

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.dirittocivilecontemporaneo.com

Anno IV, numero I, gennaio/marzo 2017

La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)

Andrea Montanari

La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)

di Andrea Montanari

L'ordinanza in commento rimette alle Sezioni unite il compito di pronunciarsi sulla compatibilità con l'ordine pubblico del c.d. *punitive damages*. Quest'ultimo sintagma allude al risarcimento punitivo il quale ha di mira non già la compensazione del pregiudizio subito dal danneggiato, bensì la sanzione della condotta del danneggiante (PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008).

Ne consegue che il *quantum* risarcitorio non corrisponde alla perdita subita, ma viene caricato di una valenza ulteriore, punitiva per l'appunto, calibrata, per lo più, sulla riprovevolezza della condotta del danneggiante. Ciò può avvenire prevedendo l'incremento della posta di danno sia in ragione della gravità della condotta, maggiore se dolosa e minore se colposa, sia tramite la determinazione di un fattore moltiplicatore del danno risarcibile: ad es. il triplo del pregiudizio effettivamente provocato. Quest'ultima ipotesi individua una sorta di danno punitivo standardizzato [v. ad es. il c.d. *treble damages* previsto dal diritto *antitrust* statunitense e anche in materia di proprietà industriale. Al riguardo cfr. A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 157-160].

La necessità di stabilire della compatibilità del risarcimento punitivo con l'ordinamento italiano deriva dalla domanda, più volte avanzata, di dare esecuzione a pronunce straniere che contemplano la condanna al *punitive damages*. Com'è noto, già in passato la Corte di cassazione si era espressa in senso negativo sulla questione. In quell'occasione i giudici di legittimità hanno sancito l'estraneità della punizione, e più in generale della condotta del danneggiante, agli obiettivi del risarcimento del danno (Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss. con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi, no grazie*; in *Corriere giur.*, 2007, 4,

497 con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in *Europa dir. priv.*, 2007, con nota di SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*).

Di conseguenza, è risultata impossibile la delibazione della sentenza statunitense per contrarietà all'ordine pubblico (App. Trento, Sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno resp.*, 2009, 92 ss. con nota di PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, con nota di PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*).

Il contrasto con l'ordine pubblico costituisce il centro dell'indagine cui procedono i giudici dell'ordinanza che si commenta. Gli stessi individuano tale contrasto laddove il legislatore risulti impossibilitato a introdurre nell'ordinamento una norma analoga a quella straniera. Di conseguenza, la mancata delibazione della pronuncia straniera di condanna ai danni punitivi dovrebbe implicare l'attribuzione alle regole sul carattere compensativo del risarcimento di «un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento», sicché finanche il legislatore ordinario risulterebbe impossibilitato a derogarvi.

Secondo i giudici di legittimità un tale epilogo risulta, però, sconfessato dal fatto che l'ordinamento italiano conosce diverse ipotesi di risarcimento punitivo: l'art. 12 l. 47/1948 (c.d. legge sulla stampa); l'art. 96, co. 3, c.p.c.; l'art. 709 *ter* c.p.c.; gli artt. 158 l.633/1941 (l.a.) e 125 d.lgs. 30/2005 (c.p.i.); l'art. 187 *undecies* d.lgs. 58/1998 (TUF); gli artt. 3-5 d.lgs. 7/2016 e più in generale il danno non patrimoniale.

Di contro, l'argomentazione dei giudici di legittimità non risulta soddisfacente sotto diversi punti di vista (per una diversa lettura cfr. sin d'ora M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016) il concetto d'ordine

pubblico adottato; ii) gli esempi posti a conferma dell'assunta presenza nell'ordinamento italiano di ipotesi assimilabili al punitive damages.

Infatti, proprio tali esempi offrono, come si vedrà, la conferma *a contrario* del contrasto con l'ordine pubblico del risarcimento punitivo (Cfr. in senso contrario C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2016, 919; mostra segni di apertura sul punto anche L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017). I settori normativi menzionati dalla Corte di cassazione mostrano, infatti, le diverse tecniche mediante le quali il diritto organizza il sociale, dando «ordine alla rissa incomposta che ribolle in seno alla società» (GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 16). Tecniche rispetto alle quali il *punitive damages* risulta alieno.

L'ordine pubblico individua quell'assetto di regole tramite cui viene assicurato il funzionamento della società (cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 63), sicché con riferimento al tema che ci occupa occorre indagare la funzione che viene attribuita alla responsabilità civile. Com'è stato precisato, l'individuazione della funzione giuridica di un istituto dipende dai criteri utilizzati dal legislatore per selezionare il «tipo di rimedio prescelto per risolverne i problemi» (M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 6). Da questa prospettiva, occorre, allora, domandarsi se la responsabilità civile costituisca un sistema di reazione al puro illecito e contempi, pertanto, il risarcimento volto a sanzionare la condotta del danneggiante.

La risposta risulta di segno negativo e ciò per diverse ragioni.

La responsabilità civile, di natura sia contrattuale sia extracontrattuale, trova la sua fonte nel danno e il rimedio che l'ordinamento contempla come reazione allo stesso è il risarcimento. Di conseguenza, supera il limite segnato dal principio di non contraddizione disquisire di risarcimento senza riferirsi a un danno da risarcire oppure parlare di responsabilità senza postulare un danno del cui costo si debba stabilire chi ne debba rispondere. Questo rappresenta il frutto di quella che è stata definita la «secolarizzazione» della responsabilità civile, la quale prende

corpo nella «distanza da guadagnare tra danno civile e reato» (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 283 e, con riferimento al risarcimento punitivo, ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 326-342).

La responsabilità aquiliana non s'ingenera per reazione al mero fatto illecito e non prevede, quindi, il risarcimento come mezzo di contrasto alla condotta anti-giuridica. Quest'assunto trova riscontro, del resto, nella dottrina civilistica che a partire dalla metà del secolo scorso ha spiegato, in controtendenza con il pensiero tradizionale (cfr. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 11, 744; ID., *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 18, 20-22, 25, 67; PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 98 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979) l'istituto in esame, come un sistema di reazione al danno provocato (R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 17 ss.; PIRAINO, «*Ingiustizia del danno*» e anti-giuridicità, in *Europa dir. priv.*, 2005, 703 ss.).

