del danneggiato,

come proporzionalità del ristoro ricevuto rispetto al danno effettivamente sofferto, sia, dal punto di vista del responsabile, come proporzionalità dell'esborso corrispondente risarcimento rispetto al danno cagionato.

Né l'una né l'altra prospettiva appaiono idonee a erigere barriere insormontabili.

Quanto alla prima vale, e mi pare decisivo, l'argomento che l'interesse tutelato non è unitario ed è dunque articolato anche il danno. È tautologico ma tant'è: il risarcimento quantificato sulla base del danno sofferto dal danneggiato trova il suo limite nell'integrale ristoro ovvero nella piena compensazione; non c'è ragione che possa legittimare la condanna del responsabile al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno subito, maggiore rispetto alla perdita da compensare. Ma stiamo ragionando all'interno della funzione e, dunque, della logica compensativa. Il punto è: si può andare o non si può andare oltre la funzione compensativa? Ed è qui che bisogna uscire dall'equivoco. È una cosa diversa rispetto al nostro sistema nato dal Codice di Napoleone, non è l'istituto modellato dall'esperienza del diritto moderno per compensare le perdite prodotte dalla lesione dei diritti individuali ai loro titolari, ma diremmo, più in generale, per dotare i diritti soggettivi di uno strumento di generale coercibilità.

Il presupposto affinché si possa utilmente accedere al discorso dell'ultracompensatività è che esista un altro polo della responsabilità civile, che in concreto prospetti nelle singole fattispecie di danno un interesse e una correlativa funzione ulteriori rispetto a quelli fondanti il meccanismo compensativo. Interesse ulteriore di chi? Di altri danneggiati, possibile. Dell'ordinamento (*i.e.* interesse pubblico), possibile. Si vedrà meglio più avanti. Certamente, anche con riguardo a questo interesse valgono, esattamente come per quello del danneggiato alla tutela del suo diritto individuale, il principio di proporzionalità ma, diremmo, anche quello di ragionevolezza nella definizione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento.

Quanto alla seconda prospettiva, quella della proporzionalità della condanna rispetto al danno cagionato, è nuovamente evidente che il comportamento illecito considerato non può più essere perimetrato unicamente attorno alla violazione del diritto soggettivo e, invece, deve

poter essere qualificato talsì da innestare nella medesima fattispecie la sensibilità di un interesse ulteriore. A primo esempio, giacché si sta parlando di mercati, può essere portata la violazione di regole di condotta imposte agli operatori professionali in ragione del modello economico e organizzativo dell'attività di ciascuno di essi (mercati) proprio e nell'interesse perciò generale al loro corretto funzionamento.

3. *Interesse tutelato e funzione del rimedio ultracompensativo*

La prospettazione dell'interesse tutelato come ulteriore rispetto a quello individuale del soggetto danneggiato conduce in via diretta sul terreno della funzione del rimedio risarcitorio. Al riguardo, è necessario in prima battuta precisare che l'ultracompensazione può avere, di fondo, due diverse vocazioni. La prima, che corrisponde al danno propriamente definibile come punitivo – correttamente ricostruito con il riferimento al c.d. diritto penale minimo, sintesi del passaggio al diritto civile di sanzioni precedentemente erogate dal diritto penale – eccede il tema stretto della responsabilità nell'attività economica. Di questo non si parlerà.

Altra vocazione dell'ultracompensazione si sostanzia nella funzione c.d. regolatoria. Funzione cioè conformativa delle condotte tramite appunto l'utilizzazione dello strumento della responsabilità: impiegata per indurre condotte reputate desiderabili che altrimenti non sarebbero probabilmente tenute o, al contrario, per impedire condotte reputate non desiderabili che altrimenti sarebbero con buona probabilità tenute.

Torna qui prepotentemente all'evidenza la valenza ideologica dei presupposti della scelta tra *public* e *private enforcement*.

È certamente in gioco l'equilibrio tra pubblico e privato, le prime precisazioni, essenziali anche per orientarsi sul terreno della politica del diritto, sono squisitamente tecniche. Si potrebbe iniziare col dire che, in realtà, si cade da una parte o dall'altra a seconda di come si concepisce il rimedio e di come, conseguentemente, si calcola il danno.

Il danno della nostra tradizione giuridica, quello compensativo, ha due caratteri essenziali che qui interessano. Uno oggettivo, già più volte menzionato nel nostro discorso, costituito dalla corrispondenza tra risarcimento e perdita subita dal danneggiante. Uno soggettivo,

costituito dalla coincidenza tra titolarità della situazione sostanziale lesa e legittimazione processuale. In senso stretto, ultracompensativo è esclusivamente il danno che sia maggiore di quello compensativo sotto il profilo oggettivo. Tale è quello – poco sopra menzionato – con funzione punitiva (*i.e.* sostitutiva della sanzione penale), tale può essere anche il danno con funzione regolatoria o, ancora meglio, di «costruzione del sistema» come lo qualifica Guido Calabresi, parametrato sulle condizioni necessarie per ottenere il risultato conformativo perseguito.

