



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto Privato
Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport
IUS/01

Responsabilità civile e *punitive damages*

IL DOTTORE

Dott. Fabrizio Giallombardo

IL COORDINATORE

Ch.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

IL TUTOR

Ch.mo Prof. Silvio Mazzaresse

CICLO XXV
A.A. 2015/2016

A mia moglie

Premessa.....	3
---------------	---

Capitolo I LA PENA PRIVATA

1. La pena privata. Corsi e ricorsi storici di una nozione in continua evoluzione.	7
2. Il concetto di pena privata.....	11
3. Il rapporto tra pena privata e sanzione penale.....	14
4. Tipologie di pene private.	17
5. Principio di tipicità delle pene private	19

Capitolo II PENE PRIVATE E INADEMPIMENTO CONTRATTUALE

1. La clausola penale. Oggetto della prestazione	21
1.1 Effetti e natura della clausola penale	25
1.2 Le funzioni della clausola penale. Funzione risarcitoria.	28
1.3 Le funzioni della clausola penale. Funzione punitiva.	32
1.4 La tesi della duplice funzione della clausola penale.....	35
1.5 La clausola penale nella dimensione economica.....	38
2. Gli interessi moratori.	40
3. L'art. 1526, c.c.....	42
4. Le sanzioni endoassociative.....	43

Capitolo III PENE PRIVATE E RESPONSABILITÀ CIVILE

1. L'espansione della responsabilità civile.	46
2. Responsabilità civile e principio dell'integrale riparazione del danno. La quantificazione dei danni e la deterrenza.	47
3. I recenti mutamenti della responsabilità civile.	51
4. Dolo e colpa nella responsabilità civile	53
5. Risarcimento del danno e corrispettivo contrattuale.....	57
6. Risarcimento e diritti privi di una consistenza patrimoniale	59
7. Il ruolo dell'arricchimento senza causa. Il disgorgement.	61
7.1 Le previsioni normative in materia di disgorgement "all'italiana": la retroversione degli utili nella legge sul diritto d'autore e nella legge sulla proprietà industriale.	67
8. Il danno non patrimoniale	69
8.1 La quantificazione del danno non patrimoniale.....	77
8.2 La duplice funzione del danno non patrimoniale.....	80
9. La tutela dell'onore e della reputazione.....	83
10. Altre ipotesi di pene private nell'ambito della responsabilità civile.	88
10.1 Il danno ambientale.....	88
10.2 L'art. 96, c.p.c.....	95
10.3 L'art. 709-ter, c.p.c.	98
10.4 L'art. 938 c.c.....	100
11. Pene private per la violazione di un precetto giudiziale. L'astreinte.....	102

Capitolo IV

PENE PRIVATE NEL CONTESTO INTERNAZIONALE. L'ESEMPIO DEI DANNI PUNITIVI

1.	Considerazioni introduttive.....	108
2.	I danni punitivi negli ordinamenti di Common Law.....	109
2.1	Regno Unito.....	109
2.2	Stati Uniti.....	111
3.	I danni punitivi negli ordinamenti di Civil Law	121
3.1	Argentina.....	121
3.2	Portogallo.....	124
3.3	Francia.	126
4.	La delibazione delle sentenze che riconoscono danni punitivi. La riconoscibilità di misure ultracompensative nell'ordinamento italiano tra diritto internazionale privato e diritto interno.	131
5.	Le tendenze del diritto europeo.....	135
	Conclusioni.....	138
	Bibliografia.....	147

Premessa

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile – latamente intesa come responsabilità per inadempimento contrattuale e responsabilità aquiliana – e, in particolare, sulla possibilità che la stessa sia caratterizzata anche da finalità preventive o deterrenti costituisce oggi più che mai una sfida tanto insidiosa quanto affascinante per lo studioso del diritto civile.

Sono contrapposte due scuole di pensiero: una, tradizionale, secondo la quale la responsabilità civile mira, per sua natura, a un unico fine, quello della riparazione del danno e uno, definito multidimensionale, che ritiene che la stessa possa perseguire una pluralità di fini.

La discussione sulle funzioni della responsabilità civile – che, in ultima analisi, non è altro che una discussione su *cosa sia* l'istituto in questione – non può che prendere le mosse da ciò che la origina, ovvero il "*danno*" nelle sue diverse accezioni. Al riguardo, va tenuto in particolare considerazione il processo di ampliamento delle fattispecie risarcibili, sia in ambito patrimoniale che non patrimoniale, e il fenomeno sempre più frequente dei risarcimenti ultracompensativi che sfocia in certi ordinamenti (e, forse, anche nel nostro) in fattispecie riconducibili ai cd. "danni esemplari".

Discutere delle funzioni della responsabilità civile, di danno, di ampliamento delle fattispecie risarcibili, del rapporto tra danno e risarcimento, ha ricadute sull'essenza stessa dell'istituto. Individuare e classificare ipotesi di risarcimento ultracompensativo se non, addirittura, di danni esemplari, comporta l'abbandono di sicuri approdi in materia (su tutti il ben noto principio "*tout le prejudice, rien que le prejudice*") per ipotizzare le soluzioni applicabili alle diverse fattispecie, rispetto alle quali le risposte oggi fornite possono sembrare insufficienti. Si pensi, in proposito, ai comportamenti illeciti che determinano un ingiustificato arricchimento del danneggiante, rispetto ai quali – salvo alcune piuttosto recenti, e limitate, iniziative normative – mancano strumenti idonei a definire la questione nel modo migliore.

Il presente lavoro intende analizzare, soprattutto guardando al rapporto tra danno e risarcimento e

alla possibilità che un tale rapporto possa sottendere vere e proprie ipotesi di pene private, se non di danni punitivi o esemplari, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, non escludendo che possa in futuro rivedersi – anche alla luce delle diverse “brecce” apertesesi negli ultimi anni – il dogma del rapporto necessariamente paritario tra risarcimento e danno che, in alcuni casi (soprattutto con riguardo ai danni morali) costituisce una sorta di “paravento” dietro il quale si nasconde una realtà ben diversa e altrettanto ben conosciuta dagli operatori del diritto.

Sembra che il principio dell'integrale riparazione del danno, concepito al tempo stesso come obiettivo finale e "*colonne d'Ercole*" del ristretto mondo della disciplina risarcitoria, sia destinato, come ogni limite conosciuto nella storia umana, a essere superato da regole più funzionali alle necessità della società postmoderna che, in ultima analisi, chiede solamente soluzioni giuste ed economicamente efficienti.

Da ciò deriva, soprattutto nella quantificazione del danno da illecito extracontrattuale, la necessità di superare i tradizionali metodi a tal fine utilizzati, a partire dalla *Differenztheorie*, peraltro già da tempo considerata inadeguata rispetto alle finalità per le quali era stata concepita¹.

Una simile analisi necessita, tuttavia, di un preliminare chiarimento su alcuni concetti, a partire da quello – centrale nella presente trattazione – di “*pena privata*”, strettamente collegato alla funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità civile, sia in ambito contrattuale che aquiliano.

Solo comprendendo cosa sia (e cosa caratterizza) una pena privata, può valutarsi se le diverse misure contemplate nel variegato mondo della responsabilità civile – e approfondite nel presente studio – ne assumono i connotati, con le conseguenti (e non secondarie) ricadute teoriche e pratiche.

Abbandonare il principio dell'equivalenza tra danno (qualunque esso sia) e risarcimento (qualunque

1 Busnelli F. D. - Patti S., in *Danno e Responsabilità*, Torino, 2013, p. 98, osservano come il criterio della differenza tra il patrimonio del danneggiato al momento del compimento dell'illecito e quello che ipotizzabile se l'evento dannoso non si fosse verificato, risponde con difficoltà alle esigenze di tutela nel caso, ad esempio, di danno da vacanza rovinata o di danno esistenziale. In tali ambiti la funzione del risarcimento sembra in primo luogo mirare a "*consolare*" la vittima; il richiamo alla risalente teoria, perfino nell'ordinamento tedesco, acquista spesso il significato di una finzione, così come nel caso di danno da vacanza rovinata di un lavoratore subordinato, allorché la perdita subita dal danneggiato viene quantificata con riferimento allo stipendio relativo ai giorni di vacanza non goduta.

forma esso assuma) è una scelta in qualche misura dolorosa per il civilista, il quale deve ammettere che gli istituti di riparazione non hanno sinora svolto adeguatamente il proprio ruolo, non soddisfacendo le aspettative dei consociati che – al di là delle impostazioni della dottrina – hanno sempre visto e vedono tuttora nel risarcimento uno strumento a vocazione sanzionatoria, in grado sia di ripristinare lo *status quo ante* che di prevenire il compimento di future condotte dannose.

Parlare di vocazione sanzionatoria del risarcimento non può che richiamare alla mente il noto, dibattuto, istituto dei *punitive damages*, che – come si avrà modo di osservare – pur essendo uno strumento molto interessante e funzionale all'assolvimento di nuove funzioni della responsabilità civile, non può ritenersi esportabile *sic et simpliciter* negli ordinamenti di *Civil Law*.

Restando nel campo dell'illecito extracontrattuale, la possibilità di una condanna aggiuntiva rispetto al danno patito si giustifica anche con il grave pregiudizio subito dal danneggiato in relazione al comportamento del danneggiante.

In proposito, si osserva che in alcuni settori dell'illecito extracontrattuale, come nel caso di danno ambientale, anche alla luce dell'insufficienza del diritto penale, si è sempre più affermata l'idea che la responsabilità civile possa assumere funzioni di tipo repressivo/punitivo. In tale ambito, come in quello del danno da prodotti difettosi, la mera riparazione non è in grado di perseguire le finalità preventive e deterrenti che vanno riconosciute alla responsabilità civile, soprattutto perché talune categorie di danneggianti, ad esempio le grandi imprese, considerano i danni, già preventivamente, alla stregua di costi del processo produttivo, trasferendoli sui clienti e vanificando, in ultima analisi, una delle finalità – quella deterrente – della responsabilità civile.

Il presente studio ha ben presente che la giurisprudenza, soprattutto sul piano teorico, sia nel campo contrattuale, che in quello aquiliano (soprattutto con riguardo al danno non patrimoniale) che nel diverso settore della delibazione delle sentenze straniere (nel quale, in linea di principio, i margini per ammettere strumenti risarcitori differenti da quelli tradizionali sono molto più ampi, l'unico limite essendo costituito dal rispetto dell'ordine pubblico), afferma che la responsabilità civile

mantiene una funzione meramente ripristinatoria della sfera patrimoniale del soggetto leso.

Ciononostante, come si avrà modo di vedere, molte sentenze, pur affermando, sul piano teorico, il principio dell'integrale riparazione del danno, si mostrano, nei fatti, quanto mai aperte alla possibilità di riconoscere risarcimenti ben più ampi del danno effettivamente patito dal soggetto leso.

Guardato con un nuovo sguardo, non necessariamente condizionato dall'adesione a preconette petizioni di principio, il risarcimento del danno potrebbe vivere una nuova stagione, mantenendo una posizione centrale nel diritto civile e garantendo, una volta riconfigurato, una nuova e più giusta regolamentazione degli interessi.

Capitolo I

LA PENA PRIVATA

1. *La pena privata. Corsi e ricorsi storici di una nozione in continua evoluzione.*

Secondo una classica definizione, per pena privata si intende la somma di denaro che l'offensore paga all'offeso, di guisa che l'uno diventa più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero prima del delitto². Un altro orientamento, ritenendo riduttivo assimilare *sempre e comunque* la pena privata alla dazione di una somma di denaro superiore al danno patito, sostiene che sia più corretto definire la pena privata come obbligazione mirante a punire il trasgressore della norma a vantaggio di un terzo determinato (il quale sarà il più delle volte il soggetto leso³). Altri ancora hanno definito la pena privata come sanzione punitiva che si caratterizza come privata per la fonte o per l'applicazione; essa sarebbe la sanzione punitiva prevista da un atto negoziale o inflitta da un privato in forza di una potestà punitiva⁴.

Secondo la logica delle pene private è giusto che chi abbia commesso un fatto illecito (anche se di natura civile) si trovi, in seguito all'applicazione della misura, in una situazione giuridica soggettiva sfavorevole rispetto a quella antecedente alla commissione del fatto, consentendo – di conseguenza – alla sua controparte di accedere a una posizione di vantaggio.

Il dibattito sull'utilità delle pene private nell'ordinamento civile è risalente e ha vissuto momenti differenti, di esaltazione ma, più spesso, di rifiuto⁵.

Ammettere l'esistenza di pene private e, in particolare, di funzioni "sanzionatorie" se non

2 Von Savigny F. C., *Le Obbligazioni*, II, Torino, 1915, p. 278.

3 Thon A., *Norma giuridica e diritto soggettivo, Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1951, p. 35.

4 Bianca C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, 2002, p. 100.

5 Moscati E., voce *Pena Privata (diritto privato)*, in Enc. dir., vol. XXXII, Milano, p. 770 ss., afferma che "i detrattori della pena privata hanno detto veramente di tutto: che si tratta di un'espressione terminologicamente contraddittoria, di uno strumento anacronistico e senza futuro, di un'istituzione barbarica che esalta quel che di peggiore vi è nella natura umana. Nella migliore delle ipotesi si è visto nella pena privata un residuo di ordinamenti ormai scomparsi, una curiosità giuridica".

direttamente "punitive" in capo a determinati istituti è un'affermazione che rende perplessi molti studiosi, àncorati all'idea che la pena privata sia da considerare niente più che un "reliitto storico"⁶.

Nei sistemi primitivi la reazione tipica alle offese era costituita dalla vendetta che, secondo alcune ricostruzioni, costituirebbe al preistoria della responsabilità civile⁷. Man mano che la civiltà ha proceduto nel proprio cammino evolutivo, tale sistema è stato sostituito dalla legge del taglione e successivamente, dalla compensazione pecuniaria; da quel momento nasce la responsabilità civile nel senso moderno dell'espressione, intesa come obbligo di devolvere al danneggiato una somma di denaro, sanzionando al contempo il responsabile⁸.

In particolare, il diritto romano conosceva la responsabilità civile quale strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti⁹. Le cc.dd. *Actiones poenales*, superato un primo periodo nel quale la sanzione nei confronti del debitore era di tipo fisico¹⁰, miravano, più che al risarcimento del danno, a sanzionare condotte lesive di interessi privati mediante l'obbligo di devolvere somme multiple dei danni effettivamente subiti. In tal modo venivano sanzionati il furto, la rapina e fattispecie simili. La somma di denaro rappresentava dunque la riprovazione della coscienza giuridica al comportamento dannoso; essa mirava, più che a rendere ricco il danneggiato, a

6 In tali termini si esprime Bricola F., in *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 28. Lo stesso A., a p. 32, ammette che "la prospettiva di un incremento delle alternative civilistiche di tutela consente di dare corpo alla tendenza ad attribuire al diritto penale un ruolo di extrema ratio". Bianca C. M., *Diritto Civile*, cit., p. 102, afferma nettamente l'idea che debba respingersi ogni tentativo di introdurre surrettiziamente nell'ordinamento italiano il concetto stesso di pena privata. Ciò in quanto lo strumento contrasterebbe apertamente con il principio costituzionale di eguaglianza: principio che garantisce la parità giuridica delle persone di fronte alla legge e nei reciproci rapporti, vietando per ciò stesso la creazione di autorità private. *In chiave critica*, può osservarsi la genericità del motivo per il quale non potrebbero ammettersi pene private nell'ordinamento interno. Il ragionamento di Bianca, infatti, non tiene conto né dell'esistenza di pene private da contratto (su tutte, la clausola penale, dall'A. qualificata come una *liquidazione forfettaria del danno che non si presta a legittimare effetti punitivi a carico dell'inadempiente*), nelle quali la presunta disparità che si crea è frutto di un accordo tra le parti stesse né, tantomeno, del fatto che le pene private che si sostanziano in danni ultracompensativi (espressamente richiamate nella stessa pagina sopra riportata) sono comunque frutto di una decisione dell'autorità statale, per il tramite di un ordine giudiziale e, conseguentemente, non incidono minimamente sul principio di eguaglianza scolpito dall'art. 3 della Costituzione.

7 Cantarella E., *Norma e sanzione in Omero*, Milano, 1979. Benatti F., in *Correggere e Punire dalla Law of Torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 1, richiama, quali esempi *ante litteram* di istituti di responsabilità civile, il codice di Hammurabi e le leggi dell'impero Hittita.

8 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 39.

9 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 37.

10 Bianca C. M., *Diritto Civile*, cit., p. 101, richiama in particolare la *legis actio per manus iniunctionem*, che consentiva in certi casi al creditore di afferrare materialmente l'inadempiente.

impoverire il danneggiante¹¹.

Può allora affermarsi che, in epoca romana, fossero presenti pene private, in grado di sanzionare comportamenti non condivisi dalla coscienza sociale del tempo.

L'evoluzione successiva avrebbe allontanato la responsabilità civile dal modello sanzionatorio (e quindi dalle pene private), in omaggio alle idee di giustizia commutativa nel frattempo affermatesi, in base alle quali non poteva ammettersi qualsiasi trasferimento ingiustificato di ricchezza da un soggetto a un altro¹². Fu questo il sostrato filosofico che determinò, tra gli studiosi del diritto romano, la preferenza per l'*actio legis aquiliae* che, a differenza di altre azioni penali romane, comportava una condanna pari alla sola entità del danno effettivamente sofferto¹³.

L'ottica non era quella di punire ma di reintegrare il patrimonio della vittima del danno sofferto. Il risarcimento del danno si allontanava dall'originario terreno di elezione costituito dalle pene private.

L'azione aquiliana divenne il paradigma del sistema della responsabilità civile, consentendo il passaggio da un regime che – in una logica più vicina a quella del diritto penale – colpiva diversi illeciti mediante differenziate misure sanzionatorie, a un altro che conteneva un'unica e generalissima azione, da esercitare contro chiunque ledesse la sfera giuridica soggettiva del danneggiato.

Il processo tendente a limitare la responsabilità civile alla sola funzione riparatoria non ha determinato, però, l'automatica esclusione di ogni funzione deterrente e sanzionatoria della stessa, avendo più che altro uniformato la reazione dell'ordinamento rispetto alle differenti categorie di illecito.

È sempre rimasto un filone dottrinale attento a sottolineare l'importanza delle pene private.

Di una certa rilevanza, in quest'ottica, sono le riflessioni della dottrina tedesca, che ha sottolineato

11 Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, p. 112.

12 Rotondi G., *Dalla lex aquilia all'art. 1151 cc.*, in Riv. Dir. Comm. 1916, p. 942 e ss..

13 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 41.

l'opportunità dell'impiego delle pene private ogni volta che siano posti in essere determinati comportamenti, lesivi degli altrui diritti e non traducendosi in danni immediatamente percepibili¹⁴.

Anche in Italia sono emerse, in epoche risalenti, posizioni favorevoli all'introduzione di danni ultracompensativi, soprattutto in tutti i casi in cui vi siano difficoltà nella determinazione dell'entità dell'obbligazione risarcitoria¹⁵.

Nel corso del tempo l'istituto "*pena privata*" ha conosciuto un netto ridimensionamento rispetto al risarcimento del danno, tanto che è stato sostenuto che essa sia una categoria in crisi, con una funzione residuale, tale da considerarla un "*parente povero del risarcimento del danno*"¹⁶.

Mentre il sistema continentale ha solo di recente riconosciuto una certa importanza alle pene private, altri ordinamenti hanno storicamente manifestato un certo interesse per l'argomento.

Il sistema inglese è stato tra quelli che ha maggiormente implementato l'applicazione di pene private, soprattutto nel campo della responsabilità civile.

Non a caso, è in Inghilterra che si comincia a parlare di pene private *sub specie* di *punitive damages*.

Al riguardo, benché a partire dal XIII secolo si abbiano già testimonianze di figure ultracompensative, convenzionalmente si colloca la nascita dell'istituto nel 1763, (casi *Wilkes v.*

Wood e Huckle v. Money); ad ogni modo, solo nel XIX secolo le corti inglesi cominciarono a

14 Jhering R., *Lotta per il diritto*, tr. it., Bari, 1960, p. 140. Anche in Francia si è registrato uno storico orientamento favorevole alle pene private. Può citarsi, in particolare, Hugueney L., *L'idée de la peine privée en droit contemporain*, Parigi, 1904, secondo il quale, nonostante le apparenze, la pena privata fosse un istituto ancora vitale nel diritto francese. Ciò era dimostrato da diversi elementi quali, ad esempio, la tendenza della magistratura di determinare la responsabilità tenendo conto il diverso grado di colpevolezza. Ancora, Demogue R., *Traité des obligations*, Paris, 1923-1933, vol. IV, p. 184-188, sosteneva la rilevanza, pur residuale, delle pene private nei casi di insufficienza del rimedio risarcitorio. Più di recente, sono particolarmente noti i contributi di Tunc. A., *La responsabilité civile*, Paris, 1989, p. 136, e di Viney G., *La responsabilité*, Paris, 1982, p. 315, secondo i quali la pena privata è uno dei migliori mezzi per reagire contro le cd. microlesioni, ovvero nei casi in cui il danno è tanto diffuso da tendere a sfumare. Un esempio può essere costituito dai furti nei grandi magazzini o nella pratica dell'*overbooking* delle compagnie aeree. Altro caso molto dibattuto è quello delle lesioni in cui il danneggiante percepisce un guadagno superiore rispetto al danno inferto.

15 In tal senso si esprimeva, già nei primi decenni del XIX secolo, Gioia M., *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili*, Milano, 1829, il quale giungeva alla conclusione che, qualora il patrimonio del danneggiante non fosse stato in grado di soddisfare il danneggiato, il danno stesso avrebbe dovuto essere socializzato, gravando l'Erario dell'obbligazione risarcitoria.

16 Moscati E., *Voce Pena Privata*, cit, p. 773. Occorre peraltro rilevare che il fenomeno delle pene private non è limitato al solo ambito del diritto civile, estendendosi anche al diritto del lavoro, alla legislazione valutaria, al diritto agrario e a quello urbanistico. Cfr., in tal senso, Busnelli F. D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 3 e ss..

sviluppare una coerente teoria in materia di danni punitivi, superando l'approccio empirico sino ad allora adottato¹⁷.

L'esempio del sistema inglese, così come di quello americano, che del primo è in una qualche misura erede¹⁸, mostra la vitalità dell'eterogeneo istituto delle pene private.

La loro influenza nella cultura giuridica moderna, soprattutto europea, ha contribuito a rendere ancora oggi attuale il dibattito sulla presenza di pene private nell'ordinamento italiano, sulla loro funzione – avendo particolare riguardo al diritto della responsabilità civile – e sulla necessità di individuarne un inquadramento più coerente con la loro rilevanza.

2. *Il concetto di pena privata*

La definizione del concetto di pena privata non è per nulla agevole. In effetti, l'attributo "privata" sembrerebbe contraddire il sostantivo cui si riferisce¹⁹.

La pena è, tradizionalmente, una delle principali manifestazioni del potere sanzionatorio dello Stato, strumento di repressione delle condotte criminali e di prevenzione affinché condotte socialmente riprovevoli non siano più poste in essere dall'autore del fatto (prevenzione speciale) e dalla generalità dei consociati (prevenzione generale); essa rientra nel più ampio *genus* delle sanzioni giuridiche punitive²⁰.

Le principali caratteristiche della pena, così intesa, sono individuate dagli artt. 25 e 27 della Costituzione, che stabiliscono la tipicità e irretroattività della pena (art. 25, Cost.); il divieto di

17 Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Riv. Dir. Civ., 1983, p. 436, nota 3. Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 2 e ss., riconduce a due fondamentali tesi l'origine dei danni punitivi. La prima collega la loro nascita al ruolo svolto dalla giuria nel processo inglese, tra i cui compiti vi era anche la determinazione del danno risarcibile; la seconda, non necessariamente scollegata alla prima, consiste nella necessità di compensare l'attore per l'offesa all'onore, per l'umiliazione e gli insulti subiti, per lo stress causato, ovvero per tutte quelle forme di danno che oggi definiremmo "non patrimoniali" e che allora non erano considerate risarcibili.

18 Su entrambi i sistemi, v. *amplius*, *infra*.

19 In tali termini si esprime Busnelli F.D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 3.

20 In Garofoli R., *Manuale di Diritto Penale*, 2010, p. 1215, la pena viene definita come la misura afflittiva irrogata coattivamente all'autore di un reato, in conseguenza all'accertamento giurisdizionale di tale illecito. Le sanzioni sono distinte, sotto il profilo finalistico, in sanzioni premiali, volte a garantire l'osservanza del precetto per mezzo di un incentivo offerto a coloro che aderiscano spontaneamente, e sanzioni punitive che determinano una conseguenza negativa da infliggere coattivamente al trasgressore.

trattamenti contrari al senso di umanità e la finalità rieducativa della stessa (art. 27, co. 3, Cost.); il divieto della cd. “pena di morte” (art. 27, co. 4, Cost.).

Definite in tali termini le coordinate essenziali del concetto di pena, sembrerebbe a prima vista potersi condividere le perplessità di coloro che ritengono quasi ossimorica la locuzione “*pena privata*”, in quanto essa postulerebbe una nozione di pena ben diversa da quella tradizionale.

In dottrina si sono registrati diversi tentativi di definire la pena privata: secondo una nota definizione essa consisterebbe nella privazione di un diritto o nella costituzione di un'obbligazione volta a punire il trasgressore di una specifica norma²¹; altri hanno considerato come pene private le sole sanzioni comminabili da un privato nei confronti di un altro privato²²; altri ancora hanno inteso come tali quelle irrogabili dal giudice civile su iniziativa e a favore di un privato²³. Una diversa ricostruzione identifica alcuni elementi caratteristici delle pene private: la tutela di interessi privati; la liceità di tali pene e, infine, la loro meritevolezza *ex art. 1322, c.c.*²⁴.

Su un punto c'è una sostanziale uniformità di vedute: non può affermarsi che sia pena privata ogni rimedio a colorazione e funzione vagamente sanzionatoria, diverso dagli strumenti del diritto penale. Essa non può intendersi nel senso di pena del diritto civile in contrapposizione agli strumenti tipici del diritto penale²⁵.

Più in generale, la pena privata non può ritenersi coincidente *sic et simpliciter* con il risarcimento, fermo restando che la stessa non può immediatamente identificarsi con ogni altra sanzione che non sia il risarcimento²⁶. Essa rispetto al risarcimento non ha (o non ha solo) la funzione di compensare il danno subito con una diversa prestazione, ma intende sanzionare un comportamento lesivo di un

21 Thon A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. Levi, Padova, 1951, p. 35.

22 Galgano F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 531 e ss..

23 Patti S., voce *Pena Privata*, in *Digesto*, XIII, Torino, 1995.

24 Moscati E., *Voce Pena Privata*, cit., p. 777.

25 Moscati E., *Voce Pena Privata*, cit., p. 775.

26 Mazzaresse S., *Clausola penale e pena privata*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 281.

diritto altrui posto in essere da un soggetto, indipendentemente dal fatto che il danneggiante sia o meno vincolato al danneggiato da un contratto.

La portata del diritto leso è stata variamente intesa, anche se prevalentemente si è fatto riferimento al sacrificio di un diritto personale della vittima o alla lesione di posizioni economiche o beni direttamente rilevanti sotto il profilo della libertà e della dignità individuale²⁷.

La maggiore difficoltà che si incontra nel ricostruire una categoria unica di pena privata è l'assenza di un dato normativo univoco. Non è presente, per la pena privata, una norma all'interno del codice civile rapportabile alle generalissime norme in materia di illecito contrattuale o extracontrattuale.

È stato persino sostenuto, alla luce dell'incertezza definitoria pocanzi riferita che, più che parlare di pene private, potrebbe discutersi di "*potestà punitiva dei privati*", individuando con tale locuzione il potere sanzionatorio che il privato, direttamente o tramite il ricorso all'Autorità giudiziaria, può esercitare nei confronti di un altro privato²⁸. Un simile approccio consentirebbe di distinguere la potestà punitiva dal finitimo concetto di sanzione civile, solitamente inteso come una reazione dell'ordinamento all'inosservanza di un precetto. Intesa in questi termini, la sanzione civile coinciderebbe con una serie di istituti lontani dalla pena privata, quali la nullità del contratto o la sua rescissione.

Parlare di potestà punitiva dei privati facendo riferimento a un generico potere che un privato potrebbe esercitare nei confronti di un altro privato – anche attraverso la mediazione del giudice – non sembra particolarmente convincente.

Pur essendo presente tale aspetto, ciò che caratterizza interiormente le pene private è il loro carattere afflittivo, che mira – più che ad arricchire il danneggiato – a stabilire una pena esemplare per il danneggiante in modo che non ponga più in essere determinati comportamenti. È proprio l'effetto deterrente l'elemento che avvicina la pena privata alla pena tradizionalmente intesa. La presenza di

27 In termini si esprime Cendon P., *Responsabilità civile e pena privata*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 296.

28 Una simile definizione di potestà punitiva è contenuta in Baratella M. G., *Le pene private*, Milano, 2006, p. 5.

conseguenze giuridiche particolarmente negative alle proprie azioni è un elemento che dovrebbe scoraggiare il danneggiante dal ripeterle e i consociati dall'emulare il danneggiante.

Ne consegue che l'arricchimento del danneggiato, da molti lamentato come una conseguenza ingiusta delle pene private, è un loro effetto, peraltro nemmeno strutturale²⁹.

3. *Il rapporto tra pena privata e sanzione penale.*

Il rapporto tra pena privata e sanzione penale è storicamente dibattuto: secondo risalente dottrina, la pena privata è un istituto strutturalmente anfibo, appartenendo al diritto penale quanto allo scopo e al fondamento e al diritto civile per forma ed effetti³⁰.

Il concetto di pena privata contrasta insanabilmente con l'idea, in una qualche misura rassicurante, di una netta separazione tra diritto civile e penale³¹.

Lo studio del rapporto tra pena privata e sanzione penale prende le mosse dal concetto di sanzione giuridica, intesa come conseguenza prescritta dall'ordinamento per l'inosservanza di una norma³².

L'elemento di maggiore dissonanza tra sanzione penale e pena privata è da rintracciare nel beneficiario di quest'ultima perché, il più delle volte, è un soggetto non riconducibile allo Stato e, quindi, alla collettività ma, diversamente, un "privato", che beneficia di un arricchimento derivante dall'applicazione della misura sanzionatoria³³.

29 Come si avrà modo di vedere, in alcuni ordinamenti parte (o, in certi casi) dell'intero *surplus* di ricchezza determinato dall'applicazione della pena privata viene attribuito allo Stato.

30 Savigny F. C., *Le obbligazioni*, cit., p. 277.

31 Tale idea sembra ormai definitivamente abbandonata. Castronovo C., in *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2008, p. 360, osserva – nell'analizzare l'istituto dei danni punitivi – che vi è una comune radice nella responsabilità civile e penale. Sono possibili infatti dei *travasi tra risarcimento e pena*, che testimoniano una non risolta divisione dei campi tra il diritto dei privati e penale. Brogini G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di 'punitive damages' con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 501 ss., parla di una vera e propria "zona grigia" nella linea di demarcazione tra diritto civile e diritto penale.

32 Padovani T., *Lectio Brevis sulla sanzione*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 56. Le sanzioni giuridiche si distinguono in sanzioni restitutorie, che consistono nel ripristino della situazione giuridica antecedente la commissione dell'illecito, una cui sottospecie è costituita dalle sanzioni risarcitorie, e sanzioni di tipo punitivo che, a differenza delle sanzioni risarcitorie non sono riconducibili a un rapporto funzionale con il bene leso. Le sanzioni punitive sono presenti nell'ordinamento penale, amministrativo e civile; si caratterizzano per la loro particolare funzione deterrente.

33 Romano S., *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, Perugia, 1929, p. 107. Tale impostazione, come si vedrà nel prosieguo, non sembra del tutto coerente con l'attuale impostazione che hanno assunto, in Italia e nel contesto internazionale, molte delle pene private di carattere risarcitorio.

Similitudini e differenze tra pene private e sanzioni penali impongono di individuare quali elementi caratterizzano le pene private e, soprattutto, in cosa queste ultime si distinguono dalle sanzioni penali.

La pena privata, per come è stata definita, va collocata su un piano intermedio tra il mero risarcimento del danno, scevro di elementi sanzionatori, e la pena pubblica, con la quale la prima condivide lo scopo, pur presentandolo più in funzione deterrente che repressiva³⁴.

Potrebbe sostenersi che tutti gli istituti attualmente riconosciuti come "pena privata" presentino elementi ricorrenti, indipendentemente dalla loro particolare articolazione³⁵.

La pena privata è posta a *tutela di interessi privati*; essa si traduce in un beneficio per il privato che ne chiede – anche attraverso il tramite dell'Autorità giudiziaria – l'attuazione. Tale caratteristica distingue la pena privata dalla sanzione penale e da quella amministrativa, in cui la controparte del soggetto sanzionato è necessariamente lo Stato. La pena privata, in quanto misura volta a punire il comportamento di un soggetto, non può comunque dirsi scevra dalle finalità preventive e afflittive che connotano anche le sanzioni penali e amministrative.

Mantenendosi a considerazioni di carattere generale, può osservarsi sin d'ora che l'idea di una applicazione ridotta delle pene private ai singoli casi ammessi dall'ordinamento può comportare delle diseconomie piuttosto evidenti.

Molti dei comportamenti potenzialmente assoggettabili a pena privata – e dunque, per i quali sarebbe astrattamente possibile immaginare una misura di carattere deterrente, se non addirittura afflittivo – potrebbero, in assenza di un'adeguata misura di carattere civilistico, transitare nel diritto penale, con il conseguente aggravarsi dei già notevoli carichi pendenti presso i Tribunali.

Peraltro, comportamenti che potrebbero essere assoggettati a misure efficaci in ambito privatistico, non potrebbero essere perseguiti con particolare severità dal diritto penale, considerando il generale

34 Bonilini G., *Pene Private e danno non patrimoniale*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 308.

35 In tal senso, Bricola F., *La riscoperta delle pene private*, cit., p. 28.

principio di proporzionalità che connota le sanzioni, con tutte le conseguenze facilmente ipotizzabili in termini di prescrizione, interesse investigativo, certezza dell'applicazione della pena.

Volendo estremizzare il ragionamento, qualora si punissero con una sanzione penale gli stessi comportamenti per i quali potrebbe ipotizzarsi l'applicazione di una pena privata si avrebbe, in astratto, una misura più severa ma, nei fatti, l'effetto deterrente e afflittivo della sanzione penale sarebbe pressoché nullo, con il conseguente fallimento sociale della predetta misura.

Muovendo, invece, dall'idea che il diritto penale debba concepirsi quale *extrema ratio* avverso comportamenti non altrimenti sanzionabili, potrebbe garantirsi maggiore spazio alle pene private.

Tale soluzione consentirebbe una maggiore deterrenza effettiva; le pene private potrebbero così divenire – da relitto del passato a – un nuovo strumento di civiltà giuridica del presente e, possibilmente, di un prossimo futuro.

Si tenga conto che le pene private presentano elementi che le rendono particolarmente attraenti rispetto alle sanzioni penali e amministrative: non hanno una accentuata esigenza di tipicità e tassatività; possono prescindere dalla colpevolezza e prevedere inversioni dell'ordine della prova.

L'idea che possa ammettersi un'estensione del tradizionale ambito delle pene private sino ad accentuare i profili non meramente riparatori della responsabilità civile è una possibilità che andrebbe analizzata con un certo interesse, perché potrebbe inaugurare un processo di "eticizzazione" della stessa³⁶ e consentirebbe di ipotizzare un sistema di tutela civile che vada oltre il modello risarcitorio, ammettendo la compresenza di finalità punitive e preventive pur non prescindendo dalla necessaria funzione riparatoria³⁷.

36 Bricola F., *La riscoperta delle pene private*, cit., p. 48..

37 Busnelli F.D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 4. Più di recente Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, p. 25 e ss., individua tre obiettivi della responsabilità civile: *compensation*, *deterrence* e *punishment*. Con la prima si intende garantire un adeguato risarcimento al danneggiato, con la seconda si inducono i potenziali danneggianti ad adottare i mezzi di sicurezza volti a evitare il possibile rinnovarsi di condotte illecite e, con la terza, li si puniscono con sanzioni civilistiche quando la loro condotta abbia infranto le regole della convivenza sociale. La funzione punitiva-deterrente avrebbe prevalso fino alla seconda guerra mondiale, periodo dopo il quale avrebbe fatto prepotentemente ingresso la funzione esclusivamente riparatoria della responsabilità civile. Vettori G., in *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 691 e ss., ritiene che,

In alcune analisi si è presa a esempio la tutela civile dell'onore e della reputazione, tutela il cui ambito è transitato dall'alveo del diritto penale all'obbligazione risarcitoria³⁸.

Per rendere auspicabile l'impiego delle pene private in tale ambito sono state ipotizzate due condizioni: *a)* l'insufficienza del mero strumento risarcitorio e *b)* l'eccessività del ricorso alla tutela penale³⁹. In questa prospettiva le pene private diverrebbero una sorta di misura intermedia tra le sanzioni penali e il risarcimento del danno.

L'analisi effettuata consente di concludere che la pena privata è uno strumento che non si contrappone né a quelli tipici del diritto penale né a quelli caratterizzanti il diritto civile, muovendo lo stesso in una logica di collaborazione, che coadiuva il raggiungimento del fine di giustizia proprio dell'ordinamento⁴⁰.

4. Tipologie di pene private.

Nell'ordinamento italiano non si ha una generale disciplina delle pene private, avendo il legislatore preferito intervenire solamente con riguardo ad alcune precise ipotesi⁴¹. Ciononostante, non sarebbe impossibile individuare uno schema, di carattere generale, al quale ricondurre ogni atto di autonomia privata con funzione sanzionatoria⁴².

Avverso tale impostazione è stato sostenuto che il nostro ordinamento conosce un immanente principio di tipicità delle sanzioni⁴³, sia civili che penali, pur dovendosi d'altro canto ammettere che il diritto privato non conosce le stesse ragioni di legalità sanzionatoria del diritto penale⁴⁴.

Ammettere un generale principio di tipicità delle sanzioni anche per le pene private comporterebbe

nell'attuale sistema della responsabilità civile, la riparazione della vittima e la finalità deterrente nei confronti del danneggiante siano ormai prevalenti.

38 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 25. Lo stesso A. cita l'esempio tedesco del furto nei gradi magazzini. L'ordinamento tedesco garantisce in questi casi l'applicazione di una penale proporzionale al furto commesso sino al triplo del valore sottratto.

39 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 27.

40 Bonilini G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., p. 312.

41 Franzoni M., *La clausola penale*, in AA. VV., *Diritto Civile*, diretto da Lipari N. e Rescigno P., III, II, 2009, p. 674.

42 Moscati E., *Voce Pena Privata*, cit., p. 785.

43 Sul principio di tipicità, nella sua concreta applicazione alle pene private, v. *infra*.

44 Mazzaresse S., *Clausola penale e pena privata*, cit. p. 270.

la necessità di individuare quali norme, nel nostro ordinamento, consentono di affermare detto principio in questo particolare caso o, quantomeno, di inferirlo con un ragionamento deduttivo.

In proposito, è stato efficacemente osservato che, mentre l'ordinamento penale prevede espressamente un principio di tale specie, la tipicità non sembrerebbe un connotato essenziale delle sanzioni civili, non essendo imposta da nessuna norma in particolare⁴⁵.

La dottrina che si è approcciata alle pene private ha optato per una loro tripartizione, in legali, giudiziali e negoziali, avendo riguardo alla loro fonte⁴⁶.

In particolare, le pene negoziali troverebbero origine in un atto di autonomia privata quale, ad esempio, la clausola penale⁴⁷; le pene legali deriverebbero invece da una esplicita previsione normativa⁴⁸; infine, le pene giudiziali trarrebbero origine, in tutta evidenza, da un provvedimento giudiziale⁴⁹.

Avverso siffatta impostazione si è osservato⁵⁰ che alcune delle misure comunemente annoverate tra le pene private legali sono, a ben vedere, irrogate dal giudice⁵¹, che fattispecie classificabili come pene private giudiziali sono comminabili unicamente su istanza di parte⁵² e che, ancora, figure individuabili in termini di pene private negoziali o giudiziali sono normativamente previste e

45 Cataudella A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972. p. 70. Si è visto, peraltro, come le pene private nell'ordinamento civile siano da ritenere anche più flessibili anche rispetto alle sanzioni contemplate dal diritto amministrativo.

46 Moscati E., *Pena privata e autonomia privata*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 236; Ponzanelli G., voce *Pena Privata*, in *Enc.giur.* Treccani, vol. XXII, Roma, 1990; Gallo P., *Pene private*, cit., p. 34.

47 Sullo stretto rapporto tra pena privata e clausola penale, cfr. Moscati E., *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 236, secondo il quale "Lo scarso interesse per il ruolo della clausola penale nella teoria del contratto ha condizionato per lungo tempo qualsiasi discorso ricostruttivo sulle pene convenzionali. In un certo senso, si potrebbe dire che clausola penale e pena privata hanno avuto vite parallele finendo per condizionarsi reciprocamente, tanto è vero che il rinnovato interesse per la clausola penale ha coinciso con il rilancio della problematica della pena privata".

48 Tra queste possono menzionarsi, nell'ambito della legislazione speciale, la previsione di cui all'art. 3 della legge n. 386/1990, che prevede, in caso di mancato pagamento di un assegno bancario, una clausola penale pari al 10% della somma dovuta e non pagata, o la forfettizzazione del danno previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Anche il codice civile non manca di ipotesi che possono ricondursi alla presente categoria. In materia, può citarsi l'art. 938, c.c., che prevede il pagamento di una somma pari al doppio del valore della superficie occupata in caso di edificio costruito parzialmente sul fondo altrui.

49 Busnelli F.D., *Verso una riscoperta*, cit., p. 7.

50 Baratella M. G., *Le pene private*, cit., p. 9.

51 Si pensi al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059, c.c..

52 Si pensi alla penalità di mora per inottemperanza a un provvedimento giudiziale, previste dall'art. 124 del d.lgs. n. 30/2005.

disciplinate⁵³.

Sulla scorta di tali osservazioni è stato proposto di distinguere le pene private in "pene private da inadempimento" e in "pene private da illecito aquiliano"⁵⁴.

5. *Principio di tipicità delle pene private*

Come si è più volte accennato, il discorso sulle pene private va affrontato anche alla luce della discussa possibilità di applicare alle stesse il c.d. principio di tipicità.

Tale principio è ritenuto basilare per uno Stato di diritto ed è considerato estendibile oltre lo stretto recinto del diritto penale anche alle sanzioni amministrative, disciplinari e finanche civili⁵⁵. *Nulla poena (privata) sine previa lege*, innanzitutto⁵⁶.

A questa incisiva osservazione potrebbe obiettarsi che non è forse così immediato inferire il principio della tipicità delle sanzioni civili a partire dalla tipicità necessaria delle sanzioni penali.

Si consideri che le sanzioni amministrative devono rispettare il principio di legalità sancito dall'art. 1 della legge n. 689/1981 e che l'intera azione amministrativa è retta da un principio di legalità che, pur variamente inteso, non può rapportarsi al principio di stretta legalità che connota le pene previste dal codice penale⁵⁷.

Invero, il discutere di sanzioni non deve distogliere lo sguardo dal contesto all'interno del quale ci si muove.

Il diritto civile è retto da un principio opposto rispetto a quello considerato basilare da quelle particolari articolazioni dello Stato che sono l'Autorità Giudiziaria o quella Amministrativa. Mentre è pacifico che ogni scelta compiuta dagli organi statali debba essere controllabile (e, a tal fine, è

53 Si pensi alla stessa clausola penale.

54 Baratella M.G., *Le pene private*, cit., p. 9, secondo la quale tale distinzione affonderebbe le proprie radici nel diritto romano classico, che riconduceva alla pena privata due figure accomunate dalla medesima funzione, la pena privata *ex maleficio* e quella *ex stipulatu*.

55 Tardia I., *Clausole penali*, cit. p. 489.

56 L'affermazione è di Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità, fatto illecito, danni punitivi*, in Eur. Dir. Priv., 2009, p. 943.

57 Bricola F., *La riscoperta delle pene private*, cit., p. 32, afferma che le pene private presentano una minore accentuata esigenza di tipicità e di tassatività, pur non escludendole del tutto.

disposto un apparato di regole e persone che consente agli organi di agire), il diritto civile, in quanto diritto disciplinante i rapporti tra privati, non può che affermare la prevalenza della loro autonomia, libera di esplicarsi all'interno (o all'esterno) di regole determinate dal legislatore.

Non dovrebbe quindi stupire l'affermazione in base alla quale il principio di tipicità, nel diritto civile e con riguardo alle sanzioni civili, non è semplicemente previsto.

Ciò posto, non può sostenersi che non vi siano limiti all'applicazione delle pene private.

Essi possono ricavarsi, nel silenzio della normativa primaria, dalle disposizioni della Carta Costituzionale, tenendo in particolare considerazione i principi di solidarietà, uguaglianza e proporzionalità che, espressi nei primissimi articoli della stessa, consentono di stabilire con buona approssimazione gli spazi – e al contempo i limiti – entro i quali l'autonomia privata può liberamente esplicarsi, anche nella determinazione di sanzioni non previste dall'ordinamento.

Capitolo II

PENE PRIVATE E INADEMPIMENTO CONTRATTUALE

1. *La clausola penale. Oggetto della prestazione*

La clausola penale, disciplinata negli artt. 1382 – 1384 del codice civile, può definirsi come una manifestazione dell'autonomia privata rispetto alle conseguenze dell'inadempimento di una obbligazione.

Per il tramite della clausola penale le parti stabiliscono che, in caso di inadempimento o di ritardato adempimento, il contraente inadempiente è tenuto a una determinata prestazione⁵⁸. Mediante tale clausola si limita il risarcimento alla prestazione promessa (indipendentemente dalla prova del danno), a meno che non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore⁵⁹.

Secondo la giurisprudenza, essendo la penale connessa all'inadempimento del debitore, è necessario presupporre che si tratti di un inadempimento imputabile, posto che una penale che comprendesse anche l'inadempimento non imputabile varrebbe quale patto di assunzione del rischio⁶⁰. Non si richiede, invece, la prova della gravità dell'inadempimento in quanto una valutazione sulla sua importanza può essere utilmente svolta soltanto agli effetti dell'art. 1384, c.c.⁶¹.

Gli effetti della clausola penale non si determinano immediatamente, con la conclusione del contratto (e la conseguente definizione della prestazione principale, al cui inadempimento la prestazione definita mediante la penale resta indissolubilmente legata) ma, secondo attenta

58 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 677, precisa che la clausola penale non va identificata nello schema dell'obbligazione alternativa. Il debitore, infatti, non si libera dall'obbligazione principale offrendo la prestazione prevista dalla clausola, come potrebbe invece fare qualora si trattasse di multa penitenziale.

59 Si è parlato in dottrina di "effetto tipico" della clausola penale, con riferimento al fatto che essa è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, e di "effetto naturale" della stessa, con riguardo alla limitazione del risarcimento alla prestazione promessa. Cfr. Sacco R. - De Nova G., *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 160.

60 Cass., sent. n. 1097/1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 403.

61 Cass., sent. n. 9532/2000, in *Contratti*, 2001, 335.

dottrina⁶², la penale costituirebbe una fattispecie complessa, a formazione successiva, costituita da un atto di volontà e da un comportamento umano.

Quanto all'oggetto della prestazione contenuta nella clausola penale, nonostante il disposto dell'art. 1382, c.c., non ne precisi il contenuto, è stato sostenuto⁶³ – anche in forza di una datata risoluzione del Consiglio d'Europa⁶⁴ - che questo debba limitarsi al solo pagamento di una somma di denaro.

Simili considerazioni sarebbero giustificate, sul piano del diritto interno, in parte da alcuni limiti esterni alla normativa in materia di clausola penale e, in altra parte, dalla predetta normativa .