Il giudizio d'inadempimento, che concerne la difformità della condotta rispetto al programma obbligatorio, ha come epilogo la condanna all'adempimento in natura o alla risoluzione e non già il risarcimento; il quale viene innescato dal danno che consegue all'inadempimento o alla risoluzione (MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 1 ss. e *passim*). Tale argomentazione non appare contraddetta, ma anzi risulta avvalorata, dalla rilevanza attribuita al dolo all'art. 1225 c.c.: lo stesso in caso d'inadempimento doloso estende la responsabilità al pregiudizio imprevedibile, sicché il dolo non muta la direzione del risarcimento il quale risulta comunque volto alla compensazione del danno. In questo senso, non sembra condivisibile l'opinione che ha rintracciato l'apertura al *punitive damages* muovendo dal dettato dell'art. 2056 c.c. che, in sede di responsabilità aquiliana,

abilita il giudice a valutare il lucro cessante «con equo apprezzamento delle circostanze del caso» (MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 834 ss.; ARNONE-CALCAGNO-MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, *passim*).

In quest'ottica, la disposizione in parola assegnerebbe al giudice il potere di quantificare il danno in base all'aggravante della condotta dolosa del danneggiante, approdando alla liquidazione del c.d. danno aggravato dalla condotta. In questo modo viene attribuita, però, al dolo e all'equità una funzione che essi non svolgono: ossia quella di trasformare il risarcimento da strumento di compensazione del pregiudizio subito a mezzo per sanzionare la condotta dolosa. La rilevanza assegnata al dolo opera, infatti, esclusivamente sull'asse danno-responsabilità-risarcimento o nel senso dello spostamento dal danneggiato al danneggiante del costo del pregiudizio imprevedibile o in quello dell'inefficacia del patto di esonero di responsabilità (art. 1229 c.c.).

Detto altrimenti: la condotta dolosa giustifica non già l'incremento del danno risarcibile, bensì l'estensione del medesimo, giacché ammette l'inclusione del costo del pregiudizio cui altrimenti il responsabile non sarebbe stato esposto (CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, 86). L'equità consiste in una forma di giudizio sganciata, sì, dal riferimento al diritto positivo, ma che in quest'ultimo trova il suo limite. Il giudizio equitativo prende corpo in un bilanciamento d'interessi che muove dal dato extrapositivo, nell'ipotesi in esame dalle «circostanze del caso» (art. 2056), per approdare a una decisione le cui conseguenze risultino desiderabili ed equilibrate, «sempre che venga preservata l'inviolabilità dell'ordinamento positivo» (PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 570). Di conseguenza, il giudizio secondo equità non può produrre la deroga alla funzione assegnata al risarcimento dall'art. 1223 c.c.

Tutto ciò permette di porre in evidenza la linea di confine tra la responsabilità civile e la responsabilità penale. La prima s'inserisce in un ordine, quello del diritto privato, che postula il libero agire dei consociati. In quest'ottica, la categoria

dell'illiceità viene agganciata all'atto negoziale: ossia al caso in cui il congegno ideato dai privati per regolare i propri interessi miri alla violazione di una norma imperativa, determinando la nullità dell'atto. Non riceve alcuna rilievo, di contro, l'illiceità sul fronte della tutela aquiliana il cui sistema come si è anticipato s'incentra sul danno provocato. L'ordine giuridico in cui viene collocata la responsabilità penale contempla, viceversa, un sistema di pene volte a sanzionare la violazione dell'obbligo di tenere un determinato congegno oppure la violazione del divieto di una specifica azione (PIRAINO, *«Ingiustizia del danno»*, cit., 710-711). Ne deriva la differenza del metodo scelto dal legislatore civile rispetto a quello penale per la descrizione delle fattispecie. Le fattispecie di responsabilità civile non sono analiticamente tipizzate e ciò esclude la possibilità di teorizzare la definizione di anti-giuridicità o illecito nel senso di difformità della condotta dell'agente rispetto a un modello normativo astratto (PIRAINO, *«Ingiustizia del danno»*, cit., 718-720). Il diritto penale è retto, al contrario, dal principio di legalità e dal correlato principio di tassatività, sicché contempla fattispecie analiticamente tipizzate le quali individuano degli illeciti di «modalità di lesione».

Tutto ciò costituisce il corollario del principio di libertà d'azione che regge l'ordinamento. Su questo fronte, va sottolineato il contrasto con la riserva di legge dell'ipotetica previsione che assegna al giudice la possibilità di emanare una condanna al risarcimento punitivo (CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 331). Il contrasto con l'art. 25, co. 2, Cost. deriverebbe dall'inesistenza di una legge che attribuisce siffatto potere al giudice e dall'indeterminatezza della pena che verrebbe irrogata, il che contrasta con il già richiamato principio di tassatività. A questa disposizione va aggiunto il richiamo, sul fronte più squisitamente civilistico, dell'art. 23 Cost. che contempla la riserva di legge per ogni «prestazione personale o patrimoniale».

Mentre dunque la responsabilità di diritto civile viene configurata come conseguenza del danno e il risarcimento come suo mezzo di tutela; la

responsabilità di diritto penale reagisce alla condotta illecita e opera tramite la pena e la sanzione.

