



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXII

LE PENE PRIVATE

IUS/01

Presentata da:	Valentina Pani
Coordinatore Dottorato	Prof. Gianmario Demuro
Tutor	Prof. Cristiano Cicero

Esame finale anno accademico 2018 – 2019

ABSTRACT

La tesi di dottorato è diretta ad indagare le pene private ed, in particolare, i danni punitivi.

Queste tematiche, in passato poco apprezzate dalla dottrina civilistica italiana, rappresentano attualmente un fertile terreno di indagine e costituiscono il punto di partenza per una rilettura in chiave evolutiva del sistema della responsabilità civile nel nostro ordinamento.

Nella prima parte dell'elaborato si svolgono alcune riflessioni di ampio respiro relative alla sanzione giuridica nella teoria generale del diritto, per poi procedere con una panoramica dell'apparato rimediabile previsto nei vari settori dell'ordinamento. Sulla base di tali premesse, si procede con una descrizione degli strumenti di tutela civilistici tra i quali emerge la figura della pena privata.

Al fine di comprendere la rilevanza che la sanzione con funzione afflittiva assume nel sistema privatistico è necessario prendere le mosse da un'analisi del tessuto normativo vigente. In questa direzione, il secondo capitolo di questo lavoro è dedicato all'approfondimento, soprattutto sotto il profilo funzionale, di molteplici istituti giuridici – previsti nel codice civile, nel codice di procedura civile e nella legislazione speciale - che si caratterizzano per perseguire una finalità, almeno parzialmente, punitiva.

A partire dal terzo capitolo del presente lavoro si richiama l'attenzione su una peculiare specie di pena privata: i danni punitivi. In relazione a tale tematica vi sono molteplici questioni problematiche, oggetto di un ampio dibattito dottrinale e contrasto giurisprudenziale; in particolare, ci si sofferma sulla possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* e sulla diretta applicabilità degli stessi da parte del giudice italiano. L'obiettivo che ci si prefigge è quello di teorizzare un arricchimento dell'apparato rimediabile civilistico attraverso l'importazione dei danni punitivi in Italia, nel rispetto dei principi che governano il nostro ordinamento.

Dal punto di vista metodologico, si è svolta l'indagine sui danni punitivi attraverso la comparazione tra i vari sistemi giuridici. Pertanto, l'ultimo capitolo dell'elaborato è dedicato ai *punitive damages* inglesi e statunitensi, proprio perché nei Paesi di *common*

law ha avuto origine e si è sviluppato questo istituto giuridico. Si prosegue con lo studio del risarcimento punitivo negli altri ordinamenti stranieri e, con particolare riguardo ad alcuni Paesi di *civil law*, si noterà che negli ultimi tempi ci sono state alcune significative aperture che invitano ad una più approfondita riflessione.

This PhD dissertation is aimed at investigating private penalties and, in particular, punitive damages.

These issues, in the past very rarely analyzed by Italian private law scholars in the past, currently represent a field ripe for investigation and constitute the starting point for an evolutionary reinterpretation of the civil liability scheme in our legal system.

The first part of the dissertation analyses the concept of legal sanction in a philosophic perspective, and then proceeds with an overview of the remedies provided in the various branches of the Italian legal system. On the basis of these premises, the dissertation proceeds with a description of the instruments and remedies used in private law, among which the concept of private penalty emerges.

In order to understand the importance that the sanction with a punitive function assumes in the private law world, it is necessary to start from an analysis of the current regulatory framework. In this direction, the second chapter of this work is dedicated to the deepening, in particular from a functional point of view, of multiple legal concepts - included in the civil code, in the code of civil procedure and in special legislation - which are characterized by pursuing a purpose, at least partially, punitive.

Starting from the third chapter, attention is drawn to a particular kind of private penalty: punitive damages. In relation to this issue, there are many aspects that appear problematic, and that indeed have been the subject of broad doctrinal debate and jurisprudential conflict; in particular, with focus on the possibility of enforcing foreign sentences imposing punitive damages and on the direct applicability of the same by the Italian judge. The goal of this work is to theorize an enrichment of the civil remedy by envisioning the potential import of punitive damages into the Italian legal system, in compliance with the principles that govern it.

From a methodological point of view, the investigation into punitive damages was carried out by comparing various legal systems. Therefore, the last chapter of the paper is dedicated to punitive damages applied by the courts of the United Kingdom and the United States, in particular because it was in these common law countries that the legal institution of punitive damages was originated and developed. The dissertation concludes the study of punitive damages in other foreign legal systems and, with particular regard to some countries adopting a civil law system, noting that in recent times there have been some significant openings that invite a deeper reflection.

LE PENE PRIVATE

Indice

Introduzione.....p. 5

CAPITOLO I

Le pene private: profili generali e storici

1. La sanzione giuridica nella teoria generale del diritto e l'apparato rimediale penale, civile e amministrativo.....p. 10
 - 1.1. La depenalizzazione.....p. 16
2. Gli strumenti di tutela civilistici.....p. 18
 - 2.1. Le pene private. Classificazioni e ricostruzioni sistematiche.....p. 19
3. Le origini delle pene private.....p. 23
 - 3.1. La *stipulatio poenae* nel diritto romano.....p. 24
 - 3.2. La pena privata *ex maleficio* nel diritto romano.....p. 25

CAPITOLO II

Pene private e altri rimedi con funzione punitiva previsti nell'ordinamento giuridico italiano

1. La clausola penale.....p. 30

2. La clausola di ritenzione delle rate <i>ex art.</i> 1526 c.c.	p. 38
3. Gli interessi moratori.....	p. 40
4. Le sanzioni endoassociative.....	p. 43
5. Il diritto di famiglia.....	p. 49
6. La riparazione pecuniaria prevista nel caso di diffamazione a mezzo stampa.....	p. 53
7. L'art. 96, comma 3, c.p.c. e l'abuso del processo.....	p. 54
8. La retroversione degli utili.....	p. 58
9. Misure coercitive indirette.....	p. 63
10. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.....	p. 67
11. Le sanzioni pecuniarie civili (D. Lgs. 7/2016).....	p. 71

CAPITOLO III

La responsabilità civile e i danni punitivi nell'ordinamento italiano

1. Un'introduzione sulla responsabilità civile nell'ordinamento italiano.....	p. 76
2. Le funzioni della responsabilità civile.....	p. 83
3. Il danno non patrimoniale.....	p. 90

3.1.	Il danno tanatologico.....	p. 97
4.	I danni punitivi.....	p. 99
4.1.	La delibazione di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.....	p. 104
4.2.	La diretta applicazione dei danni punitivi da parte del giudice italiano.....	p. 110
4.3.	I principi giuridici che fondano e limitano i danni punitivi.....	p. 113
4.4.	I danni punitivi per tutelare la lesione di diritti costituzionalmente garantiti.....	p. 117

CAPITOLO IV

I punitive damages: i Paesi di common law e di civil law a confronto

1.	<i>I punitive damages</i> negli Stati Uniti d'America.....	p. 121
1.1.	Le funzioni della <i>law of tors</i>	p. 124
1.2.	La giuria.....	p. 125
1.3.	<i>Punitive damages</i> e <i>compensatory damages</i>	p. 126
1.4.	Criteri di imputazione soggettiva, la condotta e la posizione dell'autore dell'illecito.....	p. 127
1.5.	Vincoli costituzionali e primi interventi della <i>Supreme Court</i>	p. 129
1.6.	<i>BMW of North America v. Gore</i> e <i>State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell</i>	p. 134
1.7.	<i>Product Liability</i> e <i>mass torts litigation</i>	p. 137
1.8.	Assicurabilità dei <i>punitive damages</i>	p. 142
1.9.	Il danno da <i>breach of contract</i>	p. 144
2.	Gli <i>exemplary damages</i> inglesi. Le origini.....	p. 146

2.1.	Le tre categorie (<i>category test</i>).....	p. 147
2.2.	Gli <i>aggravated damages</i>	p. 150
2.3.	Evoluzione successiva al caso <i>Rookes v. Barnard</i> del 1964.....	p. 151
2.4.	Lo stato attuale del diritto inglese.....	p. 153
3.	I danni punitivi nei Paesi di <i>civil law</i>	p. 157
3.1.	Francia.....	p. 159
3.1.1.	La nuova riforma della responsabilità civile in Francia.....	p. 161
3.1.2.	Le <i>astreintes</i> francesi.....	p. 163
3.2.	Germania.....	p. 164
3.3.	Spagna.....	p. 168
4.	I danni punitivi nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria.....	p. 169
4.1.	Direttiva 2006/54/CE e discriminazione.....	p. 169
4.2.	Direttiva UE 104/2014 e danno <i>antitrust</i>	p. 171
5.	I <i>punitive damages</i> nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.....	p. 173

Conclusioni.....p. 176

Riferimenti bibliografici.....p. 187

LE PENE PRIVATE

Introduzione

Il presente lavoro è il risultato di un'attività di ricerca triennale avente ad oggetto le pene private e, in particolare, i danni punitivi.

In passato tale tematica non solo suscitava scarso interesse nei giuristi italiani ma persino un'avversione; ciò in quanto si riteneva che il concetto stesso di “pena” non fosse compatibile con il diritto privato. A partire dagli anni ottanta, invece, c'è stata un'inversione di tendenza, il tema ha attirato l'attenzione di gran parte della dottrina civilistica italiana ed è stato rivalutato positivamente. Attualmente, rappresenta un fertile terreno d'indagine sia per la diffusa presenza nel nostro ordinamento di figure sanzionatorie ascrivibili alla categoria delle pene private, sia per una recente ma chiara apertura da parte della giurisprudenza a riconoscere risarcimenti ultracompensativi.

Il primo capitolo della trattazione sarà dedicato ai profili generali svolgendo alcune riflessioni di ampio respiro attinenti alla teoria generale del diritto, con particolare riguardo alla “sanzione giuridica” e alla sua applicazione nei vari settori dell'ordinamento. In seguito, si procederà con un'analisi storica delle pene private a partire dalla loro applicazione nel diritto romano, al fine di comprendere dove abbiano avuto origine e come siano state disciplinate nel corso del tempo.

Analizzati così i profili più generali, si terrà conto del fatto che, nonostante parte della dottrina guardi con perplessità la figura della pena privata, sia innegabile che nel tessuto normativo italiano ci siano molteplici istituti giuridici che parrebbero avere una finalità, esclusivamente o parzialmente, punitiva. Pertanto, il secondo capitolo di questo elaborato sarà dedicato alle varie figure giuridiche previste nel nostro ordinamento – presenti nel codice civile, nel codice di procedura civile e nella legislazione speciale – riconducibili a un'idea di pena privata. Tuttavia, data la numerosità delle stesse, si analizzeranno solo le più interessanti dal punto di vista ermeneutico e applicativo al fine di comprendere come vengano disciplinate e quali siano le problematiche ad esse connesse.

Circa metà del presente studio sarà dedicata ad una peculiare specie di pena privata: i danni punitivi. Con questa espressione ci si riferisce a risarcimenti ultracompensativi dovuti dal danneggiante nei confronti del danneggiato e finalizzati alla punizione di condotte illecite caratterizzate da una particolare gravità. Importanti interventi della giurisprudenza di legittimità hanno risvegliato nel civilista l'interesse per i danni punitivi, dando così spazio ad una riflessione che concerne l'introduzione di questo istituto giuridico nell'ordinamento italiano.

In questa prospettiva, il terzo capitolo si focalizzerà sul sistema di responsabilità civile e le sue funzioni. Verranno esaminate le questioni affrontate di recente dalle Sezioni Unite¹, quali la possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* e la diretta applicabilità dei danni punitivi da parte del giudice italiano.

Con riferimento alla prima questione di natura internazionalprivatistica, la Corte di cassazione nel 2017 ha affermato la compatibilità di questo istituto giuridico con il nostro ordinamento, ammettendo la possibilità di riconoscere una sentenza straniera comminatoria di *punitive damages*. La delibazione potrebbe avvenire purché si rispettino determinate condizioni. In via di mera sintesi, e con riserva di una più compiuta trattazione, si anticipa che il giudice dovrebbe analizzare il caso concreto e valutare se la sentenza sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi. Il capovolgimento del precedente e consolidato orientamento si è basato su una rilettura della clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico, coincidente ormai con i principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento – inteso in senso transnazionale – in un determinato momento storico. Questa nuova interpretazione, formulata in linea con il fenomeno della globalizzazione del diritto, ha permesso l'ingresso (seppur limitato al caso concreto) dell'istituto dei *punitive damages*.

La seconda problematica analizzata dal Supremo Consesso, concernente la diretta applicabilità dei danni punitivi in Italia, risulta essere più complessa. È stata riconosciuta la polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento: quest'ultima non sarebbe diretta solo a restaurare la sfera patrimoniale del soggetto

¹ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601.

che ha subito la lesione poiché sarebbero interne al sistema anche la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria. Tuttavia, affermare la presenza di molteplici finalità interne al sistema non significa introdurre l'istituto dei danni punitivi in via generale nel nostro ordinamento. Anche dopo questa statuizione, un giudice italiano non potrebbe liquidare discrezionalmente danni punitivi nelle cause nazionali, poiché questi ultimi, per poter esser irrogati, devono necessariamente essere previsti da una fonte normativa.

La riflessione avrà ad oggetto le problematiche che emergono con riferimento all'introduzione nel nostro ordinamento di rimedi risarcitori ultracompensativi. Dal punto di vista metodologico, l'indagine sui danni punitivi deve essere comparatistica e, pertanto, non si può prescindere da uno studio sull'operatività di tale tipologia di danni negli altri Paesi.

A tal fine, l'ultimo capitolo della trattazione sarà dedicato all'analisi di comparazione tra i diversi sistemi giuridici. Sempre più di frequente la circolazione delle regole giuridiche sta permettendo un'evoluzione del diritto caratterizzata dall'importazione di prodotti giuridici nuovi; la riflessione comparatistica è essenziale ma, considerata la diversità tra gli ordinamenti, occorre valutare con prudenza eventuali adozioni di istituti giuridici stranieri.

La prima parte di tale specifica analisi sarà dedicata ai *punitive damages* inglesi e statunitensi, poiché proprio nei Paesi di *common law* ha avuto origine e si è sviluppato questo istituto giuridico. I *punitive* o *exemplary damages* sono le somme di denaro ulteriori rispetto a quelle necessarie per compensare il danno (*compensatory damages*), dovute dal danneggiante nei confronti del danneggiato, al fine di punire condotte illecite caratterizzate da una particolare gravità. Questo istituto viene applicato prevalentemente nell'ambito della *law of torts* quando l'autore di un illecito agisce con *malice* (elemento soggettivo simile al dolo) o con *gross negligence* (equivalente alla colpa grave).

Si proseguirà poi con lo studio dei *punitive damages* negli altri ordinamenti giuridici stranieri. Con particolare riguardo ai Paesi di *civil law*, si noterà che, sebbene non sia un istituto espressamente riconosciuto, negli ultimi tempi ci sono state alcune significative aperture nei confronti del risarcimento punitivo che invitano ad una approfondita riflessione. Da ultimo, l'indagine si sposterà verso la

normativa e la giurisprudenza europea sul tema; in particolare, verranno analizzate le posizioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il presente studio è volto ad analizzare le pene private previste nel nostro ordinamento e ad individuare gli aspetti positivi e negativi dell'istituto dei danni punitivi. La riflessione sarà finalizzata alla teorizzazione di un'applicazione in Italia che possa valorizzare i primi e limitare i secondi. A tal fine, il ragionamento si baserà certamente sui caratteri dei *punitive damages* statunitensi, ma occorrerà tenere in considerazione con prudenza la diversità tra i sistemi giuridici. In buona sostanza, l'eterogeneità di principi, di norme e di funzionamento tra i sistemi di *common law* ed il nostro non consentono l'importazione in Italia di istituti giuridici anglosassoni senza le opportune cautele, in quanto le regole sostanziali e quelle processuali sono differenti e spesso incompatibili (si pensi ai poteri della giuria o al ruolo del *private attorney general* nei processi civili statunitensi). In questa prospettiva, si può operare un adattamento dell'istituto al nostro sistema giuridico avendo prioritariamente riguardo ai principi che lo governano e sarà necessaria una disciplina legislativa che cristallizzi le regole, in modo tale da salvaguardare la certezza del diritto. Ed invero occorre chiedersi anche quali garanzie del diritto penale si debbano applicare quando si introducono istituti che perseguono finalità punitive.

Il che impone immediatamente una specifica e importante precisazione: si dissente da quanti propongono che una gestione dei risarcimenti sovracompensativi possa essere affidata esclusivamente alla giurisprudenza. I giudici non potrebbero discrezionalmente determinare l'ammontare del risarcimento in relazione al caso concreto poiché, l'attribuzione di tali poteri, rischierebbe di determinare forti disparità tra le sentenze con conseguente imprevedibilità delle decisioni, sproporzionalità delle condanne e generale incertezza nel settore della responsabilità civile. Il ruolo della giuria e la funzione creativa del giudice nei sistemi di *common law* non possono essere considerati dei modelli in un sistema come il nostro.

Non è irragionevole valutare un'eventuale introduzione controllata di ulteriori risarcimenti ultracompensativi da parte del legislatore, anche se non in via generale, almeno tramite ulteriori fattispecie specifiche. Laddove si ravvisi che il risarcimento compensativo non possa essere sufficiente o adeguato per ottenere una effettiva

tutela dei diritti e delle altre situazioni giuridiche, non vi dovrebbero essere ostacoli a un'elevazione del *quantum* risarcitorio autorizzata con lo strumento legislativo.

In quest'ordine d'idee, il tema del presente studio è fortemente connesso con l'evoluzione del diritto e la comparazione tra i diversi ordinamenti, che sempre più di frequente sta conducendo all'importazione di prodotti giuridici nuovi grazie alla globalizzazione del diritto e alla circolazione delle regole giuridiche.

CAPITOLO I

Le pene private: profili generali e storici

1. La sanzione giuridica nella teoria generale del diritto e l'apparato rimediale penale, civile e amministrativo

Lo studio delle pene private, seppur focalizzato principalmente sul sistema civilistico, è strettamente connesso con tutti i settori giuridici. Considerata tale interdisciplinarietà, occorre premettere alcune riflessioni nell'ambito della teoria generale del diritto.

L'ordinamento giuridico è costituito da norme che devono essere rispettate dai soggetti nei cui confronti sono previste e, nell'ipotesi di violazione delle stesse, sono disciplinati strumenti di reazione al fine di ristabilire l'ordine violato. Secondo una comune definizione, la sanzione giuridicamente vincolante sarebbe dunque la conseguenza sfavorevole² prevista dall'ordinamento per l'inosservanza di un precetto giuridico.

La pena privata si colloca all'interno dell'ampia categoria delle sanzioni giuridiche³ e, pertanto, si ritiene opportuno prendere le mosse da tale nozione per iniziare questa indagine. Non essendo possibile approfondire tutte le molteplici teorie che sono state sostenute sul tema dai vari studiosi del diritto⁴, ci si propone di analizzare i profili maggiormente connessi con la tematica oggetto del presente lavoro.

² È controverso se possano essere ricomprese nel *genus* delle "sanzioni" anche le conseguenze positive, finalizzate a premiare o incoraggiare un determinato soggetto. Nonostante vengano qualificate come tali da parte della dottrina, essendo estranee alla tematica delle pene private, non saranno prese in considerazione nella presente indagine.

³ In tema di sanzione giuridica si vedano GAVAZZI G., voce *Sanzione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma; D'AGOSTINO F., «*Sanzione*», in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 322.

⁴ È nota l'importanza che la sanzione ha assunto nelle teorie imperativistiche e sanzionistiche. Si ricorda la teoria formulata da John Austin, secondo la quale il diritto sarebbe un comando accompagnato ed inscindibilmente connesso con la sanzione. Ancora, la teoria kelseniana sulla norma giuridica quale proposizione ipotetica (se è A deve essere B, dove A rappresenta l'illecito mentre B la sanzione).

Autorevole dottrina affermava che il significato del concetto di sanzione giuridica si ricavasse rispondendo alla domanda «a che cosa serve?»⁵. Prendendo le mosse dal quesito proposto, si vuole soffermare l'attenzione sul profilo funzionale della questione al fine di comprendere quale sia lo scopo perseguito dal legislatore nel momento in cui prevede una sanzione.

In via generale si può affermare che i principali obiettivi perseguibili siano la prevenzione, la riparazione e la punizione. Ad una singola sanzione non corrisponde necessariamente una sola funzione e, infatti, spesso accade che uno stesso rimedio persegua molteplici finalità. Si pensi alla funzione preventiva, la quale sembra esser propria – in misura più o meno incisiva ed in aggiunta a quella principale – di qualsiasi sanzione.

Sotto questo profilo, si può operare una prima classificazione distinguendo le sanzioni giuridiche riparatorie da quelle punitive⁶: ci si propone di focalizzare l'attenzione su queste ultime in quanto le pene private sono parte di questo più ampio *genus*.

Occorre innanzitutto fornire una definizione generale: la sanzione punitiva, come intuibile dalla denominazione, è una reazione dell'ordinamento giuridico in seguito alla violazione di una norma giuridica che prevede un divieto, mediante la quale si verifica la diminuzione o privazione di un bene personale.

Nonostante vi sia la tendenza ad accostare la “pena” al diritto penale, l'ordinamento giuridico nel suo complesso prevede sanzioni punitive in qualsiasi ambito. Si vuole dunque effettuare un raffronto delle sanzioni penali con quelle amministrative e civili, al fine di comprendere quali siano le caratteristiche comuni e come possano distinguersi le une dalle altre. A tal proposito, è stato correttamente affermato che i confini tra le concrete forme di tutela previste nei vari settori giuridici appaiono mobili⁷, in quanto non esiste una netta divisione tra le stesse.

⁵ L'interrogativo viene posto da BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 325 ss.; in argomento anche BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009.

⁶ BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 309 ss., inquadra il binomio retribuzione-punizione nella categoria delle misure sanzionatorie c.d. successive.

⁷ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 7 ss.

La sanzione penale⁸, detta più semplicemente pena criminale, è la forma tipica di tutela dell'interesse pubblico e si caratterizza per esser finalizzata all'afflizione e all'emenda⁹. Ai reati si reagisce con l'applicazione di una pena – “*nullum crimen sine poena*” – e, come è noto, il codice penale distingue le pene in principali ed accessorie. Le prime possono essere detentive o pecuniarie¹⁰: per i delitti sono previsti l'ergastolo, la reclusione e la multa mentre per le contravvenzioni l'arresto o l'ammenda.

La funzione della pena è sempre stata studiata dai giuristi di tutti i tempi ed è stata oggetto di un ampio dibattito. Si possono genericamente distinguere almeno tre finalità della sanzione penale: la repressione, la prevenzione generale e la prevenzione speciale.

In primo luogo, la principale funzione della pena criminale è quella afflittiva: la pena è diretta a infliggere una sofferenza, punire il condannato e ristabilire la giustizia. La seconda finalità è quella della prevenzione generale: con lo strumento della pena si vuole realizzare la deterrenza e, dunque, prevenire la commissione di illeciti attraverso la dissuasione della generalità di individui dal violare le norme penali. Da ultimo, vi è la funzione della prevenzione speciale, secondo la quale attraverso la pena si vorrebbe eliminare o diminuire le probabilità che il destinatario della stessa possa ricommettere altri reati.

Nella Costituzione sono previsti diversi principi in materia di pena: in primo luogo il principio di legalità (art. 25, comma 1) secondo il quale nessuno può esser punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso; il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27), secondo cui l'entità della pena deve esser sempre proporzionata alla colpevolezza dell'autore dell'illecito; ancora, l'art. 27 sancisce il divieto di infliggere pene contrarie al senso di umanità e prevede che le pene debbano assolvere alla funzione di rieducare il condannato.

⁸ In argomento NUVOLONE P., voce *Diritto – Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, 787 ss.; PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 56 ss.; DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, vol. 2, 1970, 28 ss.

⁹ PAGLIARO A., voce *Sanzione II) Sanzione penale*, in *Enc. giur.*, Roma.

¹⁰ Per un'interessante indagine storico-comparatistica sulle pene pecuniarie si veda GOISIS L., *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 novembre 2017, la quale dimostra come la pena pecuniaria rappresenti nel nostro Paese una «pena largamente ineffettiva».

Le sanzioni punitive sono previste anche nel diritto amministrativo; queste ultime non sono l'unica forma di sanzione prevista in tale ambito poiché a quelle afflittive (pecuniarie ed interdittive) si affiancano quelle ripristinatorie.

La sanzione amministrativa invero costituisce una categoria dai confini più incerti, tanto che in passato si negava la sua esistenza autonoma. Essa consegue alla violazione di una norma giuridica che protegge un interesse pubblico; la sanzione viene irrogata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e viene inflitta attraverso un provvedimento amministrativo. La nostra legislazione vigente non fornisce una definizione normativa di sanzione amministrativa ma i principi generali ed il loro regime giuridico sono contenuti nella legge 689/1981 (i principi sono derivati da quelli previsti in generale per le sanzioni punitive, cioè il principio di legalità, di irretroattività e il divieto di applicazione analogica).

L'individuazione del *discrimen* tra sanzione penale e sanzione amministrativa spesso è stata problematica¹¹; a tal riguardo, si ricordano i problemi di inquadramento giuridico rispetto alle misure di sicurezza¹² ovvero alle sanzioni previste per gli illeciti depenalizzati.

Ancora, si pensi agli amplissimi dibattiti sollevati negli ultimi anni in relazione alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti; spesso sono state coinvolte anche le Corti europee¹³ per accertare violazioni di fondamentali principi giuridici quali ad esempio il *ne bis in idem*, nell'ipotesi in cui un medesimo fatto costituisca sia il presupposto di una sanzione penale sia di una amministrativa.

Riconosciuta pacificamente l'esistenza della sanzione punitiva nel diritto penale e amministrativo, occorre dare atto di un annoso dibattito dottrinale riguardante il sistema rimediabile civilistico. In tale settore dell'ordinamento, soprattutto in passato,

¹¹ CANNADA – BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, 1970, 118, secondo cui «la sanzione amministrativa ed il relativo illecito, si definiscono, pertanto, rispetto alle corrispondenti figure penalistiche in termini negativi in quanto la pena amministrativa, non si collega ad un (illecito che sia qualificato) reato»; si veda anche il contributo di SANDULLI M. A., voce *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992.

¹² Come è noto, per quanto concerne la natura giuridica delle misure di sicurezza, definite dal codice penale "misure amministrative di sicurezza", in passato venivano considerate provvedimenti amministrativi ed erano escluse dall'area penale. L'originaria concezione è stata superata e oggi viene riconosciuta la natura penale delle stesse.

¹³ Ad esempio, si veda la celebre sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, commentata nelle più importanti riviste giuridiche, Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ricorso n. 18640/10.

alcuni studiosi del diritto negavano la presenza di strumenti sanzionatori finalizzati alla punizione ritenendo che il concetto stesso di “pena” fosse incompatibile con il diritto privato.

Secondo una definizione generale la sanzione civile è uno strumento di reazione nei confronti di violazioni di norme giuridiche poste a tutela di interessi privati. Il risarcimento del danno è la sanzione civile per eccellenza, la quale viene prevista come reazione all’inadempimento delle obbligazioni o alla commissione di fatti illeciti. Questo istituto giuridico è prevalentemente finalizzato al ripristino della situazione giuridica anteriore al verificarsi della violazione e alla reintegrazione della sfera patrimoniale del danneggiato.

Sebbene sia innegabile che il sistema italiano della responsabilità civile svolga una funzione principalmente compensativa, è però altrettanto vero che, come si approfondirà successivamente, anche la sanzione civile possa perseguire finalità punitive. Questa affermazione è dimostrata dalla presenza nel nostro ordinamento di numerosi istituti civilistici caratterizzati da una funzione afflittiva e deterrente e, ulteriormente, dalla tendenza del legislatore di introdurre sempre un maggior numero.

Ne consegue che nell’ampio sistema rimediale civilistico si possano distinguere le sanzioni restitutorie – all’interno della cui categoria rientrano le sanzioni risarcitorie – e quelle punitive. Le prime sono finalizzate al ripristino della situazione esistente prima del compimento dell’illecito mentre le seconde determinano delle conseguenze sfavorevoli in capo al trasgressore di una norma, con finalità di afflizione.

Svolte queste doverose premesse, si vuole ora confrontare la sanzione punitiva civile con le altre sanzioni previste nell’ordinamento al fine di comprendere quali siano i punti di contatto e quali le differenze. Come evidenziato in precedenza, occorre considerare che non si possono tracciare delle linee nette di separazione tra i diversi settori giuridici poiché spesso le sanzioni hanno delle caratteristiche comuni che non consentono di distinguerle precisamente. Si ritiene pertanto che il quadro sanzionatorio previsto nell’ordinamento sia da analizzare in maniera unitaria¹⁴.

¹⁴ Tra gli autori che suggeriscono un superamento della tradizionale concezione che separa il diritto penale da quello civile si veda TROISI B., *Pene private e stato di necessità*, in *Studi economici-giuridici dell’Università di Cagliari*, LIII, 1989-1999, 421 ss., il quale ha studiato la rilevanza extrapenale della causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

Sono stati vani i tentativi dottrinali di classificare le sanzioni poiché i confini delle categorie sono mobili e mutevoli rapidamente nel corso del tempo. Ricorda autorevole dottrina¹⁵ come «prima della codificazione quel che noi oggi chiamiamo diritto penale era abitualmente ricompreso in trattazioni sul diritto civile». Si pensi ancora a quando il danno non patrimoniale veniva risarcito solo in ipotesi di reato e veniva da alcuni considerato una vera e propria sanzione penale¹⁶. Ed invero proprio l'art. 185 c.p. si pone come «un ponte tra sistema penale e sistema civile colorando una misura (il risarcimento) tipicamente rientrante in quest'ultimo di connotazioni sanzionatorie proprie del primo¹⁷».

Si ritiene che il principale elemento che permette di distinguere la sanzione penale da tutte le altre sia la situazione giuridica su cui incide poiché, a differenza delle altre sanzioni civili, solo la pena criminale consente di colpire diritti indisponibili quali, in primo luogo, la libertà personale¹⁸.

Al fine di differenziare la sanzione civile dalle altre si può argomentare poi ragionando sul termine “civile” che indica come questo strumento, contrariamente agli altri, sia previsto a tutela degli interessi privati. Invero una delle caratteristiche principali della sanzione punitiva civilistica è data dalla sua applicazione rimessa alla libera scelta di un soggetto privato. A differenza delle sanzioni penali e amministrative, che potremmo definire obbligatorie¹⁹, il legislatore ha previsto che la irrogabilità della sanzione civile da parte del privato – o, su iniziativa di quest'ultimo, da parte dell'autorità giudiziaria – discenda dall'attivazione della volontà del singolo. Un'ulteriore peculiarità è costituita dal destinatario della sanzione civile che, nella maggior parte dei casi, è un soggetto privato (di regola colui che ha subito un danno) e non l'Erario.

¹⁵ ZENO-ZENCOVICH V., voce «*Sanzioni civili conseguenti al reato*», in *Digesto disc. pen.*, XIII, Torino, 1997.

¹⁶ Il pensiero è di PAGLIARO A., voce *Sanzione, II) Sanzione penale*, cit. In tema di danno civile da reato si veda FALZEA M. G., voce *Danno, IV) Risarcimento del danno civile nascente da reato*, in *Enc. giur.*, vol. X.

¹⁷ ZENO-ZENCOVICH V., voce «*Sanzioni civili conseguenti al reato*», cit.

¹⁸ ZENO-ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12, secondo il quale «si può constatare come in genere le situazioni soggettive disponibili sono incise da sanzioni sia penali che civili che amministrative; in particolare, ma non solo, i diritti patrimoniali; mentre solo le sanzioni penali colpiscono situazioni soggettive indisponibili, ricollegabili a diritti fondamentali. La sanzione penale, e solo la sanzione penale, può dunque privare l'individuo di taluni suoi diritti, primo tra tutti quello alla libertà personale, seguito da altri cosiddetti diritti soggettivi pubblici».

¹⁹ Salvi casi particolari quali ad esempio i reati procedibili a querela di parte.

Questione dibattuta riguarda l'applicazione dei limiti e principi costituzionali. Più precisamente, ci si chiede se la funzione punitiva di una sanzione civile determini in ogni caso l'applicazione dei principi costituzionali in materia di pena criminale. Ci si riferisce in particolare al principio di legalità (art. 25, comma 2) e all'art. 27, comma 2, della Costituzione. Con riserva di approfondimenti successivi, si anticipa che l'applicazione di tali garanzie anche in ambito privatistico è fortemente contrastata: queste ultime sarebbero principalmente finalizzate a garantire la libertà personale colpita dalla sanzione penale e, pertanto, dovrebbero essere soggette a «un'utilizzazione particolarmente oculata e circoscritta da parte dell'ordinamento²⁰».

1.1. La depenalizzazione

Nell'ambito dell'ampia categoria delle sanzioni punitive assume particolare rilevanza l'istituto della depenalizzazione che, secondo una comune definizione, costituisce un fenomeno successorio diretto alla trasformazione di un illecito penale in un illecito amministrativo.

L'intervento legislativo diretto a riqualificare un fatto che in precedenza costituiva reato è collegato a ragioni di politica del diritto finalizzate alla risoluzione di problematiche quali, ad esempio, l'eccessivo affollamento carcerario ovvero il sovraccarico penale degli uffici giudiziari.

Alla base dell'istituto della depenalizzazione vi è l'applicazione dei principi di proporzione e sussidiarietà del ricorso alla sanzione penale. Come affermato dalla Corte costituzionale vi è la necessità che il diritto penale, essendo costituito da sanzioni particolarmente afflittive, «costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di

²⁰ Citazione di PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., 64. La tematica relativa ai principi costituzionali applicabili alle sanzioni punitive civili verrà approfondita, con riferimento ai danni punitivi, nel capitolo terzo del presente lavoro.

civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare²¹».

In Italia, una delle prime leggi che hanno operato un'importante depenalizzazione di portata generale è stata la legge 24 novembre 1981, n. 689 mentre l'ultima – che verrà approfondita nel capitolo II, paragrafo 11 del presente lavoro – è stata attuata dai decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016²².

Attraverso quest'ultimo e recente intervento normativo il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento il peculiare istituto dell'illecito sottoposto alle sanzioni pecuniarie civili, determinando la sua disciplina giuridica sul piano sostanziale e processuale. Per la prima volta è stata attuata una depenalizzazione che ha determinato la trasformazione di reati in illeciti civili, la cui violazione dà luogo a una sanzione di indubbia natura punitiva.

Mediante tale riforma sono state riprese soluzioni già prospettate in passato; invero, già da tempo erano state sviluppate delle proposte di depenalizzazione caratterizzate dalla riqualificazione di un reato in illecito civile, sulla convinzione che lo strumento sanzionatorio civilistico possa costituire una buona alternativa di tutela rispetto a quello penalistico²³.

Rimandando al prosieguo della trattazione per un più esaustivo approfondimento della questione, a completamento di quanto finora esposto si vuole evidenziare la rilevanza che assume questa nuova sanzione punitiva, da alcuni definita pena privata, la quale rappresenta una fondamentale novità nel sistema rimediale civilistico.

²¹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

²² Questi non sono stati gli unici interventi legislativi di depenalizzazione. Ancora, si può ricordare la legge 205/1999. Per un approfondimento sui decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016, si veda PALMIERI A., *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, 125; LOMBARDO M., voce *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili*, in *Digesto*, 2018.

²³ In tali termini BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli –Scalfi, Milano, 1985, 41, si mostra a favore della depenalizzazione attuata attraverso la trasformazione dell'illecito penale in illecito civile, affermando «anche in tale ottica l'esistenza di sanzioni civili più adeguate, etichettate o meno come pene private, sembra auspicabile». Si vedano anche le riflessioni di LANDINI S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 2, 262.

2. Gli strumenti di tutela civilistici

Il sistema civilistico prevede una serie eterogenea di strumenti sanzionatori²⁴ e, tra di essi, si collocano le pene private. Prima di analizzare questa peculiare categoria giuridica si vogliono premettere brevi cenni sulle misure di tutela previste nel diritto civile.

Nel nostro ordinamento lo strumento sanzionatorio principale è il risarcimento del danno²⁵, previsto sia per la responsabilità contrattuale sia per quella extracontrattuale. Le principali funzioni delle sanzioni civili sono quella restitutoria e quella risarcitoria²⁶, dirette rispettivamente a ripristinare le condizioni esistenti nel momento antecedente rispetto al verificarsi della violazione e a riparare i danni provocati.

Come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, il complesso sistema rimediale civilistico persegue anche ulteriori finalità. In particolare, assume particolare rilevanza la funzione preventiva: ogni sanzione giuridica è diretta a realizzare l'effetto deterrente sia nei confronti dello stesso soggetto agente sia nei confronti di altri soggetti che in futuro intenderanno violare le norme giuridiche.

Da ultimo è presente la funzione punitiva che, seppur non sia prevalente nell'ordinamento civilistico, sta acquisendo sempre un maggior spazio in questo settore giuridico. Le pene private sono ricomprese nel *genus* delle sanzioni punitive e, pertanto, quest'ultima categoria assume particolare importanza ai fini del presente studio.

Il legislatore disciplina le sanzioni punitive quando persegue l'obiettivo di punire l'autore dell'illecito per una trasgressione commessa, indipendentemente dal danno che ne è derivato. Pertanto, tali sanzioni vengono irrogate in riferimento al

²⁴ Non si ritiene di dover comprendere nella categoria delle sanzioni giuridiche le invalidità degli atti (nullità e annullamento); conformemente D'AGOSTINO F., «*Sanzione*», cit., 322; ancora, BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 321 ss. ha sostenuto che le misure punitive o riparative di differenzino dalla nullità perché «nel primo caso l'inosservanza ha per conseguenza il verificarsi di un evento indesiderabile; nel secondo caso, il non verificarsi di un evento desiderabile». L'autore sostiene che l'effetto prodotto dalla nullità è di frustrazione poiché la misura afflittiva cui è sottoposto colui che viola la norma rende la sua azione inutile. Si veda anche PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 5.

²⁵ In generale, si veda MASTROPAOLO F., voce *Danno*, III) *Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma.

²⁶ Si ricorda che il codice penale definisce "sanzioni civili" le restituzioni e il risarcimento del danno *ex art.* 185.

comportamento illecito del danneggiante attraverso una valutazione in termini di gravità della condotta posta in essere.

Anche in tempi passati autorevole dottrina ha ritenuto che la funzione retributiva (o punitiva) fosse, insieme a quella riparativa, tra gli obiettivi perseguiti dalle tecniche sanzionatorie civilistiche²⁷.

Queste funzioni non sono alternative e, anzi, ben possono coesistere nella medesima sanzione. In altri termini, può accadere che una sanzione civile persegua entrambi gli scopi, qualora venga prevista sia per riparare un danno sia per sanzionare il danneggiante. Al contrario, qualora la sanzione non sia diretta a vantaggio del soggetto leso dalla violazione, vi sarà una mera funzione punitiva della stessa (si pensi ad esempio alle sanzioni pecuniarie civili introdotte dalla depenalizzazione attuata nel 2016, che impongono il pagamento di somme di denaro a favore dell'Erario).

Per quanto concerne il contenuto delle sanzioni punitive, esso può essere pecuniario o di altra natura. Quando la sanzione punitiva ha ad oggetto una somma di denaro, quest'ultima viene determinata in misura fissa e non viene parametrata al danno. Se la sanzione punitiva non ha un contenuto pecuniario, può avere il contenuto più vario. Si riscontrano nel sistema civilistico una grande varietà di sanzioni, che possono consistere ad esempio nella decadenza da poteri o potestà (si pensi alla decadenza della potestà sui figli) o, ancora, l'esclusione dei consociati da un gruppo di appartenenza (quale l'associazione).

2.1. Le pene private. Classificazioni e ricostruzioni sistematiche

Le considerazioni sinora svolte in tema di sanzioni civili punitive consentono, a questo punto, di focalizzare l'attenzione sull'oggetto di questa trattazione: le pene private²⁸.

²⁷ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 141 ss.; BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 317 ss.

²⁸ Per approfondire la tematica delle pene private si consigliano le seguenti letture: BUSNELLI F. D. –SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, è la prima monografia che fornisce un brillante inquadramento generale delle questioni maggiormente discusse in materia; si vedano, ancora, MOSCATI E., *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770; PONZANELLI G., voce *Pena*

In passato la tematica della “pena privata” non venne apprezzata dalla maggior parte della dottrina civilistica italiana. Oltre ad un’assenza di interesse verso la materia vi era l’atteggiamento di chi si opponeva alla categoria, sostenendo la sua inesistenza nell’ordinamento civilistico italiano e manifestando la volontà di respingere una sua possibile introduzione²⁹.

Questa sanzione civile – e l’accostamento dell’aggettivo “privata” al sostantivo “pena” – ha messo in allarme i civilisti che hanno definito questo strumento anacronistico e hanno ritenuto fosse da considerare pericoloso ed illegittimo. In quest’ordine di idee, secondo una dottrina³⁰ la pena privata sarebbe lesiva del principio costituzionale di uguaglianza, in quanto solo lo Stato – legato al privato da un rapporto di supremazia – potrebbe esercitare il potere sanzionatorio. I privati, al contrario, posti in un rapporto di parità giuridica innanzi alla legge e nei reciproci rapporti non potrebbero disporre di un tale potere.

A partire dagli anni ottanta invece il tema è stato rivalutato e si è parlato di “riscoperta delle pene private³¹”. La tematica è stata studiata, approfondita e, nel tempo, la dottrina ha provato a costruire la autonoma categoria giuridica delle “pene private”.

Non si può negare che la catalogazione e la lettura sistematica delle pene private abbiano costituito un tentativo tutt’altro che agevole. Sebbene nel nostro ordinamento giuridico siano presenti figure giuridiche riconducibili a un’idea di pena privata, l’eterogeneità delle stesse ha reso complessa la ricostruzione di una categoria dai confini ben definiti³².

privata, cit.; BARATELLA M. G., *Le pene private*, Milano, 2006; CICERO C., voce *Pena privata*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2013; PATTI S., voce *Pena privata*, in *Digesto civile*, XIII, 1995, 349 ss.

²⁹ Tra gli oppositori alla categoria delle pene private BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, 277 ss., che sostiene «i tentativi di dare ingresso alla pena privata nel nostro diritto devono però essere nettamente respinti».

³⁰ BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 279.

³¹ L’espressione è di BUSNELLI F. D., *Verso una riscoperta delle “pene private”?*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 3 ss.

³² CENDON P., *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 293 ss., secondo il quale «e credo allora che l’approdo più rispettoso della complessità attuale dell’istituto, e della sua stessa storia, consista proprio nel concepire il territorio della pena privata non già come un regno assoluto, bensì come una confederazione di sottoinsiemi distinti».

Gli studiosi di questa materia, data la estrema varietà degli istituti giuridici in questione, hanno operato alcune classificazioni che consentono di avere un quadro generale più ordinato di questa tematica.

Autorevole dottrina³³ ha operato una tripartizione delle pene private che si basa sulla fonte: sono legali le pene private previste da una disposizione normativa, giudiziali quelle previste da un provvedimento giudiziale ed infine negoziali quelle che derivano da un atto negoziale.

Altri autori hanno classificato le pene private in relazione alla condotta sanzionata³⁴, suddividendo le pene private da inadempimento (quali misure sanzionatorie nei confronti del debitore inadempiente) dalle pene private da illecito aquiliano (quali rimedi punitivi nei confronti del responsabile di un illecito extracontrattuale).

In assenza di una definizione normativa, chi si è approcciato a questa tematica ha sostenuto nozioni di “pena privata” più o meno ampie. Un orientamento ha identificato le pene private con qualsiasi sanzione avente finalità punitiva prevista nel sistema civilistico; tuttavia, in questa logica, vi sarebbe una sostanziale sovrapposizione tra la categoria delle sanzioni punitive e delle pene private. Se questa è una definizione troppo ampia delle pene private, vi è stato chi al contrario ha delimitato eccessivamente i confini di questa categoria. È stato sostenuto, ad esempio, che le pene private sarebbero soltanto le sanzioni applicate da privati nei confronti di altri privati, con esclusione delle sanzioni che coinvolgono altri soggetti o di quelle che necessitano del filtro giudiziario.

Si preferisce pertanto sostenere una nozione di pena privata intermedia³⁵, in modo tale da non restringere e non allargare troppo l’ambito della ricerca.

Abbiamo premesso che la pena privata si colloca tra le sanzioni afflittive e viene applicata nei confronti di un soggetto privato al fine di punirlo per la violazione di norme giuridiche poste a tutela di interessi privati. Partendo da questo inquadramento

³³ PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.

³⁴ Tale classificazione che deriva dal diritto romano classico, che distingueva la pena privata *ex maleficio* e la pena privata *ex stipulatu*.

³⁵ Adottano nozioni intermedie di pena privata PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit., 5, e BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit. XVII, secondo la quale sarebbe una «misura sanzionatoria con funzione deterrente-punitiva, irrogata da un privato nei confronti di un altro privato, o dall’autorità giudiziaria su istanza del privato offeso, recante un beneficio a quest’ultimo».

generale, occorre tuttavia specificare questa nozione, sottolineando quale sia il soggetto legittimato ad applicare tale misura e chi sia il destinatario.

La pena privata deve esser irrogata da parte di un soggetto privato o autonomamente (es: clausola penale) ovvero agendo in giudizio affinché sia il giudice ad applicarla. Ciò che conta è dunque l'iniziativa privata, poiché questa peculiare sanzione è sempre il risultato di una scelta operata da un privato. La legge attribuisce dunque a quest'ultimo tale potere che può esser esercitato secondo due modalità³⁶: alcune pene private possono esser determinate e irrogate direttamente dal privato mentre altre necessitano necessariamente dell'intermediazione del giudice, il quale ha il potere di determinare l'*an* e il *quantum* della sanzione.

Per quanto concerne il destinatario, si ritiene di dover escludere da questa categoria giuridica le sanzioni punitive previste a beneficio dell'Erario. Essendo la pena privata volta a punire la violazione di norme poste a tutela di interessi privati, si ritiene di includere nell'ambito di indagine solo le sanzioni previste a vantaggio di privati. Nella maggior parte dei casi il beneficiario è lo stesso soggetto danneggiato che ha determinato l'applicazione della pena privata ma potrebbe esser anche un soggetto diverso.

Sul tema, in dottrina vengono richiamati spesso gli studi di teoria generale del diritto effettuati da un Autore³⁷ che, già nel lontano 1939, aveva ben inquadrato la categoria delle pene private fornendo una definizione delle stesse, ancora attuale, secondo cui consisterebbero «nella privazione d'un diritto privato o nella determinazione di un'obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma – e ciò non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà per lo più colui che dal delitto è stato leso».

Da ultimo, questa definizione impone una specifica e importante precisazione con riferimento al contenuto della pena privata. Sotto quest'ultimo aspetto, parte della dottrina sostiene che le pene private possano avere un qualsiasi contenuto mentre un

³⁶ Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, cit., 12, il quale ha sostenuto che l'espressione pena privata sottenda due differenti situazioni: «quella nella quale il privato infligga direttamente una pena ad un altro soggetto e quella in cui l'ordinamento infligga una pena per un illecito civile».

³⁷ THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939, 35.

altro orientamento include solo quelle pecuniarie. È bene puntualizzare che in tale sede, specialmente nella prospettiva di dedicare la seconda parte di questa trattazione ai danni punitivi, si preferisce comprendere in questa categoria solo le sanzioni punitive aventi ad oggetto una somma di denaro.

3. Le origini delle pene private

Uno studio in materia di pene private non può prescindere da un'analisi storica delle stesse, al fine di comprendere dove abbiano avuto origine e come venissero disciplinate nel corso delle varie epoche.

La pena privata è uno strumento che ha origini antichissime e la conoscenza della sua evoluzione storica è fondamentale per ipotizzare una corretta applicazione di tale sanzione punitiva nell'attuale sistema giuridico. Riprendendo il pensiero di autorevole dottrina³⁸, al fine di «risolvere arnesi già nell'armadio» è indispensabile che questi ultimi «si depurino dalle scorie del passato, dagli aspetti legati alle età genuine e primitive del diritto (ciò vale per la pena privata, soprattutto, per la maggiore vetustà delle forme legate a tale immagine) per divenire funzionali alle più recenti necessità».

Data questa premessa, si vuole focalizzare l'attenzione sull'applicazione della pena privata nel diritto romano³⁹. Sebbene non sia stata mai elaborata una categoria unitaria, dalle fonti emerge come i Romani facessero un amplissimo utilizzo della pena nelle più varie aree del diritto.

Il termine '*poena*', con il significato generico di afflizione – di carattere personale o patrimoniale – imposta ad un soggetto da parte dell'ordinamento, non ha avuto un'applicazione generale⁴⁰. Ed invero, il sostantivo compare nei testi romani secondo

³⁸ La citazione è di BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 28.

³⁹ In tema di pene private nel diritto romano si veda, in generale, TALAMANCA M., *Pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 727 ss.; VENTURINI C., *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 13 ss.; ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 70; GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, 37 ss.; ROSSETTI G., *'Poena' e 'Rei persecutio' nell'actio ex lege aquilia*, Napoli, 2013.

⁴⁰ ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, cit., 70.

una duplice accezione: afflizione comminata in seguito all'inadempimento di un'obbligazione liberamente assunta ovvero in seguito ad un comportamento illecito.

L'obiettivo che ci si propone in queste pagine è, dunque, quello di ricostruire l'applicazione delle pene private nel diritto romano attraverso una suddivisione in due parti di tale trattazione storica: dapprima verrà trattata la *stipulatio poenae* – che era la principale pena che conseguiva all'inadempimento di una obbligazione – mentre, da ultimo, si analizzerà la pena privata *ex maleficio* – che conseguiva alla commissione di un illecito.

3.1. La *stipulatio poenae* nel diritto romano

Nella generale categoria delle pene convenzionali si è soliti ricomprendere le pene che vengono pattuite da soggetti privati per la protezione dei propri interessi.

All'interno di questo *genus*, gli studiosi del diritto romano sono soliti ricomprendere l'istituto della *stipulatio poenae* (stipulazione della penale). Sebbene in tale ambito fosse la figura più importante, la dottrina⁴¹ ricorda che dalle fonti romane emergono altre figure negoziali riconducibili all'idea di pena privata. Più precisamente, le parti potevano prevedere una pena tramite un *pactum adiectum* apposto in un contratto tutelato mediante *iudicia bonae fidei* ovvero, ancora, viene in rilievo l'istituto del legato penale.

La *stipulatio poenae* era una peculiare applicazione della *stipulatio* attraverso la quale si conveniva che, in caso di mancato adempimento della prestazione primaria, il debitore fosse tenuto al pagamento – a titolo di penale – di una somma di denaro.

Sotto il profilo della struttura, la *stipulatio poenae* era un atto che si apponeva alla stipulazione principale e si configurava come condizionale, poiché l'obbligo di pagare la somma di denaro a titolo di penale sorgeva al verificarsi dell'eventuale inadempimento.

Si distinguevano due schemi principali: la *stipulatio poenae* principale (o semplice) e la *stipulatio poenae* congiunta (o doppia). Nel primo caso il debitore, in

⁴¹ Per un approfondimento del legato penale e della *poena* promessa mediante un *pactum adiectum* nei contratti tutelati da *iudicia bonae fidei*, si veda TALAMANCA M., *Pena privata (dir. rom.)*, cit., 727 ss.

caso di inadempimento, assumeva l'obbligo di pagare una determinata somma di denaro ma non anche la prestazione principale; nel secondo caso, invece, prometteva contestualmente sia la *pecunia* sia la prestazione principale⁴².

Questo strumento veniva utilizzato con frequenza poiché consentiva di realizzare una pluralità di funzioni: incentivava l'adempimento dell'obbligazione, permetteva la liquidazione preventiva del danno e, in particolare, puniva il soggetto inadempiente.

In conclusione, dall'esperienza giuridica romana emerge uno strumento che, per le sue caratteristiche, potrebbe essere considerato la prima forma embrionale di quella che oggi è la clausola penale *ex art. 1382 c.c.*

Nonostante la *stipulatio poenae* si caratterizzasse per una disciplina giuridica diversa da quella attualmente prevista per la clausola penale – ad esempio, non emergono fonti che documentino un potere generale del giudice di riduzione della stessa ad equità – è comunque riscontrabile una convergenza funzionale delle due sanzioni che dimostra come già i Romani facessero uso della pena privata come conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione.

3.2. La pena privata *ex maleficio* nel diritto romano

Dopo aver descritto le pene private *ex stipulatu*, si vuole ora proseguire la trattazione storica con l'analisi delle pene private *ex maleficio* che venivano comminate per punire l'autore di un illecito civile.

Per quanto concerne la figura dell'illecito, è indubbio che fosse collegata a misure afflittive.

«La storia evolutiva del diritto privato romano, sotto il profilo dell'illecito, potrebbe concepirsi come la storia di una degradazione progressiva della penalità⁴³». Con questa riflessione, autorevole dottrina evidenzia come le misure afflittive, seppur presenti in tutte le epoche storiche, abbiano subito una mitigazione con il decorso del tempo.

⁴² TALAMANCA M., *Pena privata (dir. rom.)*, cit., 713, lo schema della *stipulatio poenae* principale era «*si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?*» mentre lo schema della *stipulatio poenae* congiunta era «*Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?*».