Più nel dettaglio, il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744, c.c., non consentirebbe di costituire una penale cd. "a effetti reali"⁶⁵. L'efficacia obbligatoria, d'altro canto, risponde alla intima natura e funzione della clausola penale: mentre in ipotesi di penale a effetto obbligatorio l'inadempimento del debitore è considerato quale elemento costitutivo della fattispecie, nel caso di penale a effetto reale il trasferimento del diritto del debitore è effetto caratteristico della clausola che da sé sola, per il particolare contenuto che acquista, è idonea a produrlo⁶⁶.

Il principale limite interno alla normativa in materia di clausola penale (alla luce del quale non potrebbe ipotizzarsi una penale con oggetto diverso da prestazioni pecuniarie) sarebbe costituito dall'art. 1384, c.c., in materia di potere giudiziale di riduzione della penale eccessiva. Tale potere,

62 Trimarchi P., *La clausola penale*, Milano, 1960, p. 82.

63 De Toma, *Considerazioni sulla risoluzione adottata dal consiglio d'Europa il 20 Gennaio 1978*, in *Rass. Parl.*, 1979, p. 320.

64 Resolution 78/3 del Consiglio d'Europa, adottata dal Committee of Ministers, che definisce, all'art. 1, la clausola penale come *any clause in contract which provides that if the promisor fails to perform the principal obligation he shall be bound to pay a sum of money by way of penalty or compensation*. La risoluzione in parola è consultabile *online* sul sito <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=595696&SecMode=1&DocId=660588&Usage=2>.

65 In tal senso, cfr. D'Avino S., *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, in *Vita not.*, 1097, 1047 ss.; Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 676. Quest'ultimo tuttavia ammette la penale a effetti reali qualora il trasferimento non sia da considerarsi alla stregua di una *datio in solutum*, in cui la cessione del diritto è da intendersi quale pagamento della penale. Mazzaresse S., in *Clausola penale e pene private*, cit., p. 279, pur ritenendo che la mancanza di effetti reali che caratterizza la clausola penale non consenta di collocarla sullo stesso piano del patto commissorio, ritiene che non può comunque escludersi un meccanismo fraudolento volto ad escludere – per mezzo della penale – il patto commissorio. In questi casi, peraltro, a essere illecita sarebbe la comune intenzione delle parti, coniugata a un obiettivo fraudolento che, quindi, farebbe ritenere la penale come posta in frode alla legge e quindi nulla ai sensi dell'art. 1344, c.c..

66 Trimarchi P., *La clausola penale*, cit., p. 87.

infatti, non potrebbe essere realizzato rispetto a prestazioni che non patrimoniali⁶⁷.

Le riportate argomentazioni non sembrano cogliere nel segno, posto che, in primo luogo, il richiamo al patto commissorio sembra confondere l'oggetto della prestazione individuata mediante la costituzione di una clausola penale con il patto con cui si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. In secondo luogo, anche il richiamo all'art. 1384, c.c., a giustificazione di una pretesa natura meramente patrimoniale della clausola penale mostra tutti i suoi limiti, posto che – ai sensi dell'art. 1174, c.c. - possono costituire oggetto di un'obbligazione tutte le prestazioni suscettibili di una valutazione economica⁶⁸.

L'opzione della necessaria patrimonialità della clausola penale non sembra nemmeno potersi adeguatamente supportare in un'ottica comparata. Si noti che una locuzione simile a quella di cui all'art. 1382, primo comma, c.c., è contenuta nel § 339 del BGB, in cui si afferma espressamente che la penale possa anche essere costituita da una prestazione non pecuniaria; di converso, ordinamenti come quello francese che hanno optato per la soluzione della pura patrimonialità della clausola penale hanno utilizzato formulazioni diverse⁶⁹.

Sembrerebbe, quindi, che il dibattito che si è creato intorno alla patrimonialità necessaria della clausola penale sia determinato dall'idea che la normale consistenza monetaria della stessa si trasformi, da pura ricorrenza statistica, a caratteristica indefettibile dell'istituto, pur in assenza di qualunque previsione normativa in tal senso.

Muovendo da queste premesse non può che ritenersi che oggetto della clausola penale non possa che essere una prestazione in grado di divenire oggetto di una qualsiasi obbligazione ai sensi e nei termini del codice civile, ovvero una prestazione che presenti le caratteristiche della possibilità,

67 Marini A., *La clausola penale*, Jovene, 1984, p. 121 e ss.. In particolare, l'A. sostiene che la clausola penale che abbia ad oggetto una prestazione diversa da una somma di denaro sarebbe da considerarsi nulla ai sensi dell'art. 1418, c.c..

68 In tal senso, Baratella M.G., *Le pene private*, p. 35.

69 Gallarati A., *La clausola penale: funzione deterrente e risarcitoria*, Giur. it., 2003, p. 403 e ss..

liceità, determinatezza/determinabilità, suscettibilità ad essere valutata economicamente⁷⁰.

Con particolare riguardo al potere di riduzione della clausola penale da parte del giudice, in questa sede è opportuno distinguere tra la riduzione della penale prevista nei contratti disciplinati unicamente dal codice civile, ai quali si applica la disposizione di cui al citato art. 1384, c.c., dai contratti tra professionisti e consumatori, per i quali trovano applicazione le particolari norme contenute nel d.lgs. n. 206/2005.

In particolare, tanto l'art. 1384, c.c., quanto l'art. 33, co. 2, lett. f), del d.lgs. appena citato, prevedono la fattispecie della clausola penale manifestamente eccessiva⁷¹.

Le conseguenze della manifesta eccessività nei due casi sono profondamente diverse.

Mentre la clausola penale manifestamente eccessiva è sottoposta alla prudente valutazione del giudice, che potrebbe stabilirne una riduzione⁷², nel caso previsto dal codice del consumo, l'importo manifestamente eccessivo va valutato alla luce del concetto di significativo squilibrio dei diritti nascenti da contratto, espresso dall'art. 33, co. 1, cod. cons.⁷³, e produce l'effetto della totale inefficacia della clausola, non già la sua riduzione⁷⁴.

Com'è noto, la clausola penale può collegarsi tanto a un inadempimento definitivo della prestazione principale⁷⁵ quanto a un suo ritardo.

70 Questo orientamento è fatto proprio, tra gli altri, da Galgano F., *Regolamenti contrattuali e pene private*, in Contr. e impr., 2001, II, p. 513; Zoppini A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 218 e da diverse decisioni della corte di Cassazione (cfr., *inter alia*, Cass., sentt. n. 265/1961; n. 1489/1966; n. 9161/2002).

71 Si osserva che la norma contenuta nel codice del consumo prevede, in particolare, la fattispecie di una clausola penale di importo manifestamente eccessivo, presupponendo che in tale tipologia di contratti sia assolutamente predominante la fattispecie di una clausola penale di tipo pecuniario.

72 Tale potere è interpretato da Moscatti E., *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 238, come una delle normali tecniche attraverso le quali si realizza il controllo che la legge ha voluto riservarsi su tutti gli atti di autonomia privata. Lo stesso A., a p. 239, chiarisce che "*La specifica previsione di un potere riduttivo del giudice non significa affatto che la legge abbia voluto sottrarre la clausola penale ai normali limiti di ogni atto di autonomia privata. Se per l'intrinseca natura di modello "aperto" la disciplina della clausola penale costituisce il punto di partenza ideale per ogni indagine sulla pena privata, al tempo stesso proprio questa enorme capacità espansiva evidenzia l'opportunità di ulteriori controlli, ancor più incisivi e penetranti. Infatti, non è infrequente che attraverso il rafforzamento della prestazione principale le parti tendano a un risultato che va oltre la funzione istituzionale della clausola penale. In questi casi, non trattandosi del generico "interesse che il creditore aveva nell'adempimento", occorre far capo all'art. 1322, ult. co., c.c., e verificare la meritevolezza dell'attuazione del rapporto sostanziale*".

73 Franzoni, *La clausola penale*, cit., p. 678.

74 Trib. Milano-Legnano, sent. 29 marzo 2002, in Foro it., 2002, I, 2826.

75 Intendendosi con essa la prestazione individuata nel contratto.

Solamente in caso di penale da ritardo è possibile pretendere congiuntamente la penale e l'adempimento della prestazione principale (art. 1383, c.c.). Una simile previsione, si osserva, è conforme all'idea che la clausola penale definisce un'obbligazione che tenga luogo di quella non adempiuta. L'art. 1383, c.c., è ritenuto da alcuni interpreti come una norma di carattere inderogabile⁷⁶.

L'art. 1383, c.c., è una norma particolarmente importante nell'analisi della clausola penale, in quanto esprime un'importante deroga al principio di alternatività tra prestazione principale e penale, consentendo l'applicazione eccezionale delle regole in materia di risarcimento anche nel caso in cui queste istituzionalmente non dovrebbero operare. In altre parole, tali regole, "buttate fuori dalla porta" dall'art. 1382, c.c., "rientrano dalla finestra" grazie all'art. 1383, c.c.⁷⁷.

1.1 Effetti e natura della clausola penale

Il dibattito sulla natura della clausola penale⁷⁸ non può che prendere le mosse dal disposto di cui all'art. 1382, c.c., che definisce – con modalità che talora potrebbero apparire ambigue – gli effetti della medesima.

Il primo effetto prodotto è costituito dalla limitazione del risarcimento alla prestazione promessa, in tal modo limitando preventivamente il *quantum* dello stesso, che sarà definito volontariamente dalle parti nell'esercizio della loro autonomia privata⁷⁹; il secondo è quello di imporre l'adempimento

⁷⁶ Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 678. Secondo l'A. la scelta tra la derogabilità e l'inderogabilità della norma in questione deriva dall'opzione di fondo sulla natura della clausola penale quale istituto avente una funzione risarcitoria, punitiva o mista. In particolare, coloro che opterebbero per una funzione punitiva della clausola penale sarebbero dell'idea della derogabilità della norma in parola. *Questa considerazione non si ritiene propriamente condivisibile*, in quanto la scelta in ordine alla natura della clausola penale non comporta l'immediato corollario della necessaria derogabilità della norma in parola. Si pensi, a tacer d'altro, che la norma pone il divieto di cumulo della penale con la prestazione principale, consentendolo solo nel caso del ritardo. Nulla vieterebbe che questo divieto coesista con una clausola penale che disponga l'esecuzione di una prestazione tale da essere ritenuta un valido deterrente all'inadempimento della prestazione principale.

⁷⁷ Mazzaresse S., *Clausola penale*, cit., 194.

⁷⁸ E dunque sulle funzioni che la stessa è in grado di rivestire nel più ampio discorso di una funzione punitiva di alcuni istituti del diritto civile.

⁷⁹ Secondo Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 677, è possibile che la determinazione della penale sia stabilita da un terzo, che assumerebbe dunque la veste dell'arbitratore ai sensi dell'art. 1349, c.c., così come da una delle parti, come avviene in determinate norme statutarie di associazioni o di cooperative, che demandano al consiglio di amministrazione la determinazione della penale da comminare ai propri soci.

della prestazione oggetto della clausola penale indipendentemente dalla prova del danno, e dunque dalla dimostrazione dell'*an debeat*⁸⁰. Ne deriva che siffatta prestazione, la cui funzione potrebbe ad una prima – sommaria – analisi ipotizzarsi nella definizione preventiva e forfettaria del danno a opera delle parti, e dunque in una funzione meramente risarcitoria⁸¹, segue in realtà delle regole profondamente diverse da quelle della liquidazione dell'obbligazione risarcitoria, che necessita la dimostrazione dell'inadempimento, del danno e della sua entità⁸².

Questa prima riflessione consente di passare all'analisi dei rapporti tra obbligazione da clausola penale e obbligazione risarcitoria che, da quanto osservato sinora, sembrerebbero correre su due binari paralleli.

L'obbligazione oggetto della clausola penale non presenta elementi che la possano accomunare *sic et simpliciter* al risarcimento del danno, se non il fatto che entrambe le obbligazioni sorgono a seguito di un evento di rottura della fisiologia del rapporto contrattuale.

Si è di fronte a istituti in un rapporto di reciproca alternatività, che non possono ritenersi concorrenti e cumulativi.

La clausola penale consente la risarcibilità del danno ulteriore solo se ammessa tra le parti e non potrà cumularsi dalla – ipotetica – obbligazione risarcitoria che sorgerebbe dal medesimo evento proprio in ragione del fatto che, dove ammesso, è risarcibile il solo danno ulteriore rispetto alla penale e non lo stesso danno già presuntivamente riparato dall'adempimento della prestazione individuata nella penale. Sembrerebbe quindi che il termine "limitare" utilizzato dal legislatore non sia stato frutto di una scelta linguistica particolarmente felice, essendo più che probabile che lo

80 Secondo Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 672, con questa disposizione il legislatore avrebbe inteso distinguere la penale dalle clausole di liquidazione convenzionale del danno che presuppongono la certezza di una perdita economicamente valutabile, nonché dalle clausole che prevedono il corrispettivo per il recesso di una parte dal contratto.

81 Sulle possibili funzioni della clausola penale, v. *infra*.

82 A riprova di questa riflessione si consideri che il debitore non si libera dall'obbligazione del pagamento della penale nemmeno nel caso in cui dimostri l'assenza di un danno subito dal creditore. In questo caso per il debitore residua unicamente la possibilità di chiedere in via giudiziale la riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384, c.c..

stesso intendesse "escludere"⁸³.

Definiti gli effetti della clausola penale e chiariti i rapporti tra la stessa e il risarcimento del danno, sembra opportuno interrogarsi su quale sia la natura della clausola in parola. In particolare, si discute se la stessa debba essere intesa alla stregua di uno degli elementi costituenti il contratto o se la clausola penale sia da classificare quale negozio autonomo e collegato al contratto principale.

Tenuto conto che il *nomen iuris* non è un elemento di per sé determinante in una analisi di questo tipo, sembra condivisibile l'osservazione secondo cui la clausola penale non definisce *ex se* il contenuto del contratto, essendo volta a intervenire solo nel momento in cui il contratto stesso verta in una situazione patologica dovuta in seguito all'inadempimento di una parte⁸⁴. La clausola penale andrebbe dunque intesa come un atto autonomo e distinto dal contratto cui accede⁸⁵.

Intendere la clausola penale alla stregua di un negozio autonomo rispetto al contratto non comporta una reciproca totale indifferenza dell'una nei confronti dell'altro, essendo piuttosto evidenti gli elementi di collegamento tra i due atti di volontà dei contraenti⁸⁶. È stato efficacemente osservato che contratto e clausola penale operano su due piani distinti, alla stregua di precetto e sanzione⁸⁷.

Una simile osservazione, peraltro, non è scevra di conseguenze, posto che l'affermata autonomia della clausola penale rispetto al contratto cui la stessa inerisce determina, quali principali conseguenze, che la stessa possa essere definita anche in un momento – e con modalità – diverse rispetto a quelli della conclusione del contratto e, considerando il suo carattere accessorio rispetto al negozio principale, sulla clausola penale si riverseranno i rischi del contratto e non viceversa⁸⁸.

Dal punto di vista della forma, l'autonomia della clausola penale rispetto al contratto determina la

83 In tal senso, Marini A., *La clausola penale*, cit., pp. 30 e ss..

84 In tal senso, Marini A., *La clausola penale*, cit., p. 70.

85 Mazzaresse S., *Clausola penale e pene private*, cit., 277; Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 676; Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 405.

86 Diversi Autori riconducono il rapporto tra clausola penale e contratto principale alla figura del collegamento negoziale. Si guardi, in particolare, Zoppini A., *La pena contrattuale*, cit., p. 209; Marini A., *La clausola penale*, cit., p. 68.

87 Marini A., *La clausola penale*, cit., p. 70.

88 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 677, precisa che dalla inefficacia per una qualsiasi causa del rapporto principale segue la caducazione del patto accessorio.

non secondaria conseguenza che la prima non deve necessariamente rispettare i requisiti di forma previsti per il secondo⁸⁹.

Altra questione è quella dello stabilire se la clausola penale sia riferibile unicamente a un contratto (presupponendo l'adempimento di un'obbligazione da esso derivante) o anche da fonti diverse delle obbligazioni.

È stato efficacemente sostenuto che l'unico presupposto del (negozio) "clausola penale" è l'inadempimento di una qualsiasi obbligazione. Sarebbero di conseguenza validi anche quei patti che sanzionano un illecito aquiliano o la violazione di doveri previsti dalla legge⁹⁰. Una penale potrebbe dunque aversi al di fuori del contratto e riferirsi a un obbligo diverso da una vera e propria obbligazione⁹¹.

A questa impostazione è stato obiettato che, tenuto conto della formulazione letterale dell'art. 1382, c.c., nonché della sua collocazione nel Titolo II del Libro IV del codice civile (dedicato ai contratti in generale), l'operatività della clausola penale dovrebbe limitarsi al solo vincolo contrattuale e sarebbe intimamente – e necessariamente – collegata a quest'ultimo⁹². Del resto, qualora si potesse configurare una clausola penale caratterizzata da una totale autonomia dal contratto cui accede, avulsa dalla necessaria relazione di accessorietà con l'accordo principale e volta al rafforzamento di obbligazioni non contrattuali, potrebbe aprirsi la via a "*talune realizzazioni obbligatorio-penali collocabili ai margini della ragionevolezza e dell'opportunità economico-sociale*"⁹³.

1.2 Le funzioni della clausola penale. Funzione risarcitoria.

La complessità dell'istituto delineato dagli artt. 1382 e ss., c.c., è mostrata dalle diverse posizioni

89 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 676. Diverso è il caso in cui sia la legge a stabilire una determinata forma per il patto che contenga una penale, come accade per l'art. 1284, c.3, con riguardo agli interessi dovuti in misura superiore al tasso legale.

90 Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 277.

91 Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, cit., p. 260.

92 Marini A., *La clausola penale*, cit., pag. 72.

93 Tardia I., *La clausola penale*, cit., p. 502.

che si registrano con riguardo alle sue funzioni.

Non è mancato chi ne ha sostenuto la natura unicamente risarcitoria⁹⁴.

La diffidenza nei confronti di una funzione punitiva dei privati ha portato molti a sottovalutare le potenziali capacità espansive della clausola penale, riducendola a un istituto di non primario interesse nello studio del contratto⁹⁵.

La tesi della natura prettamente risarcitoria della clausola penale prende le mosse da alcune disposizioni del previgente codice civile. Quest'ultimo, all'art. 1212, affermava che *"la clausola penale è la compensazione dei danni che il creditore soffre per l'inadempimento dell'obbligazione principale"*.

La clausola penale andrebbe quindi intesa alla stregua di una misura di liquidazione convenzionale, realizzata preventivamente e forfettariamente, del pregiudizio sofferto dal creditore. Era conseguentemente riconoscibile a tale clausola la sola funzione risarcitoria⁹⁶, secondo alcuni giustificabile anche alla luce dei lavori preparatori al codice civile del 1942, posto che la Relazione al codice affermava che *"il valore giuridico dato alla clausola penale dell'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti ne abbiano convenuto il risarcimento integrale"*.

Intesa in tal senso, *la clausola penale costituirebbe una forma di liquidazione preventiva e onnicomprensiva del danno da inadempimento, suscettibile di deroga, sia in senso quantitativo che in senso qualitativo*⁹⁷.

Il medesimo orientamento ritiene possibile ricondurre la cumulabilità della prestazione principale e della penale cd. "da ritardo" disciplinata dall'art. 1383, c.c., a una forma di risarcimento di danni moratori. Tale impostazione è criticabile, posto che in questo caso è possibile che la penale sia

94 Bianca C.M., *Diritto civile*, cit., p. 222.

95 Moscati E., *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 236.

96 In tal senso, in vigenza del codice civile del 1865, Piola G., voce *Clausola Penale*, in Dig. it., VII, Torino, 1929, p. 634; in vigenza del nuovo codice civile, cfr. Gerbo F., *Clausola penale e danno*, in Riv. Dir. Civ., 1983, II, p. 206 e ss..

97 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 673.

dovuta malgrado l'insussistenza di danni subiti dalla parte adempiente⁹⁸.

L'impostazione in termini puramente risarcitori della clausola penale non sembra, ad ogni modo, pienamente convincente, soprattutto in considerazione del dato letterale delle norme codicistiche.

Premesso che la clausola penale determina *a priori* il danno patito da una delle parti, ritenere che la stessa assuma necessariamente una funzione risarcitoria comporta l'inevitabile necessità di ammettere che essa, pur volendosi ricondurre a una certa regola (quella del risarcimento del danno da inadempimento), debba immediatamente ammetterne una vistosa deroga⁹⁹.

Bisogna ammettere che la clausola penale segue regole diverse da quelle del risarcimento. E ciò proprio in ragione del fatto che risarcimento non è.

Al riguardo, è stato osservato che il risarcimento non riassume in sé la funzione più autentica dell'obbligazione penale, potendo questa anche preordinarsi a una riparazione, trascendendo l'effettiva incidenza dei danni patrimoniali¹⁰⁰. Si osserva, inoltre, che l'accostamento (*rectius* l'appiattimento) della clausola penale nel paradigma risarcitorio non spiegherebbe la rilevanza delle norme (quali quelle che sanciscono l'irrilevanza della prova del danno, il divieto di cumulo e la riducibilità della penale eccessiva), così profondamente distanti dalla disciplina del risarcimento medesimo.

Ancora, senza voler ripetere quanto scritto nel codice, basta ricordare che il secondo comma dell'art. 1382, c.c., disancora la penale dalla prova del danno subito, elidendo uno dei presupposti indefettibili che, in assenza di tale pattuizione, consente di parlare di risarcimento.

Inoltre, l'art. 1384, c.c., dispone che il giudice valuti la possibilità di ridurre la penale in relazione all'interesse del creditore all'adempimento e non, invece, al danno da questi sofferto, come ci si sarebbe legittimamente aspettati qualora l'istituto in parola avesse una funzione meramente

⁹⁸ Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, cit., 276.

⁹⁹ Concorda sull'impossibilità di ricostruire la clausola penale in termini puramente risarcitori Gallarati A., *La clausola penale*, cit., il p. 412, il quale osserva che la funzione risarcitoria non agisce in via preventiva ma esclusivamente in un momento successivo e, per sua natura, non supera l'ammontare del danno prevedibile.

¹⁰⁰ Mazzarese S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 270.

risarcitoria¹⁰¹.

L'impostazione secondo la quale la clausola penale avrebbe natura meramente risarcitoria confonde l'interesse del creditore a ricevere la prestazione con il danno risarcibile, non essendo sempre corretto l'assunto in base al quale la frustrazione di tale interesse determina un danno¹⁰²; peraltro, come si anticipava, nella (non infrequente) ipotesi di una penale di importo maggiore del danno lamentato dal creditore, dovrebbe per coerenza inferirsi la nullità della stessa per assenza di causa¹⁰³. Tale conseguenza è, ovviamente, eccessiva perché, nella migliore delle ipotesi, incide negativamente sull'effettività della penale, minando gli elementi che maggiormente garantiscono l'adempimento della prestazione dedotta in un contratto in cui è prevista la clausola penale stessa, ovvero la certezza e la rapidità nella definizione di una potenziale situazione patologica nel contratto.

Nonostante le tante critiche sollevate contro l'impostazione in parola, i fautori della tesi della natura meramente risarcitoria della clausola penale ritengono che la sua disciplina e, in particolare, la disposizione di cui all'art. 1384, c.c., in materia di potere giudiziale della riduzione della penale, sia espressione della regola che vorrebbe il risarcimento compensativo della perdita subita¹⁰⁴.

Il richiamo all'art. 1384. c.c., tuttavia, non sembra in grado di dimostrare la natura puramente risarcitoria della penale, posto che il criterio di riferimento della norma è la manifesta eccessività, non il danno patito dalla parte adempiente.

Assunta l'insufficienza della ricostruzione in termini puramente risarcitori della clausola penale, può

101 In tal senso, Baratella M.G., *Le pene private*, cit., p. 48.

102 Si pensi, ad esempio, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 1256, c.c..

103 Pellegrini G.M., *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, nota a Cass., 27 febbraio 1996, n. 1541, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 801 e ss..

104 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 683. Non è mancato anche chi ha negato la funzione punitiva della clausola penale utilizzando ragionamenti tipici dell'analisi economica del diritto. In proposito, può citarsi l'esempio riportato da Pardolesi P., *Liquidazione contrattuale del danno*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 251 e ss., secondo il quale, in presenza di paciscenti entrambi avversi al rischio, è molto improbabile la determinazione di una clausola penale di importo superiore al danno che effettivamente si patirebbe in seguito all'inadempimento. *Tale assunto è, ad avviso di chi scrive, discutibile* nella parte in cui dimostra esclusivamente ciò che era dato determinare dalle sue premesse; modificando i presupposti iniziali, in termini di diversa avversità al rischio dei contraenti, il risultato potrebbe essere molto diverso.

criticarsi l'idea (tipica della dottrina più risalente) secondo la quale l'art. 1382, c.c., andrebbe interpretato come una norma sulla prova, che consentirebbe al creditore di ottenere il risarcimento allegando il mero fatto dell'inadempimento, imponendo al creditore la dimostrazione dell'assenza di danno¹⁰⁵.

Una simile interpretazione, a tacer d'altro, si discosta notevolmente dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, secondo la quale – per ottenere il risarcimento del danno da inadempimento di obbligazioni – il creditore è tenuto unicamente alla prova dell'inadempimento, mentre il danno deve essere semplicemente allegato¹⁰⁶.

1.3 Le funzioni della clausola penale. Funzione punitiva.

Una diversa impostazione, prendendo le mosse da una profonda critica della lettura in termini meramente risarcitori della clausola penale, ha finito per riconoscerle una funzione coercitiva o sanzionatoria, volta a rinforzarne il vincolo contrattuale¹⁰⁷.

In particolare, la penale sarebbe una forma di assicurazione del rischio di inadempimento, mediante la quale il debitore sarebbe spinto all'adempimento della prestazione oggetto del contratto in considerazione della presenza di una misura volta a sanzionare una sua eventuale rottura del vincolo contrattuale; di contro, il creditore sosterebbe maggiori costi al momento della conclusione del contratto, bilanciati dalla presenza di questa particolare garanzia¹⁰⁸.

Alcuni annoverano espressamente la clausola penale tra le pene private, riconoscendole finalità preventive e punitive. L'efficacia preventiva sarebbe assicurata dalla pressione indotta al debitore dalla presenza di una clausola penale; quella punitiva non sarebbe incoerente con l'eventuale riduzione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 1384, c.c., anche in ragione del fatto che tale

105 In tal senso, Butera A., *Il codice civile italiano commentato. Obbligazioni*, Torino, 1943, p. 353.

106 Ci si riferisce all'orientamento divenuto maggioritario a seguito della pronuncia a Sezioni Unite n. 13533 del 2001.

107 Moscati E., *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 236 e ss..

108 Pardolesi R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto S., Napoli, 1989, I, p. 522; Mattei U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, p. 603.

riduzione deve tenere debitamente in considerazione le ragioni creditorie¹⁰⁹.

Un primo indizio della natura punitiva della clausola penale potrebbe rinvenirsi nel secondo comma dell'art. 1382, c.c., che stabilisce che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno¹¹⁰.

La lettura in termini esclusivamente sanzionatori dell'istituto consentirebbe di spiegare il principale effetto connesso alla clausola, ovvero quello di limitare il risarcimento alla prestazione promessa. Se si assume che la clausola penale abbia una funzione prevalentemente sanzionatoria, ne deriva che la sua quantificazione, pur preventiva rispetto al momento del danno e, quindi, della concreta determinabilità del risarcimento che ne consegue, sarà sempre (astrattamente) superiore al danno preventivato. Non sarebbe allora necessario – perché eccessivamente gravoso per il debitore inadempiente – consentire, unitamente alla prestazione oggetto della clausola penale, anche la prestazione derivante dall'obbligazione risarcitoria. La risarcibilità del danno ulteriore andrebbe pertanto letta come una clausola di salvaguardia che consente al creditore (*latu sensu* assicurato) di ottenere, qualora la preventiva valutazione del danno non sia stata corretta, quantomeno il riconoscimento del danno patito.

La funzione punitiva della clausola penale non contrasterebbe, poi, con il disposto di cui all'art. 1384, c.c., norma ritenuta non derogabile dalle parti¹¹¹, che prevede il potere di intervento del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva.

Il limite della manifesta eccessività (in luogo dell'eccessività *tout court*) può considerarsi un indizio del fatto che l'intervento giudiziale debba essere letto in termini di una forma di controllo dell'ordinamento sugli atti di autonomia contrattuale¹¹².

109 Ponzanelli G., voce *Pena Privata*, cit., p. 1 e ss.; Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 33 e ss.; Moscati E., *Pena privata e autonomia privata*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 235 e ss..

110 In tal senso. Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 673.

111 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 684.

112 Moscati E., voce *Pena Privata*, cit., p. 770 ss.. La *ratio* della disposizione dovrebbe rinvenirsi nella necessità di ricondurre l'autonomia privata entro i limiti in cui è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in sintonia con il principio di solidarietà sociale espresso dalla Costituzione e con la clausola di buona fede, riguardante anche la formazione del contratto. Tale considerazione è rafforzata dall'orientamento assunto dalla giurisprudenza, ormai assestata in senso favorevole alla rilevabilità d'ufficio della manifesta eccessività della clausola penale. L'intervento del

Le impostazioni favorevoli al riconoscimento a una funzione punitiva della clausola penale pongono l'accento sull'effetto deterrente che connoterebbe strutturalmente l'istituto. Si pensi, a esempio, ai casi di violazione di un patto di non concorrenza o di un sindacato di voto o di blocco, in cui può dirsi presente il carattere punitivo tipico della pena privata.

Il riconoscimento di una funzione unicamente punitiva in capo alla clausola penale ha sollevato diverse obiezioni, soprattutto da parte di coloro che sostengono che una siffatta funzione, qualora fosse l'unica riconosciuta all'istituto in questione, non potrebbe che contrastare con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, declinato come principio di parità reciproca che, più in generale, contrasterebbe con la possibilità stessa di ammettere pene private all'interno dell'ordinamento italiano¹¹³.

Una simile obiezione non sembra cogliere nel segno, essendo la clausola penale frutto di un accordo tra le parti e non un'imposizione dell'una nei confronti dell'altra.

In effetti, il ragionamento che porta a ritenere inammissibile una qualsiasi funzione punitiva all'interno della clausola penale sembra confondere due momenti diversi: quello della stipulazione, in cui le parti sono astrattamente libere di determinare secondo il proprio interesse il contenuto del regolamento contrattuale, e quello dell'esecuzione, in cui le parti sono invece obbligate a dare seguito alle prestazioni promesse, tra le quali può rientrare a pieno titolo anche una clausola penale particolarmente gravosa (pur nei limiti della non manifesta eccessività) per una delle parti.

Nemmeno convincente sembra l'assunto in base al quale il maggior limite alla funzione unicamente punitiva della clausola penale si riscontrerebbe nella formulazione dell'art. 1382, primo comma, c.c., nella parte in cui afferma il principio di alternatività tra la penale e il risarcimento.

Come si è visto, l'alternatività tra clausola penale e risarcimento, lungi dall'escludere la presenza di una funzione punitiva all'interno della clausola penale, sembrerebbe invece confermarla e

giudice andrebbe quindi qualificato in termini di equità correttiva e non suppletiva. Con esso, l'ordinamento – per mezzo dell'organo giudicante – interverrebbe per correggere la "razionalità limitata dei contraenti", non sempre in grado di formulare una previsione realistica sui danni che il futuro inadempimento di una delle parti potrebbe determinare.

113 Bianca C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2002, p. 127.

mirerebbe, in modo sostanzialmente analogo a quanto avviene con l'art. 1384, c.c., a scongiurare ipotesi di una prestazione che – complessivamente intesa – sarebbe manifestamente eccessiva e dunque troppo gravosa per il debitore inadempiente.

1.4 La tesi della duplice funzione della clausola penale.

L'orientamento oggi prevalente ritiene che possano coesistere nella clausola penale le due riportate funzioni, risarcitoria e sanzionatoria, postulando la struttura eclettica della clausola penale.

Si ritiene che, mediante la clausola in parola, i contraenti disciplinino gli effetti dell'inadempimento con modalità differenti da quelle stabilite dalla legge, individuando una tecnica preventiva e convenzionale di liquidazione del danno.

Tale funzione può coesistere con quella punitiva in quanto con la stipulazione è concordata anche una sanzione per l'inadempimento, consistente nella prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare in favore della controparte, indipendentemente dal danno da questa sofferto¹¹⁴.

In altre parole, la clausola penale mirerebbe tanto alla tutela del creditore quanto a sanzionare il debitore inadempiente¹¹⁵.

La sanzione al debitore è l'elemento di maggior interesse nello studio dell'istituto: la clausola individua *ex ante* quale sarà il costo dell'inadempimento, stabilendo al contempo che l'adempimento della prestazione oggetto della penale sia dovuta a prescindere dalla prova del danno.

In tal modo agevolmente superate le insufficienze del rimedio risarcitorio, soprattutto con riferimento alle difficoltà che l'esercizio di un'azione processuale inevitabilmente comporta.

Parlare apertamente di una funzione (*anche*) sanzionatoria della clausola penale consente di ritenere che la stessa abbia una spiccata attitudine deterrente sul debitore.

Ovviamente la capacità di una norma sanzionatoria di realizzare il proprio scopo, ovvero quello di

114 Si esprime in questi termini, Cass., sent. n. 2532/2000. Di un'unica obbligazione penale, coniugante le due funzioni della clausola penale, parla Mazzaresse S., *La clausola penale*, cit., p. 186.

115 D'Avino S., *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, cit., p. 1049.

scongiurare il compimento di un'azione non voluta (in questo caso l'inadempimento del creditore), dipende dal concreto contenuto della prestazione pattuita e dalla sua certezza nell'applicazione: tanto più una sanzione è severa e certa, tanto meno il soggetto da essa inciso sarà determinato a violare il precetto (in questo caso la prestazione dedotta in contratto)¹¹⁶. In quest'ottica, potrebbe sostenersi che la clausola penale costituisca una giusta misura risarcitoria nel momento in cui riesce a riparare i danni derivanti dall'inadempimento e, se del caso, determina una giusta eccedenza in favore della parte adempiente¹¹⁷.

È, del resto, conforme a quanto avviene nella normale prassi delle relazioni contrattuali che le parti, nel momento in cui determinano la prestazione oggetto della clausola penale, ritengono che la stessa abbia un valore superiore ai danni prevedibili: tale soluzione è volta a garantire il carattere coercitivo della clausola penale¹¹⁸.

La clausola penale costituisce quindi uno strumento eclettico a disposizione dei contraenti, in grado di assumere, secondo i casi, tratti più vicini al mero risarcimento o, di converso, prossimi a una vera e propria sanzione civile.

È importante sottolineare che la possibilità di un utilizzo ampio della clausola penale, in grado di modellare l'istituto secondo le concrete necessità dei contraenti (e non in base a preconette opzioni teoriche) non può essere così esteso da determinarne lo snaturamento. È opinione comune che non è possibile pattuire una clausola penale irrisoria (in quanto nulla ai sensi dell'art. 1229, c.c.¹¹⁹) né manifestamente eccessiva¹²⁰.

Vista in questi termini, la clausola penale potrebbe interpretarsi alla stregua di un vero e proprio

116 La penale sarebbe meramente afflittiva nel momento in cui fosse dovuta indipendentemente dalla presenza di veri e propri danni patrimoniali e dalla volontà delle parti di prescindere da una previsione risarcitoria. In tal senso, Mazzarese S., *La clausola penale*, cit., p. 187.

117 Tardia I., *Clausola penale*, cit., p. 492.

118 Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, cit. p. 276.

119 Mazzarese S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 279; Chiné G. - Zoppini A., *Manuale di Diritto Civile*, Nel diritto, 2011, p. 1845; Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 679. Lo stesso A., a p. 685, ricorda come il codice civile francese prevede anche la possibilità che il giudice aumenti la penale irrisoria.

120 Secondo Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 406, il potere correttivo del giudice sarebbe uno degli indici della potenzialità anche punitiva della clausola penale.

patto sanzionatorio¹²¹, che tutela le ragioni del creditore per mezzo di un rimedio di carattere punitivo, da attivare in caso di inadempimento della controparte.

I contraenti potrebbero sfruttare la duplice valenza, ora risarcitoria, ora punitiva, della clausola penale, avendo a disposizione un "*sistema di default rules in cui ad una parte imperativa se ne affianca una dispositiva*"¹²². Tale sistema è stato similmente interpretato da chi ha ritenuto di distinguere la funzione oggettiva, ovvero quella da attribuire in astratto all'istituto, da quella soggettiva, che sarebbe quella assegnata alla clausola penale dalle parti¹²³.

Nell'ambito dell'orientamento in parola sono inoltre emerse posizioni volte a distinguere due tipologie di penale.

La clausola penale andrebbe considerata pura se connotata da una funzione unicamente sanzionatoria e non pura se presenta anche finalità di tipo risarcitorio¹²⁴.

Posta tale distinzione, si è ritenuto che il legislatore avrebbe scelto di disciplinare la sola clausola penale non pura, ovvero quella in cui il riferimento delle parti al risarcimento produce sia l'effetto limitativo del risarcimento (salva, se convenuta, la risarcibilità dei danni ulteriori), sia il divieto di cumulo con la prestazione principale¹²⁵.

Nel secondo caso il creditore potrebbe o chiedere l'adempimento della prestazione oggetto della penale o scegliere di non avvalersi della clausola, ricorrendo alle generali norme del codice civile in

121 Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, cit., p. 282. In particolare, l'A. distingue la valutazione astratta dell'istituto, in ragione della quale può affermarsi che la penale è un patto sanzionatorio, dalla valutazione del singolo caso, che può non presentare gli elementi caratteristici del patto sanzionatorio.

122 Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 407.

123 Tardia I., *Clausola penale*, cit., p. 494. L'A. afferma, in particolare che, mentre i privati sarebbero sostanzialmente liberi di creare, con riferimento al singolo caso, una vera e propria sanzione civile (pur sempre riconducibile al tipo di legge), l'ordinamento non consentirebbe di giungere alla medesima conclusione, posto che l'obiettivo finale perseguito dal legislatore sarebbe quello di realizzare un effettivo contemperamento tra i contrapposti interessi delle parti.

124 Trimarchi P., *La clausola penale*, cit., p. 89. Secondo Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, cit., p. 269, potrebbe anche configurarsi una penale successiva, ovvero "*un patto di liquidazione convenzionale e successiva dei danni mediante il quale, cioè, le parti si impegnano a convenire, successivamente all'inadempimento, la liquidazione dei danni escludendo il ricorso giurisdizionale in ordine all'accertamento della esistenza e alla liquidazione dei danni*".

125 Mazzarese S., *Clausola penale (art. 1382)*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1999, p. 213.

materia di risarcimento del danno¹²⁶.

A fronte di una disciplina dettagliata della clausola penale non pura, mancherebbe una disciplina della clausola penale pura, ovvero quella rispetto alla quale il creditore può agire per ottenere la penale e il risarcimento del danno¹²⁷.

Penale pura e penale non pura, tuttavia, potrebbero entrambe rientrare nel più ampio concetto di patti sanzionatori, oscillanti tra i due poli opposti dell'obbligazione penale e di quella risarcitoria, senza coincidere né con la prima né con la seconda¹²⁸.

In effetti, se la penale non pura coincidesse con il risarcimento del danno, non si spiegherebbe la ragione per cui è disposta una disciplina così derogatoria rispetto ai normali paradigmi risarcitori. Dunque, "*un margine di penalità pura*" andrebbe riconosciuto anche alla clausola penale non pura¹²⁹.

1.5 La clausola penale nella dimensione economica.

La vista dimensione eclettica della clausola penale troverebbe conferma anche da una lettura in chiave economica dell'istituto: la penale limita l'internalizzazione dei danni in modo predeterminato e forfettario, cosicché la parte che concede la penale possa ottenere, durante le negoziazioni, concessioni su altre clausole del contratto, abbattendo al contempo i costi transattivi di una controversia¹³⁰.

Essa costituisce un incentivo all'adempimento attraverso la previsione di un "prezzo" che l'inadempiente dovrebbe pagare alla controparte.

126 Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 408.

127 Franzoni M., *La clausola penale*, cit., p. 674. L'ammissibilità di una clausola penale pura deve tenere conto, innanzitutto, di quanto disposto dall'art. 1382, c.c., che pur ammettendo la risarcibilità del danno ulteriore, non permette al contempo la risarcibilità di tutti i danni in aggiunta alla penale e, in secondo luogo, del divieto di cumulo tra penale e prestazione principale di cui all'art. 1383, c.c.. A fronte di tali questioni, Mazzaresse S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 275, afferma che altre norme, quali il comma 2 dell'art. 1382, la seconda parte dell'art. 1383 e l'ultima parte dell'art. 1384, consentono di deporre in favore di una clausola penale (che sia anche) pura in quanto ipotizzano casi di debenza della penale indipendentemente dalla produzione di danni risarcibili.

128 Mazzaresse S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 269; Tardia I., *Clausola penale*, cit., p. 493.

129 Mazzaresse S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 273.

130 Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 411.

L'entità di tale prezzo – e in particolare la circostanza che lo stesso sia previsto indipendentemente dal risarcimento del danno – consentirà di determinare se la clausola penale sia da considerare, nel caso di specie, una pena privata o un risarcimento¹³¹.

Le parti, nel momento in cui collegano al contratto la penale, oscillano tra due poli, potendo scegliere tra una penale con funzione precipuamente compulsoria e una penale prevalentemente risarcitoria e repressiva¹³².

La penale può quindi essere vista sia in chiave proattiva, in quanto costituisce un deterrente per il debitore, sia in chiave reattiva, in quanto consente una rapida gestione dell'inadempimento, soprattutto in settori in cui è risultata utile e più funzionale rispetto al regime codicistico di risarcimento del danno¹³³.

L'incentivo sarà valido fino a quando la clausola penale sarà in grado di prevenire situazioni di inadempimento efficiente¹³⁴, essendo di ammontare superiore sia ai costi del corretto adempimento che al danno previsto conseguente all'eventuale inadempimento.

Caratterizzata in questi termini la clausola penale, si pone il problema di comprendere quanto siano auspicabili misure di questo tipo, posto che – in termini economici – la soluzione complessivamente più conveniente sarebbe quella dell'inadempimento efficiente.

Una simile domanda non può tuttavia essere risolta in via meramente interpretativa, essendo quanto mai necessario che tale scelta sia compiuta dagli organi deputati a definire gli orientamenti politici.

Dal punto di vista strettamente tecnico può dirsi che, qualora si optasse per una tutela forte del contratto, dovrebbero potersi ammettere strumenti riparatori con efficacia sovracompensativa a

131 Gallarati A., *La clausola penale*, cit., p. 410.

132 Mazzaresse S., *Clausola penale e pene private*, cit., p. 277.

133 Tardia I., *Clausola penale*, cit., p. 488.

134 L'inadempimento è da considerare efficiente nel momento in cui assicura una completa internalizzazione dei costi proiettati all'esterno, ovvero nel caso in cui il vantaggio conseguito dall'autore dell'inadempimento lo induca razionalmente a recare pregiudizio alla controparte al fine di garantire una migliore allocazione delle risorse. In proposito, cfr., Cooter R., Mattei R., Monateri A., Pardlesi P., Ulen T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006, p. 321; Bellantuono G. - Iamicelli P., *Analisi economica del diritto*, 2005, p. 74. In particolare, Pardolesi P., in *Voce Disgorgement*, Enc. Giur., 2005, p. 5, afferma che la teoria dell'inadempimento efficiente può determinare il paradosso per il quale si incoraggia l'inadempimento contrattuale al fine di garantire una migliore riallocazione delle risorse, mettendo in risalto come le risorse economiche dovrebbero essere indirizzate verso il loro uso più efficiente.

ristoro dei danni (di tutti i danni, non solo di quelli che potrebbero emergere in sede di applicazione di clausola penale); diversamente, se la scelta fosse quella di favorire la massima circolazione della ricchezza e ottimizzare le transazioni, misure di questo tipo troverebbero scarsa applicazione, al prezzo però di una maggiore incertezza nei rapporti contrattuali, con il conseguente sovraccarico dei Tribunali civili.

2. *Gli interessi moratori.*

Proseguendo nell'analisi degli istituti tradizionalmente intesi alla stregua di pene private conseguenti all'inadempimento di una prestazione contrattuale, anche gli interessi moratori possono annoverarsi tra le misure di tipo sanzionatorio volte a perseguire l'inadempimento della controparte, precisamente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria.

Com'è noto, gli interessi moratori si distinguono da quelli corrispettivi che, diversamente dai primi, corrispondono al *controvalore* per il godimento del capitale da parte di un soggetto. Gli interessi corrispettivi mirano alla remunerazione del capitale e, secondo la formulazione di cui all'art. 1282, c.c., producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente.

Ciò non avviene nel diverso caso degli interessi moratori, i quali, soprattutto quando sono stati determinati in via convenzionale¹³⁵ presentano, in modo non dissimile dalla clausola penale, una funzione insieme risarcitoria e sanzionatoria.

L'analogia con la clausola penale è ancor più forte se si considera che gli interessi moratori sono corrisposti a prescindere dalla prova del danno subito dal creditore¹³⁶.

135 Gli interessi moratori possono essere liberamente determinati dalle parti, con il significativo limite del tasso-soglia introdotto dalla legge n. 108/1996 in materia di usura.

136 Quest'ultimo può anzi dimostrare il maggior danno eventualmente patito a seguito dell'inadempimento del debitore. Sul tema della dimostrabilità del maggior danno si è sviluppato un lunghissimo dibattito giurisprudenziale, ormai definito dalle SS. UU. della Corte di Cassazione con sent. n. 19499/2008, seguita dalla giurisprudenza successiva (da ultimo, Cass. n. 8755/14), nella quale si afferma che " *nelle obbligazioni pecuniarie il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c. rispetto a quello già coperto dagli interessi moratori è, in via generale, riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento, nell'eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso di rendimento medio annuo netto dei titoli di stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi dell'art 1284 cc, comma 1, salva la possibilità per il debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore e per il*

È stato affermato che gli interessi moratori sono una sanzione a struttura obbligatoria e a carattere penale che ammette la risarcibilità del danno maggiore, inversamente all'effetto, di regola limitativo del risarcimento, proprio della clausola penale¹³⁷.

Clausola penale e interessi moratori condividono una comune *ratio* punitiva¹³⁸, dimostrata anche dalla possibilità di risarcire il danno ulteriore prevista da entrambi gli istituti.

La struttura anche sanzionatoria dell'art. 1224, c.c., e il suo rapporto con l'art. 1382, c.c., è ancor più evidente nel momento in cui i contraenti fissino l'interesse che il debitore inadempimento dovrà sostenere.

In questo caso, in effetti, si è di fronte a un patto collegato a un contratto principale, fonte di un'obbligazione pecuniaria e volto a disciplinare le conseguenze del ritardato adempimento di tale obbligazione. Mediante il patto di interessi sorgerà, quindi, un diverso rapporto tra le parti che sembra configurare una clausola penale da ritardo¹³⁹.

La vicinanza strutturale dell'accordo in tema di interessi moratori con la clausola penale è ulteriormente avvalorata dal fatto che l'art. 1224, c.c., sancisce in linea di principio l'irrisarcibilità del danno ulteriore patito dal creditore, esattamente come dispone – in tema di clausola penale – l'art. 1382, c.c.. Detta norma, infatti, sancisce in termini di alternatività i rapporti tra l'obbligazione prevista nella clausola penale e quella da risarcimento.

creditore di provare il maggior danno effettivamente subito". Per una ricostruzione della giurisprudenza antecedente e del percorso seguito per individuare la prova del maggior danno subito dal creditore, cfr. Achille D., *Ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie e danno (ovvero il danno da svalutazione monetaria secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, Riv. Dir. Civ., 2009, 2, p. 215 e ss..