L'introduzione del risarcimento punitivo risulterebbe in contrasto con l'ordine ora delineato per almeno due ragioni.

i) La responsabilità civile verrebbe trasformata da un sistema di reazione al danno in un sistema di repressione della condotta illecita. La conseguenza ulteriore sarebbe la deflagrazione dello spartiacque ordinamentale tra il diritto privato e il diritto pubblico.

ii) Il risarcimento del danno mirerebbe non già alla compensazione della perdita subita e del mancato guadagno provocati al danneggiato, bensì alla sanzione della condotta illecita del danneggiante. Ciò comporterebbe l'irricevibilità normativa del risarcimento, il quale risulta causalmente legato dall'art. 1223 c.c. al danno subito. Il risarcimento si trasformerebbe, quindi, in qualcos'altro o, nel tentativo di dargli una qualificazione giuridica di rango civilistico, in uno strumento di arricchimento *sine causa* del danneggiato. Quest'ultimo risulterebbe in contrasto, però, con il principio causalistico che informa il diritto privato e di cui proprio l'art. 1223 costituisce una conferma (CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 334).

Quanto detto non significa, si badi bene, che il diritto privato non conosce delle misure che prescindono dal danno e che mirano, per lo più, a sanzionare la condotta dei soggetti (cfr. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; ID., *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, 547 ss.; AA.VV., *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985. Con riferimento all'ordinanza in commento cfr. i rilievi sul punto di DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1656 ss.).

Tutt'al contrario, l'esistenza della sanzione civile avvalorava l'assunto ora formulato, giacché il suo sganciamento dal sistema della responsabilità conferma l'estraneità alla medesima dell'intento punitivo. Non appare giuridicamente corretto, quindi, addurre l'esistenza di misure sanzionatorie di diritto civile per invocare il riconoscimento del risarcimento punitivo, poiché, si ripete, tale misure segnano il

confine tra ciò che è risarcimento e ciò che, invece, risarcimento non è. A tale riguardo, non appare neppure condivisibile la soluzione della questione della compatibilità con l'ordine pubblico del *punitive damages*, postulandone l'assimilabilità alla sanzione civile e ciò muovendo da una concezione c.d. leggera dell'ordine pubblico (così invece NIVARRA, *Brevi considerazioni*, cit.). Il problema appare, infatti, un altro e s'incentra sul contrasto tra il *punitive damages* – che è risarcimento conseguente a un giudizio di responsabilità – e il nostro sistema di responsabilità civile.

In senso diverso sembra dirigersi l'ordinanza in commento. I giudici di legittimità tirano in ballo alcune fattispecie le quali non sembrano testimoniare l'esistenza del *punitive damages*, quanto piuttosto la tendenza a leggere il diritto civile come un ordine a senso unico, per così dire, in cui l'esigenza di tutela trova una sola risposta: il risarcimento. Viceversa, le ipotesi menzionate dall'ordinanza riflettono, come verrà precisato in seguito, un ordine che offre diversi mezzi di tutela alle differenti istanze emergenti dalla società.

Un punto di emersione del risarcimento punitivo viene rintracciato dai giudici di legittimità all'art. 12 l. 47/1948 (legge sulla stampa) il quale in caso di danno da diffamazione a mezzo stampa abilita il danneggiato a chiedere, oltre al risarcimento *ex art.* 185 c.p., una somma a titolo di riparazione, determinata in relazione «alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato». Ai delitti contro l'onore si riferisce anche il d.lgs. 7/2016 che ha abrogato il reato d'ingiuria, prevedendo al posto della pena della reclusione o della multa una sanzione pecuniaria da cento a ottomila Euro (artt. 1, 3-5 d.lgs. 7/2016).

L'equivalenza delle somme ora menzionate con il *punitive damages* non risulta, però, affatto convincente (così anche PONZANELLI, voce *Pena*, cit., 5, con riferimento alla legge sulla stampa). Sia l'art. 12 della legge sulla stampa sia l'art. 3 d.lgs. 7/2016 completano la reazione contro rispettivamente la diffamazione a

mezzo stampa e l'ingiuria, e in entrambe le ipotesi viene posta la distinzione tra la misura risarcitoria e quella che risarcitoria non è.

Con riferimento alla diffamazione la distinzione risulta chiara già sul piano letterale là dove la norma affianca il danno al «risarcimento» e la «riparazione» alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. Di conseguenza, appare più corretto qualificare la somma in questione come una sanzione che si aggiunge al risarcimento. Questa conclusione appare suffragata, peraltro, dal d.lgs. 7/2016 che, sempre con riferimento ai delitti contro l'onore, pone la medesima distinzione, ma in maniera più rigorosa dal punto di vista giuridico, accoppiando il risarcimento al danno e la sanzione alla gravità dell'offesa.

Un ulteriore caso di risarcimento punitivo viene rintracciato all'art. 96, co. 3, c.p.c. che assegna al giudice, quando pronuncia sulle spese, la possibilità di condannare, anche d'ufficio, «la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». La disposizione in parola è stata introdotta in forza della legge del 18 giugno 2009, n. 69 e va a completare la disciplina concernente l'esercizio della c.d. lite temeraria. Il primo comma del medesimo articolo contempla, infatti, la responsabilità per il danno provocato dalla parte che ha agito o resistito in giudizio in mala fede o con colpa grave.

L'individuazione nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. di un esempio della compatibilità del *punitive damages* con l'ordinamento italiano appare francamente come una fuga in avanti e ciò non tanto per l'estraneità al risarcimento della funzione punitiva, quanto piuttosto perché la norma non brilla certo per chiarezza, tant'è che il suo tenore letterale ha stimolato le diverse voci dottrinarie che si sono confrontate sul suo corretto inquadramento all'interno sia delle regole del diritto processuale e sia di quelle del diritto civile (PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, V, 2009, 221; CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2011, 814 ss.; DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *NGCC*, 2011, II, 55 ss.; BUSNELLI-D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.:*

responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?, in *Danno resp.*, 2012, 585 ss.; COVUCCI, *Deterrenza processuale e pena privata: il “nuovo” art. 96, terzo comma, c.p.c., in*, 523 ss.).