⁴³ ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, cit., 58.

In base alle fonti si può certamente apprendere come gli strumenti previsti per risolvere le controversie private – ed in particolare per perseguire gli illeciti – fossero fortemente caratterizzati dalla punizione. Nella prima fase del diritto romano, l'epoca arcaica, si praticava la vendetta o altre varie forme di giustizia privata che si concretizzavano in atti di indubbia valenza punitiva.

Dall'esperienza giuridica romana emerge come, con il decorso del tempo, le pene siano diventate sempre meno rigide. In tale quadro, è stato particolarmente significativo il passaggio dall'afflizione personale alla patrimonializzazione della pena che ha segnato una tappa fondamentale in questo lungo processo di degradazione della stessa.

Sulla base di questa premessa, si vuole ora analizzare a grandi linee l'importante evoluzione – avvenuta in epoca preclassica, classica e postclassica – delle pene private comminabili al verificarsi di un illecito.

Come è noto, nel diritto romano, i rapporti tra il diritto privato (*ius privatum*) e il diritto pubblico (*ius publicum*) sono mutati a seconda dei periodi storici. Un'importante distinzione era quella tra i 'crimini', quali azioni lesive di interessi della comunità e i 'delitti', che ledevano unicamente un individuo privato. I *crimina* erano sanzionati con pene pubbliche nell'ambito di un processo pubblico mentre i *delicta* erano puniti su iniziativa dei privati lesi nell'ambito di un processo privato.

Ai fini della presente trattazione occorre concentrare l'attenzione su questi ultimi. Quando si verificava un delitto che ledeva un soggetto privato, il diritto romano legittimava la sua reazione individuale attraverso l'esperimento di una azione penale privata.

Come risulta dalla elencazione operata da Gaio, i delitti puniti con *actiones poenales* erano il furto, la rapina, il *damnum iniuria datum* e l'*iniuria*. Ulteriormente, erano soggetti alla pena privata anche gli ulteriori illeciti che nel tempo furono tutelati in via pretoria. Alcuni delitti previsti nell'elencazione gaiana davano luogo ad *obligationes ex delicto* mentre gli illeciti introdotti dal pretore vennero inseriti nella categoria delle *obligationes quasi ex delicto* nelle Istituzioni imperiali (la dottrina li rapporta ad antiche ipotesi di responsabilità oggettiva).

In via generale si possono definire ‘azioni penali private’ quelle azioni attraverso le quali l’attore, vittima di un delitto, poteva infliggere una pena nei confronti del convenuto, cioè l’autore dell’illecito.

Attraverso l’esperimento di queste azioni si poteva comminare una pena il cui oggetto variava a seconda dei periodi storici e dei delitti commessi. Nel periodo classico si era soliti identificare la pena con una somma di denaro e la finalità punitiva dell’azione emergeva da vari aspetti⁴⁴.

Più specificamente, in alcuni casi quest’ultima si poteva riscontrare nell’ammontare della somma pecuniaria dovuta a titolo di condanna (in quanto il convenuto era tenuto a versare un multiplo dell’entità del pregiudizio derivante dal delitto). In altri casi, qualora la quantificazione della pena fosse pari al pregiudizio sofferto, il carattere penale dell’azione emergeva da altre peculiarità della stessa.

La categoria delle azioni penali, seppur sempre caratterizzate da una chiara finalità punitiva, ha assunto delle connotazioni diverse a seconda delle epoche storiche.

Prima di procedere con l’analisi delle caratteristiche dell’azione penale privata nel periodo classico⁴⁵, si vuol ricordare – nell’ambito delle *actiones* romane – la fondamentale distinzione tra le azioni reipersecutorie e le azioni penali. Le prime, *actiones quibus rem persequimur*, erano volte alla reintegrazione patrimoniale del pregiudizio subito dell’attore leso mentre le seconde, *actiones quibus poenam persequimur*, comminavano una pena. Si richiama tale distinzione poiché la vittima di un illecito poteva decidere di cumulare le azioni e, di conseguenza, gli veniva data una duplice possibilità: ottenere l’integrazione del pregiudizio patrimoniale e/o infliggere una punizione all’autore dell’illecito.

Un’altra caratteristica dell’azione, che evidenzia il suo carattere penale, riguarda la nossalità, in riferimento ai delitti compiuti dai *fili familias* o dagli schiavi. In origine il *pater familias* era obbligato a dare a noxa lo schiavo o il figlio che avesse posto in essere un illecito e, nell’ipotesi in cui non lo avesse fatto e non avesse dimostrato l’innocenza del sottoposto, diveniva obbligato come fosse il reo. Nel diritto classico invece il *pater familias* veniva considerato direttamente responsabile,

⁴⁴ Sul tema PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1998, 160.

⁴⁵ Per approfondimenti sugli atti illeciti penali e sulle azioni penali PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 464 ss.

ma poteva liberarsi di questa responsabilità alternativamente consegnando lo schiavo o il *filius* ovvero pagando la pena.

Ulteriore peculiarità di queste azioni è la loro intrasmissibilità che caratterizza sia il lato attivo (l'azione non può esser trasmessa agli eredi della vittima dell'illecito) sia il lato passivo (non può esser trasmessa nei confronti degli eredi dell'autore dell'illecito). Questo carattere è stato mantenuto nel tempo solo per l'*actio iniuriarum*, che è rimasta personale, mentre con il decorso del tempo è venuto meno per gli altri delitti (seppure con alcune limitazioni).

Da ultimo, se più soggetti concorrevano nella commissione dello stesso delitto, ciascuno di essi era tenuto a pagare l'intero ammontare della *poena*, senza possibilità di frazionamento, ed il pagamento del singolo non liberava gli altri dalla propria obbligazione.

Le caratteristiche delle azioni previste per gli illeciti del *ius civile* accomunavano, salvo alcune eccezioni, anche quelle introdotte in via pretoria per ulteriori illeciti. Una differenza riguardava la perpetuità dell'azione, perché le prime potevano essere esperite senza limiti temporali mentre le seconde si estinguevano dopo un anno.

Tra le azioni introdotte dal pretore si vuol richiamare l'*actio doli*. Attraverso questa azione l'attore poteva ottenere la condanna a una somma pari al valore economico del pregiudizio sofferto. Oltre la condanna al *simplum*, la sentenza che conseguiva all'*actio doli* aveva come conseguenza *ipso iure* l'infamia dell'autore del dolo; la finalità penale dell'azione è evidente proprio nella possibilità di incidere negativamente sulla personalità morale del *deceptor*.

Per evitare che l'attore potesse ottenere questa grave condanna nei confronti del convenuto ogni qual volta fosse stato ingannato, erano previste alcune limitazioni.

Prima di tutto l'*actio doli* era un'azione sussidiaria e, dunque, poteva essere esperita solo qualora l'attore non avesse a disposizione altri strumenti giudiziari per ottenere tutela. In secondo luogo, era prevista una clausola arbitraria che consentiva al convenuto la possibilità di evitare le conseguenze della condanna all'infamia attraverso il ripristino della situazione antecedente al compimento dell'illecito.

In epoca postclassica e giustiniana le azioni penali private mantennero, con alcune modificazioni, le peculiarità appena descritte. In generale si verificò una progressiva mitigazione della natura penale delle obbligazioni da atto illecito, in

quanto si affermò progressivamente la funzione risarcitoria della somma di denaro che ne costituiva l'oggetto. Oltretutto, con il tempo molti illeciti vennero puniti esclusivamente con l'azione pubblica e, di conseguenza, vennero esclusi dall'ambito del processo privato.

Siamo ora in grado di tirare le fila del discorso e riassumere i mutamenti della concezione di *'poena'* che hanno portato alla patrimonializzazione della stessa e all'affermarsi della sua funzione (anche) risarcitoria come risultato di un lungo processo storico. Il sistema di reazione dell'illecito nel diritto romano è sempre stato caratterizzato dalla presenza di pene private: nel periodo più antico queste erano costituite prevalentemente da afflizioni corporali mentre, con il decorso del tempo, tendevano sempre di più ad essere patrimonializzate. La punizione dell'autore di un illecito attraverso il pagamento di una somma di denaro è stata quindi una fase importante che ha consentito l'ingresso della funzione risarcitoria nel sistema giuridico della responsabilità da illecito civile.

Nonostante questi rilevanti mutamenti che hanno caratterizzato l'esperienza giuridica romana, tuttavia, l'idea della pena privata all'interno del sistema civilistico non è stata mai abbandonata completamente.

CAPITOLO II

Pene private e altri rimedi civilistici con funzione punitiva previsti nell'ordinamento giuridico italiano

1. La clausola penale

La pena privata da inadempimento di fonte negoziale che è stata studiata maggiormente dai giuristi di tutti i tempi è la clausola penale.

L'art. 1382⁴⁶ c.c. al primo comma prevede la possibilità per le parti di pattuire una clausola⁴⁷ con la quale si conviene, in ipotesi di inadempimento o di ritardo⁴⁸ nell'adempimento, che uno dei contraenti sarà tenuto a una determinata prestazione⁴⁹.

L'effetto della clausola penale è quello di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa». Quest'ultima infatti si sostituisce a quanto dovuto a titolo di risarcimento e, solo se convenuto espressamente dalle parti, il creditore potrà ottenere il risarcimento del danno ulteriore (previa dimostrazione della sua esistenza ed entità).

La disposizione di cui al secondo comma merita una particolare attenzione, essendo previsto che la clausola penale sia dovuta «indipendentemente dalla prova del danno». In altri termini, premesso che l'onere della prova del danno grava sull'attore, qualora venga pattuita una clausola penale il creditore godrà di

⁴⁶ È interessante il raffronto tra la disciplina codicistica attuale e le disposizioni presenti nel codice civile del 1865. L'art. 1209 prevedeva: «La clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di una obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso in cui non adempia o ne ritardi l'esecuzione». L'art. 1212 disponeva: «La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale. Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per il semplice ritardo». Come emerge dalla lettera delle disposizioni, il legislatore del 1865 sembrava voler attribuire alla clausola penale una funzione risarcitoria. Successivamente, con il codice civile del 1942, il dato normativo è stato arricchito di ulteriori elementi che sembrano voler propendere anche verso una funzione sanzionatoria della clausola penale (si veda ad esempio la previsione dell'operatività della penale indipendentemente dalla prova del danno).

⁴⁷ In passato si è discusso se la clausola penale fosse una mera clausola o un negozio autonomo avente una propria causa.

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 1383 c.c., il creditore può domandare cumulativamente la prestazione principale e la penale unicamente nell'ipotesi in cui quest'ultima sia stata pattuita per il ritardo.

⁴⁹ L'oggetto della clausola penale è di norma – ma non necessariamente – il pagamento di una somma di denaro. Sul tema ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 218 ss.

un'agevolazione processuale poiché non sarà tenuto a provare né l'entità del danno subito né di aver subito alcun danno.

In concreto, quindi, l'ammontare della penale convenzionalmente determinata potrebbe esser inferiore⁵⁰ o superiore ai danni effettivamente subiti in conseguenza dell'inadempimento, nel primo caso determinando un vantaggio per il debitore e nel secondo caso un vantaggio per il creditore.

Si discute notoriamente sulla natura della clausola penale, essendo dibattuto se la stessa abbia natura risarcitoria ovvero sanzionatoria. Di seguito si darà conto sul dibattito emerso in dottrina e in giurisprudenza, attraverso la descrizione degli orientamenti principali.

La prima corrente di pensiero attribuisce ad essa una funzione unicamente risarcitoria⁵¹, in quanto la clausola penale sarebbe finalizzata a rafforzare il vincolo contrattuale e a compensare in modo forfettario i danni sofferti dal creditore in conseguenza dell'inadempimento⁵². Le argomentazioni alla base di questo orientamento sono molteplici, in particolare si nega l'accostamento con la sanzione osservando come la penale si debba pagare anche in ipotesi di inadempimento incolpevole. Secondo i sostenitori di questa impostazione la clausola penale sarebbe un modo alternativo di liquidazione del danno che consente al creditore di evitare di adire il giudice attraverso l'azione di risoluzione, poiché il debitore è tenuto al pagamento della penale come conseguenza della pattuizione.

A questo orientamento se ne contrappone un altro⁵³, che attribuisce alla clausola penale esclusivamente una funzione punitiva, considerando questo istituto fattispecie tipica appartenente alla categoria delle pene private. Secondo questa dottrina la funzione sanzionatoria emergerebbe con evidenza laddove la disciplina codicistica ammette che le parti possano convenire una somma di denaro a titolo di penale, dovuta a prescindere dalla prova di un danno e addirittura indipendentemente

⁵⁰ La regola prevede che il debitore sia tenuto ad adempiere la prestazione oggetto della penale anche qualora il danno causato dal suo inadempimento sia superiore alla somma pattuita. Questa regola, che potrebbe favorire in concreto il debitore, subisce un'eccezione qualora le parti pattuiscono la risarcibilità del maggior danno.

⁵¹ La Relazione al codice civile, n. 632 prevedeva che «il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 del c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti non abbiano convenuto il risarcimento integrale». Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, afferma che «la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva».

⁵² BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 245 ss.

⁵³ MAGAZZÙ A., voce «*Clausola Penale*», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 188.

all'esistenza dello stesso. Secondo questa dottrina la clausola penale si potrebbe qualificare come una sanzione diretta a indurre il debitore all'adempimento. Tra i sostenitori della configurazione sanzionatoria della clausola penale, autorevole dottrina⁵⁴ ha poi operato una distinzione: ha opposto alla "clausola penale pura" – tipizzata dall'art. 1382 c.c. – che prescinde dall'esistenza del danno, ulteriori "clausole penali non pure" sussistenti nell'eventualità in cui le parti si accordino al fine di ammettere il risarcimento dell'ulteriore danno.

Dato conto dell'esistenza di queste due teorie opposte – una che sostiene la natura esclusivamente risarcitoria della clausola penale e l'altra che sostiene la sua natura sanzionatoria – si può osservare come, invero, entrambe le tesi non siano incompatibili tra di loro. Si potrebbe sostenere, come affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante⁵⁵, che il risarcimento e la sanzione siano due aspetti compresenti nella clausola penale. La natura della clausola penale potrebbe esser considerata mista: prevale la funzione risarcitoria se la penale viene convenuta proporzionalmente al danno e prevale la funzione sanzionatoria se, in concreto, le parti si accordano per una somma a titolo di penale non proporzionale al danno.

Una corrente di pensiero⁵⁶ ha considerato vani i tentativi di individuare una funzione tipica della clausola penale poiché la funzione sarebbe piuttosto da considerare variabile. Si è sottolineata in tal senso l'elasticità della clausola penale che, nella fase dell'accordo, può assumere connotati risarcitori o sanzionatori a seconda della concreta regolamentazione della stessa ad opera delle parti contrattuali.

In una direzione simile⁵⁷, un autore ha affermato che la finalità costantemente presente nella clausola penale sia quella di liquidazione preventiva del danno risarcibile e che la stessa possa, in aggiunta ad essa, svolgere una funzione punitiva qualora le parti determinino un ammontare superiore alla reale entità del danno subito.

Di fronte a questa moltitudine ed eterogeneità di orientamenti, volendo riassumere quanto è stato detto in precedenza, in dottrina è dibattuta la possibilità di riconoscere

⁵⁴ TRIMARCHI P., *La clausola penale*, 1954.

⁵⁵ PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.; ZENO-ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, cit., 15.

⁵⁶ ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, cit., 184 ss.

⁵⁷ DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, vol. 1, 1966, 475.

a tale istituto il carattere di pena privata in quanto vi sono autorevoli autori che attribuiscono alla clausola penale la sola funzione risarcitoria.

Tuttavia, sembra più corretto intravedere in questo istituto giuridico entrambe le finalità, penale e risarcitoria. Di più la clausola penale, maggiormente rispetto ad altri istituti, consente di affermare la inequivocabile volontà del legislatore di attribuire ai privati una potestà punitiva. Attraverso questa clausola, infatti, questi ultimi possono evitare il ricorso all'autorità giudiziaria e prevedere direttamente una sanzione in caso di trasgressione di una regola contrattuale⁵⁸.

Siamo giunti a trattare un punto che merita uno specifico approfondimento. Come affermato in precedenza il legislatore attribuisce astrattamente un potere ai privati che questi ultimi possono concretamente esercitare mediante un accordo modellato secondo le loro esigenze. Tuttavia l'autonomia negoziale non è illimitata e la pattuizione deve essere meritevole di tutela. Per disciplinare questo aspetto il nostro codice civile disciplina la riduzione della penale eccessiva⁵⁹.

L'art. 1384⁶⁰ c.c. prevede che la penale possa essere diminuita dal giudice⁶¹ qualora l'obbligazione principale sia stata eseguita in parte o qualora l'ammontare della penale sia manifestamente eccessiva⁶². Il codice civile prevede dunque una norma posta a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento giuridico mediante

⁵⁸ In tal senso BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 41.

⁵⁹ Il nostro codice civile non prevede un'analoga disposizione per l'adeguamento giudiziale della penale irrisoria. Nonostante secondo una parte della dottrina la clausola penale sia da considerare valida qualunque sia il suo ammontare, secondo altri la penale irrisoria potrebbe esser considerata nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c. in tema di clausole di esonero della responsabilità. Cass., 28 luglio 1997, n. 7061, ha disposto che per verificare se una penale abbia consistenza irrisoria tanto da risolversi in concreto nella violazione del divieto posto dall'art. 1229 c.c., l'intento elusivo deve esser desunto dal raffronto tra la misura della penale e l'entità presumibile dell'eventuale, futuro danno da risarcire, ricostruibile attraverso una prognosi "*ex post*".

⁶⁰ Si è discusso se la norma contenuta nell'art. 1384 c.c. sia derogabile o meno. A tal proposito, si ritiene di poter affermare la invalidità un eventuale patto di rinuncia preventiva alla riduzione della penale.

⁶¹ Si è discusso se il potere di riduzione della penale possa essere esercitato d'ufficio dal giudice o debba essere determinato necessariamente da una richiesta di parte. La Cass., S.U., 13 settembre 2005, n. 18128, ha ammesso la riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva, capovolgendo il precedente orientamento maggioritario.

⁶² L'operatività della norma contenuta nell'art. 1384 c.c. è stata ridotta a partire dall'entrata in vigore dell'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 6, c.c. (confluito poi nell'art. 33, c. 2, lett. f. del Codice del consumo) che prevede una presunzione di vessatorietà per la clausola che impone al consumatore – in caso di inadempimento o di ritardo – il pagamento di una somma di denaro a titolo di clausola penale di importo manifestamente eccessivo. In altri termini, la clausola penale manifestamente eccessiva prevista in un contratto tra consumatore e professionista è nulla e, di conseguenza, non può essere oggetto del potere di riduzione del giudice.

l'attribuzione al giudice di un potere di controllo che sia diretto a garantire l'equità contrattuale.

Una corrente di pensiero ha sostenuto che la previsione di un potere di riduzione del giudice permetta di escludere la funzione sanzionatoria della clausola penale, in quanto una funzione punitiva sarebbe incompatibile con il sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito⁶³.

Tuttavia è interessante notare come, ancora una volta, il legislatore non colleghi affatto l'entità della penale all'entità del danno subito dal creditore. Se si presta attenzione alla lettera della legge, il parametro collegato al potere di riduzione del giudice è «l'interesse che il creditore aveva all'adempimento della prestazione principale». Ed invero, ammettere che il giudice possa ridurre la penale sulla base dell'interesse del creditore all'adempimento (e non sulla base del danno patito dal creditore), può esser considerato – al contrario – un'ulteriore argomentazione volta a sostenere la funzione sanzionatoria della penale.

Nell'ipotesi in cui il giudice eserciti in via equitativa il potere *ex art.* 1384 c.c., in buona sostanza, l'ammontare residuo della penale non sarà mai esattamente equivalente al pregiudizio subito dal danneggiato. In questa prospettiva, anche a seguito della riduzione da parte del giudice molto probabilmente residuerà un oggetto della penale superiore al pregiudizio subito, che la parte inadempiente sarà tenuta a pagare. Da questo deriva che il carattere punitivo della clausola penale è strettamente connesso con l'ammontare previsto nella pattuizione dei privati che, se superiore al danno, avrà carattere afflittivo a prescindere dalla eventuale riduzione della stessa⁶⁴.

La clausola penale, come ha affermato autorevole dottrina⁶⁵, è stata volutamente esposta per prima perché costituisce il più importante punto di riferimento normativo per avviare una trattazione sulla pena prevista in ambito civilistico.

Si ritiene che la disciplina giuridica di questo istituto giuridico, avendo carattere generale, consenta di comprendere tutto il settore contrattuale ma, tuttavia, si mostrano delle perplessità circa la sua applicabilità all'intera area negoziale⁶⁶.

⁶³ In tal senso Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, secondo la quale la clausola penale non può essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei “*punitive damages*”.

⁶⁴ PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.

⁶⁵ MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 242 ss.

⁶⁶ Cfr. PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.

In quest'ordine di idee, nell'ambito dell'autonomia negoziale è fortemente discussa l'ammissibilità della c.d. clausola penale testamentaria⁶⁷ nel nostro ordinamento giuridico.

Nel campo delle successioni⁶⁸, quest'ultima si può definire la disposizione attraverso la quale il testatore prevede che, in caso di inadempimento di un'obbligazione principale, l'erede – o il legatario – sia tenuto ad eseguire una determinata prestazione pecuniaria o di altra natura (a favore di un soggetto determinato, che spesso è colui che ha subito un danno dall'inadempimento).

A ben vedere, la penale testamentaria condivide con la clausola penale contrattuale il contenuto e la funzione, mentre si differenzia in virtù del negozio giuridico da cui trae origine.

La problematica è duplice: in primo luogo è fortemente dibattuta la configurabilità di tale disposizione contenuta in un testamento e, qualora lo si ammettesse, si dubita la possibilità di applicare la disciplina *ex art. 1382 ss. c.c.* prevista per la penale contrattuale.

Con riferimento alla prima problematica, parte della dottrina⁶⁹ mette in discussione la validità dell'imposizione di una sanzione punitiva nell'esercizio dell'autonomia testamentaria, in quanto quest'ultima sarebbe contenuta in un negozio giuridico formato unilateralmente dal testatore, la cui formazione prescinde dalla volontà dell'obbligato. Vi è tuttavia un orientamento contrario che ritiene che la legittimità della clausola testamentaria in questione si fondi sull'accettazione (o sul non rifiuto) della disposizione da parte dell'erede o del legatario. Ancora, un autore ha sostenuto la validità di questa clausola qualificandola come un legato condizionato sospensivamente ad un inadempimento⁷⁰.

La seconda problematica invece riguarda la possibilità di applicare in via analogica le disposizioni previste dal codice civile in materia di clausola penale

⁶⁷ In argomento BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 66 ss.; CICERO C., voce *Pena privata*, cit., 488 ss.; MAZZARESE S., *Clausola penale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 83; CANDIAN A. D., *Testamento e pena civile*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 195 ss.

⁶⁸ Il diritto successorio è un settore giuridico nel quale sono presenti molteplici sanzioni civili punitive quali, ad esempio, l'indegnità a succedere, la decadenza o la riduzione del lascito. Tra i contributi dottrinali che riconducono questi istituti nell'ambito della pena privata si vedano BOSETTI F. G., *L'indegnità di succedere: una ipotesi di «pena privata»?*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 223 ss.; CANDIAN A. D., *Testamento e pena civile*, cit., 205.

⁶⁹ CICERO C., voce *Pena privata*, cit., 488.

⁷⁰ CANDIAN A. D., *Testamento e pena civile*, cit., 205.

anche alla sanzione prevista in un atto testamentario. Come è noto, ai sensi dell'art. 1324 c.c. – salve diverse disposizioni previste dalla legge – le norme che disciplinano i contratti si osservano, se compatibili, per gli atti unilaterali *inter vivos* aventi contenuto patrimoniale. Nonostante questo dettato normativo, parte della dottrina ha comunque sostenuto che il potere di riduzione *ex art.* 1384 c.c. si applichi anche alla penale testamentaria.

Terminata la disamina in tema della clausola penale prevista nel contratto e nel testamento, sembra doveroso, a questo punto, un cenno alla c.d. caparra confirmatoria⁷¹, quale istituto giuridico nel quale gran parte della dottrina riscontra un'analogia sul piano funzionale con la clausola penale.

La caparra confirmatoria è disciplinata dall'art. 1385 c.c. e consiste in una somma di denaro (o una quantità di altre cose fungibili) che, al momento della conclusione del contratto, una parte dà all'altra e che in caso di adempimento deve esser restituita o imputata alla prestazione dovuta. In caso di inadempimento occorre distinguere: se la parte che ha versato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto e ritenere la caparra; al contrario, se è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, è colui che l'ha data a poter recedere ed esigere il doppio della caparra.

Sotto il profilo funzionale della caparra confirmatoria sono emerse varie correnti di pensiero. Alcuni⁷² sostengono che la caparra confirmatoria consenta la preventiva liquidazione convenzionale del danno e, pertanto, abbia una funzione risarcitoria. Altri invece ritengono che la caparra e la clausola penale avrebbero una funzione equivalente, sostenendo dunque la funzione sanzionatoria punitiva, specialmente nelle ipotesi in cui le parti si accordino per una somma di denaro (la caparra) elevata.

Sotto il profilo della funzione, sembra preferibile l'orientamento che afferma la plurifunzionalità della caparra confirmatoria. Autorevole dottrina, correttamente, ha sostenuto che la caparra confirmatoria costituisca *la diretta espressione di un modello sanzionatorio «elastico»*⁷³, poiché la funzione varia in relazione alle concrete vicende del rapporto intercorrente tra le parti⁷⁴. Se il contraente che ha dato

⁷¹ In generale MAZZARESE S. – TARDIA I., *Caparra*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2016; DE NOVA G., *Caparra*, in *in Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Utet, Torino, 1988.

⁷² Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553; BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 250 ss.

⁷³ La citazione è di MAZZARESE S. – TARDIA I., *Caparra*, cit., 118 ss.

⁷⁴ DE NOVA G., *Caparra*, cit., 1988.

la somma di denaro adempie, la caparra avrà la funzione di anticipazione. Diversamente, nell'ipotesi di inadempimento contrattuale, la funzione varierà in relazione alle scelte effettuate del creditore inadempiente; a seconda della soluzione adottata, saranno riscontrabili in concreto funzioni risarcitorie, punitive o di garanzia.

Tirando le fila del discorso, sia la clausola penale sia la caparra confirmatoria possono essere inquadrare, a parere di chi scrive, nella categoria della "pena privata".

Per quanto concerne in particolare il primo istituto giuridico analizzato, dalla disciplina codicistica si rinviene certamente il carattere privato della clausola, che è stabilita convenzionalmente dalle parti e dunque trova la sua origine in un atto di autonomia privata. Ulteriormente, emerge il suo carattere penale, in particolare nella parte in cui si prevede che la penale sia dovuta anche a prescindere dall'effettiva sussistenza di un danno. Se il contraente è tenuto all'adempimento della prestazione indipendentemente dalla prova del danno e del suo ammontare, significa ammettere la possibilità che sia dovuto il pagamento di una somma superiore rispetto al danno effettivamente subito.

Alla luce della disciplina giuridica della clausola penale si può dunque concludere constatando che il nostro ordinamento attribuisce ai privati la disponibilità del potere sanzionatorio. Quest'ultima affermazione però porta ad alcune riflessioni in quanto il potere punitivo tradizionalmente spetta allo Stato – che è legato al privato da un rapporto di supremazia – e non ai privati, posti invece su un piano di parità.

Sarà pertanto necessario individuare con precisione quali siano i limiti che il nostro sistema giuridico impone e quali siano le modalità di controllo esercitabili sui poteri attribuiti ai privati. La disciplina normativa della clausola penale, ad esempio, dimostra come il potere attribuito ai privati non sia illimitato poiché soggetto a un controllo giudiziale basato sulla equità e posto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento.

In questa prospettiva l'interrogativo, di grande impegno, che ci si pone riguarda la legittimità o meno di pene private atipiche. Ci si domanda, in altri termini, se i privati possano "creare" pene private non espressamente disciplinate e, in caso di risposta affermativa, quali debbano essere i limiti. Si dovrà dunque, riportando le parole di

autorevole dottrina, «individuare la linea di demarcazione, oltre la quale non può “spingersi” la potestà punitiva dei privati⁷⁵».

2. La clausola di ritenzione delle rate *ex art. 1526 c.c.*

La clausola di ritenzione delle rate prevista nei contratti di compravendita con riserva della proprietà è considerata un'altra pattuizione che sembrerebbe rientrare nella categoria della pena privata prevista nel nostro ordinamento in ambito contrattuale.

L'art. 1526, comma 2, c.c. attribuisce la facoltà alle parti, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, di convenire che il venditore possa ritenere le rate riscosse a titolo di indennità. Ulteriormente, è prevista la possibilità per il giudice di ridurre l'indennità convenuta, avendo riguardo alle circostanze del caso di specie.

A ben vedere, la clausola di ritenzione delle rate è considerata un'ipotesi specifica di clausola penale⁷⁶. La pattuizione destinata ad operare in caso di inadempimento contrattuale e indipendentemente dalla prova del danno sembra avere la medesima struttura e disciplina prevista *ex art. 1384 c.c.* Analogamente alla disciplina della clausola penale, anche la previsione di un controllo successivo da parte del giudice sembra ricollegarsi al medesimo potere riduttivo del giudice previsto dall'art. 1384 c.c.

Tuttavia, nonostante la pattuizione di cui all'art. 1526 c.c. abbia strette affinità con la clausola penale, parte della dottrina ha sottolineato le sue specificità.

Il patto di confisca delle rate diverge, in particolare, per l'effetto reale e non obbligatorio⁷⁷. Ulteriormente, a differenza della clausola penale, nella clausola di ritenzione delle rate le parti non determinano un “preciso ammontare”, poiché l'indennità varierà in relazione alle rate già pagate dal compratore. Si tratta dunque di

⁷⁵ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 43.

⁷⁶ LUMINOSO A., *La vendita*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, Milano, 2014, 705 ss.; BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 48 ss.

⁷⁷ MAZZARESE S., *Clausola penale*, cit., 298.

una indennità indeterminata al momento della pattuizione ma determinabile successivamente ad opera del debitore⁷⁸.

Ma vi è un ulteriore aspetto sul quale si dovrebbe riflettere: il testo della disposizione fa riferimento alla possibilità da parte del venditore di acquisire le rate pagate “a titolo di indennità”. Occorre dunque chiedersi cosa intenda il legislatore per “indennità”, considerando che il termine si trova spesso nel tessuto normativo ma, talvolta, con significati diversi.

Un orientamento sostiene che il patto di confisca delle rate, analogamente alla clausola penale, abbia la funzione di limitare il risarcimento del danno alle rate già riscosse. Un'altra corrente di pensiero⁷⁹ invece ritiene che sia un rimedio, diverso dal risarcimento, con funzione punitiva nei confronti del compratore. Da ultimo, parte della dottrina ha sostenuto che tale indennità sia prevista a titolo di compenso per l'uso della cosa.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è espressa sulla questione e, con riferimento alla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1526, ha chiarito che «il ricorso al termine indennità, normalmente utilizzato per indicare quelle forme di compensazione in danaro la cui entità non corrisponde necessariamente a quella del danno, né presuppone l'imputabilità del comportamento che lo ha determinato, sta ad indicare che il legislatore ha inteso riferirsi ai casi in cui la liquidazione anticipata concerne unicamente il credito all'equo compenso per il temporaneo godimento del bene, di cui al primo comma del medesimo articolo⁸⁰».

Da ultimo, si vuole precisare che il terzo comma⁸¹ dell'art. 1526 prevede che la medesima disposizione si applichi nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione⁸² e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti.

⁷⁸ FACCHIANO, *L'art. 1526 I cpv. c.c. e la clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1954, 5, 595.

⁷⁹ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 49.

⁸⁰ Cass., 28 giugno 1995, n. 7266.

⁸¹ Discussa l'applicabilità o meno del terzo comma dell'art. 1526 c.c. anche al contratto di *leasing*.

⁸² In materia di locazione, l'art. 31, l. 27 luglio 1978, n. 392 prevede una pena privata di fonte legale. La sanzione prevista dalla legge sull'equo canone è dovuta a prescindere dalla prova relativa al danno eventualmente patito dal conduttore e sanziona il locatore che abbia abusivamente esercitato la facoltà di diniego della rinnovazione del contratto.

3. Gli interessi moratori

In caso di mora del debitore, nelle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro, sono dovuti gli interessi moratori. Come è noto, essi si distinguono in legali e convenzionali in base alla fonte.

L'art. 1224 c.c. prevede che nelle obbligazioni pecuniarie siano dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se dovuti in precedenza e anche se non risulta prova che il creditore abbia sofferto alcun danno. L'ammontare degli interessi legali, in mancanza di una espressa determinazione delle parti, è determinato nella misura del tasso legale⁸³. Tuttavia resta salva la facoltà, per il creditore che provi di aver subito un maggior danno, di ottenere il risarcimento ulteriore.

Gli interessi sono convenzionali se il loro ammontare è pattuito dalle parti. Se queste ultime convengono un tasso di interessi superiore a quello legale, la predeterminazione degli interessi moratori esclude l'esercizio dell'azione volta a ottenere il risarcimento del maggior danno.

Svolta questa breve premessa, occorre ora indagare circa la funzione degli interessi moratori legali e convenzionali, al fine di comprendere se possano esser considerati pene da inadempimento aventi origine rispettivamente nella legge e nell'autonomia privata.

Gli interessi legali moratori assolvono principalmente una funzione di risarcimento forfettario commisurato al tasso legale degli interessi. In altri termini, il legislatore presume che il creditore subisca un danno nell'adempimento tardivo delle obbligazioni pecuniarie e lo quantifica forfettariamente attraverso il tasso legale. La tesi che sostiene la funzione risarcitoria degli interessi legali è confermata anche dal dato letterale: non solo l'art. 1224 è rubricato "danni nelle obbligazioni pecuniarie" ma, ulteriormente, il secondo comma ammette che il creditore possa provare che il ritardo nell'adempimento gli abbia provocato un danno maggiore rispetto a quello risarcibile con gli interessi moratori al tasso legale.

Diversamente, parte della dottrina⁸⁴ sostiene che la fissazione di un saggio legale di interessi in maniera indipendente dalla prova dell'esistenza del danno (o di una sua

⁸³ A partire dal primo gennaio 2019 il tasso degli interessi legali è del 0.8%.

⁸⁴ MAZZARESE S., *Clausola penale*, cit., 233 ss; CICERO C., voce *Pena privata*, cit., 485 ss.

quantificazione) consenta di collocare gli interessi legali nella categoria delle pene private aventi origine nella legge.

Occorre invece svolgere una diversa riflessione per gli interessi convenzionali moratori, che sembrano poter esser ricondotti allo schema legale della clausola penale. Vi è infatti un accordo tra le parti finalizzato alla predeterminazione di un saggio di interesse che sarà dovuto nel caso di ritardato adempimento di un'obbligazione. La configurazione come clausola penale della determinazione convenzionale degli interessi è poi confermata dalla norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1224 c.c., secondo cui al creditore che dimostri di aver subito un danno maggiore non è dovuto l'ulteriore risarcimento se è convenuta la misura degli interessi moratori⁸⁵.

A parere di chi scrive si dovrebbe attribuire una funzione sanzionatoria sia agli interessi moratori legali sia a quelli convenzionali. Entrambe le categorie di interessi hanno sicuramente una caratteristica in comune: la loro operatività e quantificazione è indipendentemente dalla prova del danno. Pertanto, si ritiene questo un chiaro indice della volontà del legislatore di sanzionare il debitore che persiste nell'inadempimento anche in seguito alla costituzione in mora.

Siamo arrivati, a questo punto, a svolgere una riflessione su due peculiari fattispecie di mora, che si caratterizza per esser automatica, disciplinate rispettivamente dalla L. 18 giugno 1998, n. 192 e dal D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231. Con questi interventi legislativi è stata introdotta una disciplina specifica ed un saggio di interesse particolarmente elevato con l'obiettivo di tutelare soggetti considerati sul mercato in una posizione di inferiorità.

La legge 18 giugno 1998, n. 192 prevede la disciplina della subfornitura nelle attività produttive⁸⁶.

Possiamo distinguere due fattispecie di subfornitura⁸⁷. Con il contratto di subfornitura c.d. di lavorazione un imprenditore si impegna ad effettuare, per conto di una impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima. Mediante invece il contratto di subfornitura c.d. di prodotto o servizio, il subfornitore si impegna a fornire, all'impresa committente,

⁸⁵ Cass., 24 giugno 2001, n. 8481.

⁸⁶ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 73 ss.

⁸⁷ LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2011, 203.

prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso.

L'art. 3, comma 1, disciplina il termine di pagamento del prezzo della subfornitura che deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Il comma 3, in caso di mancato rispetto di tale termine, prevede che il committente debba al subfornitore – senza necessità di una formale costituzione in mora – un saggio di interesse particolarmente elevato⁸⁸. È fatta salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore.

La seconda fattispecie di mora che si vuole trattare riguarda invece il nuovo saggio legale di interesse moratorio previsto in materia di transazioni commerciali⁸⁹. Le Istituzioni Europee hanno emanato delle direttive finalizzate a contrastare i ritardi dei pagamenti delle transazioni commerciali⁹⁰. L'armonizzazione delle discipline nazionali si è resa necessaria poiché le differenze delle normative nazionali in tema di pagamento, nonché le prassi seguite dai singoli Stati, stavano ostacolando il buon funzionamento del mercato interno. A tal fine, a distanza di un decennio l'una dall'altra, sono state emanate le direttive 2000/35/CE⁹¹ e 2011/7/UE⁹² finalizzate a tutelare le imprese, in particolare quelle di piccole e di medie dimensioni.

In Italia le citate Direttive sono state recepite, rispettivamente, con il D.lgs. 231/2002⁹³ ed il successivo D.lgs. 192/2012⁹⁴. L'art. 4. disciplina i termini di

⁸⁸ L'art. 3, comma 3, legge 18 giugno 1998, n. 192, dispone: «In caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda i trenta giorni dal termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini». Il presente comma è stato modificato dal D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

⁸⁹ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 77 ss.

⁹⁰ Per «transazioni commerciali» si intendono le transazioni tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro pagamento di un corrispettivo.

⁹¹ Direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000 relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali.

⁹² Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁹³ D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in attuazione della Direttiva 2000/35/CE.

⁹⁴ D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, in attuazione della Direttiva 2011/7/UE.

pagamento che sono pari a trenta giorni a partire dal verificarsi di una serie di eventi specificati dalla disposizione. Per quanto concerne specificamente gli interessi moratori, il legislatore prevede che decorrano, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento. Il saggio degli interessi (art. 5) è quantificato in misura particolarmente elevata e deve esser corrisposto dal debitore (art. 3), salvo che dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Con gli interventi normativi descritti sinteticamente in precedenza il legislatore ha introdotto nuove fattispecie di mora automatica caratterizzate da un saggio legale notevolmente alto, con l'obiettivo di tutelare contraenti deboli sul mercato. La quantificazione di tali interessi indipendentemente dalla prova dell'esistenza (e della quantificazione di un danno), mostrano chiaramente una tendenza verso l'introduzione – in determinati settori – di sanzioni con funzione punitiva e deterrente nel nostro ordinamento⁹⁵.

4. Le sanzioni endoassociative

Nell'ambito delle pene negoziali suscitano particolare interesse le sanzioni comminabili nell'ambito dei rapporti associativi, in particolare con riguardo alle associazioni prive della personalità giuridica⁹⁶.

Sotto il profilo strutturale non si riscontrano particolari divergenze tra associazioni riconosciute e non, in quanto entrambe sono enti composti da un insieme di soggetti che, avvalendosi di un'organizzazione stabile e di un patrimonio, perseguono uno scopo comune. Pur essendo entrambi soggetti di diritto, come è noto, le associazioni non riconosciute si differenziano dalle associazioni con personalità giuridica

⁹⁵ RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004, 2, 556, ha sostenuto che l'art. 5 del D.lgs. 231/2002 abbia introdotto «una vera e propria sanzione civile punitiva o pena privata».

⁹⁶ GALGANO F., *Le associazioni le fondazioni i comitati*, Padova, 1996, 67 ss.; GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 104 ss.

principalmente sotto il profilo patrimoniale, in quanto dotate di autonomia patrimoniale imperfetta.

Il codice civile disciplina le associazioni non riconosciute negli artt. 36-38, nel titolo dedicato alle persone giuridiche. Sebbene il legislatore del 1942 abbia previsto per questi enti una disciplina normativa alquanto scarna e marginale rispetto alle associazioni riconosciute, poi nella realtà vi è stata una grandissima diffusione.

L'art. 36 c.c. prevede che l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute siano regolati dagli accordi tra i privati. Con questa disposizione il legislatore ha deciso di non dettare una disciplina specifica e concedere ampi spazi all'autonomia negoziale gli associati, affidando a questi ultimi l'organizzazione interna dell'ente.

Il funzionamento delle associazioni riconosciute è rimesso agli accordi tra gli associati e le scelte dei medesimi che saranno poi esplicitate e contenute nell'atto costitutivo e nello statuto.

Ai fini di questa trattazione occorre prestare attenzione alle sanzioni comminabili dagli organi associativi nei confronti dei privati qualora non rispettino le regole dell'associazione. Se un associato pone in essere una violazione possono essere previste a suo carico sanzioni eterogenee, tra cui le sanzioni pecuniarie, l'esclusione dell'associato, sospensione e privazione di diritti.

La dottrina è solita distinguere l'esclusione dell'associato dalle altre sanzioni.

L'esclusione dell'associato⁹⁷ è disciplinata espressamente dal codice civile. Il terzo comma dell'art. 24 c.c., applicabile anche alle associazioni non riconosciute⁹⁸, prevede che l'esclusione possa essere deliberata dall'assemblea solo in presenza di gravi motivi e che l'associato possa ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, in virtù dell'imperatività della norma, si debba considerare invalida un'esclusione priva di motivazione o insindacabile.

⁹⁷ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2006, 370 ss.; RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1940, 162; RESCIGNO P., *Un libro sulle pene delle associazioni private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1405 ss.

⁹⁸ Cass., 2 marzo 1973, n. 579.

L'esclusione è la risultante di un procedimento più o meno complesso che viene diversamente disciplinato delle associazioni. Solitamente viene prevista una fase istruttoria e una fase decisoria che si conclude con l'adozione della delibera di esclusione. Il codice civile assegna all'assemblea il potere di deliberare l'esclusione di un associato ma, essendo una disposizione derogabile, lo statuto dell'associazione potrebbe prevedere l'attribuzione di tale competenza ad altri organi⁹⁹. L'esercizio del diritto di esclusione *ex art. 24 c.c.* si può considerare esercizio della potestà disciplinare sui propri associati e, pertanto, la giurisprudenza ritiene sia necessaria la previa contestazione degli addebiti all'interessato¹⁰⁰.

La legge non prevede espressamente cause specifiche di esclusione, a differenza di quanto avviene per esempio nella normativa in tema di società di persone. L'unico riferimento contenuto nella legge è la clausola generale dei "gravi motivi". Si deve ritenere che neppure l'atto costitutivo debba contenere necessariamente le ipotesi in cui è legittimo escludere un associato e, qualora le contenesse, dovrebbero esser tali da qualificarsi come gravi motivi.

Occorre ora approfondire le problematiche inerenti la sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria dell'esclusione dell'associato¹⁰¹, nella quale assume particolare complessità la valutazione sulla motivazione dell'esclusione. Come detto in precedenza, il giudice deve verificare che l'esclusione dell'associato si fondi su "gravi motivi" e una tale valutazione deve necessariamente considerare il modo in cui gli associati hanno inteso questo concetto nella loro autonomia associativa.

Analizziamo fin dove può estendersi il sindacato del giudice innanzi al quale sia stata impugnata la deliberazione. L'autorità giudiziaria ha il potere di accertare che l'esclusione sia stata deliberata attraverso il rispetto della procedura stabilita dalla legge o nell'atto costitutivo dell'ente. Ha ulteriormente il potere di valutare, nel caso concreto, la sussistenza delle condizioni legali o statutarie in presenza delle quali il provvedimento in questione può esser adottato.

Secondo la giurisprudenza di legittimità occorre distinguere a seconda che, rispettivamente, l'atto costitutivo dell'associazione contenga o meno espressamente la specifica descrizione dei motivi ritenuti tanto gravi da giustificare l'esclusione

⁹⁹ Cass., 10 dicembre 1988, n. 6725; GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., 378.

¹⁰⁰ Cass., 24 ottobre 1969, n. 3490.

¹⁰¹ Cass., 9 settembre 2004, n. 18186.

dell'associato¹⁰². Nel primo caso il giudice dovrà controllare se nel caso di specie si siano verificati i fatti contemplati come causa di esclusione. Se invece l'atto costitutivo non contiene indicazioni specifiche in merito, il giudice dovrà valutare la "gravità" in relazione ai parametri e all'interesse dell'associazione di riferimento. Come affermato da autorevole dottrina¹⁰³, il giudice potrà valutare solo la legalità e non anche l'opportunità dell'atto di esclusione. In altri termini, non è ammesso un sindacato sulla politica generale dell'associazione¹⁰⁴, la quale può essere discrezionalmente determinata dall'ente ed è insindacabile.

Dopo aver descritto l'esclusione dell'associato quale unica "sanzione" prevista nel codice civile, occorre ora trattare le altre forme di sanzione che possono essere irrogate a carico degli associati che abbiano violato le regole dell'ente. Ogni associazione potrebbe prevedere nel proprio statuto sanzioni di vario genere, le quali trovano la propria fonte nell'incontro delle volontà degli associati.

Si possono distinguere¹⁰⁵ le sanzioni pecuniarie, le sanzioni privative di diritti e le sanzioni morali.

Per la descrizione e la comprensione dei limiti delle stesse occorre dare atto di un dibattito dottrinale piuttosto acceso in materia.

La dottrina¹⁰⁶ sembra concorde nel ricondurre le sanzioni endoassociative nella categoria delle pene private, essendo invece in discussione la loro natura contrattuale o non contrattuale.

Il fenomeno associativo costituisce un sistema di indagine particolarmente stimolante per quanto concerne la tematica delle pene private. Il dibattito dottrinale in materia di sanzioni endoassociative fa emergere soluzioni diversificate che concernono i limiti posti all'autonomia privata nei c.d. gruppi intermedi e la sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria degli atti dell'associazione. Si esporranno brevemente gli orientamenti principali in materia.

Una prima corrente di pensiero sostiene che le sanzioni associative dovrebbero essere considerate alla stregua di provvedimenti disciplinari, espressione di una potestà pubblicistica dell'associazione. Questa lettura c.d. istituzionalista si basa su

¹⁰² Cass., 4 settembre 2004, n. 17907.

¹⁰³ RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, cit., 169.

¹⁰⁴ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., 384.

¹⁰⁵ RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, cit., 170.

¹⁰⁶ PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.

una gerarchica nella quale al vertice è collocata l'associazione che ha il potere di comminare sanzioni nei confronti dei soci, quali soggetti ad essa subordinati¹⁰⁷. Tuttavia questo orientamento si può considerare superato in quanto, allo stato, il sistema sanzionatorio delle associazioni non riconosciute – così come tutto il suo ordinamento interno – trova la sua fonte nell'accordo tra gli associati che mal si concilia con questa visione istituzionalista dell'associazione.

Un'altra dottrina¹⁰⁸ sostiene che l'autonomia associativa sia assimilabile all'autonomia contrattuale e, di conseguenza, sia necessario applicare la normativa dettata in materia di contratto. I sostenitori di questa tesi qualificano l'esclusione dall'associazione quale forma di risoluzione per inadempimento del contratto. Anche le altre sanzioni endoassociative avrebbero natura contrattuale e, di conseguenza, sarebbero qualificabili come penali contrattuali¹⁰⁹ soggette alla disciplina di cui agli artt. 1382 ss. c.c. Questa concezione incide nell'individuazione dei limiti per la validità di tali sanzioni. In primo luogo non dovrebbero violare norme imperative, buon costume o ordine pubblico.

Secondo questa corrente di pensiero le sanzioni dovrebbero esser necessariamente patrimoniali in virtù del disposto di cui all'art. 1174 c.c. e coerentemente con la disciplina normativa dettata dagli artt. 1382 c.c. ss. In tal senso si dovrebbero considerare valide solo se suscettibili di valutazione economica, con conseguente esclusione delle sanzioni morali. Ulteriormente si è argomentato che queste ultime, seppure accettate dall'associato in virtù della sua adesione al contratto, siano da reputare invalide poiché incidono su diritti della personalità – quali ad esempio l'onore o la reputazione dell'associato – che sono per loro natura indisponibili¹¹⁰.

Secondo un terzo orientamento¹¹¹ il fenomeno associativo è considerato una espressione dell'autonomia privata ma, per le peculiarità che lo contraddistinguono, è da considerare separatamente rispetto all'autonomia contrattuale. L'associazione,

¹⁰⁷ BUSNELLI F. D. – PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, 251 ss.

¹⁰⁸ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., 388; GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 171; Diversamente BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.

¹⁰⁹ Contra BASILE M., *Le pene private nelle associazioni*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 190.

¹¹⁰ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., 370.

¹¹¹ In tal senso RESCIGNO P., *La giustizia interna nelle associazioni private*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 122 ss.; BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 58; BASILE M., *Le pene private nelle associazioni*, cit., 189 ss.; BASILE M., voce *Associazione*, III) *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988.

così come disciplinata dalla Costituzione, sembra possa godere di un'ampia autonomia che non pare possa esser limitata attraverso l'applicazione delle disposizioni civilistiche in materia di contratto¹¹².

Questa corrente di pensiero si basa in particolare sulla lettura combinata degli artt. 36 c.c. e dell'art 18 della Costituzione¹¹³.

Il legislatore ha attribuito una estesa autonomia ai membri delle associazioni non riconosciute i quali, attraverso gli accordi interni, sono liberi di regolare l'ordinamento interno e l'amministrazione dell'associazione alla quale appartengono. Si potrebbe dunque ritenere che il potere degli associati di prevedere un sistema di sanzioni (aventi una funzione punitiva) e di irrogarle nei confronti di un membro trovi la propria legittimazione direttamente nell'art. 36 c.c.

Quest'ultimo, così come tutte le disposizioni di legge ordinaria, deve esser poi interpretato in modo conforme alla Costituzione.

Viene in rilievo prima di tutto l'art. 18 della Costituzione, che espressamente prevede la libertà dei cittadini di associarsi liberamente. La norma contenuta nella disposizione citata pone limiti precisi alla libertà di associazione: il divieto di associarsi per perseguire fini che siano vietati ai singoli dalla legge penale, proibisce le associazioni segrete e quelle che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Ulteriori limiti all'autonomia associativa sono riscontrabili poi nell'art. 2 della Costituzione, nella parte in cui vengono garantiti i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo.

Saranno dunque inammissibili «non solo le sanzioni endoassociative (eventualmente morali), incidenti sui diritti inviolabili dell'associato, spesso indisponibili, ma altresì quelle “atipiche”, o manifestamente eccessive¹¹⁴».

¹¹² BASILE M., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 191.

¹¹³ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 58; BASILE M., *Le pene private nelle associazioni*, cit., 189 ss.

¹¹⁴ La conclusione è di BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 60.

5. Il diritto di famiglia

Una riflessione che riguarda la responsabilità nel diritto di famiglia merita una premessa, senza pretese di esaustività, sull'illecito endofamiliare.

Come è noto, fino a tempi recenti, la vittima di una violazione di doveri familiari non poteva ottenere una tutela risarcitoria. Il sistema giuridico familiare veniva considerato completo e, pertanto, per tali violazioni venivano applicati unicamente rimedi specifici previsti dal diritto di famiglia (si pensi, ad esempio, alla separazione con addebito *ex art. 151, comma 2, c.c.*). Nel decennio scorso la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate circa la possibilità che la violazione dei doveri che nascono dal matrimonio potesse dar luogo al risarcimento del danno extracontrattuale. Soprattutto grazie alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., la questione è stata risolta positivamente ed attualmente si riconosce la c.d. responsabilità endofamiliare nei confronti del coniuge che abbia subito un danno ingiusto. Il risarcimento del danno può essere accordato se un coniuge pone in essere una condotta contraria ai doveri nascenti dal matrimonio che abbia provocato la lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico. Naturalmente, anche in ambito familiare, la tutela risarcitoria è necessariamente subordinata alla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

Come ha osservato attenta dottrina¹¹⁵, dalla casistica giurisprudenziale emerge come il giudizio a titolo di responsabilità sugli illeciti endofamiliari, più di altri, si caratterizzi per la rilevanza che spesso assume la gravità della condotta ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno.

Mettendo da parte per un momento la responsabilità civile nelle relazioni familiari, si vuole ora riflettere sul tema delle pene private. In altri termini, ci si domanda se l'ordinamento giuridico si limiti a tutelare la vittima in via risarcitoria o se, ulteriormente, preveda istituti diretti a sanzionare colui che ha commesso una violazione in ambito familiare¹¹⁶.

