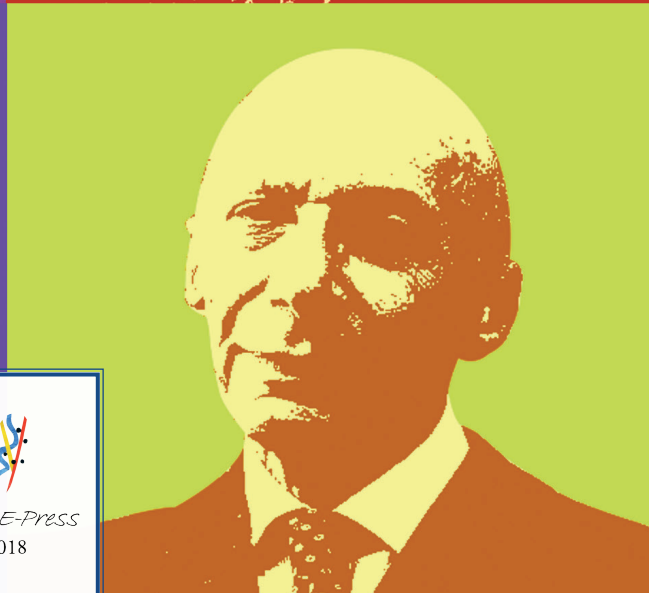
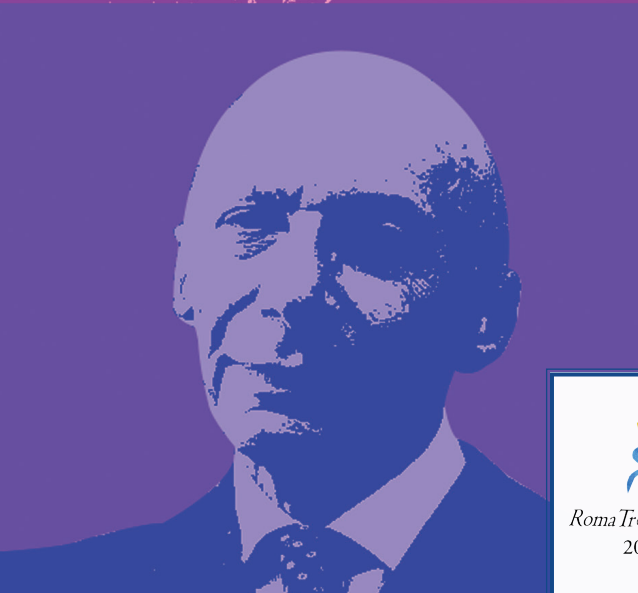


A CURA DI GIUSEPPE CONTE • ANDREA FUSARO •  
ALESSANDRO SOMMA • VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

# DIALOGHI CON GUIDO ALPA

UN VOLUME OFFERTO IN OCCASIONE  
DEL SUO LXXI COMPLEANNO

COLLANA • L'UNITÀ DEL DIRITTO



Roma TrE-Press  
2018

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

14

# DIALOGHI CON GUIDO ALPA

Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno

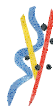
a cura di

GIUSEPPE CONTE

ANDREA FUSARO

ALESSANDRO SOMMA

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH



*Roma TrE-Press*

2018

Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma    colitti.it

*Edizioni:* Roma TrE-Press ©

Roma, novembre 2018

ISBN: 978-88-32136-05-0

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice

PRESENTAZIONE	VII
GIUSEPPE CONTE, <i>“Il rispetto dell’altro”: l’indagine di una vita</i>	IX
SANDRO AMOROSINO, <i>Profili pubblicistici delle normative di riforma delle banche cooperative</i>	3
MASSIMO BRUTTI, <i>La storicizzazione del diritto contrattuale</i>	17
SERGIO M. CARBONE, <i>Opportunità e limiti dell’autonomia privata. Tra diritto comparato e D.I.P</i>	41
SABINO CASSESE, <i>Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?</i>	51
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Danno ingiusto e ‘governo’ della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema</i>	57
GIOVANNI CHIODI, <i>Ogni contratto ha la sua storia: (dialogando con Guido Alpa)</i>	77
RENATO CLARIZIA, <i>Informatica e contratto: la identificazione dei contraenti</i>	93
CLAUDIO CONSOLO, <i>Un approccio al Maestro in dialogo con l’Allievo: Rodotà laico profeta giuridico del domani tecnologico, (forse) non apocalittico</i>	101
ANDREA D’ANGELO, <i>Note storiche sulla dottrina generale delle obbligazioni</i>	117
ENRICO DEL PRATO, <i>Un giurista verso la postmodernità (a proposito del “Contratto” di Guido Alpa)</i>	155
ANDREA DI PORTO, <i>I “beni comuni” in cerca di identità e tutela</i>	163
GILDA FERRANDO, <i>Guido Alpa e il testamento biologico</i>	179
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale</i>	197
ANDREA FUSARO, <i>Guido Alpa sul ruolo del diritto nella società postmoderna</i>	211
PAOLO GAGGERO, <i>Contratti, persone, mercato: una prospettiva su tutela del consumatore e controlli sull’impresa</i>	225
AURELIO GENTILI, <i>Su “Il contratto. Fonti, teorie, metodi” di Guido Alpa</i>	293
PAOLO GROSSI, <i>Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)</i>	303

RICCARDO GUASTINI, <i>Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione</i>	313
PAOLA IVALDI, <i>Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore: quale ruolo per il diritto internazionale privato europeo?</i>	325
MASSIMO LUCIANI, <i>Quale identità?</i>	343
MICHELE MARCHESIELLO, <i>Per una cultura giuridica della dignità. Alla ricerca del Santo Graal</i>	355
LAURA MOSCATI, <i>La stagione delle obbligazioni e dei contratti</i>	369
GIAMPAOLO PARODI, <i>Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente</i>	385
GEMINELLO PRETEROSSO, <i>Un diritto per l'emancipazione sociale</i>	405
GIORGIO RESTA, <i>Le ferite della storia e il diritto privato riparatore</i>	417
PAOLO RIDOLA, <i>Dallo stato di diritto allo stato costituzionale</i>	459
CARLO ROSSELLO, <i>La polizza di carico elettronica e il sistema "Bolero"</i>	479
LUIGI ROVELLI, <i>Brevi cenni sui massimi sistemi: cultura giuridica versus cultura economica</i>	491
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, <i>Rappresentatività e legittimazione al conflitto nei servizi pubblici essenziali</i>	499
ALESSANDRO SOMMA, <i>Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale</i>	515
CHIARA TENELLA SILLANI, <i>La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa</i>	537
FABIO TORIELLO, <i>Prodotti, consumatori e mercato. Un percorso tra diritti interni ed armonizzazione europea</i>	551
GIOVANNA VISINTINI, <i>Atipicità dei fatti illeciti</i>	589
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, <i>"Maestro" and "Scuola" as pillars of the Italian academic structure</i>	601
ANDREA ZOPPINI, <i>Guido Alpa, maestro realista del diritto</i>	613

Giovanni Cazzetta

*Danno ingiusto e 'governo' della società  
fra distinzioni e unità valoriale del sistema*

SOMMARIO: 1. Distinzioni e unità valoriale del sistema (in dialogo con Guido Alpa) – 2. L'unità del sistema nelle semplificazioni codicistiche – 3. «Aritmetica della sensibilità»: Melchiorre Gioia e la 'riduzione a calcolo' del danno – 4. Soddisfamento e meriti: «il prezzo della persona» – 5. «Magazzini di quiete»: pena, risarcimento, assicurazione – 6. La responsabilità oggettiva di Giacomo Venezian – 7. Responsabilità civile e crisi di unità del sistema.