Quanto all'altro carattere, quello soggettivo, il superamento del dogma della coincidenza stretta tra titolarità del diritto e titolarità dell'azione consente di realizzare due diverse forme di ampliamento del perimetro della responsabilità. Va detto tuttavia che nessuna di esse si può considerare in senso stretto ultracompensativa. Non lo è certamente la tecnica, nota e normata nel nostro ordinamento, corrispondente all'istituto dell'azione di classe. Non lo è altresì la forma rappresentata dal c.d. moltiplicatore delineato da Steven Shavell, consistente, esattamente, nell'aumento del risarcimento, accordato sulla domanda del danneggiato attore in giudizio, in ragione del numero degli altri danneggiati dal medesimo fatto illecito, pur se non costituiti.

Sotto il profilo sostanziale, il danno corrisponde alla compensazione di tutti i danneggiati, ai quali il risarcimento è messo effettivamente a disposizione tramite la formazione di un fondo che se non fruito dai destinatari è impiegato per finalità socialmente utili. Nessun danneggiato riceve più di quanto necessario per compensare la sua perdita effettiva. L'attore è compensato con una quota limitata per il servizio reso agli altri danneggiati e alla collettività. Non si tratta dunque, si ripete, di danno propriamente ultracompensativo. Ciò nondimeno si mostra in grado di svolgere una funzione regolatoria, in quanto, rendendo giustiziabili con molta più facilità situazioni che altrimenti non lo sarebbero e capovolgendo così il calcolo economico che presiede alle decisioni strategiche delle imprese, specie se di grandi dimensioni, in ordine ai rischi sopportabili come conseguenza di condotte illecite, esprime una importante forza deterrente.

In sostanza, la tecnica del moltiplicatore è giocata sull'idea del *private procurator*, ossia dell'attribuzione a un individuo privato del

compito di individuare le violazioni e di perseguirle come parte processuale nell'interesse della collettività dei danneggiati e, più in generale, nell'interesse pubblico al rispetto delle regole di condotta violate. A monte di essa si trova il convincimento che in molti casi – come quando si tratti di violazione di interessi diffusi o di danni seriali di lieve o lievissima entità – gli illeciti siano più prontamente ed efficacemente individuati da parte di coloro che ne subiscono direttamente le conseguenze piuttosto che da parte di organismi pubblici a ciò preposti.

A fronte della indubbia utilità, anche sotto il profilo della deterrenza, di questa tecnica – in particolare, nell'ipotesi di danni lievissimi numerosi e identici tra loro – in casi dove invece il danno sia in partenza unitario (si pensi al danno ambientale) e dove perciò sia maggiormente significativa la dimensione pubblicistica dell'interesse, essa rischia di costituire *sic et simpliciter* un passo indietro ingiustificato e non necessariamente efficiente da parte del potere pubblico nel (e dunque una sostanziale privatizzazione del) *enforcement*.

All'opposto, funzione spiccatamente regolatoria e ispirazione correlativamente pubblicistica sono proprie del danno in senso stretto ultracompensativo, là dove il calcolo del risarcimento sia misurato sulla deterrenza, ossia sull'impatto che si vuole che essa abbia sul mercato. In altre parole, tornando a guardare nella prospettiva di «costruzione del sistema» illustrata da Guido Calabresi, esprime una indubbia vocazione pubblicistica del rimedio la misurazione del risarcimento effettuata specificamente sulla base del suo effetto incentivante (o disincentivante) di condotte. A questa stregua si mostra esemplare la proposta di Calabresi, di proporzionare l'entità del risarcimento alle possibilità economiche del danneggiante: a parità di danno un medesimo risarcimento può provocare infatti il dissesto e l'uscita dal mercato di un operatore piccolo e può invece toccare soltanto marginalmente, talché da non produrre neanche deterrenza, un operatore molto più grande. E, in effetti, il mutamento di prospettiva, guardando il meccanismo nella sua portata complessiva, è tale da condizionare la valutazione di tutti gli elementi costitutivi delle vicende di responsabilità, là dove la medesima qualificazione in termini di liceità

o illiceità delle condotte finisce per dipendere (non già dai loro caratteri oggettivi bensì) dai loro effetti economici, attuali o potenziali.