137 Mazzaresse S., *Clausola penale*, cit., p. 236.

138 Marini, *La clausola penale*, cit., p. 55; Gabrielli E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in Rass. Dir. Civ., 1984, p. 913; De Luca, *La clausola penale*, Milano, 1998, p. 51. Tale impostazione è avversata da coloro che, partendo dal presupposto che in un sistema capitalistico il denaro è un bene di per sé produttivo di ricchezza, la cui indisponibilità anche temporanea arreca al creditore un danno distinto rispetto agli ulteriori pregiudizi di per sé derivanti dal tardivo adempimento dell'obbligazione pecuniaria, sostengono la natura meramente risarcitoria degli interessi moratori. Tra questi, possono menzionarsi Ascarelli T., *Le Obbligazioni pecuniarie*, in Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1959; Quadri E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in Tratt. Rescigno, IX, Torino 1999, p. 525, Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2/1 *Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, 2004, Padova, p. 50.

139 La giurisprudenza, secondo un orientamento costante, qualifica il patto di determinazione degli interessi moratori in termini di clausola penale (cfr., da ultimo, Cass., sent. n. 4288/2014).

3. *L'art. 1526, c.c.*

Nell'ambito delle pene private da inadempimento merita menzione l'art. 1526, c.c..

Tale norma dispone, nell'ambito della disciplina in materia di vendita a rate con riserva di proprietà, che, qualora sia convenuto che le rate pagate siano acquisite al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta.

Probabilmente sarebbe stato più corretto utilizzare un termine diverso da "indennità", che tecnicamente evoca una misura derivante da un comportamento lecito (si pensi all'indennità di espropriazione, nel diverso ambito del diritto amministrativo), ma la dottrina in materia ha da tempo dimostrato il carattere spesso atecnico della nozione¹⁴⁰.

L'indennità considerata dall'art. 1526, c.c., presenta, similmente a quanto visto per il caso degli interessi moratori convenzionali, significative analogie con la clausola penale¹⁴¹: anche in questo caso si è in presenza di un patto collegato a un contratto, in grado di determinare precise conseguenze in seguito all'inadempimento dell'obbligazione, non necessariamente corrispondenti al danno patito dalla parte non inadempiente (non foss'altro perché sancite *a priori*) e volto a tutelare le ragioni di quest'ultima, seppur con il filtro del possibile intervento giudiziale di riduzione. Più nel dettaglio, dovrebbe intendersi alla stregua di una penale determinabile mediante il rinvio a una fonte esterna, rappresentata dalla "volontà del debitore"¹⁴².

La somiglianza strutturale tra la clausola prevista dall'art. 1526, c.c., e la penale contrattuale, non è pienamente condivisa.

140 Ciccarello S., *Indennità*, in Enc. Dir., XXI, 1971, 99 ss. afferma che gli elementi che connotano le fattispecie indennitarie sono la corrispettività, l'assenza di illecito e il carattere pecuniario della prestazione. In esse sono ricomprese tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto a una prestazione in denaro quale corrispettivo di un servizio da altri prestatore o in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge, dell'altrui interesse. È una prestazione che mira alla reintegrazione non tanto del patrimonio nel suo complesso quanto, piuttosto, del singolo bene. Scognamiglio R., *Indennità*, in Noviss. Dig. It., Torino, 1982, p. 595, sostiene che la terminologia in materia di indennità appare generica e approssimativa, volta a prospettare un possibile sinonimo per una serie di istituti diversi e talora divergenti.

141 Concordano su tale similitudine Rubino D., *La compravendita*, in Tratt. Dir. Civ. e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, XXIII, p. 443; Greco P., Cottino G., *Della vendita*, in Commentario, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1981, p. 447; Luminoso A., *La compravendita*, Torino, 2011, p. 146.

142 Facchiano A., *L'art. 1526, 1° cpv, c.c. e la clausola penale*, in Giur. Cass. Civ., 1954, V, p. 595 e ss.

Secondo alcuni, appiattendo la disposizione in materia di compravendita alla clausola penale, si ricondurrebbe a quest'ultima una norma che non si presta affatto sempre a essere qualificata in questi termini, specie se si considera che, al primo comma, l'art. 1526, c.c., fa espresso riferimento all'equo compenso per l'uso della cosa¹⁴³.

La giurisprudenza, tuttavia, sembra prevalentemente orientata verso il primo dei predetti orientamenti, ritenendo che la misura di cui all'art. 1526, c.c., costituisce nei fatti una penale e sia, dunque, da assoggettare alla disciplina di cui agli artt. 1382 e ss., c.c.¹⁴⁴.

4. *Le sanzioni endoassociative*

La ricostruzione della pene private da inadempimento non può prescindere dall'analisi delle cd. sanzioni endoassociative, storico crocevia del rapporto tra autonomia associativa e autonomia contrattuale¹⁴⁵.

Il settore delle associazioni, del resto, è uno di quelli in cui non vi sono storicamente forti ostilità al riconoscimento della ricorrenza di pene private¹⁴⁶.

La *ratio* di un potere riconosciuto all'associazione di intervenire applicando una sanzioni agli associati si rinviene, secondo un'impostazione risalente¹⁴⁷ di recente riproposta in dottrina¹⁴⁸, nella presenza di una potestà pubblicistica originaria all'interno dell'associazione stessa.

143 Mazzarese S., *Clausola penale*, cit., p. 299.

144 Cass. n. 2909/1996, cit.; Cass., 2008/19697; Cass., 4969/2007; Cass., 18195/2007; Cass. 4969/2007; Cass. 888/, Cass., sent. n. 19272/2014; Cass., sent. n. 26452/2014. Viene spesso riportato il seguente principio di diritto: "la clausola di irripetibilità dei canoni riscossi dal concedente, la cui previsione convenzionale è contemplata dallo stesso secondo comma dell'art. 1526 cod. civ. (con conseguente potere riduttivo del giudice "secondo le circostanze"), è da qualificarsi come clausola penale, giacché volta alla predeterminazione del danno risarcibile nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore".

145 Storicamente, si sono contrapposte due opposte visioni nello studio del fenomeno associativo. A chi riconduce l'associazionismo entro i binari contrattuali, considerando l'autonomia associativa una espressione di quella contrattuale (Galgano F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1976, p. 171) si contrappone chi (Ferri G. B., *L'autonomia privata*, Milano, 1959; Rescigno P., *L'autonomia dei privati*, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Modena, 1988, p. 534) distingue la prima dalla seconda, ritenendole due diverse espressioni dell'autonomia privata.

146 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 266.

147 Pozzi A., *Tutela istituzionale del socio espulso dall'associazione non riconosciuta*, Foro it., 1974, I, 1155.

148 Busnelli F. D. Patti S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 207, sostengono che in tal modo sarebbe accentuato il rapporto di subordinazione gerarchica e sarebbe evidenziato il "potere" dell'ente di infliggere sanzioni disciplinari e la corrispondente posizione del socio quale destinatario di una sanzione punitiva.

Diversamente, l'orientamento che riconduce integralmente il fenomeno associativo al contratto¹⁴⁹, tende a conformare le sanzioni endoassociative all'interno delle penali contrattuali, in quanto tali soggette alla disciplina degli art. 1382 e ss., c.c..

La prima – fondamentale – ricaduta di quest'ultima impostazione è quella di applicare l'intero armamentario logico visto nello studio della penale, a partire dalla sua (asserita) necessaria patrimonialità, alla categoria delle sanzioni endoassociative, le quali invece ben potrebbero avere connotati diversi.

Tale conclusione non è ritenuta indivisibile da chi sottolinea che è la stessa Carta Fondamentale, all'art. 18, a riconoscere il diritto di associazione, con il logico postulato che sarebbero gli associati, mediante regole interne (e non la legge, peraltro per il tramite di norme applicate in via analogica) a poter stabilire il contenuto del patto associativo, anche mediante sanzioni strutturalmente diverse dalla clausola penale¹⁵⁰.

Il controlimite a una così vasta potestà punitiva sugli associati dovrebbe, a questo punto, rinvenirsi nella corretta interpretazione della libertà di associazione che, se da un lato giustificherebbe la possibilità di applicare misure diverse dalla penale contrattuale, non potrebbe in alcun modo consentire comportamenti lesivi dei diritti inviolabili dell'uomo. L'art. 2 della Costituzione vieta la previsione di qualsiasi misura diretta a punire comportamenti degli associati che esprimono valori fondamentali della persona umana¹⁵¹.

Una simile conclusione, tuttavia, pone il problema di individuare gli strumenti di tutela per l'associato che sia "vittima" di una misura ingiusta.

In questi casi l'orientamento in questione torna ad invocare le norme in materia di penale, e

149 In particolare, Galgano F., *Trattato di diritto civile*, 2009, I, p. 209 e ss..

150 Significativamente, Leondini G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, Padova, 1998, p. 250, afferma che la vigente Costituzione riconosce e garantisce il profilo individuale della libertà di associazione e che la stessa non avrebbe accolto integralmente la concezione contrattualistica del fenomeno associativo. L'idea che il potere sanzionatorio endoassociativo derivi dalla scelta del legislatore di non interferire, quando possibile, nei rapporti tra gli associati è espressa chiaramente in Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 267.

151 Basile M., *Le pene private nelle associazioni*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 190.

precisamente l'art. 1384, c.c., quantomeno qualora la sanzione abbia carattere pecuniario¹⁵².

Probabilmente, una soluzione più coerente sarebbe quella di considerare il rapporto associativo alla stregua di una particolare manifestazione del rapporto contrattuale, all'interno del quale la presenza della personalità giuridica gioca un ruolo modificativo nell'insieme di diritti e doveri che normalmente ci si attenderebbe tra due contraenti¹⁵³.

Ne deriva che le vicende che possono verificarsi in una fase patologica di tale rapporto devono ricondursi alla categoria contrattuale.

In tal modo – senza invocare l'analogia – possono ritenersi applicabili le norme in materia di contratto e, in particolare, la penale che – come si è affermato in precedenza – potrebbe anche svincolarsi dal carattere della necessaria patrimonialità e quindi divenire una norma funzionale, in casi come questo, alla tutela completa dei diritti della parte contrattuale¹⁵⁴.

152 Basile M., *Le pene private nelle associazioni*, cit., p. 190.

153 Galgano F., *Trattato di diritto civile*, cit., p. 245.

154 Sostiene la necessità del carattere patrimoniale della sanzione endoassociativa, Baratella M. G., *Le pene private*, p. 62 . In presenza di sanzioni endoassociative morali, l'unica soluzione sarebbe quella di un vaglio di conformità con i precetti costituzionali invocabili in argomento, con la conseguenza che il giudice potrebbe intervenire solamente cassando dette misure, senza mai però poterle modificare.

Capitolo III

PENE PRIVATE E RESPONSABILITÀ CIVILE

1. *L'espansione della responsabilità civile.*

La responsabilità civile (qui intesa come responsabilità extracontrattuale) è uno degli istituti che nel corso del tempo ha maggiormente saputo espandere il proprio raggio d'azione per tutelare un numero crescente di interessi.

Negli ultimi due secoli il percorso – o la parabola¹⁵⁵ - della responsabilità civile ha seguito una continua evoluzione, passando dalla tutela dei danni a cose e persone alla protezione di interessi marcatamente patrimoniali, sino ai più recenti approcci in materia di danni non patrimoniali, con una ulteriore evoluzione all'interno di quest'ultima categoria, dal danno morale in senso stretto al danno biologico¹⁵⁶, alla lesione dei diritti della personalità¹⁵⁷. Non è mancato chi ha parlato di "successo della responsabilità civile"¹⁵⁸.

È stato acutamente osservato che il descritto *trend* di crescita della responsabilità civile può – come ogni fenomeno umano – giungere al proprio *zenith* e quindi intraprendere una parabola discendente, soprattutto in relazione all'ascesa di altri istituti, più idonei a gestire il costo sociale degli incidenti,

155 Busnelli F. D., *La parabola della responsabilità civile*, Riv. Crit., 1988, 643 e ss. Lo stesso A. in , *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 27 e ss., individua tre stagioni nello studio della responsabilità civile: la prima caratterizzata dallo sforzo di superare la massima "nessuna responsabilità senza colpa", la seconda contraddistinta dal tentativo di ampliare gli interessi protetti in caso di lesione, la terza, da un approfondimento più consapevole dei temi del danno. Tale impostazione viene recentemente confermata in Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 41 e ss. e in Pedrazzi G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 651 e ss.. Castronovo C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2008, p. 345 ss. rileva un duplice atteggiamento espansivo che caratterizza la responsabilità civile. Il primo atteggiamento, all'interno della stessa, è ravvisato nell'accrescimento delle ipotesi di danno risarcibile; il secondo si manifesta nella tendenza espansionistica della responsabilità civile, che tende a invadere altri settori dell'ordinamento.

156 Sul danno biologico, v. in particolare, Mastropaolo F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Jovene, 1983, Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit.; più di recente, Barcellona P., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008.

157 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 3.

158 Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 39 e ss.

quale l'assicurazione o la previdenza sociale¹⁵⁹.

Il descritto processo espansivo della responsabilità civile, peraltro, ha riguardato non solo il tipo di danno che nel corso del tempo è stato ammesso al risarcimento ma anche l'entità dell'obbligazione risarcitoria, elemento che – tuttavia – molto spesso è rimasto in secondo piano in quanto ritenuto scarsamente significativo, probabilmente meritevole più di interesse della prassi giudiziaria che della riflessione degli studiosi di diritto civile¹⁶⁰.

L'argomento peraltro, negli studi che lo hanno affrontato, è stato quasi sempre analizzato muovendo da posizioni preconcepite e non da una attenta e rigorosa sensibilità scientifica¹⁶¹.

2. Responsabilità civile e principio dell'integrale riparazione del danno. La quantificazione dei danni e la deterrenza.

Secondo l'opinione più diffusa la responsabilità civile avrebbe una funzione precipuamente compensativa e, in quanto tale, strutturalmente volta a restaurare la sfera patrimoniale del danneggiato. Le sarebbe, anzi precluso di assumere funzioni diverse¹⁶².

Ciò sarebbe confermato, in ambito sovranazionale, dall'*European Group of Tort Law*, che, nella norma che disciplina i danni, parla espressamente di compensazione, pur citando incidentalmente lo scopo preventivo¹⁶³.

159 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 4. Sull'insufficienza del ruolo dell'assicurazione quale strumento totalmente alternativo alla responsabilità civile, cfr. Calabresi G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975, pp. 21 e ss.. Il pensiero di Calabresi viene a sua volta criticato dal Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 103 e ss..

160 Gambaro A., *Il problema del valore dei diritti*, Resp. Civ., 1988, p. 900. I primi studi del dopoguerra sulla responsabilità civile risalgono al 1946 e, in particolare, all'opera di De Cupis A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946. Lo stesso A., denuncerà una decina d'anni dopo, in De Cupis A., *Fatti illeciti*, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1959, p. 285, il permanere di un disinteresse della dottrina per la materia.

161 Ponzanelli G., *La responsabilità civile e la predita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 681 e ss. parla di un "quadro di riferimento sempre meno dominato da una sensibilità scientifica e sempre più alterato da tentazioni ideologiche-culturali".

162 Si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Cassazione n. 1183/2007, sulla quale, v. più ampiamente *infra*.

163 European Group of Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Text and Commentary, Vienna-New York, 2005, p. 8. Al riguardo, Vettori G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, cit., p. 695, afferma che i *Principles of European Tort Law*, così come lo *Studi Group on a European Civil Code* (c.d. Progetto von Bar) parlano del danno superando il dogma della centralità della colpa, senza privilegiare in assoluto le ipotesi di

A fondamento di tale impostazione viene chiamato in causa il principio di integrale riparazione del danno, espressione di una precisa impostazione filosofica¹⁶⁴ e ritenuto *ius commune* dei diversi ordinamenti europei.

Di tale principio, tuttavia, non vi è traccia nell'ordinamento, tanto che si è soliti classificare l'integrale riparazione come un principio inespresso¹⁶⁵.

Il fondamento del principio in discussione è tradizionalmente ricavato dall'art. 1223, c.c., in materia di derivazione causale del danno, e dal disposto dell'art. 2056, c.c.. Tali norme, a ben vedere, non sarebbero altro che espressione di una regola di buon senso, posto che è evidente che chi subisce un danno in seguito a un fatto illecito non possa che essere risarcito in modo completo¹⁶⁶.

Il principio dell'integrale riparazione del danno sarebbe giustificato dalle medesime premesse che fondano il principio della colpa¹⁶⁷, per sua natura incompatibile con la limitazione astratta e prefissata di danni risarcibili¹⁶⁸.

L'integrale riparazione costituisce, insieme, *un obiettivo e un limite* della responsabilità civile. Se, infatti, nessuno può contestare la bontà del ragionamento in base al quale chi abbia subito un danno non possa ricevere, a titolo di risarcimento, meno di quanto abbia perso, non si può, d'altro canto, ritenere che il danneggiato non possa - e non debba - ricevere anche di più, specie in determinate circostanze.

Né può ammettersi così pacificamente che un così pervasivo principio possa essere estrapolato da

responsabilità oggettiva.

164 Pedrazzi G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, cit., p. 656, ritiene che "la restituzione allo status quo ante, espressione concreta del principio di riparazione del danno, è una finzione giuridica di stampo aristotelico che, non potendo incidere sulla natura delle cose, ha profondi riflessi sull'economia e sulla società nel suo complesso, sia nel caso di applicazione corretta che nel caso, non infrequente, di valutazioni e liquidazioni equitative".

165 Secondo le classificazioni più generali, i principi si distinguono in espressi, in quanto enucleati dal legislatore in una norma, oppure in espressi o impliciti, in quanto desunti da una serie di norme accomunate dalla medesima *ratio*. Su tale classificazione, cfr. Messinetti D., *I principi generali dell'ordinamento. Il Pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2002, p. 13; Guastini R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 459.

166 Gallo P., *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in Riv. Dir. Civ., 2004, II, p. 502.

167 Barcellona M., *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, Milano, 1971, p. 20.

168 Busnelli F. D., *Voce Illecito Civile*, in Enc. Giur., Roma, 1989, p. 6.

norme che non sembrano escludere possibilità espansive dell'obbligazione risarcitoria.

Peraltro, se si considera la funzione primaria del principio di integrale riparazione del danno, ovvero quello di stabilire un limite ultimo oltre il quale la responsabilità civile non possa estendersi, potrebbe osservarsi in chiave critica il macroscopico fallimento di tale obiettivo il cui perseguimento ha, anzi, aperto la via a voci di danno dalla consistenza quantomeno dubbia.

Ciò che è avvenuto, infatti, è stato un ampliamento delle ipotesi di danno risarcibile a nuove fattispecie, spesso non particolarmente consistenti¹⁶⁹, in relazione al fatto che il principio di integrale riparazione non riusciva nel proprio obiettivo, ovvero rendere giustizia al danneggiato individuando un'obbligazione risarcitoria proporzionata al danno da questi patito. Un simile fenomeno dimostra, tuttavia, la scarsa coerenza logica di chi, per non ledere un principio inespresso dell'ordinamento, ipotizza voci di danno altrettanto inesprese¹⁷⁰.

Sarebbe stato, probabilmente, più coerente ammettere che il principio in parola, pur astrattamente condivisibile, non sempre è funzionale alle esigenze anche sanzionatorie che può talora presentare la responsabilità civile e che tali esigenze possono essere meglio perseguite individuando tecniche di quantificazione dei danni più coerenti con l'obiettivo di sanzionare il danneggiante.

A tale ultimo proposito, può osservarsi che le regole del codice civile in materia sono tributarie di un momento storico in cui si è ritenuto opportuno limitare la forza espansiva della responsabilità civile per favorire l'attività delle imprese, che dovevano essere in grado di quantificare la possibile incidenza sui loro bilanci della regole di responsabilità.

Si è così affermata l'equivalenza tra pregiudizio subito e risarcimento. La dimensione relativa di tale principio (spesso dimenticata) è dimostrata dal fatto che non vi è traccia dello stesso in altre epoche

¹⁶⁹ Si pensi al ben noto danno esistenziale.

¹⁷⁰ Ponzanelli G., in *La responsabilità civile e la predita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, cit., p. 686, osserva che il principio di integrale riparazione del danno ha finito col ricomprendere al suo interno voci di danno non esenti da una carica di profonda indeterminatezza. Il riferimento è, in particolare, al ben noto fenomeno dell'allargamento del danno non patrimoniale (sul quale, v. *infra*).

e ordinamenti giuridici¹⁷¹.

Il calcolo esatto dell'entità dell'obbligazione risarcitoria resta, comunque, uno dei problemi più complessi e sottovalutati della materia¹⁷² anche se oggi è ritenuto da alcuni studiosi il "vero" problema della responsabilità civile¹⁷³.

I pericoli maggiori che risiedono nel processo di valutazione del danno sono quelli di *undercompensation* e *overcompensation*; nel primo caso, si riduce l'entità del risarcimento rispetto al danno patito, nel secondo, il danneggiato si trova, in seguito al risarcimento, in una posizione migliore di quella precedente al danno¹⁷⁴.

Il dubbio che ci si pone è se il principio dell'integrale riparazione del danno meriti di essere mantenuto o se sia opportuno, se non necessario, un suo ripensamento per adeguare meglio la responsabilità civile alle esigenze della società moderna.

Si è consapevoli che ciò potrebbe aprire la via a funzioni diverse nella responsabilità civile, soprattutto con riguardo a quella deterrente. L'affermazione che la responsabilità civile possa avere anche tale funzione comporta una certa commistione, poco apprezzata dai puristi del diritto civile, tra diritto civile e penale¹⁷⁵.

L'individuazione di una funzione deterrente nella responsabilità civile comporta un diverso apprezzamento degli illeciti colposi rispetto a quelli dolosi. Se i primi possono essere in una certa misura ridotti, ma non del tutto evitati, in quanto frutto di comportamenti imprudenti o negligenzi,

171 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e Responsabilità Civile*, cit., p. 275.

172 Sul punto, Ponzanelli G., in *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Dir. e fiscalità assicur., 2, 2013, p. 149 e ss., scrive "Qualche decennio orsono questo tema non veniva giudicato di interesse scientifico, trattandosi di un aspetto che riguardava solo ed esclusivamente i pratici e che, per questa ragione, era quasi del tutto trascurato dalla dottrina. Questa si era prevalentemente concentrata nell'analisi della funzione della "nuova" responsabilità civile e seguiva soprattutto i movimenti e le profonde metamorfosi degli elementi costitutivi dell'istituto. E come conseguenza di quest'incessante lavoro, svolto su più fronti, il territorio dell'illecito aquiliano, com'è risaputo, si è notevolmente esteso".

173 Ponzanelli G., *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 149.

174 Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 28 e ss.

175 Al riguardo, Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 276 affermano che, soprattutto nella dottrina americana, si è constatato che la funzione punitiva non debba essere monopolio del diritto penale, e che anche il diritto civile può offrire un contributo per una migliore disciplina dei rapporti dei consociati, soprattutto se il sistema di repressione del diritto penale mostra crepe e insufficienze.

che non possono essere del tutto esclusi, la funzione deterrente del risarcimento può incidere in maggior misura negli illeciti dolosi, nei quali la volontà di creare un danno deve essere tenuta in considerazione al momento di sanzionare il danneggiante. Una ulteriore area di elezione di una responsabilità civile anche deterrente potrebbe essere quella della c.d. "zona grigia" tra dolo e colpa (conosciuta nel diritto penale come "dolo eventuale"). In questi casi, in presenza di misure risarcitorie rafforzate (o apertamente sanzionatorie) è probabile che il soggetto decida di assumere un atteggiamento più prudente.

L'attribuzione alla responsabilità civile di una funzione deterrente non coincide necessariamente con l'individuazione di una funzione punitiva, anche se i due concetti sono strettamente collegati.

La deterrenza è una funzione che può collegarsi alla responsabilità civile indipendentemente dalla presenza di danni ultracompensativi: non può negarsi che la semplice previsione di un risarcimento del danno, anche puramente compensativo, soprattutto se di certa e rapida applicazione, è in sé un deterrente al compimento di un fatto illecito.

3. *I recenti mutamenti della responsabilità civile.*

La responsabilità civile ha perso da tempo la sua originaria concezione un istituto eccezionale, destinato a intervenire solo quando particolari ragioni potessero giustificare la traslazione del danno in capo al responsabile della lesione. Secondo l'impostazione in parola, i danni sarebbero dovuti restare laddove erano caduti, salva l'esistenza di particolari circostanze, su tutte la colpevolezza, che avrebbero potuto giustificare un'eventuale richiesta di risarcimento¹⁷⁶.

Oggi, com'è noto, la responsabilità civile segue regole differenti; lo stesso codice civile prevede diverse ipotesi di responsabilità presunta e oggettiva. Anche le norme speciali, che negli ultimi anni

¹⁷⁶ Cfr., in proposito, Holmes O.W.J., *The common Law*, Boston, 1880, consultabile *online* sul sito <http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. L'importanza del contributo di Holmes nello studio della responsabilità civile e, in particolare, dell'introduzione del principio della colpevolezza è evidenziata in tempi recenti da Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p 55 e ss..

hanno contribuito a ridisegnare i confini della responsabilità extracontrattuale, fanno leva su elementi oggettivi e – in alcuni casi – sembrerebbero ipotizzare uno "sconfinamento" verso diverse possibilità applicative dell'istituto¹⁷⁷.

È stato efficacemente osservato – in chiave economica – che il profondo mutamento del regime della responsabilità civile ha seguito le vicende evolutive dell'industria e degli incentivi alla produzione industriale. Mentre nel XIX secolo era fondamentale stimolare la nascita di un'industria ancora giovane e, anche per questa ragione, si limitava la loro responsabilità, nel corso del secolo successivo si è passato a situazioni in cui la responsabilità civile svolge una funzione opposta, più volta alla deterrenza nei confronti di manifestazioni dell'attività imprenditoriale ritenute dannose perché prive di utilità sociale¹⁷⁸.

In circa cento anni si è passati, quindi, da un assetto del diritto della responsabilità civile che mirava a incentivare l'industria nascente, a una situazione in cui la responsabilità civile svolge anche una funzione di deterrenza avverso manifestazioni imprenditoriali prive di utilità sociale.

Il dirigersi della responsabilità civile verso forme sempre nuove e sempre maggiori di risarcimento ha determinato il progressivo erodersi di uno dei presupposti tradizionalmente necessari per la sua applicazione, ovvero il danno che, secondo alcune impostazioni, potrebbe non essere un presupposto essenziale dell'illecito civile¹⁷⁹. A ben vedere, nulla esclude che un diritto soggettivo possa essere violato senza che si determini un qualche danno¹⁸⁰.

177 Per le forme di responsabilità oggettiva previste al di fuori del codice civile, si pensi al caso della responsabilità del produttore, oggi disciplinata dagli artt. 114 – 127 del cod. cons., e ritenuta (salvo il caso del difetto di informazione) una forma di responsabilità oggettiva limitata (cfr., in proposito, Ponzanelli G. - Pardolesi P., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Nuove Leggi Civili*, p. 501 e ss.; v. anche Di Palma C., *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*, *Corriere Giur.*, 2008, 6, 811 e ss., nota di commento a Cass. Civ., sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20985). Con particolare riguardo alle forme di responsabilità "di confine", si guardi quanto sostenuto *infra* in tema di danno ambientale.

178 Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, p. 27.

179 Ravazzoni A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pp. 10 e ss.; Gallo P., *Pene private*, cit., p. 8.

180 Ferri G. B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 148 e ss., distingue il concetto di danno da quello di interesse leso, escludendo che quest'ultimo possa essere oggetto del danno. Quest'ultimo andrebbe inteso nell'insieme delle conseguenze o effetti negativi di un dato evento. Siffatte conseguenze, pur tendendo di solito a corrispondere all'interesse leso, non sempre vi coincidono. I casi di lesione di un diritto soggettivo in assenza di un danno sarebbero quindi quelli in cui l'autonomia tra

Non è un caso, infatti, che uno dei motivi del rinnovato interesse verso le pene private è costituito anche dall'espansione della responsabilità civile verso la tutela di interessi sempre meno materiali.

Oggi, la responsabilità civile può essere considerata uno degli istituti più duttili del diritto privato, anche in ragione del dissolversi della vecchia coerenza sistemica della stessa¹⁸¹.

4. Dolo e colpa nella responsabilità civile

Il riconoscere alla responsabilità civile una funzione deterrente determina in molti il timore di una impropria commistione con la responsabilità penale. Al riguardo, è opportuno tenere presente che la responsabilità civile si distingue da quella penale per natura, funzioni e finalità. Ne deriva un diverso peso fornito all'atteggiamento psicologico del danneggiante.

Il diritto penale distingue nettamente il dolo dalla colpa, facendo discendere le necessarie conseguenze in termini di risposta sanzionatoria dell'ordinamento avverso comportamenti lesivi degli altrui diritti¹⁸². Diversamente, il codice civile italiano, così come i codici degli altri Paesi di *Civil Law*, non differenzia la responsabilità in relazione all'atteggiamento psicologico del danneggiante¹⁸³. Anzi, le numerose ipotesi di responsabilità per colpa presunta e di responsabilità oggettiva consentono di sanzionare comportamenti di per sé non governati dalla volontà del danneggiante¹⁸⁴.

Una così netta differenza nella valutazione dei diversi atteggiamenti psicologici dell'agente è sconosciuta agli ordinamenti di *Common Law*, che applicano in presenza di *malice* i danni punitivi.

danno e interesse leso si manifesta con maggiore vigore. In altri casi potrebbe verificarsi una differenza tra la natura del danno (ad esempio, patrimoniale) e la natura dell'interesse leso (ad esempio, non patrimoniale).

181 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e Responsabilità civile*, cit., p. 162, osservano in senso critico che mancano idee per una nuova coerenza sistemica. In questo vuoto si sarebbe inserita, da un lato, la Corte Costituzionale, che avrebbe cercato di affermare una idea propria di responsabilità civile e, dall'altro, il legislatore che starebbe promuovendo un modello policentrico e multifunzionale di responsabilità civile per perseguire obiettivi estranei anche alla concezione più estesa dell'istituto.

182 Basti pensare che i delitti contro il patrimonio non sono nemmeno puniti se commessi in assenza di dolo.

183 Ponzanelli G., in *La responsabilità civile*, cit., p. 58.

184 Ponzanelli G., *La responsabilità civile e la predita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 684, si sofferma a riflettere sulla scarsa attenzione che la cultura rimediante attualmente dominante in Italia riserva ai criteri di imputazione della responsabilità, tanto che "oggi pare interessare solo il risarcimento del danno e la sua riparazione: non tanto perché, e con quali tecniche, il soggetto (alla fine gravato dagli obblighi risarcitori), sia considerato il responsabile".

Mediante i *punitive damages* si diversifica l'entità dell'obbligazione risarcitoria in relazione all'atteggiamento soggettivo del danneggiante. Se la lesione è colposa l'obbligazione risarcitoria sarà calcolata in modo non dissimile da come verrebbe quantificata in ordinamenti di *Civil Law* mentre, a fronte di *malice*, si aprirà la via a rimedi ultracompensativi¹⁸⁵.

Un simile atteggiamento è coerente con il fatto che gli ordinamenti di *Common Law* non hanno particolari remore ad ammettere che una delle principali finalità della responsabilità civile è quella della deterrenza.

Tale obiettivo non può che perseguirsi per il tramite di misure in grado di punire più severamente i danni determinati con dolo o, al più, con colpa grave.

Non può dirsi lo stesso nel caso della colpa non grave. Il danneggiante, qualora fosse sottoposto all'applicazione di una misura sovracompensativa per un danno cagionato con colpa non grave, percepirebbe come ingiusta l'applicazione di una pena privata¹⁸⁶.

Ma non si parla solo di ingiustizia. L'applicazione di un risarcimento ultracompensativo per danni colposi sarebbe anche antieconomica. Gli studiosi più vicini all'analisi economica del diritto hanno correttamente osservato che l'ordinamento non mira a evitare qualsiasi danno a qualsiasi costo ma preferisce, più realisticamente, evitare quei danni per i quali il costo delle attività preventive è inferiore a quello derivante dalla lesione cagionata dal danneggiante¹⁸⁷.

185 Sinteticamente, può richiamarsi la distinzione effettuata da Ponzanelli G., in *La responsabilità civile*, cit., p. 67. L'A. distingue tre modelli di responsabilità civile. Il primo, tipicamente anglosassone, si basa sulla funzione punitiva della stessa, presuppone la tipicità dell'illecito, la colpa quale criterio di imputabilità e una nozione ristretta di danno. Il secondo, frutto dell'esperienza europea, è incentrato sulla funzione riparatoria e sull'atipicità dell'illecito, conosce criteri di imputazione differenti dalla colpa e conosce più tipologie di danni risarcibili. L'ultimo deriverebbe da una commistione dei due precedenti e sarebbe ancora in una fase evolutiva e, conseguentemente, dai contorni sfumati.

186 È stato acutamente osservato che la pena privata risulta pienamente ammissibile e giustificabile soltanto in presenza di una condotta dolosa o gravemente colposa dell'autore, come nei casi di intenzione o coscienza del danno (Cendon P., *Responsabilità civile e pena privata*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 296).

187 Per una trattazione più ampia dell'argomento, cfr. Calabresi G., *Costo degli incidenti*, cit., p. 37 e ss.. L'A., con particolare riferimento alle attività pericolose, che possono determinare anche un costo in vite umane, afferma che "*si è disposti a pagare un tributo di vite umane non solo quando la contropartita è un grande principio morale, ma anche quando è qualcosa che semplicemente conviene. Si affrontano, infatti, imprese che, almeno da un punto di vista statistico, costano certamente vite umane. [...] Usiamo l'aereo e l'automobile, anziché mezzi di locomozione più lenti ma più sicuri. E – ciò che forse è più significativo – impieghiamo aerei e automobili relativamente sicuri, anziché i più sicuri, per il semplice quanto valido motivo che il costo di questi ultimi sarebbe eccessivo*".

Tanto premesso, non è impossibile calcolare il livello ottimale di misure preventive in grado di minimizzare il costo sociale complessivo, inteso come somma del costo dei sinistri e dell'attività preventiva. Volendo minimizzare il costo sociale complessivo, si dovrà – e sarà economico – spendere in misure preventive soltanto finché il costo di queste ultime sarà minore del danno che si vuole evitare¹⁸⁸. Ovviamente, se si eleva artificialmente il costo del danno mediante l'applicazione di misure sovracompenso, si determinerebbe un conseguente innalzamento delle misure preventive al di là di quanto sia economicamente auspicabile.

La dottrina americana ha osservato come il differente trattamento in sede risarcitoria degli illeciti colposi rispetto a quelli dolosi abbia un'ulteriore giustificazione, di carattere marcatamente economico. Le misure preventive per scongiurare il verificarsi di un danno ingiusto colposo sono di tipo positivo e, comportando un costo, pongono il problema del costo ottimale, ovvero quel costo in grado di contemperare in sé le esigenze di sicurezza con quelle di economicità. Ciò non avviene per gli illeciti dolosi, posto che per scongiurare un illecito di questo tipo è sufficiente non porre in essere l'attività dannosa che si vuole compiere¹⁸⁹.

Dal riferito ragionamento può ricavarsi un'ulteriore motivazione per sostenere la ragionevolezza dell'applicazione di misure sovracompenso per gli illeciti dolosi, rispetto ai quali è evidente che si pone un problema diverso da quello di prevenire determinati illeciti: ciò che si vuole evitare è il compimento deliberato di fatti dannosi.

In altre parole, in materia di dolo la concessione di danni ultracompenso varrebbe a disincentivare i comportamenti lesivi¹⁹⁰. Diversamente, la previsione di pene private *sub specie* dell'erogazione di risarcimenti superiori al danno patito dal soggetto leso, nel caso di per i danni determinati da colpa, oltre che ingiusta sarebbe anche antieconomica e, dunque, non auspicabile.

188 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 62.

189 Posner, *Economic Analysis of the Law*, cit., p. 77.

190 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 65. *Contra* Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 80, secondo il quale il sistema italiano di responsabilità civile italiano sarebbe pienamente in grado di soddisfare le attuali esigenze di deterrenza.

Lo stesso ragionamento può ripetersi, con maggiore efficacia, anche in quei casi in cui la responsabilità è oggettiva o per colpa presunta, per i quali si avrebbe l'effetto di una iperdeterrenza, per certi versi paragonabile alla tassazione di determinate attività.

L'impostazione favorevole a una distinzione tra dolo e colpa, se a una prima analisi può sembrare foriera di una impropria commistione tra diritto civile e diritto penale, diventa più attraente considerando che la responsabilità civile (non solo negli ordinamenti di *Common Law*) può assumere anche una funzione deterrente.

Sarebbe, allora, opportuna una riflessione sulla possibilità di una valutazione differenziata, anche a fini civili, degli illeciti dolosi rispetto a quelli colposi.

Una simile riflessione sembra essere fatta, quantomeno implicitamente, dalla giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale¹⁹¹, che in alcune pronunce dà una certa rilevanza anche all'elemento soggettivo richiamando, soprattutto in fase di quantificazione del danno, la "gravità del fatto", elemento nella cui valutazione non può non rientrare anche l'atteggiamento soggettivo del danneggiante¹⁹².

A livello di sistema si determina una conseguenza di non poco conto: nonostante si continui ad affermare che l'attuale sistema di responsabilità civile sia meramente riparatorio, non mancano (sia pur timide) aperture a forme risarcitorie con funzioni anche sanzionatorie. Del resto, l'attenzione sul grado di colpevolezza del responsabile della lesione è una circostanza che – a rigor di logica – è del tutto estranea al diverso problema dell'accertamento della reale portata dei danni effettivamente patiti dalla vittima dell'illecito.

191 Materia in cui la differenza tra lesione colposa e lesione dolosa può risultare particolarmente significativa: basti pensare al caso di una menomazione all'integrità fisica derivante da un banale incidente stradale, piuttosto che da una aggressione volontaria commessa per futili motivi.

192 Cfr. Cass., sent. n. 29191/2008. Si osserva che, mentre gli altri parametri spesso richiamati (condizioni soggettive del danneggiato, entità della relativa sofferenza e del turbamento del suo stato d'animo) non sono riconducibili all'elemento subiettivo del danneggiante, il riferimento alle circostanze del fatto concreto non ha altro significato se non quello di aprire, con una formula apparentemente neutra, le porte della differenziazione dell'obbligazione risarcitoria in ragione della riprovevolezza della condotta del danneggiante, ovvero del suo atteggiamento più o meno colposo, se non doloso.

5. *Risarcimento del danno e corrispettivo contrattuale*

L'evoluzione della responsabilità civile verso qualcosa di profondamente diverso dalla sua originaria concezione punitiva non ha solamente comportato un avvicinamento (anzi, in alcuni casi, un inestricabile nodo gordiano) tra responsabilità per dolo e responsabilità per colpa, ma ha mutato la natura stessa dell'istituto, rendendo sempre più incerti i confini tra risarcimento del danno e corrispettivo contrattuale¹⁹³.

In un sistema in cui la responsabilità civile è essenzialmente riparatoria e in cui la sola idea della sovracompensazione viene ritenuta un retaggio di antiche tradizioni ormai perse o una caratteristica di ordinamenti strutturalmente diversi da quello italiano, si giunge alla conclusione che il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria non possa differire dall'ammontare del corrispettivo concordato con la controparte di un contratto.

Al riguardo, un punto di non secondaria importanza è comprendere a quanto ammonta il corrispettivo in questione: l'art. 1223, c.c., fa riferimento alla perdita subita e al mancato guadagno, ma nulla dice su come tali elementi debbano essere valutati. Sul punto, mentre minori difficoltà sembrano porsi per il caso del mancato guadagno - posto che non può mettersi in dubbio che tale voce debba valutarsi guardando ai valori di mercato - lo stesso non può dirsi per la perdita subita.

In effetti, soprattutto nel campo della responsabilità civile, ancorare il risarcimento al valore di mercato del bene o della posizione giuridica soggettiva lesa, senza distinguere tra fatto volontario e fatto colposo, può non essere la soluzione migliore.

La corretta quantificazione della perdita subita dovrebbe muovere dalla distinzione, tipica della tradizione economica¹⁹⁴, tra valore in senso soggettivo e valore in senso oggettivo, intendendo con quest'ultimo il valore di mercato di un determinato bene.

193 Sull'avvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, cfr. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, *Rass. Dir. Civ.*, 1983, p. 1081; Busnelli F.D., *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.

194 Cfr., in proposito, Menger C., *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, 1871, la cui traduzione inglese è consultabile *online* sul sito http://mises.org/sites/default/files/Principles%20of%20Economics_5.pdf.

Nel caso della responsabilità civile il riferimento fatto proprio dalla giurisprudenza è il valore di mercato del bene leso. In proposito non è mancato chi ha sostenuto che, in certi casi¹⁹⁵, l'applicazione dei danni punitivi potrebbe essere anche auspicabile, posto che non si avrebbe neppure una sovracompensazione in senso tecnico¹⁹⁶. Il danneggiato, in seguito all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria, non solo si troverebbe in una curva di indifferenza sostanzialmente omogenea a quella in cui si trovava prima della determinazione del danno ma, al contempo, sarebbe tutelato con una misura di tutela di tipo paraproprietario, scongiurando in tal modo ogni ipotesi "espropriazione" del proprio diritto.

Peraltro, il risarcimento che tenga conto solamente del valore di mercato, determina serie difficoltà con riguardo a quei beni che per loro natura sono fuori mercato, per i quali il criterio del valore in senso oggettivo diventa un *non criterio*. È il tema del risarcimento del danno non patrimoniale, sul quale ci si soffermerà in seguito.

La scelta tra valore in senso oggettivo o valore in senso soggettivo comporta delle ricadute non secondarie anche in termini di giustizia dell'intero procedimento risarcitorio.

Si pensi a un bene nella disponibilità di un soggetto non intenzionato a cederlo al valore di mercato.

In questo caso, qualora un altro individuo intendesse acquisire detto bene e si trovasse nell'impossibilità di concludere un contratto, egli potrebbe anche decidere di sottrarlo illecitamente (o anche danneggiarlo irreparabilmente), sapendo che l'unica conseguenza sul piano civile della propria azione sarà il risarcimento del danno, quantificato in relazione al valore di mercato del bene¹⁹⁷.

A tale constatazione potrebbe obiettarsi che il danneggiato potrebbe invocare, unitamente al risarcimento per il danno patrimoniale anche – ex art. 2059, c.c. - il risarcimento del danno non

195 Soprattutto in presenza di un elevato *spread* tra valore in senso oggettivo e valore in senso soggettivo.

196 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 78.

197 Tipico è l'esempio riportato nello scritto di Calabresi G. e Melamed D., *Property Rules, Liability Rules, Inalienability, a Vue of the Cathedral*, Harvard, 1972, p. 1089, in cui si afferma che chi intende mangiare una mela può o acquistarla da un venditore pagando il prezzo convenuto in base a un contratto o scegliere di prenderla direttamente dal ramo.

patrimoniale¹⁹⁸.

Ma, si osserva, innanzitutto una simile osservazione comporta uno spostamento del campo visivo verso un'altra voce del danno risarcibile, peraltro dalla connotazione, non a caso, talora ritenuta punitiva¹⁹⁹; in secondo luogo, richiamare un'altra voce di danno postulerebbe un'implicita ammissione dell'insufficienza della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria – che dovrebbe costituire una piena reintegrazione del patrimonio del danneggiato – e la necessità, per altre vie, di consentire al danneggiato di godere, nei fatti, di una ultracompenzazione del danno patito, differenziando peraltro in via implicita gli illeciti dolosi da quelli colposi per i quali, in ipotesi di questo genere, difficilmente verrebbero invocati rimedi diversi dalla mera compensazione.

Date queste premesse, sembra ancora una volta difficile ammettere che le norme in tema di responsabilità civile e di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria non sono in grado di ammettere tutele differenti dalla mera riparazione e che tali forme di tutela non debbano considerarsi auspicabili, se non in certi casi dovute.

6. *Risarcimento e diritti privi di una consistenza patrimoniale*

Il processo espansivo della responsabilità civile ha determinato la necessità di confrontarsi con nuove realtà e, soprattutto, l'esigenza di tradurre in termini economici (e spesso monetari) la lesione di diritti privi di autonoma consistenza patrimoniale. In certi casi la lesione della altrui sfera giuridica non si traduce, infatti, in danni immediatamente percepibili²⁰⁰.

In ipotesi di questo genere la responsabilità civile assume una funzione differente²⁰¹: quando il danno non è esternamente percepibile si finge l'esistenza del danno stesso, che viene dato per presunto. Se a questo si aggiunge che la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria è sganciata dalla prova dei danni effettivamente subiti, ed è spesso collegata a parametri del tutto differenti,

198 Addirittura nella forma dell'art. 185, c.p., qualora il comportamento del danneggiante configuri un reato.

199 Sul particolare punto della funzione punitiva del danno non patrimoniale, v. *infra*.

200 Si pensi, banalmente, allo sconfinamento nel fondo altrui.

201 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 10.

quali i profitti realizzati dal responsabile della lesione, la gravità della sua colpa, la sua condizione patrimoniale, e così via, non è difficile rendersi conto che si è di fronte a ipotesi del tutto differenti da quelle tradizionali di responsabilità civile²⁰².

In situazioni del genere non si pone tanto il problema di risarcire un danno, quanto quello di offrire adeguati strumenti per fronteggiare comportamenti lesivi di situazioni giuridiche meritevoli di tutela.

È stato affermato che, in casi come questi, la pena privata costituisce un eccellente punto di riferimento²⁰³, potendo il giudice definire, a fronte di una lesione della sfera giuridica del danneggiante, il rimedio più adatto a corrispondergli il valore del diritto pregiudicato.

L'affrontare il problema della presenza di obbligazioni risarcitorie in assenza di danni immediatamente valutabili non deve tuttavia determinare l'eccesso in base al quale la mera indeterminabilità (o la difficile determinabilità) del danno subito apra di per sé la via a forme di pene private.

Un atteggiamento "pansanzionatorio", infatti, non sarebbe in grado di rendere giustizia a un fenomeno molto più complesso, il cui studio ancora fatica a trovare legittimazione in ordinamenti come quello italiano.

Perché possa parlarsi di pene private, allora, occorre ragionare oltre il problema che si è appena posto guardando a quella che è, di volta in volta, la soluzione proposta dagli interpreti a fronte di tali situazioni.

In particolare, si avranno pene private nel momento in cui, nella quantificazione dei danni, saranno presi in considerazione elementi non strettamente attinenti all'entità del danno effettivamente determinato, quali la gravità dell'illecito commesso, il grado di colpevolezza del responsabile della lesione, la sua condizione patrimoniale, o ancora l'arricchimento realizzato mediante fatto

202 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 11.

203 Moscati E., *Voce pena privata*, cit., p. 776.

ingiusto²⁰⁴.

Questi sono elementi che vanno al di là della mera stima del danno, costituendo indici certi della funzione sanzionatoria – e deterrente – delle somme concesse a titolo di risarcimento.

7. *Il ruolo dell'arricchimento senza causa. Il disgorgement.*

La difficile quantificazione di determinate categorie di danno ha indotto alcuni studiosi a far riferimento a istituti contigui al risarcimento – quale l'arricchimento senza causa – con l'idea che in certi casi il responsabile della lesione possa lucrare significativi guadagni da comportamenti lesivi di un diritto²⁰⁵.

In questi casi la responsabilità civile, appiattita sul tradizionale paradigma riparatorio, mostra tutta la sua insufficienza, non essendo in grado di tutelare le ragioni di chi non intende né subire un danno né, al contempo, consentire a terzi di lucrare sulla violazione dei propri diritti.

In effetti, in materia di arricchimento senza causa, si sono storicamente contrapposti due distinti modelli di tutela, discendenti dalla distinzione tra sistemi che ritengono possibile il cumulo tra rimedi risarcitori e restitutori e sistemi che ritengono strettamente sussidiaria la possibilità stessa di applicare l'arricchimento senza causa²⁰⁶.