1. *Distinzioni e unità valoriale del sistema (in dialogo con Guido Alpa)*

*«Nei manuali istituzionali, così come nel bagaglio linguistico e nozionistico della gran parte dei giuristi [ i ] concetti appaiono ora chiari, ora più sfuocati ma tutti tra loro distinti: la chiarezza porta cartesianamente con sé la distinzione. Ma distinguere significa dividere; dividere, "governare"; anche se in [alcuni] casi dividere significa oscurare. Quando poi ci si arresta al livello formale del diritto, senza indagare più a fondo le sue fonti storiche o le sue premesse ideologiche, si rischia di descrivere un quadro armonicamente perfetto, ma senza vita»<sup>1</sup>.*

Pur riferendosi alle distinzioni tra *status*, condizione giuridica e capacità giuridica, credo che il testo possa essere generalizzato per individuare un tratto essenziale del metodo di studi di Guido Alpa; un metodo costantemente proteso a temperare l'inevitabile tensione del giurista-interprete all'ordine, al sistema, 'al governo', con un approccio antiformalistico che rifiuta vuote geometrie, pericolose assolutizzazioni di concetti 'senza storia' e 'senza vita'. Gli studi di Alpa in tema di *status* e capacità giuridica indicano la figura di un giurista proteso ad andare oltre le forme per comprendere appieno la posizione del singolo nella storica mutevolezza dell'aggregato sociale: il giurista non può ignorare le differenze e sottrarsi alle distinzioni ma non può

<sup>1</sup> G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, Marietti, 2017, p. 230.



fingere che nulla vi sia dietro la forma<sup>2</sup>; non può rinunciare a connettere il sistema con principi e valori, con la ricerca di un giusto equilibrio tra libertà private e restrizioni pubbliche, tra libertà e autorità, tra «la frammentazione del singolo» e «la rete strutturale» della sua posizione nella società<sup>3</sup>.

Stando a tale scelta di metodo, l'appello alla storia è indispensabile. Il dialogo tra passato e presente non è sfoggio di erudizione, vuoto prologo in cielo, ma parte integrante del discorso del civilista: aiuta a comprendere, mette a nudo le premesse ideologiche del sistema, fissa un ordine oltre le miopie del formalismo, oltre la netta dicotomia fra diritto pubblico e privato, oltre la rigida distinzione tra *common law* e *civil law*<sup>4</sup>. La storia è ricerca di strati profondi del giuridico, strumento di verifica della tenuta dei nessi tra le parti e il tutto, tra distinzioni e assetto valoriale di un sistema che, in continuo dialogo con la giurisprudenza, non propone un'astratta unità ma una 'stabilità' intrisa di storicità e aperta al mutamento<sup>5</sup>. L'analisi procede pertanto movendo 'dall'alto' e 'dal basso', accompagnata da un'interpretazione che propone costantemente, in una sorta di «metagiurisprudenza prescrittiva»<sup>6</sup>, la figura di un giurista che «non può né astrarsi, né distrarsi dal dibattito sui valori»<sup>7</sup>.

La responsabilità civile offre un campo di studi che esige un'interpretazione delle norme e una costruzione del sistema consapevole della complessità del 'problema'. La ricerca di fondamenti unitari sottesi ai regimi speciali di

<sup>2</sup> Ivi, pp. 232-233, p. 240. Cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1992.

<sup>3</sup> Gli *status* sono «rappresentazioni poliedriche delle situazioni in cui versa la persona» e, nello stesso tempo, assieme ai principi generali, sono un «collante» delle frammentazioni del giuridico, incrocio tra generale e particolare, fra pubblico e privato. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 391-392; p. 409.

<sup>4</sup> ALPA, *Giuristi e interpretazioni*, p. 294 e ss. (in dialogo con Paolo Grossi); Id., *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *Politica del diritto*, XLVIII, 3 (2017) 497-502. Tale scelta di metodo è stata costantemente ribadita da Alpa e caratterizza la sua intera produzione scientifica: si cfr., a mo' d'esempio: *Status e capacità*, cit.; *La cultura delle regole*, cit., in particolare p. 372 e ss.; *Trattato di diritto civile, I. Storia, fonti, interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2000; *Identità europea e valori giuridici. Le intersezioni tra storia, scienza e politica*, in *Diritto pubblico*, 2005, 2, pp. 341-363; *Dal diritto pubblico al diritto privato. Il superamento della dicotomia nel diritto moderno*, Modena, Mucchi, 2017.

<sup>5</sup> G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, pp. 1-10.

<sup>6</sup> P. CHIASSONI, *La filosofia del diritto di Guido Alpa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVIII, 1 (giugno 2018), pp. 287-296.

<sup>7</sup> Un giurista che deve saper individuare i valori e ricondurli alla Costituzione, essere cauto con le finzioni, rifuggire dalle suggestioni dello Stato etico, essere «pluralista, democratico, rispettoso (e non 'tollerante') delle idee e dei valori altrui»: ALPA, *La cultura delle regole*, cit., pp. 379-382.

responsabilità non è più caratterizzata oggi dall'esasperata riconduzione di ogni specie a un *genus* e dalla fissazione di insormontabili confini tra regola ed eccezione. Le soluzioni 'giuste' emergono da un continuo e fitto dialogo tra interventi normativi, analisi dottrinale e 'invenzioni' della giurisprudenza<sup>8</sup>. Il moto di espansione travolge le costruzioni onnicomprehensive e immutabili, i modelli nazionali «compatti, univoci, scolpiti nella pietra»<sup>9</sup>, rende illusoria la pretesa di imporre un'astratta unità a una realtà da cui emergono di continuo «regole particolari», «un aggregato di isole in cui ciascuna figura di illecito obbedisce a regole proprie»<sup>10</sup>.

In dialogo con Guido Alpa, vorrei qui proporre minime notazioni sulle ideologie e i valori sottesi al sistema della responsabilità civile *prima* del pieno manifestarsi a fine Ottocento della crisi del diritto comune civilistico. L'unitario sistema ottocentesco è oramai lontanissimo e non intendo ovviamente proporre un'antistorica attualizzazione dell'astratta unità 'di ieri' ma solo tentare di scorgere valori, contraddizioni e punti di forza delle ricostruzioni 'di ieri' edificate sulla roccia di pochi articoli codice.

## 2. L'unità del sistema nelle semplificazioni codicistiche

Il passaggio dall'antico regime alla codificazione operò un'imponente opera di semplificazione. La responsabilità extracontrattuale fu rinchiusa

<sup>8</sup> Il dialogo tra evoluzione normativa e attività 'creatrice' della giurisprudenza spinge inevitabilmente a ripensamenti delle regole e dei principi della responsabilità civile: la tensione tra modelli teorici e «valutazioni pragmatiche» è continua, traducendosi ora in fruttuose 'alleanze' ora in momenti di scontro, di critiche nei confronti di mutamenti di indirizzo non adeguatamente motivati: «l'orientamento della giurisprudenza è ondivago, si sposta verso la responsabilità oggettiva e poi ritorna sulla responsabilità per colpa senza linee uniformi di interpretazione e, fatto più rimarcabile e deprecabile, senza una giustificazione motivata». G. ALPA, *Dove va la responsabilità civile?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2010, pp. 171-184. Si veda anche ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, (Nuova Giurisprudenza civile e commerciale), Torino, Utet giuridica, 2010, p. 1047 e ss.

<sup>9</sup> G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contratto e impresa*, 2005, 3, pp. 959-1006, p. 998.

<sup>10</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, pp. 195-209. Negli ultimi decenni la giurisprudenza ha sempre più affrancato l'ingiustizia del danno dall'antigiuridicità della condotta, sempre più riferito a *fatti illeciti* una pluralità di criteri di imputazione, operando una profonda revisione dell'ambito del 'danno risarcibile' in presenza di 'danno ingiusto'. Cfr. A. JANNARELLI, *Appunti sul "danno ingiusto" fra il giudice e la legge nell'esperienza post-moderna*, in *Questione Giustizia*, 1/2018, pp. 98-107, p. 103.

nel codice francese in cinque articoli collegati da un unico principio ispiratore. Nei lavori preparatori del *Code civil* non affiorano dubbi riguardo all'assolutezza del principio 'nessuna responsabilità senza colpa': grande principio di ordine pubblico capace di porre un giusto bilanciamento «entre celui qui se trompe e celui qui souffre», di unire senza eccezioni la varietà dei casi fissando una «garantie civile» anche per i danni causati da «enfants», «ouvriers», «domestiques»; regola senza tempo, «puisée dans la raison, la sagesse, l'équité naturelle et dans les principes de la plus saine morale», dichiarata da un legislatore limitatosi a «ratifier ce que l'équité commende [...] et ce que la jurisprudence de tous les temps e de tous les pays a consacré»<sup>11</sup>; principio di stabilità capace di offrire «une garantie à la conservation des propriétés de tout genre», «une réparation uniforme» nel nuovo ordine in cui «tout est soumis à la même loi»<sup>12</sup>.

