

I DANNI NOMINALI NELLA TEORIA DELLE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE¹

NOMINAL DAMAGES IN THE THEORY OF THE FUNCTIONS OF CIVIL LIABILITY

Francesca Benatti²

Dottorato di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano (UNIMI, Milão, Itália)

AREA(S): responsabilità civile; diritto civile.

RIEPILOGO: Il saggio analizza la figura dei danni nominali e la ragione della loro affermazione negli USA. Tale categoria si inquadra nell'evoluzione della responsabilità civile e nelle sfumature simboliche che ha assunto.

ABSTRACT: *The essay analyzes the figure of nominal damages and the reason for their emergence in the US. This category is framed in the evolution of tort liability and the symbolic nuances it has taken on.*

PAROLE CHIAVE: danni nominali; responsabilità civile; funzioni.

KEYWORDS: *nominal damages; tort law; functions.*

SOMMARIO: 1 La nozione di danno nominale; 2 Le funzioni della responsabilità civile; 3 Osservazioni conclusive.

SUMMARY: *1 The notion of nominal damage; 2 The functions of civil liability; 3 Concluding remarks.*

¹ Pubblicato in: PER I CENTO ANNI DALLA NASCITA DI RENATO SCOGNAMIGLIO. Comitato promotore: Mario Barcellona Ernesto Cesaro Raffaele de Luca Tamajo Luigi Fiorillo Pietro Lambertucci Arturo Maresca Mario Rusciano Francesco Santoni Giuseppe Santoro Passarelli. Segreteria di redazione: Matteo Verzaro. La pubblicazione dell'opera si è avvalsa di un contributo finanziario del *Master in Diritto del lavoro e della previdenza sociale* e del Dipartimento di Scienze giuridiche della Sapienza Università di Roma. DIRITTI D'AUTORE RISERVATI, © Copyright 2022, ISBN 978-88-243-2747-3, Jovene Editore, p. 127. Printed in Italy, Stampato in Italia.

² Dottorato di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano (2008). Professore Associato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. *E-mail:* francesca.benatti@unicatt.it. *Curriculum:* <http://lattes.cnpq.br/2597516396119370>. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0002-1456-7812>.

1 LA NOZIONE DI DANNO NOMINALE

I danni nominali³ sono tornati all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza di common law dopo un periodo di apparente declino. Si tratta di liquidazioni di importo minimo, pari a 1,2, 5 dollari, che vengono liquidati «(1) when there is no substantial loss or injury to be compensated and (2) without regard to the amount of harm»⁴. In essi non rientrano, ovviamente, le ipotesi nelle quali il risarcimento è modesto o molto inferiore a quello richiesto, ma ha comunque una consistenza economica, pur minima.

Si distinguono da altre categorie di danni. Non possono essere equiparati a quelli patrimoniali perché vengono concessi quando è incerta o inesistente una effettiva perdita, anche se il loro importo irrisorio non tende alla completa compensazione dei pregiudizi economici. Così avviene per i casi nei quali il danno è futuro, da chance o comunque calcolabile attraverso stime e proiezioni.

Sono, poi, diversi dai danni non patrimoniali, che riparano un pregiudizio ad un bene non quantificabile economicamente. Possono, inoltre, essere considerati l'opposto dei danni punitivi che hanno la funzione di sanzionare determinate condotte: i *punitive damages* hanno trovato nella elevata concessione, superiore al danno subito, la loro giustificazione e in un certo qual modo la loro ragion d'essere, mentre i danni nominali si connotano proprio per la loro irrisorietà. Anzi nella giurisprudenza statunitense si discute se i danni nominali possano essere sufficienti a fondare un risarcimento per danni punitivi o, invece, siano necessari pregiudizi sostanziali.

La loro origine è incerta anche se la dottrina prevalente ritiene che costituiscano un modo per ottenere una sentenza dichiarativa della commissione di un illecito, in un periodo storico nel quale non era ammessa dal sistema. Ancor'oggi nell'ordinamento statunitense servono a integrare i presupposti dell'art. III della Costituzione, soprattutto la *redressability*: il convenuto deve chiedere un rimedio che sia in grado di rimediare alla lesione subita. Per le

³ M. E. CAMBRE, *A Single Symbolic Dollar: How Nominal Damages Can Keep Lawsuits Alive*, in *Ga. L. Rev.*, 2017, p. 933.