¹¹⁵ CENDON P., GAUDINO L., *Gli illeciti di dolo*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 1988, 389; CENDON P., voce «*Dolo (intenzione nelle responsabilità extracontrattuale)*», in *Digesto disc. civ.*, VII, Torino, 1991, 29 ss.; VIANA A., voce «*Illeciti di dolo*», in *Digesto disc. civ.*, IX Agg., Torino, 2014.

¹¹⁶ BUSNELLI F. D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, cit., 252 ss., dedicano una parte della monografia alla pena privata nel diritto di famiglia ed evidenziano come nel tempo siano diminuite le

A tal proposito è doveroso una riflessione sugli artt. 129 *bis* del codice civile e 709 *ter* del codice di procedura civile¹¹⁷.

L'art. 129 *bis* c.c. prevede che il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio sia tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede – qualora il matrimonio sia annullato – una congrua indennità. La disposizione specifica che l'indennità sia dovuta anche in assenza della prova del danno sofferto e che debba comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. Ulteriormente, costui dovrà prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, ove non vi siano altri obbligati.

Da ultimo, l'art. 129 *bis* disciplina la responsabilità del terzo qualora, con il suo comportamento, abbia determinato o concorso a determinare – con un coniuge – la nullità matrimoniale. Nella prima ipotesi sarà tenuto a corrispondere al coniuge di buona fede la stessa indennità cui sarebbe tenuto il coniuge in mala fede (art. 129 *bis*, comma 2), nella seconda ipotesi sarà solidamente responsabile con il coniuge per il pagamento della suddetta indennità (art. 129 *bis*, comma 3).

La disposizione precedentemente esplicita è stata introdotta nel codice civile con la riforma del diritto di famiglia del 1975¹¹⁸. Questa norma sembrerebbe avere un carattere punitivo in quanto l'obbligo di pagare la somma a titolo di indennità nasce in capo al coniuge in mala fede a prescindere dalla prova di un qualsiasi danno verificatosi nella sfera giuridica dell'altro coniuge¹¹⁹.

Tuttavia, questa concezione sanzionatoria non è pacifica. Emerge immediatamente all'occhio dell'interprete che il legislatore utilizza il termine

fattispecie punitiva in questo settore del diritto privato. A tal proposito hanno ricordato, ad esempio, come la riforma del diritto di famiglia abbia «sbiadito la coloratura sanzionatoria della decadenza della patria potestà» (art. 330 c.c.). Ulteriormente, il superamento della visione della separazione personale basato sulla colpa di uno dei coniugi con conseguente introduzione del concetto di addebitabilità (art. 151 c.c.).

¹¹⁷ Sul tema, si vedano SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazioneDirittocivile.it, Marzo, 2018; CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'european tort law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, I, 145; LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, 1474B; NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 929.

¹¹⁸ Prima dell'introduzione dell'art. 129 *bis* c.c., era già presente l'art. 139 c.c. che – nel testo normativo antecedente alla riforma del 1975 – prevedeva un'indennità al coniuge ingannato che prescindeva dalla prova specifica del danno sofferto.

¹¹⁹ MARTIC., *L'art. 129-bis e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli – Scalfi, Milano, 1985, 209 ss.; BUSNELLI F. D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, cit., 253.

“indennità” e stabilisce una predeterminazione minima del suo ammontare¹²⁰, corrispondente al mantenimento per tre anni. Ulteriormente, la dottrina ha evidenziato un carattere risarcitorio della norma, argomentando sul fatto che si basi su una chiara esigenza di tutela del coniuge di buona fede per il danno che si presume aver subito.

Tuttavia si potrebbe ritenere che la funzione sanzionatoria e risarcitoria non siano incompatibili e potrebbero essere entrambe presenti.

Sempre in ambito familiare la legge 54/2006 ha introdotto nel nostro ordinamento l’art. 709 *ter* c.p.c., che disciplina la soluzione delle controversie insorte tra i genitori inerenti l’esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento.

In particolare, il secondo comma attribuisce determinati poteri al giudice in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Il giudice può innanzitutto ammonire il genitore inadempiente (n. 1). Alternativamente o congiuntamente, può disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore (n. 2) e/o nei confronti dell’altro (n. 3). Ulteriormente, il giudice può condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende (n. 4).

Tra i rimedi tipizzati dal secondo comma dell’art. 709 *ter* c.p.c., se non vi sono dubbi circa la natura sanzionatoria del provvedimento di ammonizione (n. 1) e della sanzione pecuniaria (n. 4), risulta invece controversa la natura delle pronunce di condanna al risarcimento dei danni previsto nei punti 2 e 3¹²¹.

Dall’analisi della giurisprudenza emerge come siano stati sostenuti orientamenti contrapposti.

¹²⁰ BUSNELLI F. D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, cit., 254, evidenziano la diversità dell’indennità *ex art.* 129 *bis* c.c. e le altre previste dal codice civile, per le quali al giudice ha il potere di stabilire caso per caso l’ammontare ritenuto congruo secondo parametri prestabiliti (art. 2047 c.c.) o criteri equitativi (art. 2045 c.c.).

¹²¹ LA ROSA E., *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall’art. 709 ter c.p.c., i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 64; SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 3, 289.

Secondo una parte della giurisprudenza¹²² tale risarcimento del danno costituisce una forma di danno punitivo e ha una chiara finalità sanzionatoria e deterrente.

In numerose sentenze di merito è emersa una configurazione di questo orientamento che allontana questo rimedio risarcitorio dal paradigma della responsabilità civile, affermando che il giudice possa condannare al risarcimento di cui al secondo comma nn. 2 e 3 indipendentemente dall'accertamento degli elementi richiesti dagli artt. 2043 e 2059 c.c. Di conseguenza, sono state emesse sentenze di condanna al risarcimento di cui trattasi sulla base del mero accertamento della gravità della condotta (senza alcuna indagine circa l'esistenza e l'entità del danno)¹²³.

Secondo altro orientamento giurisprudenziale¹²⁴ invece questo rimedio risarcitorio avrebbe natura compensativa, in quanto il dato letterale non contiene un riferimento esplicito che consenta al giudice di liquidare danni punitivi. In quest'ordine di idee, in assenza di un'espressa indicazione del legislatore, tale risarcimento potrebbe esser accordato soltanto qualora il danneggiato riuscisse a provare il danno subito.

Appare maggiormente condivisibile un orientamento intermedio espresso dalla giurisprudenza di merito¹²⁵ secondo la quale il risarcimento previsto dall'art. 709 *ter*, punti 2 e 3, assolverebbe a molteplici funzioni in quanto orientato alla punizione, alla riparazione del danno, nonché ad esercitare un effetto dissuasivo. Da questa polifunzionalità discende che il danneggiato, al fine di ottenere il risarcimento, dovrà comunque provare il pregiudizio da lui subito ed il nesso di causalità tra il danno e il comportamento illecito.

¹²² Nella giurisprudenza di legittimità, la funzione sanzionatoria dell'art. 709 *ter* c.p.c., emerge da Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978 e da Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

¹²³ Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Messina, 8 ottobre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 409, con nota di PARDOLESI P., *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*; Trib. Messina, 8 ottobre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 60 ss., ha affermato testualmente che: «Il risarcimento del danno previsto dai punti 2 e 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce una forma di *punitive damages* ovvero di sanzione privata non riconducibile al paradigma degli artt. 2043-2059 c.c.».

¹²⁴ Trib. Varese, 7 maggio 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 472, secondo il quale «mancando un referente normativo nell'enunciato *ex art. 709-ter* c.p.c. il giudice non può desumere l'illecito punitivo mediante ricorso all'interpretazione, preclusa in tal senso dalla necessità che i danni punitivi, nell'ordinamento italiano, siano espressamente previsti dalla Legge».

¹²⁵ Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1033, secondo il quale «con il regime delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., il legislatore ha inteso introdurre strumenti di coazione e di forte efficacia dissuasiva al procrastinarsi dell'inadempimento, inducendo la parte a un comportamento "virtuoso". Tuttavia, a differenza delle misure dell'ammonimento e della sanzione pecuniaria – ove si denota unicamente tale natura – il rimedio del risarcimento del danno è caratterizzato da duplice natura e finalità, trattandosi sia di mezzo di coazione volto a far cessare il comportamento illecito del genitore, sia di mezzo di reintegrazione di un grave pregiudizio, posto che non può darsi risarcimento senza una lesione della sfera personale».

6. La riparazione pecuniaria prevista nel caso di diffamazione a mezzo stampa

La realizzazione di un fatto di reato comporta conseguenze sanzionatorie anche sul piano civilistico le quali sono disciplinate nel libro primo, titolo VII del codice penale. I principali rimedi sono previsti in via generale nell'art. 185 c.p.: il primo comma dispone che ogni reato obblighi alle restituzioni (a norma delle leggi civili) mentre il secondo comma prevede l'obbligo del risarcimento del danno qualora il reato abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale.

Nell'ambito delle conseguenze che discendono dal reato il nostro ordinamento prevede poi una peculiare sanzione di natura civilistica, c.d. riparazione pecuniaria, dovuta nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa. Il legislatore ha dunque ritenuto che l'apparato rimediale civilistico previsto in via generale per gli altri reati non fosse sufficiente per offrire una tutela effettiva dei diritti lesi da questa fattispecie di reato.

Premessa la natura civile di questa sanzione¹²⁶, vediamo ora quali siano le sue peculiarità normative e le funzioni da essa svolte¹²⁷.

Tale riparazione pecuniaria – la cui disciplina si rinviene nell'art. 12 della legge sulla stampa¹²⁸ – è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. La lettera della legge specifica che questa somma di denaro sia dovuta in aggiunta al risarcimento dei danni *ex art. 185 c.p.* e, di conseguenza, fa intendere che si tratti di una sanzione che determina un'estensione della responsabilità civile a vantaggio della persona offesa.

¹²⁶ Sembra ormai superato l'orientamento di Cass., 29 ottobre 1965, n. 2300, che aveva sostenuto che la riparazione pecuniaria *ex art. 12 l. 47/1948* fosse una sanzione destinata a rafforzare la repressione penale e, dunque, inscindibilmente collegata con la pena. Attualmente si ritiene di poter collocare pacificamente tale sanzione nell'apparato rimediale civilistico.

¹²⁷ Sul tema BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 138 ss.; PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007.

¹²⁸ Legge 8 febbraio 1948, n. 47.

La funzione della riparazione pecuniaria è dibattuta, vi è un orientamento¹²⁹ che sostiene la funzione risarcitoria mentre un'altra corrente di pensiero¹³⁰ pone l'accento sulla funzione deterrente-punitiva della sanzione in questione.

Dai criteri indicati per la determinazione della riparazione pecuniaria si evince come l'intento del legislatore sia stato quello di disciplinare, attraverso una disposizione speciale, una sanzione particolarmente afflittiva nei confronti dei responsabili della diffamazione a mezzo stampa.

Si può pertanto qualificare questa sanzione, così come confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità¹³¹, pena privata derivante da fatto illecito. La riparazione pecuniaria si aggiunge, senza sostituirsi, al risarcimento del danno e costituisce uno speciale strumento sanzionatorio previsto per offrire una più efficace tutela rimediabile nell'ipotesi di lesione di diritti della personalità, costituzionalmente garantiti, quali il diritto all'onore e alla reputazione degli individui.

7. L'art. 96, comma 3, c.p.c. e l'abuso del processo

Ai fini della presente indagine risulta particolarmente interessante una riflessione sulla responsabilità disciplinata nel codice di procedura civile, al fine di comprendere se possano ravvisarsi o meno profili punitivi.

Ancor prima di analizzare le specifiche disposizioni, si vuole inquadrare la responsabilità processuale in generale poiché in dottrina sono state sostenute teorie contrapposte. Il primo orientamento¹³² si basa sulla scissione della responsabilità processuale rispetto a quella civile, collocando l'illecito processuale al di fuori del sistema previsto dal codice civile in materia di responsabilità extracontrattuale. Il

¹²⁹ Cass., 13 aprile 1989, in *Dir. inf.*, 1990, 482.

¹³⁰ CENDON P., *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, 886 ss.; BUSNELLI F. D. – PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, cit., 257; PARDOLESI P., *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2011, I, 540 ss.

¹³¹ Cass., 26 giugno 2007, n. 14761; Cass. 12 dicembre 2017, n. 29640; la funzione sostanzialmente sanzionatoria del rimedio è evidenziata anche da Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, cit., e Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

¹³² CALVOSA C., *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, 378 ss.

secondo indirizzo¹³³, al contrario, considera l'unicità del sistema giuridico civilistico (sostanziale e processuale) in quanto fondato su principi comuni; in linea con quest'ultima corrente di pensiero una parte della dottrina riconduce la responsabilità processuale all'art. 2043 c.c. mentre un'altra parte la considera un'ipotesi di responsabilità speciale.

Nel codice di procedura civile, all'art. 96, il legislatore ha disciplinato le ipotesi in cui la parte agisce o resiste nel processo con mala fede o colpa grave, prevedendo l'ipotesi della responsabilità aggravata.

La norma contenuta nel suddetto articolo sanziona la c.d. lite temeraria, che si ha quando una parte propone una domanda/eccezione in giudizio nonostante sia consapevole della sua infondatezza (mala fede) o nonostante potesse acquisire tale consapevolezza con un minimo di diligenza (colpa grave). Questo suo agire costringe la controparte a partecipare a un processo privo di fondamento e, per questa ragione, viene considerato un comportamento illecito e sanzionato con una responsabilità aggravata. La lite temeraria è connessa con la violazione degli obblighi di correttezza processuale e, ai fini della condanna, è necessaria la totale soccombenza e l'esistenza del danno.

Per quanto di interesse in questa trattazione, assume particolare importanza la norma contenuta nel terzo comma¹³⁴ che concede al giudice la facoltà di condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata¹³⁵. Per la suddetta condanna non è necessaria un'espressa domanda di parte, poiché il giudice può esercitare questo potere anche d'ufficio.

Nonostante qualche pronuncia contraria della giurisprudenza di merito¹³⁶, si deve ritenere che la condanna *ex art. 96, c. 3, c.p.c.* presupponga l'accertamento della

¹³³ BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 773 ss.

¹³⁴ L'articolo 96, comma 3, c.p.c. è stato introdotto dall'art. 45, comma 12, legge 18 giugno 2009, n. 69.

¹³⁵ Cass., 30 novembre 2012, n. 21570, in tema di misura del danno *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, afferma che la disposizione non fissa alcun limite quantitativo e, pertanto, la determinazione giudiziale deve osservare il criterio equitativo con il solo limite della ragionevolezza.

¹³⁶ Nella giurisprudenza di merito: Trib. Terni, 13 ottobre 2011, n. 782, secondo il quale l'applicazione *ex officio* della fattispecie di responsabilità *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, si fonda unicamente sulla soccombenza connotata da una condotta soggettivamente censurabile e sulla sussistenza di un pregiudizio della parte vittoriosa connesso eziologicamente all'abuso del processo da parte della controparte; contrariamente: Trib. Verona, 13 agosto 2011, evidenzia che il presupposto

responsabilità aggravata; di conseguenza, la parte soccombente può esser condannata al pagamento della somma equitativamente determinata solo previo accertamento della sua mala fede o colpa grave¹³⁷.

L'interprete di questa norma¹³⁸ si domanda quale sia la natura giuridica di questa condanna; più specificamente, ci si chiede se abbia una funzione risarcitoria – e sia riconducibile allo schema della responsabilità aquiliana – ovvero se abbia una funzione sanzionatoria.

La Corte costituzionale¹³⁹ ha risposto a questo quesito e – sulla base dei lavori preparatori e degli elementi lessicali della disposizione – ha confermato l'orientamento maggioritario¹⁴⁰, concludendo a favore della natura sanzionatoria della stessa. Testualmente, ha affermato che questa disposizione abbia «natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente sanzionatoria, con finalità deflattive».

Nonostante la dottrina maggioritaria abbia accolto con favore il principio di diritto contenuto nella sentenza, vi è stato chi ha continuato a ritenere che il suddetto rimedio abbia natura risarcitoria. Autorevole dottrina¹⁴¹ ha affermato che non si possa attribuire natura sanzionatoria ad una prestazione pecuniaria comminata in

per l'applicazione della misura sanzionatoria *ex art. 96 c.p.c.* è che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

¹³⁷ Cass., 30 novembre 2012, n. 21570, afferma che la condanna *ex art. 96*, comma 3, c.p.c. presuppone l'accertamento della colpa grave o del dolo poiché la relativa previsione è inserita nella disciplina della responsabilità aggravata e perché agire in giudizio per far valere una pretesa infondata non può esser considerata una condotta di per sé rimproverabile.

¹³⁸ Hanno trattato il tema del rapporto tra l'art. 96, comma 3, c.p.c. e i danni punitivi: LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, cit., 1474B; FRANZONI M., *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1063B; DE LUCIA S., *Percorsi di giurisprudenza – La lite temeraria tra indennità e sanzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 212.

¹³⁹ Corte cost., 1 giugno 2016, n. 152; merita una riflessione la questione analizzata dalla Corte costituzionale che concerne i destinatari delle sanzioni pecuniarie. Nonostante qualche disposizione (ad esempio il D.lgs. 7/2016 e l'art. 709-ter c.p.c.) imponga la devoluzione del ricavato alla Cassa delle Ammende, si può notare come la maggior parte dei rimedi sanzionatori previsti nel codice civile e nel codice di procedura civile vedano il soggetto danneggiato come destinatario delle somme. A tal proposito, la Corte costituzionale, dopo aver attribuito natura sanzionatoria allo strumento *ex art. 96*, comma 3, c.p.c., ha confermato la legittimità costituzionale della sanzione pecuniaria, ritenendo ragionevole la condanna al pagamento della somma di denaro in favore della parte vittoriosa anziché dello Stato. Nella motivazione la Corte evidenzia la possibilità del legislatore di individuare liberamente il soggetto beneficiario di una misura sanzionatoria, «non essendo costituzionalmente vincolato nella sua discrezionalità».

¹⁴⁰ FRANZONI M., *La lite temeraria e il danno punitivo*, cit., 1063B; Trib. Napoli, 4 novembre 2013 in *Gazzetta Forense* 2014, 5, 84.

¹⁴¹ Anteriormente alla pronuncia della Corte costituzionale BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 780; posteriormente, sempre BIANCA M., *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018.

base alla mera soccombenza e non in relazione a violazioni di legge; sarebbe pertanto contrario al principio di legalità una lettura della disposizione che attribuisca al giudice il potere discrezionale di condannare a una sanzione punitiva solo in ragione della soccombenza processuale.

Non si ritiene di poter condividere queste conclusioni e si vuole pertanto sostenere l'orientamento¹⁴² volto a intravedere la funzione punitiva del rimedio di cui all'art. 96, c.p.c.

Si riporta pertanto il pensiero della Corte di cassazione che emerge da una recente pronuncia: «Nessuna responsabilità oggettiva, dunque, per l'uso del processo sfociato in un esito sfavorevole, bensì un vero e proprio illecito, cui consegue una pena, che rimane tale anche se pena privata: e la pena privata altro non è che l'istituto del c.d. danno punitivo, così qualificato originariamente negli ordinamenti anglosassoni e così ora ufficialmente accolto – in quanto preesistente seppure con qualifica diversa e comunque avvolto nella riserva di legge – nell'ordinamento italiano¹⁴³».

Alla luce di quanto è emerso, siamo giunti ora ad accennare un ultimo profilo. Lo strumento sanzionatorio previsto dall'art. 96, comma 3, c.p.c., persegue una finalità punitiva e pertanto, come meglio si analizzerà nel prosieguo della trattazione, vi è la necessità che si fondi su una disposizione di legge che garantisca i principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità della sanzione.

Di recente la Corte costituzionale¹⁴⁴ è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c. con riferimento all'art. 23 della Costituzione. Il Tribunale ordinario di Verona ha ritenuto che la disposizione del codice di procedura civile sia in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, nel prevedere la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, non stabilisce né l'entità minima né quella massima della somma oggetto di condanna. La Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata dal giudice rimettente, sostenendo che l'art. 96, comma 3, c.p.c. rispetti la riserva di legge nella misura in cui assegna al giudice il compito di quantificare la

¹⁴² PORRECA P., *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra ristoro e sanzione*, in *Foro it.*, 2010, I, 2242, secondo cui «il fatto che le somme debbano essere versate a favore della controparte [...] conferma che si tratta di danno, che svolge, come sempre, funzione sia ristorativa sia deterrente sia sanzionatoria».

¹⁴³ Cass., 30 marzo 2018, n. 7901; la funzione sanzionatoria dell'art. 96, comma 3, c.p.c. emerge anche da Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, cit., e Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

¹⁴⁴ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

somma a favore della parte vittoriosa sulla base del criterio equitativo. Questa è considerata una sufficiente base legale in quanto il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti giuridici, ha fatto affidamento sull'attività di maieutica di formazione del diritto vivente svolta dalla giurisprudenza, la quale può specificare il precetto legale. Ed invero, la Corte di cassazione si è espressa più volte con riferimento all'art. 96, comma 3, c.p.c., precisando che il rinvio all'equità richiama il criterio di proporzionalità secondo le tariffe forensi, con la conseguenza che la somma oggetto di condanna va rapportata alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa.

Secondo quanto espresso dalla Corte costituzionale il richiamo all'equità può costituire una base valida per la determinazione dell'ammontare della sanzione ex art. 96, comma 3, c.p.c. Tuttavia le motivazioni espresse in questa sentenza non appaiono del tutto convincenti.

Pertanto, in conclusione, ci si interroga sul rapporto tra l'equità e le sanzioni punitive. Più specificamente, ci si chiede se sia davvero sufficiente l'attribuzione al giudice del potere di quantificare una sanzione punitiva, ovvero, al contrario, se sia necessario che il legislatore indichi precisamente quali debbano essere i criteri per la determinazione del *quantum* della condanna.

Al fine di garantire la certezza del diritto nel settore della responsabilità civile, si ritiene che le condizioni e i limiti quantitativi di tali sanzioni dovrebbero esser sempre stabiliti dalla legge poiché una discrezionalità troppo ampia in capo ai giudici rischia di determinare imprevedibilità delle decisioni e sproporzionalità delle condanne.

8. La retroversione degli utili

Si vuol procedere con una riflessione relativa all'arricchimento che deriva dal fatto illecito.

Come è noto, le norme generali in materia di risarcimento da fatto illecito prevedono che quest'ultimo debba corrispondere, ai sensi del rinvio operato dall'art. 2056 c.c., alla perdita subita ed al mancato guadagno del danneggiato. Il principio

dell'integralità del risarcimento comporta che l'ammontare dello stesso debba essere equivalente rispetto all'entità del danno, né superiore né inferiore.

Questa regola risulta però inidonea a fronteggiare quelle ipotesi nelle quali l'autore dell'illecito consegua profitti maggiori rispetto all'entità del danno subito dal danneggiato. In tale caso, infatti, il danneggiante sarebbe obbligato a risarcire una somma inferiore rispetto al guadagno ottenuto, potendo conservare l'eccedenza.

L'ordinamento giuridico non dovrebbe permettere a un qualsiasi soggetto di arricchirsi mediante il compimento di un atto illecito e, per tale motivo, in tali casi si deve constatare l'insufficienza del rimedio risarcitorio¹⁴⁵.

Nel nostro ordinamento non è presente una disposizione normativa generale che offra una soluzione a questa problematica e, per tale motivo, la dottrina e la giurisprudenza¹⁴⁶ hanno cercato soluzioni per colmare questa lacuna. Autorevoli autori hanno ritenuto che potessero applicarsi in questa ipotesi le disposizioni previste per diversi istituti giuridici quali ad esempio l'arricchimento senza causa (artt. 2041 - 2042 c.c.), la gestione di affari altrui (art. 2032 c.c.) o la disciplina sulla restituzione dei frutti (art. 1148 c.c.)¹⁴⁷.

Tra le molteplici soluzioni prospettate, la dottrina maggioritaria suggerisce di utilizzare l'arricchimento senza causa¹⁴⁸ ex artt. 2041-2042 c.c. per fronteggiare le ipotesi di arricchimento da fatto illecito. Tuttavia, se si analizzano i requisiti previsti dal codice civile, si potrebbe concludere con l'impossibilità di applicare la disciplina codicistica se non derogando alcune disposizioni o comunque forzando l'interpretazione delle stesse. Si pensi alla norma che prevede che l'indennizzo non possa superare la misura dell'impoverimento o a quella che richiede che l'arricchimento sia privo di causa. Oppure, ancora, si pensi al carattere sussidiario dell'azione (art. 2042 c.c.) che impone possa essere esercitata unicamente in assenza di ulteriori rimedi a tutela dell'impoverito.

¹⁴⁵ TRIMARCHI P., voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 109.

¹⁴⁶ Si veda Cass., S.U., 16 luglio 2008, n. 19499.

¹⁴⁷ TRIMARCHI P., voce *Illecito (dir. priv.)*, cit., 110.

¹⁴⁸ Sul tema GALLO P., voce *Arricchimento senza causa*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2011; CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 628 ss.; NICOLUSSI A., *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 Trips*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1003; si veda in particolare CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss., il cui pensiero ha influenzato in maniera determinante la redazione dell'art. 125 c.p.i.

Nei sistemi di *common law* è previsto un apposito strumento, il c.d. *disgorgement*, utilizzato per fronteggiare le ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito. L'istituto giuridico del *disgorgement*¹⁴⁹ consente al danneggiato di ottenere un risarcimento il cui ammontare sia determinato non dalla perdita subita ma dall'entità dei profitti ottenuti dall'autore del fatto illecito.

La funzione dell'istituto è duplice: da un lato è finalizzato alla punizione del soggetto che trae profitto dal compimento di un fatto illecito (finalità punitiva) mentre dall'altro è volto ad impedire che altri soggetti siano incentivati dal compimento di condotte analoghe (finalità preventiva).

Nel nostro ordinamento giuridico è stata disciplinata la c.d. retroversione degli utili, che potrebbe essere considerata un'ipotesi di *disgorgement*. La normativa è prevista in materia di proprietà intellettuale, cioè in quel sistema che racchiude le norme e i principi giuridici del diritto industriale e del diritto di autore. L'insieme degli istituti giuridici disciplinati in questa area del diritto sono finalizzati alla tutela del diritto di esclusiva del titolare di un bene immateriale.

In esecuzione della direttiva 2004/48/CE¹⁵⁰, il D.lgs. 16 marzo 2006 n. 140 (c.d. decreto *enforcement*) ha modificato l'art. 125 del codice della proprietà industriale e l'art. 158 della legge sul diritto di autore. Si vogliono analizzare entrambe le disposizioni.

Il codice della proprietà industriale (D. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) disciplina all'art. 125¹⁵¹ il risarcimento del danno (primo comma) e la restituzione dei profitti dell'autore della violazione (terzo comma).

¹⁴⁹ PARDOLESI P., voce *Disgorgement*, in *Enc. giur.*, 2005; Pardolesi P., *Vorrei ma...sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto privato comparato* (a cura di P. Parlolesi), Bari, 2011, 15 ss.; PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012; PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Il dir. ind.*, 2012, 2 133; CARLEO R., *False endorsement e disgorgement*, in *I contratti*, 2013, 5, 493 ss.

¹⁵⁰ Di particolare interesse per questa trattazione è l'art. 13, in tema di "risarcimento del danno"; PERSANO F., *L'ammissibilità dei danni punitivi ai sensi della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale: il caso SFP C. OTK*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1566, commenta una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia Ue (Corte giust. UE, Sez. V, 25 gennaio 2017, causa C-367/2015) che fornisce chiarimenti sull'interpretazione dell'art. 13, par. 1, lett. b), della Direttiva 2004/48/CE.

¹⁵¹ Per la ricostruzione della genesi della norma e della sua evoluzione FLORIDIA G., *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Il dir. industriale*, 2012, 1, 5; ulteriormente, si veda NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, 323B ss.

L'art. 125, comma 1, per la determinazione del risarcimento del danno rinvia alle disposizioni del codice civile (artt. 1223, 1226 e 1227). La disposizione prevede che il giudice debba tenere in considerazione per la liquidazione del danno «tutti gli aspetti pertinenti» tra i quali vengono indicati i «benefici realizzati dall'autore della violazione».

Il terzo comma dell'art. 125 prevede invece che il titolare del diritto leso possa chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore dell'illecito, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento.

Vediamo dunque che la misura del profitto viene considerata due volte nell'art. 125 e con funzioni diverse: nel primo comma è indice per quantificare il danno in funzione risarcitoria mentre nel terzo comma è oggetto di restituzione.

Analogo discorso vale per l'art. 158 della legge sulla protezione del diritto di autore (L. 22 aprile 1941, n. 633). In riferimento al risarcimento del danno dovuto al danneggiato prevede che vada liquidato secondo gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. e prevede che il lucro cessante debba esser valutato dal giudice «anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto» ai sensi dell'art. 2056, comma 2, c.c. (con equo apprezzamento delle circostanze del caso).

L'ultima parte del secondo comma dell'art. 158 prevede poi che il giudice possa «liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero potuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto».

Da ultimo si vuol fare un riferimento all'art. 187 *undecies*, del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 previsto in materia di intermediazione finanziaria. Il secondo comma dell'art. 187 *undecies*, dispone che, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, la Consob possa costituirsi parte civile e richiedere la condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di riparazione dei danni derivanti dal reato di integrità del mercato. Il giudice nel determinare – anche equitativamente – l'entità di questa somma di denaro dovrà tenere comunque in considerazione l'offensività del fatto, le qualità del colpevole e l'entità del prodotto o del profitto conseguito nel reato. Ancora una volta dunque il legislatore prevede che il profitto dell'illecito debba essere indice di quantificazione del risarcimento dei danni.

L'interprete si è chiesto quale sia la natura giuridica della retroversione degli utili e del risarcimento del danno quantificato in relazione ai profitti dell'autore dell'illecito.

Secondo un orientamento, recentemente confermato anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, avrebbe una funzione deterrente e sanzionatoria¹⁵².

Secondo altra corrente di pensiero, non si potrebbe attribuire a tale rimedio una funzione punitiva. In tal senso, la dottrina¹⁵³ ha affermato che la disciplina contenuta nell'art. 125 c.p.i. non sembrerebbe introdurre un danno punitivo quanto piuttosto, attraverso la restituzione degli utili, un rimedio adeguato per tutelare la vittima dell'illecito in modo effettivo.

Un'indicazione nella medesima direzione è offerta dalla Direttiva 2004/48/CE, la quale espressamente afferma che la finalità della disciplina disposta dal legislatore comunitario non è quella di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato su una base obiettiva¹⁵⁴.

In conclusione, occorre focalizzare l'attenzione sulla rilevanza di questo istituto nell'ambito dei rimedi contro l'illecito. Il quadro normativo evidenzia come la scelta del legislatore, per ora, sia stata quella di introdurre l'istituto giuridico della retroversione degli utili soltanto in determinati settori. In termini di effettività della tutela giuridica, ci si domanda se l'attuale regolamentazione sia sufficiente ovvero se sia necessaria una applicazione più diffusa di questo strumento.

Per rispondere a questo quesito si deve considerare il risarcimento dei danni, così come attualmente previsto, e verificare se esso sia un rimedio sanzionatorio adeguato per fronteggiare i casi di arricchimento da fatto illecito. Come già affermato in precedenza, si ritiene che un risarcimento quantificato unicamente in relazione al

¹⁵² In giurisprudenza, la funzione sanzionatoria emerge da Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.; Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, cit.; Cass., 15 aprile 2015, n. 7613; ulteriormente Cass., 15 aprile 2011, n. 873 in tema di risarcimento dei danni che conseguano a un illecito sfruttamento del diritto di autore, afferma la funzione parzialmente sanzionatoria della quantificazione del risarcimento ex art. 158, comma 2, poiché finalizzata – più che a ripristinare le perdite patrimoniali subite – anche ad impedire all'autore della violazione di farne propri i vantaggi. In dottrina, si vedano PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, cit.; CARLEO R., *False endorsement e disgorgement*, cit., 498; in argomento, si confronti anche NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit., 323B ss., il quale evidenzia la essenziale importanza che la funzione deterrente assume nella materia della proprietà industriale.

¹⁵³ DI SABATINO E., *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *La resp. civ.*, 2009, 451 ss.

¹⁵⁴ Così testualmente il 26 considerando della Direttiva CE (c.d. *Enforcement*) 29 aprile 2004, n. 48.

danno subito sia assolutamente insufficiente e, pertanto, sia necessaria la previsione di una ulteriore sanzione da irrogare nell'ipotesi in cui l'autore dell'illecito si arricchisca.

Questa sanzione potrebbe esser costituita da un *plus* da aggiungere al risarcimento che sia equivalente all'ammontare delle somme incamerate dal danneggiante in seguito al verificarsi dell'illecito (ovvero equivalente al risparmio di spesa realizzato, se il vantaggio economico è avvenuto indirettamente). Questa soluzione dovrebbe esser prevista in via generalizzata al fine di impedire che un soggetto, in qualsiasi settore, possa ottenere un vantaggio da una condotta illecita. Tale sanzione permette di implementare efficacemente sia la funzione deterrente che quella punitiva. Solo la neutralizzazione del vantaggio patrimoniale consente di realizzare un adeguato effetto preventivo e sanzionare un comportamento che, oltre a esser doloso, è finalizzato a ottenere un vantaggio illecito.

In questa direzione, si ritiene auspicabile l'introduzione di questo istituto anche in altri ambiti del diritto civile ovvero, come sta avvenendo in Francia, un'applicazione generalizzata che possa ricoprire l'intero settore della responsabilità civile.

9. Misure coercitive indirette

L'*astreinte*¹⁵⁵ è uno strumento di induzione all'adempimento avente funzione sanzionatoria. L'istituto, introdotto per la prima volta in Francia a partire dalla sentenza del Tribunale di *Croy* del 1811, è stato utilizzato anche da altri sistemi giuridici europei e, di recente, disciplinato espressamente nell'ordinamento processuale italiano. L'*astreinte* ha lo scopo di incentivare l'esecuzione di una sentenza di condanna attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore.

Fino a un decennio fa non esisteva nel nostro ordinamento una disciplina generale che prevedesse penali per la violazione di un provvedimento giudiziale. Erano

¹⁵⁵ L'*astreinte* francese (e istituti simili disciplinati in altri Paesi europei) verranno approfonditi nel capitolo IV di questa trattazione.

disciplinate in alcuni settori – in materia di marchio¹⁵⁶ e brevetti¹⁵⁷, di diritto di autore¹⁵⁸ e nel codice del consumo¹⁵⁹ – tipiche misure coercitive indirette. Ulteriormente, nel codice civile era – ed è tuttora – previsto l’art. 2599 in materia di concorrenza sleale che con la locuzione «opportuni provvedimenti» sembrava attribuisse al giudice il potere di prevedere penali giudiziali.

Con la riforma attuata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69¹⁶⁰, è stata introdotta nel codice di procedura civile l’art. 614 *bis*, che per la prima volta ha disciplinato in via generale le misure di coercizione indiretta.

Ai sensi dell’art. 614 *bis* c.p.c. il giudice può, nel provvedimento di condanna, determinare la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il giudice può determinare la misura coercitiva solo a seguito di una richiesta di parte, espressa mediante una domanda accessoria rispetto alla richiesta di condanna formulata in via principale.

Il testo attuale della disposizione, a differenza della versione originaria, prevede un’espressa limitazione e dispone che la misura di coercizione indiretta possa esser prevista dal giudice soltanto con un provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro (in particolare, per l’attuazione di obbligazioni di fare infungibile o di non fare).

¹⁵⁶ In materia di marchi l’art. 124, comma 2, del D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice proprietà industriale), conferisce al giudice che accerti l’inibitoria – della fabbricazione, del commercio e dell’uso delle cose costituenti violazione di un diritto di proprietà industriale – il potere di fissare una somma dovuta per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento stesso.

¹⁵⁷ In materia di brevetti l’art. 131, comma 2, del D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, attribuisce al giudice – all’atto della pronuncia del provvedimento inibitorio – di fissare una somma dovuta per ogni violazione del diritto di proprietà industriale o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento.

¹⁵⁸ In materia di protezione dei diritti di autore l’art. 156 della l. 22 aprile 1941, n. 633, accorda la possibilità per il giudice, all’atto della pronuncia dell’inibitoria, di fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento.

¹⁵⁹ L’art. 140, comma 7, D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), prevede il potere del giudice di fissare (con il provvedimento che dispone il giudizio) il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto.

¹⁶⁰ L’art. 614 *bis* c.p.c., in seguito alla sua introduzione nel 2009, è stato sostituito dall’art. 13, comma 1, lett. *cc-ter*), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

La disposizione prevede ulteriormente che il provvedimento di condanna costituisca titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza.

Per quanto concerne l'ambito applicativo dell'art. 614 *bis*, il legislatore ha previsto che non si applichi alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. A tal proposito si vuole ricordare come in materia di controversie di lavoro l'art. 18, ultimo comma, dello Statuto dei lavoratori¹⁶¹ preveda che il datore di lavoro – nell'ipotesi di licenziamento illegittimo – sia tenuto al pagamento di una somma commisurata alle retribuzioni dovute dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettivo reintegro ordinato dal giudice.

Quanto appena descritto costituisce il regime processuale della misura coercitiva indiretta introdotta nel codice di procedura civile dal nostro legislatore nel 2009, tuttavia quest'ultima non è l'unica presente nel sistema processualistico.

Nel 2010, anche nell'ambito del processo amministrativo, sul modello dell'istituto francese dell'*astreinte*, è stato disciplinato in via generale all'art. 114, comma 4, lettera e), l'istituto della c.d. penalità di mora. Ai sensi della citata disposizione, il giudice – nel caso di accoglimento del ricorso di ottemperanza – può fissare, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato. La disposizione prevede poi due requisiti negativi, cioè che il provvedimento di condanna alla misura coercitiva non sia manifestamente iniquo e che non ricorrano ragioni ostative.

Questa misura coercitiva indiretta, seppur basata anch'essa sulla figura dell'*astreinte*, assume tuttavia una portata diversa e più ampia rispetto alla disposizione prevista per il processo civile. Le differenze più evidenti sono che la penalità in mora prevista dal c.p.a. è irrogata in sede di ottemperanza e può essere applicata anche in riferimento alle sentenze pecuniarie della p.a.

La descrizione delle misure coercitive indirette previste nel nostro ordinamento consente, a questo punto, di entrare nel vivo delle problematiche ad esse connesse.

¹⁶¹ L. 20 maggio 1970, n. 300.

Ci si è chiesti quale sia la natura giuridica del rimedio *ex art. 614 bis* previsto in via generale nel codice di procedura civile e di quelli previsti in riferimento a specifici settori sia nel codice civile sia nella legislazione speciale.

La dottrina e la giurisprudenza sono divise, una corrente di pensiero ritiene che questi siano tutti rimedi risarcitori con funzione sanzionatoria e deterrente previsti nel nostro ordinamento, secondo altri sarebbero strumenti che non riguardano il risarcimento del danno.

A tal proposito, si potrebbe richiamare una statuizione della Corte di cassazione¹⁶² che ha riconosciuto e dato esecuzione nel nostro ordinamento ad una sentenza emessa dal Tribunale Belga che prevedeva una condanna di consegna con l'obbligo di pagare una somma per ogni giorno della sua mancata esecuzione. Questa sentenza della nostra giurisprudenza di legittimità del 2015 è interessante perché ammette la delibazione di una sentenza straniera comminatoria di *astreintes* ma, ulteriormente, perché contiene una riflessione sul rapporto tra *astreintes* e danni punitivi.

Secondo l'orientamento che emerge dal provvedimento bisognerebbe considerare separatamente il risarcimento del danno, avente funzione prevalentemente reintegrativa – ma anche deterrente e sanzionatoria – e l'*astreinte*, misura coercitiva prevista al di fuori del processo esecutivo e diretta ad indurre all'adempimento.

In quest'ordine di idee il danno punitivo deve esser considerato come un rimedio differente rispetto all'*astreinte*, sia per la sua struttura sia per le funzioni. Vi sono tuttavia alcuni aspetti che accomunano le figure: entrambi sono strumenti sanzionatori e mirano a coartare all'adempimento. La Cassazione discorre di funzione deterrente propria in relazione all'*astreinte*, nella quale il profilo della coazione ad adempiere riguarda l'autore della violazione che subisce la condanna, e di funzione deterrente indiretta con riferimento ai danni punitivi, nei quali è diretta ad altri potenziali danneggianti. Nonostante questo profilo comune, secondo la Cassazione, l'*astreinte* costituisce una tecnica di tutela prevista specificamente per indurre all'adempimento alla quale sarebbe estranea la funzione punitiva.

¹⁶² Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, con commento di DI MAJO A., *I confini mobili della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 3, 572 ss.; VENCHIARUTTI A., *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 6, 1899 ss.; MONDINI A., *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, in *Foro it.*, 2015, I, 3966 ss.; MENDOLA A., *Astreinte. Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2016, 3, 562 ss. Questa celebre sentenza è stata richiamata di recente anche da Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

Oltre alle pronunce della giurisprudenza civile sul tema, in tempi recenti, vi sono state delle sentenze del Consiglio di Stato¹⁶³ che hanno ritenuto che la penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lettera e), c.p.a. sia uno strumento sanzionatorio volto a prevedere una pena nei confronti del trasgressore di una statuizione giudiziaria. In particolare, l'Adunanza Plenaria¹⁶⁴ nel 2014 ha riflettuto sulla genesi e la fisionomia dell'istituto definendola quale misura coercitiva indiretta, classificabile o come pena privata o, più precisamente, come sanzione civile indiretta. Tale meccanismo automatico di irrogazione di una penalità pecuniaria, inducendo il debitore all'adempimento dell'obbligazione imposta dal giudice, sarebbe finalizzato ad assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale. Nella sentenza emerge ulteriormente una riflessione che coinvolge anche la misura coercitiva indiretta prevista *ex art. 614 bis c.p.c.* Il Consiglio di stato, dopo aver evidenziato il carattere innovativo di entrambe le misure rispetto ai tradizionali strumenti disciplinati in ambito processuale, ha poi tracciato i caratteri distintivi di tali figure processuali.

Le *astreintes* sarebbero dunque delle sanzioni civili indirette¹⁶⁵ da collocare nel più grande ambito delle pene private; al contrario, non rispondono ad una logica risarcitoria in quanto completamente slegate rispetto all'accertamento di un danno subito dal danneggiato. Per tale ragione, è ben ammissibile il cumulo tra misura coercitiva indiretta e risarcimento del danno provocato da inosservanza della sentenza.

10. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria

Con un recente intervento legislativo finalizzato a riformare la responsabilità medica, il legislatore ha introdotto rimedi risarcitori con una evidente componente sanzionatoria nell'ambito della responsabilità civile.

¹⁶³ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15; Consiglio di Stato, 12 settembre 2018, n. 5345.

¹⁶⁴ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15.

¹⁶⁵ Contrariamente DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 125 ss., secondo il quale occorre distinguere e contrapporre le sanzioni civili con le tecniche coercitive esercitate in via diretta o indiretta.

La legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. legge Gelli-Bianco) prevede la responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie; la responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria è disciplinata all'interno dell'art. 7.

La prima novità introdotta da questa legge è stata la previsione *ex art. 7*, comma 3, secondo la quale l'esercente la professione sanitaria deve rispondere del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. Sebbene la portata innovativa di questa norma meriterebbe uno specifico approfondimento, in tale sede è sufficiente sottolineare in che termini essa si pone in netta discontinuità rispetto alla disciplina previgente. Prima dell'emanazione di questa legge, si qualificava come contrattuale sia la responsabilità della struttura sanitaria (che discendeva dal contratto di ospedalità) sia la responsabilità del medico (che si faceva risalire al contatto sociale qualificato).

Il nuovo assetto normativo qualifica invece come extracontrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che operi a qualsiasi titolo nell'ambito della struttura sanitaria¹⁶⁶. Il legislatore, con la legge 24/2017, ha disposto che la regola sia la responsabilità aquiliana, salvo che l'esercente la professione sanitaria abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Rimane dubbia pertanto la possibilità di ricostruire il rapporto tra il medico ed il paziente come "contatto sociale"; il loro rapporto giuridico verrà qualificato come contrattuale solo se il paziente danneggiato riuscirà a dare prova del contratto.

Per quanto di interesse per questa trattazione, occorre soffermare l'attenzione sulla portata innovativa dell'ultima parte dell'art. 7, comma 3, della legge Gelli. Il legislatore, dopo aver affermato la natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, precisa ulteriormente secondo quali modalità il giudice debba determinare l'ammontare del risarcimento del danno.

La disposizione prevede che il giudice debba¹⁶⁷ tenere conto della condotta del danneggiante. Il collegamento tra il *quantum* risarcitorio e la valutazione del grado

¹⁶⁶ Sul tema si veda MONTANARI VERGALLO G., *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017, 66 ss.; ALPA G., *Ars Interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 728; PALMIERI A., *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 161.

¹⁶⁷ L'art. 7 della Legge Gelli-Bianco prevede «il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria». Nel testo dell'articolo non

di colpevolezza del danneggiante costituisce una novità nel sistema della responsabilità civile che determina una deviazione rispetto al principio generale dell'integrale riparazione del danno, secondo cui la funzione del risarcimento è ripristinatoria dello *status quo ante*.

La disciplina codicistica prevede che la liquidazione delle poste risarcitorie avvenga mediante un'indagine relativa alla figura del danneggiato. Il *quantum* del risarcimento dovrebbe esser calcolato dal giudice unicamente in relazione alla perdita subita e al mancato guadagno del danneggiato, senza che abbia rilevanza la persona del danneggiante. Ai fini dell'*an* risarcitorio è necessario che la vittima dell'illecito dimostri in giudizio, alternativamente, la colpa o il dolo dell'autore dell'illecito e l'intensità della colpa dovrebbe esser irrilevante ai fini del *quantum* del risarcimento.

Tuttavia, attraverso questo nuovo intervento normativo, il legislatore ha ritenuto che la peculiare materia della responsabilità medica necessitasse di regole specifiche.

È interessante la rilevanza che la riforma accorda alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali in relazione alla responsabilità civile. L'art. 5 prevede che gli esercenti le professioni sanitarie debbano attenersi, salvo specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida; in mancanza delle suddette raccomandazioni, devono attenersi alle buone pratiche clinico assistenziali. La connessione con il *quantum* risarcitorio è stabilita ai sensi dell'art. 7, secondo cui la condotta dell'esercente la professione sanitaria deve esser tenuta in considerazione dal giudice «ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'art. 6 della presente legge».

Ulteriormente, il legislatore fornisce indicazioni in riferimento al danno non patrimoniale disponendo che deve essere risarcito sulla base delle regole previste *ex* artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (art 7, comma 4)¹⁶⁸.

Invero, questo speciale sistema di quantificazione del danno in ambito medico non costituisce un'assoluta novità in quanto già la legge previgente, c.d. Legge

compare il verbo dovere, tuttavia si ritiene ragionevole supporre che il giudice non possa decidere discrezionalmente se considerare o meno la condotta del medico.

¹⁶⁸ Per un approfondimento sul tema ASTONE M., *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l'art. 7, commi 3 e 4, della legge n. 24/2017*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 3, 742.

Balduzzi, prevedeva che il giudice dovesse debitamente tenere in conto la condotta dell' esercente la professione sanitaria.

La legge Gelli delinea alcune peculiarità della responsabilità medica che allontanano la stessa dalle regole generali che il codice civile prevede per la responsabilità civile. Se il giudice deve determinare la somma tenendo in considerazione il grado di colpevolezza del danneggiato, l'ammontare del risarcimento non corrisponderà esattamente all'integrale riparazione del danno. Premesso dunque che la responsabilità dell' esercente la professione sanitaria non ha una funzione meramente compensativa, occorre ora comprendere se il legislatore abbia previsto delle deroghe per premiare o sanzionare il danneggiante.

Una parte della dottrina¹⁶⁹ ha ritenuto che l'obiettivo del legislatore sia stato quello di ammettere la possibilità di ridurre il risarcimento, rispetto all'integrale riparazione del danno, nell'ipotesi in cui il giudice accerti una colpa lieve dello stesso. Questa concezione si ritiene in linea con la *ratio* generale della legge Gelli-Bianco, che è stata emanata per contenere il fenomeno della medicina difensiva e limitare la facilità con cui in passato si utilizzava lo strumento risarcitorio contro i medici. Ipotizzare la previsione di un premio per l' esercente la professione sanitaria non deve far pensare che il danneggiato non possa ottenere l'integrale riparazione del pregiudizio subito; in altri termini, la differenza tra la somma del danno e quella dovuta dal danneggiante dovrà esser corrisposta dalla struttura sanitaria.

Oltre questo orientamento è stata affermata un'altra tesi diretta a collegare l'art. 7, comma 3, della legge Gelli con la recente sentenza delle Sezioni Unite che ha affermato la polifunzionalità della responsabilità civile e che ha stimolato il legislatore ad introdurre rimedi risarcitori che abbiano una finalità sanzionatoria.

In tale quadro, ulteriormente, ricordiamo che l'intensità della colpa viene tenuta in considerazione in sede penale ai fini della determinazione della pena. Come è noto il giudice penale deve esercitare il suo potere nell'applicazione della pena tenendo conto della gravità del reato e che, tra gli indici previsti dalla legge da cui si può desumere tale gravità, è prevista l'intensità del dolo o il grado della colpa (art. 133 c.p.). Pertanto non sembra illogico affermare che la determinazione del

¹⁶⁹ SACCONI N. C., *Condotta dell' esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1351.

risarcimento in base (anche) alla condotta del medico possa assumere una curvatura punitiva.

A parere di chi scrive la formulazione della disposizione ammette entrambe le soluzioni¹⁷⁰. Dovendosi calcolare il *quantum* risarcitorio in relazione alla condotta dell' esercente la professione sanitaria si possono ammettere due ipotesi. Se il danneggiante avrà agito con colpa lieve, sarà possibile addebitargli un importo inferiore rispetto all'ammontare dei danni subiti dal danneggiato; al contrario, se la condotta dell'autore dell'illecito sarà caratterizzata da colpa grave, il giudice potrebbe ammettere un risarcimento di importo maggiore.

Il principio di integrale riparazione del danno, come è stato affermato anche dalla Corte costituzionale, non è costituzionalmente previsto. Pertanto, si ritiene che la previsione di cui all'art. 7, comma 3, relativa alla quantificazione del danno possa esser annoverato tra gli interventi che il legislatore ha previsto con funzione (anche ed eventualmente) punitiva.

11. Le sanzioni pecuniarie civili (D.lgs. 7/2016)

Attraverso un recente intervento normativo, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'innovativo istituto dell'illecito sottoposto alle sanzioni pecuniarie civili, prevedendo la sua disciplina giuridica sul piano sostanziale e processuale. Per la prima volta è stata attuata una depenalizzazione che ha determinato la trasformazione di reati in illeciti civili, sanzionati con modalità che costituiscono un'assoluta novità nel sistema civilistico.

Mediante la legge 28 aprile 2014, n. 67, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Attraverso questo riordino complessivo del sistema delle pene si è compiuto un'importante riforma che ha inciso non soltanto in ambito penalistico ma anche negli altri settori dell'ordinamento giuridico.

La legge delega ha previsto i principi e i criteri direttivi per attuare una depenalizzazione di alcuni reati e la contestuale introduzione di sanzioni

¹⁷⁰ PERFETTI U., *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 2, 359.

amministrative e civili. In attuazione di questa delega, il governo ha emanato rispettivamente il D.lgs. 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8¹⁷¹.

La *ratio* di questa riforma si rinviene nella necessità di deflazionare il carico giudiziario penale e la conversione in illeciti civili e amministrativi ha riguardato più di 40 reati dotati di una scarsa offensività.

In questo quadro, per quanto specificamente qui d'interesse, occorre concentrare l'attenzione sulla riforma della disciplina sanzionatoria che riguarda il sistema civilistico.

Il D.lgs. 7/2016 è suddiviso in due capi: il primo riguarda l'abrogazione di reati e modifiche al codice penale mentre il secondo capo prevede la disciplina degli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili. Mediante una clausola di espressa abrogazione, il legislatore ha depenalizzato alcuni reati e li ha trasformati in illeciti civili puniti con una peculiare sanzione.

La conversione in illeciti civili ha riguardato reati disciplinati nel codice penale e posti a tutela della fede pubblica, della persona e del patrimonio. Tutti questi illeciti si caratterizzano per esser procedibili a querela di parte e per incidere su interessi aventi natura privata.

Analizzando le caratteristiche dell'istituto sembra evidente la sua funzione punitiva. Di seguito si esporrà la disciplina sostanziale e processuale, dalla quale emerge un'inegabile commistione tra elementi civilistici e penalistici.

Il primo presupposto affinché il giudice possa condannare il danneggiante al pagamento della sanzione pecuniaria è che la vittima dell'illecito agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivante dal compimento di un illecito tipizzato nell'art. 4 del D.lgs. 7/2016.

Sotto il profilo processuale, il D.lgs. 7/2016 prevede che le sanzioni pecuniarie civili siano irrogate all'esito di un processo civile e che il giudice dotato di competenza sia il medesimo competente a conoscere l'azione di risarcimento del danno.

¹⁷¹ In argomento si veda PALMIERI A., *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, cit., 125; LOMBARDO M., voce *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili*, cit.; FAONE C., *Le sanzioni civili previste dal D. Lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1722; MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015.