Nel commento al codice civile generale austriaco, Franz von Zeiller pone la questione in termini meno aulici: stando alla severa teoria del diritto privato naturale, ogni lesione del diritto (anche arrecata senza colpa) dovrebbe essere risarcita; ma le esigenze degli affari e della «vita reale» («in cui deve aver luogo una perpetua successione di azioni e reazioni sociali, di stipulazioni universali, onde viene ad animarsi l'industria») non possono essere irreggimentate da regole oggettive, da cautele estreme, o addirittura impossibili, che terrebbero tutti nel «perpetuo timore» di essere responsabili «per ogni passo inavveduto». Dal cielo del diritto privato naturale occorre, dunque, scendere sulla terra e, lontano dall'inutile e pericolosa ricerca di «precisione geometrica», limitarsi a considerare gli uomini «secondo ciò che sono e non secondo un'idea sublime e astratta»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Così Joseph Bertrand de Greuille nella relazione al Tribunato: P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. XIII, Paris, Videcoq, 1836, pp. 474-475, 477.

<sup>12</sup> Ivi, pp. 487-488 (Discussion devant le corps législatif. Discours prononcé par le tribun Tarrible).

<sup>13</sup> F. ZEILLER, *Principj del Codice civile generale austriaco*, Venezia, Tip. Del Commercio, 1830 (II ed. italiana), p. 77; ID. *Il diritto privato naturale*, Milano, Lamperti, 1818, § 176; ID. *Commentario sul Codice civile universale per tutti gli Stati ereditari tedeschi della monarchia austriaca*, Milano, Destefanis, 1816, vol. V, commento ai §§ 1295 e ss. Zeiller, com'è noto, oltre che primo autorevole commentatore, fu anche legislatore dell'ABGB, un codice che, pur avendo un diverso impianto della responsabilità rispetto a quello francese, era comunque caratterizzato dalla responsabilità per colpa. Le stesse argomentazioni pragmatiche che spingono a condannare la responsabilità oggettiva, sono a fondamento della condanna del riferimento alla *culpa levissima*: l'estremo rigore di un risarcimento dovuto per una minima negligenza «non è proporzionato alla vita civile» nella quale il cittadino non può misurare «con precisione geometrica e con attenzione non mai interrotta» le sue azioni.

Il criterio della colpa richiama «la vita reale» ma nello stesso tempo evoca un ordine perfetto, sorretto esclusivamente dall'incondizionata libertà di soggetti-proprietari: la centralità di proprietà e contratto pone in un angolo appartato il danno fuori dai contratti, quasi fosse soltanto un retaggio del passato nella nuova società di individui chiamati ad arricchirsi, nella società del codice in cui «tout est soumis à la même loi».

La retorica del carattere morale, universale e 'pratico' del principio, più che a un lucido progetto di politica del diritto, faceva riferimento al sogno di una società naturalmente armonica; più che dal mondo 'reale', traeva la sua forza proprio dall'idea sublime e astratta di ordine che Zeiller negava. Tessendo unitariamente la responsabilità civile con presunzioni relative e assolute, la colpa negava 'zone d'ombra' e imperfezioni del sistema: il danno – scrivono i commentatori del codice civile italiano del 1865 – è «negazione del corpo e della luce del diritto stesso», è «sistema opposto ed avverso al diritto»<sup>14</sup>. Individuando il *quasi delitto* come *eccezione* all'ordine, la responsabilità per colpa fissava occasionali 'imperfezioni' (negligenze, imprudenze, difetti di sorveglianza) del *naturale* funzionamento della società, isolava il danneggiato e il danneggiante da vincoli comunitari, ponendoli liberi e soli nella nuova società. Il criterio «rigoroso e flessibile» non assumeva mai una colorazione sociale, non valicava mai il recinto di relazioni individualistiche. Le tante virtù del principio condizionavano la configurazione dell'intera responsabilità: senza colpa l'*iniuria* era assente, i danni erano «fatali» o «apparenti». La «assoluta libertà» nell'esercizio del diritto non collideva mai con la responsabilità: in quanto espressione di un ordine fondato sulla certezza che «la migliore e più equa distribuzione della ricchezza si ottiene con lo svolgimento libero e spontaneo della proprietà»<sup>15</sup>, il principio *qui iure suo utitur neminem laedit* estendeva lo spazio del danno giuridicamente 'invisibile', mostrandolo persino «giusto» e «meritato».

Nell'uguale sottoposizione di tutti alla stessa legge le diversità emergevano come retaggio dell'assetto di antico regime. Contraddittori spiragli in direzione di una visione non individualistica erano presenti, ad esempio, nell'ABGB, nel caso di danni arrecati da un minore o incapace. Nelle ipotesi di impossibilità di risalire alla responsabilità per colpa della persona tenuto alla cura o alla sorveglianza, il § 1310 prevedeva che il giudice avesse in ipotesi ben precise la facoltà di ordinare, a termini di equità e avuto

<sup>14</sup> Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, in particolare, p. 143 e ss.

<sup>15</sup> E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti. Appunti*, Cagliari, tip. Timon, 1880, pp. 32 e ss. Sul punto si cfr. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2017, p. 559 e ss.

riguardo alle circostanze del caso, il risarcimento parziale o integrale del danno a carico del patrimonio dell'incapace: quando una colpa potesse comunque essere riferita al soggetto ordinariamente privo della ragione; quando il danneggiato avesse rinunciato alla sua difesa per risparmiare il danneggiante; e, infine, quando ciò risultasse giusto tenendo conto della concreta situazione economica dei soggetti. Al di là delle dispute suscitate dalla configurazione di una responsabilità posta in capo all'incapace (al patrimonio dell'incapace)<sup>16</sup>, l'ultima ipotesi affidava al giudice, sia pure in via residuale, la valutazione della 'sostanza economica' dei soggetti, facendo così affiorare, oltre le sagome astratte e uguali, oltre la neutralità del danno, la rilevanza del patrimonio.

### 3. «Aritmetica della sensibilità»: Melchiorre Gioia e la riduzione a calcolo del soddisfacimento.

Utilizzando categorie giuridiche non formali e puntando l'attenzione sulle «basi di stima del danno e del soddisfacimento», fu un economista, Melchiorre Gioia (1767-1829), a portare un deciso attacco all'impianto *moderno* della responsabilità e a proporre una rivalutazione di sue forme *antiche*<sup>17</sup>. Va detto subito che la contrapposizione moderni/antichi («i

<sup>16</sup> Nell'ALR prussiano si prevedeva che, qualora non fosse possibile ottenere il risarcimento da parte delle persone che avevano in custodia gli incapaci, questi rispondevano con il proprio patrimonio (a condizione che rimanesse loro il necessario sostentamento e che il danneggiato non avesse fornito l'occasione al verificarsi del danno). Il § 1310 dell'ABGB disciplinava l'ipotesi residuale rispetto alla irrisarcibilità del danno recato dall'incapace qualora il danneggiato vi avesse dato occasione "con qualche sua colpa" (§ 1308) e rispetto all'ipotesi di responsabilità per colpa (per difetto di sorveglianza) di coloro che avevano la cura degli incapaci (§ 1309). Ritroviamo un'eco di tale disciplina anche nel progetto italo-francese di codice delle obbligazioni, che nell'art. 76 accordava al giudice la facoltà di condannare l'incapace privo di discernimento a una *equa indennità* nel caso in cui il risarcimento del danno non si fosse potuto ottenere dai soggetti tenuti alla sorveglianza. Si trattava di una semplice indennità, ma in nome dell'assolutezza del principio della colpa non mancarono opposizioni da parte di quanti ritenevano che, in assenza di 'difetto di sorveglianza', si ricadesse necessariamente nel caso fortuito. Cfr. G. CHIODI, «*Innovare senza distruggere*». *Il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Il progetto italo-francese delle obbligazioni* (1927). *Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. ALPA e G. CHIODI, Milano, Giuffrè, 2007, p. 71.