⁴ Black's Law Dictionary (10th ed. 2014).

loro caratteristiche hanno trovato la principale applicazione come strumento di tutela dei diritti costituzionali⁵.

Una compiuta elaborazione teorica è contenuta in *Carey v. Phipus*, che riguardava la violazione della *Procedural Due Process Clause* da parte di due scuole. Nella motivazione la Corte Suprema Federale statunitense riconosce che «i tribunali di *common law* hanno tradizionalmente rivendicato le privazioni di certi diritti “assoluti” dei quali non è dimostrato che abbiano causato un danno effettivo attraverso il riconoscimento di una somma di denaro nominale. Rendendo la privazione di tali diritti perseguibile per danni nominali senza prova di danno effettivo, il diritto riconosce l’importanza per la società organizzata che tali diritti siano scrupolosamente osservati, ma allo stesso tempo, rimane fedele al principio che i danni sostanziali dovrebbero essere concessi solo per compensare il danno effettivo o, nel caso di danni esemplari o punitivi, per scoraggiare o punire le privazioni dolose dei diritti. Poiché il diritto al giusto processo procedurale è “assoluto” nel senso che non dipende dal merito delle affermazioni sostanziali di un ricorrente, e a causa dell’importanza per la società organizzata che il *procedural due process* sia osservato, crediamo che la sua violazione dovrebbe essere perseguibile per danni nominali senza prova di danno effettivo»⁶. In una decisione successiva, la Corte Suprema mette in luce come «siano il mezzo appropriato di rivendicare diritti la cui privazione non ha causato un danno effettivo e dimostrabile»⁷. Rimaneva, però, incerto se il loro risarcimento fosse automatico in caso di violazione di diritti fondamentali o, invece, su richiesta dell’attore. L’incertezza era aggravata dal fatto che la giurisprudenza non era compatta sulla loro ammissibilità. In alcune ipotesi i danni nominali venivano negati con l’argomento che fossero inutili, irrisori e

⁵ In particolare son considerati un rimedio adeguato alle ipotesi delineate all’42 U.S.C. § 1983 (1999): «Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia».

⁶ 435 U.S. 247 (1978).

⁷ *Memphis Community School District v. Stachura*, 477 U.S. 299 (1986).

potessero causare un aumento eccessivo del contenzioso. Si riteneva, infatti, che «permettere al caso di proseguire ...nella speranza di assegnare al ricorrente un solo dollaro...», banalizza l'importante attività delle corti federali»⁸ o addirittura «è una imposizione dispendiosa per il giudice, i giurati e i contribuenti»⁹.

Nonostante le oscillazioni giurisprudenziali che ne hanno determinato un'applicazione limitata, nel 2017 ha sollevato molto clamore la richiesta giudiziaria di un dollaro da parte di Taylor Swift nei confronti di un dj che l'aveva molestata. Dopo averlo ottenuto, aveva dichiarato, ringraziando la giuria, che si trattava di una vittoria simbolica per tutte le donne. Un chiarimento fondamentale si ha con la decisione della Corte Suprema Federale statunitense in *Uzuegbunam v. Preczewski*¹⁰. Nel 2016 a Uzuegbunam, studente del Georgia Gwinnett College, veniva vietato di diffondere materiale religioso nel campus al di fuori di certe aree e senza prenotazione, come previsto dal regolamento dell'Università. Pertanto, Uzuegbunam provvedeva a riservare uno spazio e nuovamente gli veniva proibito con la motivazione che non si era limitato alla distribuzione degli opuscoli, ma aveva anche fatto discorsi pubblici di proselitismo. Il giovane agiva, dunque, in giudizio chiedendo una sentenza dichiarativa della violazione da parte del College del Quinto e del Quattordicesimo Emendamento, nonché la liquidazione di danni nominali. L'Università modificava sia il codice di condotta degli studenti sia la sua policy per permettere di parlare ovunque nel campus senza dover ottenere un permesso, tranne in circostanze limitate. Alla luce di questi cambiamenti, si difendeva adducendo la sostanziale irrilevanza del caso.