La disposizione in esame va necessariamente inserita nel quadro delle disposizioni concernenti le regole di condotta delle parti e dei loro difensori nel processo (cfr. al riguardo DALLA MASSARA, *Terzo comma*, cit., 55 ss.). A tale riguardo, occorre menzionare l'art. 88 c.p.c. che impone alle parti e ai loro difensori «di comportarsi in giudizio con lealtà e probità». La violazione di tale precetto innesca la possibile condanna alle spese che tale violazione ha causato alla controparte (art. 92, co. 1) e ciò a prescindere dalla soccombenza, la quale determina, invece, di regola l'obbligo di rimborso delle spese processuali alla parte vittoriosa (art. 91). In quest'ambito s'inserisce l'art. 96, il quale contempla, al primo comma, la disciplina della responsabilità per il danno provocato alla parte e, al terzo comma, la nuova misura in esame che assegna al giudice, anche d'ufficio, il potere di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata.

La questione risiede, sostanzialmente, sul se la nuova disposizione vada inserita nella logica della responsabilità di cui al primo comma oppure se si tratti di qualcosa di alieno alla stessa (cfr. sul punto DALLA MASSARA, *Terzo comma*, cit., 58 ss.; BUSNELLI-D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma*, cit., 591 ss., i quali optano per l'interpretazione nel primo senso, sebbene con conclusioni diverse). L'estraneità al danno della misura in esame la pone, in realtà, al di fuori dal raggio d'azione della responsabilità. La tentazione sarebbe, pertanto, quella di ricondurre la regola di cui all'art. 96, co. 3, c.p.c. alla violazione del precetto che impone alle parti e ai difensori di comportarsi secondo lealtà e probità. Questa conclusione troverebbe conferma, peraltro, nel riferimento alla pronuncia sulle spese presente nella norma in questione che inserisce la sulla lunghezza d'onda degli artt. 91-92 che regolano la sorte delle spese processuali, per l'appunto. In questo senso, se la violazione dell'art. 88 impone il pagamento delle spese causate

dalla stessa alla controparte, la medesima violazione potrebbe giustificare la condanna, anche d'ufficio, al pagamento della somma *ex art. 96, co. 3.*

E tuttavia questa conclusione potrebbe risultare poco accettabile, e ciò non tanto per ragioni sistematiche, quanto piuttosto perché la collocazione normativa della condanna in esame la pone in relazione della fattispecie contemplata al primo comma, sicché la condotta presa di mira dalla norma non consiste nella mera violazione del precetto *ex art. 88*, ma nell'aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave. L'obiettivo della novella di cui al terzo comma dell'art. 96 dovrebbe essere, quindi, quello di sanzionare la medesima condotta contemplata dall'art. 96 co. 1, c.p.c. a prescindere dall'aver provocato un pregiudizio alla controparte (cfr. in questo senso DALLA MASSARA, *Terzo comma*, cit., spec. 69 ss.).

Ma anche questa conclusione risulta poco convincente. La fattispecie di cui al primo comma concerne il rapporto orizzontale in cui s'impenna il giudizio di responsabilità attivato dalla parte che invoca di essere alleggerita del costo del danno subito perché riconducibile alla condotta gravemente colposa o dolosa della controparte. In questo senso, sembra davvero difficile attribuire alla coloritura gravemente colposa o dolosa di quella condotta il duplice ruolo di criterio d'imputazione, da un lato, e di presupposto per l'irrogazione del provvedimento sanzionatorio, dall'altro. L'art. 96, co. 3, contiene, inoltre, almeno due indici in contrasto con il giudizio ora richiamato: la possibilità della condanna anche d'ufficio da parte del giudice e la quantificazione della somma in via equitativa. Questi indici se letti dalla prospettiva del giudizio di responsabilità assumerebbero la fisionomia di una sorta di salvagente per la parte che non riesce a provare il pregiudizio subito. Un salvagente che non troverebbe neppure una possibile giustificazione in forza dell'art. 1226 c.c. che abilita, sì, il giudice alla valutazione equitativa del danno, ma non quando questo non è provato, bensì quando non è provata la sua quantificazione (nello stesso senso anche DALLA MASSARA, *Terzo comma*, cit., 62). Ancora, resterebbe la poca conciliabilità con il riferimento all'«in ogni caso, quando pronuncia sulle spese» di cui all'art. 96, co. 3.

Quanto detto conduce alle seguenti conclusioni.

La prospettiva preferibile da cui leggere il terzo comma dell'art. 96 risulta quella, processualistica, della tutela del corretto uso dello strumento processuale e non già quella, privatistica, della responsabilità per il danno provocato. E la spia della correttezza di questa conclusione si rinviene sia dal riferimento alla pronuncia sulle spese sia nell'abilitazione alla condanna anche d'ufficio.

Il primo riferimento inserisce l'art. 96, co. 3, nel cono d'ombra degli artt. artt. 88-92 c.p.c. da cui discende la presa in considerazione della condotta processuale scorretta della parte per addossarle le spese che tale scorrettezza ha cagionato alla controparte. La coniugazione di tale regola con la novella dell'art. 96 abilita il giudice, o su istanza di parte o d'ufficio, alla condanna al pagamento di una somma ulteriore a titolo meramente sanzionatorio in favore della controparte (*contra* DALLA MASSARA, *Terzo comma*, cit., 72).

La possibilità di esperire tale condanna anche d'ufficio testimonia, per un verso, l'estraneità – più volte segnalata – del provvedimento di cui al terzo comma dell'art. 96 dalla dimensione del conflitto aquiliano contemplato dal primo comma e, per altro verso, l'interesse al corretto uso dello strumento processuale protetto dalla norma.

È la centralità di quest'ultimo a motivare, in altri termini, i riferimenti sopra menzionati. Ed è la centralità di quell'interesse ad allontanare la regola in esame dalla prospettiva del giudizio di responsabilità: questo s'incentra sul danno provocato alla parte e mira a decidere se il costo dello stesso debba rimanere su questa o possa essere accollato a un'altra che diviene responsabile, per l'appunto. La condotta processuale rimane sullo sfondo e assume rilievo normativo per l'imputabilità del costo del danno e non già per stabilirne la sanzionabilità. Come si è anticipato, appare, quindi, poco rigoroso attribuire a quella condotta l'ulteriore rilevanza giuridica di presupposto per l'emanazione del provvedimento di cui al terzo comma.