<sup>17</sup> M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti ai tribunali civili*, Milano, Pirotta, 1821. Qui cito dall'edizione Lugano, Ruggia, 1833, che ha in premessa un *Elogio dell'Autore* di Gian Domenico Romagnosi.

moderni hanno torto rispetto agli antichi»; «i codici moderni sono inferiori alle leggi barbariche e agli statuti comunali») non rifiutava né il progresso, né l'individualismo: la critica ai codici era dettata dalla ricerca di un perfezionamento della civilizzazione, dalla volontà di calcolare e assecondare uno sviluppo storico lineare, geometrico<sup>18</sup>.

Tra i primi ad intuire il ruolo della statistica come strumento di anatomia del corpo sociale, Gioia descrive, misura, calcola una «copiosa messe di fatti» con l'intento affrontare le questioni di diritto «con il metodo delle scienze fisiche»<sup>19</sup>; l'analisi è tuttavia immessa in un fitto reticolo di *exempla*, di fatti storici utilizzati, spesso in modo confuso, per fissare indiscutibili certezze, per esortare e ammonire: «gli errori delle generazioni passate riescono utili al legislatore così come la storia de' naufragi al marinaio»<sup>20</sup>. La stima del danno (e specularmente, come vedremo, del merito e delle ricompense) ha a fondamento la filosofia razionalistica, l'economia e la statistica (intesa come «arte» di descrivere, calcolare, classificare in ragione di costanti e variabili)<sup>21</sup> e soprattutto – a dirlo è Romagnosi – «un'inclinazione di spirito» che portava Gioia a porsi «come ammiratore e troppo spesso come imitatore di Bentham»<sup>22</sup>. La scelta di metodo è dichiarata con solennità già all'inizio dell'Ottocento: occorre ridurre *la morale* «ad un calcolo di piaceri e di dolori», *la politica* «ad un calcolo di piaceri e di dolori pubblici», *il diritto* ad aritmetica; «leggi, diritti, doveri, contratti, delitti, virtù non sono che addizioni e sottrazioni, moltipliche, divisioni di piaceri e dolori, e la legislazione civile e penale non è altro che l'aritmetica della sensibilità»<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Antonio Rosmini collocò polemicamente Gioia tra i 'selvaggi della civilizzazione', tra coloro che esaltavano un 'movimento qualsiasi', proponendo un uso della storia strumentale, distorto da calcoli utilitaristici, da astratte ragioni di proporzione e di sproporzione. Cfr. A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, vol. II, in *Opere*, XIV, Napoli, 1845, p. 579 e ss. (nn. 2543-2544).

<sup>19</sup> GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. XXIV.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Nel 1808, le 'Tavole statistiche' (*Tavole statistiche, ossia Norme per descrivere, calcolare, classificare tutti gli oggetti dell'amministrazione privata e pubblica*), «autentico manifesto dell'ideologia utilitaristica», intendevano indirizzare i comportamenti individuali e persuadere a un'azione pubblica di 'governo nell'economia' indirizzata verso l'utilità collettiva. Tra il 1815 e il 1817 i sei volumi del *Nuovo prospetto delle scienze economiche* descrivevano la nuova società «indefinitamente indirizzata verso il progresso». Cfr. F. SOFIA, *Gioia, Melchiorre*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 55, 2001; Ead., *Melchiorre Gioia*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Economia*, Torino, Treccani, 2012 (ad v.).

<sup>22</sup> Così Giandomenico ROMAGNOSI, *Elogio dell'Autore*, in GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. XI.

<sup>23</sup> Così, nel 1803, nella *Prefazione alla Teoria civile e penale del divorzio, ossia necessità*,

Publicato nel settembre del 1821 il volume sull'*ingiuria, i danni e il soddisfacimento*, persegue esplicitamente l'obiettivo di «ridurre a calcolo» le «astruse questioni di diritto»<sup>24</sup>. Stampato immediatamente a ridosso della scarcerazione di Gioia, che era stato coinvolto nelle indagini sulla Carboneria milanese e detenuto dal dicembre del 1820 al luglio del 1821, il testo mira tra l'altro a richiedere giustizia per il torto subito: le pagine dedicate al calcolo del danno derivante da «illegittima detenzione» quantificano minuziosamente *i beni* di cui si è privati e *i mali* cui si è assoggettati, il prezzo di piaceri perduti, sofferenze, timori, patemi d'animo, noia, incertezze<sup>25</sup>. La traduzione in cifre del «valore della libertà» soppesa età, sesso e salute, varietà di circostanze, stagioni dell'anno e «stato civile»<sup>26</sup>. L'ingiusta «perdita dei piaceri della libertà individuale» non ha un peso uguale, non priva degli stessi beni, non assoggetta tutti agli stessi danni: l'*aritmetica della sensibilità* ordina gerarchicamente la «somma pecuniaria» seguendo le stratificazioni sociali della nuova società uguale e disegna di conseguenza «il valore della libertà»<sup>27</sup>.

Sostenuta con particolare *vis polemica* contro l'assetto dei codici moderni, l'idea del «soddisfacimento pieno», dell'esatta stima del «prezzo della quiete», caratterizza l'intera opera. Polemizzando contro la *riduzione codicistica dell'idea del danno* («i codici ridussero l'idea del danno alla diminuzione del benessere»<sup>28</sup>), contro l'idea oscura e confusa di un soddisfacimento

---

*cause, nuova maniera d'organizzarlo, seguita dall'analisi della legge francese 30 ventoso anno XI*, Milano, Pirotta e Maspero, 1803, pp. V-VI.

<sup>24</sup> GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. XXI (edizione del 1833).

<sup>25</sup> Distingue pertanto danni derivanti da *privazione del piacere* della facoltà locomotiva (caccia, equitazione, bagni, passeggi, aria salubre, ecc.), della facoltà sensitiva, dei comodi, dei piaceri 'domestici', 'di società' (conversazioni, accademie, teatri...) e politici. A questi si aggiungono i danni derivanti da deterioramento della salute (sottoposizione a «regime incomodo e spiacevole», «noia») e «delle facoltà industri per mancanza di esercizio»; i danni derivanti da timori (in particolare «i timori di gelosia nell'uomo maritato»); i danni derivanti da *incertezza* (in particolare riguardo ai motivi dell'arresto e alla durata della prigionia). Ivi, p. 263 e ss., p. 365.

<sup>26</sup> Ivi, p. 366 e ss. Un giorno di carcere di un ultrasessantenne è equivalente a due giorni di carcere di chi ha tra i 40 e i 60 anni; a tre di chi ha tra i 20 e i 40 anni. La detenzione della donna, «più disonorevole dal lato morale», equivale a due giorni di carcere dell'uomo. La detenzione del malato equivale a tre giorni di detenzione dell'uomo sano. La detenzione nei giorni invernali pesa il doppio di quella estiva, ma «considerando l'influsso delle stagioni nell'atto riproduttivo» occorre calcolare che «per un prigioniero maritato un mese estivo equivale a tre mesi invernali».

<sup>27</sup> I proprietari godono di un regime privilegiato rispetto ai 'nudi proprietari' del solo lavoro: «Qualunque sia la rendita, il valore della libertà del proprietario [...] non obbligat[o] a lavoro giornaliero, non dovrebbe giammai essere minore del doppio degli artisti», dei soggetti ordinariamente obbligati a lavorare per vivere. Ivi, p. 370.

<sup>28</sup> Ivi, p. 78.



ristretto al solo «oggetto materiale diminuito o distrutto»<sup>29</sup> (indirizzato semplicemente a rendere «casa per casa, bue per bue»<sup>30</sup>), Gioia propone di risarcire i danni «visibili» ed «invisibili», di attribuire un prezzo ad ogni «alterazione» e «non uso» dell'«esistenza fisica» e dell'«esistenza morale»<sup>31</sup>. Il 'prezzo' considera rendite e professioni, diminuzione dell'efficienza lavorativa (regola del calzolaio), età, sesso, relazioni di parentela, rapporti di credito, dolore, inquietudini dell'animo, sentimenti di sicurezza, di pudore e onore. La polemica contro il materialismo dei codici porta Gioia a valorizzare la «nozione complessa di persona»: il soddisfacimento non può arrestarsi ad una sfera puramente 'esterna', deve pesare «due sostanze diverse», corpo e anima, e farlo immettendole nel vivo dei «rapporti sociali»<sup>32</sup>; anche se – come vedremo – a mancare nell'opera è proprio un'idea unitaria del 'valore della persona'.