Mentre in primo e in secondo grado veniva accolta questa posizione, la Corte Suprema, a maggioranza, si esprimeva con una interessante e rigorosa motivazione di Justice Thomas, caratterizzata dal metodo originalista, a favore di Uzuegbunam. Infatti, nonostante siano di importo esiguo, i danni nominali vengono considerati «concreti». Soprattutto, secondo la Corte è indiscusso che Uzuegbunam avesse subito una violazione significativa dei suoi diritti costituzionali. Pertanto se, come affermato da Lord Holt «ogni violazione [di

⁸ *Morrison v. Bd. of Educ.*, 521 F. 3d 602, 611 (6th Cir. 2008).

⁹ *Amato v. City of Saratoga Springs*, 170 F. 3d 311, 322 (2d Cir. 1999).

¹⁰ 592 U.S. _ (2021).

un diritto] importa un pregiudizio» e non sono applicabili altre categorie di danno, è necessario risarcire quelli nominali¹¹.

La *dissenting opinion* di Chief Justice Roberts aderisce, invece, ad una interpretazione restrittiva dell'art. III della Costituzione. Nel ribadire come i danni nominali non riparino i pregiudizi subiti, avverte come rappresentino unicamente un «premio di consolazione» per coloro che non sono riusciti a provare la perdita. Soprattutto, Roberts sottolinea sia il possibile aumento del contenzioso sia l'ampliamento del ruolo del potere giudiziario: «finora abbiamo detto che le Corti federali possono esaminare la legalità delle politiche e delle azioni solo come un incidente necessario per risolvere le controversie reali. D'ora in poi, la magistratura sarà tenuta a svolgere questa funzione ogni volta che un attore chiede un dollaro. Per coloro che vogliono sapere se i loro diritti sono stati violati, "il ramo meno pericoloso" diventerà la fonte meno costosa di consulenza legale»¹².

Benché sia ancora presto per comprendere le conseguenze e la reale portata della decisione, è prospettabile un aumento dei casi di liquidazione dei danni nominali. Peraltro si adattano ad un momento come quello attuale nel quale, da un lato, la categoria dei diritti fondamentali appare in continua espansione guidata dalle rivendicazioni individuali e di singoli gruppi, dall'altro la protezione offerta dal potere giudiziario ha assunto grande rilevanza e sfumature politiche. D'altronde «meno il diritto è sicuro, più una società è costretta a divenire giuridica»¹³.

2 LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

I danni nominali non hanno ancora trovato diffusione nei sistemi di civil law¹⁴ per due differenti ragioni. La prima attiene alla struttura dell'illecito civile: il danno è, secondo la dottrina unanime un presupposto fondamentale

¹¹ Non si tratta, però, di un automatismo perché l'attore deve comunque provare la sussistenza degli altri requisiti dell'art. III della Costituzione.

¹² *Uzuegbunam v. Preczewski*, cit.

¹³ P. RICOEUR, Préface, in A. GARAPON, *Le Gardien des Promesses*, Parigi, 1996, p. 12.

¹⁴ Nel diritto inglese i danni nominali sono ammessi, ad esempio, nei casi di false imprisonment, quando l'arresto è illegale unicamente per una ragione tecnico-procedurale ed è giustificato da sospetti ragionevoli. *V. Parker v. Chief Constable of Essex Police* [2018] EWCA Civ 2788.

dell'illecito, e – come ricordato anche nella manualistica – «se danno non vi è, non può esservi – pur in presenza di un illecito – responsabilità civile»¹⁵.

La seconda riguarda l'uso meno rigido e più flessibile del danno non patrimoniale. Un'analisi dell'ordinamento italiano permette di osservare come il danno morale sia quasi automaticamente liquidato in presenza di una violazione di un diritto fondamentale. Seppure, infatti, è negata la sua risarcibilità *in re ipsa*, è spesso ammessa attraverso finzioni, quando il bene giuridico leso appare di particolare rilevanza. È plausibile ritenere, dunque, che sarebbe stato liquidato a Uzuegbunam il risarcimento del danno morale per la sofferenza subita per non aver potuto esprimersi. Ciò comporta la minor esigenza di una figura «simbolica» come i danni nominali o piuttosto l'impiego di altre categorie per ottenere il medesimo risultato.