La soluzione che si prospetta sembrerebbe anche allontanare l'ipotetica aporia sottesa al fatto che, nonostante l'interesse protetto è quello al corretto andamento del processo, il destinatario della condanna è la parte processuale e non già lo Stato. Sul punto, è nota, infatti, la critica alla lettura in chiave pubblicistica del processo civile (SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, 10, 126) volta a evidenziare l'essenza del processo civile come strumento in mano dei privati per la tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive. Assunto che prende corpo nel principio dispositivo che assegna alla parte l'esercizio dell'azione, l'onere di proporre una domanda e, per converso, il dovere del giudice di pronunciarsi esclusivamente su di essa, ad eccezione delle questioni rilevabili d'ufficio. Di conseguenza, che l'uso scorretto del processo possa determinare una sanzione pecuniaria a favore della parte vincitrice non appare un'eresia.

Sempre all'interno del Codice di procedura civile si rinviene un altro riferimento che, secondo l'ordinanza che si commenta, abilita il giudice ad emettere «pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive». L'articolo in questione è il 709 *ter*, co. 2, introdotto nell'ambito della normativa sull'affidamento condiviso dei figli in caso di separazione tra i coniugi, che assegna al giudice, in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque cagionino un pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, la possibilità di «modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende».

Con riferimento al tema che ci occupa la norma in esame aggancia il risarcimento in favore del genitore e del figlio al danno provocato a quest'ultimo dalle gravi inadempienze dell'altro genitore concernenti le modalità di esecuzione dell'affidamento condiviso. La doppia finalità del rimedio risarcitorio corrisponde

al duplice impatto del pregiudizio che si dipana dalla violazione degli obblighi concernenti l'affidamento del figlio minore. Questa peculiarità riconduce questo risarcimento a una delle ipotesi che un noto autore ha qualificato come casi di *punitive damages*: in quest'ottica il risarcimento assumerebbe carattere punitivo laddove il suo ammontare includa l'intera massa di pregiudizi scaturenti da una medesima fonte (cfr. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 333 ss.). Di contro, com'è stato rilevato, il fatto che vi siano più danneggiati a seguito della medesima violazione non sembra necessariamente incompatibile con la funzione compensativa assegnata al risarcimento (cfr. in questo senso CASTRONOVO, *Del non risarcibile*, cit., 335-336). Nella fattispecie in esame la violazione dell'obbligo familiare coinvolge e danneggia, infatti, anche l'altro coniuge, giacché l'affidamento condiviso impone di tenere separate l'impossibilità di proseguire la relazione coniugale dalla relazione genitoriale che si sostanzia nella cooperazione per rispondere alle esigenze dei figli. Cooperazione che l'art. 147 c.c. include tra gli obblighi coniugali in linea con il principio di solidarietà che regge la relazione familiare. L'art. 709 *ter* c.p.c. offre, in altri termini, la conferma che lo scioglimento del legame coniugale non spezza il rapporto di genitorialità e l'obbligo di cura dell'interesse dei figli. «Il riconoscimento di un risarcimento del danno a doppio sbocco, verso l'altro genitore e verso i figli, sembra valorizzare questa prospettiva di limitata sopravvivenza della coppia a beneficio dei figli» (NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 954).

Diversamente, la somma ulteriore, di misura pari al minimo di 75 Euro, viene qualificata come sanzione amministrativa pecuniaria in favore dello Stato, il che la pone su un piano diverso rispetto a quello risarcitorio. Com'è stato sottolineato, la sanzione in parola costituisce l'indice del valore sociale degli obblighi familiari concernenti l'affidamento del minore il che la pone a stretto ridosso non già

dell'interesse privato dell'altro genitore e del figlio, bensì dell'interesse pubblico (Cfr. in questo senso NICOLUSSI, *Obblighi familiari*, cit., 953-954. *Contra* CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, 572, che parla di *punitive damages*).

Ancora una volta il legislatore appare, pertanto, rispettoso della distinzione tra la misura risarcitoria a tutela dell'interesse privato e quella sanzionatoria a salvaguardia dell'interesse pubblico.

Il richiamo delle regole sulla tutela della proprietà intellettuale e industriale da parte dell'ordinanza in commento invece di suffragare l'esistenza di un'improbabile ipotesi di risarcimento punitivo, evidenzia i differenti mezzi di tutela messi in campo dall'ordinamento per dare soluzione a differenti tipi di conflitti. L'art. 158, co. 2 ult. parte, l.a. prevede in caso di violazione del diritto d'autore che «Il giudice può [...] liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto». L'art. 125 del Codice Proprietà Industriale qualifica l'utile percepito dall'autore della violazione, al secondo comma, come indice per la quantificazione del lucro cessante liquidabile al titolare della privativa e, al terzo comma, come posta di restituzione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui eccede tale risarcimento.

Gli utili conseguiti dall'autore della violazione non costituiscono, in realtà, né una perdita, né un mancato guadagno subito dal titolare del diritto violato e non consistono, quindi, in una posta di danno risarcibile *ex art.* 1223 c.c. Essi costituiscono, infatti, il risultato dello sfruttamento economico del diritto di proprietà intellettuale che nell'ipotesi contemplate dagli artt. 158, co. 2, l.a. e 125, co. 2, c.p.i. viene esercitato da un soggetto privo del relativo potere. Ciò che viene in evidenza risulta, in altri termini, non già un pregiudizio, che innesca il giudizio di responsabilità volto a stabilire – come si è più volte rilevato – la sfera giuridica di colui che deve sopportarne le conseguenze economiche negative, bensì uno spostamento ingiustificato di ricchezza correlato alla violazione del potere di

disposizione che la legge attribuisce in via esclusiva al proprietario (art. 832 c.c.). Gli utili, qualora fossero stati percepiti dal titolare del diritto d'autore o del diritto di proprietà industriale, avrebbero trovato il loro supporto causale in quella titolarità. Viceversa, laddove questi utili vengano incamerati tramite lo sfruttamento economico illecito della privativa, risulta integrata la fattispecie dell'arricchimento senza causa inteso quale mezzo per recuperare i proventi derivati dall'esercizio dello sfruttamento di una situazione di appartenenza di altri (NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 1003 ss, 1017; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., spec. 633 ss.; PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 144 ss.; DI MAJO, *La tutela civile*, cit.; NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 39 ss.; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 55 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., 331).