Il libro ha ambizioni ampie, che vanno oltre la fissazione di un sistema di stima avanti ai tribunali: *l'aritmetica della sensibilità* evoca un 'governo dei numeri' che rivendica forza normativa, ponendosi come verità, come legalità obiettiva e neutrale<sup>33</sup>. Dalla ricostruzione affiorano talora soluzioni giuridiche pionieristiche<sup>34</sup> e modalità di calcolo del danno destinate a caratterizzare a lungo 'la stima dinnanzi ai tribunali civili'; l'apporto di

<sup>29</sup> Cfr. *ivi*, p. XXIX: «i commentatori curiali [...] restringono il danno all'oggetto materiale diminuito o distrutto, e non vedgono danno ove non possono applicare il compasso, la squadra o il trabucco». Si cfr. anche pp. 78, 95 e 148.

<sup>30</sup> Con «una spilorceria – aggiunge – che è sorella dell'ingiustizia»: «Se vi è stato rubato un asino, le leggi de' popoli incivili vi fanno indennizzare anche a prezzo d'affezione; se vi è stata rubata la quiete, le leggi tacciono, almeno nella maggior parte d'Europa, e più tribunali richiederebbero se la quiete ha un valore. All'opposto le leggi de' popoli barbari vollero soddisfacimenti proporzionati anche alle alterazioni dell'animo» (*ivi*, p. XXVI).

<sup>31</sup> «Il credito, il discredito, le speranze, i timori, le affezioni sociali piacevoli e dolorose, costituiscono l'esistenza morale e presentano una sfera di sensibilità estesa, più irritabile, più durevole dell'esistenza fisica» (*ivi*, p. 6).

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 91 e ss.; p. 94.

<sup>33</sup> Cfr. per uno sguardo critico agli usi normativi della statistica e per una complessiva ricostruzione archeologica del 'governo dei numeri' si cfr. Alain SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes, Fayard, 2015, in particolare p. 119 e ss.

<sup>34</sup> Ad esempio, Gioia ritiene che legittimati ad ottenere il risarcimento siano non solo la moglie e i figli, ma anche le persone «cui l'ucciso con vincolo di contratto aveva obbligato i frutti della sua industria personale». Guido ALPA ha notato che si trattava di un riconoscimento *ante litteram* della rilevanza della lesione del credito. Si cfr. soprattutto, però, i rilievi critici mossi da Alpa riguardo alla 'attualizzazione' dei criteri à la Gioia giocati contro la carica garantistica e ugualitaria del danno biologico. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1999, cit., p. 47 e ss.; ID., *La responsabilità civile. Parte generale (Nuova Giurisprudenza civile e commerciale)*, cit., p. 59 e ss.



Gioia al problema della responsabilità non può essere però considerato isolando singoli frammenti<sup>35</sup> e separandoli dalla complessiva idea del ‘soddisfacimento’ e della responsabilità, dai valori che Gioia intendeva ‘descrivere’, difendere e promuovere.

#### 4. *Soddisfacimento e meriti: «il prezzo della persona»*

Il diritto reso ‘uniforme’ dai numeri rispecchia e tutela una società da fortificare nelle sue nuove gerarchie e nelle sue nuove certezze proprietarie. Il «valore della vita individuale», sia pur calcolato muovendo da un solenne richiamo alla «persona»<sup>36</sup>, non offre mai un soggetto giuridico unitario: il calcolo apprezza il preminente «valore del dolore» del proprietario isolandolo dal «volgo»<sup>37</sup>, garantisce le rendite del soggetto «onorevole» separandolo dal «fannullone», dipinge i non proprietari come soggetti viziosi e pericolosi. Insomma, la misura del soddisfacimento fotografa e difende una realtà sociale disuguale, con specifiche gerarchie di valori, con un diverso peso dei diritti. L’assunzione dei «diritti del danneggiato» a metro per l’individuazione della «somma pecuniaria» posta a «compensare il valore» del danno (il rifiuto di un soddisfacimento misurato «in ragione dell’asse dell’offeso» o, al contrario, del reddito dell’offensore)<sup>38</sup> contesta l’ingiustizia della mera restituzione («la restituzione di un valore pari soltanto al distrutto sarebbe una palese ingiustizia»<sup>39</sup>) per esigere il prezzo della complessiva «inquietudine», il giusto compenso per *tutto* il danno subito<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> La tentazione di una perenne ‘attualizzante’ è spesso ricorrente. Si cfr. A. BIANCHI, C. BRILLI, P.G. MACRÌ, D. PAGLUCA, S. PEZZUOLO, D. SESTINI, *Back to Bentham. Verso una scienza della misurazione dell’utilità e del danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4, pp. 954-968.

<sup>36</sup> GIOIA, *Dell’ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. XXXII.

<sup>37</sup> «Lo sprezzo della proprietà [...] avvilisce la persona del proprietario agli occhi del volgo e lo espone al ridicolo...». GIOIA, *Dell’ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. 149.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 144-145, 176, 244-246.

<sup>39</sup> Ivi, p. 206.

<sup>40</sup> Così (ivi, p. 213; cfr. pp. 210-215) affrontando la questione di «trovare una somma pecuniaria che, giusta le leggi dell’equità possa compensare l’inquietudine per temuta perdita di ricchezza materiale in un processo civile» caratterizzato da frode o abuso di una parte. Non si tratta – scrive, considerando l’ipotesi di abuso nei confronti del bisogno di una parte povera - «di accrescere gli obblighi de’ ricchi litiganti in ragione della misera della parte avversaria», né «d’imporre una pena al ricco per fare graziosità al povero, ma si tratta di costringere il ricco a compensare tutto il danno che cagionò al povero».

«Trovare una somma che compensi il danno derivante da...» è formula che Gioia ripete in costante polemica con la mancata considerazione 'integrale' della persona nel codice; è, però, proprio l'individuazione della somma che evidenzia l'assenza di una nozione unitaria di persona. Nessuna differenza, ad esempio, deve stabilirsi tra il marito e la moglie per il danno derivante da adulterio perché – afferma Gioia – uguale è la violazione della fede coniugale; differenze morali e giuridiche emergono, però, dal calcolo dell'ammontare delle «ambasce del cuore», del «ridicolo», «dell'offesa all'amore», dei bisogni non soddisfatti, facendo emergere insuperabili distinzioni, gerarchie, 'superiorità'<sup>41</sup>. Ancora: la «somma pecuniaria che compensa il danno da seduzione» è determinata considerando la violazione dell'autorità paterna, la perdita di credito dell'intera famiglia e della 'figlia/manufatto' (una perdita quest'ultima che procura al padre «lo stesso dispiacere che prova un artefice allorché vede degradata una sua manifattura che gli costò anni di fatica»)<sup>42</sup>. Ancora: «il soddisfacimento per stupro violento» è stimato sia rifiutando la riparazione matrimoniale («è una vera ingiuria per la donna violata: proporle di sposare il suo violatore è proporle di baciare la mano che le ruppe le ossa o la rendette deforme»), sia il calcolo del danno legato al «differente valore della persona»; tuttavia Gioia non rinuncia a distinguere donne oneste e meretrici: una distinzione – afferma – «conforme a giustizia, giacché se la legge deve garantire a ciascuno la proprietà della sua persona, non deve confondere i valori»<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Ivi, pp. 178-180. La 'somma' non solo tiene conto dell'eventuale «concorso illegittimo del marito» nei «vizi della moglie», ma considera anche che «dato lo stesso grado assoluto d'un delitto, il grado relativo cresce in ragione della superiorità di chi lo commette, e il marito è superiore alla donna».