Eppure le potenzialità dell'istituto non dovrebbero essere sottovalutate.

È stato da tempo osservato che l'arricchimento senza causa potrebbe operare quando il responsabile della lesione riesca a realizzare un profitto superiore rispetto al danno effettivamente inferito²⁰⁷; in questi casi è evidente che la mera applicazione di un obbligo risarcitorio non è sufficiente a disincentivare la ripetizione del comportamento lesivo, data la sua convenienza economica. Proprio

204 Gallo P., *Pene private*, p. 124.

205 Sacco R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; Trimarchi P., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in Studi in onore di Rodolfo Sacco, Milano, 1994, II, p. 1147.

206 Gallo P., *Arricchimento senza causa*, Riv. Dir. Civ., 1993, p. 678. L'A. precisa che, accanto ai Paesi di *Common Law*, che tradizionalmente accompagnano il rimedio risarcitorio a quello restitutorio, vi sono anche Paesi di *Civil Law*, che ritengono ammissibile un cumulo tra le diverse azioni.

207 Gallo P., *Arricchimento*, cit., p. 680. Moscati E., *Voce pena privata*, cit., p. 776, richiama la possibilità di utilizzare per casi simili, più che lo strumento dell'arricchimento senza causa, delle vere e proprie pene private, strutturate in modo analogo agli *exemplary* o *punitive damages* in uso nel diritto anglosassone.

per queste ragioni i Paesi di *Common Law* applicano in tali ipotesi il c.d. *disgorgement*, evitando in tal modo che il danneggiante lucrì sul proprio fatto illecito.

Mediante l'applicazione del rimedio in parola il danneggiante è tenuto alla retroversione degli utili ottenuti in ragione della propria condotta illecita e il danneggiato ottiene una somma a titolo di risarcimento che tiene in considerazione, più che il danno subito, i profitti realizzati dall'autore del fatto illecito. Può riconoscersi al *disgorgement* una duplice funzione, da un lato punitivo-sanzionatoria e, dall'altro, preventiva²⁰⁸.

Le ragioni che stanno alla base dell'istituto sono di giustizia sostanziale. In un sistema che limita il risarcimento al danno subito, la commissione di fatti illeciti potrebbe divenire economicamente attraente per soggetti in grado di sfruttare meglio del danneggiato il bene (o la posizione giuridica soggettiva) leso.

Si potrebbe anche obiettare che, probabilmente, in questi casi la scelta dell'ordinamento di stabilire quale reazione al comportamento lesivo l'applicazione di un'obbligazione risarcitoria economicamente conveniente per il violatore della sfera giuridica del danneggiato possa considerarsi giustificabile perché consente un'ottimale allocazione delle risorse.

Il titolare del diritto potrebbe non essere in grado di sfruttare quest'ultimo nel modo migliore e, dunque, potrebbe egli stesso divenire un freno alla collettività, che trarrebbe maggiore vantaggio da un utilizzo diverso del diritto. Si pensi al caso di un brevetto che riservi il diritto di sfruttamento di un'invenzione che riduce notevolmente i costi e i tempi di produzione di un determinato macchinario, non sufficientemente sfruttato dal suo titolare. In questa ipotesi la violazione dell'altrui diritto di brevetto potrebbe divenire conveniente nella misura in cui il differenziale tra guadagno e danno sia superiore al differenziale tra guadagno e prezzo del consenso.

Tuttavia, è stato efficacemente osservato che un sistema economicamente perfetto di riduzione dei costi potrebbe rivelarsi del tutto o in parte inaccettabile semplicemente perché ingiusto: prima o poi,

208 Pardolesi P., *voce Disgorgement*, Enc. Giur., 2005, p. 1 e ss..

infatti, la giustizia prevale²⁰⁹.

In quest'ottica, potrebbe proporsi una distinzione tra arricchimenti prodotti in buona fede, per i quali potrebbe ammettersi che l'arricchito mantenga il vantaggio derivante dalla propria attività, e arricchimenti dolosi – che determinano un'indebita lesione dell'altrui sfera giuridica – rispetto ai quali la soluzione più auspicabile dovrebbe consistere nella devoluzione integrale dell'eccedenza di ricchezza prodotta in favore del titolare del diritto leso, a titolo di sanzione e con finalità apertamente deterrenti²¹⁰.

La tecnica del *disgorgement*, che a prima vista potrebbe sembrare una misura eccessivamente severa ed economicamente recessiva, osservata con le lenti della giustizia sostanziale diviene giuridicamente accettabile e, probabilmente, più conveniente dal punto di vista economico rispetto ad altre tecniche risarcitorie.

Il *disgorgement*, la cui applicabilità – è opportuno ricordare - è limitata a illeciti di natura economica, presenta un vantaggio che altri ipotizzabili rimedi ultracompensativi non conoscono, ovvero la sua strutturale limitazione ai guadagni²¹¹ (per quanto questi possano anche essere rilevanti), ottenuti dall'autore dell'illecito in relazione alla propria condotta.

Tale considerazione è da sola sufficiente ad affermare che i *disgorgement damages* sono naturalmente funzionali a limitare la discrezionalità del giudice nella loro applicazione, consentendo di superare ogni obiezione su un loro eventuale *capricious over-punishment*²¹².

L'idoneità del *disgorgement* a divenire istituto di applicazione generale, anche al di fuori del suo campo elettivo, costituito dalla responsabilità aquiliana, è stata teorizzata da chi ne ha ipotizzato l'applicazione anche in campo contrattuale, quale rimedio idoneo avverso situazioni di inadempimento efficiente che, pur astrattamente in grado di determinare una migliore allocazione

209 Calabresi, *Il costo degli incidenti*, cit., p. 49.

210 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 17.

211 Pardolesi P., *Voce Disgorgement*, cit., p. 4 suddivide in particolare i profitti derivanti dall'illecito in due principali categorie, l'*actual gain*, ovvero l'effettivo guadagno utilizzato e l'*expense saved*, ovvero le spese risparmiate in virtù della condotta illecita. Tali voci potrebbero presentarsi sia singolarmente che congiuntamente.

212 Pardolesi P., *Voce Disgorgement*, cit. p. 3.

delle risorse, possono nei fatti determinare comportamenti opportunistici²¹³ e, in ultima analisi, un non tanto economicamente soddisfacente proliferare della litigiosità e dei processi.

Definito l'istituto del *disgorgement* nei suoi caratteri essenziali, occorre chiedersi se l'arricchimento senza causa possa fungere da "grimaldello" per ammettere una generalizzata retroversione degli utili quale strumento rimediale avverso i danni subiti a causa di un fatto illecito, guardando in particolare a quelle lesioni poste in essere mediante comportamenti economicamente produttivi²¹⁴.

Il caso più comune è quello della lesione del diritto di immagine mediante la pubblicazione non autorizzata di fotografie di un personaggio pubblico o la violazione del diritto d'autore.

L'attuale lettura data dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente delle norme contenute negli artt. 2041 – 2042, c.c., interpreta l'ingiustificato arricchimento come un istituto meramente residuale, costituente un'obbligazione indennitaria, diversa dall'obbligazione risarcitoria.

Una simile lettura è molto distante da quella proposta dalla teoria dell'*unjust enrichment*, volta a evitare che sia tratto giovamento da una locupletazione priva di merito o giustificazione e mirante a restituire ogni profitto che l'autore dell'illecito abbia indebitamente locupletato dalla propria condotta, senza distinguere artificiosamente tra ciò che è danno e ciò che non lo sarebbe²¹⁵.

D'altro canto, le possibilità applicative delle norme in materia di arricchimento senza causa non dovrebbero essere sottovalutate.

Si è detto come i più recenti approdi dottrinali in materia di *disgorgement* abbiano esteso la sua applicabilità anche ai casi di danno derivante da inadempimento contrattuale, anche in ragione delle difficoltà che potrebbe incontrare, a fronte di ipotesi di inadempimento efficiente, un regime che non dia alcuna rilevanza al guadagno ottenuto dal danneggiante.

Orbene, le norme in materia di ingiustificato arricchimento potrebbero essere chiamate a supporto di

213 Pardolesi P., *Voce Disgorgement*, cit., p. 6.

214 Non è un caso che il *disgorgement* sia stato legislativamente riconosciuto nella legislazione statunitense a partire del *Securities Exchange Act* del 1934, normativa volta a privare i danneggianti dei guadagni illeciti realizzati attraverso l'acquisto e la vendita di titoli e valori.

215 Sulla teoria dell'*unjust enrichment*, v. *amplius* Pardolesi P., *Voce Disgorgement*, cit., p. 2 e la bibliografia ivi citata.

una retroversione degli utili anche in queste ipotesi, rendendo generale un principio solamente abbozzato in alcune norme del codice civile²¹⁶ (anche se oggi pacificamente affermato nella legislazione speciale, come si avrà modo di specificare nel prosieguo).

Tale tesi, tuttavia, non è condivisa da chi afferma che, ove rientrino in discussione unicamente valori di natura economica, sarebbe preferibile limitare l'obbligazione risarcitoria ai soli danni subiti, senza concedere alcuno spazio all'ingiustificato arricchimento²¹⁷.

Ancora più netta è la posizione di coloro che sostengono che mai l'obbligazione indennitaria derivante dall'azione di ingiustificato arricchimento potrebbe coesistere – se non concorrere – con il risarcimento derivante dal fatto illecito, posto che "*l'arricchimento in se e per sé, non è illecito*"²¹⁸.

Invero, la stretta correlazione che l'art. 2041, c.c., impone tra arricchimento e impoverimento non sembrerebbe consentire una sua applicazione oltre gli stretti limiti che la dottrina e la giurisprudenza hanno delineato nella – ormai lunga – vita dell'istituto codicistico.

Si è, in particolare, osservato come nei casi di arricchimento realizzato in assenza di un evento qualificabile in termini di "danno" per il soggetto leso sia difficile parlare *strictu sensu* di arricchimento senza causa, in quanto quest'ultimo presuppone un incremento patrimoniale di un soggetto, accompagnato dal correlativo impoverimento del controinteressato²¹⁹. Il suo presupposto è quindi il depauperamento del soggetto cui è concesso l'azione.

La questione – e la sfida – che pone la fattispecie della retroversione degli utili è, seppur contigua, differente da quella posta dall'ingiustificato arricchimento: si discute di casi in cui il soggetto autore della lesione debba versare al soggetto leso il proprio arricchimento che sia indipendente dal correlativo depauperamento arrecato²²⁰.

In questi casi, tuttavia, ci si trova in una situazione peculiare, posto che se da un lato si è detto

216 Si pensi alle ipotesi di cui agli artt. 1776 e 2038, c.c..

217 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 51.

218 Astone F., *L'arricchimento*, cit., p. 17.

219 Sacco R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p.3.

220 Sacco R., *L'arricchimento*, cit., p. 3.

dell'inidoneità del rimedio risarcitorio a garantire una piena retroversione degli utili in caso di sfruttamento economico dell'altrui diritto, dall'altro si è evidenziata l'insufficienza dello strumento che sembrerebbe naturalmente volto a garantire un ritorno a una situazione di giustizia sostanziale.

Probabilmente, tale situazione di *impasse* potrebbe essere superata generalizzando gli obblighi restitutori previsti dalla normativa in materia di gestione di affari altrui²²¹.

Tale impostazione non ha avuto particolare seguito in Italia. Anzi, è stato sostenuto che lo strumento migliore per contrastare le evidenti situazioni ingiuste che potrebbero determinarsi a causa dell'insufficienza dei rimedi ordinamentali avverso condotte scorrette ma economicamente convenienti potrebbe essere proprio l'azione di ingiustificato arricchimento, opportunamente emendata dai limiti strutturali che la rendono non del tutto idonea allo scopo²²².

In materia, alcuni recenti assunti della Corte di Cassazione²²³ hanno consentito di superare le difficoltà derivanti dal ricorso all'arricchimento senza causa facendo traslare verso l'obbligazione risarcitoria il risarcimento di quei danni causati da violazioni come quelle descritte, in cui molto spesso il danneggiante sa di ottenere – per mezzo della propria condotta – un guadagno notevolmente superiore al danno arrecato.

In tal modo, si supera "*l'evidente inadeguatezza della responsabilità civile per le ipotesi in cui il vantaggio dell'autore dell'illecito sia molto maggiore delle perdite subite dal soggetto leso*"²²⁴. Tali ipotesi si realizzano nel momento in cui il danneggiato non abbia subito un danno particolarmente elevato a fronte di una condotta illecita in grado di determinare notevoli utili. È il caso dell'abusivo sfruttamento del diritto di immagine in danno a un soggetto semiconosciuto. In questa ipotesi, la posizione della giurisprudenza è andata profondamente mutando negli ultimi tempi, sino ad

221 Sacco R., *L'arricchimento*, cit., p. 125. Trimarchi P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 44.

222 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 450.

223 Cass., sentt. nn. 8730/2011 e 11353/2010.

224 Pardolesi P., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in Foro It., 2011, p. 3074 e ss.; Rodotà S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1984, p. 584 e ss., osserva tuttavia come storicamente la responsabilità civile sia passata da un modello incentrato sull'autore dell'illecito a uno più attento alla vittima dello stesso. Lo stesso A. in precedenza (*Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964, 107), osservava che l'art. 2043, c.c., collegando strettamente danno e ingiustizia, pone in secondo piano l'evento lesivo.

ammettere il risarcimento commisurato agli utili acquisiti dal danneggiante in seguito alla propria condotta²²⁵.

In tutte queste ipotesi, l'autore della condotta illecita è colpito in quello che è stato definito il suo "tallone d'Achille", ovvero il versamento del guadagno derivante dalla condotta stessa²²⁶.

D'altro canto, l'entità dell'obbligazione risarcitoria non dovrebbe mai essere inferiore al risparmio di spesa effettuato. Ciò in ragione del fatto che chi opera illegalmente non dovrebbe mai trovarsi in una posizione migliore rispetto a quella del corretto operatore di mercato.

7.1 Le previsioni normative in materia di disgorgement "all'italiana": la retroversione degli utili nella legge sul diritto d'autore e nella legge sulla proprietà industriale.

Si diceva che il legislatore italiano, soprattutto in alcune norme di legge speciale, ha accolto il principio della retroversione degli utili quale linea guida nell'ambito del risarcimento dei danni in caso di diritti aventi una precisa consistenza economica.

In materia, può richiamarsi il d.lgs. n. 140/2006 che, modificando la legge n. 633/1941, e in particolare l'art. 158, secondo comma, ha introdotto la possibilità, in caso di lesioni del diritto d'autore, di quantificare tali danni ai sensi dell'art. 2056, secondo comma, c.c.²²⁷, nonché di tenere conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Una simile previsione è contenuta, peraltro, nell'art. 125 del codice della proprietà industriale, non a caso modificato dal citato d.lgs. n. 140/2006.

Probabilmente, con l'introduzione di queste norme, il legislatore ha fornito, seppur limitatamente al diritto d'autore e alla tutela della proprietà industriale, rimedi in grado di soddisfare le già vedute esigenze di sanzionare adeguatamente condotte lesive dalle quali derivi un'ingiusta – e ingiustificata locupletazione per il danneggiante.

225 Cass., sent. n. 11353/2010.

226 Ponzanelli G., *Abusivo sfruttamento di immagine*, cit, p. 540 e ss.

227 Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 251, individua nel potere equitativo del giudice previsto dall'art. 2056, c.c., la necessità di contemperare due esigenze, quella di uniformità nei risarcimenti, in ragione della quale danni uguali non possono essere valutati diversamente, e quella di elasticità e flessibilità del sistema risarcitorio.

Le disposizioni introdotte realizzano una duplice funzione, insieme preventiva/deterrente e sanzionatoria²²⁸.

Nella particolare materia della tutela del diritto d'autore, dunque, si è iniziato a prevedere una voce ulteriore tra quelle abitualmente viste ai fini della liquidazione del danno (danno emergente e lucro cessante), costituita dalla retroversione degli utili, in modo da garantire, da un lato al danneggiato una più ampia gamma di strumenti risarcitori e, dall'altro, al giudice di avere lo strumento normativo più adatto al caso di specie.

Né va sottaciuto il fatto che non si è mai messa in discussione la costituzionalità delle due norme, pur apparentemente derogatorie rispetto alle regole codicistiche e ai supposti principi disciplinanti il risarcimento del danno.

Se il nostro ordinamento postulasse un principio costituzionale di integrale riparazione del danno o se questo principio fosse un corollario del generalissimo principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, non si comprenderebbe a quale titolo dovrebbero prevedersi delle forme diverse di risarcimento che, in alcuni casi, potrebbero concludersi in un guadagno per il danneggiato che, all'esito della controversia, potrebbe trovarsi in una situazione più vantaggiosa di quella originaria.

La scelta, allora, in questo come in altri casi, non può che passare da una valutazione di tipo economico.

Insomma *"di fronte a un danno impalpabile o di dimensioni contenute, si va a misurare il più consistente vantaggio di chi ha violato il diritto: di là dai contorsionismi interpretativi, questa è giustappunto la logica della pena privata, se si preferisce dei "danni punitivi"²²⁹.*

Di fatto, in seguito a condotte dannose che realizzano un *surplus* di ricchezza, è necessario individuare la tecnica per allocare quanto meglio tale *surplus*.

L'allocazione non può che avvenire o in favore del danneggiante (e questa era la situazione

228 Ponzanelli G., *Abusivo sfruttamento di immagine*, cit., p. 540 e ss..

229 Ponzanelli G., *Abusivo sfruttamento di immagine*, cit., p. 540 e ss..

derivante dalle regole antecedenti l'introduzione delle nuove norme in materia di diritto d'autore e di proprietà industriale) o in favore del danneggiato (soluzione, questa, negli ultimi tempi divenuta prevalente in ragione del fatto che non può pensarsi che da un acritico omaggio al principio dell'integrale compensazione del danno possa derivare un vantaggio per colui che, pur mostrando maggiore propensione all'iniziativa economica, la ponga in essere in spregio all'utilità sociale alla quale la medesima, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., dovrebbe essere vincolata).

Il fatto che l'ordinamento italiano abbia aperto a forme di *disgorgement* secondo alcuni non consentirebbe di parlare di una "*criptica versione italiana del punitive damages allo scopo esclusivo di giustificare un misura che, nel nostro sistema, è in grado di trovare autonoma giustificazione sotto il profilo dell'arricchimento senza causa*"²³⁰.

L'argomento non pare tuttavia cogliere nel segno. Si è visto come la struttura dell'arricchimento senza causa, con particolare riguardo alla natura strettamente residuale dell'azione e alla visione del rapporto tra arricchimento e impoverimento secondo lo schema di due "vasi comunicanti" non consente facilmente di ricorrere alla norma di cui all'art. 2041, c.c..

Prova ne è il fatto che il legislatore abbia dovuto introdurre norme apposite per esplicitare il *disgorgement* degli utili ricavati in queste ipotesi particolari. L'introduzione di tale figura in via legislativa dovrebbe conseguentemente essere guardata con interesse, soprattutto perché costituisce una spia di un fenomeno più ampio, ovvero la tendenza del diritto della responsabilità civile a spogliarsi della stretta veste del principio di integrale riparazione del danno per indirizzarsi verso nuove mete, più adatte a perseguire compiutamente tutte le funzioni che connotano l'istituto.

8. Il danno non patrimoniale

Per danno non patrimoniale si intende ogni alterazione peggiorativa di un bene che non si presta a

230 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 921. Nel senso di una riconducibilità alla categoria dell'ingiustificato arricchimento delle misure descritte, si veda anche Castronovo C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, Dir. Ind., 2003, p. 11; Sirena P., *Il risarcimento dei c.d. Danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, Riv. Dir. Civ., 2008, p. 536.

un'oggettiva e diretta valutazione in denaro²³¹.

La difficoltà di valutazione in danaro, e quindi in termini di mercato, del bene oggetto di risarcimento è uno dei principali problemi che gli studiosi hanno affrontato in materia: non a tutti i danni, infatti, consegue necessariamente una risposta giuridica²³².

La figura del danno non patrimoniale è stata oggetto di discussioni molto sin dall'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2059.

E' stato autorevolmente sostenuto che il danno non patrimoniale abbia aperto la fase della modernità, per quanto riguarda gli sviluppi del sistema di responsabilità extracontrattuale, sintomo di una maggiore complessità sociale, più attenta ai valori inerenti alla persona²³³.

I diversi ordinamenti hanno qualificato in termini non omogenei danno patrimoniale e danno non patrimoniale, in relazione ai diversi rapporti ipotizzabili tra le due fattispecie di danno.

Un primo indirizzo, che ha trovato la sua più compiuta espressione nell'ordinamento francese, non distingue tra danno patrimoniale e non patrimoniale, facendo confluire l'intero fenomeno nella nozione di *dommage* di cui all'art. 1382, c.c.²³⁴.

Altri sistemi, come quello svizzero, hanno preferito mantenere la distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, individuato mediante una clausola generale e alcune ipotesi tipizzate²³⁵.

Un terzo modello è quello che tende a ricondurre i danni alla persona in senso stretto – in particolare quelli di difficile valutazione economica – in una categoria autonoma di danni, un *tertium genus* tra

231 Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 29 e ss.

232 Bonilini G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 304.

233 Messinetti D., voce *Danno giuridico*, Enc. Dir., I, Milano, 1997, p. 27.

234 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 48 e ss. L'impostazione è criticata nel momento in cui si afferma che "*detto sistema presenta, peraltro, una non trascurabile dose di ambiguità, derivante dalla innaturale reductio ad unum di due modelli di danno tra di loro ben differenziati, sol che si consideri come la funzione essenzialmente compensativa, propria del risarcimento del danno patrimoniale, non ricorre nel risarcimento del danno morale che si ispira, almeno nella sua concezione originaria, a una funzione essenzialmente satisfattiva*".

235 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità*, cit., p. 49. La disposizione generale sarebbe costituita dall'art. 49, c.c., che prevede il risarcimento del danno per colui che sia pregiudicato nelle relazioni personali. Tra le disposizioni speciali, può menzionarsi l'art. 47, che in caso di morte di un uomo o lesione corporale, riserva al giudice il potere di attribuire al danneggiato o ai congiunti dell'ucciso un'equa indennità pecuniaria.

danni patrimoniali e danni non patrimoniali²³⁶

In vigenza della precedente codificazione non era presente una norma rapportabile all'attuale art. 2059, c.c.. L'art. 1151 del c.c. 1865, si limitava, traducendo quasi letteralmente la norma contenuta nell'art. 1382 del *Code Napoleon*, a garantire la risarcibilità del danno arrecato ad altri per colpa, senza distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. L'Italia accoglieva dunque il primo modello del rapporto tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

La giurisprudenza, in vigenza del richiamato art. 1151, c.c. 1865, a fronte di un primo periodo nel quale liquidava il danno non patrimoniale come una delle componenti del danno risarcibile, ha successivamente aderito a un indirizzo più restrittivo, iniziando ad ammettere tale voce di danno solo quando associato a pregiudizi di carattere patrimoniale²³⁷.

Nel 1930 il danno non patrimoniale ha ottenuto un espresso riconoscimento normativo: il codice Rocco contempla all'art. 185 la risarcibilità del danno non patrimoniale da reato²³⁸. Tale norma, nella successiva lettura coordinata con la previsione dell'art. 2059, c.c., ha determinato un'applicazione esageratamente restrittiva del danno non patrimoniale²³⁹.

236 In Italia la posizione è stata approfondita da Scognamiglio R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in Riv. Dir. Civ., 1957, I, p. 287 e ss. e da Paradiso M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p. 81 e ss.. Busnelli F. D. - Patti S., in *Danno e responsabilità*, cit., p. 51, criticano tale impostazione in quanto: a) infondata sul piano del diritto positivo, perché manca una tale categoria di danni; b) opinabile, sotto il profilo concettuale perché connessa all'ormai abbandonata teoria del danno come "lesione di un interesse protetto"; c) fuorviante, sotto il profilo operativo, giacché riferendo il risarcimento alla menomazione dell'integrità psicofisica in sé e per sé considerata, anziché alle conseguenze pregiudizievoli della menomazione stessa, non può non orientare l'operatore verso una valutazione standardizzata e condotta alla stregua di parametri in cui l'equilibrio tende a coincidere con l'automatismo.

237 Baratella M. G., *Le pene private*, cit., p. 86.

238 In questa ipotesi, secondo parte della dottrina, si verifica un doppio illecito, sanzionato in diverso modo: da un lato vi è la lesione dell'interesse pubblicistico tutelato dalla norma penale, dall'altro vi è la violazione di una norma che disciplina i rapporti tra i consociati e protegge la persona e il patrimonio del singolo, ponendo in essere solo un illecito privato (Boehmer G., *Grundlagen der Burgerlichen Rechtsordnung*, I, Tubingen, 1950, p. 18). Diversamente, è stato sostenuto che anche quando l'atto è colpito da più di una sanzione, non viola più di un precetto e che la doppia anti-giuridicità del fatto criminoso sia dovuta a un fenomeno di diplopia, rilevando che nei casi di risarcimento dei danni collegati al reato non ricorre la violazione di uno specifico precetto privatistico, ma è la violazione del precetto penalistico a determinare i presupposti del risarcimento (Carnelutti F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 87)

239 Ferri G. B., in *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, cit., pp. 151 e ss., afferma che, nonostante dalla lettura della Relazione al codice civile emergesse chiaramente l'intenzione del legislatore di delimitare la risarcibilità del danno non patrimoniale ai soli casi di danni da reato, la formulazione della norma – che fa riferimento ai casi di legge – è più generica e ha consentito di ampliare notevolmente i casi di risarcimento del danno non patrimoniale. Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 75, affermano che "il modello del risarcimento del danno non patrimoniale da reato [...] è certamente il più antico (basti pensare alla pecunia doloris del

Il fatto che non vi sia una definizione normativa di siffatta tipologia di danno, unitamente all'ambiguità delle formulazioni utilizzate nella Relazione al codice civile del 1942²⁴⁰, ha determinato la contrapposizione tra diverse posizioni volte a definire gli incerti contorni del danno non patrimoniale.

Si è così, da un lato, sostenuta la piena coincidenza del danno non patrimoniale con il danno morale e, quindi, con l'ingiusto perturbamento dello stato d'animo del soggetto leso²⁴¹ e, in un'ottica più estensiva, fatto coincidere tale danno con ogni modificazione peggiorativa di un bene giuridicamente rilevante non suscettibile di valutazione economica²⁴².

Secondo altra impostazione, ciò che qualifica il danno non patrimoniale sarebbe il suo oggetto: il danno non patrimoniale corrisponderebbe a una lesione di un bene privato. Esso si distinguerebbe dal danno patrimoniale perché quest'ultimo avrebbe per oggetto beni-interessi estranei alla persona, economicamente utili e per loro natura stimabili pecuniariamente²⁴³.

Le difficoltà nella definizione del danno non patrimoniale, unitamente alla particolare formulazione dell'art. 2059, c.c., hanno a lungo indotto la giurisprudenza a ritenere tale danno risarcibile solo nei casi di reato, con il postulato dell'irrisarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali che derivassero da differenti lesioni, con ciò ponendo in secondo piano quelle previsioni della Carta Costituzionale, su tutte l'art. 2 della stessa, che contribuiscono a creare un sistema in cui al centro è posta la persona²⁴⁴.

diritto romano), ma – anche in ragione della funzione che originariamente lo ha caratterizzato e della sua riconducibilità all'idea di pena privata – ha incontrato in tempi recenti notevoli resistenze".

240 La Relazione al codice civile non chiarisce se il danno non patrimoniale sia un danno da qualificare in negativo, quindi coincidente con ogni situazione peggiorativa inerente a situazioni giuridiche soggettive di tipo non patrimoniale o se sia, viceversa, da intendersi unicamente in termini di danno morale.

241 Scognamiglio R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, Riv. Dir. Civ., 1957, p. 277 e ss. e, in epoca più recente, Ponzanelli G., *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in Foro it., 1986, I, 2053 ss..

242 Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 58

243 Su quest'ultimo orientamento, De Cupis G., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 59 e, successivamente, De Cupis G., *Commenti a prima lettura. La sentenza della Corte Costituzionale n. 184/86 sul danno non patrimoniale*, in Dir. Inf., 1986, III, p. 736. Questa impostazione è quella che la giurisprudenza ha fatto propria in epoca recente, sostenendo che "il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica (Cass., sent. n. 29172/2008, sulla quale, v. *infra*).

244 Navarretta E., in *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, Resp. Civ. E prev., 2001, p. 789 e ss., contesta il limite del reato in presenza di pregiudizi di valenza personali derivanti dalla lesione di interessi, a loro volta,

Né poteva considerarsi risolutiva l'impostazione secondo la quale sarebbe bastato ampliare il concetto di patrimonio per ottenere, *ex art. 2043, c.c.*, la risarcibilità di ogni danno non patrimoniale²⁴⁵.

Una simile concezione, è stato osservato, oltre a non essere fedele alla disposizione di legge, che differenzia il danno patrimoniale da quello non patrimoniale, non troverebbe sufficienti riscontri di carattere oggettivo e, anzi, equivarrebbe a negare l'evidenza delle cose, illudendosi che, alla fine, ogni cosa sia tramutabile in denaro anche se il mercato si trovi nell'impossibilità obiettiva di segnalare i criteri necessari per operare la stima²⁴⁶.

Il postulato di un simile ragionamento non avrebbe potuto essere altro che l'individuazione di differenze censitarie che, di per sé, avrebbero reso difficilmente giustificabile – anche in relazione al basilare principio di eguaglianza – tale tecnica risarcitoria.

Le perplessità destinate dalla ricostruzione in parola divennero particolarmente rilevanti nell'ambito del noto *affaire Gennarino*²⁴⁷. In questo caso i giudici ritennero di non poter liquidare alcunché in relazione alla lesione non patrimoniale patita²⁴⁸, posto che il soggetto – in quanto figlio di un calzolaio – non avrebbe manifestato alcuna capacità lavorativa specifica.

Successivamente, con la pronuncia n. 184/1986 della Corte Costituzionale è stata proposta l'idea che, ai sensi dell'*art. 2043, c.c.*, sarebbe risarcibile la lesione della persona qualificabile in termini di danno evento e, in particolare, ogni danno ingiusto, comprensivo della violazione dell'integrità psico-fisica della persona umana; diversamente, l'*art. 2059, c.c.*, rivestirebbe una funzione punitiva,

di natura strettamente personale, che in una valutazione complessiva di interesse leso e di pregiudizio conseguente coinvolgono il piano assiologico della Costituzione.

245 Franzoni M., in *Il danno morale*, in *Contr. e Impr.*, 1990, p. 331 e ss., sostiene il superamento dell'equivalenza tra lesione di un interesse patrimoniale e danno patrimoniale. Nel concetto di patrimonio risulterebbero ricompresi non solo i beni economici ma, più in generale, quel complesso di utilità, vantaggi, comodità e benessere che, pur non trovando una valutazione pecuniaria corrente secondo stime di mercato, non per questo non possono divenire passibili di una valutazione economica, secondo la coscienza sociale tipica del momento.

246 Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 370.

247 Tribunale di Milano, 18 gennaio 1971.

248 Il soggetto era stato coinvolto in un incidente stradale. Dunque, secondo l'interpretazione restrittiva allora vigente dell'*art. 2059, c.c.*, non era possibile disporre il risarcimento del danno non patrimoniale, mancando la commissione di un reato ai sensi dell'*art. 185, c.p.*

applicabile nei soli casi connotati da una particolare antigiridicità, in quanto arrecati sulla base di un illecito che integra una fattispecie astratta di reato²⁴⁹.

Al riguardo, la sentenza in commento è piuttosto esplicita, posto che sostiene che *"dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori. Né può essere vietato al legislatore ordinario, ai fini ora indicati, prescrivere, anche a parità di effetto dannoso (danno morale subiettivo) il risarcimento soltanto in relazione a fatti illeciti particolarmente qualificati e, più di altri, da prevenire ed ulteriormente sanzionare"*. Le affermazioni della sentenza citata vennero riprese l'anno successivo dalla Consulta (sent. n. 641/1987) che, nel rivendicare anche compiti preventivi e sanzionatori in capo alla responsabilità civile, mirava ricondurre l'illecito civile alle regole generali dell'illecito giuridico.

Dirompente è stato il successivo orientamento fatto proprio dalla Cassazione a partire dal 2003²⁵⁰, che ha aperto a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059, c.c..

La norma codicistica, secondo la citata giurisprudenza, consentirebbe di risarcire tutte le violazioni dei diritti inviolabili dell'uomo, come garantiti dall'art. 2 della Costituzione²⁵¹. Tale interpretazione è stata successivamente confermata, seppur con importanti precisazioni in ordine ad alcune voci del danno non patrimoniale (su tutte, il danno esistenziale²⁵²), dalle successive pronunce del 2008 della

249 Procida Mirabelli di Lauro A., *I "nuovi" danni e le funzioni della responsabilità civile*, *Danno e Resp.*, 2003, p. 461 e ss.

250 Sentenze nn. 8827 e 8828.

251 L'intervento della Cassazione ha contribuito a ridimensionare quel fenomeno di ampliamento delle voci di danno risarcibile registrato nei primi anni Novanta da G. B. Ferri, in *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, p. 802 e ss.

252 In chiave critica, sul venir meno in via giurisprudenziale del danno esistenziale, si esprime Conte G., *Il difficile*

medesima Corte²⁵³.

Con le sentenze del 2008, la Cassazione ha aderito a una ricostruzione in termini onnicomprensivi del danno non patrimoniale, negando la diversa impostazione – cd. tesi pluralista – che voleva una liquidazione separata dei singoli momenti del pregiudizio non patrimoniale²⁵⁴.

È stato sostenuto che il sistema italiano, soprattutto in seguito al citato *revirement* degli orientamenti giurisprudenziali in materia di danno non patrimoniale, si sia distaccato dai tre modelli ordinamentali precedentemente individuati²⁵⁵ perché rivede l'assioma di partenza, ovvero la necessaria patrimonialità del danno²⁵⁶.

Si tratta di un rifiuto deciso della *Differenztheorie* e dell'idea che un danno sia riconducibile alla differenza del saldo patrimoniale della vittima prima e dopo l'evento lesivo. Non si intende individuare un "saldo negativo" in seguito all'evento pregiudizievole in sé e per sé considerato ma si va oltre, riconoscendo a determinate lesioni il carattere di disutilità, suscettibili di misurazione economica secondo una valutazione sociale tipica.

L'applicazione dei principi delle sentenze del 2008 è stata molto diversificata, essendosi registrate

equilibrio tra l'essere e l'avere: alcune considerazioni critiche sulla nuova configurazione del danno non patrimoniale, in Giur. it., 2009, pp. 1030 e ss., secondo il quale, posto che "i giudici delle Sezioni Unite non si avvedono che l'aver rivolto la previsione di cui all'art. 2059, c.c., in direzione di un ventaglio di valori, costituzionalmente accreditati, ma non necessariamente specificamente enumerati", sarebbe stato lasciato all'interprete "un margine di discrezionalità ermeneutica difficilmente compatibile con una rigorosa accezione della nozione di "tipicità". Ciononostante, l'A. riconosce alla SS. UU. il merito di avere contribuito all'affermazione di un disegno di tutela della persona più completo ed efficace, pur esponendosi a forti incongruenze logiche e a evidenti aporie sistematiche. Va altresì menzionata la posizione di Castronovo C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in Eur. e dir. Priv., 2008, p. 345 ss., secondo il quale il danno esistenziale ha sempre sollevato dubbi sulla propria consistenza dogmatica e sulla sua accettabilità: si trattava di una perdita non patrimoniale, che come tale subiva la limitazione dell'art. 2059, c.c., laddove in pari tempo se ne teorizzava una risarcibilità esente da tali limiti. Secondo l'A., l'aggancio del danno esistenziale ai diritti costituzionalmente garantiti è tale da dare luogo a una confusione che rischia di finire nella mistificazione.

253 Sentenze nn. 26972 – 26975.

254 Su un ritorno, nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, del danno esistenziale si esprimono Cendon P. - Sapone N., *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, Nuova giur. Civ., 2014, 5, pp. 247 e ss.. Busnelli F. D. - Patti S., in *Danno e responsabilità*, cit., p. 61, ritengono che le SS. UU. del 2008 non contestano la possibile rispondenza a valori meritevoli di tutela della cd. "giurisprudenza esistenzialista" in quanto mirano, piuttosto, a specificare che, in presenza di "pregiudizi che attengono all'esistenza della persona", tali pregiudizi possono essere descritti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno.

255 Per comodità di lettura, si ricorda che si parlava di un modello basato sull'identificazione del danno patrimoniale con il danno non patrimoniale, di un modello basato su una clausola generale di danno non patrimoniale, arricchito da diverse ipotesi speciali di legge e di un modello, teorico, che individuava alcune ipotesi di danno alla persona non coincidenti con le categorie del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale.

256 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 53.

posizioni volte a restringere notevolmente l'area del danno risarcibile, contrapposte ad altre maggiormente permissive²⁵⁷.

Ad ogni modo, uno dei principi richiamati con maggior chiarezza dalle sentenze citate (ma non per questo non criticabile) è il perseguimento *a tutti i costi* del principio dell'integralità del risarcimento del danno alla persona²⁵⁸.

L'integralità del risarcimento non è un dato oggettivo di per sé suscettibile di diretto riscontro economico ma è, al più, un obiettivo ragionevolmente perseguibile in termini di effettività del pregiudizio. La necessità di rispettare *sempre e comunque* il predetto principio è corrispondente alla volontà di *non andare oltre*, dando la stura alle duplicazioni risarcitorie che, secondo le Sezioni Unite, inquinerebbero l'effettività del risarcimento²⁵⁹.

La lettura dell'art. 2059, c.c., portata avanti dalla Cassazione è conforme a una certa tendenza delle corti a spogliare tale norma della sua portata sanzionatoria²⁶⁰. Tale tendenza è giustificata dal timore che una reinterpretazione dell'art. 2059, c.c., in termini più permissivi potrebbe determinare un ampliamento indefinito dei confini del danno risarcibile con il rischio di paralisi di interi settori dell'economia. La soluzione cercata è quindi un tentativo di mediare tra la precedente

257 Busnelli F. D., nella relazione al CNF del 2 novembre 2011 dal titolo "*La liquidazione del danno alla persona nella R.C.A., tra legge, giurisprudenza e tabelle valutative*", ha posto in evidenza la serie di interpretazioni difformi dei principi enucleati dalle Sezioni Unite, operate sia nell'ambito della giurisprudenza di merito che in quella di legittimità. Soprattutto la seconda "*sembra diventata una palestra di sentenze che veicolano dottrine agevolmente ricollegabili alla diversa personalità scientifica dei relatori: per così dire, tot capita, tot sententiae, là dove per sententia deve intendersi sentenza*" (p. 2). Cendon P. - Sapone N., in *Verso una nuova stagione*, cit., p. 247 evidenziano la presenza di numero incoerenze e opacità nell'applicazione dei principi espressi dalle sentenze di San Martino nella giurisprudenza successiva al 2008.

258 Busnelli F. D., in *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, *Danno e Resp.*, 2014, 5, p. 467 afferma che questo "*è un principio che riecheggia il vecchio ammonimento della tradizione francese a risarcire "tout le dommage, rien que le dommage"; e che, per un verso ("tout le dommage"), viene ritenuto inattaccabile dal legislatore e, per altro verso ("rien que le dommage"), viene considerato consustanziale alla funzione della responsabilità civile*". Lo stesso A. afferma nelle pagine successive (precisamente, a p. 468) che stupisce il fatto che la categorica esclusione di profili sanzionatori dal risarcimento dei danni non patrimoniali sia riferita anche alle ipotesi di reato, ossia proprio a quelle che, tramite il raccordo con l'art. 185 c.p., riflettono emblematicamente la tradizionale vocazione sanzionatoria dell'art. 2059 c.c.; Ponzanelli G., in *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 5, 2012, p. 1415 e ss., ritiene invece che l'attività interpretativa delle corti succeduta alle sentenze del 2008 abbia determinato alcune conseguenze di non secondario rilievo nell'applicazione del principio di integrale riparazione, soprattutto allorché si accoglie il risarcimento per distinte voci di danni, correndo in tal modo il rischio di portare il risarcimento verso limiti che eccedono la soglia presupposta.

259 Busnelli F.D., *La liquidazione del danno alla persona nella R.C.A., tra legge, giurisprudenza e tabelle valutative*, cit., p. 4.

260 In tal senso Busnelli F. D., *La dottrina delle Corti*, cit., p. 468.

interpretazione iper-riduttiva della fattispecie, che aveva dimostrato di non essere in grado di tutelare sufficientemente le esigenze di una società in rapido mutamento, e la volontà di alcuni di aprire la via a tendenze panrisarcitorie che difficilmente avrebbero potuto essere giustificate a norme invariate.

Ciononostante non convince l'idea che l'art. 2059, c.c., possa interpretarsi *sempre e comunque* come una norma puramente risarcitoria, scevra di qualunque connotazione sanzionatoria o deterrente, posto che tale connotazione caratterizza il danno non patrimoniale sin dalla sua origine e – nei fatti – continua a caratterizzarlo anche oggi.

8.1 La quantificazione del danno non patrimoniale

L'interpretazione estensiva dell'art. 2059, c.c., pur avendo ampliato rispetto a un tempo le fattispecie per le quali è possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, non ha risolto il diverso problema della sua quantificazione, ancora oggi non disciplinata da precise norme di legge.

Le uniche eccezioni in materia sono fornite dal codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005, artt. 138 e 139), che prevede regole precise per la quantificazione del danno biologico, e dall'art. 3 della legge n. 189/2012, che disciplina la cd. responsabilità sanitaria²⁶¹.

Resta quindi il dubbio di come quantificare correttamente il danno non patrimoniale, posto che lo stesso non deriva – di regola – dalla lesione di beni suscettibili di una valutazione economica secondo le normali leggi di mercato.

Secondo un orientamento consolidato, anche ammettendo il carattere *lato sensu* punitivo del danno

261 Come osserva Ponzanelli G., in *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 152, la presenza di queste norme speciali non va sottovalutata, posto che si tratta di interventi che hanno inciso su due dei settori in cui maggiormente si verificano danni non patrimoniali, rispetto ai quali si pone inoltre il non secondario problema dell'assicurabilità del danno. Di fatto, il problema della quantificazione del danno non patrimoniale, se si escludono queste due macro-aree, riguarda fundamentalmente casi di danno non patrimoniale e non biologico. Un esempio è fornito dal cd. "caso Vieri", riguardante un ex calciatore di serie A che ha chiesto di essere risarcito in seguito alle intercettazioni subite nel periodo in cui militava per una certa squadra di club. L'A., conclude che, proprio per il fatto che il danno non patrimoniale è quantificabile liberamente dal giudice in casi esterni al danno biologico, deve maggiormente tenersi in considerazione il suo aspetto deterrente, in grado di incidere sulla condotta del danneggiante, in quanto prenda in considerazione criteri che lo coinvolgano in prima persona.

non patrimoniale²⁶², non per questo il giudice sarebbe legittimato a superare la "frontiera ultima" del solo danno effettivo²⁶³.

Si è così affermata in giurisprudenza la tendenza a utilizzare diversi criteri, con ciò dimostrando quanto sia serio il problema della quantificazione in termini monetari di beni difficilmente oggetto di libero scambio nel mercato²⁶⁴.

Un primo criterio è stato quello cd. "equitativo puro", incentrato sulle peculiarità della fattispecie concreta e che rifugge da canoni predeterminati. Detto criterio sconta le incertezze derivanti da un apprezzamento rimesso alla sensibilità del singolo decidente, comportando una eterogeneità in sede valutativa che non consente di ammettere una sua applicazione generalizzata, posto che – in tal caso – sarebbe pregiudicato il principio di certezza del diritto.

Un diverso orientamento ha cercato di individuare dei criteri oggettivi che potessero, nel rispetto del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, costituire una griglia di valutazione del danno non patrimoniale e, in particolare, di quella sua particolare articolazione costituita dal danno biologico, ricorrendo a delle tabelle che – in una prima fase – sono state molto diversificate tra i diversi tribunali distribuiti nel territorio italiano²⁶⁵.

262 Chi ammette il carattere *latu sensu* punitivo del danno non patrimoniale tende a qualificare tale voce di danno in termini di "riparazione", inteso quale concetto distinto dal mero risarcimento, che avrebbe una sola funzione compensativa (in termini, Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 942. Lo stesso A., tuttavia, osserva che si tratta di una premessa reversibile, osservando come vi sia anche chi parli di "figure risarcitorie non riparatorie", muovendo dalla premessa secondo cui, all'interno del *genus* risarcimento, si possa distinguere tra "risarcimento vero e proprio", modulato secondo la funzione riparatoria dell'art. 1123, c.c., e rimedi non riparatori, non necessariamente punitivi).

263 Cendon P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, p. 88. Secondo Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 933, superare questa ultima frontiera "significherebbe mettere in crisi non soltanto la funzione, ma l'essenza stessa della responsabilità civile, e il suo principale criterio distintivo dalla responsabilità penale".

264 In proposito, occorre precisare che il fatto che determinato beni non abbiano un mercato non comporta automaticamente che il loro risarcimento sia indice della presenza di pene private. Se si prende in considerazione il bene-vita, è indubbio che la stessa abbia un certo valore sociale, certamente di difficilissima quantificazione, anche in ragione del fatto che esso varia secondo le epoche storiche e le società di riferimento.

265 Tra i Tribunali più attivi, sul punto, possono menzionarsi il Tribunale di Genova, che applicava la percentuale di invalidità a un *benchmark*, rappresentato dalla capitalizzazione del reddito medio nazionale; il Tribunale di Pisa che invece ricorreva al cd. "metodo a punto elastico", muovendo dalla valutazione della percentuale di invalidità determinata dalla lesione in relazione alla sua capacità di menomare la funzionalità e la qualità della vita del soggetto e, per l'invalidità permanente, quantificava il danno moltiplicando il valore attribuito a ogni punto per il totale dei punti persi, per l'invalidità temporanea, liquidava il danno biologico moltiplicando il valore monetario del peggioramento della qualità della vita del singolo giorno per il numero di giorni in cui lo stesso è durato.

Dal 2011 la Corte di Cassazione²⁶⁶ ha ritenuto che dovesse adottarsi un criterio uniforme, costituito dalle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano²⁶⁷ che, nel frattempo, avevano avuto una diffusa applicazione nel territorio nazionale. Il ricorso alle tabelle milanesi, tuttavia, non è – né può essere – pienamente cogente, posto che la medesima pronuncia della Suprema Corte ha cura di precisare che in particolari casi il giudice può derogare al predetto criterio di quantificazione del danno non patrimoniale²⁶⁸.

Il ricorso a delle tabelle, pur particolarmente elaborate, come quelle del Tribunale di Milano, non consentirebbe, tuttavia, di ritenere superato il problema della quantificazione del danno non patrimoniale, sia in ragione della parzialità della soluzione proposta, in quanto riferibile al solo danno biologico, sia in considerazione del fatto che la standardizzazione del risarcimento, di per sé meritoria, comporta automaticamente la correlazione tra obbligazione risarcitoria, in tal modo quantificata, e danno effettivamente subito.

Tale difficoltà non consente di ritenere superata l'idea che, già allo stato attuale, alcune voci risarcitorie costituiscono, più che una manifestazione dell'obbligazione riparatoria derivante dall'illecito extracontrattuale, la rappresentazione nel nostro ordinamento di danni non solamente compensativi o, più correttamente, che non possono trovare nella sola compensazione la loro dimensione naturale.

L'opposto assunto, infatti, finisce col ritenere necessariamente – e correttamente – quantificabile ciò che non è determinabile in termini puramente economici, come il dolore per la perdita di un congiunto, le difficoltà derivanti da una grave menomazione, e così via.