All'opposto, si diceva, anche sotto il profilo ideologico: se opportunamente bilanciata con l'attività delle autorità che regolano il mercato, questa tecnica si può rivelare strumento di direzione pubblicistica dell'economia estremamente incisivo. Segnatamente, il meccanismo replica, *a contrario*, meccanismi non più attuali di intervento dello Stato nell'economia. Il passaggio da una disciplina connotata da funzione esclusivamente compensativa a un sistema di responsabilità ultracompensativa colloca infatti lo strumento risarcitorio tra le modalità, dirette o indirette, di conformazione, correzione e controllo dei mercati da parte dei poteri pubblici che operano la relativa scelta. Si tratta, in altre parole, di una misura di politica del diritto la quale – determinando significative penalizzazioni patrimoniali coattive – incide potenzialmente sulla struttura dei mercati in maniera analoga, se pure inversa e con tutte le dovute differenze in ordine ai presupposti, rispetto agli aiuti di Stato.

4. *Ideologie e tecniche dei rimedi*

Entro il perimetro di singoli mercati, si è detto qualche pagina più su, i rimedi risarcitori pongono problemi peculiari esprimendo attitudini parimenti peculiari. Particolarmente utile per concludere il nostro percorso è l'esempio del mercato assicurativo ove esso prospetta, sul confine con il danno ultracompensativo, il problema della cumulabilità tra la prestazione indennitaria previdenziale, garantita dal rapporto di assicurazione sugli infortuni, e quella risarcitoria eventualmente ottenuta dal danneggiante (nel caso, s'intende, della rinuncia convenzionale al diritto di surroga da parte dell'assicuratore). Si pone dunque, anche qui, un problema di misura del risarcimento. Anche qui la ragione prima, avanzata a sostegno delle opinioni negative, è che non si potrebbe mai comunque andare oltre l'integrale compensazione senza arricchire ingiustificatamente il danneggiato rispetto al danneggiante. È ancora decisivo un principio costruttivo di tipo strutturale: il c.d. principio indennitario, ricavato primariamente dall'art. 1882 cod. civ. A ben guardare, principio meramente tecnico, non già collegato

all'attuazione di valori che ne giustifichino l'inderogabilità bensì, come è stato recentemente sottolineato in un persuasivo articolo di Filippo Sartori, a scelte di politica del diritto mutevoli (come, di fatto, mutevole è stata la giurisprudenza che ne ha determinato l'ambito di applicabilità).

L'applicazione del principio esprime peraltro due ipotesi tra loro significativamente differenti. Qualora l'indennizzo preceda il risarcimento, non si profilerebbe infatti tecnicamente un cumulo, giacché, l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damni*, ridurrebbe, a monte, la perdita economica subita dal danneggiato, riducendo perciò l'ammontare del risarcimento corrispondente alla sua integrale compensazione.

Qualora fosse invece il risarcimento a precedere l'indennizzo, in ragione dell'applicazione stretta del principio indennitario verrebbe meno il titolo fondante la pretesa dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore.

In senso contrario – ossia affermando l'ammissibilità del cumulo – è stato osservato, in via generale, che tutta la costruzione sconta il presupposto ideologico della funzione meramente compensativa della responsabilità civile. Più specificamente, è stato poi avanzato il condivisibile rilievo che il danno alla persona non è mai quantificabile con esclusivo riguardo ai suoi riflessi patrimoniali e che il danno non patrimoniale – che per sua definizione è non riparabile né misurabile – è quantificato a mezzo di tabelle che costituiscono finzioni, per quanto affinate, utili quando non ci sia alternativa per i fini della sua giustiziabilità. Aggiungeremmo che impiegare tale finzione, anziché per garantire un risarcimento al danneggiato, per negargli il diritto a un più ampio ristoro e produrre così lo sgravio, alternativamente, del danneggiante per una parte almeno delle conseguenze del danno da lui materialmente prodotto o dell'assicuratore per il pagamento dell'indennizzo, vale ad anteporre un dogma (il principio indennitario) ad un valore (la persona umana) fondamentale dell'ordinamento giuridico costituzionale.

L'argomento svela le attitudini ideologiche delle due posizioni. La negativa legata a una prospettiva squisitamente liberale, nella quale la patrimonializzazione dei valori non patrimoniali è funzionale al

razionale governo dei rischi dell'attività d'impresa e, a tal fine, alla disincentivazione di ipotesi di abuso da parte degli assicurati. La positiva orientata al recupero di un disegno valoriale complesso, dove la valutazione degli atti di autonomia e delle loro conseguenze è sempre frutto di un bilanciamento, operato avendo riguardo ai caratteri dei diritti lesi e all'effettività della loro tutela.