La questione ora esaminata permette di svolgere qualche considerazione ulteriore sulle funzioni primarie assegnate dall'ordinamento alle restituzioni e alla responsabilità. La materia della proprietà intellettuale e industriale apre alla possibile istaurazione di conflitti che muovono dalla lesione del diritto e azionano regole differenti in ragione delle diverse conseguenze propagate da tale lesione. Laddove la violazione della regola attributiva del diritto sul bene immateriale sfocia nell'appropriazione della ricchezza spettante al titolare, a quest'ultimo l'ordinamento assegna la tutela reintegratoria del diritto leso volta a fargli recuperare ciò che gli spetta. La modulazione del rimedio restitutorio poggia, poi, sugli indici della buona/mala fede di colui che si è appropriato dei proventi connessi allo sfruttamento del bene di proprietà altrui, e del fattore prevalente nella produzione dell'utile. Diversamente, quando la violazione tale regola origina un pregiudizio alla sfera giuridica del titolare del diritto, ciò innesca il giudizio teso a stabilire se il costo di tale pregiudizio deve restare su colui che l'ha subito oppure

possa essere accollato a un altro soggetto che diviene, pertanto, responsabile. La sequenza danno-responsabilità-risarcimento innesca l'operatività di ulteriori elementi: l'imputazione della condotta e l'evitabilità del danno.

Tutto ciò rivela, dunque, la presenza di un ordine giuridico predisposto per offrire tutela alle diverse esigenze emergenti dalla lesione del diritto della proprietà intellettuale e industriale che riflette, a sua volta, la funzione primaria assegnata ai diversi mezzi di tutela.

Al danno da reato si lega l'art. 187 *undecies* TUF etichettato dall'ordinanza in commento quale fattispecie che dà luogo al risarcimento punitivo. La disposizione in parola è stata introdotta in attuazione della dir. 2003/6/CE che ha novellato il TUF inserendo il Titolo I *bis* e che mira alla tutela dell'integrità del mercato finanziario, favorendo la fiducia degli investitori (cfr. AA.VV., *La disciplina degli abusi di mercato*, a cura di PEDERZINI, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 973 ss.). La normativa in esame concerne l'abuso d'informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato le quali vengono sanzionate mediante la pena della reclusione o la multa, se il fatto commesso costituisce reato (rispettivamente artt. 184 e 185 TUF), e con una sanzione pecuniaria nei casi in cui la condotta integra i soli requisiti dell'illecito amministrativo (rispettivamente artt. 187 *bis* e 187 *ter* TUF). Sul fronte procedurale, la CONSOB risulta abilitata alla repressione delle condotte sopra menzionate e a tal fine gode di ampi poteri tra cui quello di richiedere informazioni, di audizione del personale, di perquisizione e d'ispezione (art. 187 *octies*). L'art. 187 *undecies* viene contemplato all'interno del Capo V, che reca la disciplina concernente i rapporti tra la CONSOB e la magistratura nel caso in cui l'abuso d'informazioni privilegiate o la manipolazione del mercato integrino le fattispecie di reato. A tale riguardo, la disposizione in parola abilita la CONSOB alla costituzione come parte civile nel processo penale per domandare il danno provocato al mercato dal reato. In particolare, l'art. 187 *undecies* stabilisce che tale autorità può «richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità

personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato».

L'idea che quest'ultima disposizione contempli un'ipotesi di *punitive damages* non convince e, peraltro, l'individuazione di questa norma come esempio di risarcimento punitivo appare quanto meno curiosa. La norma in questione risulta, infatti, aspramente criticata dalla dottrina e viene auspicata al riguardo la sua eliminazione a seguito della riforma prevista della materia. Ciò che appare difficilmente spiegabile, e che in Francia ha portato alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma, è la commistione tra le diverse posizioni riconosciute alla CONSOB: di organo di supervisione del mercato dotato di diversi poteri tra cui quello sanzionatorio e di soggetto danneggiato nel processo penale dal reato di abuso d'informazioni privilegiate o di manipolazione del mercato. Si tratta, peraltro, dell'unico caso in cui è riconosciuta una tale facoltà a un'autorità garante.

Risulta di difficile comprensione, inoltre, la situazione soggettiva lesa di cui sarebbe titolare la CONSOB rispetto al pregiudizio provocato dal reato in questione. La CONSOB appare, infatti, titolare, sì, del diritto all'immagine o del diritto all'espletamento dei poteri attribuitigli e, da questo punto di vista, può risultare anche eventualmente danneggiata dall'attività di un'impresa che l'abbia ostacolata. E tuttavia nel caso di cui all'art. 187 *undecies* TUF l'unica spiegazione plausibile risiede nell'attribuzione di un'ulteriore situazione soggettiva: il diritto all'integrità del mercato. Attribuzione che deriverebbe non già *a priori*, bensì *a posteriori*, esemplificando un caso d'inversione del brocardo *ubi ius, ibi remedium*.

Venendo al tema che ci occupa, la regola in parola s'inserisce in un ambito interamente impregnato dalla disciplina pubblicitica di contrasto agli abusi di mercato. E questa natura pubblicitica trova riscontro nel dato che attribuisce la legittimazione ad agire all'ente rappresentativo dell'interesse pubblico all'integrità del mercato: la CONSOB.