266 Sent. n. 12408/2011.

267 Le tabelle del Tribunale di Milano tengono sempre come elemento di riferimento la percentuale di invalidità riscontrata in sede medico-legale, ma determinano il valore del punto guardando alla media dei precedenti giudiziari riferibili al medesimo tribunale, applicando un aumento di tipo geometrico in relazione alla gravità della patologia ed aritmetico in considerazione della stimata durata della vita residua in capo al danneggiato.

268 Peraltro è presente nella giurisprudenza di legittimità un orientamento differente, che sottolinea il potere ampiamente discrezionale del giudice che si ponga alla ricerca di elementi di tendenziale certezza attraverso il sistema delle tabelle. Su tale orientamento si esprimono diffusamente Busnelli F. D. - Scalpi S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 118.

8.2 *La duplice funzione del danno non patrimoniale*

Le considerazioni svolte aprono a una visione del danno non patrimoniale non monolitica: difficilmente può sostenersi che tale tipologia di danno possa essere sussunta nelle categorie della mera riparazione, soprattutto considerando la particolare attenzione riservata dalla giurisprudenza a elementi necessariamente esterni al danno riportato.

Di questo la dottrina sembra essere consapevole, pur essendo divisa tra coloro che considerano preminente una funzione cd. compensativa impropria, ritenendo la somma corrisposta al danneggiato una misura convenzionale attraverso la quale sono indennizzate le conseguenze sfavorevoli di carattere non patrimoniale sofferte dallo stesso²⁶⁹, e coloro che ne ritengono del tutto preminente la funzione sanzionatoria²⁷⁰, in particolar modo ritenendo che, una volta ammessa la mancanza di criteri oggettivi di valutazione, non può che ritenersi impossibile parlare di risarcimento²⁷¹.

Chi sostiene la natura prettamente sanzionatoria del danno non patrimoniale mette in evidenza gli aspetti preventivo-punitivi della fattispecie in questione, avvicinandola ai *punitive damages* del

269 Ziviz P., *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, p. 455. In precedenza, una simile posizione era stata esposta da Pacchioni G., *Diritto Civile Italiano, Diritto delle Obbligazioni, vol. IV, Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 328, e Ravazzoni A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 137. Cfr. anche Padovani T., *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., p. 63; Salvi C., *Risarcimento del danno extracontrattuale e "pena privata"*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 338 e ss.. Da ultimo, cfr. Iannarelli A., *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, *Danno e Resp.*, 1999, p. 601, secondo il quale il danno non patrimoniale è uno strumento orientato al contempo a fornire un rimedio e all'effettiva perdita subita e al senso di giustizia che trae fondamento dall'illecito perpetrato dal terzo.

270 Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 282; Ferri G. B., in *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, cit. p. 150, afferma che "escluso dunque che la somma di denaro liquidata, ex art. 2059, c.c., possa avere anche quel "role hedonistique" che è chiamata a svolgere quando, con essa, s'intenda riparare un danno patrimoniale, sembra non illogico ricondurre tale ipotesi, al di là della terminologia usata dal legislatore, a quelle figure di pene private sulle quali da oggi la dottrina civilistica problematicamente si interroga. In sostanza, il "risarcimento", cui all'art. 2059, c.c. si riferisce, riguardando un danno non risarcibile (perché non patrimoniale), finirebbe per svolgere una funzione sanzionatoria (in una certa misura, anche, preventiva) e, dunque, una funzione [...] più simile a quella che, nei sistemi anglosassoni, svolgono gli exemplary damages".

271 Bonilini G., *Pene private e danno non patrimoniale*, cit., p. 304. L'A., in particolare, ritiene che "salvo rare eccezioni, è ormai salda l'idea che danno non patrimoniale ed attività risarcitoria sono termini inconciliabili dato che questa mira a ricostruire un vuoto i cui contorni sono, fondamentalmente, sicuri, verificabili, là dove, invece, i contorni del pregiudizio non patrimoniale sono sfuggenti". Poletti D., *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 339, afferma che "varie ragioni fanno dubitare che l'attribuzione di una somma di denaro a chi abbia subito un danno non patrimoniale possa essere configurata come risarcimento nel senso tecnico del termine".

Common Law.

In una posizione parzialmente diversa si pongono coloro che distinguono le funzioni del danno non patrimoniale in relazione alla sottospecie di tale singola categoria di danno, ritenendo prevalente la funzione punitiva nel danno morale subiettivo derivante da reato, la funzione satisfattivo-punitiva nel danno all'identità personale, la funzione compensativa nel pregiudizio alla salute²⁷².

A fronte di tali posizioni è tuttavia contrapposto un orientamento apertamente critico sulla possibilità di riconoscere al danno non patrimoniale funzioni ultronee rispetto alla mera compensazione e, se queste possono essere ammesse, certamente non è vista con favore la funzione punitiva²⁷³.

Sembra, tuttavia, fuor di dubbio che lo strumento previsto dall'art. 2059, c.c., presenti – quantomeno in parte – i connotati di una punizione nei confronti del danneggiante, ritenuto responsabile per la lesione di beni che, si ricorda, anche alla luce della consolidata giurisprudenza sul punto, devono essere di rango particolarmente elevato.

Posto che appare difficile negare che il danno non patrimoniale abbia in sé taluni elementi di deterrenza e di afflittività, esso costituisce uno strumento potenzialmente funzionale – in certi casi – anche a sostituire la sanzione penale, soprattutto con riguardo alle ipotesi di comportamenti che, per le loro caratteristiche, troverebbero nella repressione penale uno strumento in parte eccessivo e, in parte insufficiente.

Del resto, di "*particolare sanzione, sotto forma di indennità, o sotto una forma diversa*" parla, con riferimento al danno non patrimoniale, anche la stessa Relazione al codice civile. Il linguaggio della sanzione (e, quindi, della prevenzione sotto forma di deterrenza) non sembra pertanto, sin dagli albori, estraneo al risarcimento del danno non patrimoniale.

Né può sostenersi che l'utilizzo di tale linguaggio fosse una conseguenza immediata del fatto che, al

272 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 43. e ss.

273 De Cupis A., *Sul tema del danno e del risarcimento*, in *Le pene private*, cit., p. 323; Salvi C., *Risarcimento del danno extracontrattuale e "pena privata"*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 338.

momento della redazione del codice civile, il danno non patrimoniale fosse strutturalmente legato al risarcimento del danno morale da reato *ex art. 185, c.p.*.

Può, infatti, tranquillamente ammettersi che nell'attuale contesto, in cui la sensibilità verso certi tipi di lesione si è certamente acuita, siano ammissibili "*sanzioni, sotto forma di indennità, o sotto una forma diversa*" anche per lesioni differenti, purché si abbia sempre riguardo a valori di rango costituzionale che la stessa nozione di danno non patrimoniale presume.

Si osserva, ancora, che la progressiva espansione del danno non patrimoniale non può di per sé giustificare una diversa connotazione dello stesso in relazione alla ragione giustificante l'obbligazione risarcitoria.

Non vi è ragione, in altre parole, di sostenere che la stessa figura, se connessa a un reato, avrebbe una funzione punitiva *sempre e comunque* mentre, in assenza di reato, pur essendo connessa alla lesione di interessi di rango costituzionale, si limiterebbe *sempre e comunque* alla mera funzione compensativa²⁷⁴.

Il danno non patrimoniale sembrerebbe dunque compendiare diversi elementi, insieme di carattere punitivo e satisfattorio²⁷⁵. In quest'ultimo senso la somma attribuita a chi patisce il danno consentirebbe di acquisire sensazioni piacevoli che rimuovono quelle dolorose cagionate dall'illecito che sostanziano il danno non patrimoniale²⁷⁶.

Diventa fondamentale, allora, comprendere quali sono i rapporti tra le due funzioni della responsabilità per danno non patrimoniale. In proposito, può osservarsi come il surriferito percorso

274 In questi termini si esprime, tuttavia, Franzoni M., in *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1031 e in *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 510 e ss.. Posizioni analoghe sono tenute da Procida Mirabelli di Lauro A., *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 834 e ss.; Ponzanelli G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 10 e ss.; Bitetto A. L., *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione "punitiva"*, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 959 e ss.

275 In questi termini, Petrelli P., *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, p. 141; Comandé G., *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. E Impr.*, 1994, p. 913 e ss.; Poletti D., *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 342.

276 In senso critico alla funzione satisfattoria del danno non patrimoniale si esprime Bonilini G., *Pena Privata e danno non patrimoniale*, cit. , p. 305., secondo il quale "*che un breve viaggio alle isole tropicali possa annullare il dolore che consegue ad un reato di omicidio, alla violazione volgare della riservatezza, ad una invalidità permanente e deformante, non credo risponda al sentimento comune*".

espansivo della responsabilità civile stia contribuendo a una caratterizzazione in termini punitivi del danno non patrimoniale, anche in considerazione agli elementi dell'obbligazione risarcitoria, ormai indipendente rispetto al danno cagionato (quantificabile in termini scientificamente apprezzabili unicamente nel caso del danno biologico).

Oggi l'interesse del danneggiato a ottenere una riparazione pecuniaria assume un rilievo preponderante, che ben può coesistere con l'applicazione di una sanzione al danneggiante²⁷⁷.

Volendo concludere, il danno non patrimoniale si accredita sempre più come uno strumento sanzionatorio rispetto a comportamenti lesivi di beni immateriali quali la persona e la vita privata e di situazioni soggettive meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico²⁷⁸.

Esso punisce l'agente per aver tenuto una condotta colpevole²⁷⁹, che ha inciso su un bene della vita del soggetto leso. Da qui la necessità della punizione.

9. La tutela dell'onore e della reputazione

Nell'ambito del danno non patrimoniale, un settore di grande interesse per lo studio di funzioni anche sanzionatorie nella responsabilità civile è quello della tutela dell'onore e della reputazione.

L'ordinamento italiano, a differenza altri sistemi giuridici, segnatamente quelli di *Common Law*, conosce una forma di tutela più che altro penale dell'onore e della reputazione²⁸⁰, essendo previsti agli artt. 594 e 595, c.p., i reati di ingiuria e diffamazione.

Mentre con il primo è punito chi offende l'onore o la reputazione di una persona presente, con il secondo è sanzionata la condotta di colui che offenda l'altrui reputazione in assenza dell'offeso.

277 Busnelli F. D., in *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit, p. 945, osserva che la funzione satisfattoria, normalmente caratterizzante il danno non patrimoniale, può convivere con una funzione sanzionatoria, a seconda dei casi ancillare o trainante. Ancillare è una incidenza limitata al *quantum* della liquidazione del danno; trainante è il ruolo che la funzione sanzionatoria può rivestire nell'incidere sullo stesso *an* della risarcibilità di un danno individuabile come diretto riscontro sanzionatorio del carattere, riprovevole, della condotta dell'offensore. Nella sua ricostruzione è comunque il legislatore, non il giudice, a dovere (e potere) prevedere l'innesto di questa funzione sanzionatoria.

278 Pizzoferrato A., *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, in *Contr. e Impr.*, 1999, p. 1047 e ss.

279 Afferni G., *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, *Resp. Civ. Prev.*, 2004, p. 870 e ss.

280 Zeno Zencovich V., *Onore e reputazione nel diritto civile*, Napoli, 1985.

Il settore della tutela dell'onore e della reputazione è uno di quegli ambiti in cui non può facilmente parlarsi di deterrenza effettiva nonostante la presenza di norme penali.

Ciò, innanzitutto, in ragione della risposta sanzionatoria non particolarmente incisiva che il codice Rocco riserva ai due predetti reati. Tanto la pena detentiva (reclusione fino a sei mesi per l'ingiuria, fino a un anno per la diffamazione), quanto quella pecuniaria (multa fino a € 516,46 per l'ingiuria, multa fino a € 1.032,91 per la diffamazione) non sembrano in grado di fornire elementi sufficienti in termini di prevenzione alla commissione dei reati lesivi dei beni giuridici costituiti da onore e reputazione²⁸¹.

Ciò è confermato da diverse considerazioni di ordine pratico: se si pensa al sovraccarico dei tribunali penali, alla brevità della prescrizione, alle difficoltà nell'accertare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità penale, al regime della sospensione condizionale della pena, può agevolmente concludersi che la tutela apprestata dall'ordinamento avverso tutele ingiuriose o diffamatorie, nonostante sia (formalmente) forte è, nei fatti, piuttosto debole.

Anche per ovviare a tali difficoltà, non nuove nel panorama penale italiano, fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso, la giurisprudenza ha promosso la possibilità di configurare un illecito civile consistente nella diffamazione meramente colposa²⁸².

Nel 1958, la Corte di Cassazione ha stabilito che, nonostante la mancanza di dolo, sia possibile far valere in sede civile la diffamazione colposa per ottenere il risarcimento del danno²⁸³. Più di recente²⁸⁴, la Suprema Corte ha chiarito che non è richiesto che il fatto illecito integri, in concreto, un reato, essendo sufficiente la sua astratta riconducibilità alla fattispecie criminosa.

Tale orientamento ha dato la stura a un passaggio sempre più marcato dalla tutela penale dell'onore e

281 Tale osservazione consente di superare uno degli argomenti normalmente riportati da chi, come Castronovo C., in *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., p. 361, ritiene che il diritto penale sia ampiamente in grado di svolgere la funzione preventiva. In tale ambito, la possibilità che funzioni preventive siano ammissibili anche nel diritto civile non sembra per niente estranea al perseguimento di finalità di maggiore giustizia sociale.

282 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 110; Fumo M., *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, p. 137.

283 Cass., sent. n. 1563/1958.

284 Cass., sent. n. 22020/2007.

della reputazione alla loro protezione in sede civile, consentendo che condotte di per sé non in grado di attivare il sistema di repressione penale dei comportamenti ingiuriosi o diffamatori potessero essere perseguite diversamente, mediante l'applicazione dello strumento risarcitorio che, in casi come questo, ha manifestato la propria capacità di ben funzionare anche in funzione repressiva e deterrente.

Un ulteriore elemento da non sottovalutare nella risposta sanzionatoria – complessivamente intesa – a codesti comportamenti è costituito dalla differente reazione che si determina a fronte di ingiuria o diffamazione dolosa o colposa. Mentre nel primo caso è lecito attendersi l'applicazione della sanzione penale e del risarcimento in virtù del combinato disposto degli artt. 185, c.p., e 2059, c.c., nel caso in cui la condotta non travalichi i confini del dolo, l'unica norma applicabile sarà l'art. 2059, c.c., nei limiti individuati dalla citata giurisprudenza.

Ne deriva che, in caso di lesioni all'onore o alla reputazione si ha una differenziazione, in sede civile, tra condotte colpose e condotte dolose. Ciò contribuisce a mettere in discussione la sopra riferita tesi dell'indifferenza a fini risarcitori tra danni determinati da comportamenti dolosi e danni determinati da comportamenti colposi²⁸⁵. Tale differenza è ancora più esacerbata dalla tendenza, spesso manifestata dai giudici di legittimità, a ritenere *in re ipsa* il danno causato da una condotta ingiuriosa o diffamatoria volontaria²⁸⁶.

Il differente trattamento tra condotte colpose e dolose, peraltro, trova conferma proprio in una norma spesso richiamata da coloro che sostengono che la responsabilità civile non possa avere funzioni ultronee rispetto alla mera riparazione. Si fa riferimento al più volte richiamato principio di eguaglianza sancito dall'art. 3, Cost., in base al quale non può tollerarsi che condotte profondamente diverse possano essere sanzionate allo stesso modo.

La portata sanzionatoria delle misure risarcitorie avverso lesioni dell'onore o della reputazione è

285 In tal senso, cfr. Fumo M., *La diffamazione mediatica*, cit., p. 138.

286 Cass., sent. n. 16543/2012, nella quale si afferma il valore *in re ipsa* della volontaria lesione dell'altrui reputazione.

ancora più manifesta nel particolare caso della diffamazione a mezzo stampa, caso in cui è davvero difficile negare che l'obbligazione risarcitoria sia sempre e comunque scevra da connotati sanzionatori.

Al riguardo, la norma contenuta nell'art. 12 della legge n. 47/1948, afferma che, in caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185, c.p., una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato²⁸⁷.

Di una vera e propria pena pecuniaria prevista per legge, parla espressamente la giurisprudenza²⁸⁸, coerentemente con quanto espresso nell'ambito dei lavori preparatori, che quantificavano l'entità dell'obbligazione risarcitoria in almeno il doppio di quanto corrisposto a titolo di danno patrimoniale²⁸⁹.

L'applicazione di tale norma è, tuttavia, non omogenea.

Mentre tuttora parte della dottrina la ritiene applicabile unicamente in caso di perfezionamento del delitto di diffamazione con il mezzo della stampa²⁹⁰, la giurisprudenza ha optato per una interpretazione diversa del menzionato art. 12, ritenendolo applicabile anche al direttore del giornale condannato per il delitto colposo di cui all'art. 57, c.p., quantomeno in caso di mancata

287 Affrontano compiutamente il tema del rapporto tra diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno Ricciuto V., *La valutazione del danno alla reputazione e i criteri di determinazione del quantum nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Dir. Inf., 1988, p. 321 e ss.; Zeno Zencovich V., *Il danno alla reputazione: proposte per una uniforme liquidazione*, 1989, p. 829 e ss.; e, più di recente, Verri F. - Cardone V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2007.

288 Si ricorda la massima espressa dalla sentenza Cass. n. 14761/2007, ribadita più di recente nella sentenza Cass. 690/2010, nella quale si afferma testualmente che "*in riferimento alla diffamazione a mezzo stampa, a norma dell'art. 12 della legge n. 47 del 1948 la persona offesa dal reato può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del cod. pen., comprensivo sia del danno patrimoniale che del danno non patrimoniale, una somma a titolo di riparazione che non rientra nel risarcimento del danno ne' costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge, che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidato in favore del danneggiato*".

289 La relazione della Commissione governativa (disponibile online sul sito <http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/ddl/15nc.pdf>) afferma che "*la riparazione è in aggiunta non solo dei danni patrimoniali, ma anche di quelli non patrimoniali, risarcibili a norma dell'articolo 185 del Codice penale; ed è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato, ed in ogni caso in misura non inferiore al doppio della somma liquidata a titolo di risarcimento dei danni*".

290 Fumo M., *La diffamazione mediatica*, cit., p. 138.

individuazione del titolare dell'articolo²⁹¹. L'idea è che la riparazione pecuniaria disposta, pur richiamando la condotta integrante un reato, non va intesa alla stregua di un rimedio di tipo penale ma costituisce una sanzione civile da applicare a fronte di un'azione che potrebbe anche non avere in sé tutti gli elementi del reato²⁹².

È peraltro evidente che i criteri di riparazione di tale danno sono piuttosto disomogenei dai normali criteri di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria e hanno consentito alla giurisprudenza di individuare elementi funzionali al risarcimento ancora più spinti di quelli – già parasanzionatori – visti con l'art. 2059, c.c.²⁹³, richiamando talora la capacità economica del responsabile, criterio ben noto alla giurisprudenza americana in materia di danni punitivi²⁹⁴ o – e in questo caso viene a mente il *disgorgement* – l'utile ricavato dalla pubblicazione diffamatoria²⁹⁵.

Parte della dottrina è andata persino oltre, sostenendo che un elemento da tenere in considerazione ai fini della riparazione è l'intensità dell'elemento psicologico del danneggiante²⁹⁶.

Il quadro delineato non consente di ritenere che la misura prevista dall'art. 12 della legge n. 47/1948 abbia una funzione diversa da quella punitiva e finalità non prevalentemente deterrenti. È infatti previsto espressamente un obbligo ulteriore rispetto a quello risarcitorio, volto a rendere economicamente sconveniente il compimento del fatto illecito da parte del danneggiante²⁹⁷.

Non è un caso che parte della dottrina abbia intuito le profonde assonanze tra la disciplina introdotta dall'Assemblea Costituente e l'esperienza anglosassone in materia di danni punitivi²⁹⁸.

291 Cass., sent. 9297/2009, conforme a Cass., sent. n. 15114/2002.

292 Il reato va considerato ontologicamente, prescindendo dalla presenza di una condizione di procedibilità o dalla sua estinzione. La sanzione civile, dunque, potrà ben essere applicata indipendentemente dalla presenza o meno di una sentenza penale di condanna.

293 In alcune decisioni si menzionano le qualità morali della persona offesa (Trib. Venezia 29/02/2000, *Danno e Resp.*, 2001, p. 536 e ss.), o di ruolo e professionale e sociale del danneggiato (Trib. Reggio Calabria 12/02/2004, *Giurisp. Mer.*, 2005, 4, p. 851).

294 Trib. Roma, 30/09/1995, *Danno e Resp.*, 1995, p. 116. La giurisprudenza americana parla, in particolare, di *deep pocket party*, specie con riferimento alle grandi multinazionali. In proposito, v. *infra*.

295 Trib. Roma 24/11/1992, *Dir. Inf.*, 1992, p. 403.

296 Verri F. - Cardone V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, cit., p. 628.

297 Cendon P., *Pena privata e diffamazione*, *Pol. Dir.*, 1979, p. 153; Busnelli F. D., *Verso una riscoperta delle pene private*, cit., p. 10.

298 Zeno Zencovich V., *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, *Resp. Civ. e Prev.*, 1983, p. 40 e ss.; Franzoni M., *Danno morale*, in

10. *Altre ipotesi di pene private nell'ambito della responsabilità civile.*

10.1 *Il danno ambientale.*

Il danno ambientale è una figura controversa, che ha storicamente interessato la dottrina e la giurisprudenza italiana, a partire dalla stessa definizione di ambiente, per il quale non vi sono omogenee.

Senza ripercorrere il difficoltoso *iter* interpretativo, possono indicarsi due principali scuole di pensiero in materia²⁹⁹.

Secondo una prima linea interpretativa, l'ambiente andrebbe individuato guardando ai diversi elementi che lo costituiscono, ovvero paesaggio ed ecosistema, senza tralasciare anche la dimensione urbanistica. Un'altra impostazione ha abbracciato un'idea unitaria di ambiente, che intende tale bene come unico, seppur composito, in quanto non può certamente negarsi rilievo alle singole componenti³⁰⁰. Tale ultima nozione è stata quella fatta propria anche dalla Corte Costituzionale³⁰¹.

In origine il problema della tutela dell'ambiente si risolveva applicando i rimedi previsti in generale dal codice civile. Si consentiva a chi avesse subito danni alla proprietà o all'integrità fisica di agire in giudizio invocando la responsabilità per danno extracontrattuale, ottenendo il relativo risarcimento.

Contr. e Impr., 1990, p. 307.

299 Cfr., in proposito, Giannini M.S., "*Ambiente*": *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in Riv. Trim. Dir. Pub., 1973, p. 15 e, più di recente, Bolognini S., *La definizione giuridica di ambiente: una chimera?*, in Dir. Giur. Amb., 2007, p. 273.

300 Tale dibattito, a ben vedere, ricorda per la sua articolazione l'ormai superato contrasto interpretativo che si ebbe in materia di diritti della personalità, che vide contrapposte anche in questo caso una scuola di pensiero favorevole all'interpretazione unitaria di tali diritti e una diversa linea interpretativa, volta a riconoscere determinati diritti della personalità. Le conseguenze dell'una e dell'altra posizione sono le medesime, una volta traslate nel problema della definizione del bene ambiente. L'accoglimento della nozione onnicomprensiva consente, senza ulteriori sforzi interpretativi, di cogliere i nuovi elementi che potrebbero venirsi a costituire nella nozione di ambiente mentre l'idea che l'ambiente non sia, in sé, un unico bene immateriale comporta il precipitato che andranno di volta in volta determinati i singoli componenti dell'ambiente stesso e, nell'ambito della responsabilità per danno ambientale, le nuove forme di lesione.

301 Cfr., *ex multis*, le sentt. nn. 641/1987 e 1029/1988 della Consulta. In tali pronunce la Corte Costituzionale ha affermato che l'ambiente deve individuarsi in un centro d'imputazione di una serie di valori non meramente naturalistici, ma culturali, educativi e ricreativi.

L'insufficienza di tale rimedio avverso fatti caratterizzati, da un lato, da elevatissimi costi sociali complessivi ma, dall'altro, da limitati – e difficilmente dimostrabili – costi individuali, ha portato la Corte di Cassazione ad affermare, invocando il combinato disposto degli artt. 2 e 32, Cost., che ognuno avesse il diritto a un ambiente salubre. Tale diritto era tutelabile in giudizio mediante la norma generale contenuta nell'art. 2043, c.c.³⁰².

Successivamente era intervenuto il legislatore che, con l'art. 18 della legge n. 349/1986, disciplinava per la prima volta *extra codicem* la fattispecie in parola.

Tale normativa imponeva all'autore di qualunque fatto doloso o colposo in grado di determinare una compromissione dell'ambiente di risarcire lo Stato. L'entità del risarcimento, qualora non fosse stata agevolmente individuabile, sarebbe stata determinata in via equitativa dal giudice, tenendo tuttavia in considerazione alcuni elementi non tipicamente connessi al danno in sé, quali la gravità della colpa individuale, il costo necessario per il ripristino e il profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali.

Dalla lettura della norma possono agevolmente individuarsi diversi elementi eccentrici rispetto alla generale disposizione di cui all'art. 2043, c.c..

Innanzitutto, la legittimazione attiva, riservata allo Stato o agli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo. In secondo luogo, il danno ambientale – come disegnato dalla norma del 1986 – era un danno tipico, più vicino a una norma penale che a una disposizione come quella in materia di responsabilità extracontrattuale. Infine, i criteri liquidatori che, dando rilevanza a elementi estranei al danno prodotto, aprivano la via a soluzioni ultracompensative.

La norma, peraltro, invertiva il rapporto tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica, dando la prevalenza al secondo mediante il ripristino dei luoghi danneggiati³⁰³. Infine, nel

302 Cass., sent. n. 5172/1979. Avverso l'impostazione della Suprema Corte si era formato un diverso orientamento tra i giudici contabili, secondo i quali vi era un diritto soggettivo di ogni cittadino a un ambiente salubre, considerando l'ambiente un bene pubblico e individuando nello Stato l'unico soggetto legittimato ad agire (Cfr. Maddalena P., *Il danno allo ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, RCDP, 1987, p. 445).

303 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 128. Peraltro, la condanna al ripristino dello

caso di danno causato da una pluralità di soggetti, l'art. 18, cit., non segue il principio di solidarietà espresso dall'art. 2055, c.c., ma ha stabilito che ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità individuale, con la necessità di valutare *pro quota* il danno causato da ogni responsabile³⁰⁴.

L'introduzione di una norma così marcatamente punitiva nell'ordinamento italiano ha determinato un certo interesse nella dottrina³⁰⁵.

La giurisprudenza di merito, nell'applicazione della norma, ha dimostrato che una quantificazione precisa del danno è possibile solamente in casi marginali e che il danno viene normalmente liquidato in via equitativa secondo i parametri individuati dalla norma (gravità della colpa, costo del ripristino, profitto conseguito dal trasgressore), non sempre ancorati al danno effettivo, con incertezze non secondarie sul corretto uso della discrezionalità del giudice, anche sotto il profilo della parità di trattamento.

Una delle novità più interessanti nel panorama italiano è stato il rilievo attribuito al grado di colpa. La gravità della colpa è un concetto richiamato, all'interno del codice civile, non tanto per quantificare il danno quanto in materia di concorso nel fatto colposo del creditore (o del danneggiante)³⁰⁶. La gravità della colpa rileva in un momento successivo alla quantificazione del danno, unicamente al fine di ripartire la responsabilità. Essa non viene normalmente richiamata per individuare l'entità dell'obbligazione risarcitoria.

stato dei luoghi è stata fatta dipendere unicamente dalla sua realizzabilità, privando di ogni rilievo l'eventuale eccessiva onerosità per il danneggiante (invece rilevante ai sensi dell'art. 2058, c.c.).

304 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 128, affermano che l'esclusione della solidarietà è stata accolta con favore dalla dottrina. In questi casi potrebbe determinarsi un danno, complessivamente inteso, non sopportabile per la singola impresa e sproporzionato dal punto di vista causale, impedendo la funzione di razionalizzazione di un buon sistema di risarcimento.

305 Si citano, in particolare, i contributi di Busnelli F. D., *In difesa della sentenza n. 184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in D. Inf., 1987, p. 443 e ss.; De Cupis A., *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?*, in RDC, 1988, II, 401; Castronovo C., «*Danno biologico*» senza miti, in Riv.crit. dir. priv., 1988, p. 20; Moscati E., *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in Q., 1991, 170; Luminoso A., *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in Contr. e Impr. 1989, p. 894; Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 288, secondo il quale la finalità di tale forma di danno è marcatamente deterrente.

306 Art. 1227, c.c., per quanto riguarda la responsabilità contrattuale; art. 2055, c.c., con riferimento alla responsabilità aquiliana.

L'insieme delle caratteristiche presenti nell'art. 18 della legge n. 349/1986 ha determinato, secondo una diffusa opinione, la possibilità di liquidare una somma maggiore rispetto al *quantum* patito dal danneggiato, conferendo una connotazione punitiva al danno ambientale.

Non sono mancate sentenze che, nonostante l'accertamento di costi inferiori per il ripristino, hanno condannato il responsabile al pagamento di una somma maggiore, precisando che l'ammontare liquidato era composto in parte dalla somma necessaria per il ripristino e in parte da somme risultanti dall'applicazione degli altri criteri di quantificazione del danno.

D'altro canto, le difficoltà nella quantificazione dell'ammontare del danno e la possibilità di una funzione anche punitiva del risarcimento del danno ambientale ha reso incerta la disciplina della materia, rendendo altrettanto incerto il lavoro delle corti e poco prevedibile l'oggetto delle sentenze di condanna.

Ciò, tuttavia, ha anche avuto un valore positivo in termini di prevenzione e deterrenza dell'illecito ambientale, in quanto un sistema in cui l'ammontare dell'illecito non è preventivabile con certezza rende incerto l'esito dell'analisi costi-benefici del potenziale inquinatore, che quindi più difficilmente sarà in grado di ipotizzare l'entità del costo "danno ambientale" e potenzialmente potrà scegliere di evitarlo³⁰⁷.

La giurisprudenza costituzionale, chiamata a misurarsi con la norma in parola, ha avuto modo di precisare che la responsabilità civile non ha una sola funzione risarcitoria, ma anche preventiva e sanzionatoria³⁰⁸.

Tale decisione seguiva di un anno l'importante pronuncia che avrebbe rivoluzionato il modo di intendere il danno non patrimoniale³⁰⁹. È evidente come in quel dato momento storico il Giudice delle Leggi abbia inteso fornire il proprio contributo nella ricostruzione di un sistema, quello della responsabilità civile, che viveva una forte tensione: al di là delle grandissime frizioni determinate, di

307 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 129.

308 Corte Cost., sent. n. 641/1987.

309 Corte Cost., sent. n. 184/1986. Al riguardo, v. *infra*.

lì a poco, dal progressivo ampliamento del danno non patrimoniale, si stavano affermando nuovi istituti, sempre meno compatibili con la tradizione giuridica che voleva il risarcimento del danno meramente riparatorio di un torto subito³¹⁰.

La lettura della disposizione contenuta nell'art. 18, l. cit., ha portato alcuni autori ad affermare che si sarebbe di fronte a una vera e propria sanzione afflittiva, con funzione analoga a quella che negli Stati Uniti si era ormai affermata in materia di responsabilità del produttore, ovvero disincentivare mediante idonee penali ogni attività imprenditoriale che potesse essere giudicata dannosa perché produttrice di esternalità negative per la collettività³¹¹. Altri autori hanno preferito rimarcare le differenze tra la fattispecie di cui all'art. 18, legge n. 349/1986 e le pene private³¹².

Conferma di un disegno del legislatore del 1986 volto a sanzionare il danneggiante può rinvenirsi nell'individuazione *ipso iure* del danneggiato da queste condotte: la collettività stessa, personificata dallo Stato.

Attraverso tale stratagemma poteva anche superarsi una facile obiezione all'individuazione di una pena privata in seguito a un danno: nessuno avrebbe mai potuto affermare che la legge n. 349/1986 fosse in grado di determinare fenomeni di sovracompensazione mediante la comminazione di pene esemplari né, soprattutto, che il danneggiante potesse essere giudicato (e sanzionato) due volte per lo stesso fatto.

Tale soluzione era stata presumibilmente perseguita anche in considerazione di alcuni fenomeni degenerativi che avevano caratterizzato il sistema dei *punitive damages* statunitensi in quel

310 In quegli anni, infatti, sarebbe stata approvata una nuova e diversa legge che avrebbe determinato, ancora una volta, un interesse sulla possibile natura anche sanzionatoria della responsabilità civile: la normativa in materia di responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi.

311 Gallo P., *Pene private*, cit., p. 160. Sulla responsabilità del produttore negli Stati Uniti, cfr. Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 119 e ss..

312 È stato sostenuto che, se è indubbio il riferimento del legislatore alla gravità della colpa individuale, d'altra parte la fattispecie non sembra inquadrarsi in una fattispecie punitiva, posto che il parametro in esame è soltanto uno dei parametri previsti per liquidare in via equitativa il danno, del quale non è possibile provare l'esatto ammontare. Viceversa, la figura dei danni punitivi ricorre quando, determinato un certo ammontare del danno avente natura compensativa, la condanna prevede una somma ulteriore (cfr., in proposito, Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 263, e Moscati E., *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 170).

decennio: frequenti fenomeni di sovracompensazione avevano indotto diversi critici americani a parlare di una vera e propria *tort lottery* posto che in certi casi ottenere un risarcimento poteva divenire più conveniente di una vincita alla lotteria³¹³.

D'altro canto, il sistema italiano, a differenza di quello americano, non aveva in sé gli anticorpi per superare una simile difficoltà: l'introduzione, sia pur timida, di un'azione di classe sarebbe avvenuta solamente venti anni dopo.

Nel 2006, il d.lgs. n. 152 (cd. Codice dell'Ambiente), in attuazione della direttiva n. 2004/35/CE³¹⁴, ridisegna il danno ambientale, introducendo una definizione del medesimo (art. 300) molto particolareggiata, quasi ingegneristica, e sostanzialmente mutuata dalla predetta direttiva³¹⁵.

Ai sensi dell'art. 311 del predetto decreto, l'unico soggetto legittimato ad agire per il risarcimento del danno ambientale diviene il Ministero dell'Ambiente. Il risarcimento sarà prevalentemente in forma specifica o, quando possibile, per equivalente. Peraltro, il codice dell'Ambiente prevede pure che il Ministro adotti una soluzione differente rispetto all'azione processuale, potendo emanare un'ordinanza di ripristino dello *status quo ante*.

La nuova disciplina sembra aver lasciato immutate alcune delle incertezze connesse al regime della legge del 1986, soprattutto per quanto riguarda la funzione del risarcimento³¹⁶. Il responsabile del danno è tenuto a una forma di risarcimento in forma specifica (il ripristino ambientale) e, se non provvede o se il ripristino sia impossibile o eccessivamente oneroso, deve risarcire il danno per

313 Il primo a parlare in questi termini, già alla fine degli anni Sessanta, è stato Franklin M.A., *Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement*, 53 Va. L. Rev., 1967, p. 774-778

314 I principi intorno ai quali ruota la disciplina in materia di danno ambientale sono quelli di precauzione e di prevenzione. Con il primo, si intende gestire al meglio il rischio, garantendo elevati livelli di protezione anche in caso di pericoli solo potenziali per la salute umana e per l'ambiente. Il principio di prevenzione, pur condividendo la finalità anticipatoria manifestata dal principio di precauzione, inerisce principalmente a rischi già conosciuti.

315 Il danno ambientale, infatti, viene prima definito come "*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*", per poi individuare ipotesi di danno a specie o habitat naturali, alle acque interne, alle acque costiere e al terreno. Secondo Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 131, la nuova normativa per alcuni versi ritorna agli abituali parametri codicistici e, per altri, si avvicina allo schema della sanzione amministrativa.

316 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 101. Secondo Salanitro U., *Il danno ambientale*, Roma, 2009, p. 157, la nuova norma, anche per superare eventuali dubbi di incostituzionalità per contrasto con il principio di eguaglianza *ex art. 3, Cost.*, non potrebbe che ammettere una tutela risarcitoria pari, al massimo al danno effettivamente determinato.

equivalente. Tale risarcimento deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino. Se il costo non è facilmente quantificabile, esso si presume di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione penale o amministrativa applicata³¹⁷.

La *ratio* della normativa di cui al d.lgs. n. 152/2006 è quella di prevenire il compimento dell'illecito e di sanzionare il responsabile per evitare che si possa ripetere l'attività pregiudizievole. Ciò avviene in coerenza con la nuova sensibilità maturata a livello sociale per l'ambiente, a una nuova concezione del bene giuridico e a una corrispondente scala di valori, cui si adegua conseguentemente lo strumento del risarcimento del danno.

I connotati punitivi della norma risultano essere parzialmente rivisti, sia in ragione del regime di alternatività tra la tutela risarcitoria in via giudiziale e quella meramente amministrativa sia, in secondo luogo, in ragione di alcuni elementi che connotano la nuova norma, non ultimo l'espresso richiamo all'art. 2058, c.c., e al limite della eccessiva onerosità del risarcimento in forma specifica per il danneggiante, non richiamato dalla normativa del 1986.

I nuovi parametri di quantificazione del danno, infine, risultano meno elastici di quelli presenti nella disciplina abrogata.

Potrebbe essere quindi possibile predeterminare l'entità del danno ambientale, che ora si mostra meno in grado di raggiungere punizioni esemplari, attenuando così la funzione deterrente e punitiva dello stesso³¹⁸.

Permangono tuttavia norme, come l'art. 314, n. 3, del d.lgs. n. 152/2006 che mantengono una connotazione punitiva, consentendo al sistema del risarcimento del danno ambientale di non abbandonare del tutto la propria originaria vocazione deterrente.

317 La presunzione è da intendersi *iuris tantum*, essendo sempre possibile per il responsabile del pregiudizio ambientale dimostrare che il danno cagionato è inferiore a quello risultante in via presuntiva in base all'art. 314, n. 3, del d.lgs. n. 152/2006.

318 Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 133.

10.2 L'art. 96, c.p.c.

L'art. 45 della legge n. 69/2009 ha introdotto l'attuale terzo comma nell'art. 96, c.p.c., ai sensi del quale "in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, c.p.c., il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

La riportata norma disciplina una fattispecie differente da quella riportata nel primo comma, secondo cui, ove risulti che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il comma inserito nel 2009 ha suscitato, sin dalla sua introduzione, l'attenzione degli interpreti in relazione alle difficoltà che esso poneva (e pone tuttora) nell' *actio finium regundorum* con il primo comma dello stesso art. 96, c.p.c., disposizione, quest'ultima, comunemente considerata una fattispecie risarcitoria con funzione compensativa del danno da c.d. "lite temeraria"³¹⁹.

Effettivamente le difficoltà che l'innovazione legislativa del 2009 ha posto non sono secondarie, se si considera che: a) prevede che il giudice possa provvedere d'ufficio in violazione del principio della domanda; b) prescinde dal requisito dell'aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave; c) (a differenza dell'abrogato art. 385, c.p.c.) attribuisce al giudice un potere discrezionale senza indicazione di alcun metro di esercizio sia quanto all'*an* sia quanto al *quantum* della condanna³²⁰.

L'art. 96, c.p.c., è normalmente ricondotto al *genus* della responsabilità extracontrattuale. Stante la relazione tra *genus* (art. 2043, c.c.) a *species* (art. 96, terzo comma, c.p.c.) non è reputato

319 Consolo C., *Tutela risarcitoria di posizioni giuridiche schiettamente processuali?*, in Riv. dir. civ., 1991, II, 71 ss.; in particolare, Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, I, 2011, Torino, p. 407, colloca il risarcimento dovuto ai sensi dell'art. 96, c.p.c., all'interno della fattispecie dell'abuso del diritto, ovvero in un suo esercizio al di fuori del suo schema tipico o al di là dei limiti determinati dalla sua funzione. La norma, in questa lettura, parificherebbe i casi di colpa grave a quelli in cui il soggetto abbia agito con dolo, abusando del proprio diritto di agire o difendersi in giudizio.

320 A. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, cit., p. 222

configurabile un loro concorso³²¹.

L'ultimo comma dell'art. 96, c.p.c., richiama nella sua formulazione l'ormai abrogato art. 385, ult. co., c.p.c., che prevedeva espressamente quale presupposto per la condanna per lite temeraria nell'ambito del giudizio di legittimità che la parte avesse proposto il ricorso o resistito anche solo con colpa grave.

Certamente la norma non brilla per chiarezza. Né, come ha sottolineato parte della dottrina, sono immediatamente percepibili i confini con la fattispecie disciplinata dal primo comma della medesima norma³²².

Il discorso sul rapporto tra il primo e il terzo comma dell'art. 96, cit., è connesso con la più complessiva interpretazione della norma, e della scelta tra una lettura del terzo comma in termini puramente risarcitori e una diversa interpretazione, volta a sostenere la natura prettamente punitiva della disposizione in questione.

In dottrina sembrano prevalere posizioni prudenti rispetto a una qualificazione marcatamente sanzionatoria della norma, anche se non è negato che la stessa possa assumere una funzione deterrente³²³.

In proposito, è spesso richiamata la principale differenza tra il più volte citato art. 96, co. 3, c.p.c., e il previgente art. 385, c.p.c., ovvero il riferimento, nella quantificazione del danno da lite temeraria innanzi alla Corte di Cassazione, al "doppio dei massimi tariffari". .

Secondo questo orientamento, il fatto che il terzo comma dell'art. 96, c.p.c., condivida con il primo

321 Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96, c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e Resp.*, 2012, 6, pp. 585 e ss.

322 Si guardi Proto Pisani A., *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 222 ss.; Balena G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2009, 749 ss. Porreca P., *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra ristoro e sanzione*, in *Foro it.*, 2010, I, 2242. Mandrioli C., *Manuale di procedura civile*, cit., p. 411, afferma che il terzo comma dell'art. 96, c.p.c., va interpretato in termini di temerarietà attenuata, in grado di legittimare misure di carattere sanzionatorio.

323 Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96, c.p.c.*, cit, p. 591, affermano che "Il primo comma, come si è accennato, legittima il giudice a liquidare d'ufficio il quantum di un danno di cui l'an sia stato provato secondo i criteri normativi generali; l'ultimo comma - stando all'ipotizzata rilettura complessiva della norma in esame - sembra legittimare ulteriormente il giudice a condannare "anche d'ufficio" a un risarcimento di danni che non dipendono necessariamente da una specifica iniziativa di parte"

la funzione risarcitoria non significa che il legislatore abbia, nel 2009, introdotto una norma del tutto ridondante. Al riguardo, occorre considerare che il primo comma della norma non è in grado di cogliere l'intero ambito dei danni risarcibili, con il progressivo squilibrio tra un eccessivo onere probatorio e una limitazione, anch'essa eccessiva, dei poteri discrezionali del giudice: ciò avrebbe quindi reso necessario l'intervento legislativo del 2009³²⁴.

Diversamente, la posizione della giurisprudenza di merito sembra volta a riconoscere la natura prettamente punitiva dell'art. 96, co. 3, c.p.c., ritenendo che essa giustifichi la presenza di due misure che, pur essendo apparentemente simili, hanno una diversa dimensione e possono, di conseguenza, anche essere applicate contemporaneamente³²⁵. Secondo un particolare orientamento, addirittura, anche lo stesso art. 96, co. 1, c.p.c., andrebbe letto in chiave sanzionatoria³²⁶.

L'idea che il legislatore avrebbe introdotto, per il tramite dell'art. 96, co. 3, c.p.c., una figura di danni sovracompensativi con funzioni anche punitive, non può tuttavia limitarsi a una mera statuizione di principio. Per scongiurare tale possibilità diventa, allora, cruciale l'individuazione di criteri risarcitori coerenti con la funzione riconosciuta alla norma.

Dovrà allora guardarsi alle concrete caratteristiche dell'illecito, alla sua gravità, anche sul profilo soggettivo, senza dimenticare la presenza di un eventuale guadagno ottenuto dal danneggiante in seguito alla propria condotta illecita³²⁷.

324 Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96, c.p.c.*, cit, p. 595.

325 Il Tribunale di Piacenza, nella sentenza del 7 dicembre 2010, massimata sul sito www.iusexplorer.it, parifica espressamente la misura prevista dall'art. 96, co. 3, c.p.c. ai danni punitivi di diritto nordamericano. Di seguito, il testo della massima: "*L'istituto della condanna ex art. 96 comma 3 c.p.c., che per la sua natura ibrida, sembra avvicinarsi all'istituto tipico dei sistemi giuridici di Common Law, in particolare inglese e statunitense, dei punitive (o exemplary) damages*".

326 Il riferimento è alla pronuncia del Tribunale di Milano sul "caso Rizzoli" (Trib. Milano, Sez. VII, 11 gennaio 2012), per il quale non era applicabile *ratione temporis* la norma di cui al terzo comma dell'art. 96, c.p.c.. Il caso di specie vedeva condannato Angelo Rizzoli per aver citato in giudizio diversi convenuti – tra i quali il gruppo bancario Intesa Sanpaolo s.p.a. - nonostante sulla medesima questione si fosse già pronunciato altro giudice, rigettando la sua precedente richiesta con sentenza passata in giudicato. In materia, cfr. la nota di commento di Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *Lite temeraria e criteri di risarcimento del danno*, in *Danno e Resp.*, 2012, 6, pp. 661 e ss.; Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96, c.p.c.*, cit., p. 590, secondo i quali il tribunale meneghino non avrebbe ravvisato nell'art. 96, comma 1, c.p.c. una disposizione avente intento meramente compensativo, ma vi abbia ricollegato una funzione (anche, se non del tutto) sanzionatoria.

327 La citata sentenza Rizzoli individua tre criteri per commisurare l'obbligazione risarcitoria: il risarcimento del danno come "riconoscimento simbolico" del "valore" attribuito all'interesse leso e come "riconoscimento sul piano

10.3 *L'art. 709-ter, c.p.c.*

L'art. 709-ter, c.p.c., introdotto nel codice di procedura civile con la legge n. 54/2006, contiene una disposizione che ha fatto molto discutere in dottrina e giurisprudenza in relazione al tipo di reazione contemplata dall'ordinamento in caso di comportamenti tali da ostacolare lo svolgimento delle modalità di affidamento dei minori.

In particolare, la norma in questione prevede che, in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento di minori (o maggiorenni portatori di handicap), il giudice può – anche congiuntamente – disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, tanto nei confronti del minore quanto nei confronti dell'altro.

È stato osservato che le misure risarcitorie previste in ambito giusfamiliare dall'art. 709 ter, c.p.c., costituiscono l'espressione legislativa del definitivo abbandono dell'immunità dalle regole di responsabilità civile che per troppi anni aveva caratterizzato il diritto della famiglia³²⁸.

La particolare connotazione della fattispecie, che dispone il risarcimento a prescindere dal verificarsi o meno di un danno, ha fatto ritenere che la norma avesse una forte caratterizzazione in termini punitivi, mirata in particolare alla deterrenza di comportamenti che possano ostacolare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento³²⁹. In proposito, non sembrerebbe eccessivo sostenere che l'art. 709-ter, c.p.c. rientra tra quelle norme che riconoscono espressamente la possibilità di risarcimenti ultracompensativi nel diritto italiano.

Una simile impostazione è corroborata dall'analisi delle modalità con le quali si determina

sociale della ingiustizia della sua violazione"; il parametro dell'ingiusto profitto del danneggiante come misura essenzialmente sanzionatoria, "diretta a impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi"; la scelta di una "misura minima", diretta a impedire una ingiusta locupletazione del danneggiato.

328 Amran D., *Misure risarcitorie e riparatorie nel diritto di famiglia*, in Fam. e dir., 2008, 10, p. 966.

329 D'Angelo A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter, c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, p. 1031 e ss.; De Marzo G., *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007, p. 222; Danovi F., *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*, in *Tratt. Bonilini e Cattaneo*, Torino 2007, p. 1108; Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 929.

l'obbligazione risarcitoria. Essa, in particolare, sembrerebbe prescindere dai normali parametri compensatori per determinarsi con modalità diverse, particolarmente sensibili alle esigenze di deterrenza.