Tuttavia, l'esame dei danni nominali non può essere trascurato, in quanto pongono interrogativi nuovi alla responsabilità civile e riaprono la riflessione mai sopita in dottrina e giurisprudenza sulle sue funzioni. In tale prospettiva possono essere accumulati ad altre ipotesi tra le quali *apologies*¹⁶ e le riparazioni simboliche attraverso l'arte¹⁷. Il dibattito appare complesso posto che negli ultimi anni quasi tutti i sistemi giuridici hanno aderito in modo espresso o implicito alla tesi della sua polifunzionalità. Se appare evidente l'abbandono o il ridimensionamento, soprattutto teorico, della finalità compensativa, appare difficile una ricostruzione sistematica e organica del panorama attuale.

Innanzitutto, ogni analisi non può prescindere da una valutazione storica. La dottrina ha sottolineato come le funzioni della responsabilità civile non siano statiche, ma ogni epoca veda il prevalere dell'una o dell'altra a seconda dei valori e degli obiettivi del sistema. Non solo: esse dipendono anche dal contesto sociale, economico e politico nel quale le regole dell'illecito operano. Ad esempio, in un ordinamento nel quale il *welfare state* è efficiente ed efficace, la funzione compensativa appare meno rilevante o comunque può essere raggiunta attraverso schemi *no fault* come nei paesi del Nord Europa. Opposto è il caso degli Stati Uniti, dove l'assenza di tutele sociali rende fondamentale il

¹⁵ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2021 p. 948.

¹⁶ Uzuegbunam v. Preczewski, cit.

¹⁷ J. FALCONI, L. MENDOZA ORTIZ, Y. SIERRA LEÓN, *Reparación simbólica Cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, Bogotá, 2021.

ricorso alla responsabilità civile. Oppure la deterrenza può essere privilegiata solo in alcuni settori nei quali il fine di disincentivare certe condotte appare più rilevante o per favorire l'accesso alla giustizia.

Un ulteriore profilo che incide nell'esame delle funzioni riguarda il metodo utilizzato: quello formalista si concentra sulla compensazione, l'adesione all'analisi economica del diritto porta a una valorizzazione, come obiettivi, della deterrenza o della riduzione dei costi sociali, anche distanziandosi dal dato normativo; una lettura costituzionale della responsabilità civile la concepisce in una «prospettiva di solidarietà sostenibile attenta al bilanciamento dei valori e principi coinvolti»¹⁸.

Infine, devono essere considerate anche le prospettive ideologiche che giustificano le differenti funzioni: la redistribuzione può essere inquadrata solo all'interno di una determinata visione del sistema politico, sociale ed economico che si vuole costruire. Peraltro, va constatata la criticità di tale finalità perché, come notato da Renato Scognamiglio, il risarcimento non serve a «realizzare una maggiore giustizia sociale»¹⁹.

Questa difficoltà di inquadramento e di categorizzazione deriva dalla natura stessa della responsabilità civile: più di altre aree del diritto sembra sfuggire a categorizzazioni precise e generali e vive nella realtà operativa. Non è un caso che la sua espansione sia avvenuta ad opera della giurisprudenza, con il supporto della dottrina, spesso trovatisi ad affrontare problemi specifici. È chiaro che si tratta di un istituto elastico e flessibile, usato come strumento di ingegneria sociale o per importanti battaglie politiche. In tale prospettiva sono emblematiche le decisioni olandesi in tema di climate change²⁰, che appaiono comprensibili unicamente con riguardo agli obiettivi di policy perseguiti. D'altra parte già all'inizio del secolo scorso, di fronte all'estensione delle regole dell'illecito, Ripert constata che «questa esplosione non è stata dettata solo da un pensiero morale di giustizia o di carità, ma un profondo sentimento democratico ha imposto la riparazione come riscatto dell'attività e protezione

¹⁸ P. PERLINGIERI, Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone, Napoli, 2021, p. 149.