Di conseguenza, l'art. 187 *undecies* abilita la CONSOB a costituirsi parte civile e a richiedere la condanna al pagamento di una somma volta a sanzionare la condotta del «colpevole», la quale viene determinata in base: alla gravità dell'impatto socio-economico della condotta abusiva o manipolativa posta in essere; alle dimensioni del soggetto agente, e quindi ai settori di mercato pregiudicati; al profitto che questi ne ha tratto. L'estraneità di tale condanna al risarcimento trova conferma nel fatto che gli elementi cui viene data rilevanza per la sua determinazione risultano del tutto alieni a quelli contemplati dall'art. 1223 c.c. Il risarcimento guarda, infatti, esclusivamente alla perdita subita e al mancato guadagno del danneggiato e non già alla condotta o alle dimensioni del danneggiante e neppure al profitto che questi ha tratto dall'illecito. Parimenti, questi elementi si pongono in linea con la logica sanzionatoria ed è rispetto a questa che trova la corretta collocazione giuridica.

A diverse conclusioni occorre approdare con riferimento al profitto dell'illecito il quale viene individuato dall'art. 187 *undecies* TUF come un indice di quantificazione della sanzione. In realtà, il profitto ottenuto mediante fatto illecito, come si è visto in precedenza, attiva la tutela restitutoria. E quest'esito vale anche nel caso di reato, giacché l'art. 185 c.p. prevede che il reato obbliga al risarcimento e alle restituzioni secondo le regole del diritto civile..

L'assunto trova conferma nelle regole penalistiche concernenti il profitto del reato. Di quest'ultimo l'art. 241 c.p. prevede la confisca. Più in particolare, l'art. 322 *quater* stabilisce, in caso dei delitti contro la Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 314-320, la confisca *ex art. 322 ter* e l'obbligo di restituzione all'Amministrazione dello stato di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio. Di conseguenza, data per buona la ricostruzione che assegna alla CONSOB la titolarità del diritto all'integrità del mercato, appare verosimile che tale autorità possa richiedere la restituzione del profitto derivante dal reato di abuso d'informazioni privilegiate o di manipolazione del mercato.

In definitiva, la somma di cui all'art. 187 *undecies* TUF non contempla elementi idonei a qualificarla come risarcimento del danno. Si tratta di una somma cui può aggiungersi, semmai, il risarcimento del danno da reato *ex art.* 185 c.p. Quest'ultima ipotesi implica, però, la prova della perdita e il mancato guadagno eventualmente subiti dal mercato a causa delle condotte di cui agli artt. 184 e 185 TUF.

Che il risarcimento del danno non patrimoniale individui una forma di risarcimento sanzionatorio è un'opinione assai diffusa e trova accoglimento nell'ordinanza in commento (cfr. tra gli altri TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 ss.; DE GIORGI, voce *Danno*, II) *Danno alla persona*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 6; SALVI, *La responsabilità civile*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005, 37 ss.; MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, 332; RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale (la "lettura" dell'art. 2059 tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. inf. e informatica*, 1985, 16; DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 222, spec. 252-256; FRANZONI, *Danno morale*, in *Contr. impr.*, 1990, 397-398; DI BONA DE SARZANA, *Il danno morale soggettivo "rivisitato"*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, 99 ss., i quali, pur con diverse gradazioni a seconda delle fattispecie, assegnano al risarcimento del danno non patrimoniale la funzione talvolta satisfattiva, talvolta punitiva e altre volte ancora satisfattivo-punitiva).

In realtà, la funzione sanzionatoria non sembra rintracciabile neppure nel danno non patrimoniale il cui risarcimento mira alla compensazione della perdita di utilità personali oppure del mutamento in *peius* dello stato psichico provocato dal pregiudizio agli aspetti della personalità umana, sicché non tralcia nell'arricchimento *sine causa* del danneggiato. In questo senso, il rinvio *ex art.* 2059 c.c. ai casi previsti dalla legge non possiede il significato di colmare un'ipotetica riserva di legge dettata dalla natura punitiva della misura risarcitoria in questione (così invece DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 222), bensì costituisce il rinvio ai casi in

cui il danno non patrimoniale risulta già legislativamente contemplato e non necessita, quindi, del previo accertamento dell'ingiustizia (MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 601 ss., in part. 605-607). All'attribuzione della funzione compensativa al risarcimento in parola non pare d'ostacolo, inoltre, la difficile valutazione del pregiudizio, la quale abilita, semmai, il giudice alla determinazione equitativa *ex art.* 1226 c.c., ma non sembra incentrare la sua indagine sull'offesa arrecata (*Contra* NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 344 ss., 349 ss., 369 ss.), lasciando intatto, dunque, il nesso funzionale risarcimento-perdita (cfr. CASTRONOVO, *Del non risarcibile*, cit., 334: «da natura puramente compensativa del risarcimento del danno non è il frutto casuale di una scelta storica del legislatore, ma è invece corollario di un principio trascendentale del diritto privato, secondo cui ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla, mentre così non è per il risarcimento punitivo, al quale per definizione non corrisponde una perdita del danneggiato»).

Alla funzione compensativa del risarcimento del danno non patrimoniale si è obiettato, però, che essa mal si attaglia a tale forma di danno (cfr. al riguardo NICOLUSSI, *Danno non patrimoniale in Europa*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010), 75, il quale rileva che con riferimento al danno non patrimoniale non è possibile parlare *tout court* di funzione compensativa) la cui evanescenza risulterebbe in contrasto con l'equivalenza pecuniaria alla perdita subita postulata da tale funzione (così SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 37.). Di conseguenza, alcuni autori hanno preferito parlare di funzione riparatoria (l'insegnamento che affianca il concetto di equivalenza economica al danno patrimoniale e che preferisce parlare di riparazione con riferimento al danno non patrimoniale risale a CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 39. Questa tesi sembra abbracciata più di recente da D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale* cit., 136 s. spec. 148-149).