Ne deriva che il decidente, al momento di quantificare l'obbligazione risarcitoria, ne determinerà l'entità secondo quanto ritenuto più opportuno per ottenere il rispetto della propria decisione in tema di affidamento della prole.

In questi casi, peraltro, è la condotta lesiva *in sé* che viene sanzionata, non essendo necessario, né ipotizzato dalla norma, alcun pregiudizio subito dal danneggiato. Il "risarcimento dei danni" previsto dall'art. 709-ter, c.p.c., tiene necessariamente conto di elementi diversi da quelli normalmente considerati per determinare il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria. Avranno particolare importanza l'elemento soggettivo, la gravità della condotta e la proporzionalità della misura rispetto al patrimonio del danneggiante³³⁰.

La giurisprudenza di merito sembra aver condiviso tale impostazione, non mancando pronunce che hanno affermato senza mezzi termini la caratterizzazione in termini punitivi della norma contenuta nell'art. 709-ter, c.p.c.. E' stato in particolare sostenuto che le misure contenute nella norma citata "*appartengono alla categoria dei danni punitivi, vale a dire strumenti di pressione psicologica sul soggetto obbligato che si adottano al fine di dissuaderlo dal perseverare nel comportamento illegittimo*"³³¹.

Secondo il riportato orientamento vi sarebbe una netta distinzione tra l'azione di risarcimento del danno disciplinata dall'art. 709-ter, c.p.c., e l'azione risarcitoria di cui agli artt. 2043 – 2059, c.c..

La stessa Corte di Legittimità, in tempi recenti, ha qualificato il risarcimento ex art. 709-ter, c.p.c.,

330 Ferrando G., *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/06*, in Fam. Pers. Succ., 2007, p. 590.

331 Trib. Messina, 25 settembre 2007. Una simile posizione, nella giurisprudenza di merito, è stata assunta anche dalla Trib. Vallo della Lucania, nella sentenza del 7 marzo 2007, consultabile *online* sul sito <http://personaedanno.it/affidamento-dei-figli-naturali/trib-vallo-della-lucania-7-marzo-2007-pres-rel-graziano-l-art-709-ter-c-p-c-e-la-previsione-ex-lege-dei-c-d-danni-punitivi-rita-rossi>.

in termini di "sanzione pecuniaria"³³².

L'importanza sistematica dell'art. 709-ter, c.p.c., è stata contestata da una parte della dottrina, che ha ritenuto singolare il dibattito derivante da questa "*piccola norma processuale*"³³³.

Tale, riduttiva, affermazione non sembra condivisibile, posto che – seppur l'importanza sistemica della disposizione non è certamente rapportabile a quella delle norme-cardine nel sistema della responsabilità civile – la stessa costituisce una delle tante spie presenti nell'ordinamento di una volontà di individuare nuovi strumenti e nuove funzioni della responsabilità civile, che possono essere anche ignorati ma con i quali, prima o poi l'interprete dovrà seriamente confrontarsi.

10.4 L'art. 938 c.c.

L'art. 938, c.c., è una norma spesso richiamata nell'analisi delle pene private di carattere sanzionatorio o punitivo all'interno dell'ordinamento italiano.

Essa prevede che, qualora il costruttore, nella costruzione di un edificio, occupi in buona fede una porzione del fondo attiguo, questi dovrà pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre al risarcimento dei danni.

Secondo un certo orientamento tale fattispecie, nonostante preveda una misura apertamente cumulativa con il risarcimento dei danni (e, si osserva, in una misura ben più elevata del valore

332 Cass., sent. n. 4176/2014. In termini di provvedimento sanzionatorio si esprime Cass., sent. n. 24423/2011. La medesima Corte, tuttavia, nella sent. n. 18977/2013 distingue espressamente i provvedimenti risarcitori (ovvero quelli previsti dai nn. 2 e 3 della norma) dall'unico provvedimento sanzionatorio, che consisterebbe invece nella previsione di cui al n. 4, ovvero la condanna a una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle Ammende.

333 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 938. Lo stesso A., nel successivo *Danno e Responsabilità civile*, cit., p. 82, afferma tuttavia che la prassi applicativa ha per lo più riferito la norma (definita significativamente "controversa") a casi sollevati da pretese risarcitorie aventi a oggetto danni non patrimoniali; la *causa petendi* di solito non chiama in causa la lesione di un diritto inviolabile della persona ma copre un ambito di danno più circoscritto (ad es., il comportamento ostruzionistico di un genitore); le sentenze attribuiscono prevalentemente una funzione sanzionatoria al risarcimento, giungendo talora a evocare ("confusamente", precisa l'A.) la categoria dei *punitive damages* o a escludere disinvoltamente la necessità di una specifica istruttoria sull'*an* e sul *quantum* dei danni. Da tali premesse, l'A. giunge alla conclusione che "*stando a questa prassi, è da ritenere preferibile la soluzione interpretativa tendente a riscontrare l'affinità strutturale e funzionale del danno risarcibile ex art. 709-ter, c.p.c., con il "vecchio" danno morale soggettivo, liquidato in base al "doppio" rinvio dall'art. 2059, c.c., alle singole fattispecie di reato. [...] Conseguentemente, la previsione dell'art. 709-ter, c.p.c., pur non menzionando espressamente i danni non patrimoniali, può essere classificata come uno dei "casi determinati dalla legge" ai sensi dell'art. 2059, c.c.; e il risarcimento ivi previsto, in ragione della sua manifesta componente sanzionatoria, può essere ricondotto al modello del risarcimento dei danni derivanti da reato*", qualificati dallo stesso A., come una figura sanzionatoria, non molto distante quindi dai *punitive damages*.

della superficie occupata), andrebbe considerata alla stregua del corrispettivo per la sottrazione del fondo, soprattutto in ragione degli elementi costitutivi della fattispecie, ovvero la buona fede del costruttore e il disinteresse del beneficiario³³⁴.

È stato inoltre chiarito, con riguardo al risarcimento, che l'art. 938, c.c., prevede in aggiunta all'indennizzo, che esso può essere chiesto dal proprietario del suolo solo qualora dimostri uno specifico deprezzamento da questo subito, mentre l'indennità mirerebbe – oltre a compensare il *dominus soli* per il sacrificio subito – anche a sanzionare il costruttore³³⁵.

Sul punto è recentemente intervenuta la giurisprudenza³³⁶ la quale, pur ammettendo la finalità di dissuasione della norma, non ha ritenuto che l'art. 938, c.c., potesse qualificarsi in termini sanzionatori o punitivi³³⁷.

Si ritiene che la posizione della giurisprudenza possa condividersi, soprattutto in considerazione del rilevato elemento della necessaria buona fede del costruttore per qualificare la fattispecie.

Si è visto come il tema delle sanzioni private e, in particolar modo, dei danni punitivi, debba intendersi considerando la rilevanza dell'elemento soggettivo del danneggiante, il quale agisce il più delle volte per *malice*, dunque con finalità espressamente considerate non meritevoli dall'ordinamento.

Nel caso di specie, il danneggiante è qualificato (egli è un costruttore) e compie un'attività certamente non riprovevole, anzi in grado di produrre – e far circolare – nuova ricchezza.

La norma, conseguentemente, più che a mirare a sanzionare il suo comportamento, sembra

334 Favara, *Indennità e risarcimento del danno nell'accessione invertita*, in Riv. Giur., 1960, p. 753 e ss.

335 Bianca C. M., *Diritto civile*, cit., p. 379, secondo il quale detta misura sarebbe peraltro del tutto ingiustificata; Visintini G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, Padova, 2009, III, p. 300.

336 Cass., sent. n. 3706/2013.

337 Precisamente, la Cassazione, nella sentenza citata, afferma che "*Va notato in proposito che la singolare disposizione probabilmente non solo mira a ricostituire il patrimonio del proprietario, ma anche a ricompensarlo di quelle potenzialità intrinseche del bene che non sono ancora documentabili ai fini del risarcimento del danno quali voci di pregiudizio prevedibile, ma che attengono ai futuri possibili sviluppi di valore dell'area. La duplicazione del valore attiene evidentemente non solo ad una finalità di dissuasione, di cui ha discusso la dottrina, ma che è velata dalla necessità che l'occupante sia in buona fede. Neppure attiene elettivamente a un aspetto punitivo, quanto, si è detto e qui si ritiene, a una funzione riequilibratrice del costo rappresentato, per il sistema, dalla sostituzione della obbligazione restitutoria con un rimedio alternativo, rimedio che giustifica lo scostamento dalla regola secondo la quale l'occupante avrebbe dovuto procurarsi sul mercato l'area utile alla costruzione*".

consentirlo, pur indirizzando le scelte del costruttore, la cui buona fede peraltro va rigorosamente provata³³⁸, verso il contratto e quindi l'accordo con il proprietario del terreno su cui si è verificato lo sconfinamento.

11. Pene private per la violazione di un precetto giudiziale. L'astreinte.

Si è detto, in precedenza, che le misure sanzionatorie nell'ambito del diritto privato sono distinte in legali, contrattuali e giudiziali.

Queste ultime si caratterizzano per essere irrogate al fine di scongiurare la possibile violazione di un provvedimento del giudice nell'ambito di un procedimento civile o amministrativo, nonché per sanzionarne l'inottemperanza. Tali misure intendono garantire l'adempimento dell'ordine giudiziale e, quindi, della supremazia dello Stato, a fronte della condotta di una delle parti in causa.

Il modello, in tempi recenti divenuto comune nell'esperienza italiana, è quello dell'*astreinte*, istituto di diritto francese che affonda le proprie radici nella giurisprudenza d'oltralpe dei primi decenni del XX secolo³³⁹ e una successiva sistematizzazione in epoca molto più recente³⁴⁰.

L'*astreinte* può definirsi come una condanna pecuniaria accessoria ed eventuale, generalmente fissata a una misura fissa moltiplicata per ogni giorno di ritardo, che si cumula alla condanna principale nel caso in cui essa non sia eseguita entro il termine prescritto dal giudice.

Mediante l'*astreinte* il creditore dovrebbe ottenere dal debitore, attraverso la minaccia di un aumento progressivo del suo debito, l'esecuzione in natura di una obbligazione che presuppone un suo fare (o non fare) personale.

Essa è una misura pecuniaria, accessoria e strumentale alla condanna principale, di applicazione eventuale e futura, irrogabile anche d'ufficio dal giudice, a carico della parte soccombente e a favore

338 Galgano F., *Trattato di diritto civile*, cit., I, p. 444.

339 Chabas F., in *La pena privata in Francia*, Riv. Dir. Priv., 1999, p. 355 rinvia le origini dell'*astreinte* nel momento in cui il potere giudiziario ha assunto la consapevolezza di avere un doppio potere, quello di ingiungere (*imperium*) e quello di affermare il diritto (*jurisdictio*).

340 Risalgono agli anni Settanta, precisamente alla legge n. 626/1972, le prime norme che danno un'organicità all'istituto in Francia.

di quella vittoriosa, determinata dall'organo giudicante anche in misura superiore all'entità del pregiudizio che potrebbe derivare dalla non osservanza del provvedimento giudiziale³⁴¹.

A lungo l'*astreinte* è stata ritenuta in Francia un istituto da ricondurre alla più ampia categoria del risarcimento del danno³⁴² e solo in epoca relativamente più recente è transitata stabilmente nel novero delle pene private³⁴³.

La dottrina italiana, nell'analisi dell'istituto, ha ritenuto che l'*astreinte* sia in grado di assumere diverse funzioni.

Essa presenta, da un lato, funzioni di tipo coercitivo. La coercizione esercitata dall'*astreinte* si manifesta soprattutto nella fase iniziale, caratterizzata dal non adempimento all'ordine giudiziale e dalla necessità di coartare la volontà del debitore mediante la minaccia di un aggravamento della propria posizione in caso di prolungato inadempimento.

Dall'altro lato, l'*astreinte*, una volta liquidata, andrebbe intesa non più come uno strumento coercitivo ma come un mezzo aggiuntivo per l'esecuzione del provvedimento giudiziale che, a detta di alcuni, contribuirebbe a conferirgli dignità³⁴⁴. L'*astreinte*, superata la prima fase coercitiva, assumerebbe dunque carattere compulsorio.

Pur qualificandola come una misura compulsoria, tipicamente a carattere pecuniario, difficilmente potrebbe ritenersi che l'*astreinte* sia riconducibile al risarcimento del danno.

Mentre, infatti, quest'ultimo è un rimedio strutturalmente rivolto al passato, essendo volto a riparare un pregiudizio già verificatosi, la prima mira a correggere determinate storture che potrebbero

341 Baratella M.G., *Pene private*, cit., p. 149.

342 In termini si esprime Chabas F., *La pena privata in Francia*, cit., p. 356, secondo il quale l'*astreinte* era sovente considerata una sorta di risarcimento, pronunciato anticipatamente dal giudice, per l'ipotesi di non adempimento della sentenza.

343 Chabas F., in *La pena privata in Francia*, cit., p. 350 distingue in particolare le pene private c.d. esplicite, tra le quali, oltre all'*astreinte*, considera l'indegnità a succedere, le sanzioni per il caso di *recel successoral* o *de communauté* e pene private implicite quali, ad esempio, la punizione dell'autore del danno morale. Lo stesso A., a p. 358, afferma che il momento del passaggio definitivo dell'*astreinte* dallo schema risarcitorio a quello prettamente punitivo si ha con la citata legge 626/1972, posto che da quel momento fu chiaro che quanto ottenuto a titolo di risarcimento poteva cumularsi con l'*astreinte* e che quindi la stessa aveva non solo la funzione di riparare il pregiudizio ma anche di minacciare e di punire.

344 Capponi B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 163; Chabas F., *La pena privata in Francia*, *Riv. Dir. Priv.*, 1999, p. 349 e ss..

derivare dalla non corretta applicazione della sentenza giudiziale³⁴⁵.

Qualificata in termini teorici l'*astreinte*, occorre sottolineare che la stessa a lungo è stata più oggetto dell'interesse degli studiosi che del legislatore.

Per moltissimo tempo è mancata una sua organica disciplina, tanto nel processo civile quanto in quello amministrativo. La sua ammissibilità nell'ordinamento italiano veniva ammessa guardando ad alcune norme, soprattutto in materia di marchi e di tutela della concorrenza che, secondo alcuni, prevedevano delle *astreintes ante litteram*³⁴⁶.

Solo in epoca più recente, il legislatore ha introdotto le *astreintes* nell'ordinamento italiano.

Nel 2005, con l'intervento legislativo in materia di *class action*³⁴⁷, si è previsto il pagamento di una somma di denaro compresa tra i 516 e i 1.032 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordine giudiziale. La misura è inoltre rapportata alla gravità del fatto.

Più di recente, con la legge n. 69/2009, il legislatore ha introdotto nel codice di procedura civile l'art. 614-*bis*, significativamente rubricato "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare".

In questo caso la norma non prevede, a differenza di quanto visto per la *class action*, una misura predeterminata nell'ammontare³⁴⁸, statuendo che il giudice, con il provvedimento di condanna – salvo che ciò sia manifestamente iniquo – fissa su richiesta di parte la somma dovuta dalla controparte per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

La misura prevista nel codice di procedura civile è ritenuta uno strumento di esecuzione indiretta, con portata non propriamente punitiva quanto, piuttosto, compulsoria³⁴⁹.

345 Cendon P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, Contr. Impr., 1988, p. 65 e ss. Sulla irriducibilità dell'*astreinte* al risarcimento del danno, cfr. in giurisprudenza, la sent. n. 3587/2012 del Consiglio di Stato.

346 Prima del d.lgs. n. 30/2005 (cd. Codice della proprietà industriale), gli artt. 86 del R.D. 1127/1939 e 26 del R. D. n. 929/1942, prevedevano la possibilità di irrogare una somma di denaro per ogni violazione di un provvedimento risarcitorio. Diversamente, l'art. 2599, c.c., prevede che la sentenza che accerta la presenza di atti di concorrenza sleale assuma gli opportuni provvedimenti in materia. Tali opportuni provvedimenti potrebbero anche comprendere misure di tipo coercitivo sul modello delle *astreintes*. In tal senso, Spolidoro A., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p. 143.

347 D.lgs. n. 106 /2005, in particolare art. 140, comma 7.

348 Sono comunque previsti dei vincoli, quali il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile e ogni altra circostanza utile.

349 Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, IV, 2011, Torino, p. 184, Bove M., *La misura compulsoria di cui*

Tale conclusione non è pienamente condivisibile, soprattutto ove si consideri il rilievo dato dalla norma alla manifesta iniquità. Se l'*astreinte* è manifestamente iniqua, il giudice può rifiutarsi di applicarla o, in linea di principio, applicarla in misura ridotta.

La clausola della manifesta iniquità è stata intesa come destinata a consentire all'organo giudicante di esercitare ampi poteri discrezionali, imperniati sul criterio di obiettiva impossibilità di adempiere anche per ragioni di solidarietà umana e sociale³⁵⁰.

Bisognerebbe tenere in particolare considerazione l'importanza dell'elemento discrezionale nella determinazione della misura di cui all'art. 614-bis, c.p.c., posto che uno dei caratteri tradizionalmente riconosciuti all'*astreinte* francese (stabilmente annoverata tra le pene private) è proprio la discrezionalità nella sua applicazione, elemento che la distingue dal risarcimento del danno³⁵¹.

La Corte di Cassazione, in una recente pronuncia³⁵² ha ritenuto non compatibile l'istituto dell'*astreinte* specificato dall'art. 614-bis, c.p.c., con una funzione punitiva, rigettando l'ipotesi che tramite lo stesso possano dirsi presenti nell'ordinamento forme di danno latamente punitive.

In particolare, si muove dall'osservazione, in sé condivisibile, che risarcimento del danno e *astreinte* costituiscono misure fra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo.

Ciò posto, anche il cd. danno punitivo non potrebbe ricondursi all'*astreinte*.

L'affermazione della Corte, apparentemente netta, viene successivamente messa in discussione dal riconoscimento della presenza di tratti comuni tra le due misure, in particolare, con riguardo alla possibilità di coartare l'adempimento della parte recalcitrante.

all'art. 614-bis, c.p.c., disponibile online su www.judicium.it. In giurisprudenza, cfr. Tribunale di Varese, 16 febbraio 2011, consultabile online sul www.ilcaso.it.

350 Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, IV, 2011, Torino, p. 185; Carratta A., *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c.*, consultabile online su www.treccani.it.

351 Tale distinzione è espressamente operata da Chabas F., *La pena privata in Francia*, Riv. Dir. Priv., 1999, p. 358.

352 Cass., sent. n. 7613/2015.

La differenza tra *astreinte* e *punitive damages* risiederebbe quindi nelle modalità con le quali si realizza tale coartazione: l'*astreinte* realizza un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale e da adempiersi in futuro; il danno punitivo mirerebbe invece all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati.

Il ragionamento della Corte, *in parte qua*, appare controvertibile.

È stato osservato che l'*astreinte*, correttamente intesa, presenta – al pari del danno punitivo – entrambi gli elementi della coartazione della volontà del soggetto obbligato e della sua punizione, soprattutto se persiste nella scelta di non dare seguito alla pronuncia giudiziale. Sembrerebbe, quindi, che la pronuncia della Suprema Corte abbia considerato solo una parte del fenomeno, non cogliendone la portata multiforme.

Ancora una volta, poi, la Corte di Cassazione sembra muovere da considerazioni di principio volte a escludere in ogni modo qualunque forma di danno punitivo, per poi ammettere la presenza di funzioni, anche deterrenti, a istituti del nostro ordinamento³⁵³.

La Suprema Corte afferma, infatti, che *astreinte* e danni punitivi condividono una funzione deterrente, seppure in un caso occorre parlare di funzione deterrente propria e nell'altro di funzione deterrente indiretta, per poi concludere che "*l'astreinte, se mira a convincere all'adempimento, ex post funziona anche come sanzione per il suo contrario. E, dunque, può pur dirsi che le astreintes e i danni punitivi, già negli ordinamenti di derivazione, operano sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento*".

La "*fondamentale differenza*" che residuerebbe tra i due istituti sarebbe quindi ravvisabile nel fatto che l'*astreinte* non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di

353 Tale tendenza raggiunge l'acme nella delibazione delle sentenze straniere che dispongono danni punitivi.

chi si comporterà nel modo indesiderato.

Tutto ciò non sembrerebbe, a parere di chi scrive, sufficiente per escludere ciò che avviene nei fatti: la possibilità, ancora una volta, di applicare una sanzione (in favore di privati) – peraltro attraverso un ordine giudiziale, corredato dalle relative garanzie – nell'ambito di una controversia tra privati.

Il fatto che la stessa non sia qualificabile né in termini di risarcimento del danno, né in termini di *punitive damage*, non scalfisce in alcun modo la constatazione della presenza di una – ulteriore – misura di tipo eclettico, in una certa misura sanzionatoria, nell'ordinamento italiano.

Capitolo IV

PENE PRIVATE NEL CONTESTO INTERNAZIONALE. L'ESEMPIO DEI DANNI PUNITIVI

1. Considerazioni introduttive.

Lo studio delle pene private nell'ordinamento italiano e, tra queste, di misure ultracompensoative connesse a particolari forme di inadempimento contrattuale o a ipotesi qualificate di responsabilità civile, non può non tenere in considerazione l'esperienza di altri Paesi, sia di *Common Law* che di *Civil Law*, al fine di verificare in quali termini trovano spazio misure simili.

Un'analisi di questo tipo non può prescindere dallo studio dei più volte evocati *punitive damages*, ritenuti tradizionalmente limitati alla esperienza anglosassone. Come si avrà modo di approfondire, tale concezione oggi non sembra più attuale, posto che alcuni Paesi di *Civil Law*, anche vicini all'esperienza giuridica italiana, hanno ammesso, direttamente o per il tramite del riconoscimento di sentenze straniere, la compatibilità di siffatte misure ultracompensoative con l'ordinamento nazionale.

Un simile fenomeno può essere letto in modi molto diversi. Da un lato, potrebbe apparire un sintomo dell'imperialismo culturale anglosassone che, in effetti, permea vita e linguaggio comune ben oltre la normale soglia di tollerabilità. Dall'altro, l'introduzione di simili misure in ordinamenti improntati a una netta divisione tra diritto civile e diritto penale e che, anzi, hanno fatto del principio di integralità del risarcimento un dogma del diritto interno³⁵⁴, può leggersi come un positivo precipitato della globalizzazione e della circolazione dei modelli giuridici.

Probabilmente, gli ordinamenti di *Civil Law* che oggi si pongono il problema dell'applicabilità di danni punitivi anche nel diritto interno, più che essere succubi di tradizioni straniere, sono

³⁵⁴ Non a caso la nota espressione "*tout le dommage, rien que le dommage*" costituisce un insegnamento tuttora molto seguito nelle scuole giuridiche francesi.

semplicemente figli del loro tempo. In un'epoca in cui i modelli giuridici, economici, sociali, circolano con una velocità sostenuta, non si comprende perché mai una tecnica risarcitoria, quale i *punitive damages*, che ha dimostrato di essere funzionale ed economicamente vantaggiosa per l'intera comunità, dovrebbe essere rigettata da ordinamenti di tradizione non anglosassone solo perché, appunto, l'istituto è tipico di un'altra tradizione giuridica (e non, si badi bene, irragionevole o incostituzionale).

Lo studio dell'evoluzione di tali misure consente, peraltro, di superare molte delle tradizionali obiezioni in materia di obbligazioni risarcitorie eccedenti il danno.

Come si vedrà, il percorso seguito dalle Alte Corti britannica e statunitense è stato quello di ridurre gli eccessi – che pure ci sono stati – nell'applicazione dei *punitive damages*. Tali danni, ormai del tutto costituzionalizzati, appaiono oggi molto più vicini ai paradigmi di ragionevolezza e proporzionalità di quanto non fossero solamente qualche decennio addietro e, quindi, a maggior ragione, ampiamente compatibili con ordinamenti diversi.

2. I danni punitivi negli ordinamenti di Common Law

2.1 Regno Unito

Il Regno Unito è il Paese con la più antica tradizione in termini di misure ultracompenso.

Si parla compiutamente di *exemplary damages* sin dalla fine del XVIII secolo³⁵⁵. L'obiettivo era quello di infliggere una sanzione esemplare al danneggiante, in modo che l'intera collettività, a fronte di comportamenti particolarmente gravi, fosse consapevole delle conseguenze.

I danni punitivi nascono nel sistema dei *torts* a tutela di diritti la cui lesione determina danni difficilmente quantificabili e risarcibili: in tale ambito, la loro funzione è prevalentemente compensativa.

L'ulteriore funzione nel tempo riconosciuta alla figura è quella di punire comportamenti ritenuti

355 Al riguardo, si ricorda i citati casi *Wilkes v. Wood* e *Juckle v. Money*.

oltraggiosi, considerati inaccettabili per la gravità dei danni causati o per le modalità del comportamento; è evidente come questa seconda fattispecie sia improntata al concetto di deterrenza. Da oltre mezzo secolo, tuttavia, e in particolare a partire dalla storica decisione del caso *Rookes vs. Bernard* (1964), i danni punitivi sono stati profondamente rivisti³⁵⁶. La sentenza citata ha stabilito che l'irrogazione di danni punitivi è possibile in tre diverse situazioni: *a)* quando vi è un atto oppressivo, arbitrario o incostituzionale da parte dell'amministrazione dello stato; *b)* quando il danneggiato ottiene dalla sua azione un profitto calcolato, non necessariamente economico; *c)* in caso di espressa previsione di legge.

La presenza di una delle tre ipotesi sopra descritte è condizione necessaria ma non sufficiente per l'applicazione dei danni punitivi: posta la sussistenza di un'ipotesi in cui tali danni sarebbero astrattamente ammessi, occorre vedere se è in concreto possibile applicarli.

Al riguardo, sono previsti alcuni specifici test.

Innanzitutto, va visto se l'applicazione di *punitive damages* costituisce l'unico modo per punire efficacemente il colpevole e determinare un effetto deterrente sulla collettività (*if but only if test*); in secondo luogo, va verificato se l'attore sia stato effettivamente vittima diretta del *tort* e se il fatto è stato compiuto in assenza di dolo, rientrando in quest'ultimo caso nella discrezionalità delle corti la scelta di applicare o meno danni punitivi.

Si riscontra inoltre, a differenza di quanto si vedrà nel prosieguo con riguardo agli Stati Uniti, una certa tendenza a non individuare forme punitive per inadempimenti contrattuali³⁵⁷.

Quest'ultima è una differenza piuttosto evidente con quanto avviene nell'ordinamento italiano, in cui le ipotesi principalmente riconosciute come pene private (con la rilevante eccezione del risarcimento del danno non patrimoniale) sono più facilmente individuabili in ambito

356 Già nel 1983 Ponzanelli G., in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Riv. Dir. Civ., 1983, p. 437 osservava che i danni punitivi in Inghilterra non avrebbero avuto un facile futuro. Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 8, riporta l'*opinion* di Lord Devlin, che distingue tra *exemplary* e *aggravated damages*. I primi puniscono il colpevole e impediscono che atti simili a quelli compiuti siano nuovamente commessi, i secondi sono danni concessi nel caso in cui motivi e modalità della condotta sono tali da aggravare il danno subito dalla vittima.

357 Benatti F., *Correggere e punire*, cit., pp. 12 e ss..

contrattuale³⁵⁸.

La delimitazione dei danni punitivi nel sistema inglese non è avvenuta solamente con la citata sentenza del 1964. Anzi, probabilmente il provvedimento che ha maggiormente inciso sui *punitive damages* nell'ordinamento britannico è costituito dal *Court and Legal Services Act* del 1990, con il quale è stato attribuito alle Corti d'appello il potere di rivedere la statuizione sul *quantum* dei danni irrogati dalle giurie, se ritenuto sproporzionato.

La definizione di "sproporzione" è stata in seguito chiarita dalla sentenza *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* del 1997, che ha fissato i danni punitivi a tre volte la somma di *basic, aggravated ed exemplary damages*.

L'applicazione dei principi individuati nelle pronunce citate ha determinato una deflazione nell'applicazione (e nell'incidenza quantitativa) del fenomeno che ha portato gli studiosi della materia a volgere lo sguardo ad altri ordinamenti che, pur con determinate limitazioni, continuano a conoscere una vasta applicazione dei *punitive damages*.

2.2 *Stati Uniti.*

La prima pronuncia applicativa di danni punitivi negli Stati Uniti è pressoché coeva alle prime sentenze pronunciate in materia nel Regno Unito³⁵⁹.

Nei primi tempi si riscontra una certa vicinanza concettuale tra gli arresti americani e quelli inglesi. In entrambi i casi si tratta di illeciti extracontrattuali, per i quali si poneva – più negli Stati Uniti che nel Vecchio Continente – il dubbio sulla prevalenza di una funzione compensatoria o deterrente.

Tuttavia, mentre il Regno Unito conosceva due figure di danni punitivi, una prettamente compensatoria, volta a risarcire danni che oggi definiremmo non patrimoniali, e una marcatamente punitiva, caratterizzata da finalità deterrenti, il dibattito negli Stati Uniti era caratterizzato dalla

358 Si pensi a quanto visto in materia di clausola penale e, più in generale, alle altre fattispecie individuate nel Capitolo II.

359 Si fa riferimento alla sentenza *Genay v. Norris*, del 1788.

tendenza a ricondurre all'una o all'altra finalità l'intera materia³⁶⁰.

La tradizione americana distingue i *compensatory damages*, che mirano a reintegrare il patrimonio del danneggiato, dai *non compensatory damages*, tra i quali, oltre ai *punitive damages*, meritano di essere citati anche i *nominal damages*, una forma di risarcimento per fatti non cagionanti un danno patrimoniale³⁶¹, e i *contemptuous damages*, un risarcimento connesso al contegno processuale della controparte³⁶².

I danni punitivi potrebbero definirsi come danni concessi in aggiunta ai *compensatory damages* al fine di punire il danneggiante, reo di aver commesso, in una posizione soggettiva sostanzialmente riconducibile alla mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole³⁶³.

La giurisprudenza dei singoli Stati ha sempre riconosciuto una funzione retributiva ai danni punitivi, collegata alla loro tradizionale funzione deterrente³⁶⁴.

Nello studio dei danni punitivi nell'ordinamento statunitense occorre considerare gli Stati Uniti non conoscono un sistema di preclusione o di incompatibilità tra una declaratoria di illecito penale e

360 Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 29 e ss., osserva come le diverse giurisdizioni dessero, già nella seconda metà dell'Ottocento diverse e contrapposte lettura al riguardo. Mentre in Illinois e in Texas si tendeva a considerare prevalente la funzione riparatoria, riconducendo i danni punitivi al danno morale, la Corte Suprema era più favorevole a riconoscere la funzione punitiva, sia in ragione del fatto che i danni punitivi erano riconosciuti solo in caso di una condotta così grave e oltraggiosa da meritare di essere punita, sia perché tale funzione si evinceva chiaramente dall'utilizzare il patrimonio del convenuto quale elemento di riferimento nella determinazione del *quantum debeatur*. Il dibattito giurisprudenziale si rifletteva (ed era a sua volta il riflesso) delle opinioni maturate da S. Greenleaf (che, nel "*Treatise on the Law of evidence*", riteneva necessaria l'abolizione dei danni punitivi, ormai privi della loro funzione giustificatrice) e da T. Sedgwick, sostenitore della funzione deterrente e punitiva di tali misure.

361 Mullis A. - Oliphant K., *Torts*, Palgrave-Mc Millan, 2011, p. 375, secondo i quali la funzione dei *nominal damages* è quella di tutelare i diritti del danneggiato in quanto vittima di una condotta illecita. Tali danno sono particolarmente diffusi nelle cause di *assault*.

362 Mullis A. - Oliphant K., *Torts*, cit., p. 375. Gli A., in particolare, precisano che "*such damages are contemptuous and the amount awarded is usually "the smallest coin in the realm". An award of contemptuous damages may imperil the claimant's chances of recovering his costs. The reason for this is that, while costs usually "follow the event" [...] the award of costs is at the judge's discretion*".

363 Tale definizione è fornita da Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 438.

364 La discussione sui danni punitivi nell'esperienza nordamericana deve tenere in considerazione alcuni elementi, efficacemente riassunti da Ponzanelli G., in *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, Foro it., 2000, IV, p. 450 e ss., il primo dei quali è – come accennato – l'applicazione statutale delle regole in materia di danni punitivi. Ogni Stato ha le proprie regole, che possono differire notevolmente tra Stato e Stato. Altri elementi importanti sono: la presenza della giuria, istituto fortemente radicato nella tradizione statunitense e tradizionalmente favorevole all'attore; la *pre-trial discovery* e l'*adversary system*, ovvero il sistema di ricerca della prova rimesso completamente alle parti, ritenuto più idoneo a porre in luce, in chiave hegeliana, una verità che sia sintesi delle "due verità", quella dell'attore e quella del convenuto; l'*american rule*, in base alla quale ogni parte sostiene le spese per il proprio avvocato, non esistendo negli Stati Uniti l'istituto della soccombenza (la conseguenza è la presenza di diffusi patti di quota-lite, che consentono all'avvocato di ottenere una quota, talora significativa, della somma erogata alla parte vittoriosa da lui difesa); l'assenza di un sistema di sicurezza sociale rapportabile a quello europeo.

una, successiva o contestuale, di illecito civile. Entrambi gli ordinamenti possono quindi procedere di pari passo nell'accertamento dell'antigiuridicità di un determinato fatto³⁶⁵.

Originariamente i danni punitivi erano irrogati solamente in presenza di comportamenti caratterizzati da *malice*³⁶⁶. Oggi non è più così, essendo prevista l'irrogazione di tale tipologia di danni anche nel caso di danno da prodotto difettoso³⁶⁷ o per certe ipotesi di responsabilità oggettiva e, finanche, in ambito contrattuale³⁶⁸.

L'applicazione dei danni punitivi in ambito contrattuale è storicamente più ridotta³⁶⁹ e limitata per lo più all'inadempimento in caso di *special relationship* in ambito contrattuale³⁷⁰. Tale nozione tende a coincidere con la presenza di rapporti di tipo fiduciario, anche se è ammessa in pochi Stati dell'Unione³⁷¹. Più di recente, il Restatement 2nd of Contracts ha elaborato la nozione di *independent*

365 Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 442.

366 Sul concetto di *malice* e la sua rilevanza nell'applicazione dei danni punitivi, v. Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 447. L'A., nelle conclusioni, osserva che il dogma dell'imprescindibilità della *malice* nell'applicazione dei danni punitivi è quasi del tutto venuto meno nella sostanza, seppur non nella forma.

367 Ponzanelli G., in *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 389 e ss., afferma che, nonostante in un primo periodo (inizio anni Sessanta del Novecento) si fossero sollevati interrogativi sulla compatibilità dei danni punitivi (che richiedono tradizionalmente l'atteggiamento subiettivo di *malice*) con un sistema di imputazione oggettiva della responsabilità civile, "almeno fino ad oggi l'unione tra "punitive damages" e "strict liability in tort", sembra essere una delle più felici nel diritto nordamericano e assai lontana da una prematura fine". Lo stesso A. riconosce che il campo d'applicazione più diffuso dei danni punitivi nella disciplina della responsabilità del produttore è costituito dai c.d. *mass disaster*, ipotesi in cui l'uso del prodotto rivelatosi difettoso ha riguardato non un singolo consumatore ma una categoria indeterminata di persone, in grado di intraprendere un numero indeterminato di azioni giudiziali, molte volte dopo che si è appreso il felice esito della causa pilota. Lo stesso A., nel successivo *La responsabilità civile*, cit., p. 113 e ss. e 186 e ss., effettua una ricognizione sulla materia della responsabilità da prodotti difettosi nel sistema nordamericano, giungendo a conclusioni non dissimili da quelle prima citate. Più di recente, Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 35 e ss., individua cinque categorie di casi in cui i danni punitivi sono stati concessi per danno da prodotti difettosi, ovvero i casi di condotta fraudolenta, violazione delle disposizioni in materia di sicurezza, inadeguatezza dei controlli, assenza di avviso sul rischio di prodotto e incapacità di rimediare ai difetti del prodotto. Il rischio di *overkill* in queste ipotesi di danno è stato affrontato cercando di coniugare gli interessi di tutti i possibili attori in un'unica parte complessa, per mezzo di *class actions*, caratterizzate – come noto – nel sistema americano da un meccanismo di *opt out*, che consente a chi preferisca agire da solo di iniziare in proprio un'iniziativa giudiziale. L'*opt out*, strutturalmente, non è in grado di prevenire del tutto il rischio di *overkill*. Sull'*overkill* e il rapporto tra azioni di classe e danni punitivi, v. *infra*.

368 Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 470 e ss.

369 Benatti F., in *Correggere e punire*, p. 219, riporta, come più risalente ipotesi di danni punitivi da inadempimento contrattuale, la fattispecie del *breach of contract to marry*. La ragione si ritrova nelle particolari caratteristiche dell'interesse protetto, di natura strettamente personale, che riconduce l'inadempimento della promessa matrimoniale al *tort* da *emotional distress*. Le conseguenze del *breach* era tali da incidere profondamente sulla vita privata della donna, provocando umiliazione e, spesso, rovina sociale.

370 Dodge W. S., *The case for punitive damages in contract*, in 48 *duke L.J.*, 1998, p. 629.

371 Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 230, afferma che solo quattro Stati ammettono esplicitamente l'eccezione della *special relationship*, ovvero il Montana, l'Arizona, il Nevada e il Wyoming.

tort, sulla scorta della quale si ammette la presenza di un *tort* anche all'interno del contratto³⁷², in ragione della nozione particolarmente elastica che connota il concetto stesso di *tort*. L'*independent tort* si configurerebbe nei casi in cui la condotta della parte leda un dovere indipendente dal contratto o crei un pericolo imprevedibile o irragionevole³⁷³.

Poste le principali ipotesi di applicazione dei danni punitivi in ambito extracontrattuale e contrattuale, è particolarmente importante guardare al processo evolutivo dei *punitive damages* negli ultimi decenni.

Molte degli arresti più rilevanti in materia sono stati pronunciati dal secondo dopoguerra in poi, con un picco nell'importo delle somme irrogate a titolo di *punitive damages* tra gli anni Settanta e Ottanta.

Al riguardo, non può obliterarsi il ruolo svolto dalla giuria nell'applicazione di tale voce di danno, il cui potere di decidere in materia è garantito dal VII emendamento della Costituzione americana. Tale possibilità è stata contestata in quanto le giurie sono ritenute perlopiù composte da soggetti non adeguatamente preparati³⁷⁴. Tale visione, peraltro, non è confermata dalle statistiche elaborate sull'argomento³⁷⁵.

È stato soprattutto con riguardo alla responsabilità del produttore³⁷⁶ e, in particolare, delle aziende

372 Restatement (Second) of Contracts, 1981, par. 355, comment b.

373 Sul punto, cfr. Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 236.

374 Ponzanelli G., in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 448, osserva che la giuria incontra alcune limitazioni e non avrebbe un potere assoluto nella determinazione dei danni punitivi. Lo stesso A., successivamente (*La responsabilità civile*, cit., p. 29), torna ad affermare che, ad ogni modo, la presenza della giuria costituisce nell'esperienza nordamericana "una delle principali ragioni del progressivo allargamento dei confini della responsabilità civile"; nella medesima opera, p. 229 e ss., l'A. analizza la posizione della giuria nel diritto nordamericano. Successivamente, l'A. in *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, Foro it., 1996, II, p. 421 e ss., riassume incisivamente il ruolo della giuria definendolo "croce e delizia" del sistema statunitense di responsabilità civile. Si rinvia alla notevole bibliografia citata in Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 59, nota 185, per il complesso dibattito registrato nella dottrina statunitense sulla giuria quale soggetto competente nella determinazione dei danni punitivi. Complessivamente, può dirsi che è stato frequentemente osservato che i giurati sono ritenuti (in una visione non scevra da pregiudizi) impreparati, influenzabili e ostili nei confronti dei convenuti potenti e ricchi.

375 Cfr., al riguardo, Eisenberg V. T. & All., *Juries, Judges and Punitive Damages: an Empirical Study*, in 87 Cornell L. Rev., 2002, p. 743.

376 Sul punto Ponzanelli G., in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 453 e ss., individua le ipotesi più ricorrenti di danni punitivi in caso di controversie sulla responsabilità da prodotti difettosi. Si parla, in particolare, di condotta commerciale fraudolenta, violazione di previsioni concernenti gli standard di sicurezza presenti

produttrici di prodotti per fumatori nell'ambito del cd. "danno da fumo"³⁷⁷ che si è riscontrata la massima espansione dei *punitive damages*.

Il rischio è quello di favorire la litigiosità, favorendo – quale conseguenza non voluta – il blocco delle attività produttive, se non addirittura il fallimento dei convenuti³⁷⁸. Si parla di rischio di *overkill* in quanto i danni punitivi, singolarmente considerati, non sono di ammontare eccessivo ma, globalmente, possono costituire una somma in grado di determinare la crisi economica dell'azienda³⁷⁹.

Un altro rischio connesso all'applicazione dei danni punitivi in una logica di deterrenza è il *windfall*³⁸⁰.

Le pronunce che stabiliscono l'applicazione di danni punitivi per importi particolarmente elevati si registrano perlopiù nei confronti delle c.d. *deep pocket parties*, soggetti che spesso esercitano

nei prodotti, inadeguata verifica o controllo, mancanza di avviso sui pericoli connessi all'utilizzo del prodotto, responsabilità per non aver eliminato danni conosciuti o conoscibili.

377 Ponzanelli G., in *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, Foro it., 2000, IV, p. 450 e ss., osserva tuttavia che non sempre il sistema è stato così "generoso" nei confronti degli attori per danno da fumo. A lungo la società nordamericana (la cui giuria è un'espressione) è stata ferma sul pregiudizio che, posto che perfino il fumatore più sprovveduto non può non essere al corrente dell'estrema pericolosità del fumo per la propria salute, la persona che decide di fumare accetta consapevolmente il rischio di contrarre più facilmente le malattie collegate al fumo di tabacco. La situazione è cambiata però a partire dagli anni Ottanta, in relazione al manifestarsi di diverse concause: a) l'assunzione dell'iniziativa da parte di gruppi organizzati, mediante azioni di classe sempre più elaborate; b) il sostegno da parte di diversi Stati dell'Unione alle iniziative dei consumatori mediante la richiesta di somme per le spese sanitarie sostenute in seguito al fumo; c) la definizione di alcune controversie mediante accordi particolarmente onerosi per le imprese produttrici di tabacco (anche se l'iniziativa, promossa dal Governo Federale, di creare un *superfund* in grado di fronteggiare tutte le richieste di risarcimento non ebbe successo); d) la scoperta di numerosi studi in possesso, sin dagli anni Sessanta, delle imprese produttrici di tabacco sull'assuefazione alla nicotina, con il conseguente venir meno del paradigma del "consumatore di tabacco responsabile del proprio destino". La materia del danno da fumo, peraltro, è sembrata quasi insensibile alle successive evoluzioni che i danni punitivi avrebbero assunto negli Stati Uniti. Nonostante, come si vedrà in seguito, a partire dalla sentenza *State Farm Automobile Insurance Co v. Campbell* del 2003 sia stato stabilito un limite tendenziale di tali danni (non dovrebbero superare per oltre 10 volte i danni compensativi), nel 2007 la Corte Suprema conferma la condanna a una nota azienda produttrice di sigarette a danni punitivi pari a 97 volte i danni compensativi (sentenza *Philip Morris v. Williams*. La sentenza è stata commentata in Italia da Ponzanelli G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, Foro It., 2008, III, p. 179 e ss.).

378 Ponzanelli G., *"Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte Suprema USA*, in Foro It., 1991, IV, p. 236; Urso E., *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO production Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services, LTD*, in Riv. Dir. Civ., 1995, I, p. 81 e ss.

379 Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 42.

380 Sull'effetto *windfall*, v., in particolare, Ponzanelli G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, cit., p. 180.

attività produttive, possibilmente nocive nei confronti della collettività³⁸¹. Tali soggetti hanno i mezzi per stimare ragionevolmente in numero degli individui danneggiati dalle loro attività, i costi dei risarcimenti³⁸² e delle attività preventive.

Ciò posto, se il costo delle attività preventive è superiore al costo complessivo dei risarcimenti, potrebbe essere economicamente attraente non porre in essere attività preventive. Per scongiurare una tale evenienza, in un'ottica deterrente, sono applicati in favore dei danneggiati che agiscono in giudizio danni punitivi piuttosto ingenti. Questa è, quindi, la logica sottesa all'applicazione di ingenti danni punitivi alle *deep pocket parties*: applicando danni punitivi di notevole ammontare si "corregge" la differenza tra danno effettivamente cagionato e danno risarcito.

La conseguenza non voluta di un simile ragionamento è l'effetto *windfall*: tali misure, giuste nei confronti del danneggiante, determinano notevoli guadagni per il danneggiato, che lucra sulla presenza di *punitive damages* quale strumento correttivo delle ingiustizie nella distribuzione dei costi sociali delle attività produttive.

L'effetto *windfall* non deve far ritenere impossibile la presenza di correttivi, anche di tipo strutturale all'applicazione indiscriminata dei danni punitivi.

Un primo correttivo può essere costituito, nella realtà statunitense, dall'azione di classe: *"non ci sarebbe 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 danno. Tale regola escluderebbe e/o ridurrebbe minimo l'insorgere di una patologia quale quella prima descritta"*³⁸³.

Un altro strumento, praticato in alcuni Stati è quello di individuare un *cap*, ovvero una misura oltre

381 Si pensi, ad esempio, alle imprese attive nel settore energetico.

382 Tali costi saranno inferiori a quelli dei danni prodotti posto che, per le regole processuali vigenti negli Stati Uniti, è ragionevole ipotizzare che non tutti i danneggiati agiscano in giudizio.

383 Ponzanelli G., in *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, cit., p. 180.

la quale non possono concedersi danni punitivi (Montana, Connecticut)³⁸⁴. Diverso è il criterio in base al quale occorrerebbe stabilire una connessione tra le somme corrisposte a titolo di *compensatory damages* e quelle irrogate a titolo di *punitive damages*³⁸⁵.

Ognuno di questi criteri presenta degli elementi utili a limitare il fenomeno del *windfall* ma ha un costo ben preciso: limitare il danno e quindi l'effetto deterrente. Solo nel caso dell'azione di classe la somma potrebbe essere irrogata in misura più equa. Ciononostante, il criterio preferibile, tenuto conto che l'applicazione di danni punitivi in questi casi è direttamente connessa a un danno patito dalla collettività nel suo insieme, sarebbe quello di individuare lo Stato quale soggetto destinatario delle somme irrogate a titolo di danni punitivi. Tale soluzione è praticata in Texas³⁸⁶.

Si è anche aperto un dibattito sull'assicurabilità di tali forme di danno, da alcuni criticata perché consentirebbe di assicurare – sia pure in via indiretta – per fatti compiuti intenzionalmente, riducendo l'effetto deterrente che connota i *punitive damages*³⁸⁷.

L'utilizzo diffuso dei danni punitivi, anche ingenti, nel sistema statunitense ha posto seri dubbi di compatibilità costituzionale degli stessi, con particolare riguardo all'ottavo e al quattordicesimo emendamento.

Il primo impone il divieto di sanzioni pecuniarie eccessive: la sua compatibilità con la Costituzione americana è stata sottoposta diverse volte al vaglio della Suprema Corte, con esiti sempre negativi³⁸⁸.

Di maggior rilievo è il tema della compatibilità dei danni punitivi *grossly excessive*³⁸⁹ con il XIV

384 Arnone G., Calcagno N., Monateri P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, p. 119.

385 Tale soluzione è praticata negli Stati di Florida e Georgia.

386 Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 207.

387 Ponzanelli G., in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 461, afferma che la funzione deterrente di un sistema di responsabilità civile è seriamente minacciata dall'uso dello strumento assicurativo. Similmente si esprime, in epoca più recente, Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 50.