Ulteriormente, è stato disposto che la sanzione possa esser comminata se la persona offesa abbia agito in giudizio entro cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato (l'art. 3, comma 2, richiama espressamente l'art. 2947, comma 1, c.c., prevedendo dunque il medesimo termine prescrizione disciplinato per il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito).

Un'ulteriore condizione necessaria affinché il giudice possa condannare il danneggiante al pagamento della sanzione pecuniaria civile è la condotta dolosa del danneggiante. L'onere della prova spetta al danneggiato che, dunque, deve dimostrare che il convenuto abbia compiuto il fatto illecito con dolo.

In relazione alla misura delle sanzioni, il D.lgs. 7/2016 prevede due clausole sanzionatorie generali caratterizzate da un grado di afflittività crescente. È previsto un importo minimo e un importo massimo: per un gruppo di illeciti è prevista una sanzione pecuniaria civile da 100 euro a 8.000 euro (art. 4, comma 1) e per un altro gruppo la sanzione pecuniaria da 200 euro a 12.000 euro (art. 4, comma 4).

Il giudice deve commisurare l'importo delle sanzioni rispettando i criteri fissati dall'art. 5: la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del soggetto responsabile, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'agente.

Tali criteri, che sembrano assimilabili in parte a quelli previsti dall'art. 133 c.p., sono tutti rivolti al soggetto agente e non al danneggiato.

La sanzione pecuniaria civile viene comminata d'ufficio al termine del giudizio, unicamente se l'autorità giudiziaria accoglie la domanda di risarcimento del danneggiato.

In altri termini, il convenuto in giudizio che dolosamente abbia compiuto un fatto illecito tipizzato, sarà soggetto ad una duplice condanna: la sanzione pecuniaria civile e il risarcimento del danno.

Una delle peculiarità di queste sanzioni civili è il destinatario delle somme: l'art. 10 prevede che il provento della sanzione debba esser devoluto alla Cassa delle ammende. Dunque al danneggiato, all'esito del processo, spetterà unicamente la

somma dovuta a titolo di risarcimento del danno e parametrata al pregiudizio sofferto¹⁷².

La natura punitiva di queste sanzioni è confermata anche da alcune disposizioni che evidenziano il carattere personale della disciplina sanzionatoria. A tal proposito, l'art. 9, comma 6, prevede l'intrasmissibilità dell'obbligo di pagare la sanzione civile e l'art. 7 prevede che ciascuna persona che concorra nell'illecito sia obbligata alla sanzione civile per esso stabilita.

Premessa la disciplina che il legislatore ha previsto per queste nuove sanzioni civili, occorre ora collocarle all'interno dell'ordinamento. Sicuramente costituiscono un rimedio innovativo nel sistema del diritto civile. Suscitano interesse in quanto rappresentano un indice normativo che dimostra la chiara intenzione del legislatore di introdurre un rimedio sanzionatorio con funzione punitiva e deterrente, al pari della sanzione penale prevista in precedenza. Nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto legislativo si evidenzia «la funzione, per un verso, ultra-compensativa e, per l'altro, preventiva e repressiva¹⁷³».

Benché alcuni considerino queste sanzioni una *species* del più ampio *genus* delle pene private, non si condivide questa collocazione.

Vi sono certamente dei caratteri comuni che permetterebbero di accostare queste figure: la loro evidente funzione afflittiva, il contenuto pecuniario ed, ulteriormente, la loro irrogabilità non obbligatoria (il giudice potrà irrogare queste sanzioni unicamente se la vittima dell'illecito agisce in giudizio per ottenere il risarcimento). Vi è tuttavia un elemento che non consente di includere questo strumento sanzionatorio nella nozione di pena privata accolta nel presente studio; si tratta della figura del destinatario, in quanto le somme di denaro dovute a titolo di

¹⁷² Nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, della L. 28 aprile 2014, n. 67", reperibile su www.giustizia.it, si chiarisce che «La soluzione a favore della destinazione pubblicistica della sanzione è stata adottata sul presupposto secondo cui, tenuto conto della funzione general-preventiva e compensativa sottesa alla minaccia della sanzione pecuniaria civile, nonché della vocazione pubblicistica di quest'ultima, appare incoerente prevedere che del provento della sanzione debba beneficiare la persona offesa».

¹⁷³ Relazione illustrativa di accompagnamento al decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, della L. 28 aprile 2014, n. 67", reperibile su www.giustizia.it.

sanzione pecuniaria civile sono devolute alla Cassa delle Ammende mentre le pene private si risolvono sempre in un beneficio per il privato.

A parte le questioni di carattere classificatorio, si vuole evidenziare la rilevanza di questo recente intervento normativo che, attraverso la trasformazione di un reato in illecito civile, ha creato uno peculiare strumento sanzionatorio civile che può esser considerato, invero, una buona alternativa di tutela rispetto alla pena pubblica¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Contra RISICATO L., *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 487.

CAPITOLO III

La responsabilità civile e i danni punitivi nell'ordinamento italiano

1. Un'introduzione sulla responsabilità civile nell'ordinamento italiano

Il dibattito relativo alle funzioni della responsabilità civile e all'introduzione di danni punitivi nel nostro ordinamento è progressivamente emerso nel diritto vivente in maniera particolarmente accesa. La riflessione concerne un settore in costante evoluzione poiché gli strumenti giuridici del sistema della responsabilità civile sono finalizzati ad offrire una tutela flessibile per tutte le esigenze che emergono in maniera differente a seconda del tessuto sociale e del periodo storico di riferimento¹⁷⁵.

Nel diritto civile, si possono richiamare almeno tre funzioni principali della responsabilità¹⁷⁶. La prima è la funzione compensativa, diretta a ripristinare lo stato giuridico patrimoniale del soggetto danneggiato al momento antecedente rispetto al verificarsi dell'evento dannoso; la seconda funzione è quella sanzionatoria, diretta a punire il danneggiante e la terza è quella di deterrenza nei confronti dello stesso soggetto danneggiante o nei confronti di altri soggetti che in futuro intenderanno compiere atti illeciti.

Un sistema di responsabilità civile può perseguire tutte queste funzioni o parte di esse. Allo stesso tempo, se compresenti, non sono tutte poste sullo stesso piano

¹⁷⁵ Si veda il recente contributo di GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, il quale offre importanti spunti di riflessione in materia di risarcimenti punitivi. Secondo il pensiero dell'Autore i danni punitivi rappresenterebbero un segnale sociale verso comportamenti illeciti che, per la loro gravità, tradiscono la fiducia collettiva. In questa direzione, è stato sostenuto che la gestione del rimedio punitivo dovrebbe essere affidata al giudice il quale, quando decide la controversia e liquida i danni, costituisce espressione delle aspirazioni e delle idee della collettività.

¹⁷⁶ In tema di funzioni della responsabilità civile si vedano ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003; ALPA G., *La responsabilità civile, Parte generale*, Torino, 2010, 159 ss.; CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 863 ss.; CICERO C., voce *Danni punitivi*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2018; SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010; VOLPE F., *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 83 ss.; DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; MONATERI P. G., GIANTI D., SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 213 ss.

poiché una potrebbe esser preminente rispetto all'altra. La storia e la comparazione dimostrano come in ogni ordinamento giuridico vi siano stati dei momenti storici nei quali predominava la funzione punitiva e in altri la funzione compensativa.

In Italia, dall'entrata in vigore del codice civile del 1942 fino ad oggi, si è partiti da una concezione sanzionatoria della responsabilità civile per poi passare attraverso una lettura in chiave compensativa, fino a raggiungere la concezione di "polifunzionalità" ormai sostenuta dall'orientamento maggioritario.

Nel quadro ordinamentale attuale, l'intento del legislatore non sarebbe più unicamente quello di tutelare la vittima dell'illecito civile che ha subito un danno ingiusto, ma anche quello di punire il danneggiante.

Per una riflessione sul tema, si deve analizzare «quel ristretto gruppo di norme costituito dagli artt. 2043 - 2059 c.c. [...] che racchiudono in breve spazio ardui e amplissimi problemi¹⁷⁷». Occorre dunque partire da una breve panoramica delle più importanti norme civilistiche in tema di responsabilità aquiliana, per poi soffermare l'attenzione sul concetto giuridico di danno e sui rimedi di reazione previsti nel nostro ordinamento.

A ben vedere, il legislatore ha scelto di introdurre un numero limitato di disposizioni in tema di responsabilità civile e la materia è costituita da un «sapiente dosaggio delle clausole generali¹⁷⁸».

Le clausole generali¹⁷⁹ sono una tecnica di redazione normativa particolarmente efficace in quei settori che si evolvono continuamente e nei quali il legislatore non riesce a governare tempestivamente la produzione di regole giuridiche.

L'utilizzo di questa metodologia legislativa nel sistema della responsabilità civile ha consentito a questo settore di mantenere nel tempo la sua importanza ed attualità, a differenza di altre aree del diritto che sono state completamente modificate dal

¹⁷⁷ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 48.

¹⁷⁸ Il pensiero è di BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 22, il quale sostiene che le disposizioni di cui agli artt. 2043-2059 c.c. «sono disposizioni scarse, ma vivissime, perché la loro permanente vitalità è stata assicurata da un sapiente dosaggio delle clausole generali che, in un contesto all'insegna dell'atipicità, hanno saputo garantire la sopravvivenza e l'adattamento delle regole codicistiche. a. al nuovo assetto assiologico costituzionale; b. alle innovazioni tecnologiche e economiche; c. al mutamento generale del contesto sociale».

¹⁷⁹ GUARNERI A., voce *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1988, secondo cui il legislatore «conscio dei propri limiti, per consentire all'interprete maggiore libertà di movimento e per aprire il sistema a valutazioni equitative, utilizza talvolta parole dotate di un centro semantico indeterminato particolarmente ampio, che conferiscono all'operatore una sorta di mandato in bianco».

legislatore attraverso interventi normativi ripetuti nel tempo. La tecnica di legislazione utilizzata per la formulazione degli artt. 2043 ss. c.c., ha consentito agli interpreti di riempire di contenuto i concetti elastici previsti nelle disposizioni e modellarli a seconda del periodo storico e dei mutamenti all'interno della società¹⁸⁰. Nel corso del tempo la giurisprudenza, anche in assenza di un intervento legislativo volto a modificare il testo degli artt. 2043 e 2059 c.c., ha potuto moltiplicare i casi di risarcimento attraverso un'opera interpretativa delle norme volta ad offrire una maggior tutela giuridica¹⁸¹.

Come è noto l'art. 2043 c.c. recita «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». La disposizione, letta in combinato disposto con le norme successive, delinea lo schema generale predisposto dal legislatore italiano in tema di responsabilità.

Per accordare il risarcimento devono ricorrere, congiuntamente, un fatto illecito, il danno ingiusto ed il nesso di causalità tra fatto e danno. Si richiede poi l'imputabilità del fatto al danneggiante nonché il dolo o la colpa di quest'ultimo. Ulteriormente, è necessaria la prova di un danno conseguenza che deve esser causalmente collegato all'evento dannoso.

L'intento principale del legislatore è quello di tutelare la vittima dell'illecito civile che ha subito un danno ingiusto¹⁸², cioè una lesione di un bene o di un interesse giuridico.

Tradizionalmente il danno ingiusto è considerato quello *contra ius*, cioè lesivo di un diritto soggettivo della vittima dell'illecito e *non iure*, cioè cagionato non nell'esercizio di un diritto del danneggiante. Sebbene nei primi tempi venissero

¹⁸⁰ Si veda FRANZONI M., *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 90, il quale riflette sul dialogo tra il giudice e il legislatore nel settore della responsabilità civile e evidenzia come i precedenti giurisprudenziali in tale area del diritto abbiano condizionato l'interpretazione delle norme.

¹⁸¹ Si vedano le riflessioni di GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediale)*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 70, secondo il quale «gli interventi legislativi che si sono avuti e che si avranno (o che non si avranno) non sono da intendersi come decisivi ai fini della trasformazione del sistema e del senso della responsabilità da fatto illecito».

¹⁸² Per una recente riflessione sulla lettura del "danno ingiusto" si veda IANNARELLI A., *Appunti sul "danno ingiusto" fra il giudice e la legge nell'esperienza post-moderna*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 98.

risarciti solo i diritti soggettivi assoluti, attraverso un lungo percorso interpretativo è stata ampliata la tutela dei soggetti che subiscono un'illecita interferenza nella propria sfera giuridica (come noto, è stata ammessa la risarcibilità anche di diritti relativi, di interessi legittimi ma anche di altri interessi giuridicamente tutelati dall'ordinamento).

Il danno ingiusto, c.d. danno evento – seppur necessario – non è sufficiente per far sorgere la responsabilità civile. L'unico danno risarcibile ormai sembra essere pacificamente considerato il “danno conseguenza”, cioè il concreto pregiudizio sofferto dal danneggiato in conseguenza dell'evento dannoso.

In riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito civile, l'art. 2046 c.c. prevede che possa rispondere delle conseguenze del fatto dannoso solo un soggetto dotato di capacità di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto. Oltre l'imputabilità, il legislatore richiede alternativamente il dolo o la colpa del danneggiante. In altri termini, l'autore di un fatto illecito sarà tenuto al risarcimento del danno non solo se ha agito al fine di produrre l'evento dannoso ma anche, più semplicemente, se ha agito nella consapevolezza che quell'evento si sarebbe potuto verificare come conseguenza della propria condotta.

Dolo e colpa sono posti, a norma dell'art. 2043 c.c., sullo stesso piano: per accordare il risarcimento del danno il danneggiato avrà l'onere di provare il dolo o la colpa dell'autore dell'illecito, senza che il grado della colpa rilevi ai fini della quantificazione dello stesso.

La formulazione dell'art. 2043 c.c. lascerebbe intendere che la colpevolezza del soggetto agente sia condizione necessaria per poter accordare il risarcimento del danno. Tuttavia, se si osserva il quadro normativo generale si può notare come il legislatore abbia previsto numerosissime ipotesi di responsabilità oggettiva, presunta o per fatto altrui. In altri termini, la regola generale soffre di eccezioni finalizzate all'individuazione di un responsabile che possa assicurare sempre il risarcimento del danno.

Il sistema normativo della responsabilità civile tende quindi a focalizzarsi sul danneggiato, offrendo a quest'ultimo una tutela risarcitoria a prescindere dalla condotta colposa o dolosa del danneggiante. Se anche un soggetto incolpevole può esser tenuto al risarcimento dei danni, le ipotesi di responsabilità oggettiva non sono

pertanto finalizzate alla deterrenza o alla punizione, bensì alla mera compensazione dei danni sofferti in conseguenza del compimento di un fatto illecito.

Dopo aver svolto queste doverose premesse, vediamo ora quali siano i rimedi di reazione contro il danno. Nel nostro ordinamento il sistema della responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale, è fondato sullo strumento sanzionatorio del risarcimento del danno.

Come è noto, esiste una duplice modalità di risarcimento: per equivalente o in forma specifica. La prima forma si concretizza nella reintegrazione del patrimonio del danneggiato attraverso la dazione di una somma di denaro corrispondente all'entità del pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito. Diversamente, la reintegrazione in forma specifica è una forma più ampia di ristoro del pregiudizio arrecato dall'autore dell'illecito attraverso la quale il soggetto danneggiato ottiene il ripristino della situazione antecedente all'illecito¹⁸³.

In seguito al verificarsi di un fatto illecito, il potere di scelta tra i due rimedi risarcitori spetta al danneggiato. Ai sensi dell'art. 2058 c.c. il danneggiato può scegliere la reintegrazione in forma specifica solo qualora sia possibile e il giudice può respingere la sua richiesta se risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

Le regole relative alla determinazione del danno risarcibile sono inserite nella disciplina della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni (artt. 1223 ss c.c.), la maggior parte applicabili anche alla responsabilità extracontrattuale in virtù del rinvio operato dall'art. 2056 c.c.

Il danno emergente e il lucro cessante, quali conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso, sono i criteri fondamentali previsti per la quantificazione del danno risarcibile.

¹⁸³ In tema si richiamano i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza in ambito contrattuale. Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, secondo cui «il risarcimento del danno per equivalente costituisce una reintegrazione del patrimonio del creditore, che si realizza mediante l'attribuzione al creditore di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta, e, quindi, si atteggia come la forma tipica di ristoro del pregiudizio subito dal creditore per effetto dell'inadempimento del debitore, mentre il risarcimento in forma specifica, essendo diretto al conseguimento dell'*eadem res* dovuta, tende a realizzare una forma più ampia di ristoro del pregiudizio dallo stesso arrecato, dato che l'oggetto della pretesa azionata non è costituito da una somma di danaro, ma dal conseguimento, da parte del creditore danneggiato, di una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità ed integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale. Ne consegue che costituisce una semplice limitazione della domanda la richiesta di risarcimento per equivalente allorché sia stato originariamente richiesto, in giudizio, il risarcimento in forma specifica».

Nel nostro ordinamento vige dunque il principio della integrale riparazione del danno e la responsabilità civile, in una prospettiva vittimologica, persegue l'obiettivo di reintegrare il patrimonio del danneggiato nelle condizioni in cui si trovava prima della commissione dell'illecito.

L'integralità del risarcimento implica che il suo ammontare debba essere equivalente all'entità del danno subito dalla vittima dell'illecito e, pertanto, che il giudice debba determinare il risarcimento avendo riguardo unicamente alla posizione lesa del danneggiato. In questo quadro generale, non si potrebbero ammettere né liquidazioni inferiori né liquidazioni superiori rispetto al pregiudizio subito.

Sulla base di questo quadro teorico generale sulla responsabilità civile, ci si domanda: queste regole vengono sempre applicate nelle aule di giustizia senza subire eccezioni? O ancora, si ritiene questo sistema sufficiente per assicurare una tutela effettiva?

La risposta al primo quesito è sicuramente negativa.

Innanzitutto la regola dell'equivalenza del dolo e della colpa, sancita a norma dell'art. 2043 c.c., non corrisponde più alla realtà. Si afferma tradizionalmente che, per accordare il risarcimento del danno, il danneggiato avrà l'onere di provare il dolo o la colpa dell'autore dell'illecito, senza che il grado della colpa rilevi ai fini della quantificazione dello stesso. Questa regola è smentita in primo luogo dalla valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.* che, come è noto, spesso avviene tenendo conto del grado di colpevolezza del danneggiante¹⁸⁴.

Già da tempo la dottrina¹⁸⁵ ha elaborato e studiato una categoria giuridica denominata "illeciti di dolo" all'interno della quale ha ricompreso tutti quegli illeciti, previsti nel tessuto normativo o individuati dalla giurisprudenza, nei quali il dolo incide in modo significativo o nell'*an* o nel *quantum* del risarcimento. Esistono figure di illecito nelle quali ai fini della liquidazione del risarcimento del danno ha rilevanza solo uno stato soggettivo superiore alla mera colpa, che può esser alternativamente di colpa grave o di dolo (si includono anche fatti psicologici differenti quali ad esempio la mala fede e la violenza). La dottrina ha infatti

¹⁸⁴ Si veda il contributo di VIAZZI C. C., *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 328 ss.

¹⁸⁵ CENDON P. voce «*Dolo (intenzione nelle responsabilità extracontrattuale)*», cit., 29 ss.; VIANA A., voce «*Illeciti di dolo*», cit.

sostenuto che il dolo extracontrattuale non si possa definire in modo onnicomprensivo e unitario in quanto la sua reale funzione è quella di fungere da «contenitore generale per ogni dato che oltrepassi la frontiera di intensità della colpa (lieve o grave)¹⁸⁶».

Quando un giudice determina la liquidazione di un risarcimento in relazione all'elemento psicologico dell'autore dell'illecito differenzia la condanna a seconda che la condotta del danneggiante sia più o meno riprovevole, con un'evidente deviazione dalle regole generali che prevedono che il danno vada determinato esclusivamente in relazione al pregiudizio subito dal danneggiato.

Secondo ciò che emerge dall'orientamento costante della Corte costituzionale, il principio della integrale riparazione del danno non ha una copertura costituzionale e, pertanto, potrebbe esser derogato dal legislatore.

L'oggetto di indagine del presente lavoro impone di focalizzare l'attenzione sui risarcimenti ultracompensativi e comprenderne la legittimità e il fondamento¹⁸⁷. Se si applicasse sempre la regola generale precedentemente enunciata, talvolta non si potrebbe offrire un'adeguata tutela giuridica delle situazioni giuridiche lese in seguito al verificarsi del fatto illecito.

Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui un soggetto compia un fatto illecito al fine di trarne un profitto nella consapevolezza che il guadagno sarà superiore al risarcimento che sarà tenuto a prestare nei confronti del danneggiato. Come è stato descritto nel capitolo precedente¹⁸⁸, sebbene nel nostro ordinamento sia prevista legislativamente la retroversione degli utili in determinati settori, non vi è una regola generale che consenta – se non ricorrendo a forzate interpretazioni analogiche – di impedire l'inaccettabile arricchimento che deriva dal fatto illecito.

¹⁸⁶ Si riprende il pensiero di CENDON P. –GAUDINO L., *Gli illeciti di dolo* (rass. di giur.), cit., 81.

¹⁸⁷ Si veda GRANELLI C., *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, 1760B ss., il quale distingue nel nostro ordinamento varie categorie di “prestazioni sanzionatorie” dell'illecito: 1 quelle che, senza interferire con essa, si cumulano con l'ordinaria prestazione risarcitoria, 2 quelle che si cumulano con l'ordinaria prestazione risarcitoria, incidendo però sulla quantificazione della stessa, 3 quelle per le quali la vittima dell'illecito può optare in alternativa rispetto all'ordinaria prestazione risarcitoria, 4 quelle per le quali la vittima dell'illecito può optare in alternativa rispetto all'ordinaria prestazione risarcitoria del lucro cessante, 5 quelle che sostituiscono *ex lege* l'ordinaria prestazione risarcitoria.

¹⁸⁸ Nel settimo paragrafo del secondo capitolo del presente lavoro è stata analizzata la problematica della retroversione degli utili. Si veda l'analisi dell'art. 125 del codice della proprietà industriale e dell'art. 158 della legge sul diritto di autore.

Il problema attinente alla quantificazione dei danni, ed in particolare ad una quantificazione superiore rispetto all'ammontare del pregiudizio subito dal danneggiato, è inscindibilmente connesso con la questione relativa alla individuazione delle funzioni della responsabilità civile¹⁸⁹.

Pertanto, nel prossimo paragrafo cercheremo di comprendere se possa ancora riconoscersi unicamente una funzione riparatoria o se – come affermato dalle Sezioni Unite nel 2017 e da una consistente parte della dottrina – debbano esser considerate interne al sistema civilistico attuale anche ulteriori finalità.

2. Le funzioni della responsabilità civile

L'attuale sistema di responsabilità civile, basato sull'ingiustizia del danno e sul principio dell'integrale riparazione dello stesso, costituisce una novità rispetto alla nostra tradizione giuridica.

La responsabilità aquiliana è sempre stata concepita, a partire dal diritto romano, come strumento volto a punire la condotta colpevole del danneggiante.

La funzione sanzionatoria caratterizzava la responsabilità già nel codice del 1865 il quale, sul modello del *Code Napoléon*, prevedeva che «qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno» (art. 1151).

In linea con questa concezione tradizionale, anche con l'entrata in vigore del codice del 1942 si è data una lettura in chiave punitiva delle norme previste in materia di responsabilità civile.

Il testo dell'art. 2043 del codice civile del 1942, similmente all'art. 1151 del codice previgente, veniva interpretato in maniera analoga. Per i primi decenni, dottrina e giurisprudenza sono stati concordi nel ritenere, nonostante il chiaro e contrario dato testuale, che il requisito dell'ingiustizia dovesse esser collegata al fatto. Si è ritenuto dunque che il sistema normativo fosse focalizzato sulla figura del

¹⁸⁹ PONZANELLI G., *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 114, affronta la tematica dello stretto rapporto intercorrente tra le funzioni della responsabilità civile e la quantificazione del danno. Si veda anche, nella medesima rivista, SIMONE R., *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 136.

danneggiante e avesse l'obiettivo di sanzionare quest'ultimo per il fatto illecito posto in essere.

L'art. 2043 c.c. veniva considerato una norma secondaria, volta a punire i soggetti che avessero violato precetti contenuti in disposizioni primarie poste a tutela di diritti soggettivi assoluti. Il comportamento sanzionabile era considerato unicamente quello caratterizzato dalla colpevolezza (posto in essere o dolosamente o, almeno, con colpa). In presenza di questi presupposti si riteneva che i danneggianti fossero meritevoli di una sanzione e fossero tenuti al risarcimento del danno.

A partire dagli anni settanta si è verificato un superamento della concezione tradizionale della responsabilità aquiliana in favore di una concezione riparatoria. Una serie di importanti pronunce giurisprudenziali hanno cristallizzato quella che, in seguito, è diventata la concezione unanimemente sostenuta della responsabilità civile¹⁹⁰.

Una rilettura interpretativa ha valorizzato l'importante novità, rispetto al codice previgente, contenuta nel testo dell'art. 2043: il "danno ingiusto". Dalla lettera della disposizione risulta chiaramente la volontà di riferire l'aggettivo "ingiusto" al danno, seppur per decenni si sia parlato di un presunto atecnicismo del legislatore.

Ed è proprio la centralità dell'ingiustizia del danno che ha permesso il passaggio dalla concezione sanzionatoria a quella compensativa della responsabilità aquiliana. L'attenzione si è spostata dalla figura del danneggiante a quella del danneggiato ed è stato riconsiderato l'obiettivo dell'impianto normativo in materia: non più la punizione del danneggiante ma il risarcimento nei confronti del danneggiato. L'art. 2043 c.c. da norma secondaria è stata considerata una norma primaria e precettiva, attributiva del diritto al risarcimento del danno nei confronti di chi subisce un danno ingiusto. In questo nuovo quadro interpretativo è stato poi superato anche il principio dell'indispensabilità della colpevolezza, in virtù delle numerose disposizioni normative che ammettono il risarcimento del danno prescindendo dalla colpa del danneggiante. La colpa non viene più vista come necessaria e diventa uno dei possibili criteri di imputazione, poiché la massima priorità del sistema è quella di tutelare il danneggiato, anche nelle ipotesi in cui il danno si sia verificato in conseguenza di un fatto incolpevole.

¹⁹⁰ L'evoluzione giurisprudenziale in materia è culminata, come è noto, con la sentenza Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500.

Questa nuova visione dell'art. 2043 c.c., quale norma precettiva interpretata in una prospettiva vittimologica ha determinato l'attribuzione alla responsabilità civile di una finalità riparatoria-compensativa, volta a restaurare la sfera giuridico patrimoniale del danneggiato e focalizzata sul danno, considerato una perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva.

Ammettendo dunque la innegabile prevalenza della funzione compensativa nel nostro ordinamento, occorre dare atto del dibattito avente ad oggetto il superamento della concezione monofunzionale della responsabilità civile.

Negli ultimi tempi si è riscontrata un'apertura generale verso la coesistenza di più funzioni nel sistema della responsabilità civile, tanto che è frequente discorrere di "polifunzionalità" per indicare la coesistenza di più funzioni nell'impianto civilistico della responsabilità.

Riprendendo il pensiero di autorevole dottrina «la necessità/pretesa di assicurare una coerenza sistematica richiede un drastico cambiamento nel modo di 'pensare' la responsabilità civile. Più in chiaro: prende corpo l'esigenza di riscoprire (e fortificarne) la matrice polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA ma, nell'ultimo mezzo secolo, mortificata dal predominio della compensazione¹⁹¹».

Si possono distinguere varie correnti di pensiero in materia.

Secondo una prima teoria¹⁹² il sistema della responsabilità aquiliana assolve unicamente alla funzione di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione. Questa concezione monofunzionale è per lungo tempo maggioritaria in dottrina e giurisprudenza fino a tempi recenti. Sia la giurisprudenza di legittimità sia la giurisprudenza costituzionale hanno affermato come sia predominante la necessità di riparare (e di ridistribuire tra i consociati, in conformità al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost) i danni subiti dalle vittime di illeciti¹⁹³.

¹⁹¹ La citazione è di PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, cit., 145.

¹⁹² DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. 2, cit., 14 ss.

¹⁹³ Cass., S. U., 22 luglio 2015, n. 15350; Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372.

Il secondo orientamento¹⁹⁴, ormai predominante, ammette la polifunzionalità della responsabilità civile, sostenendo che la funzione compensativa possa convivere con la funzione sanzionatoria e deterrente. A sostegno di questa teoria non vi sono solamente le argomentazioni giurisprudenziali e dottrinali, ma anche molteplici indici normativi che dimostrano una chiara apertura del legislatore verso strumenti risarcitori aventi funzioni non esclusivamente compensative.

In seguito a una serie di pronunce della giurisprudenza di legittimità¹⁹⁵ dirette a superare la concezione monofunzionale della responsabilità civile, questa evoluzione è culminata nella sentenza del 2017 nella quale le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto secondo il quale «in sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce a deterrenza) è emersa la natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva¹⁹⁶».

Date queste premesse, occorre ora comprendere cosa si intenda per polifunzionalità. Accanto alla funzione compensativa della responsabilità civile, la quale rimane predominante, ne emergono almeno altre due: la funzione sanzionatoria e quella deterrente.

Per il riconoscimento dei risarcimenti aventi una funzione sanzionatoria bisogna comprendere, principalmente, se sia possibile determinare una sanzione al fine di punire il comportamento del danneggiante. In tal senso l'ammontare del risarcimento dovuto sarebbe determinato in relazione alla sua condotta riprovevole e, di conseguenza, non collegato unicamente all'effettiva entità del danno sofferto dalla vittima dell'illecito. Invero si è soliti connettere la funzione sanzionatoria della responsabilità civile con quella deterrente, in quanto il risarcimento costituisce un fattore economico che il soggetto agente considera per bilanciare i pro e i contro che possono derivare dai suoi comportamenti. Il mero risarcimento riparatorio-ripristinatore, corrispondendo al valore delle perdite subite dal danneggiato, non

¹⁹⁴ RIZZO N., *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 6, 1811 ss.; SIMONE R., *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, 2644 ss.

¹⁹⁵ Si veda ad esempio Cass., 6 maggio 2015, n. 9100; Cass., 15 aprile 2015, n. 7613.

¹⁹⁶ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

sanziona il responsabile dell'illecito e non costituisce un efficace deterrente per l'autore del pregiudizio ed altri potenziali trasgressori.

Le funzioni sanzionatoria e deterrente, sebbene spesso contemplate congiuntamente, differiscono per alcune caratteristiche essenziali. Per realizzare la funzione sanzionatoria occorre connettere la determinazione della sanzione all'autore dell'illecito, divenendo particolarmente importante l'elemento soggettivo. Se la funzione punitiva si focalizza sul passato e sul comportamento tenuto dal danneggiante invece quella deterrente mira al futuro, per evitare che la violazione venga ripetuta da parte dell'autore o dalla generalità degli individui.

È interessante riflettere sulle ragioni che hanno condotto al passaggio dalla visione monofunzionale a quella polifunzionale della responsabilità civile¹⁹⁷. Alla base di questa evoluzione vi è prima di tutto l'esigenza di garantire un'efficace tutela¹⁹⁸ e, in secondo luogo, la necessità di realizzare adeguatamente la funzione deterrente che non si riesce a soddisfare con la mera compensazione dei danni¹⁹⁹. In questa prospettiva, l'apparato rimediale previsto nel sistema della responsabilità civile risulta insoddisfacente qualora si consideri come unica sanzione il risarcimento del danno così come tradizionalmente inteso. Acquisita tale consapevolezza, vi sono ormai numerose correnti di pensiero che spingono verso il rafforzamento delle sanzioni civilistiche attraverso la creazione di ulteriori rimedi da affiancare al risarcimento dei danni qualora quest'ultimo non sia sufficiente per offrire un'adeguata tutela o per realizzare una serie di esigenze.

Il risarcimento integrale del danno subito alla vittima non è un rimedio sanzionatorio adeguato per rispondere ad un insieme di casi. In particolare, talvolta, al fine di assicurare un'adeguata tutela civile dei diritti può esser necessario utilizzare

¹⁹⁷ In dottrina, si veda GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile*, cit., 75, secondo cui la funzione sanzionatoria della responsabilità civile «in questa fase storica, è ritornata sulla scena, potendo essa, così, apportare un elemento positivo in vista di una migliore garanzia degli interessi pregiudicati dal fatto illecito».

¹⁹⁸ Si veda Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., secondo la quale la polifunzionalità della responsabilità civile risponde primariamente ad «un'esigenza di effettività della tutela che in molti casi resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale».

¹⁹⁹ La tematica dei risarcimenti ultracompensativi finalizzati alla realizzazione di un adeguato effetto deterrente è stata analizzata da copiosa dottrina. In particolare, si veda QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 210 ss.; SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, 3 ss.; DELLACASA M., *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1142 ss.

ulteriori strumenti sanzionatori che possano garantire l'effettività della loro protezione. Questa necessità può avvenire nei casi in cui sia difficile dimostrare in giudizio un danno patrimoniale o non patrimoniale a seguito di un fatto illecito. Come si approfondirà nel corso della trattazione, si ritiene poi che la mera compensazione del danno subito dal danneggiato non sia un rimedio congruo per garantire il livello di protezione assoluta che la Costituzione attribuisce alla categoria dei diritti inviolabili²⁰⁰.

Ancora, si pensi alla necessità di punire l'autore dell'illecito, anche in un'ottica di deterrenza, nelle ipotesi di arricchimento da fatto illecito ovvero quando la condotta posta in essere sia particolarmente grave²⁰¹.

Da ultimo, si è poi riflettuto sulla possibilità di utilizzare la sovracompensazione come soluzione contro le micro violazioni²⁰². Vi sono dei casi in cui l'illecito provoca dei danni che, per la loro irrisorietà, portano il danneggiato a non agire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento dei danni. In questa ipotesi, spesso accade che l'autore dell'illecito, consapevole di non dover risarcire il danno provocato, ripete la condotta scorretta moltiplicando il profitto ottenuto. Il meccanismo della mera compensazione del danno non solo non costituisce un efficace strumento deterrente ma, ulteriormente, sembra incentivare il danneggiante a compiere ulteriori illeciti; ciò nonostante il nostro ordinamento non prevede ulteriori strumenti sanzionatori che siano in grado di contrastare questo fenomeno. Se ipotizzassimo la possibilità per il giudice di irrogare una condanna di ammontare superiore rispetto al danno cagionato si stimolerebbe il danneggiato ad agire in giudizio e, allo stesso tempo, si creerebbe una sanzione che possa punire il danneggiante che scientemente

²⁰⁰ Si suggerisce la lettura di un recente contributo nel quale viene affrontata la tematica della ultracompensazione quale peculiare tutela risarcitoria predisposta contro le discriminazioni SITZIA L., *Discriminazione razziale e ultracompensazione in funzione dissuasivo-punitiva*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 127 ss.

²⁰¹ Sul punto, SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1120B.

²⁰² In argomento si veda MAGGIOLO M., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 10092, il quale descrive la microviolazione in questi termini: «Ma questa microviolazione ha nel contempo due caratteristiche fondamentali, le quali danno ragione dell'interesse a commetterla non meno che della esigenza di una adeguata tutela contro di essa. La prima caratteristica sta nel fatto di generare un lucro per l'autore, un vantaggio in linea di massima corrispondente al danno provocato, come gli esempi appena fatti lasciano facilmente intendere. La seconda caratteristica è che la microviolazione è un comportamento ripetuto, la cui reiterazione comporta un effetto moltiplicativo del lucro, che viene così a concentrarsi in capo all'autore dei molteplici fatti dannosi, mentre il danno è ripartito tra tutti i numerosi fruitori di beni o servizi seriali».

compie il fatto illecito ma, principalmente, si costituirebbe un'efficace effetto preventivo.

Con le suesposte argomentazioni si è provato a confutare la teoria secondo la quale il sistema della responsabilità civile sarebbe volto (o dovrebbe esser volto) unicamente al risarcimento del danno.

La concezione monofunzionale si basa su una inaccettabile visione statica del sistema. In altri termini, l'individuazione di un'unica funzione non consente di considerare la responsabilità civile come un sistema in evoluzione, che muta in stretta correlazione con cambiamenti che si verificano con il decorso del tempo all'interno della società, dell'economia e dell'ordinamento giuridico²⁰³.

Alla luce di quanto è stato detto finora si ribadisce la necessità di sostenere la concezione polifunzionale della responsabilità civile secondo la quale quest'ultima avrebbe una pluralità di funzioni che possono coesistere tra loro. Se si accoglie questa impostazione si riuscirà ad intravedere nel sistema civilistico una moltitudine di sanzioni le quali perseguono finalità eterogenee (ma non incompatibili tra di loro).

Non sempre il rimedio risarcitorio – basato sulla mera compensazione del danno – costituisce una risposta sufficiente innanzi al verificarsi di un fatto illecito. Talvolta la risposta più adeguata, principalmente sotto il profilo dell'effettività della tutela, è costituita dalle sanzioni che prevedono una “sovracompensazione²⁰⁴”; si potrebbe dunque aggiungere un *plus* al risarcimento, al fine di implementare ulteriori funzioni, quella punitiva e quella deterrente. A tal fine l'apparato rimediale del sistema civilistico della responsabilità potrebbe essere arricchito attraverso la figura dei “danni punitivi”, i quali costituiscono una peculiare sanzione la cui funzione e regime giuridico verrà approfondito nel prosieguo di questo lavoro.

²⁰³ Sul punto si veda PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 269 ss., pubblicato anche in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155 ss.

²⁰⁴ Per una precisazione terminologica sulle espressioni “danno sovracompensativo” e “danno punitivo”, si veda SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 2, 489 ss.

3. Il danno non patrimoniale

Nell'ambito della ampia categoria della responsabilità civile, occorre dedicare una parte più approfondita della trattazione al danno non patrimoniale e alle questioni inerenti le sue funzioni e la sua quantificazione.

L'art. 2059 c.c. dispone che «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». Come è noto, l'interpretazione restrittiva della disposizione ha portato, in passato, ad ammettere il risarcimento del danno patrimoniale quasi esclusivamente nelle ipotesi di reato²⁰⁵ (art. 185 c.p.). Dato il principio di tipicità dei casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, nel tempo il legislatore è intervenuto attraverso l'introduzione, sempre più di frequente, di disposizioni contemplanti espressamente risarcimenti dei danni non patrimoniali in ipotesi determinate. L'evoluzione giurisprudenziale ha poi condotto le Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁰⁶ ad una lettura costituzionalmente orientata della norma – *ex art. 2* che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – e al riconoscimento della tutela risarcitoria in tutti i casi in cui si verificasse una lesione incidente su valori della persona costituzionalmente garantiti.

Alla luce di un lungo percorso interpretativo, attualmente si può affermare che il danno non patrimoniale è una lesione degli interessi di natura non economica risarcibile o nei casi tassativamente previsti dalla legge ovvero qualora sia conseguenza di un evento di danno consistente in una lesione di un diritto inviolabile della persona.

Ai fini di questa trattazione occorre focalizzare l'attenzione sulle connotazioni del danno non patrimoniale e sulle modalità di risarcimento²⁰⁷.

²⁰⁵ L'art. 185, comma 2, c.p. prevede: «Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui». In argomento, ZENO-ZENCOVICH V., voce «*Sanzioni civili conseguenti al reato*», cit.; FALZEA M.G., voce *Danno*, IV) *Risarcimento del danno civile nascente da reato*, in *Enc. giur.*, vol. X, cit.

²⁰⁶ Cass., S.U., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Giur. it.*, 2004, 1129.

²⁰⁷ Diffusamente PONZANELLI G., *Gli ostacoli all'integrità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. e impr.*, 2015, 3, 620 ss.; MONATERI P.G., GIANTI D., SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 111 ss.; in argomento si segnalano anche le voci enciclopediche DE GIORGI M.V., voce *Danno II) Danno alla persona*, in *Enc. giur.*, Roma; DE GIORGI M.V., voce *Danno I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

Nonostante in passato il danno non patrimoniale coincidesse unicamente con il danno morale soggettivo, cioè il transeunte turbamento dell'animo della vittima dell'illecito, c'è stata poi un'estensione della sua nozione fino a ricomprendere qualsiasi danno da lesione di valori inerenti alla persona. Il danno patrimoniale costituisce ora una categoria ampia, all'interno della quale si è soliti comprendere il danno morale soggettivo, il danno biologico, quale lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, e il danno esistenziale.

La regola generale è che il danno non patrimoniale, così come il danno patrimoniale, debba esser risarcito o per equivalente o in forma specifica. Ai sensi dell'art. 2058 c.c. il danneggiato può scegliere, qualora sia possibile, la reintegrazione in forma specifica e il giudice può respingere la sua richiesta se risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

Il danno non patrimoniale, consistendo in una lesione di un interesse privo di valore di scambio, è di difficile quantificazione. In virtù del principio dell'integralità del risarcimento, la liquidazione non può esser irrisoria o simbolica ma deve tendere alla maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento.

In tale ambito assume una rilevanza essenziale l'art. 1226 c.c. – richiamato dall'art. 2056 c.c. – secondo cui «se il danno non può esser provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa». Attraverso questa disposizione il legislatore attribuisce al giudice la facoltà di liquidare secondo equità il danno che sia stato oggettivamente accertato ma la cui quantificazione sia impossibile o di estrema difficoltà. Nella valutazione equitativa il giudice deve rispettare i principi di adeguatezza, proporzione e di parità di trattamento²⁰⁸.

A tal fine, deve quantificare il danno valutando con prudenza e ragionevole apprezzamento tutte le circostanze della fattispecie concreta. La Corte di cassazione ha sostenuto efficacemente che il risarcimento del danno debba avvenire «secondo equità circostanziata²⁰⁹». Il percorso logico-giuridico seguito per liquidare in via equitativa il danno dovrà esser indicato nella motivazione, insieme con le circostanze di fatto valutate e i criteri economici utilizzati per la valutazione.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno biologico, al fine di uniformare il più possibile la tutela nei confronti dei danneggiati, i giudici applicano gli artt. 138-

²⁰⁸ Cass., 29 settembre 2015, n. 19211.

²⁰⁹ Cass., 13 gennaio 2009, n. 469.

139 del codice delle assicurazioni private e le tabelle di Milano, che costituiscono i principali strumenti utilizzati dai giudici italiani per la quantificazione del danno non patrimoniale che deriva dalla lesione dell'integrità psico-fisica.

Una problematica rilevante in materia di danno non patrimoniale riguarda il rapporto tra l'unicità del danno non patrimoniale e la necessità di assicurare alla vittima dell'illecito un risarcimento integrale²¹⁰. Come è noto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione²¹¹, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie, hanno affermato il principio di diritto secondo il quale la categoria del "danno non patrimoniale" deve essere considerata unitaria e non può essere suddivisa in sottocategorie. Ne consegue che il danno morale, biologico ed esistenziale sono considerate diverse denominazioni per descrivere varie manifestazioni del danno non patrimoniale e devono rientrare in un'unica voce di danno.

Tuttavia spesso questo principio di diritto non consente di offrire una tutela integrale laddove si verificano dei casi in cui un medesimo fatto illecito causi, oltre al danno biologico, anche ulteriori danni non aventi un fondamento medico-legale. Pertanto, la giurisprudenza²¹² si è spesso discostata dal principio dell'unicità del danno non patrimoniale e, in attuazione del principio di integrale riparazione del danno, ha attribuito talvolta rilevanza autonoma a determinati danni (nella stessa direzione è orientata anche una recente ordinanza della Cassazione²¹³).

²¹⁰ Si veda sul punto ASTONE M., *Il danno non patrimoniale nel diritto interno e sovranazionale tra antiche e nuove questioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 4, 1183.

²¹¹ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

²¹² Cass., 13 ottobre 2017, n. 24075 secondo cui: «Nel caso di lesioni di non lieve entità e, dunque, al di fuori dell'ambito applicativo delle lesioni cd. micro permanenti, il danno morale costituisce una voce di pregiudizio non patrimoniale da tenere distinta dal danno biologico e dal danno nei suoi aspetti dinamico relazionali di cui all'art. 138 D.lgs. 209/2005, con la conseguenza che va risarcito autonomamente»; Cass., 14 novembre 2017, n. 26805, ha affermato: «Il danno non patrimoniale deve essere inteso come unitarietà rispetto alla lesione di qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante non suscettibile di valutazione economica. Per quanto concerne poi il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana, costituiscono danni diversi e perciò solo entrambi autonomamente risarcibili, se rigorosamente provati».

²¹³ Cass., ord., 27 marzo 2018, n. 7513. Si vedano ALPA G., *Osservazioni sull'ordinanza n. 7513 del 2018 della Corte di cassazione in materia di danno biologico, relazionale morale*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1330; MONATERI P. G., *Danno biologico e danni da lesione di altri interessi costituzionalmente protetti*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1341; PARDOLESI R., *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e terza*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1344; PONZANELLI G., *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 6, 836; PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla terza sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1349; SCOGNAMIGLIO C., *La giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2019, 0507C.

Il danno non patrimoniale è sicuramente uno dei temi più interessanti e controversi del diritto civile²¹⁴; la sua evoluzione, la lettura costituzionalmente orientata della disposizione e la sua quantificazione sono strettamente connesse con l'oggetto di questa trattazione. Dopo aver esposto i tratti essenziali del danno non patrimoniale, occorre ora chiedersi se siano riscontrabili nella sua disciplina profili sanzionatori e, qualora siano presenti, se sia possibile qualificare questa categoria di danno come una pena privata.

Si richiameranno di seguito i più importanti contributi dottrinali in materia²¹⁵ dai quali emergono due principali ed opposte correnti di pensiero: alcuni autori affermano la funzione esclusivamente risarcitoria del danno patrimoniale mentre l'indirizzo maggioritario²¹⁶ associa a questa funzione anche quella punitiva, sostenendo una stretta correlazione con la pena privata.

L'orientamento che sostiene la funzione compensativa del danno non patrimoniale, fonda le sue convinzioni su una serie di argomentazioni.

Innanzitutto viene evidenziato il dato letterale: la disposizione prevede che «il danno non patrimoniale deve esser risarcito» e, di conseguenza, si dovrebbe intendere il risarcimento quale istituto dell'ordinamento privatistico teso a compensare il danneggiato per i danni sofferti in conseguenza dell'illecito o dell'inadempimento contrattuale²¹⁷. Altra autorevole dottrina separa il settore del diritto privato da quello del diritto penale e, di conseguenza, nega la possibilità di associare la principale funzione della norma penale al danno non patrimoniale²¹⁸.

²¹⁴ DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. 2, cit., 229, ha definito il danno non patrimoniale «uno degli argomenti – si può dirlo senza tema di esagerazione – più discussi dell'intero campo del diritto civile».

²¹⁵ Sul tema si vedano ASTONE M., *Danni non patrimoniali, Art. 2059*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 239; PONZANELLI G., *Il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 126 ss.; SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 12, 2485B ss.

²¹⁶ BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 301 ss.; PONZANELLI G., voce *Pena privata*, cit.; DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 200 ss.; RINALDO M., *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 115 ss.; ancora, si confronti GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile*, cit., 73, il quale sostiene che le funzioni principali del risarcimento del danno non patrimoniale siano la funzione sanzionatoria e quella deterrente.

²¹⁷ BIANCA M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, cit., 206 ss.

²¹⁸ CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 2, 293, secondo cui «L'idea che in controluce possiamo trarne è che il diritto privato non ha

Come è stato detto in precedenza, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sembrano orientate verso una funzione (anche) sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale.

A supporto di questa corrente di pensiero si richiama la Relazione ministeriale al codice civile del 1942, secondo la quale «nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo».

Secondo una configurazione di questo orientamento, riprendendo l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza della Corte costituzionale 184/1986²¹⁹, l'art. 2059 c.c. sarebbe il punto da cui emerge il dato secondo il quale «accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori».

La tesi che inquadra il danno non patrimoniale nella categoria delle pene private giudiziali²²⁰, sostenendo che tale risarcimento abbia una finalità punitiva, si fonda su eterogenee e molteplici argomentazioni.

In primo luogo è stato correttamente affermato da autorevole dottrina²²¹ che «la diversa configurazione del danno influenza il meccanismo di reazione». Questo significa che lo strumento di tutela che l'ordinamento giuridico prevede per il danno patrimoniale non può essere lo stesso utilizzato per il danno non patrimoniale; il risarcimento previsto per il ristoro di danni suscettibili di valutazione economica non può essere idoneo per tutelare un danneggiato che ha subito danni che, per loro natura, non sono quantificabili oggettivamente. Ne consegue che la quantificazione del risarcimento avviene mediante regole differenti a seconda che l'illecito abbia causato un danno patrimoniale o non patrimoniale e che, in quest'ultimo caso, non si tratti di mera compensazione del danno in quanto l'entità del risarcimento si fonda su un danno "incalcolabile".

bisogno di prendere a prestito da altre branche del diritto funzioni non sue; al contrario, esso è in grado di accogliere nella propria compagine nuovi interessi, secondo che la società vada sciorinandoli nel suo continuo divenire, adattando a questi, ove occorra, i propri istituti e modelli senza perdere la propria identità».

²¹⁹ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, secondo cui «La scelta legislativa operata con l'emanazione dell'art. 2059 c.c. [...] discende dall'opportunità di sanzionare in modo adeguato chi si è comportato in maniera vietata dalla legge».

²²⁰ PATTI S., (voce) *Pena privata*, in *Digesto civile*, XIII, 1995, 349; BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit.

²²¹ BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 304.

Sulla base di questa divergenza nella quantificazione, la dottrina si è chiesta se il danno non patrimoniale sia conciliabile o meno con il risarcimento. In altri termini, il danneggiato che ottiene il risarcimento *ex art. 2059 c.c.* riceve una somma di denaro che dovrebbe annullare il danno sofferto ma non è pacifico che si tratti di un vero e proprio “risarcimento”. Per avvalorare la soluzione negativa è stato sostenuto che difficilmente un danno non patrimoniale, quale ad esempio il danno morale per l’uccisione di un figlio, possa esser cancellato da una somma di denaro²²².

Da ultimo emergono quegli autori che sostengono un’impostazione interpretativa mediana, secondo la quale si riconosce nel danno non patrimoniale una duplicità di caratteri. Secondo alcuni questa sanzione avrebbe carattere risarcitorio nel suo contenuto e carattere afflittivo per quanto concerne la sua principale componente teleologica²²³; in una simile direzione è stato sostenuto che il danno non patrimoniale «compensa e sanziona, o, forse, sanziona compensando²²⁴».

Dato conto di questo variegato panorama di opinioni diffuse in dottrina, si vogliono ora formulare le conclusioni cui siamo giunti relativamente al danno non patrimoniale.

Non si ritiene di poter riconoscere a questa categoria di danno una sola funzione poiché si tratta di una figura complessa nella quale possono essere ricondotte molteplici finalità che assumono una maggiore o minore intensità a seconda della tipologia del danno subito e ai criteri di liquidazione utilizzati.

A ben vedere, come è stato sottolineato in precedenza, non è possibile quantificare in maniera oggettiva una modificazione peggiorativa della sfera individuale²²⁵. Dalla casistica giurisprudenziale emerge come i giudici, data la difficoltà della determinazione del *quantum* dell’obbligazione risarcitoria, ricorrano alla valutazione equitativa (artt. 2056 e 1226 c.c.). In sede di liquidazione complessiva delle voci di danno non patrimoniale tengono conto, oltre che della gravità della lesione, anche del

²²² Così argomenta BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 306.

²²³ Il pensiero è di PAGLIARO A., voce *Sanzione*, II) *Sanzione penale*, cit.

²²⁴ Il pensiero è di BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, cit., 26; BENEDETTI A. M., *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, 222 ss.

²²⁵ BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, cit., 27, secondo cui «In verità, è giusta l’osservazione di chi sostiene l’impossibilità di misurare il risarcimento del danno non patrimoniale, al punto da dubitare perfino della correttezza linguistica del richiamo al «risarcimento», termine certamente improprio perché, nella sostanza, slegato da un vero danno misurabile o, per dirla più modernamente, calcolabile».

grado di colpevolezza del danneggiante, nonché delle sue condizioni patrimoniali e dell'arricchimento realizzato a mezzo del fatto illecito. Ulteriormente, anche quando i criteri di determinazione dell'ammontare del risarcimento sono standardizzati, difficilmente il *quantum* dovuto ricavato da valori percentuali o tabelle può considerarsi equivalente all'entità del danno sofferto dal danneggiato²²⁶.

La riflessione sulla natura giuridica e sul meccanismo di liquidazione del danno non patrimoniale portano a intravedere in quest'ultimo la venatura punitiva. Per avvalorare quest'ultima affermazione è significativo riflettere sulla quantificazione del risarcimento che avviene sulla base della gravità del fatto²²⁷ e, di conseguenza, sul grado del dolo dell'autore. Sarebbe irragionevole negare la finalità (anche) punitiva di un risarcimento il cui ammontare non è determinato con stringenti criteri matematico quantitativi sull'ammontare del danno subito e, anzi, viene determinato con riferimento alla figura del danneggiante.