Si è fin qui trattato di assicurazione contro gli infortuni. È possibile provare a guardare oltre, per verificare la tenuta in via generale della costellazione dei principi che, a ben vedere, costituiscono corollari del principio di compensazione integrale del danno. Se elemento determinante è stato fin qui la natura non patrimoniale – dunque il rilievo primario, da un lato, e la non misurabilità, dall'altro lato – dei diritti lesi, quale sarebbe la conclusione ove non si trattasse di assicurazione contro gli infortuni e quindi di danno alla persona? È il tipo assicurazione contro i danni a impedire l'ultracompensazione o, al contrario, è l'inammissibilità dell'ultracompensazione nel nostro ordinamento interno a determinare i caratteri del tipo assicurazione contro i danni?

Il lettore giunto fin qui ha già capito quale vuole essere la conclusione di chi scrive: né l'uno né l'altro. Non è il tipo, poiché è tutta da dimostrare l'inderogabilità del limite indennitario. Certamente, non è ravvisabile in un principio assumibile come conformativo dell'autonomia privata. Se invece si volesse sostenere che si tratta di nderogabilità per coerenza con la fattispecie si dovrebbe dire che tale coerenza sta nella funzione risarcitoria e non mai speculativa del contratto. Ma si tratterebbe di un argomento circolare, poiché presupporrebbe che la funzione risarcitoria possa essere soltanto compensativa.

Non la seconda, per quello che si è già osservato più sopra, anche a margine della decisione n.16601/2017 delle Sezioni unite, ossia che – se è vero che manca una norma che introduca in via generale l'ultracompensazione – non si può reputare che per questa ragione essa sia incompatibile con il nostro ordinamento.

Per aggiungere qualcosa al discorso, con l'intento di fare ancora più chiaramente emergere il contenuto ideologico delle scelte in parola, proviamo a profilare un'ipotesi di potenziale cumulo in tutto differente,

dove, per un verso, si tratti del *genus* assicurazione contro i danni, ma, per l'altro verso, trattandosi, nella specie, di quelli causati da eventi naturali, non si prospetti un possibile risarcimento da parte di un soggetto danneggiante né perciò stesso un diritto di surroga da parte dell'assicuratore. Immaginiamo che, a seguito degli importantissimi danni prodotti da un evento sismico, lo Stato si faccia carico di una misura indennitaria in favore delle imprese danneggiate. Immaginiamo che alcune tra le imprese disastrose siano assicurate per questo genere di eventi e si siano cioè fatte carico, nel tempo, del relativo, non indifferente costo fisso. Domanda: avrebbero queste ultime imprese diritto a ottenere sia l'indennizzo statale sia quello dell'assicurazione commisurato alla totalità del danno subito o, invece, non potrebbero ricevere in totale più del danno subito, riducendosi il diritto all'indennizzo assicurativo in ragione delle somme ottenute dallo Stato o alternativamente perdendo il diritto all'indennizzo statale dopo avere ottenuto il danno integrale dall'assicurazione?

Le ragioni per negare la possibilità del cumulo sono sempre le stesse e non occorre ripeterle. Le ragioni per ammetterlo sono differenti ma comunque sembrano, ancora una volta, dover prevalere. Gioca, in questo caso, un ruolo determinante innanzitutto un'elementare accezione del principio di eguaglianza formale, là dove, all'evidenza, il contratto di assicurazione, se equilibrato nelle prestazioni reciproche, non può essere considerato ragione di differenziazione sostanziale tra imprese assicurate e non assicurate rispetto al pari diritto a ottenere l'indennizzo statale. In secondo luogo, assume rilievo la colorazione funzionale data all'autonomia privata nella stipulazione dei contratti di assicurazione contro i danni alle imprese: se si accordi loro funzione previdenziale nei limiti soltanto del danno risarcibile in giudizio o se, invece, si reputino tali contratti strumenti di gestione dei rischi con accezione ampia, comprendendo anche danni non risarcibili in quanto non quantificabili con esattezza o non riconducibili in via diretta all'evento lesivo. La prima soluzione privilegia la stabilità del mercato assicurativo e dei suoi operatori professionali, non consentendo gli abusi ai loro danni che certamente sarebbero invece indotti se gli assicurati potessero lucrare dagli eventi lesivi. La seconda privilegia

l'interesse alla stabilità degli assicurati mediante la riallocazione di tutti i rischi diversi dal loro proprio rischio d'impresa.

Chiudiamo come abbiamo iniziato: le proclamazioni di neutralità tecnica o dogmatica sono sempre sospette. Di questo, il vasto terreno dei rimedi risarcitori fornisce esempi numerosi e validi.