388 Al riguardo, v. *infra*.

389 La dottrina americana ha più volte affrontato il problema della quantificazione dei danni punitivi e del difficile rapporto tra giustizia e deterrenza. Possono ricordarsi gli studi di Polinsky A. M. - Shavell S., *Punitive damages: an economic analysis*, in 111 (1998), *Harvard Law Review*, p. 870 e ss. e di Craswell R., *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, in 97 (1999), *Michigan Law Review*, p. 2183 e ss.

emendamento alla Costituzione americana, che stabilisce la *due process of law clause*³⁹⁰ e il divieto del *double jeopardy*³⁹¹.

Dopo alcune decisioni di rigetto³⁹², la Suprema Corte nel 1996 (caso *BMW of North America v. Gore*) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei danni punitivi *grossly excessive* in quanto, ai sensi del XIV emendamento alla Costituzione americana, non possono essere previste misure risarcitorie caratterizzate da una *overdeterrence*³⁹³.

Analogamente a quanto avvenuto circa trenta anni prima nel Regno Unito³⁹⁴, la Corte Suprema americana si pone il problema di individuare criteri in base ai quali applicare i danni punitivi³⁹⁵, stabilendo i casi di compatibilità con il XIV emendamento. Le soluzioni individuate sono profondamente diverse da quelle britanniche³⁹⁶.

Secondo i giudici americani i criteri per individuare i danni punitivi sono: la gravità della condotta

390 Ai sensi della quale nessuno può privare alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale. Sul punto, cfr. Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, cit., p. 222 e ss.

391 Tale principio è un'applicazione del generale *ne bis in idem* in materia penale, ai sensi del quale nessuno può essere processato due volte per lo stesso crimine. Va specificato che il dibattito sulla compatibilità dei danni punitivi con la Costituzione americana è più che altro incentrato sulla *due process clause*, posto che giurisprudenza e dottrina americana si sono dimostrate concordi nel ritenere che la garanzia costituzionale racchiusa nella formula del *double jeopardy* riguardi solo la sfera penale, mentre nulla vieta il *double punishment*, che ammette la coesistenza di due tipi di sanzioni, quella propriamente penale e quella sostanzialmente civile, ma pronunciata dal giudice civile (sul punto, in Italia, Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 444 e ss.; lo stesso A., si occupa specificamente del punto nel commentare il noto caso O. J. Simpson, in Ponzanelli G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, Foro it., 1997, II, p. 395 e ss.. Per la dottrina americana può citarsi Amar A. R., *Double Jeopardy Law Made Simple*, in 106, Yale Law Journal, 1997, che pone l'accento sulla profonda diversità tra le sanzioni criminali e quelle civili, nelle quali viene in considerazione solo la concessione di una somma di denaro).

392 Le tre precedenti decisioni sono state commentate in Italia. La prima (*Browning Ferris v. Kelco*) è stata commentata da Romano M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in Foro it., 1990, IV, p. 174 e ss.; la seconda (*Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*) è stata commentata da Ponzanelli G., *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema USA*, in Foro it., 1991, IV, p. 235 e ss.; la terza (*Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*) è stata anch'essa commentata da Ponzanelli G., *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in Foro it., 1994, IV, p. 92 e ss..

393 La sentenza è stata commentata in Italia da Ponzanelli G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, Foro it., 1996, II, p. 421 e ss.

394 Si fa riferimento alla giurisprudenza sviluppatasi in seguito alla pronuncia *Rookes v. Bernard* del 1964.

395 Ponzanelli G., in *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, Foro it., 2003, II, p. 357, osserva che gli interventi della Corte Suprema in materia di danni punitivi sono assai rari anche in virtù del *writ of certiorari*, che permette alla Corte stessa di scegliere i casi sui quali pronunciarsi. Le pronunce della Corte sono però fondamentali in quanto svolgono una funzione di *moral suasion* molto forte nei confronti delle giurisdizioni statuali.

396 Si ricorda che la pronuncia *Rookes v. Bernard* individuava tre casi in cui era possibile applicare i danni punitivi: quando vi è un atto oppressivo, arbitrario o incostituzionale da parte dell'amministrazione dello stato; quando il danneggiato ottiene dalla sua azione un profitto calcolato; il caso in cui i *punitive damages* sono stabiliti dalla legge.

del convenuto, l'esistenza di un rapporto ragionevole tra danni punitivi e compensativi; il rapporto tra danni punitivi e altre sanzioni civili o penali previste legislativamente per condotte analoghe³⁹⁷.

Sette anni dopo (sentenza *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*³⁹⁸), un nuovo arresto della Corte Suprema ha chiarito alcuni punti rimasti irrisolti nell'ambito del caso Gore³⁹⁹, specificando il contenuto dei criteri in quella sede individuati⁴⁰⁰ e ponendo al contempo fine alle forti polemiche che la decisione del 1996 aveva determinato, soprattutto da parte dei giudici nazionali⁴⁰¹. Tali assunti sono stati ulteriormente confermati nel 2007 (sentenza *Philip Morris v. Williams*).

La dottrina più vicina all'analisi economica del diritto⁴⁰², tradizionalmente favorevole a un'applicazione estesa dei danni punitivi, ha criticato le riferite sentenze, in quanto non avrebbero tenuto nella giusta considerazione le funzioni di *enforcement* e deterrenza dei danni punitivi⁴⁰³.

397 Tali criteri sono riassunti in Ponzanelli G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, Foro it., 1996, II, p. 421 e ss.. L'A., peraltro, riferisce della sofferenza con la quale la Corte Suprema è giunta a questa decisione, rispetto alla quale non sono mancate le *dissenting opinion*. In particolare, il giudice Antonin Scalia ha ritenuto che la Corte Suprema non potrebbe in alcun modo sindacare le scelte sostanziali effettuate dalle corti statali. L'opinione del giudice Scalia può significativamente riassumersi nel seguente estratto della sua *dissenting opinion* (tradotto nel citato articolo di Ponzanelli G., p. 424): "Io non considero certo il quattordicesimo emendamento come il segreto nascondiglio di garanzie sostanziali contro l'arbitrarietà, tanto quella di un risarcimento danni eccessivo quanto quella di una somma irragionevole concessa a titolo di danni punitivi. Ciò che la garanzia processuale del quattordicesimo emendamento assicura è l'opportunità di contestare la ragionevolezza di una condanna per danni da parte di una corte statale; ma non esiste in alcun modo una garanzia federale a che la condanna per danni sia ragionevole".

398 La sentenza è stata commentata in Italia da Ponzanelli G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, Foro it., 2003, II, p. 356 e ss.

399 Il giudice Antonin Scalia, nella citata *dissenting opinion* resa nel caso in questione, concludeva sostenendo che l'opinione della Corte non avrebbe fornito alcuna guida agli apparati legislativi, come alle corti federali e statali, su che cosa dovrebbe essere un livello costituzionalmente adeguato di danni punitivi. Peraltro, a suo parere, i criteri forniti, elevando la correttezza nell'attività punitiva a principio di *substantive due process*, non fanno altro che affermare l'incostituzionalità di ogni condanna ai danni punitivi imposta senza alcuna ragionevolezza. Rispetto a tale ultima osservazione può osservarsi che fosse proprio questo, a ben vedere, l'obiettivo della Corte Suprema.

400 Quanto alla gravità della condotta del convenuto, esso va considerato in relazione al tipo di danno (fisico o morale), alla presenza o meno di uno "stato di debolezza" dell'attore e all'eventuale dolo del convenuto. Con riferimento alla relazione tra *punitive* e *compensatory damages* la relazione dovrebbe limitarsi tendenzialmente a un rapporto 1:10, salvi casi particolarmente gravi. Infine, il rapporto i danni punitivi non potrebbero essere utilizzati in sostituzione delle sanzioni penali: la condanna penale non può giustificare la concessione di danni punitivi.

401 Ponzanelli G., in *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, cit., p. 358, rileva che la Corte Suprema, nel 2003, aveva bisogno di confermare quanto statuito nel caso Gore. Tra il 1996 e il 2003, infatti, i giudici statali avevano dato più volte segni di inquietezza e insoddisfazione per i criteri fissati nel caso Gore, rivendicando la più ampia autonomia nella determinazione dei danni punitivi.

402 Calabresi G., *The complexity of Tort Law: The case of punitive damages*, cap. X, in *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005.

403 Si pensi in particolare alla *Tragic Choice Function* connessa a tali danni: nel noto caso Pinto, la casa automobilistica Ford, sulla base di un'analisi costi-benefici, aveva ritenuto di non apportare modifiche al modello Pinto

Simili critiche sono probabilmente ingiuste, posto che la Suprema Corte statunitense nelle tre sentenze che in poco più di dieci anni riscrivono il regime dei danni punitivi americani, pur non nascondendo un intento razionalizzatore della materia, anche giustificato dall'applicazione di regole non uniformi nel territorio nazionale, non ha depotenziato lo strumento, come invece è avvenuto nel Regno Unito in seguito alla pronuncia *Rookes v. Bernard*.

Negli Stati Uniti, può anzi sostenersi che le finalità di deterrenza restano impregiudicate e che l'individuazione, peraltro attraverso una presunzione *iuris tantum*, di un *cap* ai danni punitivi utilizzando quale parametro i danni compensativi non sembra in grado di incidere significativamente sulle ragioni della deterrenza, substrato essenziale per l'esistenza stessa di tali misure.

Il visto processo di costituzionalizzazione dei *punitive damages* può essere guardato con favore, soprattutto da chi, appartenendo alla tradizione giuridica dell'Europa Continentale, è tradizionalmente estraneo a figure di questo tipo.

La presenza di *punitive damages* proporzionali al danno patito e delimitati da un *cap* diviene, in quest'ottica, un elemento rassicurante e un argomento ulteriore per sostenere la possibilità di valutare seriamente l'opportunità di introdurre una misura simile anche negli ordinamenti di *Civil Law*.

Al riguardo, si ha ben presente che sarebbe ingenuo pensare di replicare *in toto* la misura nordamericana, frutto di un sistema politico, giuridico e sociale profondamente diverso da quello italiano.

Ciononostante, nulla vieta, una volta comprese appieno le caratteristiche dell'istituto, di valutare compiutamente l'opportunità di introdurre misure simili in altri ordinamenti, anche di *Civil Law*, come del resto sta sempre più spesso avvenendo.

in ragione del fatto che i costi di tale modifica non sarebbero stati compensati dai benefici sociali, in tal modo accettando il rischio di una perdita di vite umane dalla propria scelta (sul punto, più diffusamente, Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 126).

3. *I danni punitivi negli ordinamenti di Civil Law*

3.1 *Argentina.*

L'Argentina, dopo un intenso dibattito dottrinale durato oltre un decennio, peraltro sviluppatosi in termini non dissimili da quello italiano⁴⁰⁴, è stato il primo Paese di *Civil Law* a introdurre espressamente i danni punitivi⁴⁰⁵.

La dottrina aveva da tempo messo in luce la necessità di adottare tale forma di danno per casi di particolare gravità, perseguendo in tal modo la duplice finalità di riparare integralmente la lesione, riuscendo al contempo a prevenire comportamenti analoghi⁴⁰⁶.

L'introduzione di una norma precisa, in grado di determinare l'*an* e il *quantum* di eventuali misure sovrapensative, ha consentito di superare le incertezze della giurisprudenza, fissando con precisione – e una volta per tutte – i criteri di quantificazione del danno⁴⁰⁷.

La norma disciplinante tale fattispecie di danno è l'art. 52-*bis* della *ley* 26.361, di tutela del consumatore, significativamente rubricata *dano punitivo*. Tale misura dovrebbe essere corrisposta, su richiesta del danneggiato (necessariamente un consumatore), a titolo di risarcimento per il danno patito per la lesione grave di un suo diritto⁴⁰⁸.

404 In Benatti F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. Giur.* 2012, 2, p. 263 e ss., osserva che *la dottrina [...] aveva anche sottolineato l'esigenza di punire determinate condotte, soprattutto aveva negato la contrarietà dei punitive damages al principio di ordine pubblico, muovendo dalla presenza nell'ordinamento di istituti quali la clausola penale, l'astreintes e gli interessi moratori che hanno una funzione anche afflittiva. L'obiettivo era di portare l'introduzione per via legislativa dell'istituto al fine di evitare l'incertezza del diritto giurisprudenziale, fissando con attenzione i criteri di quantificazione del danno. Grande risalto veniva dato, soprattutto, al patrimonio del convenuto e all'eventuale arricchimento derivante dal fatto illecito o dall'inadempimento*".

405 Arnone G., Calcagno N., Monateri P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, p. 117.

406 Picasso S., *Nuevas categorías de danos en la Ley de Defensa del Consumidor, Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Vazquez Ferreyra R. (dir.), Buenos Aires, 2008, p. 123 e ss.

407 Arnone G., Calcagno N., Monateri P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., p. 117.

408 Il testo dell'art. 52-*bis*, cit., è il seguente: *Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor; la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

La norma introdotta nel Paese sudamericano differisce dai *punitive damages* di matrice anglosassone e, in particolare, statunitense. I danni punitivi argentini, infatti, trovano applicazione solamente nel ristretto ambito dei rapporti tra professionista e consumatore e non fanno distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁴⁰⁹.

Dall'analisi della norma emerge che la *multa civil* ivi prevista è graduata secondo la gravità del danno e le circostanze del caso concreto. Essa non può superare un ammontare ben preciso, espressamente individuato *per relationem* dallo stesso art. 52-bis⁴¹⁰. Il legislatore argentino ha quindi introdotto una vera e propria sanzione per ogni condotta del professionista reputata gravemente lesiva di un diritto del consumatore.

La norma in questione presenta una delle principali caratteristiche delle misure ultracompenso, ovvero la capacità di sanzionare condotte che determinano un certo allarme sociale ma, al contempo, non così gravi da giustificare l'applicazione di norme penali.

È stato visto come l'applicazione di misure penali, pur astrattamente idonee a perseguire finalità di repressione e prevenzione, speciale e generale, non è sempre la scelta più idonea per proteggere beni ritenuti meritevoli di tutela da parte della collettività, soprattutto in ragione della strutturale (e naturale) insufficienza dell'apparato repressivo a perseguire il ragguardevole numero di reati che caratterizza gli ordinamenti moderni.

L'introduzione di un numero sempre più elevato di sanzioni penali non è la soluzione migliore per prevenire determinati comportamenti ritenuti socialmente indesiderati. Spesso può essere preferibile ricorrere a strumenti diversi, quali in particolare le sanzioni private come la *multa civil* argentina.

In questa prospettiva, la misura introdotta dal legislatore sudamericano mira a tutelare il consumatore dalle gravi lesioni che potrebbero derivare da comportamenti scorretti del

409 Tali differenze, tuttavia, non vanno esacerbate: come osserva Benatti F., in *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corriere Giur.* 2012, 2, p. 263 e ss., la giurisprudenza americana ha riconosciuto i danni punitivi anche in caso di *breach of contract* in numerose ipotesi, quali *special relationship*, *fiduciary duty* e *bad faith breaches*.

410 L'art. 52-bis, cit., fa riferimento all'art. 47, lett. b), della medesima legge, norma che prevede un limite massimo di cinque milioni di pesos, pari a circa 478.000 euro.

professionista.

A prima vista, potrebbe sembrare paradossale sostenere che il consumatore sia più garantito dall'applicazione di un risarcimento ultracompensativo che da una sanzione penale.

Il precedente assunto può considerarsi meno paradossale se si considera che, qualora il comportamento scorretto del professionista fosse perseguito come reato, sarebbe necessario un intervento dello Stato, nella persona del Pubblico Ministero che instaura l'azione penale, affinché la sanzione possa – all'esito di un processo – essere applicata.

In questo caso si riscontrerebbero due difficoltà non di secondario rilievo. In primo luogo, posto che lo Stato deve perseguire tutti i crimini compiuti nel proprio territorio, quest'ultimo concentrerebbe le proprie risorse nei confronti dei crimini di maggior allarme sociale. Dunque, anche in un sistema che prevede l'obbligatorietà dell'azione penale, non è improbabile ritenere che l'esercizio della stessa, in casi come quello in discussione, non sarebbe nei fatti considerato prioritario. Si avrebbe dunque una norma penale di scarsa effettività.

In secondo luogo, qualora si avviasse un processo penale per accertare la violazione in oggetto, tale attività determinerebbe ulteriori costi⁴¹¹, con il rischio che lo sforzo economico sostenuto per giungere all'accertamento del reato, e quindi alla sanzione, possa essere del tutto vanificato dall'avvenuta prescrizione dello stesso⁴¹².

Anche l'applicazione di una sanzione amministrativa, in casi come questi, non sembra la soluzione più adatta: la sua applicazione richiederebbe, infatti, molti degli inconvenienti già visti con la sanzione penale, con particolare riferimento alla necessità di attivare l'apparato burocratico dello Stato per applicare tale sanzione; ai costi che tale attivazione comporta; alla presenza di un numero elevato di sanzioni amministrative e alla incapacità delle strutture burocratiche di affrontare tutti i compiti loro affidati.

411 Si pensi a tutta la struttura, anche amministrativa, necessaria ad affrontare un processo, ai lunghi tempi di svolgimento, inevitabilmente sottratti all'accertamento di fattispecie di maggiore rilevanza e alle stesse spese legali necessarie per il pagamento degli avvocati di parte.

412 Ipotesi tanto più probabile quanto meno gravemente è punito il fatto commesso dal professionista.

Posto che appare irragionevole introdurre sanzioni penali o amministrative per disincentivare comportamenti non particolarmente riprovevoli (ma nemmeno desiderabili), il legislatore argentino poteva scegliere *a)* di non intervenire, escludendo la possibilità di prevenire – mediante norme con finalità deterrenti – i comportamenti gravemente lesivi di un diritto del consumatore; *b)* di prevedere misure ultracompensative con finalità di prevenzione generale e speciale.

La *multa civil* sembra essere la soluzione più equilibrata: l'applicazione di una sanzione civile avverso comportamenti non desiderati come la lesione di un diritto del consumatore da parte del professionista, mediante un comportamento doloso richiede una reazione dell'ordinamento che è chiamato a tutelare il soggetto che vede lesa la propria situazione giuridica soggettiva.

Mediante la figura contemplata nell'art. 52-*bis*, cit., sono contrapposti due soggetti, mossi da loro interessi personali ed economicamente quantificabili. Il consumatore avrà ben modo, infatti, di valutare l'opportunità dell'avvio di una causa contro il professionista, colpevole ai suoi occhi del danno patito.

Il *dano punitivo* persegue, inoltre, una chiara finalità deterrente in quanto – consci dell'interesse dei consumatori a essere risarciti e del conseguente rischio di notevoli perdite economiche – i professionisti argentini dovrebbero essere più restii a porre in essere comportamenti che li potrebbero vedere convenuti in una controversia per la quale è prevista la condanna alla sanzione civile di cui all'art. 52-*bis*, cit..

Se nell'applicazione pratica la misura argentina avrà successo, è probabile che l'ordinamento sudamericano estenderà le figure di danni punitivi per altre fattispecie, aprendo la via a una loro più ampia applicazione negli ordinamenti di *Civil Law*.

3.2 Portogallo.

L'ordinamento portoghese, pur non conoscendo espressamente la figura dei danni punitivi è, a livello europeo, tra gli ordinamenti più attenti alle finalità anche deterrenti della responsabilità

civile, soprattutto mediante il riconoscimento di ingenti danni non patrimoniali⁴¹³.

Al riguardo, un contributo non secondario è fornito dalle disposizioni contenute nel codice civile portoghese, secondo le quali per il riconoscimento dei danni non patrimoniali devono valutarsi congiuntamente la gravità della condotta, la situazione economica dei soggetti coinvolti e le particolari caratteristiche del caso concreto⁴¹⁴. Tali parametri non sembrano distinguersi particolarmente da quelli normalmente richiamati dalle Corti americane⁴¹⁵.

La giurisprudenza, anzi, ha avuto modo di esprimere alla fine degli anni Novanta del XX secolo che tra le funzioni della responsabilità civile non può escludersi quella sanzionatoria, aderendo a quella corrente dottrinale che già da tempo teorizzava tale concetto, parlando di *indenização punitiva*⁴¹⁶.

Il Portogallo, dunque, nonostante non abbia ancora nel codice civile una disposizione rapportabile all'art. 52-bis della legge di tutela del consumatore argentina, presenta norme in materia di quantificazione del danno che non sembrano discostarsi significativamente dai parametri tipici della quantificazione dei *punitive damages*.

Se si considera che tali disposizioni sono previste per il danno non patrimoniale, si hanno ulteriori elementi per riflettere sulla reale funzione dello stesso anche negli ordinamenti di *Civil Law* che, forse, non sono così nettamente improntati a una funzione monolitica – e meramente riparatoria –

413 In materia, cfr. Benatti F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, cit., p. 263 e ss.

414 Artt. 494 e 496. Il primo, rubricato *limitação da indenização no caso de mera culpa*, dispone che *quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem*. Il secondo, rubricato *danos não patrimoniais*, prevede che *1. Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indenização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indenização nos termos número anterior*.

415 Sulle quali, v. *infra*.

416 Cfr. le decisioni richiamate in P. M. Lourenço, *A indenização Punitiva e Os Critérios Para A Sua Determinação*, disponibile online sul sito http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidade_civil_paulameiralourenco.pdf. In particolare, il concetto di *indenização punitiva* è stato per la prima volta espresso ne l' *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* del 14 maggio 1998. In dottrina, già Gomes J., nell'articolo "*Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*", RDE, Ano XV, 1989, pp. 105-144, teorizzava tale funzione con riferimento alla responsabilità civile.

della responsabilità civile.

3.3 Francia.

Anche Paesi storicamente più vicini alla tradizione giuridica italiana mostrano interessanti evoluzioni nel dibattito sulle differenti funzioni della diritto della responsabilità civile.

Risale ormai al 2010 l'arresto della Corte di Cassazione francese⁴¹⁷ che ha ammesso per la prima volta l'ingresso dei danni punitivi nell'ordinamento transalpino, mediante il riconoscimento di una sentenza di una corte statunitense⁴¹⁸ che disponeva l'applicazione di *punitive damages* in favore di una coppia di coniugi americani che aveva acquistato una barca di produzione francese, danneggiata in seguito a una tempesta e non riparata al momento dell'acquisto. Nel caso di specie, anzi, tali danni non erano stati nemmeno dichiarati⁴¹⁹.

A fronte della domanda di esecuzione della pronuncia in territorio francese, le corti d'oltralpe hanno mostrato le classiche divisioni che caratterizzano il dibattito – anche giurisprudenziale – in materia di danni punitivi.

Da un lato, la Corte d'Appello di Poitiers riteneva – non senza una certa dose di (eccessivo) allarmismo – che la concessione dell'*exequatur* alla sentenza americana avrebbe determinato una violazione dell'ordine pubblico internazionale.

Ciò, intanto, perché in Francia sarebbe vigente il principio della riparazione integrale del danno, in ragione del quale nessuno può essere in misura superiore al danno subito e, in secondo luogo, perché nella quantificazione del danno, secondo l'ordinamento francese, non rileverebbero né le circostanze che lo hanno determinato né la capienza del patrimonio del convenuto.

Avverso tale tradizionale costruzione, la *Cour de Cassation* negava la possibilità di una violazione

417 Sent. n. 1090/2010, consultabile *online* all'indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1090_1_18234.html.

418 Nel caso di specie, la corte della California.

419 Per una ricostruzione del fondamentale ruolo assunto dalla Corte di Cassazione francese nell'elaborazione di un sistema compiuto di responsabilità civile, v. Viney G., *Le role de la Cour de Cassation dans l'edification du systeme francais de responsabilité civile*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 471 e ss.

dell'ordine pubblico in seguito all'accoglimento di una pronuncia americana che dispone *dommage-interets punitifs*, a condizione del rispetto del basilare principio di proporzionalità tra l'offesa arrecata e il danno liquidato⁴²⁰.

La menzione di tale principio costituisce in sé un autonomo elemento di interesse, essendo lo stesso che ha determinato, a partire dal noto caso Gore un generale ripensamento della categoria e un progressivo avvicinamento nei sistemi di *Common Law* dei *punitive damages* ai *compensatory damages*.

È stato osservato in senso critico che il principio di proporzionalità è di per sé un elemento la cui valutazione è rimessa alla sensibilità del singolo interprete e, quindi, di difficile oggettivizzazione.

Potrebbero conseguentemente ipotizzarsi casi di danni punitivi riconosciuti negli Stati Uniti o in altri Paesi di *Common Law* ma non ammessi nell'ordinamento francese che, figlio di una tradizione giuridica profondamente diversa e tradizionalmente ostile al riconoscimento di danni sovracompensativi, potrebbe non tale liquidazione contraria al principio di proporzionalità.

Nella coscienza giuridica francese, d'altra parte, la pena privata è sempre stata un elemento presente⁴²¹ e si sono fronteggiate in dottrina diverse linee di pensiero, alcune volte a rimuovere tale istituto in quanto ritenuto un vetusto retaggio del passato e altre, invece, miranti a un rafforzamento della stessa⁴²².

D'altro canto, la linea di confine tra pena privata e responsabilità civile, piuttosto chiara nel dibattito teorico, mostra non secondarie difficoltà applicative sul piano pratico: spesso la liquidazione di

420 Benatti F., *La circolazione*, cit.. Tale principio, peraltro, nel caso di specie è stato ritenuto lesso. Si osservi come l'assunto della Corte di Cassazione francese si mostra molto più consapevole dell'evoluzione in senso proporzionalistico degli orientamenti della Corte Suprema statunitense in materia di danni punitivi di quanto non sia la Corte di Cassazione italiana. In proposito, v. *infra*.

421 Chabas F., in *La pena privata in Francia*, Riv. Dir. Priv., 1999, p. 352, ritiene che tutta la materia della responsabilità civile, oltralpe, risenta dell'influenza della pena privata. La sua posizione si pone in continuità con quelle di Starck B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parigi, 1947 e Carval S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parigi, 1995. Ciononostante Chabas F., in *La pena privata in Francia*, cit., p. 353 esclude la possibilità che la responsabilità civile possa assumere anche funzioni sanzionatorie. Tale posizione non sembra in linea con l'evoluzione che il diritto della responsabilità civile sta assumendo in Francia.

422 Benatti F., *La circolazione*, cit..

ingenti somme a titolo di risarcimento per danno da perdita di *chances* o per danno morale, non avendo (a differenza, ormai, dei danni punitivi) un tetto massimo, assume una (paradossalmente incontrollata) funzione deterrente, caratteristica più della pena privata che del semplice risarcimento del danno⁴²³.

Da più parti si auspica l'introduzione in Francia – sulla scia di quanto già avvenuto in Argentina – dei *dommages-interets punitifs* per via legislativa, superando le obiezioni che ancora si palesano nel dibattito dottrinale.

La soluzione proposta in Francia, a ben vedere, presenta notevoli differenze rispetto a quanto visto in Argentina. Si auspica, in particolare, una norma che – piuttosto di intervenire nel delicato campo della tutela del contraente debole – disponga tali danni a fronte di *fautes lucratives*, ammettendo una forma di retroversione degli utili simile al *disgorgement* di diritto statunitense⁴²⁴.

In altre parole, qualora derivino dal compimento del fatto illecito profitti per l'autore, il risarcimento al danneggiato dovrebbe comprendere anche questi ultimi. Questa soluzione è stata ritenuta preferibile rispetto ad altre che prevedevano un limite massimo di tali danni, impostando la figura dei *dommage-interets punitifs* in modo piuttosto distante dal *disgorgement*⁴²⁵.

È stato osservato, tuttavia, che una simile misura, certamente ultracompensativa e avente anche una spiccata funzione deterrente, non coincide del tutto con il tradizionale concetto di danni punitivi, avendo quale principale funzione quella di prevenire l'ingiustificato arricchimento in modo da privare l'autore del guadagno derivante dal fatto illecito⁴²⁶. D'altro canto, in tempi recenti anche

423 Demogue R., *Validity of the Theory of Compensatory Damages*, 27, Yale, L.J., 585, 1918.

424 Fasquelle D., *L'existence de fautes lucratives en droit français*, LPA, 20 novembre 2002, n. 232, 27.

425 Tale proposta, avanzata da L. Beteille, prevedeva che "*dans le cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute delictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à de dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires.*"

426 Rinviano all'apposito capitolo per l'approfondimento sulla possibilità di ritenere il *disgorgement* un istituto in grado di trovare applicazione anche nell'ordinamento italiano, si osserva già in questa sede che in Italia si registra la posizione critica di Castronovo C., il quale in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 633, mostra di ritenere tale istituto deformante tanto l'illecito, in quanto introduce riparazioni ultracompensative, quanto l'ingiustificato arricchimento, in quanto introduce elementi di illiceità che non connotano tale misura nell'ordinamento italiano.

l'ordinamento inglese, patria dei *punitive damages*, ha mostrato di preferire la misura del *disgorgement* a questi ultimi in quanto accomuna la deterrenza a un effettivo *cap* al danno risarcibile, il quale non potrà superare l'importo guadagnato dal danneggiante⁴²⁷.

Nonostante le perplessità che può determinare un accostamento tra il *disgorgement* e i danni punitivi propriamente intesi, l'art. 1371 dell'*Avant Projet Catala* di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione, ha previsto la possibilità di corrispondere *dommages-interets punitifs* in presenza di *faute délibérée et notamment lucrative*, tanto in caso di inadempimento contrattuale quanto in caso di fatto illecito⁴²⁸.

Coerentemente con la loro particolare natura è inoltre prevista la necessità di motivare la loro concessione e di distinguere questa voce di danno dalle altre. Secondo quanto previsto dal progetto in commento, i danni punitivi che dovrebbero essere introdotti nell'ordinamento francese andrebbero distinti dalle altri voci di danno, non sarebbero assicurabili e una loro parte potrebbe essere liquidata al Tesoro. Essi assumerebbero una funzione sanzionatoria e deterrente⁴²⁹.

Quest'ultimo elemento costituisce un'altra – rilevante – differenza tra i danni punitivi, così come sono stati introdotti in Argentina e i danni punitivi che si vorrebbero introdurre in Francia.

Mentre nel primo caso è stata scelta la via di un risarcimento del tutto attribuito al privato, nell'ordinamento francese si è preferito non giungere a questa conclusione, probabilmente per un maggior attaccamento al principio dell'integrale riparazione che dovrebbe connotare il danno e all'idea che, essendo i *dommages-interets punitifs* una vera e propria sanzione connessa a fatti ritenuti di una certa gravità, è più giusto che il beneficiario della sanzione sia l'intera collettività, cui

427 Si esprime in tal senso Benatti F., in *La Circolazione*, cit..

428 Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 128 e ss., riconosce una certa vicinanza tra l'art. 1371 dell'*Avant projet Catala* e i danni punitivi nordamericani, soprattutto nella loro versione "costituzionalizzata" che è seguita alla sentenza Gore. Tra gli elementi di analogia riscontrati, similitudini significative sono presenti nella valutazione della condotta. In entrambi i casi è posto l'accento sulla gravità e volontarietà della condotta. Altro elemento di analogia è costituito dalla possibilità di destinare tali danni a fondi statali, soluzione accolta da alcuni Stati dell'Unione. Il progetto francese, a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, nega espressamente la possibilità di assicurare tali danni, posto che l'assicurazione minerebbe alla radice la loro funzione.

429 Busnelli F. D. - Patti S., *Danni e responsabilità civile*, cit., p. 102.

peraltro è rivolta l'altra "faccia" della misura, ovvero la deterrenza.

La norma francese mira, presumibilmente, a coniugare interessi diversi quali, da un lato, quello della collettività a vedere punite adeguatamente condotte che, altrimenti, rischierebbero di non essere in alcun modo sanzionate dall'ordinamento e, dall'altro, quello dello Stato a non vedere appensatiti i propri apparati burocratici, non essendo quest'ultimo tenuto ad avviare un processo penale o un procedimento sanzionatorio amministrativo a seguito del compimento di tali condotte, ottenendo peraltro parte dei danni ultracompensativi riconosciuti al privato a seguito dell'azione civile di risarcimento.

Resta, tuttavia, dubbia la modalità di determinazione di questi danni che, allo stato, sembrerebbe del tutto rimessa al giudice⁴³⁰.

Un elemento di sicuro interesse è l'acquisizione della consapevolezza, nel dibattito francese, che il principio della integrale riparazione quale obiettivo e al contempo limite ultimo della risarcibilità del danno, a qualunque titolo causato, non è effettivamente un principio di ordine pubblico né, tantomeno, di natura costituzionale.

Non è un principio di ordine pubblico proprio perché la Corte di Cassazione francese lo ha negato espressamente nella sua pronuncia del 2010. Non è un principio costituzionale perché il progetto di riforma del diritto delle obbligazioni Catala non ritiene necessaria alcuna modifica costituzionale per introdurre una norma così innovativa nel panorama del risarcimento del danno.

Ciò che è avvenuto oltralpe è di notevole interesse per il giurista italiano. Il radicato orientamento della giurisprudenza italiana in senso contrario alla delibabilità delle sentenze straniere che dispongono danni punitivi è da ritenere quantomeno in controtendenza rispetto a quanto avviene negli altri ordinamenti di *Civili Law*, che si caratterizzano per una sempre più attenta valorizzazione della funzione deterrente, soprattutto nei casi di disparità di potere contrattuale o di condotte particolarmente gravi.

430 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 932.

4. *La delibazione delle sentenze che riconoscono danni punitivi. La riconoscibilità di misure ultracompensoative nell'ordinamento italiano tra diritto internazionale privato e diritto interno.*

Nelle considerazioni sinora svolte si è fatto spesso riferimento a un orientamento delle corti italiane particolarmente ostile al riconoscimento di sentenze straniere che dispongono danni punitivi. Ciò, soprattutto, in ragione di asserite possibili violazioni dell'ordine pubblico che deriverebbero dall'accoglimento delle stesse.

Dietro il paravento dell'ordine pubblico si nasconde, neppure troppo velatamente, lo strisciante timore di una lesione del principio di integrale riparazione del danno, considerato dalla giurisprudenza italiana la regola base dell'intera disciplina risarcitoria⁴³¹.

La questione è stata affrontata in un noto caso all'inizio degli anni Duemila, relativo alla richiesta di delibazione di una sentenza americana alla Corte d'Appello del Tribunale di Venezia, rigettata nel 2001 per violazione dell'ordine pubblico⁴³².

La pronuncia dei giudici veneziani, pur "ortodossa" nel dispositivo, presentava interessanti elementi di novità in motivazione. Nella stessa, infatti, emergeva la consapevolezza che nell'ordinamento italiano, anche in materia di danni non patrimoniali, vi sono dei rimedi che, pur essendo prettamente civilistici, presentano finalità afflittive e deterrenti.

431 Ponzanelli G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in Resp. Civ. e Prev., 5, 2012, p. 1415 e ss.. In chiave critica sulla stessa possibilità di ammettere la delibazione di tali sentenze nell'ordinamento italiano, si esprime Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., p. 361. L'A., in particolare, ritiene che tali domande siano da annoverare "tra i frutti non buoni della globalizzazione".

432 App. Venezia, 15 ottobre 2001, in La nuova giur. Civ. Comm., 2002, p. 765. La sentenza è stata efficacemente commentata da Crespi Reghizzi Z., *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 2002, p. 977 e ss.. Sul concetto di ordine pubblico nella delibazione delle sentenze straniere, in particolare quelle riguardanti i danni punitivi, si sofferma Brogini G., in *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di 'punitive damages' con il diritto europeo della responsabilità civile*, in Europa e Dir. Priv., 1999, p. 502, che afferma che tale clausola funziona sotto un duplice aspetto: quando impedisce al giudice nazionale di applicare il diritto straniero, per il contratto che tale applicazione comporterebbe con l'ordine pubblico interno e, in secondo luogo, nell'ambito di un giudizio di delibazione, poiché tale efficacia produrrebbe effetti contrari all'ordine pubblico. In questo secondo caso la valutazione dell'ordine pubblico dovrebbe essere meno incisiva della prima, tanto che si parla di "effett attenué". In effetti, quando il giudice nazionale è chiamato a riconoscere una sentenza straniera, l'ingresso di questa nell'ordinamento nazionale ha una funzione parziale, più limitata, e l'esame della compatibilità di quegli effetti nell'ordinamento nazionale è quindi attenuata. L'A. osserva, ancora, che nel particolare caso dei danni punitivi si pone l'esigenza di una valutazione approfondita delle sentenze, posto che spesso gli attori agiscono presso giudici statunitensi proprio per ottenere tali danni, da far valere poi nello Stato (europeo) del convenuto, ponendo in essere un deprecabile *forum shopping*.

Tanto premesso, la Corte rigettava la richiesta non per l'astratta incompatibilità tra danni punitivi e ordine pubblico interno, quanto per una valutazione concreta, posto che la pronuncia statunitense non giustificava adeguatamente l'ammontare considerevole dell'obbligazione risarcitoria.

La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza, precisando tuttavia la natura strettamente compensatoria della responsabilità civile e contraddicendo *in parte qua* gli assunti dei giudici veneti⁴³³.

Tale posizione non è sembrata condivisibile a diversi osservatori, in quanto non vi è nessuna norma, né a livello costituzionale né tra i principi fondamentali dell'ordinamento, in grado di giustificare l'assenza di una funzione sanzionatoria nella responsabilità civile, che al contrario, sembra presentare figure punitive di non secondaria importanza⁴³⁴.

Né, d'altro canto, sembrerebbero potersi applicare ai *punitive damages* americani i principi di legalità, tassatività e proporzionalità della pena⁴³⁵.

Secondo un'ulteriore osservazione critica la Cassazione, rigettando in astratto la possibilità di ammettere nell'ordinamento italiano un rimedio punitivo-deterrente ha, forse non del tutto consapevolmente, optato per un sistema di responsabilità civile con gravi carenze sistematiche⁴³⁶.

Non è mancato d'altro canto chi ha sostenuto convintamente la bontà della scelta della Suprema Corte⁴³⁷.

433 Cass., sent. n. 1183/2007.

434 Sulle quali ci si è soffermati nei capitoli precedenti.

435 Saravalle A., *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, Riv. Dir. Int. Priv., 1993, p. 865 e ss.

436 Di Bona De Sarzana L., *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 572-573. L'A. osserva come i *punitive damages* possono garantire quelle esigenze di giustizia retributiva che sono sempre più sentite nell'ambito della moderna responsabilità civile. Privare l'ordinamento, *a priori* e pregiudizialmente, di tale tecnica rimediale può comportare la cristallizzazione di un sistema di responsabilità civile da cui rimangono escluse occasioni di regolamentazione efficiente. Sul piano tecnico, negare a monte la finalità punitiva-deterrente della responsabilità civile determina una curvatura dei rimedi risarcitori verso obiettivi che non ne sono tipici.

437 La sentenza ha trovato l'adesione di chi, come Castronovo, in *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., p. 365, ritiene che *de iure condito* non possano sussistere dubbi sull'irricevibilità del risarcimento punitivo. Fava P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, Corr. Giur., 2007, IV, p. 505 ritiene parimenti la sentenza pienamente condivisibile, soprattutto in considerazione degli orientamenti affermatasi dalla metà degli anni Novanta in poi sui danni punitivi negli stessi Stati Uniti, volti a limitare considerevolmente l'applicazione concreta di tale fattispecie. Tale argomentazione

Probabilmente la scelta della Corte di Cassazione, argomentata interamente sull'idea che la responsabilità civile sia *solamente e necessariamente* compensativa, è stata determinata anche a una certa confusione tra le figure italiane di risarcimenti ultracompensativi (o, se si preferisce, di danni punitivi) e i *punitive damages* di matrice nordamericana⁴³⁸.

Il problema di riconoscere i *punitive damages* si concentra esclusivamente in un'ottica di diritto internazionale privato, essendo piuttosto chiaro che essi – nella loro accezione, per così dire, pura – sono un frutto tipico dell'esperienza statunitense che, in quanto tale, costituisce un *unicum* irripetibile⁴³⁹.

Anche sulla loro funzione occorrerebbe una maggiore riflessione: pur non negandosi una funzione deterrente, è ormai ritenuto pacifico che i *punitive damages* abbiano anche funzioni differenti, in particolare compensative⁴⁴⁰, che ne mostrano una complessità spesso sottovalutata o del tutto esclusa⁴⁴¹.

Da questo punto di vista, le recenti sentenze che hanno negato l'ingresso in Italia di sentenze nordamericane che riconoscono danni punitivi sembrano non cogliere appieno la complessità del fenomeno⁴⁴².

sembra sin troppo facilmente confutabile, posto che proprio il ben noto processo di costituzionalizzazione dei danni punitivi dovrebbe anzi giustificare la loro ammissione, quantomeno sotto forma di sentenza delibabile dal giudice italiano. L'A., successivamente, richiama a sostegno della propria adesione al riferito orientamento giurisprudenziale, il (forse abusato) argomento che vorrebbe i danni punitivi "*in stridente contrasto*" con l'ordinamento interno e, in particolare, con il principio fondamentale che consente di risarcire solo i danni subiti, senza che il danneggiato possa lucrare ingiustificati arricchimenti dal fatto illecito. Rispetto a tali considerazioni si richiama quanto sostenuto in precedenza, in particolare su *disgorgement* e ingiustificato arricchimento.

438 Ponzanelli G., *I danni punitivi*, Nuova giur. Civ. Comm., 2008, p. 27.

439 Ponzanelli G., *I danni punitivi*, cit., p. 26. L'A. evidenzia, in particolare il ruolo peculiare della giuria che può arrivare, senza obbligo di motivazione, a quantificare danni anche piuttosto ingenti.

440 Nella dottrina americana si fa spesso riferimento a una compensazione di tipo sociale, ritenendo che i danni punitivi spesso, se considerati al di là della singola fattispecie, consentono di riparare equamente da un punto di vista sociale il torto subito. In proposito, Sebok A. J., *Deterrence or Disgorgement? Reading Ciraolo After Campbell*, 63 MD L. REV. 541, 2005, *Symposium on Guido Calabresi's the cost of Accidents*. Tali considerazioni sono peraltro state sinteticamente riportate nel presente lavoro, nel capitolo dedicato ai *punitive damages* americani.

441 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 919.

442 Benatti F., in *Correggere e punire*, cit., p. 132, osserva che l'analisi della Corte prescinde da una valutazione precisa della figura dei danni punitivi e della loro funzione, quale si è sviluppata negli anni negli Stati Uniti. Essa sbrigativamente si limita a osservare che, poiché i danni risarciti sono superiori alla perdita subita, essi non possono trovare applicazione nell'ordinamento italiano, senza far alcun riferimento alla funzione deterrente, alla possibilità che i danni punitivi abbiano in sé anche una funzione compensativa e sorvolando su qualsiasi approfondimento sulla gravità della condotta del danneggiante o sulla posizione della vittima, che invece meriterebbero una valutazione più attenta.

Al riguardo, è stato efficacemente osservato che le argomentazioni proposte dalla Corte di Legittimità nella sentenza n. 1183/2007 ricordano molto da vicino una ormai risalente sentenza dell'omologa corte tedesca che statuiva il contrasto dei *punitive damages* con l'ordinamento nazionale⁴⁴³ senza, al contempo, approfondire il complesso processo di costituzionalizzazione visto dai danni punitivi negli Stati Uniti tra gli anni Novanta e i primi anni Duemila⁴⁴⁴.

Sembrerebbe che la giurisprudenza italiana si sia limitata, nelle recenti occasioni in cui si è posto il problema di delibare sentenze in materia di danni punitivi, ad affermare stancamente che per i *punitive damages* non vi è corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e danno effettivamente subito. Senza considerare alcuno degli indici normativi di segno contrario né la possibilità di valorizzare il varco aperto (in chiave punitiva/sanzionatoria) nel nostro sistema rimediale dall'azione congiunta di dottrina e di parte della giurisprudenza⁴⁴⁵.

Più di recente, con la sent. n. 1781/2012, la Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi nuovamente sulla questione, confermando il precedente orientamento⁴⁴⁶.

443 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 922. Osserva, tuttavia, D'Alessandro E., *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconsocimento in Italia*, Riv. Dir. Civ., 2007, p. 387 e ss., che successivamente la Corte Costituzionale tedesca non ha escluso che i danni punitivi possano anche tendere a finalità compatibili con i principi dell'ordinamento tedesco tra le quali, significativamente, i danni morali.

444 Sul quale, v. *infra*, nella sezione dedicata ai danni punitivi negli Stati Uniti. Nel commentare una delle sentenze che hanno contribuito a riscrivere le regole federali in materia di danni punitivi, Ponzanelli G. (in *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, cit., p. 181), auspicava che, una volta diminuito l'importo dei danni punitivi di cui si chiede l'esecuzione in Italia, forse l'ostilità nei loro confronti sarebbe potuta scemare in modo assai consistente, con la revisione degli attuali giudizi negativi, basati unicamente sull'esclusiva funzione riparatoria delle regole di responsabilità civile. Di recente, Arnone G., Calcagno N., Monateri P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, p. 119, hanno precisato che gli studi statistici compiuti dal Dipartimento di Giustizia Americano provano che i danni punitivi sono assegnati solo in un numero ridotto di ipotesi (pari all'incirca al 2% delle cause civili) e che l'aggiudicazione degli stessi raramente supera i 50.000 \$. Peraltro, molti Stati conoscono precisi limiti risarcitori e hanno reso più stringenti gli oneri probatori. In conclusione "la comune percezione di una categoria di danno fuori controllo dipende in realtà dall'enfasi mediatica attribuita a quei rarissimi casi in cui la condanna è stata effettivamente a sei zeri".

445 Pardolesi P., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, cit., 1072.

446 La sentenza è commentata da Ponzanelli G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, Danno e Resp., 2012, 6, p. 609 e ss.. Nella sentenza si legge che, con riferimento alla necessità di verificare, ex art. 64, lett. g), l. 218/1995, la congruenza della sentenza straniera con l'ordine pubblico italiano, "si richiamano i principi di diritto già affermati da questa Corte, che vanno condivisi, stanti anche le esigenze fondamentali di non discriminazione e di tutela di aspettative, equilibri e garanzie collettive cui presiedono, ed ai quali, dunque, va data continuità, secondo cui: a) nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive[...] b) rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua

È stato osservato che, con sentenze di questo tipo, la Cassazione abbia sensibilmente allargato il perimetro di controllo del sindacato giudiziale delle decisioni straniere, fino a realizzare qualcosa di non previsto dal codice di rito, impiegando categorie e voci di danno di diritto interno per controllare e riconoscere la decisione straniera⁴⁴⁷.

In una visione più generale, la tendenza della Corte di Cassazione italiana non è in linea con il formante giurisprudenziale di altri Paesi⁴⁴⁸.

Negare il riconoscimento di una sentenza straniera solo in ragione di una asserita estraneità di ogni funzione punitiva nel risarcimento del danno, affermando apoditticamente che la responsabilità civile abbia unicamente funzioni riparatorie è in aperto contrasto, peraltro, con la recente evoluzione dell'ordinamento positivo che, in alcuni casi, ha anche ammesso forme di *disgorgement*, sulla cui funzione anche deterrente e sanzionatoria sembra davvero difficile dubitare⁴⁴⁹.

Al riguardo, non può quindi che condividersi l'opinione maturata da una parte della dottrina sulle sentenze in parola, definite non corrette, troppo severe nei confronti della decisione nordamericana, che viene trattata, forse inconsapevolmente, come una decisione di merito della giurisdizione italiana⁴⁵⁰.

5. *Le tendenze del diritto europeo.*

Il rapporto tra diritto europeo e misure riparatorie sovracompenso è un laboratorio interessante

condotta [...]; c) che l'apprezzamento del giudice nazionale sull'eccessività (o meno) dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione (o meno) alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua dell'istituto dei cosiddetti punitive damages si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della delibazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato".