<sup>42</sup> La quantificazione non mira soltanto a tener conto delle spese di mantenimento della figlia nella casa paterna, delle fortune tolte ai fratelli e alle sorelle della sedotta e del complessivo 'risentimento' della famiglia, ma mira anche (e soprattutto) a quantificare «circostanze» per far decrescere o crescere la somma pecuniaria, soppesando colpe dei genitori e discredito della famiglia. Ivi, pp. 244 e ss.

<sup>43</sup> Gioia respinge decisamente gli argomenti posti a sostegno della parificazione dei diritti di donne oneste e meretrici in caso di stupro violento. A Blackstone (che riteneva necessaria una uguale tutela giuridica perché non si può sopporre la meretrice incapace di cambiamento) Gioia oppone il valore della persona 'nel mercato': «la meretrice ha rinunciato al pudore, non ha proprietà che nella stima comune possa star a fronte della proprietà della donna che gelosamente la custodisce». Ivi, 153-155. In tal senso si cfr. anche p. 55. Occorre dire, però, che spesso Gioia sostiene posizioni molto diverse con la stessa enfasi: «carpire contro il suo assenso un bacio ad una donna, foss'anche meretrice, è atto ingiurioso, come lo è entrare nell'altrui corte contro la volontà del padrone: nell'uno e nell'altro caso la persona ingiuriata si vede dal grado di individuo umano abbassata al grado di ente materiale» (ivi, p. 13).

Le distinzioni non scaturiscono soltanto da inveterati pregiudizi e da una perdurante confusione tra diritto e morale, tra pena e risarcimento, ma derivano anche da una precisa scelta 'di governo' della società dell'uguaglianza; una società in cui, 'senza confondere i valori', la scienza può tracciare matematiche distinzioni di sentimenti, dolore, salute, sicurezza, dividendo proprietari e non proprietari, donne oneste e meretrici, calzoi e filosofi. Le distinzioni intendono descrivono e promuoverne la nuova civiltà: non a caso, in modo speculare al prezzo del soddisfacimento, Gioia misura *meriti e ricompense*, calcola con «*termometri de' sacrificj, degli interessi, della vanità, dell'ambizione, della vendetta*» il prezzo delle forze fisiche e delle forze morali, soppesa la rilevanza «in più» o «in meno» di ogni circostanza<sup>44</sup>.

Le distinzioni evitano livellamenti, premiando diversamente lavori industriosi e ozio, «travagli intellettuali» e lavori fisici, fissando «preminenze» di utilità sociale e gerarchie. Come ignorare del resto il fatto che, a fronte di «più milioni di fabbri di legnajoli d'agricoltori», in ciascun secolo ci sono soltanto «due o tre d'Alambert»?<sup>45</sup> Come astenersi dal tradurre tale realtà in un divario di «prezzo» «più che centuplo» tra le persone?

«Alcuni scrittori sono rimasti sorpresi che le leggi de' popoli barbari abbiano posto tante differenze nel prezzo delle vite, ossia nella pena dell'omicidio. Io all'opposto resto sorpreso allorché osservo che i codici moderni non ne hanno stabilito quasi nessuna. Se è grandissima la differenza tra *i valori delle giornate* ossia tra i vantaggi che ciascun uomo reca alla società, con quale norma di senso comune si potrà stabilire uguaglianza nelle pene per l'omicidio? La vita di Franklin potevasi forse porre in bilancia con quella d'un bifolco? E Jenner è forse uguale a un facchino? Chi abbrucia un magazzino vuoto cagiona forse al proprietario uguale danno che chi abbrucia un magazzino pieno di biade?»<sup>46</sup>.

##### 5. «Magazzini di quiete»: pena, risarcimento, ricompense e 'assicurazione'

Oltre che *pieno*, il soddisfacimento deve essere *certo*: la «certezza del soddisfacimento», assieme alla certezza della pena, rappresenta nella visione di Gioia un elemento essenziale della sicurezza pubblica, della *quiete* garantita ai singoli dal contratto sociale. La certezza soddisfa l'interesse privato e

<sup>44</sup> M. GIOIA *Del merito e delle ricompense. Trattato storico-filosofico*, Milano, Pirotta, 1818, pp. 43-99.

<sup>45</sup> Ivi, p. 145, p. 193 e ss.

<sup>46</sup> Ivi, p. 145.

l'interesse comune ed è garanzia della complessiva tenuta dell'ordine.

Gioia muove da posizioni economiche liberistiche, è assertore della centralità della proprietà e del 'lavoro industrioso', della preminenza degli interessi particolari e del virtuoso scontro tra i singoli; nello stesso tempo però è convinto che l'armonia della società proprietaria debba essere guidata e indirizzata. La statistica e l'economia si presentano in tal senso come scienze al servizio del governo<sup>47</sup>: la prima, descrivendo *il particolare*, offre una minuta anatomia del corpo sociale; la seconda, con sguardo *generale*, ricerca rimedi e cure per i mali, ricomponendo l'ordine. L'intervento del governo promuove l'incivilimento, sostiene l'armonia della società proprietaria, riconosce i meriti, accorda ricompense, previene *i mali*, ripristina gli equilibri violati, rende sicura la proprietà (una proprietà intesa con parole che evocano Portalis, «come parte costitutiva del nostro essere») avendo sempre cura di porre l'interesse privato come base del bene pubblico<sup>48</sup>.

La visione dell'interesse privato come interesse pubblico e di una società come 'compagnia di assicurazione' guida l'accostamento di Gioia al diritto, caratterizza la sua idea di giustizia penale e del risarcimento, del merito e delle ricompense.

La pena agisce in stretta correlazione con 'il soddisfacimento' per garantire sicurezza pubblica: più che a reprimere, è indirizzata a prevenire i «mali futuri», rivolge infatti il suo monito a «persone indeterminate». Il risarcimento affronta, invece, «il male attuale» di «una persona determinata», un danno che può (che deve) essere stimato in ogni sua parte per assicurare l'ordinato svolgimento delle relazioni sociali<sup>49</sup>. Certezza della pena e della 'riparazione' del danno agiscono di concerto. La pena da sola non basta a distruggere l'allarme sociale prodotto dal delitto, non basta a ripristinare l'ordine: la sicurezza pubblica esige che la quiete sia ristabilita attraverso una completa 'compensazione' del danno, un soddisfacimento pieno, capace di proiettare nel futuro tutte le potenzialità del presente, andando oltre la mera restituzione 'casa per casa'.

Lo stretto nesso con la pena (comune è il fine di garantire sicurezza e prevenire 'i mali') attribuisce al risarcimento una valenza punitiva, tuttavia l'aspetto che più sta a cuore a Gioia non è punire ma contrastare l'aleatorietà del soddisfacimento: se assieme all'interesse privato il danno colpisce l'intera società, la conseguenza «logica» è che, nel caso in cui l'offensore non possa

<sup>47</sup> Cfr. F. SOFIA, *Una scienza per l'amministrazione. Statistica e pubblici apparati tra età rivoluzionaria e restaurazione*, Roma, Carucci, 1988.

<sup>48</sup> Cfr. G.P. MASSETTO, *Melchiorre Gioia e il diritto penale* (2007), in Id., *Scritti di storia giuridica*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1515-1590.

<sup>49</sup> GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. 126 e ss.

pagare, deve intervenire «la comunità, il pubblico tesoro» agendo come «una compagnia d'assicurazione» e distribuendo il danno «sulla massa» (come accade in una caserma di soldati, come era previsto negli statuti comunali)<sup>50</sup>.

Al contratto di assicurazione Gioia fa riferimento sia per stimare il valore del bene nel mercato, sia per stabilire le modalità di intervento della società: il «prezzo della quiete» pagato dal mercante agli uffici di assicurazione offre un parametro per il calcolo del prezzo «richiesto alla giustizia» per tutte le inquietudini provocate dal danno<sup>51</sup>; per altro verso è l'intera società che è chiamata a porsi come un «magazzino di quiete», garantendo «a ciascuno l'integrità dei suoi beni, in cambio dei servizi che ciascuno le rende»<sup>52</sup>. La sicurezza proprietaria è ottenuta facendo coincidere interesse privato e interesse pubblico: il richiamo alle regole degli statuti comunali, alla distribuzione del 'danno dato' fra tutti gli appartenenti alla comunità, non mira a introdurre solidarietà ma a rafforzare l'individualismo e a porre la pubblica sicurezza sotto «la vigilanza dell'interesse privato»<sup>53</sup>.