La funzione sanzionatoria nel risarcimento del danno non patrimoniale, seppure presente, non è da ritenere prevalente. In precedenza è stata utilizzata l'espressione "venatura punitiva" poiché si ritiene che il risarcimento del danno *ex art.* 2059 c.c., benché tenda anche all'afflizione, sia comunque volto principalmente a risarcire il danneggiato. L'interpretazione delle disposizioni civilistiche e dei principi in materia impone di considerare che la funzione del risarcimento in questione sia quella di compensare i danni subiti dalla vittima di un fatto illecito. Non è la volontà del legislatore di punire, ma la natura del danno non patrimoniale, ad imporre che la sua quantificazione avvenga - in via equitativa - sulla base di fattori attinenti al danneggiante ed estranei all'entità del danno subito.

Le raggiunte conclusioni avranno particolare importanza nel prosieguo di questo lavoro in quanto consentiranno di considerare il risarcimento del danno non patrimoniale e i danni punitivi come due sanzioni civilistiche differenti e si rifiuterà la possibilità per i giudici di irrogare questi ultimi sulla base del dettato normativo attualmente vigente.

²²⁶ Si veda Cass., ord. 16 maggio 2016, n. 9978, cit., secondo cui «quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato».

²²⁷ Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126, secondo cui «La gravità dell'offesa, requisito la cui indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno si desume [...]».

3.1. Il danno tanatologico

In materia di danno non patrimoniale, è noto come la giurisprudenza e la dottrina abbiano a lungo discusso in tema di danno tanatologico. Il danno tanatologico è il danno subito da una persona deceduta in seguito alla sua uccisione da parte di un terzo che abbia determinato una morte istantanea della vittima. Il dibattito, progressivamente emerso nel diritto vivente, riguarda la risarcibilità o meno di questa tipologia di danno.

L'orientamento maggioritario nega la possibilità di avanzare pretese *iure hereditatis* per il pregiudizio patito dal *de cuius*.

L'orientamento più risalente delle Sezioni Unite²²⁸ della Suprema Corte affermava l'inarisarcibilità di un risarcimento del danno tanatologico. Sul tema si è espressa anche la Corte costituzionale²²⁹, la quale ha affermato che il limite alla risarcibilità è costituito dalla struttura del nostro sistema della responsabilità civile. Il primo ostacolo concerne l'oggetto del risarcimento, poiché nel nostro ordinamento possono essere risarciti solo i c.d. danni conseguenza, cioè l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli patite dalla vittima di un illecito e determinate dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva di cui esso è titolare. Il secondo ostacolo è costituito dalla liquidazione del danno, che può riferirsi solo a perdite. Quando si discorre di danno tanatologico il soggetto decede contestualmente all'illecito e, di conseguenza, manca un periodo temporale sufficiente per consentire al danneggiato di subire i pregiudizi derivanti dalla lesione del diritto alla salute. La Consulta ha sostenuto che il danno biologico patito dal defunto possa essere risarcito solo qualora la morte non sia istantanea e sia accertabile un considerevole lasso temporale tra la lesione e la morte.

Successivamente, in maniera conforme a tale pronuncia della Corte costituzionale, la Corte di cassazione si è espressa più volte sul tema affermando che se il soggetto

²²⁸ Cass., S. U., 22 dicembre 1925, n. 3475, secondo la quale «se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un soggetto di diritto».

²²⁹ Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372.

perde la vita contestualmente all'illecito non può acquistare un diritto risarcitorio poiché «fino a che è in vita non vi è perdita e quando è morto da una parte non è titolare di alcun diritto e dall'altra non è in grado di acquistarne²³⁰». In altri termini, per poter risarcire un danno deve necessariamente esistere un soggetto che subisce tale danno.

La Corte di cassazione ha ritenuto che la lesione all'integrità fisica che conduce – istantaneamente o in un breve lasso di tempo – ad un esito mortale, non possa qualificarsi come danno biologico poiché non riguarda la lesione del bene salute ma la lesione del bene vita.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite che nel 2008²³¹ hanno negato il risarcimento del danno tanatologico, ammettendo unicamente il ristoro del danno morale. Successivamente, un'altra volta, il Supremo Consesso della Corte di cassazione si è espresso raggiungendo le medesime conclusioni²³².

L'orientamento che nega la risarcibilità del danno tanatologico, seppur maggioritario, non è pacifico; pertanto, la dottrina e la giurisprudenza contraria hanno provato a confutare le obiezioni precedentemente riportate.

Vi sono numerosi autori che hanno ritenuto che il supremo bene della vita non possa rimanere privo di una tutela civilistica. La stessa Corte di cassazione²³³ ha ammesso la risarcibilità, ritenendo fosse compatibile con i principi del nostro ordinamento e altresì necessaria per garantire tutela a un diritto fondamentale come quello della vita.

In dottrina è ripetuto più volte che non ammettere il risarcimento del danno tanatologico porterebbe all'affermazione secondo la quale sarebbe economicamente più conveniente uccidere piuttosto che ferire qualcuno, così creando un «motto» che «pur nel suo smaccato cinismo, non ha un carattere meramente suggestivo, ma corrisponde alla cruda realtà dei fatti²³⁴».

²³⁰ Cass., 16 maggio 2003, n. 7632.

²³¹ Cass., S. U., 11 novembre 2008, n. 26972.

²³² Cass., S. U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, 2690 ss., con nota di PALMIERI A. E PARDOLESI P., *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*.

²³³ Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361; Cass., 12 luglio 2006, n. 15760.

²³⁴ Il pensiero è di SIMONE R., *La livella e il (mancato) riconoscimento dal danno da perdita della vita: le Sezioni Unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*, in *Foro it.*, 2015, I, 2702.

Si è ritenuto quindi di poter risarcire il danno tanatologico anticipando il momento della nascita del credito risarcitorio al momento del verificarsi dell'evento lesivo. In questa prospettiva si arriverebbe ad ammettere la risarcibilità del danno evento, derogando alla regola generale della risarcibilità del solo danno conseguenza, attribuendo al risarcimento del danno una funzione esclusivamente punitiva.

Il *revirement* delle Sezioni Unite del 2017, con l'affermazione della polifunzionalità della responsabilità civile, ha riaperto la speranza di poter finalmente superare l'orientamento contrario alla risarcibilità del danno tanatologico²³⁵. Si vogliono riprendere le parole contenute nella sentenza c.d. Scarcano²³⁶ in quanto totalmente condivise: «la perdita della vita, bene massimo della persona, non può lasciarsi invero priva di tutela (anche) civilistica. Orbene, il risultato ermeneutico raggiunto dal prevalente orientamento giurisprudenziale appare non del tutto rispondente all'effettivo sentire sociale nell'attuale momento storico».

4. I danni punitivi

Con l'espressione “danni punitivi²³⁷” si indicano le somme di denaro, ulteriori rispetto l'ammontare dei danni effettivamente subiti, dovute dal danneggiante nei confronti del danneggiato per punire condotte illecite caratterizzate da una particolare gravità. In questa logica, si utilizza questo termine per indicare una particolare condanna comminabile nell'ambito di un processo civile al fine di punire atti illeciti che generano rilevante biasimo e allarme sociale.

²³⁵ Favorevole al risarcimento del danno tanatologico SIMONE R., *La livella e il (mancato) riconoscimento dal danno da perdita della vita: le Sezioni Unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*, cit., 2702, il quale sostiene: «Si può, e si deve parlare di risarcimento perché in questo caso non si dà un prezzo ad un bene, il cui pagamento darebbe l'immagine di un mercato dove si scambia denaro contro la sofferenza, ma si fissa un costo in grado di generare un effetto preventivo sui potenziali danneggianti (sarà un sistema di filtraggio di fumi e polveri, ma anche un incremento del premio assicurativo fino all'espulsione dal mercato assicurativo) con un miglioramento generale del sistema di protezione».

²³⁶ Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361.

²³⁷ Sul tema dei danni punitivi si vedano i recenti contributi di CICERO C., voce *Danni punitivi*, cit.; CICERO C., *Il perimetro dei “risarcimenti punitivi”*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 41 ss.; sul tema anche PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, cit.; PARDOLESI P., *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato* (a cura di P. Parlolesi), Bari, 2011, 59 ss.

In Italia si utilizza la locuzione danni punitivi per richiamare l'espressione inglese *punitive damages*. In verità la traduzione letterale corretta dovrebbe essere "risarcimento punitivo" poiché i Paesi di *common law* distinguono tra *damage* e *damages*; con il primo termine fanno riferimento al danno (o al pregiudizio) mentre con il secondo indicano, prevalentemente, il risarcimento accordato da un organo giudiziario²³⁸.

Questo istituto giuridico è nato in Inghilterra e tutt'oggi trova applicazione generalizzata negli Stati Uniti. È formalmente estraneo alla maggior parte dei Paesi di *civil law* ma, nei tempi recenti, è stato rivalutato positivamente e rappresenta un terreno fertile di indagine²³⁹.

I danni punitivi si possono teoricamente inserire all'interno del più ampio *genus* della pena privata e si caratterizzano, in particolare, per alcuni elementi di specialità. L'ambito applicativo è più ridotto rispetto alle altre pene private, in quanto i danni punitivi si collocano nell'ambito della responsabilità extracontrattuale²⁴⁰ e, dunque, non trovano mai origine nella volontà negoziale delle parti. In secondo luogo, i danni punitivi si caratterizzano per una finalità maggiormente afflittiva in quanto rivolti solo alle condotte dolose o gravemente colpose dell'autore dell'illecito.

Autorevole dottrina riconosce ai danni punitivi tre funzioni principali²⁴¹.

La funzione preminente è la funzione sanzionatoria poiché i danni punitivi sono principalmente volti a punire l'autore dell'illecito; questa finalità caratterizza il rimedio e permette di inserirlo nell'ambito del *genus* delle pene private; la funzione afflittiva poi impone la necessità di determinare quali garanzie debbano essere rispettate qualora la "punizione" entri anche nel settore del diritto privato. La seconda funzione dei danni punitivi è quella deterrente poiché questo istituto è

²³⁸ DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, 609 ss.; si vedano anche LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 423; CICERO C., voce *Danni punitivi*, cit.

²³⁹ Si rinvia al capitolo quarto l'approfondimento sull'applicazione dei *punitive damages* nei Paesi di *common law* e, ulteriormente, l'attuale rilevanza di tale istituto in alcuni Paesi di *civil law* e nella normativa e giurisprudenza europea.

²⁴⁰ Si veda DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 110 ss., che enuncia le ragioni secondo le quali i danni punitivi possano essere uno strumento per reprimere gli illeciti aquiliani ma non anche i torti contrattuali.

²⁴¹ BENATTI F., *I danni punitivi: origine e funzioni*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 3 ss., individua tali funzioni nei danni punitivi. Sul tema si veda anche BRUTTI N., *Oltre i punitive damages: rilievi su una funzione "espressiva" del rimedio*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 840 ss., il quale riflette sulla vocazione espressiva di tale rimedio sanzionatorio.

finalizzato sia a impedire che l'autore dell'illecito ripeta lo stesso (o un simile) comportamento sia ad evitare che la condanna scoraggi altri soggetti dal compimento di una condotta illecita. Da ultimo, si deve evidenziare come i danni punitivi abbiano anche la funzione compensativa e la dottrina²⁴² ricorda come fin dalle prime applicazioni da parte delle Corti inglesi emerse la finalità di risarcire il danno. Invero, l'istituto è stato utilizzato in passato per compensare perdite non patrimoniali quando i Paesi di *common law* non ammettevano tali risarcimenti ovvero, ancora, per ottenere un risarcimento integrale laddove si incontrassero difficoltà nel raggiungimento della prova del danno.

Sebbene si possa affermare la polifunzionalità dell'istituto giuridico, le funzioni non sono sempre poste sullo stesso piano e si deve riconoscere come ognuna di esse possa avere un peso maggiore o minore a seconda della concreta regolamentazione scelta dall'ordinamento per disciplinare tale sanzione.

L'evoluzione del diritto potrebbe condurre verso l'importazione dei danni punitivi al fine di offrire una efficace tutela civilistica laddove il risarcimento compensativo risultasse inadeguato²⁴³. Tuttavia, emergono molteplici problematiche con riferimento all'introduzione nel nostro ordinamento di uno strumento di tutela così complesso.

Gli Stati che hanno utilizzato questo rimedio civilistico hanno incontrato difficoltà nella sua gestione e, dopo una prima applicazione generale, hanno talvolta modificato la sua disciplina giuridica. Spesso l'ambito di applicazione dell'istituto è stato ridotto, specie a seguito della eccessiva discrezionalità giudiziaria che, di frequente, ha portato a condanne elevate e sproporzionate.

Ci si chiede pertanto, soprattutto sulla base delle esperienze straniere, quali sono i pro e i contro della sua applicazione? Ed ancora, con riferimento ai potenziali aspetti negativi dell'istituto giuridico, si potrebbe teorizzare una disciplina giuridica volta a limitarli?

²⁴² BENATTI F., *I danni punitivi: origine e funzioni*, cit., 10 ss.

²⁴³ Contra CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza. A proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, 789, secondo cui: «Non credo, per contro, che il nostro ordinamento abbia bisogno dei c.d. danni punitivi, che è meglio chiamare risarcimento sanzionatorio o ultrariparatorio: sarebbe un incongruo ritorno indietro rispetto al guadagno della modernità – consistente in quella che ho chiamato secolarizzazione della responsabilità civile per significare il definitivo abbandono della falda sanzionatoria che poté caratterizzare alle sue origini l'azione aquiliana».

Per rispondere a questi quesiti lo studio comparatistico è essenziale ma deve essere effettuato con la consapevolezza dell'eterogeneità – e spesso la incompatibilità – delle regole sostanziali e processuali esistenti tra i sistemi di *common law* ed il nostro²⁴⁴.

L'introduzione dell'istituto giuridico dei danni punitivi va effettuato con cautela e deve essere effettuato avendo prioritariamente riguardo ai principi che governano il nostro ordinamento giuridico. Qualora si reputi necessario al fine di ottenere una maggiore tutela giuridica, non si ritiene irragionevole valutare un'eventuale introduzione controllata di ulteriori risarcimenti ultracompensativi da parte del legislatore, anche se non in via generale, almeno tramite ulteriori fattispecie specifiche.

Le considerazioni finora svolte consentono, a questo punto, di entrare nel vivo dell'indagine sull'applicazione dei danni punitivi nel nostro ordinamento.

A tal fine, il punto di riferimento principale sarà la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 5 luglio 2017, n. 16601²⁴⁵, la quale ha suscitato clamore e un vivo interesse nella dottrina italiana²⁴⁶.

²⁴⁴ GAMBARO A., MONATERI P. G., SACCO R., voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1988.

²⁴⁵ Si espone brevemente la vicenda che ha dato origine alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 16601/2017. Il motociclista C.D. aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross a causa di un asserito vizio del casco prodotto dalla società italiana A. e rivenduto dalla società N. (avente sede in Florida). Dopo l'incidente, il motociclista ha promosso un giudizio nei confronti della società N., ottenendo in via transattiva la corresponsione di un indennizzo di un milione.

Su richiesta di quest'ultima, la Corte di appello di Venezia ha dichiarato efficaci ed esecutive nell'ordinamento italiano – *ex art. 64 della legge 218/1995* – le tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America, con le quali le autorità giudiziarie americane avevano accolto la domanda di reintegrazione patrimoniale promossa da N., nelle quali stabilirono che quest'ultima società dovesse esser manlevata dalla società italiana A.

La A. ha proposto ricorso per Cassazione deducendo la contrarietà delle sentenze americane all'ordine pubblico; la società N. si è opposta. La Corte di cassazione, con l'ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978, ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, per sollecitare un ripensamento in tema di riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'ordinanza del 2016 ha segnato l'inizio del capovolgimento dei precedenti e consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità in materia.

²⁴⁶ Senza pretese di completezza, si riporta di seguito un elenco degli autori che hanno contribuito al dibattito sulla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 16601/2017. AL MUREDEN E., *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, 995; ALPA G., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1084; ASTONE M., *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 276; BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 575 ss.; BENATTI F., *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1129; BIANCA C. M., *Qualche necessaria*

Si sono individuate, tra le altre, tre problematiche principali. Dapprima si tratterà la possibilità di delibare le sentenze straniere di condanna ai *punitive damages* – con riferimento in particolare al limite dell’ordine pubblico – e, successivamente, la tematica della diretta applicazione di tale rimedio da parte del giudice italiano. Da ultimo, si svolgerà un’analisi dei principi del nostro ordinamento che fondano e limitano i danni punitivi.

parola di commento all’ultima sentenza in tema di danni punitivi, cit., 1; BRIGUGLIO A., *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point <<nell’interesse della legge>>*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1597; CARLEO R., *Punitive damages: dal common law all’esperienza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 259; CIATTI CÀIMI A., *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire della Corti di common law*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 1 ss.; CLARIZIA O., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274; CONSOLO C., *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1050 ss.; CORSI G., *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 429; D’ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna ai danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, 2639; DE LEO F., *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1531C; DI MAJO A., *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9, 2017; DE MENECH C., *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile*, 2017, 6, 608 ss.; FERRARI F., *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi all’indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017. Cenni comparatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 276; FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 283; FRANZONI M., *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1107; GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 10, 1392; LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”*, cit., 421; LAMORGESE A., *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 317; MONATERI P.G., *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, I, 2648; MONATERI P.G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 437; PALMIERI A. E PARDOLESI P., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630; PALMIERI A., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – I danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274; PETRELLI P., *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. e impr.*, 4, 2017, 1187; PONZANELLI G., *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa del risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 300; PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 435; PONZANELLI G., *Sezioni Unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1122; PONZANELLI G., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274; PONZANELLI G., *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *juscivile*, 1, 2018, 42; RICCIARDI A., *La funzione della responsabilità civile alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *CamminoDiritto.it*, 4, 2018; SCARCHILLO G., *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. e impr.*, 1, 2018, 289; SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1109B; SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 305.

4.1. La delibazione di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi

La possibilità di delibare le sentenze straniere di condanna ai *punitive damages* è una problematica che ha natura internazionalprivatistica ed è strettamente connessa alla clausola di salvaguardia di ordine pubblico.

La legge 31 maggio 1995, n. 218, sancisce il principio di riconoscimento automatico delle sentenze straniere, la cui operatività è subordinata al ricorrere di determinate condizioni. L'art. 64 elenca i requisiti in presenza dei quali è ammesso il riconoscimento in Italia di una decisione straniera senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento. Tra i tanti, la lettera g) dispone che è necessario che le disposizioni della sentenza straniera non producano effetti contrari all'ordine pubblico.

A differenza di quanto previsto dall'abrogato art. 797 c.p.c., la formulazione dell'art. 64 fa riferimento alla compatibilità dell'ordine pubblico con gli effetti che la decisione straniera produce, non alla sua compatibilità con la legge di cui il giudice straniero ha fatto applicazione.

Il principio di ordine pubblico costituisce un limite che permette di proteggere gli interessi dello Stato e la sua coerenza interna, diretto ad impedire l'ingresso nell'ordinamento interno di valori giuridici stranieri che possano aggredire i nostri valori essenziali. L'ordine pubblico viene richiamato dall'art. 16 della l. 218/1995 come limite all'applicazione della legge straniera richiamata dalle norme di diritto internazionale privato (c.d. ordine pubblico sostanziale) e dall'art. 64 della l. 218/1995 come limite al riconoscimento delle sentenze straniere (c.d. ordine pubblico processuale²⁴⁷).

Per applicare correttamente la norma contenuta nell'art. 64 occorre riflettere sulla nozione di "ordine pubblico". In questa direzione, è necessario distinguere tra ordine pubblico interno e quello internazionale. Nonostante il testo normativo non dia una

²⁴⁷ Cass., 14 gennaio 2003, n. 365; secondo la quale nel riconoscimento di (atti e) sentenze straniere il concetto di ordine pubblico internazionale assume portata "processuale", attenendo ai «principi inviolabili posti a garanzia de diritto di agire e di resistere in giudizio, e non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie».

definizione di ordine pubblico né preveda classificazioni, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato nel corso del tempo varie teorie al riguardo.

Una prima tesi minoritaria, non ammetteva questa distinzione e considerava l'ordine pubblico come una categoria unitaria. In questa logica, l'ordine pubblico previsto dagli artt. 1343 e 1414 c.c. (come limite all'estrinsecarsi dell'autonomia negoziale) sarebbe lo stesso concetto richiamato dalla legge 218 del 1995 agli artt. 16, 64 e 65 (come limite all'applicazione delle leggi o sentenze straniere).

Una seconda tesi, ormai maggioritaria, si basa sul diverso ambito in cui viene richiamato l'ordine pubblico e sostiene che si debba distinguere tra l'ordine pubblico interno, applicabile nell'ambito dell'autonomia privata e quello internazionale, riferibile invece al diritto internazionale privato. Questa distinzione ha poi dei risvolti sul piano pratico, poiché l'ordine pubblico internazionale costituisce un concetto elastico al contrario dell'ordine pubblico interno che deve interpretarsi in senso rigoroso.

Con questo chiarimento preliminare, che verrà approfondito in seguito, vediamo ora in quali termini si è posta la questione riguardante il riconoscimento nel nostro ordinamento di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

In passato vi era un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità il quale negava la delibazione delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* in quanto contrastanti con l'ordine pubblico.

La prima importante pronuncia in materia è una sentenza della Corte di cassazione del 2007²⁴⁸. Il caso giudiziario riguardava un incidente stradale nel quale, al momento dell'impatto, la vittima aveva perso il casco protettivo poiché presentava difetti di progettazione e costruzione della fibbia. In seguito all'urto, il ragazzo era caduto a terra ed era deceduto a causa di lesioni gravi al capo. L'erede del *de cuius* aveva agito in giudizio contro la società produttrice del casco indossato dalla vittima e la Corte americana aveva condannato la società F. al pagamento di danni punitivi pari alla somma di 1.000.000 di dollari USA. La madre della vittima dell'incidente

²⁴⁸ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1461, con nota di PONZANELLI G., *Danni punitivi: no, grazie e, ulteriormente, in Danno e resp.*, 2007, 11, 1125, con nota di PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?*; in senso sostanzialmente conforme si veda, nella giurisprudenza di merito, Corte d'Appello di Trento, Sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 92 ss., con nota di PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda.*

aveva adito dunque la Corte di appello di Venezia per ottenere la delibazione di tale sentenza americana e, in seguito al rigetto della sua domanda, aveva proposto il ricorso per Cassazione.

In tale occasione, la Suprema Corte ha affermato l'incompatibilità del danno punitivo con l'ordine pubblico, in virtù della funzione sanzionatoria e non meramente risarcitoria dell'istituto. La giurisprudenza di legittimità ha basato la statuizione sull'estraneità della punizione e della sanzione nel nostro sistema di responsabilità civile, unicamente finalizzato al ripristino della sfera patrimoniale del danneggiato (in seguito alla prova della sofferenza determinata dall'illecito).

Questa sentenza non è stata esente da critiche da parte della dottrina. A tal proposito è stato sostenuto che non fossero totalmente convincenti le motivazioni sostenute dalla Cassazione, in particolare laddove è stata affermata l'unicità della funzione risarcitoria della responsabilità civile e l'inaccettabilità di qualsiasi altra funzione²⁴⁹.

La medesima impostazione è stata poi ripresa dalla Corte di cassazione in successive sentenze tra le quali, in particolare, una del 2012²⁵⁰ contiene un principio di diritto simile al precedente, dal quale emerge che il risarcimento del danno prescinde da una valutazione circa lo stato patrimoniale o la condotta del danneggiante. Si è affermato, ulteriormente, che i danni punitivi determinerebbero un arricchimento del danneggiato privo di una causa giustificatrice, in violazione dei nostri principi civilistici.

Quello appena descritto è stato un orientamento per lungo tempo consolidato e maggioritario sia in dottrina che in giurisprudenza. Negli stessi anni invece altri Paesi europei procedevano in una direzione opposta, ritenendo che le sentenze comminatorie di danni punitivi non fossero da considerare automaticamente contrarie all'ordine pubblico²⁵¹ o che lo fossero solo se liquidati in misura eccessiva²⁵².

Nell'ordinamento italiano solo di recente vi è stato un capovolgimento dell'orientamento sopra descritto che ha portato all'ammissione del riconoscimento

²⁴⁹ PONZANELLI G., *Danni punitivi: no, grazie*, cit., 1461.

²⁵⁰ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781.

²⁵¹ Corte costituzionale federale tedesca, 24 gennaio 2007, in *JZ*, 2007, 1046 e Tribunale Supremo spagnolo, 13 novembre 2001, n. 2039/1999.

²⁵² Corte di cassazione francese, 7 novembre 2012, n. 11-23871 e 1 dicembre 2010 n. 90-13303.

di una sentenza straniera comminatoria di un risarcimento superiore all'effettivo danno subito.

Il Supremo Consesso della Corte di cassazione nel 2017 ha basato la statuizione su una rilettura della clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico. Come accennato in precedenza e come descritto dalla Corte nell'ordinanza²⁵³ di remissione della questione alle Sezioni Unite, vi è stata una progressiva evoluzione interpretativa del principio di ordine pubblico a norma degli artt. 16, 64 e 65 della l. 218/1995.

In una prima fase era riferibile unicamente all'ordinamento giuridico interno e rappresentava l'insieme dei principi che si possono desumere da norme inderogabili e che caratterizzano la struttura etico-sociale della società italiana in un determinato momento storico. Successivamente si è riconosciuta la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale ma si valutava la conformità di una sentenza in relazione al primo solo se riguardava cittadini italiani e in relazione al secondo solo se pronunciata nei confronti di stranieri.

Da ultimo, l'orientamento più recente – fatto proprio dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2017 – sostiene che il concetto di ordine pubblico contenuto nella legge di diritto internazionale privato sia da intendere in senso internazionale. Più specificamente, l'indagine circa la compatibilità con l'ordine pubblico inteso in tale accezione deve avvenire rispetto ai principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento – inteso in senso transnazionale – in un determinato momento storico.

Questa nuova interpretazione è stata formulata in linea con il fenomeno della globalizzazione del diritto e riguarda un complesso di principi che si fondano su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti,

²⁵³ Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, cit., in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827 ss., con nota di MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento* e di PONZANELLI G., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*; L'ordinanza è stata pubblicata anche in *Foro it.*, 2016, I, 1981, con nota di D'ALESSANDRO E., *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite* e in *Giur. it.*, 2016, 8-9, 1854 ss., con nota di DI MAJO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*. Hanno contribuito al dibattito GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, III, 2016; LAMBO L., *I danni punitivi e l'intenzionalità dell'offesa*, in *Foro it.*, 2017, I, 1730 ss.; MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, 2017; NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui <<danni punitivi>>*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, 2017; QUARTA F., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1159 ss.

previsti nelle fonti sovraordinate alla legge ordinaria sia a livello nazionale sia comunitario ed internazionale (i principi si possono desumere principalmente dalla Costituzione ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

L'internazionalizzazione della clausola dell'ordine pubblico appena descritta implica il rispetto dei principi supremi della Costituzione. In altri termini, la sentenza straniera applicativa di un istituto giuridico estraneo all'ordinamento nazionale può essere delibata a condizione che non sia ostacolata dalla disciplina europea (e internazionale) e che sia compatibile con «il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale²⁵⁴».

Se riflettiamo sulla nozione di ordine pubblico internazionale possiamo notare come essa si caratterizzi per essere relativa e indeterminata. Relativa poiché l'ordine pubblico è un concetto che varia nello spazio – a seconda della società considerata – e nel tempo – a seconda del momento storico preso in considerazione. La caratteristica della relatività è strettamente connessa con quella della indeterminatezza: l'ordine pubblico, avendo un contenuto mutevole, può esprimere dei valori che vengono superati con il decorso del tempo nell'ambito del medesimo ordinamento giuridico. È compito dell'interprete quello di individuare il contenuto del c.d. ordine pubblico internazionale, il quale non può esser determinato a priori.

La sentenza delle Sezioni Unite ha permesso l'ingresso, seppur limitato, all'istituto dei *punitive damages*. La sentenza straniera comminatoria di danni punitivi può essere delibata purché rispetti determinate condizioni. La Corte di cassazione afferma che il giudice dovrà analizzare il caso concreto e valutare se la sentenza sia stata resa nell'ordinamento straniero sulla base di una legge (o una fonte simile) che ammetta tale risarcimento punitivo. Questa base normativa, sulla quale il giudice si pronuncia, deve esser tale da garantire la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi.

²⁵⁴ Così, testualmente, Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.; Sul punto TESCARO M., *Il revirement "moderato" sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 52., riprende le parole delle Sezioni Unite sostenendo che quest'ultime delineano una nozione di ordine pubblico molto più "costituzionale" che "internazionale".

I presupposti individuati dalle Sezioni Unite – i quali verranno approfonditi in seguito – se da una parte hanno trovato l'accoglimento della dottrina, dall'altra hanno suscitato qualche perplessità. Una dottrina²⁵⁵ definisce il richiamo alla riserva di legge un *nosense*; essa si domanda per quale motivo la Cassazione ritenga necessario – ai fini della delibazione – che la condanna punitiva si basi su una legge straniera pur sapendo che le sentenze comminatorie di *punitive damages* provengono da Paesi di *common law* che, per definizione, si basano su un diritto prevalentemente giurisprudenziale. Sul punto, un altro autore²⁵⁶ ha suggerito di far rientrare nella “adeguata copertura normativa” richiesta dalle Sezioni Unite anche le fonti di natura giurisprudenziale, in quanto è molto più probabile che, in sede di delibazione, una condanna straniera trovi la sua base nel precedente giudiziario.

In termini diversi, un altro studioso²⁵⁷, ha criticato la soluzione adottata dalle Sezioni Unite di delegare “in bianco ad un qualsivoglia indeterminato legislatore straniero” l'individuazione delle fattispecie meritevoli di punizione. Secondo tale dottrina, ai fini della delibazione, sarebbe necessario che la legge interna italiana ammettesse la condanna straniera ai *punitive damages*, poiché il legislatore italiano dovrebbe esser considerato unico titolare del potere di scegliere in quali casi è legittima una condanna punitiva.

Alla luce di quanto è stato precedentemente descritto, si vuole ora esprimere qualche breve considerazione sulla tematica oggetto del presente paragrafo. Si sono apprezzate sia le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite sia le motivazioni alla base della soluzione adottata. Per la prima volta in Italia c'è stata un'apertura della giurisprudenza nei confronti della *vexata quaestio* dell'ammissibilità di delibare una sentenza straniera comminatoria di danni punitivi attraverso un'attenta lettura interpretativa della clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico, ormai considerata sotto il profilo internazionale.

Un punto della sentenza che ha suscitato qualche perplessità è stata la scelta delle Sezioni Unite, ai fini della delibazione, di richiedere che la condanna punitiva si basi su una legge straniera (o una fonte analoga), la quale deve rispondere ai principi di

²⁵⁵ Il pensiero è espresso da BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, cit., 34 ss.

²⁵⁶ CARLEO R., *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, cit., 270.

²⁵⁷ SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, cit., 305.

tipicità e prevedibilità. Non si comprende appieno la scelta di ammettere l'efficacia di una condanna punitiva straniera solo nell'ipotesi in cui trovi la sua legittimazione in una norma straniera, anziché in una italiana. Oltretutto, in sede di delibazione potrebbe risultare complessa l'individuazione di una disposizione legislativa che disciplini la sanzione punitiva così dettagliatamente come richiesto dalla Cassazione, soprattutto nell'ambito di ordinamenti come quelli di *common law* nei quali il diritto viene creato dalla giurisprudenza. Sembra pertanto che in una prospettiva futura, questa importante apertura potrebbe invero esser limitata dalle stringenti condizioni che devono essere verificate dal giudice italiano in sede di delibazione.

4.2. La diretta applicazione dei danni punitivi da parte del giudice italiano

La diretta applicabilità dei danni punitivi da parte del giudice italiano riguarda principalmente due problematiche: la prima concerne la possibilità di condannare al risarcimento di danni punitivi nelle cause nazionali e la seconda riguarda la possibilità di liquidare risarcimenti punitivi in cause transnazionali tramite l'applicazione della legge straniera richiamata dal diritto internazionale privato.

Con la sentenza delle Sezioni Unite del 2017 si è affermata la polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento. Più precisamente si è sancito il principio di diritto secondo il quale il sistema della responsabilità civile non sarebbe finalizzato alla mera compensazione ma sarebbero compresenti anche la funzione sanzionatoria e di deterrenza.

Tuttavia una simile statuizione non permette di affermare che qualsiasi giudice nelle cause nazionali possa emettere sentenze di condanna applicando discrezionalmente l'istituto dei danni punitivi. In altri termini, pur ammettendo che la responsabilità civile possa avere più funzioni, tuttavia, la regola generale rimane quella dell'integrale riparazione del danno, con la conseguenza che la posizione assunta dalle Sezioni Unite non è sufficiente per introdurre questo istituto in via generale nel nostro ordinamento.

Non si può accogliere l'orientamento di alcuni commentatori che hanno affermato che la sentenza legittimerebbe un immediato ingresso dei risarcimenti punitivi in Italia. Come si approfondirà meglio nel prossimo paragrafo, l'introduzione dei danni punitivi deve avere necessariamente un ancoraggio normativo e l'opzione interpretativa proposta da alcuni autori è in contrasto con principi fondamentali del nostro ordinamento, in particolare con la Costituzione laddove prevede la riserva di legge per l'imposizione di nuove prestazioni patrimoniali (artt. 23 e 25 Cost)²⁵⁸.

La seconda problematica che si vuol trattare merita uno specifico approfondimento poiché non è stata oggetto di pronuncia da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione: ci si domanda se un giudice nazionale possa liquidare danni punitivi applicando una legge straniera.

La questione si pone a metà tra le due problematiche precedentemente esposte perché, se da un lato riguarda una sentenza di un giudice nazionale, dall'altro concerne l'applicazione di una legge proveniente da un altro ordinamento.

Il quesito è il seguente: ci si chiede se un giudice italiano, chiamato a pronunciarsi su rapporto giuridico recante elementi di transnazionalità, possa applicare la legge straniera – richiamata dal diritto internazionale privato – che disciplina un danno punitivo a carico dell'autore di un atto illecito. L'art 16 della l. 218/1995 prevede che la legge straniera non potrà trovare applicazione qualora i suoi effetti siano contrari all'ordine pubblico.

È sufficiente una lettura della disposizione per notare le evidenti similitudini con il principio, analizzato nel paragrafo precedente, previsto dagli artt. 64 e 65 della l. 218/1995 in tema di riconoscimento di sentenze e atti stranieri. A ben vedere, l'ordine pubblico è un meccanismo di protezione previsto dalla legge che limita l'ingresso nel nostro ordinamento sia alle leggi straniere sia alle sentenze o altri provvedimenti provenienti da altri ordinamenti.

²⁵⁸ Cass. civ., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071 secondo cui «in ipotesi di inadempimento dell'obbligo di restituzione nascente da un contratto di comodato, configurante una occupazione *sine titulo* di immobile, il danno derivante dal mancato godimento di tale bene non può ritenersi in *re ipsa*, ma deve essere allegato e dimostrato dal soggetto leso. La tesi contraria finisce, infatti, per esonerare il danneggiato anche dagli oneri di allegazione, con conseguente lesione del diritto di difesa di controparte, costruendo una presunzione di natura sostanzialmente punitiva, in contrasto con i principi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 16601/2017, secondo cui il superamento della finalità compensativa dello strumento risarcitorio è riservato al legislatore».

La disposizione prevede che la legge straniera richiamata dal diritto internazionale privato non possa essere applicata qualora i suoi effetti siano contrari all'ordine pubblico. Il riferimento agli effetti è importante poiché significa che il giudice italiano deve verificare la compatibilità tra l'ordine pubblico ed il risultato pratico che l'applicazione della normativa estera richiamata produrrebbe nel nostro ordinamento. Se reputa che gli effetti della legge straniera siano in contrasto con l'ordine pubblico non potrà applicare quella disposizione.

L'art. 16 della l. 218 del 1995 disciplina l'ipotesi in cui il giudice italiano non possa applicare la legge straniera; in tal caso dovrà applicare la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti oppure, in mancanza, applicherà la legge italiana.

Nel diritto internazionale privato, l'ordine pubblico considerato ai fini della valutazione della compatibilità è l'ordine pubblico inteso nella sua accezione internazionale. Tuttavia la verifica di tale compatibilità assume delle caratteristiche diverse a seconda che l'oggetto sia una legge straniera o una sentenza straniera. Nel primo caso il giudice dovrà valutare in maniera più rigorosa mentre nel secondo caso potrà operare con maggiore elasticità, in quanto nella delibazione di una sentenza straniera si riscontrano esigenze di tutela dell'affidamento rispetto alla conservazione di diritti già acquisiti.

Nella casistica della giurisprudenza di legittimità non si riscontra una sentenza che abbia ad oggetto specificatamente l'applicazione da parte del giudice italiano di una legge straniera che preveda risarcimenti punitivi ma, ciò nonostante, alcune sentenze possono fornire alcune indicazioni.

In questa direzione si potrebbe considerare il principio di diritto espresso nella sentenza delle Sezioni Unite del 2017 secondo il quale «non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi», il quale farebbe propendere per una soluzione positiva della questione.

4.3. I principi giuridici che fondano e limitano i danni punitivi

Siamo arrivati, a questo punto, a trattare i principi applicabili alla tematica dei danni punitivi.

Il civilista italiano si deve interrogare circa la compatibilità di questo istituto giuridico con tutti i principi che governano il nostro ordinamento al fine di comprendere quali siano le norme sulle quali i danni punitivi si possono fondare e quali siano quelle che pongono limiti alla loro applicabilità.

È stato detto che i risarcimenti ultracompensativi rispondono ad esigenze di giustizia e, in determinati casi, possono offrire una maggiore tutela rispetto al mero risarcimento compensativo. La Suprema Corte ha confermato che tale strumento si può inserire nel nostro sistema di responsabilità civile che, allo stato attuale, è finalizzato non solo alla compensazione ma anche alla punizione. Lo strumento sanzionatorio punitivo trova quindi la sua legittimazione non soltanto nel sistema codicistico, grazie alle clausole generali disposte dal legislatore nel 1942, ma trova anche un fondamento costituzionale.

I danni punitivi si possono pertanto collocare nel principio di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, che soprattutto con riferimento ai diritti fondamentali dovrebbe trovare la sua massima esplicazione²⁵⁹. Dottrina e giurisprudenza concordano, con riferimento in particolare agli artt. 2 e 24 Cost., che nel nostro ordinamento debba esser garantita una tutela sostanziale effettiva che, se non sufficientemente attuata in una prospettiva unicamente risarcitoria, potrebbe dar luogo a condanne aventi carattere afflittivo e deterrente.

Occorre tuttavia domandarsi quali siano i limiti che l'ordinamento giuridico impone in materia a livello costituzionale e sovranazionale²⁶⁰. I risarcimenti ultracompensativi, che si traducono nell'obbligo del danneggiato di adempiere un'obbligazione pecuniaria, soggiacciono al principio della riserva di legge. Già da

²⁵⁹ Si veda GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile*, cit., 73, secondo il quale «il danno punitivo, in presenza di una lesione di un diritto fondamentale e, appunto, nella chiave dell'effettività del rimedio, esprime puntualmente la sanzione contro una gravità socialmente intollerabile della lesione, gravità che, anche in chiave di deterrenza, giustifica la reazione più che compensativa dell'ordinamento».

²⁶⁰ Sul tema si veda SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, cit., 305.

tempo autorevole dottrina, ipotizzando una futura un'applicazione dei danni punitivi, aveva sostenuto: «*Nulla poena (privata) sine previa lege, anzitutto*²⁶¹».

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁶² hanno affermato che l'ammissibilità di «ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

Appare condivisibile il richiamo all'art. 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. La stretta connessione tra danni punitivi e tale disposizione veniva sostenuta già da tempo da attenta dottrina²⁶³, la quale ha affermato che le sanzioni civili punitive aventi un contenuto patrimoniale (determinato indipendentemente dal danno) devono soggiacere alla riserva relativa di legge per la determinazione dei presupposti e delle conseguenze sanzionatorie.

Diversamente, non è affatto pacifica l'applicazione ai danni punitivi dei principi costituzionali previsti per il diritto penale (in particolare gli artt. 25 e 27 Cost.). Parte della dottrina²⁶⁴ sostiene l'applicazione di tali garanzie anche nel settore privatistico, così supportando la necessità che i danni punitivi rispettino la riserva di legge sancita dall'art. 25, comma 2, Cost.

Di contro, sembra prevalere un secondo orientamento²⁶⁵ secondo il quale i solidi principi previsti dalla Costituzione per la pena criminale sarebbero finalizzati a

²⁶¹ L'espressione è di BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 4, 909 ss., il quale aveva ipotizzato una soluzione al problema dell'individuazione dei presupposti e delle modalità della possibile applicazione dei danni punitivi: «Il legislatore dovrebbe formulare regole chiare in tre direzioni. Dovrebbe anzitutto chiarire che la regola all'uopo dettata ha funzione prettamente sanzionatoria; è sganciata da un diretto riferimento all'effettivo pregiudizio (eventualmente) subito dalla vittima dell'illecito, ma deve raccordarsi con la gravità dell'offesa arrecata; e presuppone una condotta intenzionale dell'offensore. Dovrebbe, altresì, procedere a una rigorosa tipizzazione dell'illecito o degli illeciti a cui intende riferirsi, e eventualmente indicare parametri prefissati di quantificazione, al fine di assicurare obiettivi di legalità e di certezza compatibili con i principi generali del diritto civile. Dovrebbe, infine, dettare criteri operativi per una corretta applicazione, caso per caso, della regola. [...]».

²⁶² Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

²⁶³ BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 47 ss.

²⁶⁴ NUVOLONE P., voce *Diritto – Pena (in generale)*, cit., 791, secondo il quale i principi di legalità e di irretroattività (art. 25 Cost.) «stanno alla base non solo del diritto penale, ma del diritto punitivo in genere».

²⁶⁵ CICERO C., voce *Pena privata*, cit., 481; SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit., 1120B.

garantire la libertà personale colpita dalla sanzione penale²⁶⁶ e, pertanto, si dovrebbero considerare inapplicabili in ambito civile. Si condivide pertanto il pensiero di chi sostiene che «alle tecniche di tutela prefissate dalla Costituzione per la responsabilità penale non corrispondono binari obbligati per la responsabilità civile, anche di tipo più marcatamente afflittivo²⁶⁷».

Questo orientamento maggioritario è stato di recente confermato dalla Corte costituzionale²⁶⁸ che è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c. con riferimento all'art. 25, comma 2, della Costituzione. In tale occasione la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dal giudice rimettente sostenendo che la riserva di legge assoluta riguarda solo le sanzioni penali e quelle amministrative di natura sostanzialmente punitiva, restando escluse le prestazioni patrimoniali imposte per legge nell'ambito civilistico. Ha concluso, pertanto, affermando che l'obbligazione di corrispondere la somma prevista ex l'art. 96, comma 3, c.p.c. non sia da considerare una «sanzione in senso stretto, espressione di un potere sanzionatorio» e, pertanto, ricada nell'ambito di applicazione dell'art 23 Cost.

L'applicazione della riserva di legge non riguarda solo la diretta applicazione dell'istituto dei danni punitivi da parte del giudice italiano ma, ulteriormente, anche la delibazione di sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*. La Corte di cassazione nel 2017 ha affermato che ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera in Italia, è necessario che nell'ordinamento straniero – nel quale sia stata emessa la sentenza – sia presente una “fonte normativa riconoscibile” per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi. La giurisprudenza di legittimità ha precisato inoltre che la disposizione straniera in questione debba rispondere ai principi di tipicità e prevedibilità: il primo impone la necessità di una precisa individuazione della fattispecie mentre il secondo la chiara determinazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili.

Un ulteriore principio che deve applicarsi ai risarcimenti punitivi è quello di proporzionalità, il quale rileva sotto un duplice profilo: impone che l'entità del

²⁶⁶ BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 50; PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., 64.

²⁶⁷ Citazione di BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 47 ss.

²⁶⁸ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

risarcimento punitivo sia adeguata rispetto alla gravità della condotta del danneggiante e, ulteriormente, proporzionata all'ammontare del danno (che equivale al risarcimento compensativo). Le esperienze dei Paesi di *common law* hanno insegnato che è essenziale stabilire un limite o una proporzione delle condanne punitive al fine di evitare che i giudici, nella loro discrezionalità, abbiano il potere di determinare liberamente risarcimenti sovracompensativi eccessivi.

Tutti i principi richiamati non sono sanciti solo a livello nazionale ma sono previsti anche ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite in tema di principi applicabili ai danni punitivi hanno stimolato il dibattito circa la necessità di un'intermediazione legislativa per l'irrogabilità dei danni punitivi.

La dottrina maggioritaria sembra aver apprezzato l'iter espositivo della Corte di cassazione, talvolta anche elogiando la posizione da essa assunta e le argomentazioni sostenute²⁶⁹.

Si è poi sviluppata una corrente di pensiero che, seppur accogliendo con favore la possibile introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento, ha tuttavia ritenuto che il giudice possa "gestire" autonomamente i risarcimenti ultracompensativi. In questa direzione alcuni autori hanno manifestato una scarsa fiducia nel legislatore, non ritenendo necessario il suo intervento in materia o negando la necessità che i risarcimenti punitivi debbano trovare la propria legittimazione in singoli interventi normativi²⁷⁰.

Una dottrina²⁷¹, ad esempio, ritenendo privo di senso il richiamo alla riserva di legge operato dalla Corte di cassazione, ha sostenuto che il potere del giudice di liquidare equitativamente la componente afflittiva del danno non patrimoniale trovi la sua legittimazione su basi normative già presenti nel nostro ordinamento (l'art.

²⁶⁹ BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, cit., 575 ss., sostiene che la decisione delle Sezioni Unite sia «apprezzabile per equilibrio, moderazione e si pone come una delle migliori sentenze in materia non solo nel nostro ordinamento».

²⁷⁰ Si vedano le riflessioni di GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile*, cit., 75, secondo cui «non è affatto indispensabile che il legislatore intervenga minuziosamente per legittimare normativamente volta per volta la funzione sanzionatoria della responsabilità civile».

²⁷¹ BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, cit., 34; Contra SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, cit., 305.

2059 c.c. in combinato disposto con gli artt. 2056 e 1226 c.c.), senza che sia necessario introdurre ulteriori disposizioni di legge.

Alla luce di quanto è stato detto, volendo tirare le fila del discorso, si ritiene di poter condividere le soluzioni offerte dalla Corte di cassazione attraverso questa importante pronuncia. Le garanzie da essa individuate per una legittima applicazione dei danni punitivi sembrano esprimere un atteggiamento di “cautela” di fronte a un istituto giuridico complesso ed estraneo alla nostra tradizione giuridica²⁷². I principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite esprimono la volontà di evitare che uno strumento come quello dei risarcimenti ultracompensativi possa essere gestito arbitrariamente dal potere giudiziario: attraverso una fonte normativa che indichi esattamente in quali ipotesi e con quali limiti possa esser irrogata una condanna punitiva si può vincolare la discrezionalità giurisprudenziale nella scelta relativa all'*an* e al *quantum* della condanna punitiva, sia nell'ambito della responsabilità contrattuale che extracontrattuale. Solo una disposizione normativa che tipizzi l'illecito e indichi ragionevoli parametri di quantificazione può consentire di applicare questo istituto giuridico garantendo il principio di legalità e la certezza del diritto. In conclusione, seppur si riconosca la crescente importanza nel diritto vivente della funzione nomofilattica della giurisprudenza, non si ritiene di poter concordare con soluzioni che attribuiscono al giudice una gestione ampia ed incontrollata dei danni punitivi.

4.4. I danni punitivi per tutelare la lesione di diritti costituzionalmente garantiti

Alla luce di quanto emerso finora, si vuole ipotizzare un'applicazione dello strumento sanzionatorio dei danni punitivi nell'ambito dei diritti fondamentali dell'uomo.

²⁷² Si veda ROPPO V., *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 108 ss., il quale ha approvato «in questa materia una linea di grande rigore, e di cautela contro derive risarcitorie poco sorvegliate» ma, tuttavia, ha ritenuto – in discontinuità con il pensiero della dottrina maggioritaria – che la sentenza delle Sezioni Unite del 2017 costituisca una “chiusura” ai danni punitivi.

Quando un fatto illecito determina una lesione di diritti inviolabili costituzionalmente garantiti si ritiene che la mera compensazione del pregiudizio subito dal danneggiato sia insufficiente a garantire il livello di protezione assoluta attribuita dalla Carta Fondamentale. In quest'ordine di idee, l'introduzione dei danni punitivi avrebbe una duplice funzione: da una parte garantire una maggiore tutela giuridica nei confronti del soggetto che subisce una lesione così grave e, dall'altra, infliggere una sanzione più severa nei confronti di chi compie l'atto illecito attraverso comportamenti particolarmente riprovevoli.

La lesione di un diritto fondamentale, considerato come danno evento, può determinare o meno un danno risarcibile. Come è stato evidenziato in precedenza, secondo le attuali regole della responsabilità civile, il giudice può accordare il risarcimento del danno solo se il danneggiante riuscisse a provare che da un atto illecito è derivato un danno conseguenza. Tuttavia si ritiene che la previsione di una sanzione punitiva debba prescindere dal danno conseguenza e che, quindi, vi sia la necessità di punire il danneggiante e costituire un efficace deterrente in tutte le ipotesi di lesione di un diritto costituzionalmente garantito.

Analizziamo le due ipotesi separatamente. In primo luogo ipotizziamo che l'autore di un fatto illecito ponga in essere una condotta particolarmente riprovevole preordinata alla lesione di un diritto fondamentale dal quale è derivato un danno non patrimoniale (danno conseguenza). In questo caso il responsabile civile sarà tenuto al risarcimento del danno che sarà quantificato dal giudice, a norma degli artt. 2059 e 1226 c.c., sulla base di una valutazione equitativa. La quantificazione del danno non patrimoniale risulterà non strettamente coincidente con l'ammontare del danno subito dal danneggiato poiché, per sua natura, è difficilmente misurabile. Sebbene si ritenga che la quantificazione del danno non patrimoniale si caratterizzi per avere una venatura punitiva, in quanto determinato in relazione a fattori che concernono la figura del danneggiante, si considera tuttavia che il relativo risarcimento sia volto principalmente a compensare il danneggiato.

Si ritiene che la reazione prevista dall'ordinamento civilistico non consenta di tutelare in modo efficace diritti così importanti come quelli costituzionalmente riconosciuti e garantiti. Vi è prima di tutto un'esigenza di deterrenza: la mera compensazione del danno si ritiene in questo caso non possa svolgere un'efficace

funzione special-preventiva e general-preventiva. Il diritto civile potrebbe poi intervenire anche al fine di punire l'autore dell'illecito che abbia cagionato con dolo una lesione così rilevante.

Premesse queste esigenze di tutela, in queste ipotesi potrebbero esser previste delle sanzioni punitive. Ne consegue che il giudice dovrebbe condannare l'autore dell'illecito al pagamento di una somma che sia superiore rispetto all'importo previsto per il risarcimento del danno. L'impianto normativo attuale non consente di aumentare l'ammontare della condanna al fine specifico di irrogare una sanzione esemplare nei confronti di un comportamento particolarmente riprovevole che abbia determinato una lesione di un diritto inviolabile. A tal fine, occorrerebbe un nuovo intervento del legislatore che consenta ai giudici di irrogare danni punitivi.

Si può richiamare a tal proposito la legge 47/1948 la quale ha previsto una sanzione punitiva nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa. La riparazione pecuniaria in questione si può qualificare come pena privata che si aggiunge al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale previsto *ex art.* 185 c.p. a favore della persona offesa dal reato. Il trattamento più severo si giustifica in relazione ai diritti della personalità lesi dalla diffamazione, cioè il diritto all'onore e alla reputazione, nonché in relazione al mezzo (la stampa) con cui si realizza il fatto di reato. Questo è l'esempio di una sanzione prevista dal legislatore attraverso una legge speciale finalizzata alla punizione e alla deterrenza. Tuttavia, come è stato evidenziato nel capitolo precedente, sorgono dubbi circa la formulazione della disposizione nella parte in cui si indicano solo genericamente i criteri da seguire per la quantificazione della sanzione. A ben vedere il legislatore, pur introducendo correttamente la pena privata attraverso una fonte normativa, ha tuttavia fornito al giudice solo due criteri in relazione ai quali è possibile determinarla: la gravità dell'offesa e la diffusione dello stampato. Queste indicazioni, a parere di chi scrive, non consentono una chiara determinazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili.

La seconda ipotesi che si vuole analizzare riguarda la lesione di un diritto fondamentale (danno evento) al quale non sia causalmente collegato un danno conseguenza. Si ipotizza quindi la punizione di un soggetto che abbia offeso un

valore della persona costituzionalmente garantito attraverso un comportamento particolarmente riprovevole, pur non avendo provocato conseguenze dannose.

In questo caso, il nostro sistema civilistico non prevede alcuna sanzione. Al verificarsi di un fatto illecito il giudice non può accordare il risarcimento poiché per far sorgere la responsabilità civile è necessaria una specifica prova del danno subito dal danneggiato.

Premessa la non risarcibilità del danno evento, occorre chiedersi se il diritto civile debba ignorare una lesione di un bene così rilevante. Nel capitolo terzo è stata affrontata la tematica della risarcibilità del danno tanatologico e si è constatato come la lesione del bene vita in tale ipotesi di danno tanatologico non venga tutelata civilisticamente. A tal riguardo, viste le conclusioni raggiunte nel capitolo che precede, si ritiene di poterle estendere anche in riferimento alla lesione di altri diritti fondamentali. Se un fatto illecito determina la lesione di un diritto della personalità, seppure in assenza di un danno conseguenza, non si ritiene irragionevole prevedere una sanzione volta a costituire un effetto preventivo e punire il colpevole.