447 Pardolesi P., *La Cassazione i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, cit., p. 1074. Ponzanelli G., in *La Cassazione bloccata dalla paura*, cit., p. 609, afferma che i giudici di appello, nel delibare la sentenza nordamericana, avevano fatto riferimento a un compatto indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la carenza di motivazione riscontrata nella sentenza straniera non costituisse ostacolo per il riconoscimento della decisione; per quanto riguarda, invece, l'eccessività del risarcimento, la somma non avrebbe dovuto considerarsi punitiva. Lo stesso A. osserva, p. 611, che pur di non ammettere una sentenza straniera che irrogasse danni punitivi (o presunti tali), la Cassazione individua requisiti per la delibazione della sentenza non previsti dal sistema.

448 Si è già detto come la *Cour de Cassation* francese, dal 2010, abbia ammesso la delibabilità di sentenze straniere che irrogano danni punitivi.

449 Il riferimento è alle norme in materia di tutela del diritto d'autore e della proprietà industriale, commentate *infra*.

450 Ponzanelli G., *La cassazione bloccata dalla paura*, cit., p. 612..

di soluzioni giuridiche, in cui le influenze del *Civil Law* e quelle del *Common Law* convivono e producono delle soluzioni originali.

In diverse sentenze⁴⁵¹ la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che, premesso che "chiunque" abbia subito un danno a seguito di un'intesa o di una pratica vietata dalla norma *antitrust* comunitaria sia legittimato a chiedere il risarcimento dinnanzi ai tribunali nazionali, deve essere altresì riconosciuta "una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo", ogni qualvolta essa sia ammessa "nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno", fermo restando che i giudici nazionali possono vigilare affinché non si producano situazioni di arricchimento senza giusta causa⁴⁵².

Nel 2005 il Libro Verde sulle azioni risarcitorie in caso di violazione delle regole antitrust ha previsto l'applicazione di *double damages* in caso di cartelli orizzontali. La finalità di siffatta misura risiederebbe nella necessità di garantire una effettiva deterrenza⁴⁵³.

La Commissione Europea, nel Libro Bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2008 ha affermato la necessità di individuare un metodo europeo nonché misure equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee⁴⁵⁴.

La disponibilità a recepire dai diritti nazionali forme particolari di risarcimento esemplare o

451 Casi *Francovich v. Repubblica italiana* (1993); *Courage Ltd. V. Bernard Crehan* (2001); *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Ass.* (2006).

452 Busnelli F. D., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, *Danno e Resp.*, 2014, 5, pp. 461 e ss.

453 La proposta del 2005 ha sollevato le obiezioni di molti Paesi di tradizione di *Civil Law* e ha determinato la risoluzione contraria del Parlamento Europeo del 25 aprile 2007 (disponibile *online* sul sito <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2007-0152+0+DOC+WORD+V0//IT>). In particolare, il considerando n. 17 afferma "il risarcimento eventualmente riconosciuto al ricorrente avrà carattere compensativo e non supererà il danno emergente (*damnum emergens*) e il lucro cessante (*lucrum cessans*) effettivamente subiti, in modo da evitare un arricchimento ingiusto, e si potrà tenere conto della reale capacità della vittima di mitigare tali perdite; nel caso di cartelli, tuttavia, suggerisce che i primi ricorrenti che collaborino con le autorità garanti della concorrenza nel quadro di programmi di clemenza non saranno considerati responsabili in solido con gli altri trasgressori e che gli interessi saranno calcolati a partire dalla data della violazione".

454 Come anticipato, secondo la CGUE, a partire dalle sentenze *Courage* del 20 settembre 2001 (causa C-453/99) e *Manfredi* del 13 luglio 2006 (cause riunite da C-295/04 a C-298/04) le domande risarcitorie per violazione degli articoli 101 o 102 del TFUE sono un'applicazione, a livello privato, del diritto della concorrenza dell'Unione europea. È un diritto che discende dall'effetto diretto dei divieti sanciti dalle norme richiamate e che spetta a "chiunque", purché ovviamente sussista un nesso di causalità fra danno e la violazione.

punitivo è una delle più interessanti novità del diritto *antitrust* comunitario e sembra contrastare alcuni dei sopra riportati recenti orientamenti (sin troppo restrittivi) registrati nella giurisprudenza di legittimità⁴⁵⁵.

Il diritto europeo si presenta, tuttavia, ancora oggi molto frammentato rispetto al fenomeno della responsabilità civile⁴⁵⁶ e non è possibile, a oggi, individuare tendenze uniformi che possano guidare gli ordinamenti verso l'una o l'altra direzione.

Probabilmente, una determinazione forte della Corte di Giustizia o, ancor di più, del legislatore europeo potrebbe fare chiarezza in un settore, quello del risarcimento dei danni che, al di là delle ricadute di stretta competenza europea in materia *antitrust*, necessita di un ripensamento comune rispetto al quale, tuttavia, probabilmente i tempi non sono ancora maturi.

455 Busnelli F. D., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, *Danno e Resp.*, 2014, 5, p. 465.

456 Il tema è, in particolare, affrontato da Banakas S., *European Tort Law in the new millennium: reflections on Dover beach*, *Liber Amicorum* per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 305 e ss.

Conclusioni

Nel corso degli ultimi anni si è riscontrato sempre maggiore interesse per le pene private, istituto dalla complessa storia e di difficile definizione che ancora oggi incontra radicali diffidenze, non mancando chi ne nega perfino l'ammissibilità nei moderni ordinamenti giuridici.

Le pene private sono misure di difficile lettura, strumenti ibridi, riconducibili in parte al diritto penale e in parte al diritto civile: al primo per lo scopo, al secondo per gli effetti⁴⁵⁷.

Esse, soprattutto quando si presentano *sub specie* di misure risarcitorie ultracompensative, sono vicine al (e possono confondersi con il) risarcimento del danno, ma da esso si distinguono, in particolare per quanto riguarda le finalità.

Le pene private mirano a sanzionare il soggetto che a qualunque titolo abbia determinato un danno nei confronti di un altro soggetto (sia esso controparte contrattuale o *quisque de populo*), facendo sì che il punito (prevenzione speciale), così come l'intera collettività (prevenzione generale), non ponga più in essere comportamenti dannosi, riprovevoli e spesso lesivi di beni giuridici costituzionalmente garantiti.

La possibilità di ammettere tali misure non va sottovalutata, posto che la loro mancanza determina preoccupanti vuoti nell'ordinamento, che aprono la via a comportamenti predatori che, seppur vantaggiosi per il danneggiante, possono costituire una seria voce di danno per la collettività.

Il riferimento è a tutte quelle fattispecie che consentono di lucrare dal proprio comportamento scorretto (se non illecito): si pensi all'inadempimento efficiente in campo contrattuale o all'abusivo sfruttamento dell'immagine nel diverso settore della responsabilità civile.

A fronte di simili comportamenti l'ordinamento deve necessariamente interrogarsi su chi tutelare,

⁴⁵⁷ Trimarchi P., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 123 e ss.; Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 277. Lo stesso A., in *Pena Privata e Danno non Patrimoniale*, in AA. VV., *Le Pene private*, Milano, 1985, p. 302 afferma che condivide l'impostazione di coloro che tratteggiano la responsabilità civile come istituto che presenta due aspetti inscindibilmente connessi, vale a dire il tendere da un lato alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato e, dall'altro, al costruire una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato.

come e a quali costi. Probabilmente, la scelta di difendere le ragioni della produzione favorendo, attraverso misure meramente riparatorie, tali comportamenti predatori determina il rischio, forse mai del tutto considerato, di una maggiore insicurezza sociale e, nei fatti, di un'assenza di giustizia. Non può ritenersi giusto, infatti, un sistema di responsabilità civile che tuteli il danneggiante e non il danneggiato.

Si diceva che le misure nelle misure sanzionatorie ultracompensoative convivono due anime, una penale (quanto alle finalità) e una civile (quanto alle modalità di realizzazione delle finalità). Tale situazione non deve, tuttavia, determinare l'errata inferenza della necessità dei presidi del diritto penale per tali misure che, quanto alla disciplina, vanno comunque *in toto* ricondotte al diritto civile.

Il discorso sulle misure ultracompensoative diviene più concreto se si guarda agli esempi forniti dal diritto dei contratti. Diverse norme consentono alla libera determinazione dei privati di prevedere vere e proprie sanzioni volte a punire la violazione di un'obbligazione contrattuale; tra queste, come si è visto, la più rilevante è la clausola penale.

Con la clausola penale le parti determinano le conseguenze dell'inadempimento contrattuale – e della conseguente responsabilità – ricorrendo a una misura flessibile, in grado di modularsi secondo le forme più consone al soddisfacimento del loro reciproco interesse.

La clausola penale, pur essendo la più nota ipotesi di misure anche punitive poste a tutela dell'adempimento, non è certamente l'unica. In tale ambito, non possono non menzionarsi gli interessi moratori, che presentano elementi di vicinanza così evidenti con la clausola penale da essere spesso associati a quest'ultima.

La possibilità di ricorrere a pene private di natura contrattuale (*sub specie* di misure pecuniarie ultracompensoative) può essere vista con favore. Mediante il ricorso a simili strumenti le parti possono regolare come ritengono più conveniente le conseguenze dell'inadempimento, anche per quanto riguarda il risarcimento degli eventuali danni.

Può anzi sostenersi che gli strumenti ultracompensativi contrattuali, se correttamente utilizzati, sono espressione di un sistema evoluto, in cui l'autonomia negoziale trova la sua piena esplicazione, anche attraverso la scelta di sanzionare eventuali inadempimenti di una delle parti⁴⁵⁸.

Siffatte misure non dovrebbero, quindi, essere scoraggiate dall'ordinamento in quanto costituiscono un agile strumento di circolazione della ricchezza, in grado di prevenire comportamenti opportunistici da parte di uno dei soggetti obbligati nel rapporto contrattuale.

Se nella responsabilità contrattuale sono pacificamente ammessi (o quantomeno facilmente ammissibili) strumenti riconducibili alle pene private, ben più complesso è il discorso nel campo della responsabilità extracontrattuale, improntata a una rigida – quando non dogmatica – applicazione del principio di integrale riparazione del danno.

Si è visto come negli ultimi decenni parte della dottrina abbia speso le proprie energie perché sia riconosciuta la presenza di molteplici funzioni – e tra queste anche quella sanzionatoria – nella responsabilità civile⁴⁵⁹. Il riconoscimento di tali funzioni comporta la necessità di valutare l'applicabilità di misure sinora ai margini del diritto della responsabilità civile, perché ritenute retaggio di ordinamenti primitivi quali, in particolare, i danni punitivi.

I *punitive damages* sono una sanzione civile che, associata al risarcimento del danno, colpisce il danneggiante per punire la sua condotta riprovevole.

Come si è visto, il diritto della responsabilità civile conosce alcune misure che presentano, unitamente al carattere del risarcimento del danno, una spiccata funzione sanzionatoria.

Esse sono spesso irrogate a tutela di beni di primario rilievo, per evitare che siffatti beni possano ridursi a un "*puro valore contabile*"⁴⁶⁰, da inserire, al pari di altri, tra i dati relativi ai costi e ai benefici di determinate attività. L'applicazione di forme sovracompensative di danno, in quest'ottica, può contribuire a tutelare valori considerati superiori, con una funzione per certi versi

458 In tal senso, Zoppini A., *La pena contrattuale*, cit., p. 229 e ss..

459 Cfr. al riguardo Ponzanelli G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, cit., p. 1415.

460 Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 168.

"moralizzatrice" del mercato.

Non è solo a tutela di beni considerati superiori che le misure ultracompensoative possono trovare applicazione: ben noto è il caso del risarcimento dei danni non patrimoniali⁴⁶¹, dei danni di difficile quantificazione, dei danni dai quali deriva un arricchimento del danneggiante.

L'applicazione di misure ultracompensoative si dimostra, poi, particolarmente utile nel caso in cui i danni siano conseguenza di esternalità di determinate attività (è il caso della responsabilità del produttore o della responsabilità per danno ambientale). È stato osservato che la pena privata può costituire un eccellente strumento di politica del diritto anche sul terreno della protezione degli interessi diffusi o collettivi⁴⁶².

Pur vivendo una fase più favorevole di altre all'ammissibilità di forme di risarcimento ultracompensoative, non mancano le perplessità connesse a una loro generalizzata applicazione.

Innanzitutto, si discute se sono ammissibili misure che, sotto il profilo economico, sono forse anche più incisive di certe sanzioni penali, con le quali tuttavia non condividono i principi.

Da questo punto di vista, la previsione anche indiretta di *caps* può costituire un limite all'applicazione incontrollata di danni ultracompensoativi, così come la restrizione della platea dei soggetti all'uopo legittimati può consentire di tutelare la collettività senza il rischio di eccessive locupletazioni e di una indesiderata "*tort lottery*" nel diritto italiano.

L'idea della necessità di strumenti ultracompensoativi prende le mosse dalla constatazione dell'insufficienza delle misure meramente risarcitorie, non in grado di riparare, nel suo complesso, il danno cagionato.

Ciò per un duplice ordine di ragioni: o il danno che si determina è, singolarmente inteso, poco

461 Che, pur posti anche a tutela di beni di primario rilievo, possono anche proteggere beni di importanza meno spiccata. Al riguardo, la nota vicenda del danno esistenziale e delle diverse forme da esso assunte nella giurisprudenza precedente alle sentenze del 2003 e del 2008, è piuttosto significativa.

462 Cendon P., *Responsabilità civile e pena privata*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 296. Ponzanelli G., in *La responsabilità civile e la predita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, cit., rivendica il ruolo della responsabilità civile nel tentativo di coniugare giustizia ed efficienza economica.

rilevante ma – nel suo complesso – odioso o, viceversa, il danno è di grande rilievo ma è difficile individuare il danneggiato (si pensi al caso del danno ambientale). In tutti questi casi gli elementi deterrenti che connotano la responsabilità civile (e che, ancor di più connotano misure ultracompensoative quali i *punitive damages*) consentono di superare le difficoltà che la pedissequa applicazione del principio dell'integrale riparazione potrebbe determinare.

La riflessione sull'applicabilità di misure risarcitorie sovracompensoative, ancora, deve tenere in considerazione anche la necessità di misurarsi adeguatamente con l'elemento soggettivo, superando il dogma dell'equivalenza tra dolo e colpa nella responsabilità civile.

È stato dimostrato come in particolari ipotesi sia stato lo stesso legislatore (e, talora, la giurisprudenza) a considerare, quale elemento utile alla determinazione del *quantum debeatur*, la gravità del fatto o la stessa presenza di un atteggiamento subiettivo di dolo o da colpa grave⁴⁶³.

Quando ciò avviene si incide sul contenuto dell'obbligazione risarcitoria che, si è sempre sostenuto, non dovrebbe – né potrebbe – mutare relazione al comportamento del danneggiante. Se ciò, già oggi e nei fatti, non avviene, si rende necessario riflettere su quali margini ci siano per una più approfondita riflessione sul suo contenuto.

Questa riflessione può aprire la via anche all'applicazione di misure di carattere punitivo a fronte di comportamenti dolosi.

Posto che il dolo è tradizionalmente il campo di elezione dei danni punitivi, occorre chiedersi se la relazione tra *malice* e *punitive damages* sia necessaria e sufficiente o se il campo di applicazione dei danni punitivi possa anche superare il dolo.

L'analisi di ordinamenti più propensi a riconoscere risarcimenti ultracompensoativi farebbe pensare che ci siano margini, quantomeno, per ammettere il risarcimento del danno anche in ipotesi di colpa

⁴⁶³ Ciò è avvenuto, in particolare, nel settore del danno non patrimoniale. Esempio è, in questo caso, il richiamo a danni *in re ipsa*, presenti soprattutto in correlazione a comportamenti dolosi (con ciò differenziando il trattamento tra illeciti dolosi e illeciti colposi). Resta comunque importante distinguere, nei danni non patrimoniali, i casi in cui il loro risarcimento abbia un carattere puramente compensativo, come nel caso del danno biologico, dalle altre ipotesi, in cui prevalgono gli aspetti soddisfattivi e, in ultima analisi, punitivi.

grave⁴⁶⁴.

Probabilmente, considerata la finalità preventiva e punitiva che connota le misure in discussione, è difficile ammettere tali danni oltre i casi di dolo e colpa grave. Ciò, innanzitutto, per una ragione di ordine economico.

L'estensione incontrollata di misure ultracompensoative comporterebbe, proprio per la deterrenza che ne permea la *ratio*, la tendenza da parte dei potenziali danneggianti, ad applicare misure preventive così spinte da rendere antieconomiche determinate attività che presentano, in sé, un elemento di rischio⁴⁶⁵.

Oltre alle necessarie valutazioni sull'elemento soggettivo, deve anche considerarsi che l'applicazione di misure ultracompensoative dovrebbe tenere in considerazione elementi normalmente estranei alla determinazione dell'obbligazione risarcitoria, quali la gravità del danno o le condizioni economiche del reo.

Tali parametri talora sono espressamente definiti dalla legge (ciò avviene, ad esempio, nel caso del risarcimento del c.d. danno ambientale); in altri casi sono determinati dal giudice, apparentemente in assenza di una norma espressa in tal senso (ciò avviene spesso nelle diverse ipotesi di danno non patrimoniale). A ben vedere, anche in casi come questo vi è un supporto normativo, rinvenibile nello stesso codice civile, costituito dalla valutazione equitativa di cui all'art. 1226, valutazione che potrebbe anche essere informata anche alle condizioni economiche del danneggiante⁴⁶⁶. È stato,

464 A tacer d'altro, può ricordarsi la *reckless* nell'ordinamento americano.

465 Si pensi all'applicazione di misure punitive nel caso degli incidenti stradali causati da mera colpa di uno dei conducenti. La conseguenza di tali misure sarebbe quella di disincentivare la guida dei mezzi privati in quanto i premi delle assicurazioni aumenterebbero significativamente. Ora, se questa soluzione può a prima vista sembrare auspicabile in un Paese, come l'Italia, in cui il numero di automobili per cittadino è quasi intollerabile, essa diviene meno affascinante se si considerano le conseguenze di un significativo aumento dei premi assicurativi nei confronti della collettività. I cittadini, infatti, dovrebbero sostenere elevati costi per gli spostamenti con i mezzi pubblici che, per far fronte all'aumento dei premi assicurativi, non potrebbero far altro che aumentare le tariffe. Si determinerebbe quindi un aumento del costo della vita, determinato dalla traslazione del maggior costo degli spostamenti su strada sostenuti dai trasportatori dei beni consumati.

466 In tal senso, Bonilini G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., p. 316, Monateri P.G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 336. *Contra* Busnelli F. D., Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, cit., p. 933, secondo il quale "ha il sapore dell'alchimia, piuttosto che il senso della dialettica, il tentativo di superamento fondato sul combinato disposto degli artt. 1223, 1226 e 2056, c.c., e sull'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del fatto concreto". Lo stesso A., nel medesimo articolo, p. 935, afferma tuttavia che

anzi, sostenuto che tale norma assolva a una delle funzioni dei danni punitivi, quella di compensare la parte nelle ipotesi in cui non sia raggiunta con certezza la prova del danno o non si riesca a qualificarlo⁴⁶⁷.

Chi non condivide tale impostazione ma, al contempo, riconosce l'importanza di superare le "colonne d'Ercole" della mera compensazione, non ha altra scelta che individuare ipotesi in cui si verificano fatti illeciti (che, ai sensi dell'art. 1173, c.c., sono fonte di obbligazione) che non coincidono con quelli disciplinati dagli artt. 2043 – 2059, c.c., caratterizzati da uno speciale elemento soggettivo⁴⁶⁸. Una simile impostazione risulta però difficilmente condivisibile, posto che determinerebbe il rischio di non individuare compiutamente l'importo dell'obbligazione sanzionatoria perché o si agirebbe in totale assenza di regole o, applicando analogicamente le regole presenti (che tale impostazione affranca da ogni possibilità ultracompensativa), non si potrebbe che ammettere il carattere meramente risarcitorio di un'obbligazione inizialmente indicata come sanzionatoria.

Uno degli argomenti tradizionalmente utilizzati per contestare la possibilità stessa di ammettere misure ultracompensative è quello in base al quale l'applicazione delle stesse determinerebbe un ingiustificato arricchimento del danneggiato.

Tale tesi mostra tutti i suoi limiti da un duplice punto di vista. Da un lato, non tiene in considerazione la possibilità, oggi contemplata in diversi Stati americani – e anche in alcuni progetti europei di riforma del diritto delle obbligazioni – di individuare lo Stato quale beneficiario di tali danni. Dall'altro, è del tutto fuorviante in tutti quei casi in cui si potrebbe applicare la tecnica del *disgorgement*.

"trattandosi peraltro di provare, in estrema analisi gli effetti del dolor per adeguare ad esso la pecunia, il giudice dovrà fare largo uso dei suoi poteri di valutazione equitativa del danno (art. 1226, c.c.) tenendo conto delle "circostanze del caso" (art. 2056, c.c.); e potrà ricorrere, con la necessaria "prudenza" alle presunzioni "art. 2729, c.c.)".

467 Monateri P. G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 336 e ss.. *Contra* Benatti F., *Correggere e punire*, cit., p. 349. secondo la quale la funzione punitiva/deterrente caratteristica dei danni punitivi non può rientrare nella previsione dell'art. 1226, c.c..

468 Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 940.

Molto spesso, infatti, si teme così tanto un arricchimento del danneggiato da perdere di vista il motivo per il quale tale arricchimento potrebbe determinarsi, ovvero fatto il illecito che ha, a sua volta, arricchito il danneggiante⁴⁶⁹. Quest'ultimo, in presenza di un'applicazione dogmatica del principio dell'integrale riparazione del danno, resterebbe comunque in una situazione migliore di quella in cui verteva prima del compimento del fatto illecito, con il totale fallimento di ogni connotazione sanzionatoria delle normali tecniche risarcitorie.

In un simile contesto il danneggiante potrebbe superare agilmente, mediante il compimento di un illecito, il rifiuto di trattare della controparte che, una volta divenuta soggetto danneggiato, non potrebbe che chiedere il valore cd. oggettivo o di mercato del proprio bene e non il *quantum* che avrebbe diversamente richiesto se fosse stata libera di trattare.

Si è consapevoli che l'applicazione del *disgorgement* comporta il rischio di tutelare maggiormente i soggetti che non si dimostano in grado di sfruttare economicamente determinati beni o che, quantomeno, si dimostrano meno efficienti di altri.

In casi come questo, tuttavia, occorre capire quali sono i termini della scelta.

Il *trade-off* che si determina è, a ben vedere, tra tutela del danneggiato e tutela (*rectius*, promozione) della libera iniziativa economica, peraltro sottoposta a specifica garanzia costituzionale.

La scelta che va fatta è, più che interpretativa, di tipo politico e, come ogni scelta politica, deve essere effettuata con la consapevolezza delle sue ricadute nel tessuto sociale. Probabilmente, una maggiore sicurezza sociale nella tutela dei propri diritti non dovrebbe essere un obiettivo da subordinare a una incontrollata circolazione della ricchezza mediante fatti illeciti.

In conclusione, dare uno statuto e una dignità giuridica alle pene private – *sub specie* di misure ultracompenso derivate da inadempimenti contrattuali per i quali le parti determinano una sanzione o da fatti illeciti particolarmente riprovevoli – potrebbe essere un passo importante verso

⁴⁶⁹ Sono molteplici i casi che possono ipotizzarsi. In questa sede sarà sufficiente richiamare la tutela della proprietà industriale, i casi di sfruttamento abusivo dell'altrui immagine e, più in generale, ogni caso in cui l'illecito sia caratterizzato da uno sfruttamento economico dell'altrui diritto.

l'introduzione di misure realmente deterrenti nel diritto civile, in grado di intercettare e prevenire comportamenti che, ancora oggi, sono sottoposti a una tutela penale che, alla prova dei fatti, si è mostrata il più delle volte eccessiva nella forma e insufficiente nella sua applicazione pratica.

È importante ricordare come la presenza, oggi più numerosa di quanto non fosse possibile riscontrare solamente una trentina di anni addietro, di ipotesi risarcitorie ultracompensative e con funzioni anche sanzionatorie non deve far dimenticare che è essenziale cercare un punto di equilibrio tra la cifra generale e singole fattispecie afflittive⁴⁷⁰.

Il discorso sulle pene private deve anche passare da un'analisi dei principi che dovrebbero guidare la materia.

Si è visto come sembra improbabile una riproposizione rigida del principio di legalità, così come è normalmente concepito nel diritto penale. In proposito, sarebbe forse preferibile una lettura più flessibile, che non risulti inutilmente limitativa nell'applicazione delle misure ultracompensative.

In ogni caso, si auspicherebbe una maggiore consapevolezza del legislatore in questo campo, mediante un deciso intervento sistematore della materia, che giunga a una tipizzazione esplicita dei fatti illeciti oggetto di punizione e indichi in quali termini vada quantificata l'obbligazione risarcitoria.

Solo così potrebbero garantirsi legalità e certezza in una misura sufficientemente compatibile con il nostro ordinamento civile.

470 In termini si pronunciava, Cendon P., *Responsabilità civile e pena privata*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 294. Secondo l'A., "l'approdo più rispettoso della complessità attuale dell'istituto, e della sua stessa storia, consiste proprio nel concepire il territorio della pena privata non già come un regno assoluto, bensì come una confederazione di sottoinsiemi distinti; l'accettazione, insomma, della pacifica coesistenza fra i vari gruppi di materiali che è possibile individuare, particolarmente, nell'ambito contrattuale, oppure in quello societario, o ancora nel diritto del lavoro, o invece nel campo della responsabilità civile, e via di seguito: senza la pretesa di assegnare lo scettro a un settore piuttosto che a un altro, e senza, al tempo stesso, l'illusione di riuscire a fondere tutti i frammenti che si incontrano entro uno stampo unitario e ben preciso". Più di recente, Vettori G., in *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, cit. p. 701, afferma che occorre trovare un equilibrato piano di intesa tra punizione e riparazione; una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe mera *petitio principis* e una riparazione che prescinde del tutto dalla punizione sarebbe anch'essa velleitaria e priva di senso.

Bibliografia

Abraham K. S e Jeffries Jr., *Punitive damages and rule of law: the role of defendant's wealth*, in *18 Journ. Of Legal Studies*, 1989, p. 415;

Achille D., *Ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie e danno (ovvero il danno da svalutazione monetaria secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 2, p. 215 e ss.;

Afferni G., *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, *Resp. Civ.*, prev., 2004, p. 870 e ss.;

Alpa G., *La responsabilità civile*, Milano, 1999;

Amar A. R., *Double Jeopardy Law Made Simple*, in 106, *Yale Law Journal*, 1997;

Amran D., *Misure risarcitorie e riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2008, 10, p. 964 e ss.;

Arnone G., Calcagno N., Monateri P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014;

Ascarelli T., *Le Obbligazioni pecuniarie*, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1959;

Astone F., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999;

Balena G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2009, p. 749 ss.;

Banakas S., *European Tort Law in the new millennium: reflections on Dover beach*, *Liber Amicorum* per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 305 e ss.;

Barcellona M., *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, Milano, 1971, p. 20;

Barcellona P., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008;

Barreca G., *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto della domanda*, in *Giur. Mer.*, 2011, p. 2704 ss.;

Basile M., *Le pene private nelle associazioni*, in Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 190 e ss.;

Bellantuono G., Iamicelli P., *Analisi economica del diritto*, 2005;

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 *Corriere Giur.* 2012, 2, p. 263 e ss.;

Bianca C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2002;

Bitetto A. L., *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione "punitiva"*, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 959 e ss.;

Boehmer G., *Grundlagen der Burgerlichen Rechtsordnung*, I, Tubingen, 1950;

Bolognini S., *La definizione giuridica di ambiente: una chimera?*, in *Dir. Giur. Amb.*, 2007, p. 273;

Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983;

Bonilini G., *Pena Privata e Danno non Patrimoniale*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 301 e ss.;

Bove M., *La misura compulsoria di cui all'art. 614-bis, c.p.c.*, disponibile online su www.judicium.it;

Broggini G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di 'punitive damages' con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 479 ss.;

Busnelli F. D., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 27 e ss.;

Bricola F., *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985;

Busnelli F. D., *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993;

Busnelli F. D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985, p. 3 e ss.;

Busnelli F. D., *In difesa della sentenza n. 184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in *Dir. Inf.*, 1987, p. 443 e ss.;

Busnelli F. D., *Voce Illecito Civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989;

Busnelli F. D., *La parabola della responsabilità vicile*, *Riv. Crit.*, 1988, 643 e ss.;

Busnelli F. D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, *Danno e Resp.*, 2003, p. 826 e ss.;

Busnelli F. D., *Deterrenza, responsabilità, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, p. 909 e ss.;

Busnelli F. D., *La liquidazione del danno alla persona nella R.C.A.*, Relazione al CNF del 2 novembre 2011;

Busnelli F. D., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, *Danno e Resp.*, 2014, 5, p. 461 e ss.;

Busnelli F. D., D'Alessandro E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96, c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, *Danno e Resp.*, 2012, 6, pp. 585 e ss.;

Busnelli F. D. - D'Alessandro E., *Lite temeraria e criteri di risarcimento del danno*, *Danno e Resp.*, 2012, 6, p. 661 e ss.;

Busnelli F. D. - Patti S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013;

Busnelli F. D., *Quale futuro per le categorie del diritto civile*, Riv. Dir. Civ., 2015, 1, p. 1001 e ss.;

Buzzelli D., *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in Rass. Dir. Civ., 1982, p. 21 e ss.;

Calabresi G. e Melamed D., *Property Rules, Liability Rules, Inalienability, a View of the Cathedral*, Harvard, 1972;

Calabresi G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975;

Calabresi G., *The complexity of Tort Law: The case of punitive damages*, cap. X, in *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005;

Cantarella E., *Norma e sanzione in Omero*, Milano, 1979;

Capponi B., *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011;

Carratta A., *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c.*, consultabile online su www.treccani.it;

Cataudella A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972;

Capponi B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, Giust. Civ., 1999, II, p. 157 e ss.;

Carnelutti F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930;

Carval S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parigi, 1995;

Castronovo C., «*Danno biologico*» senza miti, Riv. crit. dir. priv., 1988, p. 20 e ss.;

Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Eur. e dir. Priv., 2008, p. 345 ss.;

Castronovo C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;

Castronovo C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione*.

- Dal danno all'arricchimento*, Dir. Ind., 2003, p. 11 e ss.;
- Cendon P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976;
- Cendon P., *Pena privata e diffamazione*, Pol. Dir., 1979, p. 149 e ss.;
- Cendon P., *Responsabilità civile e pena privata*, Busnelli F. D. Scaffi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 293 e ss.;
- Cendon P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, Contr. Impr., 1988, p. 65 e ss.;
- Cendon P., Sapone N., *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, Nuova giur. Civ., 2014, 5, p. 247 e ss.;
- Cendon P., *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, Contr. e impr., 1989, p. 886 e ss.;
- Chabas F., *La pena privata in Francia*, Riv. Dir. Priv., 1999, p. 349 e ss.;
- Ciccarello S., *Indennità*, in Enc. Dir., XXI, 1971, p. 99 ss.;
- Chiné G., Zoppini A., *Manuale di Diritto Civile*, Roma, 2011;
- Comandé G., *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in Contr. e Impr., 1994, p. 913 e ss.;
- Consolo C., *Tutela risarcitoria di posizioni giuridiche schiettamente processuali?*, in Riv. dir. civ., 1991, II, 71 ss.;
- Conte G., *Il difficile equilibrio tra l'essere e l'avere: alcune considerazioni critiche sulla nuova configurazione del danno non patrimoniale*, Giur. it., 2009, p. 1030 e ss.;
- Cooter R., Mattei R., Monateri P. G., Pardolesi P., Ulen T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006;
- Craswell R., *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, in 97 (1999), Michigan Law Review, p. 2183 e ss.;
- Crespi Reghizzi Z., *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a*

punitive damages, in Riv. Dir. Int. Priv. e Proc., 2002, p. 977 e ss.;

D'Alessandro E., *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconsocimento in Italia*, Riv. Dir. Civ., 2007, p. 387 e ss.;

D'Angelo A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter, c.p.c., Familia*, 2006, p. 1031 e ss.;

Danovi F., *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, Il diritto di famiglia, in Tratt. Bonilini e Cattaneo, Torino 2007, p. 1108;

D'Avino S., *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, in Vita not., 1097, 1047 ss.;

De Cupis G., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946;

De Cupis A., *Fatti illeciti*, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1959;

De Cupis A., *Sul tema del danno e del risarcimento*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985, p. 323 e ss.;

De Cupis A., *Sulla <<depatrimonializzazione>> del diritto privato*, in Riv. dir. civ., 1982, II, p. 482 e ss.;

De Cupis G., *Commenti a prima lettura. La sentenza della Corte Costituzionale n. 184/86 sul danno non patrimoniale*, Dir. Inf., 1986, III, p. 736 e ss.;

De Cupis A., *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?*, in RDC, 1988, II, p. 401 e ss.;

De Luca, *La clausola penale*, Milano, 1998;

De Marzo G., *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007;

Demogue R., *Validity of the Theory of Compensatory Damages*, 27, Yale, L.J., 585, 1918;

Demogue R., *Traité des obligations*, Paris, 1923-1933;

De Toma, *Considerazioni sulla risoluzione adottata dal consiglio d'Europa il 20 Gennaio 1978*, Rass. Parl., 1979, p. 320;

Di Bona De Sarzana L., *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 563 e ss.;

Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993;

Di Palma C., *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*, Corriere Giur., 2008, 6, 811 e ss.;

Dodge W. S., *The case for punitive damages in contract*, 48 Duke L.J., 1998, p. 629;

Donisi V. C., *Verso la <<depatrimonializzazione>> del diritto privato>>*, Rass. dir. civ., 1980, p. 644 e ss.;

Eisenberg V. T. & Al., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 Jour. Of Legal Studies, 1997, p. 623 e ss.;

Eisenberg V. T. & Al., *Juries, Judges and Punitive Damages: an Empirical Study*, 87 Cornell L. Rev., 2002, p. 743 e ss.;

European Group of Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Vienna-New York, 2005;

Facchiano A., *L'art. 1526 I cpv c.c. e la clausola penale*, in Giur. Cass. Civ., 1954, V, p. 595 e.ss.;

Facci G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004;

Fava P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, Corr. Giur., 2007, IV, p. 498 e ss.;

Favara, *Indennità e risarcimento del danno nell'accessione invertita*, in Riv. Giur., 1960, p. 753 e

ss.;

Ferrando G., *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/06*, in Fam. Pers. Succ., 2007, p. 590 e ss.;

Ferrando G. - Agnese A., *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007;

Ferri G. B., *L'autonomia privata*, Milano, 1959;

Ferri G. B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, n AA. VV., Le pene private, a cura di Busnelli-Scalfi, Milano, 1985, p. 131 e ss.;

Ferri G. B., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, Riv. Dir. Civ., 1990, I, p. 802 e ss.;

Fiandaca L., *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009;

Franklin M.A., *Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement*, 53 Va. L. Rev., 1967;

Franzoni M., *Il danno morale*, Contr. e impr., 1990, p. 331 e ss.;

Franzoni M., *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, Corr. Giur., 2003, p. 1031 e ss.;

Franzoni M., *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete*, Corr. Giur., 2004, p. 510 e ss.;

Franzoni M., *La clausola penale*, in AA. VV., *Diritto Civile*, diretto da Lipari N. e Rescigno P. III, II, 2009;

Fumo M., *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012;

Gabrielli E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in Rass. Dir. Civ., 1984, p. 913 e ss.;

Galgano F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, Commentario del Codice Civile a

cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1976;

Galgano F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, Contratto e Impresa, 1987, p. 531 e ss.;

Galgano F., *Regolamenti contrattuali e pene private*, Contr. e Impr., 2001, II, p. 513;

Galgano F., *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 2004;

Galgano F., *Trattato di diritto civile*, 2009;

Gallarati A., *La clausola penale: funzione deterrente e risarcitoria*, Giur. It., 2003, p. 403 e ss.;

Gallo P., *Arricchimento senza causa*, Riv. Dir. Civ., 1993, p. 677 e ss.;

Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996;

Gallo P., *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in Riv. Dir. Civ., 2004, II, p. 502 e ss.;

Gambaro A., *I problema del valore dei diritti*, Resp. Civ., 1988, p. 900 e ss.;

Garofoli R., *Manuale di Diritto Penale*, Roma, 2010;

Gerbo F., *Clausola penale e danno*, Riv. Dir. Civ., 1983, II, p. 206 e ss.;

Giannini M.S., *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, Riv. Trim. Dir. Pub., 1973, p. 15 e ss.;

Gioia M., *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili*, Milano, 1829;

Greco P., Cottino G., *Della vendita*, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1981;

Guastini R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993;

Holmes O.W.J., *The common Law*, Boston, 1880, disponibile online sul sito

<http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>;

Hugueney L., *L'idée de la peine privée en droit contemporain*, Parigi, 1904;

Iannarelli A., *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, *Danno e Resp.*, 1999, p. 601 e ss.;

Jhering R., *Lotta per il diritto*, tr. it., Bari, 1960;

Lourenço P. M. , *A indemnização Punitiva e Os Critérios Para A Sua Determinação*, disponibile online http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf;

Luminoso A., *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. e Impr.* 1989, p. 894 e ss.;

Luminoso A., *La compravendita*, Torino;

Maddalena, *Il danno allo ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, *RCDP*, 1987, p. 445 e ss.;

Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, I, 2011, Torino;

Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, IV, 2011, Torino;

Marini A., *Clausola penale*, *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988;

Marti C., *L'art. 129-bis cod. civ., nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 209 e ss.;

Mastropaolo F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Jovene, 1983;

Mattei U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, p. 603 e ss.;

Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985;

Mazzarese S., *Illecito contrattuale e patti sanzionatori*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi*

della civilistica contemporanea, Napoli, 2005;

Mazzarese S., *Clausola penale (art. 1382)*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1999;

Menger C., *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, 1871, la cui traduzione inglese è consultabile online sul sito http://mises.org/sites/default/files/Principles%20of%20Economics_5.pdf;

Messinetti D., voce *Danno giuridico*, Enc. Dir., I, Milano, 1997;

Messinetti D., *I principi generali dell'ordinamento. Il Pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2002, p. 13 e ss.;

Monateri A., *La responsabilità civile*, Torino, 1998;

Moscato E., *Voce Pena Privata (diritto privato)*, Enc. Dir., vol. XXXII, Milano, p. 770 ss.;

Moscato E., *Pena privata e autonomia privata*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985;

Moscato E., *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, Quadrimestre, 1991, p. 170 e ss.;

Navarretta E., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, Resp. Civ. E prev., 2001, p. 789 e ss.;

Mullis A. - Oliphant K., *Torts*, Palgrave-Mc Millan, 2011;

Navarretta E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, I danni non patrimoniali, Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione, Milano, 2004;

Navarretta E., *Riflessioni in argine all'ingiustizia del danno*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 617e ss.;

Nicita A., Pardolesi R., Rizzolli M., *Le opzioni nel mercato delle regole*, SIDE working papers, 2005;

Nocera I. L., *Risoluzione per inadempimento e riduzione ex officio della clausola penale nel*

leasing, Nuova Giur. Civ. Comm., 2009, p. 234 e ss.;

Pacchioni G., *Diritto Civile Italiano, Diritto delle Obbligazioni, vol. IV, Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940;

Padovani T., *Lectio Brevis sulla sanzione*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985, p. 55 e ss.;

Paradiso M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981;

Pardolesi P., *Liquidazione contrattuale del danno*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), Le pene private, Milano, 1985, p. 251 e ss.;

Pardolesi P., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, a cura di Mazzamuto S., Napoli, 1989, I, p. 522 e ss.;

Pardolesi, *Voce Disgorgement*, Enc. Giur., 2005;

Pardolesi P., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, Foro It., 2011, p. 3074 e ss.;

Pardolesi P., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, Corriere giur., 2012, p. 1072 e ss.;

Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984;

Patti S., *Voce Pena Privata*, Digesto, XIII, Torino, 1995;

Pedrazzi G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 651 e ss.;

Pellegrini G.M., *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, Giur. it., 1997, I, 1, p. 801 e ss.;

P. Perlingieri, <<Depatrimonializzazione>> e diritto civile, in *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989;

Petrelli P., *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997;

Picasso S., *Nuevas categorias de danos en la Ley de Defensa del Consumidor, Reforma a la ley de densa del consumidor*, Vazquez Ferreyra R. (dir.), Buenos Aires, 2008, p. 123 e ss.;

Piola G., *Voce Clausola Penale*, in Dig. it., VII, Torino, 1929;

Pizzoferrato A., *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, Contr. e Impr., 1999, p. 1047 e ss.;

Poletti D., *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 342 e ss.;

Polinsky M., *Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable and Rational? A comment on Eisenberg et al.*, in 26 *Journ of Legal Studies*, 1997, p. 663 e ss.;

Polinsky A. M. - Shavell S., *Punitive damages: an economic analysis*, in 111 (1998), *Harvard Law Review*, p. 870 e ss.;

Ponzanelli G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Riv. Dir. Civ., 1983, p. 486 e ss.;

Ponzanelli G., *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 389 e ss.;

Ponzanelli G., *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, Foro it., 1986, I, p. 2053 ss.;

Ponzanelli G., *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, Riv., dir., civ., II, 1987, p. 408;

Ponzanelli G., Pardolesi P., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, *Nuove Leggi Civili*, p. 501 e ss.;

Ponzanelli G., *Voce Pena Privata*, Enc. giur., vol. XXII, Roma, 1990;

Ponzanelli G., *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema USA*, Foro It., 1991, IV, p. 235 e ss.;

Ponzanelli G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992;

Ponzanelli G., *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema USA salva ancora i danni punitivi*, Foro It., 1994, IV, p. 92 e ss.;

Ponzanelli G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, Foro It., 1996, II, p. 421 e ss.;

Ponzanelli G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, Foro It., 1997, II, p. 395 e ss.;

Ponzanelli G., *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, Foro It., 2000, IV, p. 450 e ss.;

Ponzanelli G., *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, Danno e Resp., 2003, p. 962 e ss.;

Ponzanelli G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, Foro It., 2003, II, p. 356 e ss.;

Ponzanelli G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, Danno e Resp., 2004, p. 10 e ss.;

Ponzanelli G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in Bussani (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;

Ponzanelli G., *I danni punitivi*, Nuova giur. Civ. Comm., 2008, p. 27 e ss.;

Ponzanelli G., *La responsabilità civile e la predata di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 681 e ss.;

Ponzanelli G., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, Foro It., 2008, III, p. 179 e ss.;

Ponzanelli G., *Abusivo sfruttamento di immagine e danni punitivi*, Foro It., 2011, p. 540 e ss.;

Ponzanelli G., *Il problema delle duplicazioni: due sentenze della Cassazione*, Corr. Giur., 2011, 8, p. 1091 e ss.;

Ponzanelli G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, Danno e Resp., 2012, 6, p. 609 e ss.;

Ponzanelli G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, Resp. Civ. e Prev., 5, 2012, p. 1415 e ss.;

Ponzanelli G., *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Dir. e Fisc. Ass., 2, 2013, p. 149 e ss.;

Ponzanelli G., *Alcune considerazioni sulla decisione "Scarano"*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, p. 264 e ss.;

Ponzanelli G., *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, Danno e Resp., 2015, 1, p. 71 e ss.;

Porreca P., *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra ristoro e sanzione*, Foro It., 2010, I, p. 2242 e ss.;

Posner R.A., *Economic Analysis of law*, Boston, 1992;

Pozzi A., *Tutela istituzionale del socio espulso dall'associazione non riconosciuta*, Foro It., 1974, I, p. 1155 e ss.;

Priest G. L., *Francesco Busnelli and the development of modern tort law in the U.S., Italy and the European Community*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 437 e ss.;

Procida Mirabelli di Lauro A., *I "nuovi" danni e le funzioni della responsabilità civile*, Danno e Resp., 2003, p. 461 e ss.;

Procida Mirabelli di Lauro A., *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in Corr. Giur., 2003, p. 834 e ss.;

Procida Mirabelli di Lauro A., *Il danno ingiusto. Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile*, La responsabilità civile, a cura di Procida Mirabelli di Lauro e Feola M., Torino, 2008;

Proto Pisani A., *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in Foro It., 2009, V, p. 222 ss.;

Quadri E., *Le obbligazioni pecuniarie*, Tratt. Rescigno, IX, Torino, 1999;

Ravazzoni A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962;

Rescigno P., *L'autonomia dei privati*, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Modena, 1988;

Rescigno P., *Note minime attorno alla responsabilità civile*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 446 e ss.;

Ricciuto V., *La valutazione del danno alla reputazione e i criteri di determinazione del quantum nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Dir. Inf., 1988, p. 321 e ss.;

Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

Rodotà S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1984, p. 584 e ss.;

Romano S., *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, Perugia, 1929;

Romano M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in Foro it., 1990, IV, p. 174 e ss.;

Roppo V., *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 453 e ss.;

Rotondi G., *Dalla lex aquilia all'art. 1151 cc.*, in Riv. Dir. Comm. 1916, p. 942 e ss.;

Rubino D., *La compravendita*, Tratt. Dir. Civ. e Comm., diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962;

Sacco R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959;

Sacco R., De Nova G., *Il contratto*, II, Torino, 1993;

Salanitro U., *Il danno ambientale*, Roma, 2009;

Salvi C., *Risarcimento del danno extracontrattuale e "pena privata"*, Busnelli F. D. Scalfi G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985 p. 338 e ss.;

Saravalle A., *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, Riv. Dir. Int. Priv., 1993, p. 865 e ss.;

Scognamiglio C., *Il danno morale soggettivo*, Nuova Giur. Civ. Comm., 5, 2010, p. 237 e ss.;

Scognamiglio R., *Il danno morale*, Digesto, 1957;

Scognamiglio R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, Riv. Dir. Civ., 1957, p. 277 e ss.;

Scognamiglio R., *Indennità*, in Noviss. Dig. It., Torino, 1982;

Sebok A. J., *Deterrence or Disgorgement? Reading Ciruolo After Campbell*, 63 MD L. REV, 541, 2005, Symposium on Guido Calabresi's the cost of Accidents;

Sirena P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, Riv. Dir. Civ., 2008, p. 536 e ss.;

Spolidoro A., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982;

Starck B., *Essai d'une théorie generale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947;

Tardia I., *Clausole penali e patti parasociali tra tipicità della funzione sanzionatoria ed effettività della tutela*, Giureta, 2012, X, p. 485 e ss.;

Thon A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. Levi A.,

Padova, 1951;

Trimarchi P., *La clausola penale*, Milano, 1960;

Trimarchi P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962;

Trimarchi P., *Causalità e danno*, Milano, 1967;

Trimarchi P., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, II, p. 1147 e ss.;

Tunc. A., *La responsabilité civile*, Paris, 1989;

Urso E., *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO production Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services, LTD*, Riv. Dir. Civ., 1995, I, p. 81 e ss.;

Verri F., Cardone V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2007;

Vettori G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 691 e ss.;

Viney G., *La responsabilité*, Paris, 1982;

Viney G., *Le role de la Cour de Cassation dans l'edification du systeme francais de responsabilité civile*, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, p. 471 e ss.;

Viola L., *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a. dopo il nuovo codice del processo amministrativo*, Resp. civ., 2010, p. 806 e ss.;

Visintini G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, Rass. Dir. Civ., 1983, p. 1081 e ss.;

Visintini G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, Padova, 2009;

Von Savigny F. C., *Le Obligazioni*, II, Torino, 1915;

Zeno Zencovich V., *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, Resp. Civ. e Prev., 1983, p. 40 e ss.;

Zeno Zencovich V., *Onore e reputazione nel diritto civile*, Napoli, 1985;

Zeno Zencovich V., *Il danno alla reputazione: proposte per una uniforme liquidazione*, 1989, p. 829 e ss.;

Ziviz P., *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999;

Zoppini A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.