Quest'opinione, tuttavia, non convince. La riparazione evoca, infatti, l'idea del ripristino dello *status quo*, la quale non appartiene al risarcimento. Quest'ultimo mira alla valutazione di ciò che sarebbe stato se l'evento non si fosse verificato o perché quel che non doveva accadere è accaduto – nell'ipotesi del danno ingiusto – o perché quel che doveva accadere non è accaduto – nell'ipotesi di danno da inadempimento o da violazione del contratto – (così CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 84.). Ciò rivela il carattere ipotetico della consistenza del pregiudizio che fa pendere la barra funzionale del risarcimento dalla parte della compensazione piuttosto che da quella della riparazione-ripristino.

La compensazione allude, sì, all'equivalenza economica con il pregiudizio provocato, ma non impone affatto l'esatta corrispondenza monetaria tra *quantum* risarcitorio e perdita subita. Laddove il valore oggettivo della situazione soggettiva lesa non risulti individuabile mediante il riferimento al mercato, il soddisfacimento dell'equivalenza economica con il danno ben può avvenire tramite il ricorso a parametri diversi che ne permettano l'oggettivazione; il che avviene ad es. mediante le note tabelle per il danno biologico (GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 193 ss.; ID., *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contr. impr.*, 2014, spec. 1184-1187). Infine, la mancata prova del pregiudizio nel suo preciso ammontare abilita il giudice alla determinazione equitativa del risarcimento (art. 1226 c.c.).

La ricerca di parametri tramite cui attribuire oggettività al pregiudizio non patrimoniale non determina, però, lo spostamento del centro dell'indagine dal danno subito all'offesa arrecata. Un tale esito implicherebbe l'attribuzione al risarcimento di una funzione *lato sensu* punitiva o «individual-deterrente» che francamente non gli appartiene: il carattere peculiare del danno in esame non

rompe il nesso funzionale risarcimento-perdita, ma rende necessaria l'opera di sua oggettivazione.

L'analisi delle disposizioni normative menzionate dall'ordinanza n. 9978 del 2016 offre, come si è anticipato in esordio, la conferma dell'esistenza di un determinato ordine propedeutico alla soluzione dei conflitti emergenti nella società. I giudici di legittimità nel voler confermare una presunta compatibilità del *punitive damages* con l'ordine pubblico tendono, in realtà, a dare seguito al processo di snaturamento della responsabilità civile indotto dalla lettura in senso unilaterale dell'armamentario rimediale offerto dall'ordinamento. Il che costituisce uno dei tanti frutti della c.d. esplosione della responsabilità civile che ha determinato l'attribuzione alla stessa di diverse funzioni quante erano le differenti esigenze di tutela da appagare (cfr. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.; LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, *ivi*, 1987, 85 ss.; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649 ss.; CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *ivi*, 1989, 539 ss.; BARCELLONA, *Trattato*, cit., 1 ss.). L'esito di un tale processo è il riferimento a un unico rimedio, il risarcimento, e a un unico istituto, la responsabilità aquiliana. La semplificazione è massima e il corollario di un tale orientamento risiede nella potenziale incertezza instillata negli individui che domandano tutela delle proprie posizioni soggettive.

Quest'assunto trova una conferma nel Trattato dell'Unione Europea, il quale piega l'obiettivo di creare il diritto privato unitario alla rilevanza che assumono le tradizioni giuridiche degli Stati membri. L'uniformazione delle regole giuridiche non mira, pertanto, allo smantellamento degli ordini di cui fanno parte, i quali devono essere, al contrario, preservati perché concorrono tutti alla creazione dell'ordinamento unitario. Non risulta allora casuale che quelle tradizioni giuridiche sono state richiamate dal Libro bianco della Commissione per motivare il rifiuto all'introduzione del risarcimento punitivo quale strumento di reazione al danno provocato dalla violazione delle regole di diritto della concorrenza (c.d. danno *antitrust*) (cfr. *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per*

violazione delle norme antitrust comunitarie, 2-4-2008, COM(2008) 165 def., 3). Rifiuto suggellato dalla successiva direttiva in materia (dir. 2014/104/UE) che all'art. 3, § 3, stabilisce che: «Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura».

Ponendo, allora, da questa prospettiva la questione del riconoscimento del risarcimento punitivo, questo risponde, com'è noto, all'esigenza di attribuire maggiore deterrenza alla tutela risarcitoria. A tale riguardo, al di là della constatazione autorevole secondo cui l'obiettivo di *deterrence* nella tutela contro il danno si ottiene con il mero risarcimento (cfr. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970, 26 ss.), va posta attenzione agli strumenti giuridici utilizzati dall'ordinamento italiano per produrre deterrenza. La risposta risiede non già nella rilettura in chiave penalistica della responsabilità civile, bensì nella diversificazione del criterio d'imputazione: al criterio soggettivo d'imputazione fa da contraltare quello oggettivo che abilita il danneggiato all'azione diretta contro il soggetto che il legislatore ha ritenuto più idoneo a rispondere del costo del danno (ad es. la responsabilità dei padroni e committenti *ex art. 2048 c.c.*). La stessa direzione è stata imboccata dal diritto europeo che per rispondere all'esigenza di una tutela effettiva nel danno da prodotti ha regolato la responsabilità del produttore in termini oggettivi (cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 657 ss.).

La regolazione dell'immissione nel mercato dei beni di consumo offre, poi, lo spunto per una considerazione finale. Il diritto europeo si caratterizza per la proliferazione di ordini giuridici caratterizzati dalla presenza sia di regole di diritto pubblico sia regole di diritto privato. Ciò non determina, però, la commistione tra i due settori. Gli abusi di mercato, la regolazione del trattamento dei dati personali, il diritto ambientale, per menzionare alcuni, costituiscono tutti settori nei quali appare distinto l'ambito di regolazione pubblicistica, che prende corpo

per lo più in sanzioni, e quello di regolazione privatistica, che mette in campo generalmente l'accoppiata responsabilità-risarcimento.

Questa Nota può essere così citata:

A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, **2 febbraio 2017**