¹⁹ R. SCOGNAMIGLIO, Il danno morale, in Riv. dir. civ., I, 1957.

²⁰ V. ad esempio la decisione della Corte Suprema olandese nel caso Urgenda 20 Dicembre 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007; quella della Corte distrettuale de L'Aia Milieudefensie v. Royal Dutch Shell, 25 aprile 2021.

della debolezza. Non voglio fare un'accusa a tutte le norme ispirate dallo spirito democratico. Sto semplicemente indicando lo spirito che ha dettato queste riforme»²¹.

Inoltre, non è semplice distinguere nettamente, nella prassi, tra le diverse funzioni che anzi tendono a intersecarsi. La dottrina avverte come il danno non patrimoniale e quello punitivo possano essere al tempo stesso compensativi, deterrenti e punitivi. Nell'esaminare la tradizione di civil law, Renato Scognamiglio coglie come «la regola della corresponsione di un indennizzo, in conseguenza di un torto che per la sua natura e gravità può turbare in modo rilevante l'animo del soggetto leso»²², assolve anche ad una finalità preventiva e repressiva.

È stato così giustamente osservato che la responsabilità civile, in concreto, «is a messy business through which courts deliver some compensation, provide some deterrence, dispense some justice, and do some other stuff such that, if all goes well, they will impose liability in a manner that contributes to social welfare, broadly understood. When courts face difficult cases, they muddle through, making what are essentially indeterminate, multifactor policy judgments»²³.

Se l'esame delle funzioni, che possono variare, ampliarsi o restringersi, non può essere svolto in assoluto senza riferimenti al contesto, è chiaro che i *nominal damages* costituiscono un'ipotesi particolare. Non tendono, infatti, alla compensazione con 1 o 2 o 5 dollari, in quanto un siffatto indennizzo non compensa un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale. Allo stesso modo proprio per il loro basso importo non hanno un fine punitivo: difficilmente una impresa o una persona potrà considerare una sanzione una somma tanto irrisoria e la medesima valutazione può essere estesa anche alla deterrenza.

Può essere ravvisata una limitata funzione dissuasiva solo nel pregiudizio alla reputazione che si può verificare. Ad esempio, in *Uzuegbunam v. Preczewski* i danni nominali potevano rappresentare anche un disincentivo a comportarsi nello stesso modo, considerate le spese legali e la pubblicità

²¹ G. RIPERT, *Le régime démocratique e le droit civil moderne*, Parigi, 1948, p. 342.

²² R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 487.

²³ J. C. GOLDBERG & B. C. ZIPURSKY, *Thoroughly Modern Tort Theory*, in *Harv. L. Rev. F.*, 2020, p. 186.

mediatica data all'evento. È chiaro, però, che questa finalità non sarebbe da sola sufficiente a giustificare tale categoria di danno.

In dottrina si è osservato come per la comprensione dei *nominal damages* sia necessario muovere sia dalle differenti visioni della responsabilità civile sia dal concetto di pregiudizio. Con riguardo al primo profilo si osserva che la teoria contemporanea della responsabilità civile sia dominata da due approcci diversi: le «tesi strumentali», che individuano nel risarcimento il mezzo per raggiungere un obiettivo sociale esterno, come la compensazione, la deterrenza o entrambe. Questi obiettivi, peraltro, possono essere perseguiti in modo efficiente anche mediante altri strumenti, tra i quali l'assicurazione o i fondi no-fault. Diversamente, le «teorie morali»²⁴ considerano i risarcimenti come «doveri legali». In particolare, la giustizia correttiva²⁵, pur nelle molteplici sfumature che ormai la caratterizzano, attraverso i principi della filosofia aristotelica-kantiana fonda la responsabilità civile su quella morale di riparare le perdite ingiustamente causate.

Benché sia evidente che i danni nominali si inseriscano meglio nelle teorie morali che in quelle strumentali, bisogna evitare contrapposizioni o semplificazioni eccessive. Peraltro, in dottrina si assiste ai tentativi di bilanciare le concezioni strumentali con quelle ideali²⁶.