A tal fine tuttavia, anche in questo caso, l'introduzione di un'apposita sanzione civile quale è il danno punitivo non potrebbe essere irrogata dai giudici senza basi normative adeguate e, pertanto, sarebbe necessario un intervento del legislatore che stabilisse dettagliatamente al ricorrere di quali condizioni (e in quale misura) possa ammettersi.

CAPITOLO IV

I punitive damages: i Paesi di common law e di civil law a confronto

1. *I punitive damages* negli Stati Uniti d'America

Siamo giunti all'indagine comparatistica del presente lavoro che costituisce il presupposto indispensabile per la conoscenza del fenomeno giuridico dei *punitive damages*. La prima parte di tale studio è dedicata al mondo del *common law* e agli ordinamenti giuridici che costituiscono la culla di questo peculiare istituto giuridico.

Il sistema delle sanzioni civili punitive comminabili nel contesto del diritto anglosassone è particolarmente affascinante poiché risulta governato da regole e principi, sia sostanziali che processuali, profondamente divergenti rispetto a quelli propri dei Paesi di *civil law*.

Il primo ordinamento giuridico sul quale si vuole focalizzare l'attenzione è quello degli Stati Uniti d'America dove i *punitive damages* hanno trovato una maggiore diffusione. Questo istituto giuridico venne riconosciuto a partire della metà del 1800 e tutt'oggi trova un'applicazione generale in quasi tutti gli Stati membri. Solo cinque di essi non lo ammettono: *Louisiana, Nebraska, Massachusetts, New Hampshire e Washington*. Nonostante queste lievi eccezioni, il sistema giuridico statunitense riconosce le condanne punitive in ambito civilistico le quali costituiscono una peculiarità della *tort law*. Si tratta tuttavia di un fenomeno giuridico particolarmente complesso che ha subito una profonda evoluzione dovuta, in particolare, all'intervento delle Corti²⁷³.

L'applicazione dei *punitive damages* è variata nel corso del tempo da Stato a Stato, quindi non si può riscontrare un'applicazione uniforme dell'istituto; esso viene applicato con regole diverse a seconda dello Stato di riferimento ed è soggetto

²⁷³ In tema di *punitive damages* statunitensi si vedano VIDMAR N. AND WOLFE M. W., *Punitive damages*, Annual Review of Law and Social Science, 2009, 5:1, 179-199; MARRERO, A. W. *Punitive damages: why the monster thrives*. Georgetown Law Journal, Mar. 2017, p. 767; VANLEENHOVE, C., (2016), *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, Intersentia, 9 ss.

sempre a un maggior numero di limitazioni, previste sia dalla legislazione sia dalla giurisprudenza.

I *punitive damages* possono esser definiti «*damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future*²⁷⁴».

Secondo questa definizione, tratta dal paragrafo 908 del *Restatement (Second) of Torts*, i *punitive damages* sono contrapposti ai *compensatory* e ai *nominal damages*; sotto il profilo funzionale sono riconosciuti al fine di punire l'autore del fatto illecito per la sua condotta oltraggiosa e al fine di scoraggiare lui e altri dal compimento di atti simili in futuro.

I *punitive damages* vengono concessi dalla giuria – o dal giudice a seconda dei casi – per punire il danneggiante che abbia agito intenzionalmente ovvero nell'ipotesi in cui la sua condotta sia espressione di un consapevole disprezzo dei diritti e degli interessi del soggetto danneggiato. Questo istituto viene applicato quando l'autore di un illecito agisce con *malice* (elemento soggettivo simile al dolo) o con *gross negligence* (equivalente alla colpa grave). Non si ammette la condanna ai danni punitivi per semplice negligenza.

La loro operatività è da collegare all'ambito della *law of torts*, in quanto i *punitive damages* non vengono solitamente concessi per risarcire il danno *for breach of contract*.

Per esaminare integralmente questo istituto giuridico, sarà preliminarmente necessario delineare gli aspetti caratteristici.

Le origini dell'istituto negli Stati Uniti risalgono al caso *Genay v. Norris*²⁷⁵, nel quale il convenuto aveva messo una grossa dose di veleno nel bicchiere di vino dell'attore, provocandogli un forte malessere. O al caso *Coryell v. Colbaugh*²⁷⁶ che riguardava la violazione della promessa del convenuto di sposare l'attore.

Soprattutto nei primi tempi di applicazione dell'istituto si tendeva ad utilizzare la condanna ai *punitive damages* in tutte quelle fattispecie che, seppur eterogenee, avevano come elemento comune l'offesa all'onore del danneggiato. Si tendeva

²⁷⁴ *Restatement (Second) of Torts* § 908 (1979).

²⁷⁵ *Genay v. Norris*, 1 S.C.3, 1 Bay 6 (1784).

²⁷⁶ *Coryell v. Colbaugh*, 1 N.J.L. 77 (1791).

dunque a punire il danneggiante le cui azioni fossero espressione di umiliazione o insulto nei confronti della vittima dell'illecito.

Nei successivi paragrafi si ripercorreranno i più importanti casi giudiziari in materia, in particolare i famosi *BMW of North America v. Gore*²⁷⁷ e *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*²⁷⁸. Addentrandoci su questa via, sarà necessario comprendere le motivazioni alla base delle statuizioni della Corte Suprema in relazione alle questioni di costituzionalità dei *punitive damages* (in particolare la loro compatibilità con l'ottavo e con il quattordicesimo emendamento della Costituzione Americana).

Questi chiarimenti consentiranno, in seguito, di riflettere sull'evoluzione dell'istituto e sulle problematiche giuridiche ad esso inerenti. In quest'ottica, occorre dar atto di come la legislazione di alcuni Stati si sia allontanata dallo schema iniziale imponendo limiti alla sua operatività. Si pensi ad esempio alla determinazione di un tetto massimo, alla fissazione di un rapporto determinato tra i *compensatory damages* e i *punitive damages* o, ancora, all'assicurabilità di questi ultimi.

Altre questioni sul piano della disciplina concernono i criteri di imputazione soggettiva riferiti al danneggiante ed i criteri di individuazione del destinatario dell'importo (solitamente identificato nel danneggiato, ma può accadere che una quota venga destinata ad altri soggetti indicati dal giudice o dalla legislazione). Ancora, si pensi al ruolo e ai poteri della giuria la quale può discrezionalmente decidere se concedere i *punitive damages* ed in che misura, determinando imprevedibilità ed eccessive difformità tra le sentenze.

La quantificazione dei *punitive damages* è invero uno degli aspetti più delicati della disciplina²⁷⁹. L'attribuzione di una somma di denaro superiore rispetto all'entità del danno effettivamente patito consente dunque al destinatario di accrescere il proprio patrimonio rispetto alla condizione antecedente al verificarsi del fatto illecito.

²⁷⁷ *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); in *Foro it.* 1996, IV, 421, con nota di PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*.

²⁷⁸ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 538, U.S. 408 (2003); in *Foro it.*, 2003, IV, 356, con nota di PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

²⁷⁹ Si suggerisce la lettura di MCMICHAEL, B. J., VISCUSI, W., (2019), *Taming blockbuster punitive damages awards*, *University of Illinois Law Review*, 2019(1), 171-222., i quali hanno effettuato uno studio empirico sulle sentenze statunitensi che hanno accordato *punitive damages* particolarmente elevati e hanno proposto delle soluzioni per limitare e rendere maggiormente prevedibile l'ammontare delle condanne in questione.

Quando le somme di denaro dovute a titolo di *punitive damages* sono state ingenti, si è spesso criticato l'istituto e, in relazione alle condanne statunitensi, si è parlato di “*windfall*” per il danneggiato.

1.1. Le funzioni della *law of torts*

Come è stato detto in precedenza l'istituto dei *punitive damages* viene applicato prevalentemente nell'ambito dei *torts*. Con l'espressione *tort law*²⁸⁰ si fa riferimento a quel settore del diritto privato che disciplina i fatti illeciti. Siamo dunque in quell'ambito civilistico della responsabilità extracontrattuale, nel quale si proteggono e risarciscono i danni subiti dalle vittime di un fatto illecito (*tort or civil wrong*).

Come si dirà in seguito, a fronte ad un danno subito in conseguenza del compimento di un fatto illecito sono diversi i rimedi che l'ordinamento prevede per risarcire il soggetto danneggiato (*injured party*).

Le finalità principali della *law of torts* degli Stati Uniti sono tre: compensazione, deterrenza e punizione²⁸¹.

La principale finalità è quella compensativa (*compensation*). I *compensatory damages* costituiscono una somma di denaro rapportata con il danno subito dalla vittima dell'illecito (*injured party*) e dunque volti a compensare la perdita subita. Non sempre questo rimedio è ritenuto sufficiente e, pertanto, sono previsti altri strumenti di tutela e punizione.

Un'ulteriore importante funzione è la deterrenza (*deterrence*), quindi il sistema giuridico vuole evitare che il danneggiante o altre persone non specificamente identificate possano commettere altri illeciti in futuro.

La terza funzione della *law of torts* è la punizione (*punishment*), sebbene quest'ultima non sia sempre presente. Secondo i principi generali il sistema giuridico americano persegue sia la finalità di scoraggiare condotte illecite future del

²⁸⁰ DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 1448 ss.; JOHNSON V. R., *Studies in American Tort Law*, Carolina Academic Press, 2018; per uno studio comparatistico in tema di *Tort law* si veda BUSSANI M. and SEBOK A. J., *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, Elgar, 2015.

²⁸¹ BEAU BAEZ III, *Tort Law in the USA*, Kluwer Law International, 2010, 31 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 9; COLLIN T. J., *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook*, American Bar Association, 1998.

danneggiante sia la finalità di punirlo per l'illecito commesso. Tuttavia i *punitive damages* vengono comminati solo in presenza di determinati presupposti ed, in particolare, solo in presenza di condotte particolarmente gravi e quando il danneggiante abbia agito nella *reckless disregard for the rights of others*.

1.2. La giuria

Una delle questioni maggiormente controverse in materia di *punitive damages* riguarda la posizione che assume la giuria nella loro applicazione. In seguito all'accertamento da parte della Corte dell'esistenza dei presupposti per la concessione, la giuria assume il ruolo di protagonista nella valutazione degli stessi.

Essa è un organo collegiale composto da dodici cittadini che vengono sorteggiati da liste generali tenute presso gli albi delle Corti distrettuali; vengono chiamati a svolgere le funzioni di un giudice pur non avendo una particolare formazione tecnica giuridica.

Il settimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America prevede espressamente la garanzia di un processo innanzi alla giuria per le cause civili di valore superiore ai venti dollari; in determinati casi comunque la decisione spetta unicamente al giudice. Le regole che disciplinano il ruolo delle giurie e del giudice sono una commistione di norme contenute nella giurisprudenza, negli statuti e nella legge costituzionale federale e statale.

Come si è accennato in precedenza, il ruolo della giuria ed il rapporto tra la stessa e la Corte sono fortemente discussi²⁸². Nella maggior parte degli Stati le giurie hanno il potere di determinare l'*an* e il *quantum* dei *punitive damages*; i loro poteri sono amplissimi poiché la loro valutazione ha carattere discrezionale e si può basare sia su fattori oggettivi che soggettivi. La figura di tale organo è stata fortemente criticata perché si ritiene che non sia efficacemente controllata con validi criteri. Dalle sentenze emerge spesso un atteggiamento generale non compatibile con l'imparzialità, in quanto le giurie si lasciano influenzare da aspetti di carattere emotivo e, pertanto, non giuridico. Spesso, in tema di danni punitivi, hanno perciò

²⁸² Sul tema, si consiglia la lettura di SUNSTEIN C. R., HASTIE R., PAYNE J. W., SCHKADE D. A. AND VISCUSI W. K., *Punitive Damages: How Juries Decide*, 2002.

determinato verdetti assolutamente sproporzionati che sembravano voler privilegiare la parte debole.

Vi sono Stati, come il Kansas e il Connecticut, nei quali la giuria decide se concedere i danni punitivi ma la quantificazione è di competenza dei giudici, che decidono in un procedimento separato. A ben vedere, probabilmente un sistema processuale che consenta una simile suddivisione delle competenze tra Corte e giuria sembrerebbe una soluzione maggiormente equilibrata.

1.3. *Punitive damages e compensatory damages*

Negli Stati Uniti d'America, la condanna al pagamento di una somma di denaro può avere ad oggetto *compensatory damages* o *non compensatory damages*, a seconda che la finalità sia compensativa/ripristinatoria ovvero deterrente/punitiva.

Come si dirà dettagliatamente in seguito, la *Supreme Court* si è espressa più volte circa la necessità di limitare condanne eccessive e imprevedibili.

In particolare si può citare il caso *BMW of North America v. Gore*²⁸³ nel quale la Corte Suprema ha ritenuto necessaria la presenza di una ragionevole proporzione tra i *compensatory damages* e i *punitive damages*, al fine di valutare se l'ammontare della condanna punitiva fosse eccessiva. In tale occasione non aveva imposto regole matematiche per la sua determinazione ma aveva ritenuto che la condanna oggetto del giudizio – nella quale *compensatory* e *punitive damages* erano in rapporto uno a mille – costituisse una violazione della clausola del *due process clause*. Nel 2003, in *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*²⁸⁴, la Corte Suprema sancì poi la violazione del quattordicesimo emendamento della Costituzione americana in riferimento a una condanna ai *punitive damages* di importo pari o superiore di dieci volte rispetto all'importo fissato a titolo di *compensatory damages*.

Oltre alle statuizioni della Corte Suprema, al fine di evitare che i *punitive damages* vengano concessi in maniera sproporzionata, alcuni Stati hanno stabilito limiti quantitativi alla loro liquidazione. Le soluzioni adottate sono state eterogenee, talvolta deve essere rispettato un tetto massimo mentre in altri casi viene determinato

²⁸³ *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), cit.

²⁸⁴ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 538, U.S. 408 (2003), cit.

un rapporto tra i *punitive damages* e i *compensatory damages*. A titolo esemplificativo si può citare lo Stato dell'Alabama²⁸⁵ che applica entrambi i limiti congiuntamente, sancendo che l'entità dei *punitive damages* non possa superare di tre volte la somma dovuta a titolo di *compensatory damages* o cinquecentomila dollari (\$500,000).

1.4. Criteri di imputazione soggettiva, la condotta e la posizione dell'autore dell'illecito

Lo studio dei *punitive damages* impone un'attenta analisi della figura dell'autore del fatto illecito.

A differenza dei risarcimenti compensativi, che sono determinati in relazione alle perdite subite dal danneggiato, le condanne punitive impongono una valutazione della posizione del danneggiante.

Tra le questioni fondamentali in tema di danni punitivi vi sono i criteri di imputazione soggettiva e la condotta del danneggiante. In altri termini, ci si chiede quale sia il grado di colpevolezza richiesto affinché una giuria possa concedere i *punitive damages*, tenendo in considerazione che le condanne punitive vengono concesse secondo regole parzialmente diverse in ciascuno Stato membro.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo richiesto per l'applicazione di *punitive damages*, è necessario che l'autore di un illecito abbia agito con *malice* o con *gross negligence*. Il primo elemento soggettivo si configura qualora l'autore del fatto illecito agisca nella consapevolezza di ledere i diritti altrui e, pertanto, siamo di fronte a una figura che potrebbe essere accostata al dolo. Il secondo elemento soggettivo invece è equivalente a uno stato soggettivo di colpa grave, cioè di gravi inosservanze e disprezzo dei diritti altrui.

La *section 908* del *Restatement (Second) of Torts* 1979 prevede che: «*Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's*

²⁸⁵ Ala. Code 1975 §6-11-21(a): «*Except as provided in subsections (b), (d), and (j), in all civil actions where an entitlement to punitive damages shall have been established under applicable laws, no award of punitive damages shall exceed three times the compensatory damages of the party claiming punitive damages or five hundred thousand dollars (\$500,000), whichever is greater*».

evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant».

Il testo legislativo dispone che per la concessione di *punitive damages* sia necessaria una condotta oltraggiosa del danneggiante, posta in essere con intento maligno o indifferenza nei confronti dei diritti di altri. Vengono indicati, ulteriormente, gli elementi che possono essere presi in considerazione dal giudice o dalla giuria per la determinazione dei danni punitivi: la gravità della condotta illecita del danneggiante, la natura e l'entità del danno che ne è derivato ed, infine, lo stato economico-patrimoniale dell'autore dell'illecito.

Nonostante questa definizione generale, ogni Paese degli Stati Uniti, seppur con lievi differenze, ha richiesto vari livelli di colpevolezza. Pertanto, i presupposti per l'applicazione delle condanne punitive non sono specificamente e univocamente determinati poiché variano a seconda dello Stato di riferimento.

La totalità degli Stati che riconosce l'istituto dei *punitive damages* li ammette in caso di condotta intenzionale dell'autore dell'illecito. La condotta intenzionale è quella posta in essere allo scopo o con la sostanziale certezza di determinare una conseguenza²⁸⁶.

Nonostante ci siano state proposte di riforma volte a limitare la concessione di *punitive damages* alla sola ipotesi di dolo del danneggiante²⁸⁷, allo stato quest'ultimo non è l'unico elemento soggettivo che può determinare una condanna ai *punitive damages*. Sebbene non si ammetta la condanna ai danni punitivi per semplice negligenza, talvolta gli Stati prevedono tale condanna qualora la colpa del danneggiante sia grave. In particolare, per definire la condotta necessaria per accordare i *punitive damages*, è ricorrente l'utilizzo di tali espressioni: *willful, malicious, oppressive, fraudulent* o *reckless*.

²⁸⁶ La definizione di "intento" è contenuta nel *Restatement (Second) of Torts* §8A (1965), secondo il quale è necessario «*that the actor desires to cause consequences of his act, or that he believes that the consequences are substantially certain to result from it*».

²⁸⁷ Alcuni Stati ammettono condanne ai *punitive damages* solo in ipotesi di condotte dolose. Ad esempio, nello Stato dello Wisconsin il Wis. Stat. Ann. §895.043(3) prevede: «*Standard of conduct. The plaintiff may receive punitive damages if evidence is submitted showing that the defendant acted maliciously toward the plaintiff or in an intentional disregard of the rights of the plaintiff*».

Spesso si fa riferimento al termine “*recklessness*”, che è uno stato soggettivo di colpa, maggiore rispetto alla semplice negligenza, in cui versa un soggetto che decide di agire accettando un alto livello di rischio circa il verificarsi di un evento dannoso. L’autore dell’illecito agisce con *reckless disregard*, se agisce (o non compie un atto che ha il dovere di fare) pur avendo la consapevolezza – o potendo avere la consapevolezza – che dalla sua condotta deriveranno con alta probabilità danni ad altri²⁸⁸.

1.5. Vincoli costituzionali e primi interventi della *Supreme Court*

Come è stato detto in precedenza, negli Stati Uniti d’America i *punitive damages* sono regolati in maniera diversa in ciascuno Stato membro. Alcuni Stati negano l’applicazione di questo istituto mentre altri lo disciplinano mediante il *common law* e le disposizioni legislative. Non si può tuttavia affermare che il diritto statale sia illimitato e incontrollato, poiché è necessaria la sua conformità ai principi contenuti nella Costituzione americana.

L’organo che garantisce la conformità del diritto statale alla Costituzione è la Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale si è pronunciata più volte in merito alla legittimità costituzionale del diritto statale in tema di *punitive damages* in relazione al V, VIII e XIV emendamento.

La prima sentenza della Corte Suprema in materia, nel 1989, venne emessa in relazione alla c.d. *excessive fines clause* contenuta nell’ottavo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, il quale impone il divieto di esigere cauzioni esorbitanti o ammende eccessive, nonché di infliggere pene crudeli e inusitate²⁸⁹.

²⁸⁸ La definizione di “*recklessness*” è contenuta nel *Restatement (Second) of Torts* §500 (1965), secondo il quale «*The actor’s conduct is in reckless disregard of the safety of another if he does an act or intentionally fails to do an act which it is his duty to the other to do, knowing or having reason to know of facts which would lead a reasonable man to realize, not only that his conduct creates an unreasonable risk of physical harm to another, but also that such risk is substantially greater than that which is necessary to make his conduct negligent*».

²⁸⁹ Si riporta il testo originale dell’ottavo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

Il caso giudiziale *Browning-Ferris Indus. Of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*²⁹⁰ riguardava una condanna ai *punitive damages* nei confronti di un'impresa di smaltimento di rifiuti di valore pari a \$ 6 milioni. La Corte Suprema in quell'occasione aveva ritenuto che una condanna ai danni punitivi eccessivamente alta non fosse da considerare costituzionalmente illegittima in relazione all'ottavo emendamento.

Attraverso una lettura interpretativa dello stesso, la Corte ha ritenuto che esso tradizionalmente avesse la finalità di limitare le pene comminate in un processo penale e dovesse applicarsi – forse esclusivamente – alle controversie promosse dallo Stato. Sulla base di un'analisi storica, si è osservato che anche il *Bill of Rights* del 1689 conteneva una clausola analoga, la quale non era mai stata applicata dalle Corti inglesi nei processi civili o nelle controversie tra privati. In quest'ordine di idee, la Corte Suprema ha ritenuto che la *excessive fines clause* non potesse costituire un limite per la giuria nella determinazione dei *punitive damages* nell'ambito di un processo civile²⁹¹.

La Corte, in tale occasione, dopo aver negato l'incostituzionalità in relazione all'ottavo emendamento, ha lasciato intravedere la possibilità che un risarcimento punitivo eccessivo potesse, qualora in futuro venisse richiesto, esser valutato illegittimo in riferimento al quattordicesimo emendamento della Costituzione. Quest'ultimo dichiara che nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una legge che riduca i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato potrà privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge (*due process of law*); né negherà a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi²⁹².

²⁹⁰ *Browning-Ferris Indus. Of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 280 (1989); in *Foro it.*, 1990, IV, 175, con nota di ROMANO M.S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*.

²⁹¹ La Corte, in *Browning-Ferris Indus. Of Vt., Inc. v Kelco Disposal, Inc.*, cit., si è espressa con maggioranza di sette contro due. Risultano particolarmente interessanti le opinioni dei giudici dissenzienti, nonostante non siano riusciti a persuadere la Corte attraverso le loro argomentazioni. In particolare il giudice *O'Connor*, al fine di sostenere la applicabilità della *excessive fines clause* anche alla condanna ai danni punitivi nell'ambito di un processo civile, ha effettuato una attenta interpretazione di carattere storico della clausola.

²⁹² Il testo originale del XIV emendamento: «*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

La seconda volta che la Corte Suprema si pronunciò in merito alla legittimità costituzionale del diritto statale in tema di *punitive damages*, valutò la conformità dello stesso proprio in riferimento al quattordicesimo emendamento.

Nel caso giudiziario *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*²⁹³, la giuria dell'Alabama aveva emesso una condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di *punitive damages* che superava più di 4 volte i danni effettivamente subiti dal danneggiato e più di 200 volte le spese. La Corte Suprema era stata chiamata a decidere la legittimità del diritto dello Stato dell'Alabama e valutò il rispetto della *due process clause* rispetto al c.d. *common law method* utilizzato per determinare i danni punitivi.

Il metodo di *common law* tradizionalmente utilizzato consta di diverse parti. In primo luogo è necessario che il *Trial judge* fornisca alla giuria le istruzioni necessarie per una eventuale condanna ai *punitive damages*, ordinando che la determinazione della somma di denaro avvenga in relazione alla gravità dell'illecito e alla necessità di scoraggiare comportamenti illeciti futuri «*the gravity of the wrong and the need to deter similar wrongful conduct*». Successivamente la giuria decide se concedere i danni punitivi e in quale misura. È previsto infine un controllo successivo da parte delle *Trial e Appellate Courts*, che riesaminano la sentenza per valutare la sua ragionevolezza.

Ancor prima dell'adozione del XIV emendamento la Corte Suprema aveva unanimemente approvato il metodo di *common law* per l'applicazione dei danni punitivi e ritenuto che l'entità della condanna fosse di competenza della giuria che, discrezionalmente, avrebbe dovuto decidere secondo le peculiarità del caso concreto.

In *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* veniva contestata la legittimità del *common law method* rispetto alla clausola del giusto processo sulla base di una serie di argomentazioni. In particolare, si è sostenuto che essa non fornisca dei criteri per determinare quali condotte debbano esser punite attraverso i *punitive damages* e, soprattutto, che lasci alle giurie una illimitata discrezionalità nella determinazione dell'ammontare delle condanne.

La Corte Suprema aveva ritenuto che il metodo di *common law* utilizzato nella prassi giurisprudenziale per l'applicazione dei *punitive damages*, pur non essendo di

²⁹³ *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23 (1991); in *Foro it.*, 1991, IV, 235, con nota di PONZANELLI G., “*Punitive damages*” e “*due process clause*”: l'intervento della Corte Suprema Usa.

per sé in contrasto con la clausola del *due process law*, avrebbe potuto dar luogo nella pratica a condanne punitive costituzionalmente illegittime. Tuttavia, analizzando la condanna oggetto di *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, la Corte aveva ritenuto che la determinazione della liquidazione della somma punitiva fosse compatibile con la *due process clause* in quanto risultava ancorata a dei criteri oggettivi. Il caso si concluse quindi con la dichiarazione di costituzionalità della condanna punitiva, in relazione alla clausola contenuta nel XIV emendamento²⁹⁴.

Successivamente, dopo soli due anni, la Corte Suprema è stata chiamata ancora una volta a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale dei *punitive damages* in relazione alla clausola del *due process* contenuta nel quattordicesimo emendamento. Il caso giudiziario, *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp*²⁹⁵, riguardava una condanna nei confronti di una società di ammontare pari a 10 milioni di dollari a titolo di danni punitivi contro 19.000 dollari compensativi.

In questa occasione, si contestò la condanna punitiva eccessiva e la sua compatibilità con la clausola del giusto processo. La *Supreme Court*, ancora una volta, ha affermato la compatibilità con il XIV emendamento.

La svolta in materia, caratterizzata dalla dichiarazione di incostituzionalità dei *punitive damages* in relazione al l'emendamento in questione, si ebbe attraverso due fondamentali sentenze – *BMW of North America v. Gore* e *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell* – che verranno descritte e commentate nel prossimo paragrafo per offrire al lettore un'analisi più completa.

Da ultimo, si vuole ora soffermare l'attenzione su un altro emendamento che è stato oggetto di pronuncia da parte della *Supreme Court*. Il quinto emendamento della Costituzione americana prevede che nessuno potrà esser sottoposto due volte, per il medesimo reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica. Si è riflettuto circa la possibilità di estendere la clausola del c.d. *double jeopardy* ai *punitive damages*.

²⁹⁴ Risulta particolarmente interessante la lettura delle opinioni dei giudici, in particolare del giudice estensore *Blackmun*, del giudice *Scalia* e l'opinione dissenziente di *O'Connor*. Il commento in PONZANELLI G., "Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte Suprema Usa, cit., 235.

²⁹⁵ *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443, 455-56 (1993); in *Foro it.*, 1994, IV, 92, nota di PONZANELLI G., *Non c'è due senza tre: La Corte Suprema Usa salva ancora i danni punitivi*.

Ipotizzando che un processo penale si concluda con una sentenza di condanna nei confronti di un soggetto, ci si chiede se il medesimo possa esser poi condannato in sede civile al pagamento di danni punitivi. Nonostante l'autonomia dei processi, i *punitive damages* hanno una funzione sanzionatoria e, pertanto, si potrebbe ritenere che il soggetto verrebbe sottoposto a una "pena" due volte, dapprima in sede penale e poi in sede civile.

Autorevole dottrina²⁹⁶ ha ricordato tre sentenze nelle quali la Corte Suprema ha espressamente dichiarato la garanzia del *Double Jeopardy Clause* ai processi civili (*United States v. Chouteau*²⁹⁷, *Murphy v. United States*²⁹⁸ e *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*²⁹⁹). Sembrerebbe pertanto di dover ritenere che lo Stato non possa agire in sede civile per ottenere una condanna ai *punitive damage* nei confronti di un soggetto che sia stato precedentemente condannato in sede penale per il medesimo fatto.

Non si pone invece un problema di incompatibilità con il quinto emendamento qualora un soggetto sia stato assolto in sede penale e poi abbia ottenuto una condanna ai *punitive damages* in sede civile. Questa fattispecie si è verificata in un caso giudiziario che ha avuto una rilevanza mediatica in tutto il mondo e che ha avuto come protagonista il famoso giocatore di *football* americano *O. J. Simpson*³⁰⁰.

La famosissima vicenda ha coinvolto *Orenthal James Simpson*, accusato dell'omicidio della moglie *Nicole Brown* e di *Ronald Goldman*. In sede penale era stato assolto per insufficienza di prove che dimostrassero la sua colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Successivamente, le famiglie delle vittime avevano citato in giudizio *O. J. Simpson* per ottenere il risarcimento dei danni e, in tale sede, quest'ultimo era stato ritenuto responsabile dell'omicidio e condannato al pagamento di un'ingente somma di denaro. Più precisamente, il processo civile si era concluso con la condanna al pagamento di 8,5 milioni di dollari a titolo di *compensatory damages* nei confronti di ogni famiglia (17 milioni di dollari in totale) più 25 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*.

²⁹⁶ BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 73 ss.

²⁹⁷ *United States v. Chouteau*, 102 U.S. 603 (1881).

²⁹⁸ *Murphy v. United States*, 272 U.S. 630 (1926).

²⁹⁹ *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972).

³⁰⁰ PONZANELLI G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, IV, 395.

Il differente esito dei processi si giustifica in quanto il sistema civilistico e quello penalistico si caratterizzano per avere regole processuali diverse; in particolare, sono differenti gli standard necessari per la condanna che nel processo penale può esser inflitta solo se vi sia la prova oltre il ragionevole dubbio mentre nel processo civile può esser comminata anche con prove più scarse. Oltretutto, essendoci stata assoluzione in sede penale non vi è stato alcun dubbio circa la compatibilità della condanna civilistica con il quinto emendamento.

1.6. *BMW of North America v. Gore* e *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*

Uno dei più importanti casi giudiziari in tema di *punitive damages* è stato *BMW of North America v. Gore*³⁰¹. Questa vicenda giudiziaria si era conclusa attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità dei *punitive damages grossly excessive*, poiché ritenuti in contrasto con la clausola del *due process clause* contenuta nel quattordicesimo emendamento della Costituzione americana.

Nella vicenda giudiziaria la dott.ssa Ira Gore, dopo aver acquistato un'automobile BMW, aveva scoperto che quest'ultima era stata riverniciata in conseguenza di danni verificatisi prima dell'acquisto. Appreso tale fatto, la dott.ssa Gore aveva agito in giudizio ed il Tribunale dell'Alabama aveva condannato la convenuta al pagamento di \$ 4.000 a titolo di compensazione del danno e di ulteriori \$ 4.000.000 a titolo di *punitive damages*. Questa ingente condanna punitiva è stata giustificata dalla necessità di punire la condotta della BMW, che seguiva una politica diretta a vendere auto danneggiate (come nuove) qualora fosse possibile una riparazione del danno con meno del 3% del prezzo totale dell'auto. Questa scorretta operazione commerciale, posta in essere abitualmente dalla BMW, nel corso degli anni aveva coinvolto numerosi acquirenti e, pertanto, è stata ritenuta meritevole di una punizione esemplare. La *Alabama Supreme Court* aveva ridotto la condanna punitiva a \$ 2.000 ed, in seguito, era stato presentato appello innanzi alla *United States Supreme Court*.

³⁰¹ *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, 421, con nota di PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*.

Quest'ultima ha adottato una sentenza che tutt'oggi costituisce un indispensabile riferimento in materia poiché per la prima volta è stata dichiarata l'incostituzionalità dei *punitive damages grossly excessive*. In tale occasione, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto che quella condanna – nella quale *compensatory* e *punitive damages* erano in rapporto uno a mille – costituisse una violazione della clausola del *due process clause* contenuta nel quattordicesimo emendamento della Costituzione americana.

Particolarmente interessante è stata poi l'individuazione, da parte della Corte, delle regole necessarie per determinare una condanna ai *punitive damages* costituzionalmente legittima.

A tal fine, la *Supreme Court* ha individuato i tre fattori necessari. Il primo criterio è costituito dal grado di riprovazione della condotta posta in essere da convenuto. Il secondo fattore necessario per valutare se l'ammontare della condanna punitiva è eccessiva è la presenza di una ragionevole proporzione tra i *compensatory damages* e i *punitive damages*, anche se la Corte non ha imposto una regola matematica per la sua determinazione. L'ultimo criterio fondamentale invece è dato dal rapporto tra i danni punitivi e altre sanzioni civili o penali previste per una condotta analoga.

Applicando questi criteri nel caso sottoposto al suo giudizio, la Suprema Corte aveva ritenuto che i comportamenti della BMW non fossero da ritenere particolarmente riprovevoli, che il rapporto tra danni compensativi e punitivi fosse eccessivamente sproporzionato ed, infine, che per condotte simili la sanzione penale fosse limitata a \$ 2.000.

Sette anni dopo *BMW of North America v. Gore*, la Corte Suprema ha emesso un'altra sentenza che ha costituito un ulteriore e fondamentale tassello nella evoluzione dei *punitive damages* negli Stati Uniti: il caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*³⁰².

A seguito di un incidente automobilistico causato dai coniugi *Campbell*, *Ospital* era stato ucciso e *Slusher* aveva subito un'invalità permanente. Sulla base di questi fatti, gli eredi del defunto e l'altra vittima dell'incidente si sono offerti di accontentarsi di una cifra di £25.000 ciascuno, la quale non era stata accettata dalla

³⁰² *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 538, U.S. 408 (2003), in *Foro it.*, 2003, IV, 356, con nota di PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

compagnia assicurativa *State Farm*. Successivamente è stato instaurato un processo e la giuria ha condannato i conducenti al pagamento di una somma di denaro pari a £185.849 (più di tre volte superiore alla somma di denaro proposta in fase di conciliazione). Dopo il fallimento dell'appello presentato da *Campbell*, *State Farm* pagò l'intero importo del giudizio. *Campbell*, tuttavia, agì in giudizio contro la *State Farm* accusandola di mala fede, frode e inflizione intenzionale di disagio emotivo. La Corte Suprema dello Utah ha riconosciuto 145 milioni di dollari in *punitive damages* ma la Corte Suprema ha annullato tale decisione.

La Corte Suprema ha seguito i tre criteri – descritti in precedenza – sanciti nella sentenza *BMW of North America v. Gore* del 1996. Non si è limitata a una mera applicazione degli stessi ma ha fornito un'interpretazione più completa. In relazione al primo criterio, cioè la condotta posta in essere dal convenuto, la Corte ha fornito alcuni elementi che possono essere utili alle Corti per valutare l'effettivo grado di gravità della condotta del danneggiante (quali, ad esempio, se il danno è stato il risultato di più condotte ripetute nel tempo, se l'autore ha agito con dolo o con mancanza di considerazione per gli altrui interessi...).

Di particolare interesse risulta la riflessione operata dalla *Supreme Court* in relazione alla sentenza della Corte Suprema dello Utah, laddove si è ritenuto che il caso *Campbell* venne usato come pretesto per punire *State Farm Mutual* per le operazioni irregolari che la società aveva compiuto nel corso degli anni in tutta la Nazione statunitense. In altri termini, la Corte sostenne che l'elevata condanna ai *punitive damages* fosse finalizzata più a punire la società per le sue politiche piuttosto che per il danno arrecato nei confronti dei *Campbell*.

La Corte Suprema in relazione al caso concreto, pur rilevando la ragionevolezza di una condanna ai *punitive damages*, aveva ritenuto che la liquidazione degli stessi fosse eccessiva e costituzionalmente illegittima.

La sentenza *State Farm* ha costituito una tappa importante poiché la Corte Suprema, in tale occasione, fornì alle Corti degli elementi aggiuntivi per valutare correttamente l'applicazione dei *punitive damages*. In particolare, si stabilì la regola secondo cui vi era una lesione del *due process clause* tutte le volte in cui le Corti emettevano sentenze di condanna ai danni punitivi per punire condotte antiggiuridiche poste in essere al di fuori del territorio dello Stato nel quale hanno giurisdizione.

Da alcuni passi della sentenza, attenta dottrina aveva intravisto anche un'anticipazione della soluzione che la *Supreme Court* adottò qualche anno dopo per risolvere il caso giudiziario *Philip Morris v. Williams*³⁰³.

La vicenda giudiziaria trae le sue origini nell'azione giudiziale che la vedova di J. Williams, morto di cancro al polmone associato al fumo di sigarette, avviò nei confronti della *Philip Morris*. La donna aveva accusato il produttore di sigarette di frode per avere pubblicizzato le stesse facendole apparire meno pericolose di quanto lo fossero realmente. La giuria ha condannato la *Philip Morris* al risarcimento di 821 mila dollari a titolo di *compensatory damages* e di 79,5 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*. In appello, *Philip Morris* ha argomentato che la giuria non avrebbe dovuto prevedere una condanna includendo anche i danni causati ad altre persone ma non presenti nel processo. La *Oregon Supreme Court* ha respinto l'appello e ha confermato il verdetto iniziale. È stato poi proposto ricorso alla Corte Suprema la quale ha sancito la violazione dei vincoli costituzionali nel caso di specie. La regola che emerse dalla sentenza è quella secondo cui è costituzionalmente legittima, in quanto contraria alla clausola del *due process*, una quantificazione dei danni punitivi relativa ai danni subiti da terzi danneggiati estranei al processo.

1.7. *Product Liability e mass torts litigation*

Con l'espressione *product liability* si intende quell'area del diritto relativa alla responsabilità per danno da prodotto. In questo settore giuridico le Corti statunitensi hanno diffusamente applicato l'istituto dei *punitive damages*, dando luogo a condanne altissime contro i produttori e a favore dei consumatori.

Al fine di fornire un quadro relativo a tutte le problematiche inerenti la discussa compatibilità tra i *punitive damages* e la responsabilità del produttore, si premettono brevi cenni sulla *product liability*³⁰⁴.

³⁰³ *Philip Morris v. Williams*, 549, U.S., 346, 2007, in *Foro it.*, 2008, IV, 179, con nota di PONZANELLI G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*.

³⁰⁴ Sul tema SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 9.5; PRIEST G. L., *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, in *Foro it.*, 1989, IV, 119 ss.

La responsabilità del produttore può fondarsi: sulla responsabilità oggettiva (*strict liability*), sulla responsabilità colposa (*negligence*) ed infine sulla violazione della garanzia (*breach of warranty*³⁰⁵).

Le regole della responsabilità da prodotto sono contenute nel *Third Restatement of Tort*, section 402A, del 1998³⁰⁶, il quale suddivide i difetti in tre categorie: il difetto di fabbricazione di un prodotto (*manufacturing defect*), il difetto di progettazione (*design defect*) e il difetto di istruzioni o avvertimenti (*warning defect*).

La suddivisione ha rilevanza per quanto concerne la disciplina della responsabilità, poiché per il solo difetto di fabbricazione si prevede che il produttore sarà responsabile anche qualora abbia osservato *all possible care*. La responsabilità oggettiva non è presente invece per le altre categorie di difetto, nelle quali si fa riferimento alla prevedibilità e alla ragionevolezza (*foreseeability – reasonableness*) e sussiste la responsabilità qualora i rischi prevedibili di danno sarebbero potuti essere ridotti o evitati, ma l'omissione di tale azione abbia reso il prodotto *not reasonably safe*.

Come è stato detto, i *punitive damages* sono stati concessi frequentemente nell'ambito della *product liability*. La compatibilità tra danni punitivi e responsabilità del produttore è stata fortemente dibattuta in relazione alla possibilità di applicare i danni punitivi nell'ambito della *strict liability*. A ben vedere, infatti, le Corti in tale ambito non hanno seguito la regola secondo la quale i *punitive damages* sono ammissibili solo nelle ipotesi di condotte illecite dolose o gravemente colpose, poiché li hanno irrogati in qualsiasi ipotesi di responsabilità da prodotto difettoso.

Autorevole dottrina³⁰⁷, analizzando la casistica giurisprudenziale, ha classificato cinque casi in cui le Corti hanno ammesso i danni punitivi nell'ambito della *product liability*.

In primo luogo i *punitive damages* vengono concessi quando la condotta del produttore è finalizzata all'inganno dei consumatori (*fraudolent misconduct*).

³⁰⁵ Le *warranties* si distinguono in *express warranty* e *implied warranty*: la prima è quella espressamente dichiarata dal produttore mentre la seconda è presunta dal consumatore.

³⁰⁶ Il *Third Restatement of Tort*, section 402A, del 1998, ha sostituito il *Second Restatement of Tort* del 1964, il quale disciplinava la responsabilità del venditore di un prodotto in condizioni difettose prevedendo la sua responsabilità oggettiva.

³⁰⁷ PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 435.

La seconda tipologia di caso riguarda la violazione degli *standards* in materia di sicurezza (*knowing violation of safety standards*). Essendo difficile provare il nesso di causalità tra danno e la violazione delle disposizioni conosciute da produttore, spesso questa categoria coincide con quella precedente.

La terza categoria concerne la responsabilità per mancanza o inadeguatezza dei controlli preventivamente necessari prima della vendita del prodotto (*inadequate testing or quality control*).

La quarta si ha quando il produttore non avvisa i consumatori circa i pericoli da lui conosciuti e collegati al prodotto o al suo utilizzo (*failure to warn of known danger*).

L'ultima categoria (*post-marketing failures to remedy known dangers*) riguarda la responsabilità del produttore per non aver eliminato i danni conosciuti o conoscibili.

Dopo aver fornito un quadro generale della *product liability*, siamo arrivati a trattare un profilo importante che merita uno specifico approfondimento.

La tematica che si vuol trattare riguarda i casi di *mass disasters* che si verificano qualora i danni provocati dal prodotto difettoso non abbiano danneggiato un solo consumatore ma un'intera categoria di soggetti «in grado di intraprendere un indeterminato numero di azioni giudiziali, molte volte dopo che si è opportunamente appreso il felice esito della causa pilota³⁰⁸».

La trasformazione del sistema economico in una prospettiva di globalizzazione, ormai da decenni, ha portato al conseguente mutamento anche del sistema della responsabilità civile. Se in passato il verificarsi di un fatto illecito coinvolgeva un numero limitato di persone, oggi invece può danneggiare un numero elevato e indeterminato di soggetti.

Se ciascun individuo esperisse un'azione giudiziale nei confronti della società (autrice dell'illecito), quest'ultima sarebbe considerata responsabile molteplici volte per lo stesso fatto anti-giuridico.

Questa ipotesi porta con sé svariate problematiche.

In primo luogo vi è il rischio del fallimento della società produttrice danneggiante, poiché la stessa potrebbe esser obbligata a pagare più volte somme a titolo di

³⁰⁸ La citazione è di PONZANELLI G., *I punitive damages nei «mass disasters»*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 389 ss; si segnala un interessante contributo sul tema della *mass tort*, PONZANELLI G., *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, 184 ss.

punitive damages a favore di tutti i danneggiati. Ulteriormente, i vari processi potrebbero concludersi con liquidazioni di danni di diverso ammontare che porterebbero a irragionevoli differenziazioni tra i danneggiati.

Tra le varie soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, una è stata ravvisata nelle azioni di classe. La *class action* consiste in un'azione giudiziaria esperita da un membro di un gruppo, per conto di tutti gli altri, destinata a produrre effetti verso tutti gli appartenenti a quella categoria³⁰⁹. Autorevole dottrina afferma che «non ci sarebbe, infatti, *windfall* se i danni punitivi potessero essere concessi solo in presenza di una categoria che tendenzialmente ricomprenda al suo interno la posizione di tutti coloro i quali abbiano subito lo stesso tipo di danno³¹⁰».

La *class action* statunitense trae le sue origini nelle *Federal Equity Rules* promulgate nel 1842. Per le controversie nelle quali erano coinvolte un grande numero di parti, l'*Equity Rule 48*³¹¹ prevedeva la possibilità di procedere in giudizio (nonostante la assenza di alcune) attraverso il meccanismo della rappresentanza. Questa disposizione difettava laddove non permetteva che la *res iudicata* potesse pregiudicare anche le parti assenti. Un decennio dopo, nel caso giudiziario *Smith v. Swormstedt*³¹², la Corte Suprema aveva contraddetto la normativa federale, ammettendo che il giudicato vincolasse anche le parti assenti qualora fossero state adeguatamente rappresentate in giudizio. Questo principio di diritto si ritenne poi confermato nel 1912, quando l'*Equity Rule 48* fu sostituita dalla *Equity Rule 38*³¹³. Tuttavia questa norma federale ebbe una applicazione ridotta, poiché prevedeva numerosi limiti che rendevano la *class action* non facilmente ammissibile.

Si arrivò così al 1937, con la riforma della procedura civile che consentì la unificazione delle procedure delle cause *at law* e *in equity* e la rielaborazione delle *Federal Rule of Civil Procedure*. Nel 1938 fu codificata la *Rule 23* che, nonostante i

³⁰⁹ DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 473 ss.

³¹⁰ La citazione è di PONZANELLI G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, cit., 179.

³¹¹ Si riporta il testo originale della *Equity Rule 48*: «*Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties*».

³¹² *Smith v. Swormstedt*, 57 US 288, 303 (1853).

³¹³ L'*Equity Rule 38* mantenne la previsione del principio di rappresentatività ma, ulteriormente, ammise la vincolatività del giudicato nei confronti delle parti assenti.

vari emendamenti attuati nel corso degli anni³¹⁴, costituisce tutt'oggi la norma federale principale in tema di *class action*.

Le azioni di classe sono state utilizzate soprattutto nel settore della “*tobacco tort litigation*”, che attualmente costituisce l'ambito nel quale vi è stata una più ampia applicazione dei *punitive damages*.

Le prime azioni giudiziarie in materia di danni da fumo risalgono agli anni cinquanta del secolo scorso, periodo in cui la ricerca scientifica aveva dimostrato la connessione tra il fumo di sigaretta e alcune malattie molto gravi che conducono alla morte. La pubblicazione in riviste di questi risultati scientifici e la conseguente acquisizione di una maggiore consapevolezza circa i danni prodotti dal fumo, diedero vita a una numerosa serie di azioni legali intentate dai fumatori (o non fumatori) nei confronti delle multinazionali che producono sigarette.

La dottrina è solita distinguere principalmente tre fasi della *tobacco tort litigation*, le quali vengono denominate *waves* (ondate) per indicare l'andamento altalenante dei processi in materia.

Autorevole dottrina ha evidenziato che nelle prime due fasi (dagli anni cinquanta agli anni novanta)³¹⁵, nessun caso – su un totale che supera i 200 – si è concluso a favore degli attori³¹⁶. Nei primi quarant'anni infatti le società di produzione delle sigarette riuscirono a difendersi efficacemente dalle accuse che li venivano mosse e i processi si concludevano a loro favore.

A partire dagli novanta, con il caso *Cipollone c. Ligget Group Inc. and others*³¹⁷, iniziarono ad aversi i primi verdetti a favore dei fumatori danneggiati (o dei loro eredi). La terza *wave* infatti segna un'inversione di rotta nelle decisioni giurisprudenziali caratterizzato, in particolare, dall'utilizzo dello strumento delle azioni collettive (c.d. *punitive damages class actions*). Significativo è stato il primo

³¹⁴ Inizialmente la *Rule 23*, così come codificata nel 1938, prevedeva tre categorie di azione: *true*, *hybrid* e *spurious*. La disciplina venne poi modificata nel 1966, nel 1998 ed, infine, nel 2003.

³¹⁵ Le prime *waves* della *Tobacco tort litigation* sono tradizionalmente individuate negli anni 1954-1965 e 1983-1992.

³¹⁶ RABIN R., *Il contenzioso per danni da fumo negli Stati Uniti: cinquant'anni di guerra inutile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 4-5, 938; il tema è trattato anche da PONZANELLI G., *Responsabilità da prodotto da fumo: il “grande freddo” dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 450 ss.

³¹⁷ *Cipollone c. Ligget Group Inc. e altri*, 24 giugno 1992, in *Foro it.*, 1992, IV, 502, con nota di PONZANELLI G., *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*.

caso giudiziario – *Castano v. American Tobacco Co.*³¹⁸ – nel quale per la prima volta venne richiesto il risarcimento per una classe di fumatori attraverso *class actions*. Ancora, in *Engle v. Liggett Group*³¹⁹ era stata comminata in primo grado una condanna ai *punitive damages* pari a 145 miliardi di dollari (poi invalidata nei gradi successivi, in quanto venne negata la possibilità di ricorrere, in quel caso, alla *class action*).

1.8. Assicurabilità dei *punitive damages*

La condanna ai *punitive damages*, prevista sempre con maggiore frequenza da parte delle Corti statunitensi, ha fatto sorgere il problema della loro assicurabilità³²⁰. È compatibile la funzione del contratto di assicurazione con la finalità punitiva della sanzione? In altri termini, la pena non dovrebbe colpire necessariamente l'autore dell'illecito?

Sotto il profilo assicurativo, sono state adottate soluzioni diversificate: la maggior parte degli Stati Uniti, attraverso le Corti o le legislazioni, riconoscono la copertura assicurativa mentre alcuni non la ammettono (solitamente per contrasto con l'ordine pubblico). Qualora venga concessa, il diritto degli Stati in genere non ammette la assicurabilità di qualsiasi condanna ai *punitive damages*; è ricorrente ad esempio la possibilità di assicurare solo per determinati tipi di danni ovvero di rifiutare l'assicurazione in ipotesi di responsabilità derivante da condotte dolose.

Nel rispetto del diritto previsto nello Stato di riferimento, sono poi le compagnie assicurative che spesso prevedono limitazioni attraverso l'apposizione al contratto di specifiche clausole finalizzate a circoscriverne la copertura.

La possibilità di assicurare i danni punitivi è questione dibattuta. In genere si ritiene di dover riconoscere la copertura assicurativa per le condanne punitive, spesso

³¹⁸ *Castano v. American Tobacco Co.* 84 F3d 734 (5th Cir. 1996), in *Foro it.*, 1995, IV, 302, con nota di PONZANELLI G., «*Class action*», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*.

³¹⁹ *Engle v. RJ Reynolds Tobacco, Co.* No. 94-08273 CA-22, 2000 WL 33534572 (Fla. Cir. Ct. Nov.6.2000).

³²⁰ EBERT I., *Punitive damages and liability insurance*, in KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 214 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 17.

ingenti, che derivano da condotte poste in essere dal proprio autore in uno stato soggettivo di colpa grave. Questo avviene soprattutto in materia di responsabilità da prodotto difettoso dove la linea di confine tra colpa grave e semplice negligenza è molto sottile e, di conseguenza, il danneggiante potrebbe subire inaspettatamente condanne punitive di ammontare elevato. La copertura assicurativa in questo caso consente di evitare il dissesto patrimoniale del soggetto e rendere più semplice la riscossione della somma di denaro da parte dell'assicuratore.

L'orientamento contrario all'assicurabilità dei *punitive damages* si basa su una serie di motivazioni. In primo luogo è stato argomentato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che la copertura assicurativa dei *punitive damages* ostacolerebbe la funzione deterrente e punitiva dell'istituto. Considerato che questo strumento giuridico è finalizzato a dissuadere il danneggiante dal compiere ulteriori atti illeciti, il pagamento della somma di denaro oggetto di condanna da parte dell'assicuratore, anziché dell'assicurato, vanificherebbe uno degli scopi principali dell'istituto giuridico. Si potrebbe arrivare ulteriormente a ritenere che l'esistenza della copertura assicurativa dei *punitive damages* potrebbe incoraggiare il soggetto a commettere ulteriori atti rischiosi, nella consapevolezza che le possibili conseguenze delle sue azioni – tra cui l'obbligo di pagare i danni punitivi – non ricadranno su di lui.

In secondo luogo vi è il problema della assicurabilità degli illeciti dolosi. Se questa peculiare condanna è volta a sanzionare condotte particolarmente gravi, tra le quali quelle intenzionali, si ritiene inammissibile la possibilità di escludere la punizione dell'autore dell'illecito. Non solo le legislazioni ma anche le compagnie assicurative spesso escludono la copertura assicurativa dei *punitive damages* causati da condotte poste in essere dolosamente.

Le critiche all'assicurabilità dei *punitive damages* esposte in precedenza, vengono esposte anche nel *leading case* in materia, *Northwestern Nat'l Cas. Co. v. McNulty*, dal quale si evince il problema della compatibilità della copertura assicurativa con l'ordine pubblico: «*Where a person is able to insure himself against punishment he gains a freedom of misconduct inconsistent with the establishment of sanctions against such misconduct. It is not disputed that insurance against criminal fines or penalties would be void as violative of public policy*³²¹».

³²¹ *Northwestern Nat'l Cas. Co. v. McNulty*, 307 F.2d 432 (5th Cir. 1962).

1.9. Il danno da *breach of contract*

I *punitive damages* si sono sviluppati e trovano applicazione generale nell'ambito della *law of torts*. Siamo però giunti, a questo punto, ad accennare un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto risulta particolarmente interessante riflettere sull'applicazione di questo rimedio anche in ambito contrattuale³²².