Nel discorso di Gioia le regole comunitarie subiscono una torsione individualistica. L'indifferente 'neutralità' del calcolo riproduce le gerarchie sociali, le tutela, le garantisce, le conserva. Il 'governo dei numeri' e la società-compagnia di assicurazione che «prevede e provvede» placano le paure della nuova società, garantendo *sempre* sicurezza e dosando in relazione al 'valore' di ciascuno soddisfazione, sanzioni e ricompense (Gioia ipotizza veri e propri *Tribunali delle ricompense*; una giustizia premiale da affiancare alla giustizia penale e civile).

<sup>50</sup> Ivi, pp. 130-131.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 209-211.

<sup>52</sup> Ivi, p. 125.

<sup>53</sup> La soluzione, del resto, era stata inizialmente avanzata da Gioia, proponendo uno smantellamento delle proprietà comuni a favore di proprietà individuali. Considerando la difficoltà di ottenere 'soddisfamento' della pena pecuniaria nel caso di furti nei boschi comunali, aveva proposto di frazionare i beni comuni in proprietà individuali: «divisi i boschi, i pascoli, le brughiere comunali per famiglie ed a sorte, le pene pecuniarie sono eseguibili, perché il ladro presenta una proprietà, da cui la legge può trarre compenso per i danni cagionati...». Il vantaggio della divisione è di rendere 'tutti' proprietari, favorendo il soddisfacimento e la prevenzione. Nel caso di insolvenza del delinquente, la ripartizione della somma fra tutti agisce come 'assicurazione della quiete' del singolo proprietario e come modesta sanzione per la mancata prevenzione: «la somma de' danni divisa sopra tanti riesce insensibile per ciascheduno; ciascuno è [comunque] spinto dal tema della perdita a sorvegliare i delinquenti e denunciarli». Si cfr. MASSETTO, *Melchiorre Gioia e il diritto penale*, cit., pp. 1543-1544.

## 6. La responsabilità oggettiva di Giacomo Venezian

La critica di Gioia al codice e ai «commentatori curiali» non affronta il problema del criterio di imputazione. Dalle stime del danno poste al servizio dei tribunali si possono tuttavia trarre indicazioni riguardo al complessivo sistema della responsabilità civile: la polemica contro la visione 'ridotta' del danno non tocca il criterio della colpa ma, sia pure indirettamente, lo assume come necessario presupposto di un discorso che affianca (e spesso fonde) pena e risarcimento. A metà dei convulsi anni ottanta è un giovane civilista, Giacomo Venezian, a proporre in contrasto polemico con il codice e le interpretazioni della civilistica dominante, una *teoria del danno e del risarcimento fuori dai contratti* svincolata dal criterio «bizantineggiante» della colpa<sup>54</sup>. Influenzato dalle idee di Enrico Ferri assimilate negli anni di studio a Bologna, Venezian prospetta la responsabilità civile come strumento di 'difesa sociale', insistendo sulla rilevanza della posizione della vittima, sulla certezza del risarcimento, sulla «responsabilità sociale svincolata da ogni responsabilità morale»<sup>55</sup>. A tratti il discorso pare riecheggiare Melchiorre Gioia; ma se comune è l'approccio 'dal basso' al tema della responsabilità e l'attenzione alla vittima, molto diversa è l'unità valoriale del sistema, la complessiva rappresentazione della società e la richiesta di certezza. Gioia propone rassicuranti misurazioni matematiche per consolidare l'armonia della nuova società di individui, indiscusso motore di progresso e incivilimento; Venezian, che ha invece di fronte la questione sociale e non nutre più alcuna fiducia nell'armonica fusione di interesse privato e pubblico, è 'insofferente e insoddisfatto' nei confronti di dogmi individualistici sempre più lontani dalla «società moderna tutta animata di movimento industriale»<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Atheneum, 1919. Il volume fu pubblicato (a cura di Giuseppe Osti) solo nel 1919 ma sino a quel momento aveva comunque avuto una non esigua circolazione come manoscritto. Per un complessivo inquadramento si cfr. Paolo GROSSI, *Venezian, Giacomo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, il Mulino, 2013, II, pp. 2029-2032; CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., p. 265 e ss.

<sup>55</sup> Così FERRI (*Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1892, pp. 453-454) con riferimento alla necessità di un'estensione al diritto civile dei principi della nuova responsabilità penale, accompagnato da un richiamo esplicito all'opera di Venezian, «un lavoro che invano si desidera pubblicato da molto tempo».

<sup>56</sup> VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 9; p. 109. La «rivoluzione copernicana di Venezian» riguardo al tema della responsabilità civile – come ha rilevato Paolo Grossi (Venezian, cit., pp. 2030-2031) – nasce da una «pressante insoddisfazione rispetto alle compassate litanie dei giuristi accademici così distanti da una società in

Affrontare la teoria del danno e del risarcimento, rimuoverla dall'angolo appartato in cui era stata relegata dai civilisti, significa per Venezian capovolgere e non perfezionare il sistema, aprirlo alla comparazione e alle teorie della Scuola positiva del diritto penale. L'abbandono della teoria dell'imputabilità per colpa e la sufficienza del «nesso causale oggettivo tra il danno e la sfera giuridica di una persona»<sup>57</sup> sono assunti come centro nevralgico della ricostruzione: una «assoluta necessità logica» impone che a ogni *torto* segua una sanzione<sup>58</sup>, ad ogni danno corrisponda un risarcimento prescindendo dalla «contingente e relativa» condizione soggettiva del danneggiante. È l'«esistenza oggettiva del torto» – che fissa un nesso logico indissolubile tra natura oggettiva del danno e 'imputazione' «di natura impersonale» – a porre l'unitario principio attraverso cui aggregare i multiformi aspetti della responsabilità e a adeguare il codice alla «realtà oggettiva sociale», superando sofismi e reticenti silenzi sulle vittime<sup>59</sup>. La «giustizia della responsabilità oggettiva» abbatte ogni relazione tra negligenza e antigiuridicità: è il nesso causale a rendere il danno sempre ingiusto, la vittima sempre meritevole di tutela e il risarcimento sempre certo. Il danno pertanto non può essere negato o temperato con misurazioni di gradi di malvagità, con mutevoli soluzioni equitative affidate ai bisogni del sentimento: «la più raffinata malvagità non rende più grave un piccolo danno [...]; e all'inverso la circostanza che il danno è stato causato da una leggiera negligenza non rende minore la lacuna che ha prodotto nel patrimonio del danneggiato»; «questa tendenza ai temperamenti non si basa su una tendenza scientifica, si conforma ai bisogni del sentimento. Il caso di uno che ammazza un altro è infatti molto pietoso, ma più pietoso è il caso di chi resta ammazzato»<sup>60</sup>.

L'intera teoria appare guidata dalla necessità di opporre «la concretezza»,

---

profondo cambiamento», e da una «insofferenza» nei confronti di «regole adatte a una società di quindici secoli fa».

<sup>57</sup> VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 110.

<sup>58</sup> Ivi, pp. 16 e ss.; p. 41. In polemica con la tradizione romanistica, Venezian fa riferimento al *common law* per ricavare un «concetto generale di torto», capace di ricomprendere «ogni opposizione al diritto» cui si collega «immediatamente» un'azione giudiziaria. Un riferimento critico alla semplificazione (al 'semplicismo') di Venezian è in Mario SARFATTI, *La nozione del torto nella dottrina e nella legislazione inglese. Appunti*, Milano, Società editrice libraria, 1903, p. 10.

<sup>59</sup> VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., pp. 42; 55. Movendo da questo punto di vista particolarmente arida è la lettura del termine «colpa» presente nell'art. 1151 del codice civile, inteso come semplice richiamo «alla esistenza oggettiva del torto e al suo nesso causale colla responsabilità» (ivi, p. 86 e ss.)