Queste diverse visioni incidono anche sulla definizione di danno perché, come nota Renato Scognamiglio, la sua nozione e rilevanza giuridica «possono mutare con il trascorrere degli ambienti e dei tempi a cui si fa riferimento: sul piano del fatto in quanto i beni-interessi dell'uomo possono risultare oggetto di valutazioni difformi in luoghi ed in epoche diversi, e sul piano del diritto, a seconda delle scelte che il legislatore ritenga di adottare»²⁷. Oggi se ne ravvisano tre possibili accezioni²⁸:

a) una più ristretta, ispirata al concetto di *damnum* romano, che identifica la perdita risarcibile in quella economica. Si tratta della visione più

²⁴ V. D. OWEN (a cura di), *Philosophical foundation of tort law*, Oxford, 2001.

²⁵ Si vedano ad esempio, gli studi di J. Coleman, E. Weinrib e S. Perry.

²⁶ V. la teoria del civil recourse, in J. C. GOLDBERG, & B.C. ZIPURSKY, *Civil recourse revisited*. in Fla. St. UL Rev., 2011 p. 341; J. C. GOLDBERG & B. C. ZIPURSKY, *Recognizing Wrongs*, Cambridge, 2020.

²⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, *cit.*, p. 474.

²⁸ E. DESCHEEMAERKER, *Unravelling harms in tort law*, in *Law Quarterly Rev.*, 2016, p. 595.

antica e ormai superata, che tuttavia riaffiora tanto nella mentalità comune come nelle sentenze delle Corti;

- b) una maggioritaria, affermatasi nel nostro tempo, che ricomprende sia le perdite economiche sia quelle non patrimoniali. Ha una estensione differente nei diversi ordinamenti posto che la categoria del danno non patrimoniale non è unitaria. In Italia, un contributo fondamentale alla sua costruzione si ritrova nei saggi di Renato Scognamiglio che a partire da «Il danno morale» ne ha offerto un quadro convincente e rigoroso;
- c) una che coincide con la violazione di un diritto. È la cosiddetta «perdita normativa». L'esempio classico è quello della lesione della privacy, che spesso non determina pregiudizi effettivi dimostrabili. I danni nominali si inquadrano come rimedio adeguato in tali casi.

Non appare, tuttavia, sempre semplice distinguere in concreto tra le diverse concezioni. Soprattutto in molti casi, attraverso manipolazioni del fatto o finzioni, vengono ricomprese le perdite normative nella seconda definizione.

In una teoria morale della responsabilità civile si può ritenere che i danni nominali servano a riparare le perdite anche normative ristabilendo l'equilibrio tra le parti. Va, quindi, estesa la riflessione svolta per le *apologies*²⁹ in base alla quale «sono moralmente richieste in un senso più forte delle semplici regole del galateo. Quando chi ferisce non chiede scusa, le relazioni morali possono essere seriamente danneggiate, anche quelle solide come il matrimonio»³⁰. I danni nominali non hanno sicuramente la forza delle «scuse», ma hanno un analogo senso morale. In questa visione potrebbero addirittura essere più efficaci del risarcimento monetario, in quanto i «pagamenti sono discutibili quando sono rappresentati come una forma di restituzione, il che suggerisce che il valore danneggiato e il valore offerto in risposta sono fungibili e che il secondo potrebbe essere scambiato con il primo senza alcuna perdita. Sugerire che il denaro sia una restituzione adeguata per il dolore e la sofferenza è un insulto alla vittima»³¹.

²⁹ N. BRUTTI, *Law and Apologies. Profilo comparatistico delle scuse riparatorie*, Torino, 2017.

³⁰ A. PINO-EMHART, *The value of apologies in law and morality*, in *Rei-Revista Estudos Institucionais*, 2020, p. 1402.

³¹ M. RADIN, *Compensation and Commensurability*, in *Duke Law Jour.*, 1993, p. 61.