Negli Stati Uniti il principio generale è quello secondo il quale i *punitive damages* non siano ammessi in conseguenza del *breach of contract* in quanto il sistema della responsabilità contrattuale è finalizzata unicamente alla compensazione del danno. Nonostante questa regola, sono stati sviluppati numerosi studi volti a indagare *pro* e *contro* dell'ammissibilità di condanne ai *punitive damages* anche in quest'ambito.

Si deve preliminarmente riconoscere come in passato l'istituto giuridico dei *punitive damages* sia stato utilizzato spesso, in via eccezionale, per risolvere le controversie che traevano origine da un inadempimento contrattuale³²³.

Uno dei primi casi giudiziari in cui sono stati applicati i *punitive damages* negli Stati Uniti è stato il caso *Coryell v. Colbaugh*, che riguardava la violazione di una promessa di matrimonio. In tal caso era stata proposta un'azione per *breach of contract to marry*, quindi una azione di tipo contrattuale, che tuttavia aveva portato a una condanna punitiva. L'inadempimento della promessa di matrimonio aveva causato dei danni nella sfera personale della donna, che aveva subito una forte umiliazione e lesione della sua reputazione. Proprio per il tipo di danno causato dall'illecito contrattuale, oltretutto di difficile quantificazione, la Corte aveva condannato il convenuto al pagamento di una somma di denaro a titolo di *punitive damages*. Per tale condanna avente natura punitiva non era sufficiente il mero inadempimento ma, in aggiunta, risultarono necessarie sia una condotta *fraudolent, malicious, cruel* o *motivated by evil motives* del convenuto sia la prova del danno morale subito dalla danneggiata.

³²² In generale, BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit.; MEURKENS L. AND NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, Intersentia, 2012, 357 ss.

³²³ In argomento si veda BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 219 ss.

Dopo questo caso giudiziario le Corti fecero spesso applicazione dei *punitive damages* nelle ipotesi di *breach of contract to marry*, poiché veniva reputato lo strumento che meglio consentisse di offrire una giusta tutela nei confronti della parte debole. Tuttavia, con il decorso del tempo, si notarono i difetti di queste condanne: sempre più spesso le donne abusarono di questo strumento per ottenere ingenti somme di denaro e le giurie agivano secondo una incontrollabile discrezionalità che portava a condanne sempre più sproporzionate. Per queste e altre ragioni queste condanne vennero limitate fino alla loro totale abolizione.

Dopo questa breve ricostruzione storica legata all'utilizzo eccezionale dello strumento dei *punitive damages* nelle ipotesi di *breach of contract*, analizziamo ora quale è lo stato attuale negli Stati Uniti.

Il *Restatement 2nd of Contracts* prevede che «*punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable*³²⁴».

Come è stato detto in precedenza, negli Stati Uniti la finalità del risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale è compensativa. Nel *contract law* si possono distinguere tre tipologie di danni risarcibili nell'ipotesi di inadempimento contrattuale³²⁵.

La prima categoria è rappresentata dagli *expectation damages*, con i quali si tutela l'aspettativa della parte non inadempiente, la quale viene posta nella posizione in cui si sarebbe trovata qualora la controparte avesse adempiuto. In secondo luogo vi sono *reliance damages* attraverso i quali si tutela l'affidamento della parte che ha subito l'inadempimento ripristinando la sua situazione patrimoniale al momento antecedente alla stipulazione del contratto. Attraverso questo rimedio vengono risarcite sia le spese sostenute sia le perdite subite in conseguenza del rifiuto di altre occasioni favorevoli.

³²⁴ Restatement 2nd of Contracts, §355.

³²⁵ Sul tema BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 135 ss.; con particolare riferimento alla *law of restitution* si veda GALLO P., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997, 13 ss.

Particolare interesse suscitano poi i *restitution damages*³²⁶ i quali non sono focalizzati sulla vittima dell'inadempimento e sul danno subito ma, bensì, sulla parte inadempiente e sul guadagno che ha ottenuto. Mediante questa tipologia di danni il soggetto che non ha adempiuto il contratto sarà obbligato a restituire i profitti che sono derivati dal suo inadempimento.

I *restitution damages*, ponendo l'inadempiente nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non fosse avvenuto, svolgono una importante funzione deterrente verso comportamenti che realizzino un ingiusto arricchimento.

2. Gli *exemplary damages* in Inghilterra. Le origini

Gli *exemplary damages*³²⁷ trovano la loro origine in Inghilterra nel XIII secolo ma il loro più importante riconoscimento in ambito giudiziario deve essere ricondotto ai casi *Wilkes v. Wood* e *Hunckle v. Money* del 1763, avvenuti durante il Regno di re Giorgio III.

Il caso *Hunckle v. Money*³²⁸ è stato il primo riconoscimento in ambito giudiziario degli *exemplary damages*. Esso vedeva come protagonista un tipografo, che aveva subito un arresto compiuto da un agente del re con la finalità di bloccare la pubblicazione (e di conseguenza, la diffusione) dell'opuscolo satirico "*North Briton*", in quanto ritenuto offensivo nei confronti della Corona inglese. Il mandato di arresto, c.d. *general warrant*, era stato ritenuto illegittimo per la sua genericità poiché non conteneva né il nome del destinatario né lo specifico capo d'accusa. Nonostante la detenzione fosse durata solo sei ore e il detenuto fosse stato trattato civilmente, fu ritenuta giustificata una ingente condanna punitiva. Il convenuto aveva subito una condanna pari a 20 sterline a titolo di *compensatory damages* e 300

³²⁶ Per un approfondimento relativo alla connessione tra *unjust enrichment*, *law of restitution* e *disgorgement* si veda PARDOLESI P., voce *Disgorgement*, cit.; PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, cit., 55 ss.

³²⁷ Occorre fare una precisazione di carattere terminologico. Sebbene spesso si utilizzino i termini "punitive" e "exemplary" *damages* come sinonimi, le Corti inglesi hanno preferito impiegare l'espressione *exemplary damages* mentre negli Stati Uniti si è soliti riferirsi ai *punitive damages*. Nei testi giuridici viene espresso il medesimo concetto giuridico attraverso altre espressioni, quali *vindictive*, *added*, *aggravated* o *retributory damages*.

³²⁸ *Hunckle v. Money*, 95 E.R. 768 (K.B. 1763).

sterline a titolo di *exemplary damages* (locuzione che per la prima volta venne utilizzata in un processo).

Nello stesso anno ci fu un altro caso giudiziario, *Wilkes v. Wood*³²⁹, riguardante anch'esso le *general warrants*. La vicenda giudiziaria aveva ad oggetto l'illecita perquisizione eseguita nella casa dell'editore del *North Briton* (ed il sequestro di alcuni documenti) da parte del Governo senza che ci fosse alcuna giustificazione. È interessante notare come, seppur al tempo non fosse ancora delineata precisamente la figura degli *exemplary damages*, emersero dalla sentenza le funzioni che tutt'oggi caratterizzano l'istituto; più precisamente, la condanna fu ritenuta necessaria al fine di punire il comportamento del Governo (funzione punitiva) e di scoraggiare il ripetersi di condotte simili in futuro (funzione deterrente).

2.1. Le tre categorie (*category test*)

Il caso *Rookes v. Barnard*³³⁰, del 1964, ha segnato una svolta per l'istituto degli *exemplary damages* nel sistema inglese.

Prima di questa sentenza le regole che governavano questa materia erano confuse e disorganiche. Per tale ragione, si è sentita la necessità di stabilirne di nuove, coerentemente disciplinate, in modo tale da poter fornire una guida certa per le giurie che si fossero trovate successivamente a dover giudicare sul tema.

A partire da questa sentenza la *House of Lord*, in particolare attraverso l'*opinion* di *Lord Devlin*, ha stabilito tre categorie in base alle quali sarebbe stato possibile condannare agli *exemplary damages*.

La *House of Lord* ne ha imposto la irrogabilità unicamente in ipotesi determinate: casi espressamente previsti dalla legge, violazione dei diritti fondamentali del cittadino da parte della P.A. o in presenza dell'intenzione del danneggiante di ottenere ingenti guadagni dall'illecito.

In relazione alla prima categoria, si è ritenuta necessaria la condanna ai *exemplary damages* nell'ipotesi in cui il governo esercitasse il proprio potere esecutivo in modo oltraggioso, arbitrario o incostituzionale. Più precisamente, la prima categoria si

³²⁹ *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. 489 (K.B.1763).

³³⁰ *Rookes v. Barnard and Others*, (1964) A.C. 1129.

fonda su due requisiti: era richiesto che la condotta fosse «*oppressive, arbitrary or unconstitutional*» e che fosse posta in essere da «*servants of the government*».

Per quanto riguarda le caratteristiche della condotta, si ritiene sia sufficiente una presenza alternativa delle stesse. Nel caso di arresto illegale in *Holden v. Chief Constable of Lancashire*³³¹ si è evidenziato l'uso della preposizione "o" tra gli aggettivi. In quella vicenda giudiziaria il ricorrente aveva chiesto la condanna della polizia per esser stato ingiustamente arrestato e detenuto per venti minuti. Benché non vi fosse stata una condotta oppressiva da parte della polizia, la *Court of Appeal* aveva ritenuto di accordare la condanna agli *exemplary damages* poiché la carcerazione incostituzionale era un elemento necessario e sufficiente per fondare la condanna. Analogamente, nel caso *Huckle v. Money* il convenuto era stato condannato al pagamento dei *punitive damages* per ingiusta detenzione nonostante la durata fosse esigua (solo sei ore) e nonostante fosse stato nutrito e trattato molto civilmente.

Questa categoria è stata successivamente precisata nel caso *Cassel & Co. v. Ltd. Broome*³³² nel quale è stata accolta un'accezione ampia della locuzione "amministratori dello Stato". Venivano inclusi all'interno di tale nozione anche coloro che esercitavano funzioni di natura esecutiva derivate dal Governo, centrale o periferico. In particolare rientrano nella nozione di amministratori dello Stato polizia, ufficiali municipali e altri pubblici ufficiali (dalla casistica giurisprudenziale emerge come la maggior parte dei casi coinvolgessero condotte poste in essere dalla polizia).

La seconda categoria ammette la necessità di condannare agli *exemplary damages* un soggetto che avesse posto in essere una condotta al fine di ottenere un profitto per sé stesso che potesse superare il risarcimento dovuto al ricorrente. Il ragionamento di *Lord Devlin* è stato fondato sulla considerazione che non si potesse lasciare impunito un soggetto che avesse calcolato un simile profitto.

Solitamente ricadono in questa categoria i casi di diffamazione a mezzo stampa. In principio si temeva che questa categoria potesse ostacolare la libertà degli editori in quanto si può sempre dedurre che la pubblicazione di un libro venga posta in essere al fine di trarne profitto. Tuttavia si è osservato che non sussisterebbe una

³³¹ *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, Q.B. 380, 388 (1987).

³³² *Cassel & Co. v. Ltd. Broome*, 1 All. E.R., 801 (1972).

limitazione della libertà di un editore rispettabile³³³, in quanto la mera diffamazione commessa nello svolgimento di un'attività che persegue fini di lucro non è sufficiente per rientrare in questa categoria; in aggiunta sono necessarie la consapevolezza circa la contrarietà alla legge della propria condotta e la volontà di agire poiché le prospettive di profitto superano il danno che subirà il danneggiato. Ulteriormente, sono ricaduti nella seconda categoria anche i casi di *unlawful eviction*.

Anche questa categoria è stata successivamente chiarita nel caso *Cassel & Co. v. Ltd. Broome*³³⁴, nel quale è stato sostenuto che, ai fini della condanna punitiva, l'autore dell'illecito dovesse esser a conoscenza (o avrebbe dovuto esser a conoscenza) che la sua condotta fosse contraria alla legge ma, ciò nonostante, avesse deciso di agire nella previsione di un profitto superiore rispetto l'entità del danno da risarcire.

La terza ed ultima categoria prevede la condanna agli *exemplary damages* nelle ipotesi espressamente previste dalla legge. In questa categoria rientrano tutte le fattispecie elaborate non dalla giurisprudenza, bensì dal Parlamento.

Si possono menzionare la *Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951*, il *Copyright, Designs and Patents Act 1988* e il *Patents Act 1977*.

Il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 riguarda una fattispecie di violazione dei diritti di proprietà intellettuale in relazione alla quale il giudice può riconoscere in favore del ricorrente "*additional damages*". Questa disposizione legislativa non è stata unanimemente ricompresa nella terza categoria. A ben vedere, il dato testuale ammette espressamente un risarcimento aggiuntivo (*additional damages*) senza menzionare espressamente, e di conseguenza autorizzare, gli *exemplary damages*.

³³³ WILCOX V., *Punitive damages in England*, in KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 12.

³³⁴ *Cassel & Co. v. Ltd. Broome*, 1 All. E.R., 801 (1972).

2.2. Gli *aggravated damages*

Un'altra importante innovazione che emerge dalla sentenza *Rookes v. Barnard* è l'aver tracciato per la prima volta una linea di demarcazione tra *exemplary damages* e *aggravated damages*³³⁵.

I due termini, usati in precedenza sostanzialmente come sinonimi, vengono a costituire a partire da quel momento due voci di risarcimento separate. *Lord Devlin* aveva affermato che i c.d. *aggravated damages* sono una categoria speciale di *compensatory damages* che ha la finalità di riparare particolari lesioni alla dignità del danneggiato. Nell'*opinion* di *Lord Devlin* emerge come la giuria (o il giudice se competente) possa tenere in considerazione le motivazioni o la condotta particolarmente riprovevole del danneggiante qualora feriscano la dignità e l'orgoglio della vittima dell'illecito e, pertanto, aggravino il danno subito. In tal caso può esser stabilita la condanna al pagamento di una somma di denaro aggiuntiva per risarcire l'ulteriore danno non patrimoniale subito.

La natura giuridica di questa voce di risarcimento di danno è discussa: una corrente di pensiero sostiene la natura compensativa e mentre un'altra quella punitiva. Tradizionalmente si distingue tra *exemplary damages* e *aggravated damages* sostenendo che i primi hanno natura punitiva mentre i secondi hanno mera natura compensativa. Lo stesso *Lord Devlin* ha descritto gli *aggravated damages* come una sottocategoria dei *compensatory damages*, in quanto diretti a riparare il danno morale che la vittima dell'illecito subisce, in aggiunta al danno che è derivato dal fatto illecito, per effetto di una condotta particolarmente grave del danneggiante.

Tuttavia, a parere di chi scrive, sarebbe forse più corretto intravedere in questa voce di danno anche una funzione punitiva. Questo risarcimento del danno sembrerebbe infatti essere finalizzato sia alla compensazione dell'ulteriore danno non patrimoniale arrecato al danneggiato sia alla punizione del danneggiante per la sua condotta illecita particolarmente oltraggiosa. Il carattere "aggravato" di questo risarcimento e la possibilità di valutare la gravità della condotta del danneggiante ai

³³⁵ È necessaria una precisazione di carattere terminologico. L'espressione "*aggravated damages*" non viene utilizzata con la stessa accezione in tutti i Paesi di *Common Law*. Negli Stati Uniti viene utilizzata come uno dei tanti sinonimi dei *punitive damages* e, pertanto, il risarcimento aggravato non costituisce – come nel sistema inglese – una categoria autonoma di risarcimento del danno.

fini della concessione di un'ulteriore voce di risarcimento, inducono a ritenere che in questo risarcimento vi sia anche una componente punitiva. Di conseguenza si potrebbe sostenere una tesi mediana, diretta ad affermare la natura ibrida degli *aggravated damages*.

2.3. L'evoluzione successiva al caso *Rookes v. Barnard* del 1964

Si vogliono, a questo punto, evidenziare le principali tappe che hanno caratterizzato l'evoluzione degli *exemplary damages*.

Dopo una prima fase di applicazione generale, il caso *Rookes v. Barnard* ha segnato l'inizio della crisi di questo istituto giuridico la cui applicazione è stata circoscritta fortemente con il passare del tempo in conseguenza di vari interventi giurisprudenziali e legislativi.

L'analisi verterà principalmente su due profili: dapprima si darà atto delle limitazioni attuate sul numero dei fatti illeciti in presenza dei quali è possibile irrogare *exemplary damages* e, successivamente, si proseguirà con la descrizione delle limitazioni relative all'ammontare delle condanne.

Sotto il primo profilo, come è stato detto, il caso *Rookes v. Barnard* ha limitato l'irrogabilità di questo l'istituto giuridico alle tre categorie individuate da *Lord Devlin*. Successivamente, un'ulteriore svolta in materia si è avuta con il caso *AB v. South West Water Services Ltd.*³³⁶, che ha ristretto ulteriormente i casi in cui potevano esser ammessi i danni punitivi.

Attraverso questo caso giudiziario è stato introdotto il c.d. *cause of action test* in base al quale il giudice non poteva condannare agli *exemplary damages* se il *tort* oggetto di giudizio non fosse stato punito prima del 1964 (anno del caso *Rookes v. Barnard*) con questo tipo di condanna. La *Court of Appeal*, in questo caso giudiziario, aveva negato gli *exemplary damages* a favore del ricorrente che si era ammalato in conseguenza dell'ingerimento di acqua contaminata fornitagli dal convenuto.

³³⁶ *AB v. South West Water Services Ltd.* (1993) Q.B. 507.

Questa sentenza è stata fortemente criticata poiché questo ulteriore limite all'applicazione degli *exemplary damages*, considerato privo di un razionale fondamento logico, impediva di fatto in molteplici casi di ottenere giustizia.

A partire dal caso *AB v. South West Water Services Ltd.* il giudice, al fine di poter condannare agli *exemplary damages*, doveva procedere con una duplice verifica: *the cause of action test* e *the category test*. Preliminarmente doveva verificare che per quella fattispecie fossero accordati *exemplary damages* anteriormente al 1964 e poi, in caso di risposta positiva, doveva accertarsi che rientrasse in una delle tre categorie teorizzate da *Lord Devlin* in *Rookes v. Barnard*.

Soltanto a partire dal caso giudiziario *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*³³⁷ il *cause of action test* fu abolito e l'unico limite tornò ad essere la categorizzazione elaborata da *Lord Devlin* nel 1964.

Si vuole ora affrontare la seconda questione relativa alle tappe che hanno portato alla limitazione della quantificazione degli *exemplary damages*.

Prima degli anni novanta le condanne punitive inglesi erano elevate e sproporzionate poiché le Corti di appello, nella maggior parte dei casi, rispettavano la volontà delle giurie. Le Corti non interferivano poiché non esistevano delle regole che gli permettessero di modificare l'entità della condanna determinata dalla giuria. Avevano unicamente il potere di annullare il verdetto con la conseguenza che la decisione sarebbe stata presa da un'altra giuria. Questo accadeva di rado poiché – come ha spiegato *Lord Hailsham* in *Cassel & Co. Ltd. v. Broome* – una condanna punitiva non veniva annullata a meno che non fosse così elevata che «*twelve sensible men could not have reasonably given them*» ovvero che «*no reasonable proportion existed between it and the circumstances of the case*».

Questo scenario fu radicalmente modificato nel 1990 grazie ai *Court and Legal Services Act* che hanno costituito il primo tassello importante per la limitazione delle condanne punitive. Con la loro entrata in vigore è stato conferito alla Corte d'appello il potere di modificare l'entità della condanna determinata dalla giuria qualora ritenesse eccessivo il suo ammontare.

³³⁷ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, (2001) A.C. 122.

Ulteriore passo in avanti è stato fatto nel 1998, quando in *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*³³⁸ vennero stabiliti i criteri che le giurie avrebbero dovuto rispettare nella determinazione degli *exemplary damages*.

Prima di questo caso giudiziario, in genere le Corti fornivano alle giurie indicazioni generiche ai fini di una quantificazione appropriata degli *exemplary damages* (veniva considerata, ad esempio, la situazione patrimoniale del convenuto, l'esistenza di una pluralità dei ricorrenti o dei convenuti...). Questi criteri estremamente generici non consentivano di contenere le condanne eccessive e, pertanto, sono state create linee guida più stringenti per evitare quantificazioni sproporzionate ed imprevedibili.

In particolare, la Corte d'appello in *Thompson vs Commissioner of Police of the Metropolis* ha fissato una proporzione da rispettare ai fini della quantificazione della condanna, secondo la quale la somma dei *basic*, *aggravated* ed *exemplary damages* non poteva superare il triplo dei *basic damages*³³⁹.

2.4. Lo stato attuale del diritto inglese

Sebbene l'istituto giuridico dei *punitive damages* sia nato in Inghilterra, la sua applicazione attuale nel sistema giuridico inglese è fortemente limitata.

Occorre distinguere due ambiti di applicazione: gli *exemplary damages* che conseguono all'inadempimento contrattuale (*breach of contract*) e quelli comminabili nell'ambito dei *torts*.

Con riferimento all'ambito contrattuale³⁴⁰, il risarcimento del danno in Inghilterra svolge una funzione esclusivamente compensativa e, di conseguenza, è volto a porre il danneggiato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito.

³³⁸ *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* (1998) Q.B. 626.

³³⁹ Secondo tale regola, ad esempio, se i *basic damages* fossero stati pari a 10,000 e gli *aggravated damages* pari a 5,000, l'ammontare degli *exemplary damages* non sarebbe potuto essere superiore a 15,000 sterline (poiché $10,000 + 5,000 + 15,000 = 30,000$ sterline).

³⁴⁰ In argomento si veda CARTWRIGHT J., *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il civil lawyer*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 819; KRAMER A., *The Law of Contract Damages* (2nd edn, 2017).

Tradizionalmente si ritiene non sia ammissibile la condanna agli *exemplary damages* per violazione del contratto ed il caso giudiziario *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*³⁴¹ viene indicato dalla letteratura inglese come *leading case* in materia. In tale occasione non erano stati concessi gli *exemplary damages* come rimedio punitivo a favore di un soggetto che aveva subito un licenziamento particolarmente umiliante da parte dei convenuti.

Nonostante il principio di diritto contenuto nella sentenza sia stata costantemente seguito dalla giurisprudenza, si è sviluppato un orientamento dottrinale contrario finalizzato all'ammissione degli *exemplary damages* anche in seguito al *breach of contract*. Tra le argomentazioni sostenute, sembrerebbe deporre a favore di questa prospettiva la applicazione del rimedio della retroversione degli utili (c.d. *account of profit*) in seguito ad inadempimento contrattuale. Invero, in casi straordinari è stato ammesso – per la prima volta dalla *House of Lords* nel caso giudiziario *Attorney General v. Blake*³⁴² – un risarcimento del danno determinato non in base alla perdita subita dal danneggiato bensì in relazione al guadagno che è derivato.

Rimanendo in ambito contrattuale è doveroso accennare alla clausole penali.

Il diritto inglese differenzia le *liquidated damage clauses* dalle *penalty clauses*: entrambe sono dovute in caso di inadempimento però le prime sono clausole contrattuali di liquidazione preventiva del risarcimento del danno aventi una funzione compensativa mentre le seconde sono finalizzate a punire il soggetto inadempiente attraverso la determinazione di una prestazione superiore all'ammontare del danno ragionevolmente presumibile. La distinzione ha particolare rilevanza in quanto, nel diritto inglese, i *liquidated damage clauses* sono ammissibili mentre le *penalty clauses* sono considerate invalide.

Con il caso *Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd*³⁴³ la giurisprudenza ha elaborato la *rule against penalty* e ha individuato una serie di criteri al fine di verificare se una clausola potesse rientrare in una o nell'altra categoria (ad esempio, una clausola il cui ammontare fosse «*extravagant and*

³⁴¹ *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* (1909) A.C. 488.

³⁴² *Attorney General v. Blake* (2001) 1 A.C. 268.

³⁴³ Le origini della *rule against penalty* risalgono al caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd* [1915] AC 70.

unconscionable» si presumeva fosse una “*penalty clause*” e, pertanto, veniva disapplicata dal giudice).

La *rule against penalty* è stata rispettata dalla giurisprudenza successiva, spesso arricchita di nuovi contributi e tuttora viene applicata. Tuttavia di recente, dopo quasi cento anni, la Corte Suprema inglese ha rielaborato i principi alla base di questa regola definita come «*an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well*³⁴⁴».

I casi *Cavendish v. El Makdessi - ParkingEye v. Beavis*³⁴⁵, sono stati l’occasione per una riformulazione critica dei criteri che la giurisprudenza deve seguire per distinguere una clausola valida da una *penalty clause*. In questa prospettiva la Corte ha confermato la regola dell’inefficacia delle clausole penali ma, tuttavia, la nuova rielaborazione consentirà ai giudici di qualificare una pattuizione come *penalty clause* in un numero più limitato di casi rispetto al passato.

Dopo aver constatato che, allo stato attuale, in Inghilterra il giudice non può irrogare *exemplary damages* per inadempimento contrattuale e le parti non possono validamente pattuire *penalty clauses*, vediamo ora quale sia l’attuale applicazione dei danni punitivi nell’ambito dei *torts*.

Come è stato detto nei precedenti paragrafi, dopo una prima e generale operatività, il caso *Rookes v. Barnard* (1964) ha previsto le prime importanti limitazioni che hanno segnato l’inizio del declino degli *exemplary damages*. Alla luce di quella celebre sentenza, attualmente gli *exemplary damages* sono irrogabili unicamente nelle tre categorie individuate da *Lord Devlin*: casi espressamente previsti dalla legge, violazione dei diritti fondamentali del cittadino da parte della P.A. o in presenza dell’intenzione del danneggiante di ottenere ingenti guadagni dall’illecito.

Allo stato attuale, qualora una fattispecie concreta sia sussumibile in una delle categorie elencate in precedenza non seguirà obbligatoriamente una condanna punitiva. Le Corti godono di una forte discrezionalità nell’applicazione degli *exemplary damages* e, ulteriormente, devono rispettare molteplici vincoli che sono

³⁴⁴ *Cavendish v. El Makdessi – ParkingEye v. Beavis* (2015) UKSC 67.

³⁴⁵ *Cavendish v. El Makdessi – ParkingEye v. Beavis*, cit.; In argomento si vedano LAS CASAS A., *Funzione e struttura della penale contrattuale. Riflessioni a margine della riformulazione della penalty rule da parte della Uk Supreme Court*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 1, 141; CALZOLAIO E., *Il nuovo volto della clausola penale nel diritto inglese*, in *I contr.*, 2016, 8-9, 817.

stati individuati nel corso del tempo dall'elaborazione giurisprudenziale. In primo luogo, la Corte deve rispettare la regola del “*if but only if test*”³⁴⁶, secondo la quale gli *exemplary damages* sono ammessi unicamente qualora i danni compensativi siano inadeguati per punire efficacemente l'autore dell'illecito, segnare la disapprovazione della Corte in relazione alla condotta del colpevole e dissuadere quest'ultimo e altri dal ripetere comportamenti simili.

Ulteriormente, sulla base del principio secondo cui non si può punire un soggetto più volte per la medesima condotta, gli *exemplary damages* non possono esser concessi se l'autore dell'illecito sia già stato punito precedentemente per il medesimo fatto qualora il convenuto abbia agito in buona fede.

Da ultimo, anche la posizione dell'attore potrebbe contribuire all'inammissibilità della condanna punitiva qualora abbia causato o contribuito al comportamento illecito.

Siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, concludendo come l'istituto degli *exemplary damages*, seppur nato in Inghilterra, costituisca ormai un rimedio residuale che, invero, molto raramente viene concesso dalle Corti. Le funzioni della deterrenza e della punizione sono tipiche del *criminal law* e sono uno strumento che viene utilizzato in ambito privato solo in ipotesi caratterizzate da una particolare gravità.

La responsabilità civile nel sistema giuridico inglese trova la sua principale funzione nella compensazione e, pertanto, le Corti inglesi tendono a risarcire i danni derivanti da fatti illeciti mediante i *compensatory damages* che sono concessi con la finalità di annullare le perdite subite dal danneggiato.

Sulla base di queste premesse, dato che nel Regno Unito attualmente le Corti applicano in maniera molto limitata questo istituto, sorprende il grande numero di studi effettuati in questa materia. È stato affermato³⁴⁷ che vi sarebbe una sproporzione tra la numerosa dottrina che ha riflettuto sul tema e la scarsa pratica rilevanza che gli *exemplary damages* assumono all'interno delle aule di giustizia.

³⁴⁶ La regola è stata enunciata per la prima volta da Lord Devlin in *Rookes v. Barnard and Others*, (1964) A.C. 1129

³⁴⁷ GOUDKAMP J., 'Exemplary Damages', in G. Virgo and S. Worthington (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, 2015; per uno studio empirico sull'applicazione dei *punitive damages* in UK si veda anche GOUDKAMP J., KATSAMPOUKA E., 'An empirical study of punitive damages' (2018) 38 (01), *Oxford Journal of Legal Studies* 90-122, il quale mette in discussione alcuni orientamenti ampiamente condivisi sul tema.

3. I danni punitivi nei Paesi di *civil law*

Conclusa la parte relativa ai *punitive damages* inglesi e statunitensi, la comparazione prosegue attraverso uno studio dell'operatività di questo istituto nei Paesi non anglosassoni³⁴⁸.

Sebbene l'istituto giuridico dei *punitive damages* – salvo rare eccezioni³⁴⁹ – si possa considerare estraneo ai Paesi di *civil law*, ci sono state delle aperture che invitano ad una più approfondita riflessione. Verranno analizzate le posizioni di tre membri dell'Unione europea – Francia, Germania e Spagna – le cui Corti nazionali si sono occupate della tematica dei danni punitivi sia sotto il profilo del diritto internazionale privato sia sotto quello del diritto privato interno.

Le argomentazioni che più frequentemente sono state utilizzate per respingere l'ingresso dei *punitive damages* in questi Stati riguardavano la centralità della funzione riparatoria e compensativa nel sistema della responsabilità civile e la netta divisione tra il diritto penale e quello civile nell'ordinamento giuridico.

Da una panoramica generale emerge come in questo momento storico in questi Paesi, così come in Italia, vi siano orientamenti favorevoli all'introduzione di condanne aventi funzioni di punizione e deterrenza nell'ambito del sistema privatistico. Spesso gli strumenti che consentono una mera compensazione del danno non sono reputati sufficienti per garantire una tutela effettiva ovvero per realizzare adeguatamente l'effetto preventivo. Pertanto, il sistema della responsabilità civile si sta evolvendo in altre direzioni e si sta verificando un arricchimento del sistema

³⁴⁸ Per una riflessione sui danni punitivi e le riforme civilistiche in ambito europeo si veda BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., 909; CARABETTA S., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.; KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009.

³⁴⁹ Nel 2008, l'Argentina è stato il primo Paese di *civil law* a codificare i danni punitivi (mediante l'art. 52 bis della *Ley 26.361* previsto in materia di tutela del consumatore). Per un approfondimento sul *dano punitivo* in questione, si vedano BENATTI F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 263 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 22.2(B)(2); DE CORES HELGUERA C., *Daños punitivos y función preventiva de la responsabilidad civil. Reflexiones comparatistas a partir de la reciente jurisprudencia italiana de legitimidad*, in *juscivile*, 2018, 4, 518 ss.

rimediale attraverso la creazione di sanzioni nuove, che si affiancano al risarcimento del danno. L'esempio più eclatante è quello del recentissimo progetto di legge francese avente ad oggetto la riforma della responsabilità civile il quale, con l'introduzione dell'istituto giuridico dell'*amende civile*, sembra voler introdurre una vera e propria pena nell'ordinamento civilistico.

Come verrà evidenziato nei prossimi paragrafi, premessa la generale acquisizione di consapevolezza della inadeguatezza del sistema risarcitorio basato unicamente sulla compensazione, l'atteggiamento dei vari ordinamenti giuridici innanzi ai danni punitivi sono state eterogenee e sono avvenute in maniera asincrona nel corso del tempo.

Per quanto specificamente concerne l'area diritto internazionale privato relativa all'*enforcement of judgments*, come ha ricordato la Corte di cassazione³⁵⁰, i sistemi giuridici della Spagna, della Germania e della Francia, ben prima dell'Italia, hanno accettato la possibilità di delibare sentenze comminatorie di *punitive damages*. (seppur a condizioni diverse).

Sebbene ogni sistema giuridico abbia adottato soluzioni differenti, il dibattito generale in materia era focalizzato sul concetto di ordine pubblico quale elemento imprescindibile del diritto internazionale privato che costituisce un limite all'ingresso di valori giuridici stranieri contrastanti con i principi che fondano un determinato ordinamento. Inizialmente, per lungo tempo, gli Stati menzionati hanno mostrato un atteggiamento di chiusura ed hanno negato l'esecuzione di una condanna ai *punitive damages* sulla base di una interpretazione ristretta della clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico. Successivamente hanno poi adottato un approccio progressista, maggiormente condivisibile, che ha permesso di considerare questo istituto giuridico compatibile con concetto di *international public policy*, salvo l'ipotesi in cui l'importo della condanna sia di ammontare eccessivo.

Invero, a prescindere dall'applicazione del diritto internazionale privato, in molti ordinamenti sembrano rinvenirsi tracce di danni punitivi anche all'interno del sistema della responsabilità civile nazionale. Seppure sia praticamente sconosciuta la

³⁵⁰ Cass., ord., 16 maggio 2016 n. 9978, cit., nella quale vengono richiamate le seguenti sentenze: Corte costituzionale federale tedesca (24 gennaio 2007, in JZ, 2007, 1046), Tribunale Supremo spagnolo (13 novembre 2001, n. 2039/1999) e Corte di cassazione francese (7 novembre 2012, n. 11-23871, e 1 dicembre 2010 n. 90-13303).

regolamentazione generalizzata dei danni punitivi, nel tessuto normativo si può riscontrare talvolta la presenza di vari istituti – disciplinati in particolari settori – che si caratterizzano per le finalità punitive. Oppure ancora, si riscontrano pronunce giurisprudenziali attraverso le quali i giudici quantificano i risarcimenti in misura non strettamente connessa al danno, dando vita a condanne la cui natura sembra assumere sembianze punitive.

Lo studio dei danni punitivi nei Paesi di *civil law* appare complesso poiché, sebbene si riscontrino delle significative aperture, i sistemi giuridici europei non sono ancora pronti ad un'esplicita o generale introduzione dell'istituto giuridico dei danni punitivi.

3.1. Francia

Il sistema della responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, in Francia³⁵¹ si basa sul principio di integrale riparazione del danno. Come la *Cour de cassation* ha costantemente sostenuto, la funzione della responsabilità civile è dunque quella di riportare il danneggiato nella situazione antecedente all'atto illecito. Da questo consegue che l'entità del risarcimento deve esser calcolata in relazione al danno subito dal danneggiato senza che la colpa del danneggiante abbia alcuna influenza, in modo tale che dal fatto illecito non consegua né una perdita né un profitto³⁵².

Da questa breve premessa emerge come in Francia la materia risarcitoria sia strettamente connessa con i soli *dommages-intérêts compensatoires* (risarcimenti

³⁵¹ In tema di pene private e *punitive damages* nel sistema giuridico francese si veda TUNC A., *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 349 ss.; TUNC A., *La responsabilité civile*, Parigi, 1989; MEURKENS L. AND NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, cit., 261 ss; BORGHETTI J. S., *Punitive damages in France*, in KOZIOL H. AND WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 55 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 22.2(B)(6); VANLEENHOVE, C., *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, cit., 120 ss.

³⁵² Questi principi sono stati espressi dalla *Cour de cassation*. Si veda Cass., civ. 2, 28 ottobre 1954, *JCP* 1955, II, 8765: « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » Cass, Civ. 2e, 8 maggio 1964, *JCP*, 1965, II, 14140, « *l'indemnité nécessaire pour compenser le dommage subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité* ».

compensativi), finalizzati unicamente alla riparazione del danno subito dalla vittima dell'illecito.

La responsabilità civile ha funzione compensativa ma, tuttavia, non si può affermare che la pena privata sia estranea all'ordinamento giuridico francese. A ben vedere, infatti, sono presenti nell'ambito civilistico alcuni istituti giuridici sanzionatori, quali ad esempio l'*astreinte* e la clausola penale, i quali hanno una chiara finalità punitiva.

In altri termini, nonostante la "punizione" sia propria del sistema penale e, tradizionalmente, estranea al sistema civilistico, non si può fingere di non vedere una generale e graduale apertura nei confronti di strumenti finalizzati alla punizione e alla deterrenza anche in ambito civilistico.

Quasi dieci anni fa, nel 2010, c'è stata la prima apertura della *Cour de Cassation*³⁵³ nei confronti dei risarcimenti punitivi. La vicenda giudiziaria era relativa a una coppia di coniugi americani che, dopo aver acquistato un catamarano, si era resa conto della presenza di alcuni gravi vizi che le erano stati celati dolosamente dalla società produttrice francese. Dopo averla chiamata in causa, la Corte statunitense l'aveva condannata ai *punitive damages* per avere occultato tali difetti.

La Corte di Cassazione francese, chiamata a pronunciarsi sulla delibazione della sentenza americana, aveva sancito il principio di diritto secondo cui i danni punitivi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico, ma lo potrebbero diventare qualora il loro ammontare fosse sproporzionato. In quel caso giudiziario, la delibazione della sentenza straniera comminatoria di *punitive damages* non era avvenuta perché la Corte aveva ritenuto tale condanna eccessiva e sproporzionata in relazione al danno effettivamente subito dal danneggiato.

Analogamente, nel 2012, la *Cour de Cassation*³⁵⁴ ha riaffermato il medesimo principio di diritto secondo cui: «*alors que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est*

³⁵³ *Cour de Cassation*, 1 dicembre 2010, n. 09-13303; in argomento di veda BENATTI F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, cit., 265 ss.; TESCARO M., *I punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *Lav, dir, eur.*, 2017, 1.

³⁵⁴ *Cour de Cassation*, 7 novembre 2012, n. 11-23871.

autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations du débiteur».

3.1.1. La nuova riforma della responsabilità civile in Francia

Nell'ultimo decennio in Francia si sono susseguiti vari tentativi di riforma del sistema della responsabilità civile. Il nuovo progetto di riforma³⁵⁵, presentato il 17 marzo 2017, è in attesa di approvazione ed è foriero di importanti novità.

Per quanto qui di interesse, si vuole porre l'attenzione su una delle più importanti innovazioni previste in tale vasto progetto³⁵⁶: la c.d. *amende civile*.

L'articolo 1266-1 prevede che: *«En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile³⁵⁷»*. Attraverso questa disposizione si generalizzerebbe in ambito extracontrattuale l'istituto dell'ammenda civile, applicabile nei confronti dell'autore del danno che abbia deliberatamente commesso un atto illecito allo scopo di ottenere un guadagno o un risparmio. Secondo tale norma il giudice civile può condannarlo al pagamento di un'ammenda civile, su richiesta della vittima o del pubblico ministero e attraverso una decisione specificamente motivata.

L'articolo poi prosegue con le regole di quantificazione dell'ammenda civile: *«Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être*

³⁵⁵ ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 3, 2018, 1.

³⁵⁶ CATTALANO-CLOAREC G., *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 23 ss.

³⁵⁷ Seppure l'introduzione di questo rimedio punitivo fosse stato auspicato da gran parte della dottrina, non sono mancate le critiche relative alla formulazione dell'art. 1266-1 ed, in generale, alla disciplina dell'*amende civile*. In particolare, non si comprende la ragione per la quale il legislatore abbia deciso che l'ambito di applicazione debba essere unicamente la responsabilità extracontrattuale, con esclusione di quella contrattuale.

*supérieure au décuple du montant du profit réalisé*³⁵⁸». Secondo una traduzione letterale, questa multa è proporzionata alla gravità della colpa commessa, alla capacità contributiva dell'autore e ai profitti che ha realizzato. Inoltre, la multa non può essere superiore a dieci volte l'ammontare del profitto realizzato.

Particolarmente interessante è la parte della disposizione che riguarda i beneficiari dell'ammenda. Il progetto di riforma ha previsto che questa somma di denaro a titolo di condanna punitiva non sia destinata alla vittima dell'illecito. L'art. 1266-1 prevede infatti che: «*Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage*». Si indicano due possibilità: l'*amende civile* può esser destinata alternativamente ad un fondo di indennizzo connesso alla natura del danno sofferto o, in mancanza, al Tesoro dello Stato.

La sommaria descrizione della disciplina prevista dal progetto di legge consente ora di classificare questo nuovo istituto francese.

Tradizionalmente si afferma che in Francia viga unicamente il principio della integrale riparazione del danno e, di conseguenza, siano inammissibili sia i *dommages-intérêts restitutoires* (risarcimenti restitutori) sia i *dommages-intérêts punitifs* (risarcimenti punitivi).

Alla luce di questo nuovo progetto di legge questa constatazione non corrisponde più alla realtà.

La probabile introduzione di questo istituto è volto a scoraggiare la commissione di un illecito al fine di ottenere un guadagno o un risparmio, attraverso una sanzione pecuniaria il cui ammontare è determinato sul profitto ottenuto dall'autore dell'illecito.

Autorevole dottrina italiana l'ha qualificata come pena privata avente la finalità di «sindacare e sanzionare i comportamenti inaccettabili»³⁵⁹.

La dottrina francese sostiene che la *amende civile* sia una pena. Ed invero, questo nuovo strumento rimediale ha una finalità indubbiamente deterrente e punitiva, la quale emerge con chiarezza dalla sua disciplina giuridica. Tra gli elementi che

³⁵⁸ Nell'ipotesi in cui l'autore dell'illecito sia una persona giuridica: «*Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise*».

³⁵⁹ Il pensiero è di ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, cit., 6.

depongono a favore della natura di pena della ammenda civile si pensi alla non assicurabilità della stessa ovvero, ancora, alla quantificazione determinata in base a criteri che prescindono dal verificarsi di un danno.

3.1.2. Le *astreintes* francesi

Sebbene questo capitolo della trattazione sia principalmente dedicato ai *punitive damages*, si vuole ora dedicare questo paragrafo ad un altro istituto giuridico francese qualificabile come pena privata: l'*astreinte*, quale strumento di induzione all'adempimento con funzione sanzionatoria.

Sebbene la Francia non sia l'unico ordinamento giuridico che disciplina misure coercitive indirette³⁶⁰, tuttavia l'*astreinte* francese è ritenuta la più importante poiché ha ispirato molte altre legislazioni (tra le quali quella italiana).

Come è noto, questa figura giuridica consiste in una condanna accessoria ed eventuale avente ad oggetto una somma di denaro dovuta dall'obbligato nel caso di violazione o inosservanza del provvedimento giudiziale principale. Lo scopo dell'*astreinte* è quello di incentivare l'esecuzione di una sentenza di condanna attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore.

L'*astreinte* è stata introdotta per la prima volta in Francia, successivamente è stata applicata anche in altri sistemi giuridici europei e, di recente, disciplinata espressamente nell'ordinamento processuale italiano.

La genesi dell'istituto si riviene nelle Corti francesi nel XIX secolo, in particolare a partire dalla sentenza del Tribunale di *Croy* del 25 marzo 1811.

A livello legislativo, dopo una prima fase nella quale l'*astreinte* veniva applicata solo in specifici settori, venne poi disciplinata in via generale a partire dalla legge del 5 luglio 1972, n. 72-626. L'istituto è stato poi regolato dalla legge del 9 luglio 1991, n. 91-650 (artt. 33-36) e dal decreto attuativo del 31 luglio 1992, n. 92-755.

³⁶⁰ In ambito europeo si sono sviluppati vari modelli di coazione all'adempimento. Un esempio è l'ordinamento tedesco, nel quale le misure coercitive, cc.dd. *Zwangsstrafen*, sono disciplinate dal §888 e dal §890 del codice di procedura civile (*Zivilprozessordnung* o Z.P.O.). Le misure coercitive indirette tedesche vengono comminate dal giudice e consistono in obbligazioni pecuniarie devolute allo Stato che, se non adempiute, sono convertibili in sanzioni detentive.

Attualmente la disciplina si trova contenuta nel *Code des procédures civiles d'exécution* negli artt. da L. 131-1 a L. 131-4. L'*astreinte* è indipendente rispetto al danno e può essere provvisoria o definitiva (*l'astreinte est provisoire ou définitive*). Se non è previsto diversamente, l'*astreinte* si presume provvisoria e si caratterizza per essere modificabile nel suo ammontare in relazione al comportamento del debitore; al contrario, quella definitiva non può essere revisionata da parte del giudice.

Si è discusso circa la natura giuridica dell'istituto³⁶¹. In un primo momento si riteneva che fosse qualificabile come una forma di risarcimento del danno. Successivamente invece si è sviluppato un orientamento, attualmente dominante, che ha differenziato e separato questa figura dal risarcimento. È stato il legislatore a sciogliere i dubbi della questione affermando che «*tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*».

Il risarcimento del danno è una sanzione che ha lo scopo di ristorare un soggetto che ha subito un danno che si è già verificato mentre l'*astreinte* opera per il futuro e viene prevista ancora prima che si verifichi un danno (e indipendentemente da esso).

Come è già stato esposto nel capitolo secondo, il nostro ordinamento ha introdotto legislativamente il modello dell'*astreinte* sia nel processo civile sia in quello amministrativo (rispettivamente agli articoli 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 3, c.p.a.).

3.2. Germania

La responsabilità civile nel sistema giuridico tedesco³⁶² si basa sulla restituzione o sulla compensazione.

³⁶¹ BARATELLA M. G., *Le pene private*, cit., 150 ss.

³⁶² In tema di pene private e *punitive damages* nel sistema giuridico tedesco si veda GRUNSKY W., *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 209 ss.; JANSSEN A., *The recognition and Enforceability of US-American punitive damages awards in Germany and Italy: forever divided?*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 43; MEURKENS L. AND NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, cit., 345 ss.; JANSEN N. and RADEMACHER L., *Punitive damages in Germany*, in KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 75 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 22.2(B)(7); VANLEENHOVE, C., *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, cit., 97 ss.

Il § 249³⁶³ del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), dispone che chiunque sia obbligato a risarcire il danno deve ripristinare la condizione che esisterebbe se non fosse avvenuta la circostanza che obbliga al risarcimento. Nell'ipotesi invece in cui la vittima del fatto illecito abbia subito lesioni fisiche o danneggiamento di un bene, avrà diritto a chiedere l'importo monetario a titolo di risarcimento. A norma del § 251 BGB, qualora la restituzione sia impossibile o insufficiente, il danneggiante deve compensare la perdita subita dal danneggiato attraverso una somma di denaro.

Dalla normativa tedesca in materia di responsabilità civile emerge chiaramente la sua funzione compensativa (o restitutoria) e l'impossibilità per il danneggiato di arricchirsi attraverso il fatto illecito.

La legge tedesca, a ben vedere, si oppone espressamente ai risarcimenti ultracompensativi. L'art. 40³⁶⁴ (3) della legge introduttiva al codice civile tedesco – EGBGB – prevede che non è ammesso il riconoscimento di pretese che superino notevolmente il risarcimento necessario per compensare la perdita subita dal danneggiato e che siano finalizzate a scopi diversi rispetto alla compensazione del danno subito dalla vittima dell'atto illecito.

Questa espressa avversione verso risarcimenti ultracompensativi mostra come, nel sistema giuridico tedesco, in materia di sanzioni punitive vi sia il monopolio del diritto penale, il quale si regge su rigorosi principi costituzionali.

Nonostante questo quadro generale, anche in Germania si mantiene vivo il dibattito sui danni punitivi. Per quanto concerne la giurisprudenza tedesca, sia il Tribunale federale sia la Corte costituzionale si sono espresse in materia circa compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico.

³⁶³ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes: «(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. (2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist».*

³⁶⁴ L'art. 40 EGBGB dispone: «Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, können nicht geltend gemacht werden, soweit sie

1. wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich,
2. offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder
3. haftungsrechtlichen Regelungen eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Übereinkommens widersprechen».

La sentenza più importante è stata pronunciata dalla *Bundesgerichtshof* nel 1992³⁶⁵.

In quell'occasione la delibazione aveva ad oggetto una sentenza della Corte della California che aveva accordato un risarcimento dell'ammontare di circa \$ 700.000 (di cui \$ 400.000 a titolo di danni punitivi) a favore di un soggetto vittima di abusi sessuali.

Il *Landgericht* (Tribunale) di *Düsseldorf* aveva dichiarato esecutiva la sentenza in Germania mentre la *Oberlandesgericht* (Corte d'appello) aveva dichiarato la esecutività della stessa per un importo minore, ritenendo che la contrarietà all'ordine pubblico fosse determinata dall'ammontare eccessivo della condanna.

Successivamente, la Corte di cassazione della Repubblica federale tedesca venne investita della medesima questione. La *Bundesgerichtshof* aveva analizzato ampiamente l'istituto giuridico dei *punitive damages* ed evidenziato come il solo diritto penale avesse finalità punitive nell'ordinamento tedesco. Con riferimento alla sentenza della Corte della California aveva in particolare rilevato come fossero assenti i criteri utilizzati per quantificare i danni punitivi oggetto di condanna.

In tale occasione quindi aveva concluso per la inammissibilità di esecuzione di quella sentenza di condanna ai *punitive damages*, in quanto aveva ritenuto la contrarietà della stessa all'ordine pubblico (contenuto nel § 723, co. II, secondo periodo e § 328, co. I, n. 4 ZPO).

Il ribaltamento di questo orientamento avvenne successivamente, nel 2007, da parte della Corte costituzionale tedesca³⁶⁶ la quale ritenne che le pronunce di condanna ai *punitive damages* non possano ritenersi, in quanto tali, contrarie all'ordine pubblico.

Oltre le sentenze appena citate in materia di diritto internazionale privato, la giurisprudenza tedesca non ha mai non riconosciuto formalmente i danni punitivi nel diritto interno; malgrado ciò, la dottrina ha notato come i giudici tedeschi abbiano comunque adottato delle sentenze applicando dei risarcimenti non inscindibilmente

³⁶⁵ Bundesgerichtshof, BGH, 4 giugno 1992: «*Ein US-amerikanisches Urteil auf Strafschadensersatz (punitive damages) von nicht unerheblicher Höhe, der neben der Zuerkennung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden pauschal zugesprochen wird, kann insoweit in Deutschland regelmäßig nicht für vollstreckbar erklärt werden*». Per una traduzione e un commento alla sentenza TESCARO M., *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof – (e non solo?)*, in *Studium Iuris*, 2017, 3, 317 ss.

³⁶⁶ Corte costituzionale federale tedesca, 24 gennaio 2007, in *JZ*, 2007, 1046.

connessi solo con la compensazione del danno subito dal danneggiato. In particolare, questo è avvenuto in materia di danni morali, di violazione dei diritti della personalità o, ancora, di violazione della proprietà intellettuale³⁶⁷.

Nel tessuto normativo tedesco è poi presente una chiara ipotesi di risarcimento ultracompensativo, che costituisce una significativa eccezione alla concezione tradizionale del risarcimento del danno, introdotta sulla base della spinta attuata dal legislatore europeo e dalla Corte di giustizia.

Il riferimento è al risarcimento del danno derivante da atti discriminatori negli ambienti lavorativi. La legge tedesca sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* o *AGG*) – attuativa della direttiva CE 2000/78 – è finalizzata alla prevenzione o l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla razza, l'origine etnica, il sesso, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'identità sessuale. Particolarmente interessante appare l'art. 15³⁶⁸ dell'AGG, rubricato "indennizzo e risarcimento del danno", che dispone che il datore di lavoro sia obbligato a riparare il danno in caso di violazione del divieto di discriminazione. Per quanto concerne il danno non patrimoniale, la disposizione prevede che il lavoratore abbia diritto a un adeguato risarcimento pecuniario. Secondo una traduzione letterale viene stabilito che in caso di mancata assunzione, il risarcimento non possa eccedere tre stipendi mensili qualora il lavoratore non sarebbe stato assunto nemmeno in caso di selezione non discriminatoria.

³⁶⁷ L'analisi di questi risarcimenti nell'ordinamento tedesco si trova in JANSEN N. and RADEMACHER L., *Punitive damages in Germany*, cit., 75 ss.

³⁶⁸ L'art. 15 dell' AGG prevede: «*Entschädigung und Schadensersatz (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre [...]*».

3.3. Spagna

Anche il sistema della responsabilità civile spagnolo³⁶⁹ si basa sul principio della riparazione del danno causato alla vittima del fatto illecito. L'art. 1902 del *Código civil* dispone: «*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*».

Sebbene la dottrina maggioritaria sostenga la teoria tradizionale che si basa sulla funzione compensativa della responsabilità civile, si è sviluppato un altro orientamento secondo il quale nel sistema spagnolo sarebbe possibile individuare elementi punitivi. Di seguito verranno esposti i principali indici normativi che vengono utilizzati per sostenere questa teoria³⁷⁰.

In materia di protezione dell'onore, della *privacy* e dell'immagine personale, l'art. 9.3³⁷¹ della *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* prevede che si debba presumere l'esistenza del pregiudizio qualora venga dimostrata un'intromissione illecita. Sebbene la quantificazione del risarcimento debba esser commisurata in relazione alla gravità del danno effettivamente prodotto, si dispone ultimamente che si debba prendere in considerazione anche il profitto che ha ottenuto la persona che ha causato il danno. Alcuni autori hanno ritenuto che il legislatore, inserendo nella disposizione quest'ultima parte, abbia voluto introdurre una sanzione civile punitiva.