<sup>60</sup> Ivi, pp. 303 e 305.

«le condizioni reali dell'attività umana», alle ingiustizie generate dalle astrazioni del principio della responsabilità per colpa: «la natura impersonale del risarcimento» offre il principio 'concreto' attraverso cui ordinare la nuova realtà sociale e soddisfare le emergenti «esigenze di giustizia»<sup>61</sup>. Realizzare il capovolgimento teorico è compito della dottrina; alla giurisprudenza Venezian affida la missione di attuare «lo svolgimento graduale del diritto conforme ai bisogni della società, che non si può attendere dal legiferare rapido dei Parlamenti»<sup>62</sup>. Il giovane civilista confida, però, più nel capovolgimento teorico che nella graduale trasformazione: la responsabilità oggettiva intende del resto offrire certezza entro un sistema non inquinato da discrezionalità e da mutevoli 'temperamenti soggettivi' accordati dal giudice.

Non mancano le contraddizioni: il riferimento ai 'temperamenti' riemerge, ad esempio, dall'esame del «nesso causale fra il danno e il fatto o lo stato del danneggiato», dalla valutazione delle cause e delle concause riferibili al danneggiante e al danneggiato<sup>63</sup>. Non è il caso, però, di considerare tali contraddizioni (sottolineate ripetutamente nel dibattito infinito tra fautori della responsabilità per colpa e della responsabilità oggettiva), qui mi preme più semplicemente richiamare i valori posti a sostegno del 'sistema capovolto' prospettato da Venezian: la «responsabilità del patrimonio» intende conciliare «le esigenze di giustizia col sentimento comune»<sup>64</sup>, tutelare «interamente ed intimamente, come non riesce a far mai la teoria dell'imputabilità»<sup>65</sup> molteplici situazioni giuridiche. Anche per i danni derivanti da attività dello Stato, da infortuni sul lavoro, da incidenti ferroviari, è possibile far riferimento ad un unico criterio scientifico, ad una teoria capace di 'governare' il mutamento senza attendere gli interventi speciali del legislatore.

La tensione ad assolutizzare un unico modello di responsabilità (e a imprigionare il giudice entro le maglie di un sistema rigorosamente 'oggettivo') rappresenta il punto di forza e, nello stesso tempo, la parte più fragile della ricostruzione di Venezian. Egli probabilmente ne era consapevole

<sup>61</sup> «Come nell'ordine naturale è necessaria la successione dell'effetto alla causa, così nell'ordine giuridico è necessario che la sanzione susseguia alla qualifica del fatto, al riconoscimento del diritto e del torto; la legge non può mancare di congiungere una conseguenza giuridica alla definizione del diritto che negando sé stessa, ossia cessando di essere legale. La legge non intende alla definizione astratta del diritto e del torto, ma alla loro definizione concreta; essa stabilisce dei principi che devono poter essere applicati alle condizioni reali dell'attività umana, e non a restare vana affermazione teorica». Ivi, p. 36.

<sup>62</sup> Ivi, p. 169.

<sup>63</sup> Ivi, p. 307.

<sup>64</sup> Ivi, p. 281.

<sup>65</sup> Ivi, p. 273.



perché non completò la stesura del testo e si rifiutò sempre di pubblicarlo; il manoscritto ebbe comunque una buona circolazione e fu ampiamente utilizzato nel sempre più acceso dibattito che tra Otto e Novecento divise fautori della responsabilità oggettiva e della responsabilità per colpa<sup>66</sup>.

L'impossibilità di bloccare entro un modello rigido e certo la responsabilità civile emerse con chiarezza tra Otto e Novecento. Vittime troppo deboli per provare la colpa del danneggiante, troppo povere per sopportare la durata del processo, forme 'anonime' 'inevitabili' 'necessarie' di danno esigevano di volta in volta tutele differenziate, leggi speciali, nuove distinzioni. Le teorie protese a individuare una soluzione unitaria per tutti i casi furono costrette a confrontarsi con una pluralità di regole sempre più difficili da conciliare e da contenere in una visione 'allargata' del diritto comune; infatti, anche se relegate in un angolo appartato, le figure speciali evidenziavano comunque la fragilità dei modelli teorici puri e generavano un profondo disagio ricostruttivo<sup>67</sup>. Un disagio che fu tuttavia fecondo: le istanze solidaristiche, le nuove interdipendenze e i nuovi valori sociali spinsero ad ampliare il raggio di azione della responsabilità civile oltre il tradizionale perimetro di criteri fatti a misura di sovranità individuali assolute e distinte.

### 7. *Responsabilità civile e crisi di unità del sistema*

Nel corso del Novecento l'espansione della responsabilità civile è stata ancora caratterizzata, per un verso, dal diffondersi di regimi speciali che hanno accentuato la frammentazione dell'istituto e, per altro verso, dall'allargamento del principio generale e dalla ricerca di unitari fondamenti valoriali. I mutamenti qualitativi e quantitativi del danno hanno rinnovato costantemente la dialettica tra 'generale' e 'speciale', modificato la nozione di danno ingiusto, condotto a una crescente ibridazione dei modelli 'puri' e moltiplicato le funzioni della responsabilità civile, rendendo le teorie unitarie illusorie e sempre più inadeguate a spiegare la complessità del presente<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Speculare rispetto all'opera di Venezian è a fine Ottocento l'opera di Gian Pietro Chironi, tutta indirizzata a difendere il sistema di diritto comune attraverso una valorizzazione della *culpa levissima*.

<sup>67</sup> ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, p. 70 e ss; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., 2010, p. 87 e ss.

<sup>68</sup> Si pensi, ad esempio, alla «strategia riduzionista» dell'analisi economica del diritto, tutta indirizzata a prescrivere linee di politica del diritto ma incapace di confrontarsi appieno con l'idea di giustizia incorporata nella struttura della responsabilità. Cfr. J.L. COLEMAN, *La*

Oggi l'unità è un dato da ricercare e non da imporre a viva forza sulla realtà, è un dilemma che la scienza giuridica è chiamata a risolvere costruendo ponti nel composito arcipelago della responsabilità civile. Tale ricerca – lo ha chiarito bene Guido Alpa considerando l'obiettivo di unire le voci di danno alla persona e di garantire una tutela uniforme alle vittime – rappresenta oggi un imperativo professionale e morale, una necessità legata alla tutela dei diritti civili: non si tratta di proporre teorie staccate dal laboratorio giurisprudenziale, né astratte distinzioni, ma di cogliere valori unitari e di contribuire al mutamento ponendo la persona «alla sommità della graduatoria dei valori»<sup>69</sup>.

Mostrando il giuridico come specchio dell'ordine e, nello stesso tempo, come strumento di 'governo' dell'ordine, il problema della responsabilità civile traduce storicamente valori, conflitti, attese di giustizia. L'unità del sistema è impossibile da affidare a un unico soggetto, da imporre 'dall'alto', la tensione a una ricostruzione unitaria resta tuttavia essenziale: è un'utopia tanto più necessaria quanto più consapevole della storicità della ricerca e della necessità di un dialogo continuo, quanto più distante dalla pretesa 'di ieri' di costringere il diritto entro un quadro armonicamente perfetto ma *senza vita*.

---

*pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 2006 [ed. orig. 2001], p. 46 e p. 78; ma si cfr. anche ID., *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

<sup>69</sup> Di fronte alla «mutazione genetica» del danno biologico – figura nata per 'unire' ma che pareva disperdersi in un'anarchia risarcitoria in cui ogni tribunale finiva per porsi come «una repubblica a sé» – nel 2000 Alpa scriveva: «Il dilemma teorico e pratico che si pone oggi all'interprete si può esprimere in termini elementari: occorre prendere atto, realisticamente parlando, del diritto "vivente" e dunque piegarsi alla creatività e gettare la spugna, o piuttosto insistere sui propositi originari, e invitare all'ordine, non solo per ragioni di logica, ma anche per ragioni di identità di trattamento delle vittime e dei loro congiunti?». G. ALPA, *Il «danno biologico» parabola o evoluzione di un progetto di politica del diritto?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, 2, pp. 169-180. Ma si cfr. anche: ID., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, Cedam, 2003.