Si nota, inoltre, come i danni nominali rafforzino la funzione espressiva della responsabilità civile delineata da Hershovitz: «tort has different expressive aims. Tort liability establishes that the defendant wronged the plaintiff»³². È evidente, che in loro assenza, in varie fattispecie anche rilevanti, questo messaggio non potrebbe essere comunicato. Anzi si potrebbe arrivare a sostenere che abbiano sfumature simboliche: «una funzione di rivendicazione dei diritti può essere un'alternativa alla tradizionale funzione compensatoria non solo nelle ritrattazioni pubbliche. Vale la pena riconoscere la convalida simbolica che il risarcimento nominale fornisce a molti contendenti. Il vantaggio di domandare un risarcimento per gli illeciti non deriva dalla somma finale assegnata, ma dal fatto che c'è una via sancita dallo Stato per disconoscere la minima violazione dei nostri diritti convertendo gli illeciti in sentenze definitive»³³. Come è stato efficacemente osservato³⁴, diventa difficile chiarire cosa si intenda per successo in una causa. Potrebbero essere considerati una vittoria semplicemente il riconoscimento delle proprie ragioni o l'affermazione del proprio diritto, indipendentemente dal *quantum liquidato*.

Tuttavia tanto la funzione espressiva come quella simbolica comportano il consolidamento della prospettiva secondo cui «la legittima espressione di valori pubblici attraverso la responsabilità civile acquisisce maggiore importanza se intendiamo la funzione espressiva come un'opportunità per i privati di partecipare attivamente alla costruzione dei valori collettivi per il rispetto degli altri nella nostra società democratica, comunicando le intuizioni morali delle persone sul rischio, la fiducia e la verità. Un discorso più esplicito e orientato ai valori sulle motivazioni dei rimedi extracontrattuali non solo favorisce la deliberazione democratica sulla natura dei nostri obblighi reciproci, ma ha anche un potente potenziale per la trasmissione di messaggi sociali più sfumati e arricchiti»³⁵. È chiaro che non si tratta di una tendenza isolata, ma si

³² S. HERSHOVITZ, *Treating Wrongs as Wrongs: An Expressive Argument for Tort Law*, in *Jour. of Tort Law*, 2017, p. 405.

³³ N. ROSENVALD, *Nominal Damages: indenização sem dano por violação de direitos fundamentais*, presso <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/342947/indenizacao-sem-dano-por-violacao-de-direitos-fundamentais>, 5 aprile 2021.

³⁴ T. A. EATON, & M. L. WELLS, *Attorney's Fees, Nominal Damages, and Section 1983 Litigation*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2015, p. 829.

³⁵ M. G. MARTINEZ ALLES, *Tort Remedies as Meaningful Responses to Wrongdoing. Civil Wrongs and Justice in Private Law*, 2018, presso https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273090.

inserisce in un quadro nel quale «il diritto diviene l'ultima morale condivisa di una società che non ne ha più»³⁶: «è la norma comune in assenza di costumi comuni»³⁷.

Non è un passaggio privo di conseguenze. È necessario chiedersi, innanzitutto, se la responsabilità civile rappresenti lo strumento opportuno per la protezione dei diritti fondamentali, anche in assenza di un danno effettivo, o se, invece, in questo modo modifichi irrimediabilmente la sua struttura. E la riflessione potrebbe essere estesa alle ipotesi nelle quali la giurisprudenza «crea» il pregiudizio con finalità simboliche, morali o punitive. Si allontana così dal paradigma compensativo per affidare al risarcimento il compito di affermare di fronte alla collettività la gravità della condotta o del bene violato. Ma in tali ipotesi è necessario anche individuare il limite di tale funzione: fin dove può essere spinto l'illecito?

Appare, inoltre, fondamentale verificare la relazione tra questa funzione e le altre tradizionali: è, infatti, prospettabile una connessione con quelle punitiva o redistributiva. In tali fattispecie, infatti, il risarcimento rappresenta e comunica qualcosa in più della semplice necessità di riparare un torto.

Soprattutto, la funzione simbolica/espressiva si accompagna inevitabilmente ad una maggior importanza della giurisprudenza come policymaker. Nell'ipotesi dei danni nominali, la problematicità è temperata dalla loro natura irrisoria che non lascia spazio alla discrezionalità del giudice nel quantificarli in base alla sua percezione soggettiva della gravità della lesione o del comportamento. Quando, invece, sfuma nella sanzione o nella deterrenza si manifesta il pericolo di decisioni arbitrarie o prive di accountability.