Per quanto concerne il diritto internazionale privato e la delibazione di sentenze straniere in Spagna, si può ricordare in particolare la pronuncia relativa al caso *Miller*

³⁶⁹ In tema di *punitive damages* e sistema giuridico spagnolo si veda MEURKENS L. AND NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, cit., 283 ss; DEL OLMO P., *Punitive damages in Spain*, in KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 137 ss.; SCHLUETER L. L., *Punitive Damages*, cit., § 22.2(B)(15); VANLEENHOVE, C., *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, cit., 139 ss.

³⁷⁰ DEL OLMO P., *Punitive damages in Spain*, cit., 137 ss.; REY M. I. F., *La silenciosa "civilización, dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 28.

³⁷¹ Il testo originale: «*La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*».

*Import Corp. c. Alabastres Alfredo*³⁷² con la quale è stata ritenuta ammissibile la delibazione di una sentenza di condanna americana ai danni punitivi, in quanto ritenuti non contrari all'ordine pubblico.

4 I danni punitivi nella normativa e nella giurisprudenza europea

Per completare l'esame dell'istituto giuridico dei *punitive damages*, si darà atto dello studio effettuato in relazione al diritto europeo³⁷³.

Dapprima si analizzeranno alcune questioni trattate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e, successivamente, si farà un cenno ai principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul tema.

Dalla normativa e dalla giurisprudenza europea è emerso come i danni punitivi spesso non siano stati ritenuti compatibili con le regole previste in tema di responsabilità civile europea.

4.1. Direttiva 2006/54/CE e discriminazione

Al fine di assicurare l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, è stata emanata la direttiva 2006/54/CE.

L'art. 18, rubricato "risarcimento e riparazione" dispone che «Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi

³⁷² *Miller Import Corp. c. Alabastres Alfredo, S.L., Sts*, 13 novembre 2001, *exequatur* n. 2039/1999.

³⁷³ Sul tema MEURKENS L. AND NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, cit., 213 ss.; KOCH B. A., *Punitive damages in European Law*, in KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 197 ss.; KOZIOL H., (2008), *Punitive damages a european perspective*, *Louisiana Law Review*, 68(3), 741-764; WELLS, M. L., (2010), *Common lawyer's perspective on the european perspective on punitive damages*, *Louisiana Law Review*, 70(2), 557-578; VANLEENHOVE, C. (2016). *A normative framework for the enforcement of u.s. punitive damages in the european union: Transforming the traditional no pasaran*. *Vermont Law Review*, 41(2), 347-404.

stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda».

Alla Corte di giustizia dell'Unione europea³⁷⁴ nel 2015 è stata chiesta l'interpretazione della presente disposizione in relazione ad un caso giudiziario che riguardava il licenziamento per discriminazione di una donna spagnola. Dopo aver contestato il licenziamento e tentato una conciliazione non andata a buon fine, la donna era giunta dinanzi al giudice del lavoro di Cordoba chiedendo la dichiarazione di nullità del licenziamento e il risarcimento del danno di 6.000 euro, in quanto il licenziamento era avvenuto in violazione del principio di parità tra uomo e donna.

Il giudice, dopo aver accertato la discriminazione, in applicazione della direttiva 2006/54/CE (recepita in Spagna con la *ley Orgánica 3/2007*³⁷⁵) aveva ritenuto che una somma pari a 3.000 fosse adeguata per la riparazione integrale del danno. Tuttavia, la direttiva comunitaria impone non solo che una riparazione sia proporzionata al danno subito ma anche che il *quantum* risarcitorio sia "dissuasivo". Nella difficoltà di interpretare il sistema spagnolo del risarcimento del danno in tali termini, il giudice cordovano aveva sospeso il giudizio e rivolto la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di ottenere un chiarimento sulle norme della direttiva.

La Corte di giustizia UE ha confermato che il risarcimento del danno da licenziamento discriminatorio della parità tra uomo e donna debba essere reale ed effettivo e il danno debba esser riparato in modo dissuasivo e proporzionato. Ulteriormente viene citato l'art. 25 della direttiva 2006/54/CE secondo il quale gli

³⁷⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 dicembre 2015, causa C-407/14. Per il commento a questa sentenza MANFRON M., *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e resp.*, 2016, 6, 583 ss.; MALZANI F., *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 5, 715; VENCHIARUTTI A., *Punitive damages per licenziamento discriminatorio al vaglio della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2016, IV, 105 ss.

³⁷⁵ L'art 10 della *ley Orgánica 3/2007* dispone «Gli atti e le clausole dei negozi giuridici che costituiscono o provocano una discriminazione fondata sul sesso si devono considerare nulli e privi di effetti e danno luogo a responsabilità [del loro autore] tramite un sistema di riparazioni e indennizzi che devono essere reali, effettivi e proporzionati al danno subito, nonché, se del caso, tramite un sistema di sanzioni efficace e dissuasivo che previene la realizzazione di condotte discriminatorie».

Stati membri devono introdurre, nei rispettivi ordinamenti, norme relative alle sanzioni da irrogare che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Ai sensi di tale disposizione, gli Stati devono assicurare al danneggiato una somma di denaro che ripari integralmente il danno, senza che siano tenuti a prevedere il versamento di danni punitivi. In altri termini, la Corte ha ritenuto che il risarcimento dissuasivo non debba necessariamente prevedere l'applicazione dei danni punitivi. Sulla base di queste premesse, nel caso di specie, non esistendo nell'ordinamento spagnolo una disposizione che ammetta il versamento di danni punitivi ad una persona lesa da un atto discriminatorio, la sentenza non dovrà comprendere un risarcimento ulteriore oltre quello necessario per la riparazione integrale del danno.

4.2. Direttiva UE 104/2014 e danno *antitrust*

Le questioni relative al risarcimento del danno subito in violazione delle disposizioni *antitrust* sono state affrontate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, in particolare in due occasioni con le sentenze *Courage-Crehan*³⁷⁶ e *Manfredi*³⁷⁷.

Nel 2001, la Corte ha affermato il diritto di chiedere il risarcimento del danno in caso di condotta anticoncorrenziale. Nel 2006, confermando la precedente statuizione, ha disposto che l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro – in assenza di una disciplina legislativa comunitaria sul tema – deve stabilire le modalità per determinare l'entità del risarcimento del danno causato da condotte *antitrust*, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Tra i principi di diritto sanciti nella sentenza *Manfredi* vi è un riferimento ai danni punitivi laddove la Corte ha previsto che «in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole

³⁷⁶ Corte di giustizia dell'Unione Europea, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*.

³⁷⁷ Corte di giustizia dell'Unione Europea, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa e altri*.

comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto».

Questa graduale apertura ai risarcimenti punitivi da parte della Corte di giustizia è stata poi bloccata dal legislatore europeo che in riferimento al risarcimento del danno che deriva da illecito *antitrust* vieta la sovra-compensazione³⁷⁸.

La Direttiva 104/2014/EU³⁷⁹ del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, disciplina le “azioni di risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea”. L'art. 3 della direttiva disciplina il diritto al risarcimento che, come indicato dalla stessa rubrica dell'articolo, deve essere pieno. Il risarcimento deve esser comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e delle spese, al fine di ripristinare la situazione antecedente al verificarsi del danno. Il legislatore comunitario non si è limitato a indicare quali debbano essere le voci di danno necessarie per garantire la pienezza del risarcimento ma, ulteriormente, ha precisato il divieto di sovra-compensazione del danno subito (art. 3, comma 3). Il risarcimento pertanto non potrà essere punitivo, multiplo o sovracompensativo di altra natura.

La Direttiva 104/2014/EU è stata attuata in Italia con il D.lgs. 3/2017, il quale prevede all'art. 1, comma 2, che «il risarcimento del danno comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni».

³⁷⁸ Sul tema MASSA C., *Il divieto di risarcimento punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust Enforcement*, in *Diritto comm. int.*, 2018, 2, 321; SCOGNAMIGLIO C., *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018; ancora, NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit., 323B ss., il quale sottolinea che «il legislatore europeo si preoccupa di evitare la proliferazione incontrollata delle conseguenze risarcitorie, ossia il rischio che il risarcimento dovuto assuma una dimensione sovracompensativa. Anche in questa prospettiva si conferma l'esigenza di sottoporre il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria ad una verifica in termini oggettivi».

³⁷⁹ Si veda NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, cit., 323B ss., il quale osserva come nella Direttiva 104/2014 l'istituto della responsabilità civile venga utilizzato con finalità principalmente deterrenti al fine di «creare un sistema efficiente affinché il potenziale danneggiante (ossia l'operatore di mercato, che può stipulare intese vietate ovvero abusare della propria posizione di forza sul mercato) si astenga dal commettere l'illecito, in quanto condizionato dal rischio di incorrere nelle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'esperimento dell'azione risarcitoria».

5. I *punitive damages* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo fino ad oggi si è mostrata ostile all’istituto dei *punitive damages*.

La Cedu prevede all’art. 41 che «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa».

Occorre chiedersi dunque cosa si intenda per c.d. equa soddisfazione. Dall’analisi della giurisprudenza emerge come la Corte possa determinare l’*an* e il *quantum* del risarcimento con notevole discrezionalità. Tuttavia le condanne si caratterizzano per comprendere solo i danni patrimoniali (*pecuniary damages*), i danni non patrimoniali (*non-pecuniary damages*), i costi e le spese (*costs and expences*)³⁸⁰.

Non vi è la presenza di altre voci di danno: anche qualora si siano verificate gravi violazioni dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu, la Corte ha sempre deciso all’unanimità di respingere le richieste dei ricorrenti dirette ad ottenere risarcimenti punitivi.

Questo è confermato anche dal regolamento della Corte europea, entrato in vigore il 14 novembre 2016³⁸¹, in riferimento al danno prevedeva che «[...] quando accorda un indennizzo per danno, la Corte tende a risarcire il ricorrente per le reali conseguenze pregiudizievoli di una violazione. Essa non intende punire la parte contraente responsabile. Finora, la Corte non ha dunque ritenuto corretto accogliere richieste di risarcimenti definiti “punitivi”, “aggravati” o “esemplari”».

Tra le tante sentenze che dimostrano l’ostilità della Corte EDU all’istituto dei *punitive damages*³⁸², si vuole ricordare – a titolo esemplificativo – una famosa pronuncia emessa nei confronti dello Stato italiano. Nel caso *Guiso-Gallisay v.*

³⁸⁰ Questa tripartizione delle voci di danno viene suggerita e approfondita da GORI P., *Risarcimento danni e diritti socioeconomici. La tutela avanti alla CEDU*, Key editore, 2016, 45 ss.

³⁸¹ Attualmente è in vigore una nuova versione del regolamento, entrata in vigore il 1 agosto 2018.

³⁸² Tra le sentenze della Corte EDU nelle quali non è stato ammesso il risarcimento dei danni punitivi si ricorda: *Akdivar contro Turchia*, 1 aprile 1998, n. 21893/93; *Selcuk e Asker contro Turchia*, 24 aprile 1998, n. 30451/96; *Cable e altri contro Regno Unito*, 18 febbraio 1999, n. 24436/94.

Italy³⁸³, in materia di occupazione acquisitiva, la Corte EDU aveva affermato che il risarcimento di cui all'art. 41 dovesse costituire un serio ed efficace mezzo di dissuasione per la ripetizione di un comportamento illecito del medesimo tipo, senza tuttavia assumere una funzione punitiva. In tale occasione, la Corte si era espressa circa la quantificazione automatica delle perdite subite dai ricorrenti in maniera corrispondente al valore lordo delle opere realizzate dallo Stato. Aveva ritenuto che tale modalità di risarcimento non trovasse giustificazione e potesse causare disparità di trattamento tra i ricorrenti, in quanto la natura dell'opera che realizza la p.a. non è necessariamente connessa al potenziale valore originario del terreno. Aveva sostenuto che tale modo di risarcire attribuisce all'indennizzo uno «scopo punitivo o dissuasivo nei confronti dello Stato convenuto, in luogo di una funzione compensativa per i ricorrenti».

Nelle sentenze della Corte EDU non si trovano applicazioni dell'istituto dei *punitive damages* e, oltretutto, viene spesso precisata la volontà della Corte di non applicare risarcimenti con finalità punitive, in quanto ritenuti in contrasto con i principi CEDU. Si ricorda solo un caso giudiziario, *Gaygusuz* contro Austria³⁸⁴, nel quale giudice *Matscher* ha espresso un'opinione dissenziente a favore del riconoscimento dei *punitive damages*³⁸⁵.

Nonostante vi sia una corrente dottrinale che spinge verso l'introduzione di danni punitivi, ritenuti una soluzione ideale al fine di prevenire future violazioni da parte degli Stati, la Corte EDU sembra ancora saldamente ancorata alla visione compensativa del risarcimento del danno.

Da ultimo si può constatare che sebbene non si ammettano condanne punitive, dall'analisi delle sentenze della Corte EDU emerge comunque la volontà di produrre un effetto dissuasivo, volto ad evitare che la violazione si possa ripetere, che può

³⁸³ ECtHR, *Guiso-Gallisay v. Italy*, Appl. No. 58858/00, 22 December 2009, al n. 85: «*The criteria to be used in assessing damages for the purposes of Article 41 should satisfy the requirements of uniformity, simplicity, clarity and foreseeability. In particular, they must be such as to create a serious and effective means of dissuasion with regard to the repetition of unlawful conduct of the same type, without however assuming a punitive function*».

³⁸⁴ *Gaygusuz* contro Austria, 16 settembre 1996, 17371/90.

³⁸⁵ MONATERI P.G., ARNONE G.M., CALCAGNO N., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, In *Trattato sulla responsabilità civile* diretto da P.G. Monateri, Torino, 2014, 111 ss.

esser connesso alla funzione “pedagogica” propria dell’istituto dei *punitive damages*³⁸⁶.

³⁸⁶ In tali termini SIROTTI GAUDENZI A., *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, Maggioli, 2015, 164 ss.; si veda anche SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, cit.

Conclusioni

La considerevole presenza di pene private nel nostro ordinamento ha richiamato l'attenzione degli interpreti del diritto per una materia che, sebbene non apprezzata in passato, costituisce oggi un importante argomento su cui il civilista dovrebbe riflettere.

Allo stato attuale si può sostenere che la sanzione con funzione punitiva sia parte del diritto privato e che, con molta probabilità, acquisirà sempre un maggior spazio. Questa affermazione, che fino a qualche anno fa avrebbe suscitato l'opposizione o le perplessità della dottrina maggioritaria italiana, sembra oggi rappresentare una realtà incontrovertibile. Ed invero lo studio realizzato in materia di pene private ha evidenziato come non si possa più ignorare la rilevanza degli strumenti di reazione con finalità punitiva previsti in ambito privato. Questi ultimi, seppur costituiscano una minoranza nell'intero apparato rimediale civilistico, sono diffusi in settori eterogenei e riguardano il sistema della responsabilità nel suo complesso.

Pertanto, giunti al termine di questa trattazione, si vogliono ora formulare le considerazioni alle quali questo studio ci ha condotti.

In primo luogo accenniamo alla responsabilità contrattuale. Dall'analisi comparatistica è emerso come in Inghilterra e negli Stati Uniti non siano ammessi i *punitive damages* in ambito contrattuale e, nella stessa direzione, siano considerate invalide le c.d. *penalty clauses*, cioè le clausole predisposte dalle parti aventi ad oggetto la determinazione di una prestazione superiore all'ammontare del danno ragionevolmente presumibile come conseguenza dell'inadempimento. Suscita stupore il netto rifiuto di pene private in ambito contrattuale proprio da parte di ordinamenti di *common law*, nei quali sono nati e vengono riconosciuti i *punitive damages* nell'ambito della *Tort law*.

Al contrario, invece, nei Paesi di *civil law* risultano ammesse le pene private in ambito contrattuale – si veda ad esempio la clausola penale – nonostante, a parte qualche recente apertura, si sia sempre negata la cittadinanza all'istituto giuridico dei danni punitivi, tradizionalmente considerati non compatibili con i principi dei rispettivi ordinamenti.

In Italia, in particolare, alla luce delle disposizioni in materia di clausola penale, caparra confirmatoria, clausola di ritenzione delle rate e di interessi moratori si può concludere constatando che il nostro ordinamento attribuisca ai privati il potere di prevedere e applicare pene private al fine di regolare le conseguenze che derivano dall'inadempimento contrattuale.

Dalla disciplina codicistica analizzata si evince come il nostro sistema giuridico consenta ai privati di determinare la sanzione punitiva ma, allo stesso tempo, preveda su di essa il sindacato giudiziale. In altri termini, il potere punitivo dei privati viene limitato, in particolare, attraverso un'attività di controllo posta in essere dai giudici a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento.

La presenza di questi strumenti sanzionatori previsti in ambito contrattuale è valutata positivamente e la sua regolamentazione viene considerata equilibrata poiché consente ai privati di esplicitare la propria autonomia negoziale secondo le proprie convenienze, fermo restando il potere di intervento del giudice.

Vediamo ora invece quali conclusioni si possono trarre per quanto riguarda le pene private previste nel settore extracontrattuale ed in che termini si può ritenere configurabile un'applicazione più estesa delle stesse.

L'approdo cui sono giunte le Sezioni Unite e i preziosi contributi dottrinali sul tema hanno dimostrato una chiara apertura generale al riconoscimento dei danni punitivi. Lo studio condotto sul tessuto normativo è risultato utile per osservare come il legislatore abbia già provveduto, seppur a volte timidamente, ad introdurre in vari settori sanzioni che abbiamo potuto definire "pene private" da fatto illecito.

Dall'analisi comparatistica è emerso come i danni punitivi siano stati regolamentati in differenti realtà giuridiche. In particolare, l'esperienza dei Paesi di *common law* ha dimostrato le difficoltà nella gestione di un istituto giuridico così complesso: la disciplina giuridica dei *punitive damages* è stata continuamente modificata nel corso del tempo e si è riscontrata una generale tendenza a disciplinare sempre più dettagliatamente l'istituto.

L'aspetto più delicato della disciplina è sicuramente legato alla quantificazione dei danni punitivi; al fine di evitare condanne eccessive e sproporzionate, negli Stati Uniti si è cercato ripetutamente di limitare la discrezionalità delle giurie attraverso

molteplici interventi della Corte Suprema e mediante modifiche alle legislazioni degli Stati.

Ciò premesso, vediamo ora di ripercorrere le questioni principali riguardanti l'applicazione in Italia della controversa figura giuridica dei danni punitivi.

Nel corso della trattazione ci si è chiesti, sulla base delle esperienze straniere, quali siano i pro e i contro dell'applicazione dei *punitive damages* o degli *exemplary damages* ed ancora, con riferimento ai potenziali aspetti negativi dell'istituto giuridico, quale potrebbe essere una efficace regolamentazione volta a limitarli.

Occorre considerare con attenzione l'eterogeneità di principi, di norme e di funzionamento tra i Paesi di *common law* ed il nostro ed, infine, teorizzare l'importazione di questo istituto giuridico attraverso un adattamento della sua disciplina al nostro ordinamento, avendo prioritariamente riguardo ai principi che lo governano.

Dopo il recente *revirement* della Corte di cassazione siamo finalmente giunti a due importanti conclusioni: si ritiene pacifica la possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, considerati ormai compatibili con l'ordine pubblico inteso in una prospettiva internazionale; nella stessa direzione, sulla base di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, si ritiene altresì ammissibile che i giudici italiani – sulla base di una legge e di ulteriori condizioni che si esporranno in seguito – pronuncino condanne sovracompensoventi aventi finalità punitive.

Questa duplice apertura all'ammissibilità dei danni punitivi è stata particolarmente significativa in quanto ha capovolto il precedente e consolidato orientamento che rifiutava l'ingresso in Italia di questo istituto giuridico.

La Cassazione, partendo da una questione di natura internazionalprivatistica, ha raggiunto poi importanti conclusioni con riferimento ad una amplissima parte del diritto privato interno. Essa non si è limitata a ritenere in astratto ammissibile una condanna punitiva ma, ulteriormente, ha stabilito i presupposti in presenza dei quali possa esser in concreto irrogata. Come già evidenziato, con questo provvedimento, che ha suscitato l'apprezzamento di gran parte della dottrina civilistica, la Corte ha dimostrato un atteggiamento particolarmente cauto nell'ipotizzare l'introduzione di un istituto giuridico così complesso.

Ciò posto in ordine al contributo in chiave evolutiva delle Sezioni Unite, vediamo ora di tracciare un quadro generale dal quale emerga una teorizzazione dell'applicazione di questo istituto giuridico, tenendo in considerazione che alla base dell'applicazione dei danni punitivi vi è l'esigenza di garantire la prevedibilità della sanzione punitiva e la certezza del diritto.

In primo luogo i danni punitivi non possono esistere senza la riserva di legge: il danneggiante può subire una condanna punitiva solo se la legge preventivamente prevede la sua ammissibilità.

La necessità dell'ancoraggio normativo si ricava, più che dall'art. 25, comma 2, Cost., il quale riguarda le sanzioni penali, dall'art. 23 della Costituzione, il quale sancisce il principio di legalità in materia di imposizione di nuove prestazioni patrimoniali, tra le quali può annoverarsi il danno punitivo. A livello internazionale il principio è evincibile dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Rimane quindi un punto fermo il rispetto del principio di legalità: la gestione dei danni punitivi deve esser affidata al legislatore ed il giudice è soggetto a quanto prescritto dalla legge, sia che si tratti di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, sia che si tratti di una condanna punitiva emessa direttamente dal giudice italiano.

Data questa premessa, occorre a questo punto chiedersi quale dovrebbe essere il contenuto dell'intervento legislativo.

I risarcimenti ultracompensativi possono essere introdotti in un ordinamento in via generale ovvero tramite la regolamentazione di ulteriori fattispecie specifiche.

L'introduzione generalizzata di questo istituto è certamente l'ipotesi più complessa e meno probabile in Italia, seppure sia quella che meglio consentirebbe di dare dignità normativa al "danno punitivo". Un tale intervento del legislatore consentirebbe di disciplinare più compiutamente questa nuova categoria di danno e di garantire una collocazione sistematica alle sanzioni punitive presenti nel tessuto normativo, permettendo di confermare o smentire le costruzioni dottrinali e giurisprudenziali elaborate in materia. In questa direzione si potrebbero introdurre principi generali o disposizioni puntuali che consentano di qualificare giuridicamente questo istituto ovvero di dettare regole di quantificazione della sanzione punitiva.

Tuttavia, qualora non si volesse introdurre una disciplina generale, il legislatore potrebbe prevedere condanne punitive in specifici settori o fattispecie. Ed invero le Sezioni Unite hanno optato proprio per quest'ultima soluzione, ribadendo la necessità di rispettare il principio di tipicità in virtù del quale è necessaria una disposizione normativa che consenta una «precisa perimetrazione della fattispecie».

Una volta individuato l'ambito di applicazione delle condanne punitive occorrerebbe specificare i requisiti in presenza dei quali è possibile applicarle.

Una sanzione finalizzata alla punizione per una trasgressione commessa, indipendentemente dal danno che ne è derivato, deve esser determinata in relazione al comportamento dell'autore dell'illecito attraverso una valutazione in termini di gravità della condotta posta in essere. Di regola, pertanto, determinando un giudizio di disvalore nei confronti del danneggiante, l'istituto dei danni punitivi dovrebbe esser utilizzato solo contro comportamenti particolarmente riprovevoli caratterizzati dal dolo del danneggiante ovvero da una sua condotta gravemente colposa.

Nell'ambito dell'indagine volta a individuare una regolamentazione delle condanne punitive, è risultato necessario garantire, ulteriormente, il principio di proporzionalità. Il legislatore, pertanto, dopo aver individuato le regole inerenti all'*an* del risarcimento punitivo, dovrebbe individuare anche i criteri per la determinazione del *quantum*. Per una corretta gestione dello strumento sanzionatorio punitivo, la necessità di una delimitazione dell'ammontare della condanna si ritiene necessaria al fine di scongiurare condanne eccessive e imprevedibili (come quelle che si rinvencono nella casistica giurisprudenziale dei Paesi di *common law*).

Al fine di assicurare condanne proporzionate, si potrebbero introdurre dei tetti massimi ovvero delle proporzioni da rispettare. La proporzionalità dovrebbe esser garantita sotto un duplice profilo: l'entità del risarcimento punitivo deve esser adeguata rispetto alla gravità della condotta del danneggiante e, ulteriormente, deve esser proporzionata all'ammontare del risarcimento compensativo.

Questa teorizzazione, formulata sulla linea delle soluzioni offerte dalla Cassazione, mostra un atteggiamento prudente innanzi a un istituto estraneo alla nostra tradizione. Anche se sembra paradossale limitare al massimo i poteri dei giudici proprio in una materia che in altri Paesi è nata e si è sviluppata

principalmente grazie alla giurisprudenza, si ritiene che sia la soluzione migliore in relazione alle caratteristiche del nostro ordinamento.

Sebbene le Sezioni Unite abbiano stimolato l'intervento del legislatore e dettato delle regole volte a precludere un «incontrollato soggettivismo giudiziario», si vuole sottolineare come, ancora una volta, sia stata proprio la giurisprudenza a contribuire in modo decisivo nell'evoluzione del sistema della responsabilità civile. Si riconosce l'estrema importanza del ruolo creativo della giurisprudenza, la quale è stata protagonista nelle più importanti evoluzioni del diritto civile ed in particolare nella materia dell'illecito.

Il diritto italiano della responsabilità civile è costituito da un numero limitato di disposizioni formulate in gran parte attraverso clausole generali che hanno consentito alle norme in esse previste, dal 1942 ad oggi, di mantenere la propria attualità. È stata proprio l'esercizio del potere giudiziario ad ampliare notevolmente i confini del danno risarcibile, garantendo sempre una più ampia tutela delle situazioni giuridiche lese. Si pensi ad esempio all'attività interpretativa svolta sulla norma di cui all'art. 2059 c.c. in materia di danno non patrimoniale, il quale attualmente viene risarcito pacificamente come conseguenza della lesione di qualsiasi diritto fondamentale costituzionalmente protetto.

In un tempo in cui si possono muovere innumerevoli rimproveri al legislatore per la sua inerzia o per le sue formulazioni spesso imprecise o contraddittorie, si riconosce la crescente importanza nel diritto vivente della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite; tuttavia, non si può attribuire alla giurisprudenza un'importanza così grande da dimenticare il ruolo che essa assume nel sistema giuridico. Pertanto, anche, ma soprattutto, in virtù della riserva di legge formulata a livello costituzionale, si ritiene che il giudice possa pronunciare condanne punitive solo sulla base di fonti normative adeguate, al fine di garantire la prevedibilità della sanzione punitiva e la certezza del diritto in questa materia.

Si avverte infatti la necessità che un soggetto sia in grado di conoscere, prima del compimento di un comportamento riprovevole, quali conseguenze giuridiche l'ordinamento prevede nell'ipotesi di fatto illecito; pertanto, al fine di superare i limiti della compensazione ed, ulteriormente, irrogare una condanna finalizzata a

punire una condotta particolarmente grave, occorre una legge che la autorizzi e che consenta al danneggiante di conoscere preventivamente tale sanzione.

Nell'attesa di un futuro intervento del legislatore ci si domanda se siano compatibili con queste coordinate di principio le disposizioni già presenti nel tessuto normativo che, pur prevedendo sanzioni aventi una funzione punitiva, non contengono tuttavia le condizioni evidenziate precedentemente e richieste per la suddetta "intermediazione legislativa".

A tal proposito, come è emerso in corso di trattazione, di recente l'art. 96, comma 3, c.p.c., è stato sottoposto al giudizio di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 23 della Costituzione. Nonostante il giudice remittente ritenesse che la disposizione non fornisse al giudice criteri adeguati per stabilire l'entità minima e massima della condanna, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione sostenendo che questa sanzione trovi la sua legittimazione su una sufficiente base legale.

La Corte ha reputato che venga rispettata la prescrizione della riserva di legge nella misura in cui l'art. 96, comma 3, c.p.c. assegni al giudice il compito di quantificare la somma a favore della parte vittoriosa sulla base del criterio equitativo. Secondo quanto affermato nella sentenza, il legislatore può esercitare la sua ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali facendo affidamento sull'attività di maieutica di formazione del diritto vivente svolta dalla giurisprudenza, la quale può specificare il precetto legale.

Secondo quanto sostenuto dalla Corte costituzionale il richiamo all'equità può costituire una base valida per la determinazione dell'ammontare della sanzione punitiva; tuttavia, una simile conclusione non appare del tutto condivisibile. Invero questa soluzione esprime un atteggiamento diffuso del legislatore che spesso lascia nelle mani della giurisprudenza soluzioni che potrebbero, ed in alcuni casi dovrebbero, costituire esercizio del potere legislativo. L'attribuzione di una discrezionalità troppo ampia ai giudici rischia di determinare, imprevedibilità delle decisioni, disparità tra le sentenze o sproporzionalità delle condanne. Per evitare di creare incertezza nel settore della responsabilità civile, dovrebbe esser il legislatore a dettare dettagliatamente le condizioni e i limiti quantitativi delle condanne punitive.

Alla luce di quanto detto, ipotizzando una futura applicazione dello strumento sanzionatorio dei danni punitivi, vediamo ora in quali casi si ritiene vi sia la necessità di introdurre la regolamentazione di questo istituto giuridico.

Come è emerso in corso di trattazione, le norme generali in materia di responsabilità civile non consentono di fronteggiare ipotesi nelle quali l'autore di un illecito consegua un profitto maggiore rispetto al danno provocato al danneggiato. Ciò in quanto la riparazione è volta ad evitare che le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito ricadano sul danneggiato ma non ad impedire che il danneggiante, pur risarcendo l'integrale danno, si arricchisca conservando il valore differenziale tra *quantum* dovuto e *quantum* incamerato quale effetto della condotta lesiva.

In altri termini, in base al principio dell'integrale riparazione del danno, il danneggiante è obbligato a risarcire una somma pari al pregiudizio sofferto dal danneggiato e, se inferiore rispetto al profitto ottenuto, potrà conservare l'eccedenza. Ne consegue che il rimedio risarcitorio, così come disciplinato attualmente non sia idoneo e, al contrario, permetta a un soggetto che dolosamente abbia commesso un illecito al fine di arricchirsi, di trarre un guadagno dal compimento di un atto illecito.

Nel nostro ordinamento una possibile soluzione a tale problematica si rinviene nella c.d. retroversione degli utili; tuttavia, come già illustrato nel corso della trattazione, tale istituto è disciplinato solo in determinati settori e, pertanto, non è suscettibile di applicazione generalizzata.

Non solo è assente una disposizione normativa generale in grado di offrire una soluzione a questa problematica ma, altresì, si reputano insoddisfacenti i tentativi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di colmare questa lacuna.

Pertanto, al fine di evitare la succitata conseguenza dell'arricchimento causato dall'illecito, si ritiene che potrebbe essere opportuna un'applicazione generalizzata dell'istituto della retroversione degli utili che possa ricoprire l'intero settore della responsabilità civile (così come sta avvenendo in Francia) di guisa che la condanna ultracompensativa sarebbe in grado di punire l'autore dell'illecito che abbia da esso tratto profitto e a scoraggiare in futuro lui o altri dal comportamento di una simile condotta.

Un secondo ambito nel quale si avverte la necessità di garantire una più efficace tutela rimediale riguarda la lesione di diritti fondamentali dell'uomo.

Ipotizziamo che un soggetto abbia posto in essere dolosamente una condotta particolarmente riprovevole provocando la lesione di un diritto fondamentale dal quale è derivato un danno non patrimoniale. Supponendo questa fattispecie astratta, ci si chiede se il giudice possa irrogare i danni punitivi sulla base dell'impulso normativo attuale ovvero se sia necessario, a tal fine, un nuovo intervento del legislatore.

Come è stato osservato nel corso della trattazione, parte della dottrina attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione (anche) punitiva in quanto la sua quantificazione avviene, secondo la valutazione equitativa, tenendo in considerazione fattori attinenti alla persona del danneggiante (come la gravità della sua condotta) ed estranei all'entità del danno subito dal danneggiato. Sulla base di questa concezione punitiva del danno non patrimoniale, alcuni sostengono che la formulazione degli artt. 2059 e 1226 c.c. consentirebbe ai giudici di irrogare danni punitivi senza che sia necessaria l'entrata in vigore di una nuova disposizione che li ammetta e li disciplini.

Sebbene si condivida la corrente di pensiero che intravede una venatura punitiva nel danno non patrimoniale, si ritiene tuttavia che il relativo risarcimento sia volto principalmente a compensare il danneggiato; la sua quantificazione, seppur non strettamente coincidente con il danno, è legata ed imposta dalla natura del danno e non permette una qualificazione in termini di "danno punitivo", il quale costituisce una sanzione civilistica con funzioni e caratteristiche proprie.

Dalla concezione secondo la quale il risarcimento del danno non patrimoniale ed il danno punitivo siano due sanzioni differenti, discende che l'introduzione di una condanna specificamente punitiva – nell'ipotesi di lesione di un diritto inviolabile – debba fondarsi necessariamente su una apposita disciplina giuridica introdotta dal legislatore, in assenza della quale un giudice non potrebbe condannare l'autore di un illecito al pagamento di una somma a titolo di danni punitivi.

Tale intervento normativo si ritiene necessario in considerazione dell'inviolabilità dei diritti coinvolti, la quale determina la difficoltà a ritenere che la mera compensazione del pregiudizio subito dal danneggiato sia sufficiente a garantire il livello di protezione assoluta attribuita dalla Carta Fondamentale. In quest'ottica, l'introduzione dei danni punitivi garantirebbe una maggiore tutela giuridica nei

confronti del soggetto che subisce una lesione così grave e, con il medesimo strumento sanzionatorio, infliggerebbe una sanzione più severa nei confronti di chi compie l'atto illecito attraverso comportamenti particolarmente riprovevoli.

Da ultimo, non si ritiene irragionevole suggerire un'introduzione controllata dei danni punitivi anche in un'ulteriore ipotesi. Sempre in tema di lesione di diritti fondamentali, il legislatore potrebbe regolamentare le condanne punitive qualora si verifici un danno evento particolarmente grave, anche se ad esso non sia causalmente collegato un danno conseguenza. Si ipotizza quindi la punizione di un soggetto che abbia leso un diritto costituzionalmente garantito attraverso un comportamento particolarmente riprovevole, pur non avendo provocato conseguenze dannose.

Come è noto, in questo caso, secondo l'impostazione dottrinale e giurisprudenziale pacificamente accolta, il nostro ordinamento non accorda il risarcimento poiché la responsabilità civile non può prescindere da una specifica prova del danno subito dal danneggiato.

Nonostante siffatta accezione del danno risarcibile, si reputa che vi siano dei casi in cui la lesione di diritti costituzionalmente garantiti non possa essere ignorata dal diritto civile il quale potrebbe intervenire, al fine di punire l'autore dell'illecito e costituire un efficace deterrente. In questa prospettiva, se si regolamentasse una condanna volta a sanzionare il verificarsi del danno evento, si potrebbe tutelare civilisticamente anche la lesione del bene vita nelle ipotesi di danno tanatologico, così come prospettato, si spera con sufficiente chiarezza, in corso di trattazione. A tal fine tuttavia, anche in questo caso, l'introduzione di un'apposita sanzione civile quale è il danno punitivo non potrebbe essere irrogata dai giudici senza basi normative adeguate e, pertanto, sarebbe necessario un intervento del legislatore che stabilisca a quali condizioni e in quale misura possano ammettersi.

Volendo tirare le fila del discorso, sarebbe auspicabile un'evoluzione della responsabilità civile che conduca all'introduzione di nuovi strumenti sanzionatori che oltrepassano il confine della compensazione. Si ritiene che i tempi siano maturi affinché il diritto punitivo possa efficacemente entrare in maniera più incisiva nel settore del diritto privato attraverso una disciplina legislativa che possa offrire un maggior ordine normativo e certezza del diritto. La "punizione" non deve esser vista

con diffidenza poiché, se correttamente regolamentata, può costituire la soluzione più opportuna per rispondere ad esigenze di tutela delle situazioni giuridiche. Si tratterà adesso di verificare cosa avverrà in futuro, se il legislatore interverrà ovvero se sarà ancora una volta la giurisprudenza a dare il proprio contributo in materia.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN E., *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, 995 ss.

ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 50 ss.

ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.

ALPA G., *La responsabilità civile, Parte generale*, Torino, 2010.

ALPA G., *Ars Interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 728 ss.

ALPA G., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1084 ss.

ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 3, 2018, 1, ss.

ALPA G., *Osservazioni sull'ordinanza n. 7513 del 2018 della Corte di cassazione in materia di danno biologico, relazionale morale*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1330 ss.

ASTONE M., *Danni non patrimoniali, Art. 2059*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

ASTONE M., *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 276 ss.

ASTONE M., *Il danno non patrimoniale nel diritto interno e sovranazionale tra antiche e nuove questioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 4, 1183 ss.

ASTONE M., *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l'art. 7, commi 3 e 4, della legge n. 24/2017*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 3, 742 ss.

BARATELLA M. G., *Le pene private*, Milano, 2006.

BASILE M., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975.

BASILE M., *Le pene private nelle associazioni*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 189 ss.

BASILE M., voce *Associazione*, III) *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988.

BEAU BAEZ III, *Tort Law in the USA*, Kluwer Law International, 2010.

BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

BENATTI F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 263 ss.

BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 575 ss.

BENATTI F., *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1129 ss.

BENATTI F., *I danni punitivi: origine e funzioni*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 3 ss.

BENEDETTI A. M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 17 ss.

BENEDETTI A. M., *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, 222 ss.

BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIANCA C. M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012.

BIANCA C. M., *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 1.

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009.

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

BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 301 ss.

BORGHETTI J. S., *Punitive damages in France*, in H. KOZIOL AND V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 55 ss.

BOSETTI F. G., *L'indegnità di succedere: una ipotesi di «pena privata»?*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 223 ss.

BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 27 ss.

BRIGUGLIO A., *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point <<nell'interesse della legge>>*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1597 ss.

BRUTTI N., *Oltre i punitive damages: rilievi su una funzione "espressiva" del rimedio*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 840 ss.

BUSNELLI F. D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003.

BUSNELLI F. D., SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.

BUSNELLI F. D., *Verso una riscoperta delle “pene private”?*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 3 ss.

BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 4, 909.

BUSSANI M. and SEBOK A. J., *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, Elgar, 2015.

CALVOSA C., *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, 378 ss.

CALZOLAIO E., *Il nuovo volto della clausola penale nel diritto inglese*, in *Contr.*, 2016, 8-9, 817 ss.

CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, I, 145 ss.

CANDIAN A. D., *Testamento e pena civile*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 195 ss.

CANNADA - BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, 1970, 112 ss.

CARABETTA S., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell’illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.

CARLEO R., *False endorsement e disgorgement*, in *I contr.*, 2013, 5, 493 ss.

CARLEO R., *Punitive damages: dal common law all’esperienza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 259 ss.

CARTWRIGHT J., *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il civil lawyer*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 819 ss.

CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 2, 293 ss.

CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza. A proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, 789 ss.

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

CATTALANO - CLOAREC G., *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 12 ss.

CENDON P. - GAUDINO L., *Gli illeciti di dolo*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 1988, 389 ss.

CENDON P., *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 293 ss.

CENDON P., *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, 886 ss.

CENDON P., voce «*Dolo (intenzione nelle responsabilità extracontrattuali)*», in *Digesto disc. civ.*, VII, Torino, 1991, 29 ss.

CIATTI CÀIMI A., *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire della Corti di common law*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 1 ss.

CLARIZIA O., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.

CICERO C., voce *Pena privata*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2013.

CICERO C., voce *Danni punitivi*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2018.

CICERO C., *Il perimetro dei “risarcimenti punitivi”*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 41 ss.

COLLIN T. J., *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook*, American Bar Association, 1998.

CONSOLO C., *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1050 ss.

CORSI G., *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 429 ss.

D’AGOSTINO F., «*Sanzione*», in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 322.

D’ALESSANDRO E., *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2016, I, 1981;

D’ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna ai danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, 2639.

DE CORES HELGUERA C., *Daños punitivos y función preventiva de la responsabilidad civil. Reflexiones comparatistas a partir de la reciente jurisprudencia italiana de legitimidad*, in *juscivile*, 2018, 4, 505 ss.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, vol. 1, 1966.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, vol. 2, 1970.

DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984.

DE GIORGI M. V., voce *Danno I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

DE GIORGI M. V., voce *Danno II) Danno alla persona*, in *Enc. giur.*, Roma.

DE LEO F., *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1531C.

DE LUCIA S., *Percorsi di giurisprudenza – La lite temeraria tra indennità e sanzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 212 ss.

DE MENECH C., *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile*, 2017, 6, 608 ss.

DE NOVA G., *Caparra*, in *in Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Utet, Torino, 1988.

DEL OLMO P., *Punitive damages in Spain*, in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 137 ss.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997.

DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.

DI MAJO A., *I confini mobili della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 3, 572 ss.

DI MAJO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 8-9, 1854 ss.

DI MAJO A., *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9, 2017.

DI SABATINO E., *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *La resp. civ.*, 2009, 442 ss.

DELLACASA M., *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1142 ss.

A. DOECKE, *Exemplary damages: Retribution and condemnation : the purpose controlling the scope of the exemplary damages award*, in *ADELAIDE LAW REVIEW*, v. 38 no. 1, pp. 87–112, 2017.

EBERT I., *Punitive damages and liability insurance*, in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 213 ss.

FACCHIANO, *L'art. 1526 I cpv. c.c. e la clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1954, 5, 595 ss.

FALZEA M. G., voce *Danno, IV) Risarcimento del danno civile nascente da reato*, in *Enc. giur.*, vol. X.

FAONE C., *Le sanzioni civili previste dal D. Lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1722 ss.

FERRARI F., *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017. Cenni comparatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 276 ss.

FLORIDIA G., *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Il dir. ind.*, 2012, 1, 5 ss.

FRANZONI M., *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1063B ss.

FRANZONI M., *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1107 ss.

FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 283 ss.

FRANZONI M., *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 90 ss.

GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976.

GALGANO F., *Le associazioni le fondazioni i comitati*, Padova, 1996.

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2006.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996.

GALLO P., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997.

GALLO P., voce *Arricchimento senza causa*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2011.

GAMBARO A., MONATERI P. G., SACCO R., voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1988.

GAVAZZI G., voce *Sanzione, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma.

GOISIS L., *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 novembre 2017.

GORI P., *Risarcimento danni e diritti socioeconomici. La tutela avanti alla CEDU*, Key editore, 2016.

GOUDKAMP J., KATSAMPOUKA E., 'An empirical study of punitive damages' (2018) 38 (01), *Oxford Journal of Legal Studies* 90-122.

GOUDKAMP J., 'Exemplary Damages', in G. Virgo and S. Worthington (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, 2015.

GRANELLI C., *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, 1760B ss.

GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, III, 2016.

GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 10, 1392 ss.

GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017.

GRONDONA M., *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediale)*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 63 ss.

GRUNSKY W., *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 209 ss.

GUARNERIA A., voce *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1988.

JANSEN N. and RADEMACHER L., *Punitive damages in Germany*, in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 75 ss.

JANSSEN A., *The recognition and Enforceability of US-American punitive damages awards in Germany and Italy: forever divided?*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 43 ss.

JOHNSON V. R., *Studies in American Tort Law*, Carolina Academic Press, 2018.

KOCH B. A., *Punitive damages in European Law*, in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 197 ss.

KOZIOL H. and WILCOX V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009.

KOZIOL H., (2008), *Punitive damages a european perspective*, *Louisiana Law Review*, 68(3), 741-764.

KRAMER A., *The Law of Contract Damages* (2nd edn, 2017).

IANNARELLI A., *Appunti sul “danno ingiusto” fra il giudice e la legge nell’esperienza post-moderna*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 98 ss.

LA ROSA E., *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall’art. 709 ter c.p.c., i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 64 ss.

LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 421 ss.

LAMBO L., *I danni punitivi e l’intenzionalità dell’offesa*, in *Foro it.*, 2017, I, 1730 ss.

LAMORGESE A., *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 317 ss.

LANDINI S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 2, 262 ss.

LAS CASAS A., *Funzione e struttura della penale contrattuale. Riflessioni a margine della riformulazione della penalty rule da parte della Uk Supreme Court*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 1, 141 ss.

LOMBARDO M., voce *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili*, in *Digesto*, 2018.

LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, 1474B ss.

LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2011.

LUMINOSO A., *La vendita*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, Milano, 2014.

MAGAZZÙ A., voce «*Clausola Penale*», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

MAGGIOLO M., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 10092 ss.

MANFRON M., *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e resp.*, 2016, 6, 583 ss.

MARRERO, A. W., *Punitive damages: why the monster thrives*, *Georgetown Law Journal*, Mar. 2017, 767.

MARTI C., *L'art. 129-bis e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 209 ss.

MALZANI F., *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 5, 715 ss.

MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015.

MASSA C., *Il divieto di risarcimento punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust Enforcement*, in *Diritto comm. int.*, 2018, 2, 321 ss.

MASTROPAOLO F., voce *Danno, III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma.

MAZZARESE S., *Clausola penale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.

MAZZARESE S. - TARDIA I., *Caparra*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2016.

MCMICHAEL B. J., VISCUSI W., (2019), *Taming blockbuster punitive damages awards*, *University of Illinois Law Review*, 2019(1), 171-222.

MENDOLA A., *Astreinte. Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2016, 3, 562 ss.

MEURKENS L. and NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?*, Intersentia, 2012.

MONATERI P. G., ARNONE G. M., CALCAGNO N., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, In *Trattato sulla responsabilità civile* diretto da P.G. Monateri, Torino, 2014.

MONATERI P. G., GIANTI D., SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.

MONATERI P. G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, in *Danno e Resp.*, 2016, 8-9, 827 ss.

MONATERI P. G., *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, I, 2648.

MONATERI P. G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 437 ss.

MONATERI P. G., *Danno biologico e danni da lesione di altri interessi costituzionalmente protetti*, in *Nuova giur., civ.*, 2018, 9, 1341 ss.

MONDINI A., *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, in *Foro it.*, 2015, I, 3966 ss.

MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, 2017.

MONTANARI VERGALLO G., *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017.

MOSCATI E., *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 235 ss.

NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, 323B ss.

NICOLUSSI A., *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 Trips*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1003.

NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 929 ss.

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui <<danni punitivi>>*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, 2017.

NUVOLONE P., voce *Diritto – Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, 787 ss.

PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 56 ss.

PAGLIARO A., voce *Sanzione, II) Sanzione penale*, in *Enc. giur.*, Roma.

PALMIERI A. E PARDOLESI P., *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Foro it.*, 2015, I, 2690 ss.

PALMIERI A., PARDOLESI P., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630 ss.

PALMIERI A., *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, 125 ss.

PALMIERI A., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – I danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.

PALMIERI A., *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 161 ss.

PARDOLESI P., voce *Disgorgement*, in *Enc. giur.*, 2005.

PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007.

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, 1125 ss.

PARDOLESI P., *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2011, I, 540 ss.

PARDOLESI P., *Vorrei, ma...sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto privato comparato* (a cura di P. Parlolesi), Bari, 2011, 15 ss.

PARDOLESI P., *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato* (a cura di P. Parlolesi), Bari, 2011, 59 ss.

PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Il dir. ind.*, 2012, 2, 133 ss.

PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

PARDOLESI P., *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 409 ss.

PARDOLESI R., *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e terza*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1344 ss.

- PATTI S., (voce) *Pena privata*, in *Digesto civile*, XIII, 1995, 349 ss.
- PERFETTI U., *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 2, 359 ss.
- PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 269 ss.
- PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155 ss.
- PERSANO F., *L'ammissibilità dei danni punitivi ai sensi della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale: il caso SFP C. OTK*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1566 ss.
- PETRELLI P., *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. e impr.*, 4, 2017, 1187 ss.
- PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.
- PONZANELLI G., *I punitive damages nei «mass disasters»*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scafì, Milano, 1985, 389 ss.
- PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, I.
- PONZANELLI G., *“Punitive damages” e “due process clause”: l'intervento della Corte Suprema Usa*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235 ss.
- PONZANELLI G., *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 502 ss.
- PONZANELLI G., *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, 184 ss.
- PONZANELLI G., *Non c'è due senza tre: La Corte Suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, IV, 92 ss.

PONZANELLI G., «*Class action*», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, IV, 302 ss.

PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss.

PONZANELLI G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, IV, 395 ss.

PONZANELLI G., *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 450 ss.

PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356 ss.

PONZANELLI G., *Il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 126 ss.

PONZANELLI G., *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461 ss.

PONZANELLI G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, 179 ss.

PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 92 ss.

PONZANELLI G., *Gli ostacoli all'integrità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. e impr.*, 2015, 3, 620 ss.

PONZANELLI G., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 836 ss.

PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 4, 435 ss.

- PONZANELLI G., *Sezioni Unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, 1122 ss.
- PONZANELLI G., *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa del risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 300 ss.
- PONZANELLI G., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.
- PONZANELLI G., *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Juscivile*, 1, 2018, 42 ss.
- PONZANELLI G., *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 6, 836 ss.
- PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla terza sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1349 ss.
- PONZANELLI G., *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 114 ss.
- PORRECA P., *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra ristoro e sanzione*, in *Foro it.*, 2010, I, 2242 ss.
- PRIEST G. L., *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, in *Foro it.*, 1989, IV, 119 ss.
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1998.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- QUARTA F., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1159 ss.
- RABIN R., *Il contenzioso per danni da fumo negli Stati Uniti: cinquant'anni di guerra inutile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 4-5, 938 ss.

RESCIGNO P., *Un libro sulle pene delle associazioni private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1405 ss.

RESCIGNO P., *La giustizia interna nelle associazioni private*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 122 ss.

REY M. I. F., *La silenziosa "civilización, dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 28 ss.

RICCIARDI A., *La funzione della responsabilità civile alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *CamminoDiritto.it*, 4, 2018.

RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004, 2.

RINALDO M., *I danni punitivi: una risposta sanzionatoria efficace alle condotte gravemente lesive*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 115 ss.

RISICATO L., *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 487 ss.

RIZZO N., *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 6, 1811 ss.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

ROMANO M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it*, 1990, IV, 175 ss.

ROPPO V., *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 108 ss.

ROSSETTI G., *'Poena' e 'Rei persecutio' nell'actio ex lege aquilia*, Napoli, 2013.

RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1940.

SACCONI N. C., *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1351 ss.

SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504 ss.

SANDULLI M. A., voce *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992.

SCARCHILLO G., *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. e impr.*, 1, 2018, 289 ss.

SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazionedirittocivile.it, Marzo, 2018.

SCHLUETER L. L., *Punitive Damages* (7th. Ed. 2015).

SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 12, 2485B ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1120B ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1109B ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 144 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *La giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2019, 0507C ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 289 ss.

SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 305 ss.

SIMONE R., *La livella e il (mancato) riconoscimento dal danno da perdita della vita: le Sezioni Unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*, in *Foro it.*, 2015, I, 2702 ss.

SIMONE R., *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, 2644 ss.

SIMONE R., *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 136 ss.

SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

SIROTTI GAUDENZI A., *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Maggioli, 2015.

SITZIA L., *Discriminazione razziale e ultracompensazione in funzione dissuasivo-punitiva*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 127 ss.

SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 2, 489 ss.

SUNSTEIN C. R., HASTIE R., PAYNE J. W., SCHKADE D. A. AND VISCUSI W. K., *Punitive Damages: How Juries Decide*, 2002.

TALAMANCA M., *Pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 712 ss.

TESCARO M., *I punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *Lav, dir. eur.*, 2017, 1.

TESCARO M., *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof – (e non solo?)*, in *Studium Iuris*, 2017, 3, 317 ss.

TESCARO M., *Il revirment “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 52.

THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939.

TRIMARCHI P., *La clausola penale*, Milano, 1954.

TRIMARCHI P., voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 90 ss.

TROISI B., *Pene private e stato di necessità*, in *Studi economici-giuridici dell’Università di Cagliari*, LIII, 1989-1999, 421 ss.

TUNC A., *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 349 ss.

TUNC A., *La responsabilité civile*, Parigi, 1989.

VANLEENHOVE, C., (2016), *Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union*, Intersentia.

VANLEENHOVE, C. (2016). *A normative framework for the enforcement of u.s. punitive damages in the european union: Transforming the traditional no pasaran*. *Vermont Law Review*, 41(2), 347-404.

VENCHIARUTTI A., *Le astreintes sono compatibili con l’ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 6, 1899 ss.

VENCHIARUTTI A., *Punitive damages per licenziamento discriminatorio al vaglio della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2016, IV, 105 ss.

VENTURINI C., *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 13 ss.

VIANA A., voce «*Illeciti di dolo* », in *Digesto disc. civ.*, IX Agg., Torino, 2014.

VIAZZI C. C., *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, 328 ss.

VIDMAR N. AND WOLFE M. W., *Punitive damages*, *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, 5:1, 179-199.

VOLPE F., *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019, 83 ss.

WELLS, M. L., (2010), *Common lawyer's perspective on the european perspective on punitive damages*, *Louisiana Law Review* , 70(2), 557-578.

WILCOX V., *Punitive damages in England*, in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, 7 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., voce «*Sanzioni civili conseguenti al reato*», in *Digesto disc. pen.*, XIII, Torino, 1997.

ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.