Esempi si rivengono nelle sentenze che «inventano» danni morali nelle class action senza il rispetto delle regole tradizionali³⁸. Anche la decisione olandese che ha imposto a tutte le società del gruppo Shell di ridurre le emissioni di Co2 del 45 per cento entro il 2030 ha sicuramente anche il fine simbolico di mostrare l'importanza della tutela ambientale nella realtà attuale, ma mostra le

³⁶ P. RICOEUR, *Préface, cit.*, p. 11.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Si veda la decisione *Dieselgate*, Trib. Venezia 7 luglio 2021.

criticità di questi approcci³⁹. Mentre il potere politico riesce o dovrebbe riuscire a bilanciare i diversi interessi, la sentenza è un «all or nothing», che non tiene conto di altre valide istanze. Soprattutto le Corti non hanno la legittimità per prendere decisioni di policy che impattano in tal modo sulla collettività.

3 OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi dimostra come i danni nominali, espressione della funzione simbolica della responsabilità civile, non possano essere considerati un'ipotesi isolata tipica del common law. Ciò non solo per l'influenza che questa famiglia giuridica esercita a livello globale e che potrebbe determinare una loro circolazione, ma anche perché rappresentano una visione dell'illecito che forse inconsciamente è già presente anche in Italia⁴⁰. Come giustamente osserva Renato Scognamiglio, «l'istituto della responsabilità civile, più d'ogni altro permeato dalle esperienze ed esigenze storiche, subisce nei suoi diversi aspetti una costante evoluzione»⁴¹. Non sarebbe, dunque, possibile e neppure corretto auspicare il ritorno ad un momento nel quale l'illecito era unicamente finalizzato alla compensazione. In una realtà complessa, tecnologica, frammentata, il compito dell'interprete non può, però, limitarsi ad una sua mera descrizione. Appare, invece, quanto mai necessario lo sforzo di (ri)costruzione del sistema ed in questo la lezione di Renato Scognamiglio è imprescindibile per la capacità di bilanciare realismo e dogmatica con l'attenzione alla persona e ai suoi valori. Nella definizione e sviluppo della categoria del danno non patrimoniale il Maestro coglie le nuove esigenze che si stanno affermando nella prassi, ma le inquadra nel diritto positivo. Rifugge, infatti, tanto da una espansione incontrollata della responsabilità civile che sarebbe contraria al dato normativo, quanto da un rigido ancoraggio al passato che determinerebbe l'inadeguatezza dell'istituto a fronteggiare i nuovi problemi: il sistema e la realtà guidano la sua riflessione. Di fronte alle moderne funzioni dell'illecito e alle categorie di danni che potrebbero emergere, si può estendere la riflessione che Renato Scognamiglio aveva svolto sulla complessità del risarcimento non

³⁹ *Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell* cit. Cfr. C. V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation Through Litigation?*, in *Dir. e proc.*, 2020, p. 361 ss. Peraltro la decisione è soprattutto simbolica: essendo stata colpita una sola impresa non può avere risultati concreti.

⁴⁰ In alcune decisioni sono stati accolti anche dalla Corte Edu. Cfr. V. WILCOX, *Punitive and Nominal Damages*, in *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 725.

⁴¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 282.

patrimoniale, «problema particolarmente arduo, ove si consideri il carattere anomalo dell'istituto nell'ambito della teoria del danno e di notevole impegno per gli interrogativi di più vasto interesse che fatalmente alimenta»⁴²: non dunque un loro rifiuto, ma un accoglimento e adattamento, nei limiti del sistema, attraverso un approccio dogmatico, rigoroso, coerente. Un diritto che aspira ad essere moderno non può che fondarsi su basi antiche.

Submissão em: 13.09.2022

Avaliado em: 15.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 20.09.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 21.09.2022

⁴² R. SCOGNAMIGLIO, Il danno morale, *cit.*, p. 278.